

# NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XIX - Nuova serie  
N. 2/2010 (maggio-dicembre)

## INDICE

### **DOTTRINA**

- RAFFAELE BIFULCO  
*Il rilievo costituzionale della legge n. 241 del 1990* 289
- MARIA IMMORDINO  
*L'attribuzione alla cognizione dell'Alta Corte di Giustizia sportiva dei diritti indisponibili: verso una rivitalizzazione dell'ordinamento sportivo?* 299
- ANTONIO COLAVECCHIO  
*La nuova disciplina dei termini procedurali tra innovazioni evolutive e occasioni mancate* 315
- ROBERTA LOMBARDI  
*Sistema dei controlli: questioni vecchie e nuove* 341
- PAOLA LOMBARDI  
*Le funzioni amministrative di governo del territorio nel nuovo assetto costituzionale* 357
- TOMMASO PENSABENE LIONTI  
*Trattato di Lisbona e diritti fondamentali: nuove prospettive con riferimento alla Carta di Nizza ed al rapporto tra Unione Europea e CEDU* 381

MANUELA SALVAGO	
<i>La sospensione cautelare delle leggi nel giudizio in via principale</i>	415

## **GIURISPRUDENZA**

SENTENZA BUNDESVERFASSUNGSGERICHT [BVG] – BVERFG, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 del 30 giugno 2009 sulla ratifica del Trattato di Lisbona da parte della Germania	449
con nota di AGATA ANNA GENNA, <i>Un'ipotesi di lettura per il Lissabon-Urteil: i giudici di Karlsruhe ed il processo di integrazione democratica dell'Unione europea</i>	

CRISTINA GIAON	
<i>Dal giudice amministrativo indicazioni contrastanti sulla natura degli uffici legali degli enti pubblici</i>	477

## **RASSEGNE**

<i>Rassegna della giurisprudenza del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia</i>	489
di PAOLA SAVONA	
<i>Rassegna della recente giurisprudenza del Consiglio di Stato Speciale in tema di urgenza nei contratti pubblici</i>	501
di SALVATORE DETTORI	
<i>Rassegna della giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali Speciale in tema di "urgenza negli appalti"</i>	513
di SARA FORASASSI	

## **OSSERVATORIO PARLAMENTARE REGIONALE** 527

MARIO DI PIAZZA	
<i>Osservazioni in tema di annullamento integrale, in sede giurisdizionale, delle operazioni elettorali per il rinnovo dell'assemblea regionale siciliana</i>	577

*Dottrina*



## Il rilievo costituzionale della legge n. 241 del 1990

di Raffaele Bifulco

SOMMARIO: *Premessa.* – 1. La legislazione sul procedimento e le forme di Stato. – 2. La L. 241 e le autonomie territoriali. – 2.1. La riforma costituzionale del 2001 e le sue ricadute sulla L. 241. – 2.2. L'art. 29, c. 2, L. 241 letto alla luce del rilievo costituzionale della L. 241. – 3. La L. 241 e la Corte costituzionale.

### *Premessa*

Il presente intervento si articola in tre parti. La prima affronta, in via generale, il rapporto tra Costituzione e legislazione sul procedimento amministrativo nella prospettiva della forma di Stato.

La seconda parte si occupa dell'ambito di applicazione della legge n. 241 del 1990 (da ora L. 241), in particolare nei confronti delle Regioni.

La terza, infine, contiene alcune considerazioni sui più recenti interventi della Corte costituzionale nei confronti della L. 241 o comunque su aspetti da essa regolati.

### 1. *La legislazione sul procedimento e le forme di Stato*

Negli ordinamenti democratici le legislazioni sul procedimento amministrativo hanno un intrinseco rilievo costituzionale in ragione della loro incidenza sulla concreta configurazione della forma di Stato. E questa incidenza possiede un duplice aspetto.

In primo luogo, non può esservi dubbio che le legislazioni sul procedimento amministrativo, costituendo la norma di azione delle pubbliche amministrazioni e quindi del modo in cui esse si rapportano con il cittadino, conformano in maniera diretta lo *status* del cittadino. In tutti gli ordinamenti democratici contemporanei le legislazioni sul procedimento amministrativo sono un fattore determinante e concreto del rapporto autorità-libertà e dunque della forma di Stato nella sua tradizionale e originaria accezione.

In secondo luogo e con riferimento all'Italia, si pone la questione del grado

di vincolo della L. 241 sulle amministrazioni non statali, Regioni ed enti locali, in particolare dopo le riforme costituzionali del 1999 e del 2001 e dopo le modifiche intervenute alla L. 241 con L. 15/2005 e L. 69/2009. La Costituzione italiana, a differenza di quella tedesca e spagnola, è priva di riferimenti normativi dai quali possa derivarsi una competenza dello Stato a disciplinare i principi dell'azione e del procedimento amministrativo.

Anche questa seconda prospettiva attiene strettamente alla forma di Stato, nella sua diversa accezione di distribuzione dei poteri pubblici sul territorio. Assumendo questo ulteriore punto di osservazione, le discipline normative sul procedimento amministrativo permettono di verificare per un verso la forza unificante dell'apparato amministrativo, per l'altro il modo in cui si atteggiavano i concreti rapporti centro-periferia. E così, prendendo a modello due concrete esperienze ordinamentali, si può dire che mentre negli Stati federali, come quello tedesco, ciascuna entità disciplina autonomamente l'azione amministrativa (in base agli artt. 84 e 85 della Legge fondamentale), in quelli regionali, come quello spagnolo, la materia è disciplinata dallo Stato (in base all'art. 149, c. 1, n. 18, della Costituzione spagnola).

In alcuni Stati composti la disciplina dell'organizzazione amministrativa nonché dell'azione e del procedimento amministrativo è anzi talmente rilevante da diventare addirittura l'elemento identificativo della forma di Stato in senso territoriale: il federalismo d'esecuzione, che riguarda i più importanti ordinamenti federali europei e che indica un preciso modello di federalismo, sta a indicare proprio il peculiare rapporto che si instaura tra Stato federale e Stati membri in relazione allo svolgimento delle funzioni amministrative e quindi al potere di disciplina del procedimento amministrativo.

Dunque, sebbene il rilievo costituzionale delle legislazioni sull'azione e sul procedimento amministrativo negli ordinamenti democratici non possa essere sempre ricavato direttamente dal testo costituzionale, resta tuttavia vero che il nesso tra testo costituzionale e questo tipo di legislazione è ineludibile per l'influenza che la disciplina dell'azione e del procedimento amministrativo ha sulla forma di Stato.

## 2. *La L. 241 e le autonomie territoriali*

### 2.1. *La riforma costituzionale del 2001 e le sue ricadute sulla L. 241*

In conseguenza di quanto detto finora, anche in Italia si è posta la questione del grado di vincolatività della L. 241 nei confronti delle autonomie territoriali, in particolare dell'autonomia regionale. Della complessità di questo rapporto è testimone l'art. 29, che, fino ad oggi, ha vissuto tre stagioni.

Nella sua prima versione rimasta in vigore per 15 anni, l'art. 29 qualificava

i principi contenuti nella L. 241 come *principi generali dell'ordinamento giuridico*. Per come veniva inteso tale limite, i principi della legge rappresentavano, in sostanza, un limite alla potestà legislativa concorrente delle Regioni a statuto ordinario (e speciale)<sup>1</sup>.

Dopo la riforma costituzionale del 2001 che, come è noto, ha proceduto ad un rafforzamento dell'autonomia legislativa regionale attraverso tecniche di riparto competenziale proprie degli Stati federali, il problema del rapporto tra L. 241 e autonomia regionale ha assunto toni nuovi per almeno due motivi:

1) il procedimento amministrativo non è rientrato tra le materie oggetto di riparto, mentre la materia dell'organizzazione amministrativa, che non coincide con quella del procedimento ma è ad essa vicina, è stata divisa per il profilo che riguarda lo Stato e gli enti pubblici nazionali (art. 117, c. 2, lett. g), Cost.) e per quello che riguarda le Regioni, rimesso dall'art. 123 Cost. al concorso di statuti e leggi regionali<sup>2</sup>;

2) la riforma costituzionale ha rafforzato anche l'autonomia comunale, che si è vista riconoscere, in via di principio, la titolarità di tutte le funzioni amministrative (art. 118 Cost.) e di un autonomo potere regolamentare (art. 117, c. 6, Cost.), con la conseguenza che il problema del grado di vincolo della L. 241 si pone anche nei confronti delle autonomie locali (Comuni, Province, Città metropolitane). Si aggiunga che questo processo di rafforzamento dell'autonomia comunale è avvenuto in un periodo in cui forte è la tendenza alla delegificazione<sup>3</sup>.

In ragione di tali innovazioni costituzionali si giunge alla modifica dell'art. 29 ad opera della L. 15/2005 che, cercando di dare risposta ai problemi appena evidenziati, rende interamente vincolante la L. 241 per le amministrazioni statali e in genere per gli enti riconducibili all'organizzazione statale e, solo con riferimento alla 'giustizia amministrativa', per tutte le amministrazioni pubbliche (e quindi anche per tutte le autonomie territoriali).

---

<sup>1</sup> Su quella versione del testo risulta utile la lettura di G. CORSO, F. TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Maggioli, Rimini, 1991, pp. 26-41; I. FRANCO, *Il nuovo procedimento amministrativo*, Pragma, Bologna, 1991, pp. 201-5; S. CAPONI, A. SAIJA, *Nuovo procedimento amministrativo*, Edizioni Autonomie, Roma, 1992, pp. 144-6; E. MELANDRI, S. BUARNÉ, *Il procedimento amministrativo e l'accesso ai documenti amministrativi*, Cel, Bergamo, 1992.

<sup>2</sup> Per una ricostruzione della più recente giurisprudenza costituzionale sul tema dell'organizzazione amministrativa cfr. G. BOTTINO, *L'organizzazione amministrativa dello Stato, delle regioni e delle autonomie locali nella giurisprudenza costituzionale: il procedimento amministrativo (diritto di accesso e motivazione degli atti), e la disciplina delle funzioni amministrative*, in *Foro amministrativo: Consiglio di Stato*, 2005, p. 2449 ss.

<sup>3</sup> Sottolineano questi aspetti, scrivendo prima della modifica alla L. 241 intervenuta nel 2005, L. ZANETTI, *La disciplina dei procedimenti amministrativi dopo la legge costituzionale 3/2001*, in *Le istituzioni del federalismo*, 3, 2001, pp. 46-50; R. DE NICTOLIS, *Legge generale sul procedimento amministrativo e legislazione regionale: alla ricerca del procedimento amministrativo nella Costituzione*, in *Foro Amministrativo: Tar*, 2004, p. 1617.

Con riguardo, invece, alle Regioni e agli enti locali, l'art. 29, c. 2, L. 241 contiene una disposizione dal tenore molto ambiguo: «*Le Regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, regolano le materie disciplinate dalla presente legge nel rispetto del sistema costituzionale e delle garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa, così come definite dai principi stabiliti dalla presente legge*»<sup>4</sup>.

La disposizione appena riportata consegna al lettore alcune conferme e molte incertezze interpretative. Le conferme riguardano, in primo luogo, l'estensione dell'ambito di applicazione della L. 241 non solo alle Regioni ma anche agli enti locali. Inoltre, indirettamente viene confermata la tesi di chi sosteneva che dalla riforma costituzionale del Titolo V non poteva enuclearsi una materia del tipo 'procedimento amministrativo': a tal fine è importante notare che la disposizione ragiona di «materie disciplinate dalla presente legge».

Le incertezze e le ambiguità riguardano invece i limiti posti dal legislatore statale ai legislatori regionali e locali: il «sistema costituzionale» e le «garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa, così come definite dai principi stabiliti dalla presente legge». Le tesi che si sono succedute nell'interpretazione dell'art. 29, c. 2, sono state diverse.

Per quanto prospettata in un primo momento, non pare condivisibile l'ipotesi di un'incostituzionalità dell'art. 29, c. 2, in ragione del fatto che la materia o le materie regolate nella L. 241 rientrerebbero nella potestà legislativa residuale. A tal fine è di sostegno quella giurisprudenza costituzionale che ha più volte ribadito che non basta la mancata ascrizione di una materia ai titoli di legittimazione di cui agli artt. 117, c. 2 o 117, c. 3, Cost., perché la materia possa essere ricondotta automaticamente nella potestà regionale residuale, vale a dire nell'art. 117, c. 4, Cost. In ogni caso, pur se così fosse, la legislazione regionale residuale è sottoposta ai limiti generali di cui all'art. 117, c. 1, Cost.

Neppure può fondatamente sostenersi, come pure è stato detto, la riconduzione dell'intera materia del procedimento amministrativo alla potestà legislativa concorrente. Così non è in quanto, come si è detto, il procedimento amministrativo non può essere riportato a nessuno dei cataloghi contenuti nell'art. 117 Cost. o comunque a una vera e propria materia, attenendo invece ai diversi ambiti materiali di competenza statale o regionale (in questo senso si era già espressa la Corte costituzionale nella sent. 465/1991).

Neanche hanno ricevuto (piena) conferma le tesi dirette a leggere l'art. 29, c. 2, in sistematico collegamento con l'art. 117, c. 2, lett.m), Cost., vale a dire con la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP). Risulta infatti un'indubbia forzatura ricondurre tutte le materie contenute nella L. 241 all'inter-

---

<sup>4</sup> Per un primo commento cfr. A. DE ROBERTO, *La legge generale sull'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 5-10.

no dello schema dei livelli essenziali di prestazione<sup>5</sup>. Come si dirà, la tesi ha tuttavia ricevuto una opportuna e parziale conferma con le modifiche intervenute con la L. 69/2009, che hanno avuto l'effetto di riportare ai LEP alcune parti della L. 241.

## 2.2. *L'art. 29, c. 2, L. 241 letto alla luce del rilievo costituzionale della L. 241*

A mio avviso, l'art. 29, c. 2, si presta ad un'interpretazione che permette di enfatizzare proprio quel rilievo costituzionale della L. 241 di cui si ragionava nel primo paragrafo. Appare evidente che il riferimento al sistema costituzionale e alle garanzie del cittadino intende fissare i limiti che gli enti territoriali incontrano nella disciplina delle materie regolate dalla L. 241.

Con il primo limite – *sistema costituzionale* – il legislatore pare semplicemente rinviare al limite del *rispetto della Costituzione* fissato nell'art. 117, c. 1, Cost.; rimangono tuttavia oscure le ragioni del più ampio riferimento al *sistema costituzionale*. È probabile che il legislatore abbia voluto alludere con tale locuzione alla trama dei rapporti tra i poteri pubblici<sup>6</sup>; è possibile altresì pensare che con l'uso di tale locuzione abbia inteso evidenziare il rapporto di stretto collegamento tra il testo costituzionale e la L. 241, trasmettendo l'idea che la L. 241 sia appunto provvedimento di diretta attuazione della costituzione.

Molto più problematico appare il rinvio alle garanzie del cittadino. In esse non può rinvenirsi né un limite né un'ulteriore titolo competenziale. Non un limite perché il legislatore ordinario, evidentemente, non può aggiungere alla legislazione regionale limiti ulteriori rispetto a quelli previsti in Costituzione. Per questo stesso motivo non può neppure indicarsi, in questa locuzione, un'ulteriore materia da ricondurre alla competenza dello Stato (anche alla luce della circostanza che nell'art. 29, c. 1, per effetto della modifica intervenuta ad opera della L.n. 69 del 2009, è venuto meno il riferimento alla materia della giustizia amministrativa).

Sicché, per non giungere alla conclusione della possibile illegittimità costituzionale della disposizione nella parte in cui fa riferimento alle garanzie del cittadino, una possibile strada percorribile è quella di considerare il rispetto del sistema costituzionale e delle garanzie del cittadino come un unico limite, da ricondurre direttamente al rispetto della Costituzione previsto dall'art. 117, c. 1,

---

<sup>5</sup> In tal senso A. ROMANO-TASSONE, *Legge n. 241 del 1990 e competenze regionali: osservazioni sulla posizione di A. Celotto. M.A. Sandulli*, in *Federalismi.it*, n. 5/2006, pp. 4-5. Per una efficace critica cfr. G. BERGONZINI, *Legge dello Stato sull'azione amministrativa e potestà legislativa regionale*, in *Dir. Amm.*, 1/2006, pp. 34-7.

<sup>6</sup> In tal senso D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, il Mulino, Bologna, 2005, 4 ed., p. 319.

Cost. In tal modo la L. 241 si pone come diretta attuazione dei canoni costituzionali d'imparzialità e buon andamento, oltre che di altri principi costituzionali, come quelli di eguaglianza, di autonomia, di decentramento previsti in particolare dagli artt. 3 e 5 Cost., nella parte in cui essi si riflettono sull'azione delle pubbliche amministrazioni<sup>7</sup>. I principi della L. 241 vincolano quindi, in maniera trasversale, le potestà legislative delle Regioni ordinarie e speciali<sup>8</sup>.

Si tratta di un'interpretazione che, per quanto già proposta<sup>9</sup>, non ha ancora trovato l'occasione di un pieno riscontro nella giurisprudenza della Corte costituzionale, che, ancora sporadicamente, ha avuto occasione di affermare che con la L. 241 «il Legislatore ha voluto dare applicazione generale a regole – in buona parte già enucleate in sede di elaborazione giurisprudenziale e dottrinale – che sono attuazione, sia pure non esaustiva, del principio costituzionale di buon andamento dell'Amministrazione (art. 97 Cost.) negli obiettivi di trasparenza, pubblicità, partecipazione e tempestività dell'azione amministrativa, quali valori essenziali in un ordinamento democratico»<sup>10</sup>. Toccherà dunque alla Corte stabilire se quella proposta sia una interpretazione corretta della L. 241 nella parte in cui incide sulle competenze legislative regionali, anche se, come si proverà a dire nella parte finale, è possibile ravvisare segnali in tal senso. Al Giudice delle leggi spetterà anche stabilire in quale potestà legislativa – esclusiva, concorrente, residuale – rientrano le materie disciplinate dai principi stabiliti dalla L. 241<sup>11</sup>.

Questa soluzione appare preferibile, dal punto di vista del rispetto del testo costituzionale, rispetto alle proposte interpretative che distinguono il tipo di vincolo esplicito dalla L. 241 a seconda del tipo di materia. Tali tesi ritengono che i principi della L. 241 avrebbero valore di principi «fondamentali» tutte le

---

<sup>7</sup> Ma naturalmente altri ancora potrebbero essere i principi costituzionali a cui riportare i principi della L. 241: l'art. 41, che garantisce l'iniziativa economica; l'art. 42 nella parte in cui prevede l'espropriazione; l'art. 118, c. 4, che promuove l'iniziativa dei cittadini per lo svolgimento di attività di interesse generale; l'art. 120, c. 1, che vieta la libera circolazione delle cose e delle persone.

<sup>8</sup> Sembra invece escludere un vincolo della L. 241 nei confronti della potestà legislativa regionale residuale D. GIROTTI, *Il procedimento amministrativo nelle regioni ordinarie e speciali dopo le riforme costituzionali e le modifiche alla legge n. 241 del 1990*, in *L'Amministratore locale*, 2/2008, pp. 13 e 16.

<sup>9</sup> Cfr. il bel saggio di A. CELOTTO, M.A. SANDULLI, *Legge n. 241 del 1990 e competenze regionali: un «nodo di Gordio»*, in *Foro amministrativo: Consiglio di Stato*, 2005, in part. p. 1954 ss.; spunti in tal senso anche in ZANETTI, *La disciplina dei procedimenti amministrativi dopo la legge costituzionale 3/2001*, cit., p. 58 ss.

<sup>10</sup> Cfr. Corte costituzionale, sent. 262/1997.

<sup>11</sup> La valutazione della dottrina sui concreti effettivi spazi che residuano alla disciplina legislativa regionale non è tuttavia concorde: in senso restrittivo A. CELOTTO, M.A. SANDULLI, *Legge n. 241 del 1990 e competenze regionali: un «nodo di Gordio»*, cit., pp. 1961-2; in senso ampliativo R. URSI, *La disciplina generale dell'azione amministrativa nel prisma della potestà normativa degli enti locali*, in *Dir. amm.*, 3/2006, p. 633. Sul punto cfr. anche L. ZANETTI, *Riscrittura della legge n. 241/1990 e disciplina amministrativa dei beni culturali*, in *Aedon*, 3/2005, p. 5.

volte in cui le Regioni disciplinano il procedimento nell'ambito di materie riconducibili alla potestà legislativa di tipo concorrente, mentre avrebbero l'effetto di vincolo al rispetto dei principi riconducibili ai canoni dell'azione amministrativa posti dall'art. 97 Cost. tutte le volte in cui le Regioni disciplinano il procedimento amministrativo nell'ambito di materie rientranti nella potestà legislativa di tipo residuale<sup>12</sup>. Tale argomentata proposta teorica, tuttavia, suscita non pochi problemi applicativi. In primo luogo, uno stesso principio della L. 241 cambierebbe natura ed efficacia in dipendenza della materia oggetto di disciplina da parte del legislatore regionale. In secondo luogo, poiché il legislatore della L. 241 non ha specificato quali tra i principi della L. 241 siano fondamentali e quali non lo siano<sup>13</sup>, il lavoro del legislatore regionale ne risulterebbe parecchio appesantito, con l'eventualità di discipline legislative regionali tra di loro contrastanti e di conflitti tra Stato e Regioni dinanzi alla Corte costituzionale. Più funzionale appare quindi considerare l'intera L. 241 espressiva dei principi costituzionali diretti ad assicurare il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione nonché di quelli diretti a garantire la posizione dell'individuo nei confronti delle pubbliche amministrazioni<sup>14</sup>.

Con l'ultima modifica ad opera della L. 69/2009 il legislatore ha lasciato intatto il comma 2 dell'art. 29, aggiungendo, per quanto di interesse in questa sede, tre ulteriori commi, che riconducono alla sfera dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP) di cui all'art. 117, c. 2, lett. m), Cost. – e dunque alla potestà legislativa esclusiva statale – sia le disposizioni relative alla partecipazione e all'accesso sia quelle relative alla dichiarazione di inizio attività e al silenzio assenso. In queste materie alle Regioni è lasciata solo la possibilità di stabilire regole più favorevoli rispetto alla tutela assicurata dalla L. 241.

---

<sup>12</sup> In tal senso BERGONZINI, *Legge dello Stato sull'azione amministrativa e potestà legislativa regionale*, cit., pp. 40-1.

<sup>13</sup> Sul punto cfr. l'analisi di A. CELOTTO, *L'ansia riformatrice, il gattopardo e il nuovo art. 29 della legge n. 241 del 1990, come modificato dalla legge n. 69 del 2009*, in R. Garofoli (a cura di), *La nuova disciplina del procedimento e del provvedimento amministrativo. Commento organico alla legge 18 giugno 2009, n. 69*, Nel diritto editore, Roma, 2005, p. 105 ss.

<sup>14</sup> A sostegno dell'impostazione proposta è poi possibile rinviare anche ad un argomento dottrinale sviluppato all'indomani della riforma costituzionale del 2001, che ha posto la questione della 'sopravvivenza' del limite dei principi generali dell'ordinamento giuridico (che, si ricorda, era il limite originario contenuto nella prima versione dell'art. 29, c. 2). Secondo questo argomento tali principi – dopo la riforma costituzionale del 2001 – sarebbero da ritenere costituzionalizzati e rimarrebbero assorbiti nei limiti discendenti dalla Costituzione. Come si vede, trattasi di un ulteriore argomento che corrobora, per altra via, la tesi qui sostenuta dello strettissimo collegamento tra principi della L. 241 e Costituzione. In tal senso T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, Giuffrè, Milano, 2005, 7 ed., p. 177; DE NICTOLIS, *Legge generale sul procedimento amministrativo e legislazione regionale: alla ricerca del procedimento amministrativo nella Costituzione*, cit., p. 269; G. SERGES, *Legge regionale*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Giuffrè, Milano, 2006, p. 3448.

Questa modifica legislativa, come si anticipava poco sopra, ha dato una parziale conferma a quelle tesi dirette a leggere l'art. 29, c. 2, in collegamento con l'art. 117, c. 2, lett. m), Cost., e cioè con la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP). Allo stesso tempo la suddetta modifica ha inciso in maniera significativa anche sul primo comma dell'art. 29, stabilendo che «le disposizioni di cui agli articoli 2-*bis*, 11, 15 e 25, commi 5, 5-*bis* e 6, nonché quelle del capo IV-*bis* si applicano a tutte le amministrazioni pubbliche».

Il quadro finale dell'ambito di applicazione della legge è quindi il seguente. Un primo plesso di disposizioni – quelle indicate dal primo comma dell'art. 29 – trovano integrale applicazione da parte di tutte le amministrazioni, anche di quelle regionali e locali. Il legislatore statale non spiega tuttavia il titolo di legittimazione in virtù del quale dispone tale effetto. Un secondo plesso normativo rappresentato dalle norme della L. 241 indicate nei commi 2-*bis* e 2-*ter* dell'art. 29 è riportato invece al titolo di legittimazione contenuto nell'art. 117, c. 2, lett. m). Esiste poi un terzo plesso normativo, di tipo residuale, a cui si applica quanto previsto dall'art. 29, c. 2.

Da un punto di vista orizzontale, la L. 241, nella sua interezza anche se con diversa intensità, esplica efficacia nei confronti delle Regioni e delle autonomie locali. Allo stesso tempo, in una prospettiva verticale del rapporto tra L. 241 e legislazioni regionali, va considerata proprio la diversa intensità dell'efficacia. In particolare non va dimenticato che la L. 241 si esprime tendenzialmente attraverso principi, come ci ricorda l'art. 29, c. 2. Questa autoqualificazione non è priva di conseguenze per il problema in esame, soprattutto perché essa non è affermata, come spesso avviene, al fine di qualificare come principi fondamentali la normativa in esame. In altri termini, l'autoqualificazione agisce, nel caso concreto, a favore dell'autonomia regionale – e non, come normalmente accade, a favore della supremazia statale – in un duplice senso.

In prima istanza, dall'autoqualificazione discende che i principi della L. 241 potranno essere dettagliati dalle Regioni e dagli enti locali nell'ambito delle rispettive competenze. Le disposizioni di principio della L. 241 danno forma ai principi di azione delle pubbliche amministrazioni e, in alcuni casi, sono ricollegabili anche ad altri principi costituzionali, sicché le Regioni, ove ciò sia possibile, potranno ulteriormente specificare questi principi. Ciò dovrebbe valere anche nei confronti delle disposizioni indicate in chiusura del primo comma dell'art. 29.

In seconda istanza, dall'autoqualificazione è possibile anche individuare il limite a tale attività legislativa regionale di integrazione, consistente nel rafforzamento di quelle «garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa» a cui rinvia l'art. 29, c. 2, L. 241. La differenziazione legislativa, in altri termini, potrà essere giudicata ragionevole nella misura in cui essa si traduca in un rafforzamento di quelle garanzie.

### 3. *La L. 241 e la Corte costituzionale*

Non è questa la sede per esaminare il rapporto della Corte costituzionale con il tema del procedimento amministrativo e dei principi che lo reggono. Si tratta di un rapporto complesso e, per molti versi, controverso: basti, per tutti, l'evocazione della questione relativa alla natura del principio di giusto procedimento, alla sua appartenenza cioè ai principi costituzionali ovvero ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato. Sul punto esistono numerose ricostruzioni alle quali si può rinviare<sup>15</sup>.

Vorrei invece affrontare solo due questioni: in primo luogo, a continuazione dei punti appena affrontati, verificare se la Corte si sia in qualche maniera espressa sulla questione della vincolatività della L. 241 nei confronti delle Regioni e degli enti locali; ed in secondo luogo esaminare se la giurisprudenza costituzionale più recente contenga spunti che confermano il rilievo costituzionale della L. 241.

La Corte ha sfiorato la prima questione con la sent. 401/2007, relativa all'impugnazione del Codice degli appalti, ritenendo che le procedure di affidamento sono dei veri e propri procedimenti amministrativi, come tali soggetti al riparto competenziale disciplinato dall'art. 29, c. 2. La Corte si è limitata ad affermare che «il procedimento amministrativo non è una vera e propria materia, atteso che lo stesso, in relazione agli aspetti di volta in volta disciplinati, può essere ricondotto a più ambiti materiali di competenza statale o regionale»<sup>16</sup>.

Con riferimento alla seconda questione, invece, la Corte, raccogliendo spunti e suggerimenti provenienti da quella dottrina che ha più volte sottolineato il rapporto di «continuazione naturale» tra Costituzione e leggi sul procedimento amministrativo<sup>17</sup>, ha per la prima volta messo in stretto collegamento la L. 241 con il testo costituzionale. Nella nota sentenza 104/2007 in tema di *spoils system*, la Corte afferma che ai principi di buon andamento e di imparzialità si collega strettamente «la disciplina del giusto procedimento, specie dopo l'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241». La sentenza dichiara incostituzionali norme regionali disciplinanti materie – quali l'organizzazione amministrativa dei suoi enti strumentali – rientranti nell'ambito della potestà legislativa regionale residuale per il loro contrasto con il principio del giusto procedimento che la Corte riconduce direttamente all'art. 117, c. 1, Cost. Come è stato prontamente

---

<sup>15</sup> *Ex multis* M.C. CAVALLARO, *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2001, p. 1829 ss.; G. MANFREDI, *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione*, in *Foro amministrativo: Tar*, 2007, p. 2707 ss.

<sup>16</sup> Punto 6.7 del *Considerato in diritto*.

<sup>17</sup> S. CASSESE, *Passato, presente e futuro della legge sul procedimento amministrativo*, in *Nuova Rassegna*, 1994, pp. 2401-2; M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 35.

notato dalla dottrina, con questa sentenza il principio del giusto procedimento, per come codificato dalla L. 241, acquista, dopo un lungo travagliato percorso iniziato con la nota sentenza della Corte cost. 13/1962, rango di principio costituzionale<sup>18</sup>.

Dopo questa pronuncia non dovrebbe essere difficile per la Corte riconoscere, ove ricorrano gli stessi presupposti, tale carattere anche ad altri principi della L. 241. A conferma della sua natura di legge di sistema (costituzionale).

### THE CONSTITUTIONAL MEANING OF THE ITALIAN STATE LAW ON ADMINISTRATIVE PROCEDURE (L.N. 241/1990)

by Raffaele Bifulco

#### Abstract

The first part of the essay treats the relationship between Constitution and legislation on administrative procedure from a general perspective, including a brief comparison between different State form.

The second part treats the relationship between regional law and state law on administrative procedure.

The last part takes into consideration some recent decisions of *Corte costituzionale* concerning the state law on administrative procedure.

---

<sup>18</sup> F. CASTIELLO, *Il principio del giusto procedimento. Dalla sentenza n. 13 del 1962 alla sentenza n. 104 del 2007 della Corte costituzionale*, in *Foro amministrativo: Consiglio di Stato*, 2008, p. 269 ss.; G. GARANCINI, *Le garanzie del giusto procedimento amministrativo*, in *Quaderni di Iustitia*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 74 (apparso anche in *Iustitia*, 4/2008, 447).

L'attribuzione alla cognizione  
dell'Alta Corte di Giustizia sportiva dei diritti indisponibili:  
verso una rivitalizzazione dell'ordinamento sportivo?

di Maria Immordino

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il criterio della rilevanza/non rilevanza dei provvedimenti degli organi sportivi ai fini del riparto giurisdizionale. – 3. L'Alta Corte quale portato degli obiettivi perseguiti dal nuovo Statuto del Coni. – 4. Qualche riflessione conclusiva.

1. *Considerazioni introduttive*

Nell'assegnazione all'Alta Corte di giustizia sportiva, istituita ai sensi degli artt. 12 e 12 *bis* del nuovo Statuto del Coni (2008), della tutela dei diritti indisponibili<sup>1</sup>, si coglie un tendenziale ampliamento dell'angolo visuale da cui solitamente l'ordinamento sportivo e il suo sistema di giustizia ha guardato alla vita dei propri associati e, di conseguenza un potenziale cambiamento nei rapporti tra l'ordinamento sportivo e lo Stato, con i connessi sistemi di tutela giurisdizionale<sup>2</sup>.

Tale attribuzione che, già di per sé, rappresenta una novità di rilievo, è soprattutto indizio chiaro del tentativo proveniente dal suo stesso organo di vertice, il Coni, di rivitalizzazione di un ordinamento la cui parabola era stata

---

<sup>1</sup> La disciplina delle relative funzioni, competenze, composizione e funzionamento è contenuta nel Codice approvato dall'Alta Corte il 15 dicembre 2008, emanato e pubblicato il 7 gennaio 2009 ed entrato in vigore il 22 gennaio 2009.

<sup>2</sup> La dottrina sull'argomento è estesa, in particolare, oltre alle voci enciclopediche, A. QUARANTA, *Rapporti tra ordinamento sportivo e ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. sport*, 1979, 29, ss.; R. PEREZ, *Disciplina statale e disciplina sportiva nell'ordinamento dello sport*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, I, Milano 1988, 507 ss.; S. CANGELLI, *L'ordinamento giuridico sportivo*, Foggia, 1998; L. FERRARA, *Le controversie nello sport tra situazioni giuridiche soggettive e principi di diritto processuale*, in Aa.Vv., *Ordinamento sportivo e calcio professionistico: tra diritto ed economia*, Milano 2009, 77 ss.; M.A. SANDULLI, *Ordinamento sportivo e giurisdizione amministrativa*, in Aa.Vv., *Ordinamento sportivo e calcio professionistico*, *ivi*, 117, ss., ove ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

considerata ormai arrivata al capolinea, specialmente a seguito di alcuni interventi, di particolare incisività, del giudice statale<sup>3</sup> e della Corte di giustizia CE<sup>4</sup> in controversie sportive di grande risonanza mediatica, con un elevato impatto sociale.

Questo tentativo, che si è concretizzato nell'adeguamento del processo sportivo, nelle sue differenti estrinsecazioni, ai principi costituzionali, è ben testimoniato da alcune disposizioni del nuovo Statuto del Coni<sup>5</sup>, il cui contenuto, come si ricorderà, risponde a sollecitazioni provenienti dal Governo e dal legislatore statale del 2004 che, in sede di riordino delle sue attribuzioni, aveva impegnato lo stesso (art. 1, n. 2) ad assicurare che "i procedimenti in materia di giustizia sportiva rispettino i principi del contraddittorio tra le parti, del diritto di difesa, della terzietà e imparzialità degli organi giudicanti, della ragionevole durata, della motivazione e della impugnabilità delle decisioni"<sup>6</sup>. Quantunque già da tempo la dottrina avesse segnalato l'impermeabilità del sistema di giustizia sportiva ai principi – di legalità, tipicità, uguaglianza e giusto processo – dello stato di diritto inverteo dalla Costituzione<sup>7</sup>.

Mi riferisco, in particolare, sia all'espresso riconoscimento della "piena autonomia e indipendenza" di tutti gli organi di giustizia sportiva, non solo dunque di quelli di nuova istituzione, Alta Corte di giustizia sportiva e Tribunale nazionale di arbitrato, ma anche di quelli già esistenti e facenti capo alle articolazioni dell'ordinamento sportivo; sia all'affermazione secondo cui "il Coni garantisce giusti procedimenti per la soluzione delle controversie sportive", l'uno e l'altra contenuti, rispettivamente, negli artt. 12, comma 1 e 2, comma 8, del nuovo Statuto. La risoluzione delle controversie, dunque, all'interno del sistema di giustizia sportiva, a prescindere dall'organo competente, deve svolgersi, in particolare, nel rispetto delle garanzie costituzionali del "giusto processo"<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> TAR Sicilia, Catania, Sez. IV, 19 aprile 2007, n. 679, in *Foro amm. TAR*, 2007, 1137, ss., con nota critica di N. PAOLANTONIO, *Ordinamento statale e ordinamento sportivo: spunti problematici*, *ivi*, 1152 ss.

<sup>4</sup> Proprio sulla base degli interventi della Corte di giustizia CE, chiaramente diretti a conculcare la pretesa di assoluta indipendenza degli ordinamenti sportivi nazionali, M. CLARICH (*La sentenza Bosman: verso il tramonto degli ordinamenti giuridici sportivi?*, in *Riv. dir. sport*, 1996, 393, ss) ha evocato il tramonto degli ordinamenti giuridici sportivi. Sulle conseguenze per l'ordinamento sportivo della c. d. sentenza Bosman, C. FRANCHINI, *La libera circolazione dei calciatori professionisti: il caso Bosman*, in *Gior. dir. amm.*, 1995, 539 ss.

<sup>5</sup> Il nuovo Statuto del Coni è stato adottato dal Consiglio nazionale del CONI il 26 febbraio 2008 ed approvato con d. m. 7 aprile 2008.

<sup>6</sup> Trattasi del d. lgs. n. 15 del 2004, che contiene modifiche ed integrazioni al d. lgs. n. 242 del 1999 concernente i compiti del CONI.

<sup>7</sup> Ha denunciato, di recente, la scarsa conformità dell'ordinamento sportivo ai principi ed alle regole costituzionali, attraverso l'esame di alcuni casi emblematici, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Dei limiti dell'autonomia dell'ordinamento sportivo. Riflessioni intorno a calcio e diritto*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 1, 33, ss.

<sup>8</sup> In argomento, L. FIORILLO, *Giustizia sportiva e "giusto processo"*, in *Riv. della Facoltà di Scienze motorie dell'Università di Palermo*, vol. II, fasc. 3, sez. I, 2009 17, ss.

Le linee dell'intervento statutario – che riprendono “i principi di giustizia sportiva” di cui alla deliberazione n. 1250 del Consiglio nazionale del Coni del 22 ottobre 2003, il cui art. 2, 1° comma, espressamente sanciva “la terzietà e l'imparzialità” dei giudici sportivi – sembrano chiaramente ispirate dalla consapevolezza che la salvaguardia della indipendenza e dell'autonomia dell'ordinamento sportivo e delle specifiche peculiarità del c. d. vincolo di giustizia – sia che comporti l'esclusività della giurisdizione sportiva nell'ambito delle materie riservate, sia che si configuri come condizione di procedibilità nei casi di rilevanza esterna – non può prescindere dalla garanzia dei diritti inviolabili della persona, primi fra tutti quelli che si compendiano nella formula del “giusto processo” di cui all'art. 111 della Costituzione. Il richiamo alle regole del giusto processo attiene infatti ad una serie di “valori” che sono riconducibili alla dignità umana: “sono cioè quelle idee di libertà e di tutela dei diritti che risultano ormai immanenti nella realtà giuridica odierna”<sup>9</sup>.

È evidente, quindi, che l'istituzione dell'Alta Corte e l'attribuzione alla sua cognizione di una materia ad alto contenuto valoriale, come quella dei diritti indisponibili, vada inserita nel nuovo sistema di giustizia sportiva elaborato dallo Statuto del 2008 e debba essere letta alla luce di quelle garanzie di autonomia e indipendenza che devono circondare tutti gli organi della giustizia sportiva e, dunque anche il nuovo organo.

## 2. *Il criterio della rilevanza/non rilevanza dei provvedimenti degli organi sportivi ai fini del riparto giurisdizionale*

Iniziamo da quella che, si è già detto, costituisce la novità più eclatante della istituzione dell'Alta Corte, l'assegnazione, cioè, alla sua cognizione della tutela dei diritti indisponibili.

L'area di tutela dei diritti indisponibili, malgrado l'ampiezza dell'autonomia riconosciuta, sia pure in maniera altalenante<sup>10</sup>, dal legislatore statale all'ordinamento sportivo, è infatti rimasta tradizionalmente esclusa dall'ambito di operatività della giustizia sportiva, ritenendosi l'efficacia del c. d. “vincolo di giustizia sportiva” – cui è rimessa in concreto l'effettività dell'autonomia dell'ordinamento sportivo, quanto alla competenza tecnica dell'organo giudicante ed alla tempestività delle relative decisioni – circoscritta a quelle sole controversie che, per il fatto di coinvolgere unicamente aspetti tecnico/sportivi dell'attività agonistica, hanno una valenza meramente sportiva, sicché le relative decisioni sono insuscet-

---

<sup>9</sup> Così E. PICOZZA, *I rapporti generali tra ordinamenti*, in C. FRANCHINI (a cura di), *Gli effetti delle decisioni dei giudici sportivi*, Torino, 2004, 10.

<sup>10</sup> Il d. l. 230/2003, convertito dalla legge 280/2003 ha ormai sancito in modo chiaro la più ampia autonomia dell'ordinamento sportivo.

tibili di incidere su posizioni giuridiche soggettive qualificabili come diritti indisponibili o interessi legittimi<sup>11</sup>. Posizioni, queste, rispetto alla cui tutela si ritiene costituzionalmente illegittima, per contrasto sia con il diritto inviolabile ed indisponibile alla difesa (artt. 24 e 103), sia con il monopolio della giurisdizione statale *ex art.* 102, una rinuncia preventiva generale e temporalmente illimitata alla giurisdizione statale<sup>12</sup>, quale conseguenza dell'appartenenza di un soggetto, atleta o società sportiva, all'ordinamento sportivo.

In quest'ottica, la sussistenza in concreto dell'autonomia dell'ordinamento sportivo all'interno dell'ordinamento statale non è altro, si è detto in dottrina, che il "prodotto della non rilevanza" nell'ordinamento generale "dei rapporti che l'ordinamento particolare regola e disciplina"<sup>13</sup>.

Già prima della legge del 2003 il problema è consistito proprio nella individuazione, per la verità non facile, delle fattispecie a implicazione essenzialmente interna all'ordinamento sportivo o, al contrario, rilevanti per l'ordinamento statale, e dunque sindacabili dal suo giudice, in ragione della natura delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte. Problema, è appena il caso di ricordare, che interseca quello del grado di indipendenza o separatezza riconosciuto nel tempo all'ordinamento sportivo rispetto a quello statale. È noto infatti che le argomentazioni pluraliste, e il connesso principio separatista, sono state largamente utilizzate, soprattutto in passato, per confinare nell'area dell'irrelevanza giuridica la maggior parte delle controversie causate da atti di regolamentazione interna e di irrogazione di sanzioni disciplinari<sup>14</sup>.

Ma il problema, è utile averlo presente, si è posto anche con riferimento all'ordinamento comunitario, coerentemente, del resto, al crescente rilievo economico, oltre che sociale, che il fenomeno sportivo, e di conseguenza le decisioni degli organi di giustizia sportiva, come ha sottolineato di recente anche la Corte di giustizia<sup>15</sup>, è venuto assumendo, interferendo in tal modo con le libertà e i diritti garantiti dal Trattato dell'Unione<sup>16</sup>.

Sulla probabile rilevanza esterna all'ordinamento sportivo di questi atti, e

<sup>11</sup> Per questa giurisprudenza vedi E. LUBRANO, *Ordinamento sportivo e giustizia statale: un rapporto ancora controverso*, in *Riv. amm.*, 2001, p. 612, ss.

<sup>12</sup> Giurisprudenza costante. In dottrina, di recente, M.R. SPASIANO, *Sport professionistico, giustizia sportiva e sindacato del giudice ordinario*, in *Giustamm. it.*, 2009, ove ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

<sup>13</sup> Così testualmente A. ROMANO TASSONE, *Pluralità degli ordinamenti giuridici e tutela giurisdizionale*, in *Aa.Vv.*, *Ordinamento sportivo e calcio professionistico*, cit., 70.

<sup>14</sup> M.R. SPASIANO, *Sport professionistico*, cit.

<sup>15</sup> Corte di giustizia, 18 luglio 2006, in C-519/04. La sentenza, annotata da I. DEL GIUDICE (*La Corte di giustizia delle Comunità Europee si pronuncia sulla possibile rilevanza esterna delle norme sportive*) può leggersi su *www.giustamm.it*.

<sup>16</sup> C. FRANCHINI, *La rilevanza giuridico-economica delle decisioni dei giudici sportivi*, in *Aa.Vv.*, *Ordinamento sportivo e calcio professionistico: tra diritto ed economia*, cit., 91 ss.

cioè misure organizzative e sanzionatorie, si è del resto appuntata nel tempo l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza, sia statale che della Corte di giustizia CE. Sul presupposto che l'autonomia dell'ordinamento sportivo e il suo fondamento costituzionale (artt. 2 e 18) non possono giammai legittimare disposizioni suscettibili di limitare in concreto il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti ai privati, indipendentemente dalla loro appartenenza ad un ordinamento particolare.

L'ordinamento sportivo, in altri termini, "non potrà mai legittimamente contenere norme contrastanti con quelle dell'ordinamento statale, l'attuazione delle quali è assunta da quest'ultimo come assolutamente irrinunciabile se vorranno aspirare alla coesistenza nel suo ambito"<sup>17</sup>. Di modo che, in caso di conflitto, "lo stato in questo ordinamento sovrano non può mai rinunciare a far valere la propria sovranità"<sup>18</sup>.

Orbene, atteso che, sia le norme organizzative sia quelle di natura disciplinare, nonostante la loro natura tecnica sono ciò nondimeno potenzialmente idonee a perpetrare la violazione dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, nonché dei diritti e delle libertà economiche riconosciuti dal Trattato dell'Unione, ne risulta palese la loro potenziale rilevanza anche al di fuori dell'ordinamento sportivo.

E così, per quanto riguarda la normativa regolamentare, il suo transito dall'area dell'irrelevante giuridico a quello della rilevanza per l'ordinamento comunitario, è avvenuto allorché, per l'entità e la gravità, le misure organizzative hanno comportato riflessi su ambiti giuridici rilevanti per tale ordinamento, incidendo, in particolare, sulla libera circolazione dei lavoratori e sul principio di concorrenza. Sul presupposto che le libertà garantite dal Trattato "non ostacolano le misure regolamentari delle associazioni sportive a condizione che dette misure non siano discriminatorie, ma siano obiettivamente giustificate, necessarie e proporzionali"<sup>19</sup>.

Esemplare è il caso di quelle norme federali che introducevano limiti numerici alla possibilità per le società di tesserare e schierare giocatori professionisti stranieri (cittadini di altri Stati membri o extracomunitari), o di quelle regole

---

<sup>17</sup> F. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, cit., 58. Sui fondamenti della teoria pluralistica degli ordinamenti giuridici, sulla cui base sono state tradizionalmente inquadrate le relazioni tra ordinamento sportivo e ordinamento statale, in particolare, SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 2° ed., Firenze, 1945; M.S. GIANNINI, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, ora in *Scritti*, Milano 2003, III, 403 ss., e *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, ora *ivi*, IV, 337, ss., nonché, dello stesso Autore, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. dir. sport*, 1949, 1, ss., e *Ancora sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena 1996, II, 856 ss.; F. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano 1985.

<sup>18</sup> M.S. GIANNINI, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, cit., 26.

<sup>19</sup> Corte di giustizia, sentenza 18 luglio 2006, in C-519/04, cit.

sportive che subordinavano il trasferimento di un atleta tesserato alla c.d. “indennità di trasferimento”. Trattasi infatti secondo la Corte di giustizia europea di normative che si pongono in contrasto sia con l’art. 48 (che concerne la libertà di circolazione dei lavoratori), sia con gli artt. 85 e 86 (che disciplinano la concorrenza) del Trattato, ed in questa prospettiva sono vietate<sup>20</sup>.

Per l’ordinamento statale il passaggio nell’area della rilevanza giuridica è scaturito dal contrasto di tali normative con il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, espressamente sancito dall’art. 43 del d. lgs. n. 286 del 1998<sup>21</sup>. In forza dell’art. 44 del suddetto decreto, che fonda l’azione civile contro la differenziazione per motivi di nazionalità, il diritto degli atleti stranieri, professionisti e dilettanti, a non essere discriminati nello sport, è stato oggetto di numerosi ricorsi davanti al giudice ordinario<sup>22</sup>.

Quanto alle sanzioni disciplinari, se è vero che il loro tasso di afflittività e il conseguente grado di rilevanza oltre l’ambito sportivo è direttamente collegato al loro contenuto, e segnatamente al loro carattere espulsivo o non espulsivo, è altrettanto vero, come ormai da tempo riconosce la stessa giurisprudenza<sup>23</sup>, che anche quelle non espulsive possono rilevare oltre l’ordinamento sportivo, ed essere pertanto impugnabili innanzi al giudice amministrativo, allorché, per fare qualche esempio, comportano, come la squalifica, la interdizione temporanea del tesserato a svolgere la propria attività nell’ambito federale; o si concretizzano nella retrocessione ad un campionato inferiore a quello per il quale si era conquistato il titolo sportivo; o comportano il diniego di iscrizione ad un campionato al quale la società ha diritto a partecipare; o l’obbligo di disputare un incontro a porte chiuse. Si tratta infatti di provvedimenti che, proprio a seguito del crescente rilievo economico assunto dallo sport, sia a livello nazionale che internazionale, e al suo progressivo integrarsi “nel sistema della comunicazione e del consumo globale”<sup>24</sup>, sono potenzialmente idonei a incidere sullo *status* della persona (fisica o giuridica) e su interessi meta-sportivi, che hanno la consistenza di diritti fondamentali. “Interessi”, infatti, “il cui contenuto non necessariamente

---

<sup>20</sup> Il riferimento è alla già ricordata sentenza Bosman (15 dicembre 1995, causa C-415/93) che ha segnato l’apertura del mercato del calcio alle regole della concorrenza. Sulla sentenza, che può leggersi in *Gior. dir. amm.*, 1995, 535, ss., oltre agli Autori già citati, A. MANZELLA, *L’Europa e lo sport: un difficile dialogo dopo Bosman?*, in *Riv. dir. sport.*, 1996; A. TIZZANO - M. DE VITA, *Qualche considerazione sul caso Bosman*, *ivi*, 1996.

<sup>21</sup> Il decreto legislativo n. 286 del 1998 contiene la disciplina dell’immigrazione e della condizione dello straniero.

<sup>22</sup> In dottrina per una panoramica di tale giurisprudenza, E. CROCCETTI BERNARDI, *La discriminazione nei confronti degli atleti stranieri*, in Aa.Vv., *Vincolo sportivo e diritti fondamentali*, Euro 92 Editrice, 2004, 67 ss.

<sup>23</sup> Indicazioni al riguardo in E. LUBRANO, *Ordinamento sportivo e giustizia statale*, cit., 622.

<sup>24</sup> F. BONINI, *Le istituzioni sportive italiane: storia e politica*, Torino, 2006, 159. Sulla universalità del carattere del fenomeno sportivo, L. CASINI, *Il diritto globale dello sport*, Milano 2010.

si esprime in termini economici, ma anche in termini morali ovvero di onorabilità personale, tanto più in considerazione dell'elevato impatto mediatico prodotto dalla pratica sportiva professionistica<sup>25</sup>.

L'importanza economica acquisita nel tempo dal fenomeno sportivo non può, in altri termini, oscurare quei valori etici, culturali, sociali, educativi, direttamente collegabili alla persona umana, dei quali lo sport è portatore. Di modo che dimensione economica e dimensione umana vanno tenute presenti nell'attribuzione di rilevanza esterna alla normativa sportiva, sia essa regolamentare che disciplinare.

Il punto di vista della rilevanza/non rilevanza per l'ordinamento generale delle decisioni delle federazioni sportive nazionali, ai fini del riparto e dunque della individuazione del giudice competente, è stato, si è già detto, positivizzato dalla legge 280 del 2003 (art. 1, co 2), ed è stato, com'è noto, ampiamente utilizzato dalla giurisprudenza, con l'avallo di una dottrina maggioritaria, sia pure con alcune eccezioni in entrambi i campi<sup>26</sup>, per circoscrivere l'area delle materie tecnico/disciplinari riservate alla giustizia sportiva ai sensi dell'art. 2 della cit. l. 280 a quelle sole controversie considerate irrilevanti in concreto per l'ordinamento generale dello Stato. Ritenendosi tali le sole controversie relative a decisioni che, in quanto insuscettibili di ledere diritti inviolabili o interessi legittimi, hanno una rilevanza esclusivamente sportiva<sup>27</sup>.

Si tratta di quelle situazioni giuridiche che, secondo infatti una consolidata elaborazione dottrinarie e un altrettanto consolidato orientamento giurisprudenziale, costituiscono un limite invalicabile all'operatività di quelle clausole, condensabili nell'espressione "vincolo di giustizia", con le quali l'ordinamento sportivo ha cercato di stoppare l'intervento del giudice statale, obbligando i propri soggetti ad adire in caso di controversie esclusivamente il giudice sportivo, tranne espressa autorizzazione.

In dottrina<sup>28</sup>, ma anche in giurisprudenza<sup>29</sup>, si è parlato della necessità di

<sup>25</sup> M. SPASIANO, *La giustizia sportiva innanzi al giudice amministrativo: problemi aperti*, in Aa.Vv., *Ordinamento sportivo e calcio professionistico*, cit., 108.

<sup>26</sup> In dottrina, E. LUBBRANO, *Il TAR Lazio segna la fine del vincolo di giustizia. La FIGC si adegua*, in *Riv. dir. econ. sport.*, 2005, 24 ss.; N. PAOLANTONIO, *Ordinamento statale e ordinamento sportivo*, cit. e *Ancora su sport e giustizia*, in *Foro amm. Cds*, 2007, 3537. In giurisprudenza, Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 8 novembre 2007, n. 1048, *ivi*, 3537, che ha dichiarato il difetto assoluto di giurisdizione statale nelle materie riservate ex art. 2, c. 1, lett. a) e b) della legge 280 del 2003; nonché Cons. Stato, VI, 25 novembre 2008, n. 5782, *ivi*, 2008, secondo cui la riserva ex art. 2, c. 1, lett. a) e b), costituisce un limite invalicabile per la giurisdizione statale, anche se dall'esecuzione di quegli atti scaturiscano effetti, quali quelli di natura patrimoniale, che travalicano l'ordinamento sportivo.

<sup>27</sup> I. FERRARA, *Sport e diritto: ovvero degli incerti confini tra Stato e società (a proposito di due contributi di Goisis e Manfredi)*, in [www.grupposanmartino.it](http://www.grupposanmartino.it).

<sup>28</sup> V. RUSSO, *Sport e diritti del consumatore*, Relazione al XIX Congresso annuale dell'Unione avvocati europei su *Europa, Sport e Diritto*, Roma 7/9 luglio 2005, in [www.vittoriorusso.it/relazione\\_sport.html](http://www.vittoriorusso.it/relazione_sport.html).

<sup>29</sup> Si tratta di una interpretazione consolidata del TAR Lazio, funzionalmente competente, su cui, I. DEL GIUDICE, *La rilevanza giuridica della sanzione sportiva nella recente giurisprudenza del giudice amministrativo*, in Aa.Vv., *Ordinamento sportivo e calcio professionistico*, cit., 200 e ss.

una interpretazione “costituzionalmente orientata” della disposizione di cui al citato art. 2, c. 1, in relazione all’art. 1, c. 2, sottolineandosi come una differente interpretazione, anche se suffragata dal dato letterale, sarebbe risultata lesiva del diritto fondamentale di difesa, garantito dall’art. 24 della Costituzione. Sul presupposto che il giudice, dinanzi ad un dubbio interpretativo di una norma, ha il dovere di adottare tra più interpretazioni possibili, quella idonea a fugare ogni dubbio di legittimità costituzionale<sup>30</sup>.

Del resto il dato testuale non è tale da precludere ogni possibilità ermeneutica capace di offrire della disposizione di cui al cit. art. 2 una lettura in linea con la Costituzione. La riserva al giudice sportivo di alcune questioni in ambito tecnico/organizzativo e disciplinare, con conseguente sottrazione alla giurisdizione statale, è stata infatti espressamente ancorata ai principi posti dal precedente art. 1. Il quale afferma sì che i rapporti tra i due ordinamenti sono regolati in base al principio di autonomia, ma, chiarisce subito dopo, con il “limite” della “rilevanza” della vicenda per l’ordinamento statale, rilevanza che si determina proprio in ragione delle situazioni giuridiche soggettive che si assumono essere state lese in applicazione di tali normative<sup>31</sup>.

Di quali situazioni si tratta è presto detto. Malgrado infatti l’espressione adottata dal legislatore sia così imprecisa da consentire di andare oltre la sfera dei diritti indisponibili e degli interessi legittimi, la giurisprudenza, cui spetta in concreto la delimitazione di tale area, ha applicato la clausola di salvaguardia in materia di diritti fondamentali, con particolare riferimento alla lesione dell’onorabilità e della reputazione<sup>32</sup>, allo *status* dell’atleta, con i connessi corollari attinenti all’immagine, alla professionalità acquisita ed alla carriera sportiva<sup>33</sup>, al diritto al lavoro ed allo svolgimento della prestazione<sup>34</sup>, al diritto alla salute<sup>35</sup>, al diritto

<sup>30</sup> TAR Lazio, Roma sez. III ter, 19 marzo 2008, n. 2472, in *Foro amm. TAR*, 2008.

<sup>31</sup> Per la complessità della individuazione delle fattispecie a rilevanza esterna e dunque sottratte al giudice sportivo, F. ELEFANTE, *I risvolti economici della giustizia sportiva nella giurisprudenza del TAR Lazio. L’inafferrabilità del criterio della rilevanza esterna*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 1729, ss.

<sup>32</sup> Il riferimento è alla sentenza del TAR Lazio (Roma, Sez. III ter, 22 agosto 2006, n. 7331) sul noto caso Moggi. La sentenza può leggersi in *Foro amm. TAR*, 2006, 2967, ss., con nota di G. MANFREDI, *Osservazioni sui rapporti tra ordinamento statale e ordinamento sportivo*, *ivi*, 2971, ss.

<sup>33</sup> Per la rilevanza esterna della sanzione della “squalifica”, tra le tante, TAR Lazio, Roma, Sez. III ter, 14 dicembre 2005, n. 13616, in *Foro amm. TAR*, 2005.

<sup>34</sup> Il riferimento è a quelle decisioni del giudice ordinario che hanno affermato la illegittimità di quelle disposizioni che in contrasto con il principio di non discriminazione in base alla nazionalità prevedono il contingentamento dei giocatori stranieri. Per questa giurisprudenza, E. CROCETTI BERNARDI, *La discriminazione nei confronti degli atleti stranieri*, cit., 71, ss.

<sup>35</sup> Il problema è quello della compatibilità degli sport violenti con i diritti inviolabili della persona e, in particolare, con il diritto alla salute, su cui, A. RANDAZZO, *Atti di disposizione del proprio corpo e sport violenti (profili costituzionali)*, in *Dir. e soc.*, 2008, n. 1, 119 ss., ove ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

all'“ingresso”<sup>36</sup> e il diritto “alla legittima o non irragionevole permanenza nel mondo dello sport organizzato”<sup>37</sup>, al diritto all'“unità familiare”<sup>38</sup>.

Trattasi, quindi, di diritti fondamentali della persona costituzionalmente garantiti, che, secondo l'Alta Corte costituiscono “controlimiti inderogabili e criteri interpretativi dell'autonomia dell'ordinamento e del diritto sportivo”<sup>39</sup>.

In una con questo parametro, la giurisprudenza, quale termine di valutazione per l'individuazione della fattispecie a rilevanza esterna all'ordinamento sportivo, ha utilizzato anche quello dell'incidenza economica della misura – organizzativa (come quelle disposizioni regolamentari che distinguono, in base alla nazionalità, atleti italiani e stranieri, comunitari ed extracomunitari), o disciplinare – sullo *status* del soggetto interessato (persona giuridica o fisica) e sugli interessi suoi o di terzi. E ciò in considerazione di quel valore economico/imprenditoriale che, su *input* del giudice comunitario, viene ormai unanimemente riconosciuta all'attività sportiva.

Si è osservato in dottrina che questa lettura minimale della clausola di riserva sportiva di cui al cit. art. 2, comma 1, ha di fatto ridimensionato l'autonomia dell'ordinamento sportivo ormai ricondotto alla vigenza del regime della “pregiudizialità sportiva”, espressamente richiamata all'art. 3, comma 1 della citata l. 280, ma alla quale il giudice statale ha riconosciuto un ridotto peso, ancorandola al modello dell'attività amministrativa contenziosa, con conseguente estensione della propria giurisdizione<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> Il problema è quello della libera circolazione dei calciatori professionisti, libertà che può essere ostacolata dalle disposizioni emanate dalle associazioni sportive sui trasferimenti e sul contingentamento dei giocatori stranieri.

<sup>37</sup> Tale diritto, assistito dalle garanzie di cui agli artt. 2 e 18 Cost., poteva essere compromesso dal “vincolo sportivo”, in forza del quale l'atleta minore dilettante era assoggettato, con la firma del “cartellino”, ad un legame associativo a tempo indeterminato e senza alcuna possibilità di recesso unilaterale (art. 36, reg. L.N.D.), con palese violazione del diritto inviolabile di associarsi e dissociarsi liberamente. Con la modifica dell'art. 36 del regolamento della L.N.D., l'istituto è stato ridimensionato ed è stato fissato il principio secondo cui il tesseramento dei minori dilettanti decade, tranne alcune eccezioni, al compimento del 25° anno di età. In argomento, P. MORO, *Vincolo sportivo e diritti fondamentali del minore*, in AA. VV., *Vincolo sportivo e diritti fondamentali*, cit., 9 e ss., ove anche ampi riferimenti normativi; F. RUOTOLO, *Giustizia sportiva e costituzione*, in *Riv. dir. sport.*, 1988, 408, ss.; A. DE SILVESTRI, *La riforma del calcio dilettantistico in tema di vincolo e di accordi economici*, *ivi*, 33 ss.

<sup>38</sup> Tale diritto si collega di solito all'altro sulla tutela dell'atleta minorenni.

<sup>39</sup> Il riferimento è alla decisione n. 1 del 2010, cit., nella quale l'Alta Corte ha ritenuto di stretta interpretazione la norma derogatoria del sistema di vincolo e di “nulla osta” di cui all'art. 16 del Regolamento FIP, relativo a giocatori non professionisti o di categoria giovanile (concernente un nuovo tesseramento a seguito di trasferimento stabile di residenza). Trattamento previsto al fine di un equo contemperamento degli interessi, anche economici, della compagine associativa-societaria, con la tutela di taluni specifici interessi dell'atleta giovane, quali quelli all'unità familiare, allo studio, al lavoro dei genitori, valutati come primari.

<sup>40</sup> A. ROMANO TASSONE, op. cit. p. 71. La disposizione di cui all'art. 3, co 1 della citata l. 280,

Nonostante l'intento del legislatore del 2003 fosse quello di mettere ordine nel sistema di giustizia sportiva, individuando limiti all'intervento del giudice statale ritenuto eccessivo e, dunque, pregiudizievole per l'autonomia stessa dell'ordinamento sportivo, la lettura che la giurisprudenza, tranne, come si è prima detto, sporadiche eccezioni, con l'avallo di una consistente parte della dottrina, ha dato delle relative disposizioni è andata nel senso di un ridimensionamento crescente dell'indipendenza ed autonomia dell'ordinamento sportivo da quello statale. Sicché ne escono rinforzate quelle teoriche decisamente orientate a negare che l'ordinamento sportivo sia speciale o separato o giuridicamente irrilevante per l'ordinamento statale<sup>41</sup>.

### 3. *L'Alta Corte quale portato degli obiettivi perseguiti dal nuovo Statuto del Coni*

La recente scelta della normativa domestica di istituire al vertice della giustizia sportiva un organo come l'Alta Corte che, per posizione, composizione e modalità di azione risponde a quei criteri e a quelle regole che costituiscono espressione del principio del giusto processo, così da renderlo più consono all'ordito costituzionale, costituisce il tentativo più consistente messo in atto dall'organo di governo dell'ordinamento sportivo per frenare tale deriva.

Del nuovo Statuto del Coni<sup>42</sup>, la cui riscrittura, come si è prima ricordato, era stata sollecitata dal d. lgs. n. 15 del 2004<sup>43</sup>, con il quale è stato ridisegnato il suo ruolo, l'istituzione dell'Alta Corte di giustizia sportiva, in una con il Tribunale Nazionale di arbitrato, costituisce indubbiamente il risultato più evidente.

Al Coni il legislatore del 2004 aveva attribuito, tra gli altri, anche il compito di riformare il sistema della giustizia sportiva, adeguandolo ai principi costitu-

---

condiziona infatti la giurisdizione del giudice amministrativo al preventivo esperimento di tutti i gradi della giustizia sportiva.

<sup>41</sup> Il riferimento è ai lavori di L. FERRARA, *L'ordinamento sportivo: meno e più della libertà privata*, in *Dir. pubbl.* 2007,1, ss., per il quale i due ordinamenti, come emerge dalla disciplina di alcuni istituti, sono "inestricabilmente annodati" (p. 6), sicché la disciplina dell'ordinamento sportivo deve ricondursi nell'ambito dell'ordinamento statale (spec. p. 31), e segnatamente, nell'alveo del diritto comune; di G. MANFREDI, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale. I rapporti tra giustizia statale e giustizia sportiva*, Torino 2007, per il quale gli attuali assetti del rapporto tra giustizia sportiva e giustizia statale devono essere ricostruiti in termini di integrazione dell'ordinamento sportivo nell'ordinamento statale, con conseguente giustiziabilità delle norme del primo, comprese quelle tecniche, davanti ai giudici statali (spec. p. 310); di F. GOISIS, *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa e arbitrato*, Milano 2007, il quale, sulla base di una nutrita serie di argomentazioni riconduce il fenomeno sportivo nell'alveo del diritto statale pubblico.

<sup>42</sup> Adottato dal Consiglio nazionale del Coni il 26 febbraio 2008.

<sup>43</sup> Art. 14 d. lgs. 8 gennaio 2004, n. 15, che ha modificato ed integrato il d. lgs. 23 luglio 1999, n. 242 concernente i compiti del CONI.

zionali e, segnatamente, al principio del “giusto processo” nelle sue differenti declinazioni, nonché quello di “razionalizzare” i rapporti tra i procedimenti di giustizia sportiva di propria competenza con quelli delle singole federazioni e delle discipline sportive associate, così da conciliare un certo grado di autonomia delle suddette articolazioni sportive con la presenza di un unico ordinamento sportivo, sia pure di natura complessa, sul presupposto dell'unità della giustizia sportiva<sup>44</sup>.

In linea con le indicazioni provenienti dal legislatore statale il nuovo Statuto sembra avere perseguito due traguardi: assicurare l'indipendenza e l'autonomia degli organi di giustizia sportiva e contestualmente la non contraddittoria compresenza con l'ordinamento statale; dotare il sistema di giustizia sportiva di un unico centro decisorio, punto di incrocio di tutte le questioni rilevanti in materia sportiva, indipendentemente dalla fonte e dall'origine, cui consegnare la parola conclusiva dell'ordinamento sportivo, così da garantire nelle materie attribuite alla sua competenza l'uniforme osservanza delle norme dell'ordinamento stesso.

L'Alta Corte è il portato di questi due obiettivi.

Organo dotato di piena autonomia e indipendenza (come viene espressamente affermato nella disposizione, art. 12, di apertura della parte dello Statuto dedicata alla riforma del sistema di giustizia sportiva), sovraordinato rispetto alle articolazioni della giustizia sportiva, costituisce l'ultimo grado della giustizia sportiva per le controversie sportive aventi ad oggetto “diritti indisponibili” (art. 12 *bis*). Vale a dire di quei diritti che sono espressione giuridica di attributi essenziali della persona umana, e dei quali non è possibile una elencazione tassativa, essendo la sfera della personalità ampia e mutevole, ma il cui fondamento normativo si rinviene nell'art. 2 della Costituzione che della personalità dell'individuo garantisce ogni profilo, fisico e morale.

È chiara l'intenzione di assicurare all'interno dell'ordinamento sportivo una tutela dei propri soggetti estesa anche a quei diritti che sono espressione del principio personalistico che costituisce uno dei pilastri su cui si fonda il nostro sistema costituzionale, mostrando, con ciò, per usare una espressione di Romano Tassone, l'intento ad acquisire all'ordinamento sportivo quella “vocazione generale” che lo avvicina all'ordinamento statale<sup>45</sup>.

Completa il disegno la scelta di rendere inderogabile, obbligatoria, e vincolante la giurisdizione del nuovo organismo. Il ricorso all'Alta Corte non è difatti facoltativo né alternativo a quello statale, bensì costituisce, come ribadito recentemente dalla stessa Corte<sup>46</sup>, l'ultimo grado della giustizia sportiva prima di adire il giudice statale. Mentre, come prescrive il 2° comma del già cit. art. 12 *bis*, “il

---

<sup>44</sup> M. SERIO, *Riorganizzazione del Sistema di giustizia sportiva e funzione nomofilattica delle Corti federali di ultima istanza*, in *Nuove autonomie*, 1, 2010, 58.

<sup>45</sup> A. ROMANO TASSONE, *Pluralità degli ordinamenti giuridici e tutela giurisdizionale*, cit., 74.

<sup>46</sup> Decisione n. 1 del 18 gennaio 2010, pubblicata il 5 febbraio 2010.

principio di diritto posto a base della decisione che definisce la controversia deve essere tenuto in massimo conto da tutti gli organi della giustizia sportiva”.

È la consacrazione del ruolo “nomofilattico” dell’Alta Corte, coerente con la sua configurazione come organo al vertice del sistema, comune a tutti i soggetti e rami dell’ordinamento sportivo, chiamato ad assicurare nelle materie di propria competenza l’uniforme osservanza delle norme dell’ordinamento sportivo, assicurandone l’autonomia e nello stesso tempo la pacifica coabitazione con l’ordinamento generale.

Inoltre, questa funzione di assicurare uniformità al funzionamento del sistema di giustizia sportiva costituisce anche la risposta a quell’esigenza di razionalizzazione dei rapporti tra i procedimenti di giustizia sportiva di competenza del Coni con quelli delle singole federazioni e delle discipline sportive associate, richiesta dal legislatore del 2004<sup>47</sup>.

In linea con questo ruolo che le si è attribuito, la sua immediata operatività non è condizionata – nonostante il diverso significato che sembrerebbe discendere dall’inciso dell’art. 12, comma 2°, “ove previsto dai rispettivi Statuti” – dal previo recepimento delle norme statutarie istitutive, considerato il loro contenuto precettivo, da parte degli statuti e dei regolamenti delle singole Federazioni, delle Discipline sportive associate e degli Enti di promozione sportiva. Secondo l’Alta Corte, che ha già avuto modo di affrontare la tematica sin dalla decisione n. 1 del 2009, tale inciso deve essere interpretato nel senso che sussiste la “facoltà” per tali enti di riportare anche formalmente nei loro Statuti la disciplina di cui agli artt. 12, 12 *bis* e 12 *ter*; e che “tuttavia l’adeguamento delle fonti, ancorché auspicabile per una maggiore chiarezza del quadro normativo vigente, è meramente eventuale, poiché nelle more, il nuovo sistema di giustizia sportiva trova comunque applicazione”<sup>48</sup>.

L’attribuzione alla cognizione dell’Alta Corte delle controversie relative a diritti indisponibili ne postulava l’adeguamento al principio del “giusto processo”, nelle sue molteplici espressioni, sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo, e cioè con riferimento agli attributi che devono connotare i componenti e alle modalità di svolgimento del procedimento che si svolge davanti alla stessa.

L’esigenza che i procedimenti per la soluzione delle controversie nell’ordinamento sportivo assumessero la sostanza di veri e propri processi nella prospettiva dell’art. 111 Cost., emergeva del resto già dallo Statuto del Coni del novembre 2000, per questa parte riprodotto nel nuovo Statuto (art. 2, co 8), il quale attribuiva al Coni proprio il compito di garantire “giusti procedimenti” nell’ambito della giustizia sportiva. E che per “giusti procedimenti” dovessero

---

<sup>47</sup> Come bene è stato sottolineato da M. SERIO, *Riorganizzazione del Sistema di giustizia sportiva*, cit., 59.

<sup>48</sup> Decisione 8/29 luglio 2010, n. 14.

intendersi “giusti processi” era dimostrato dal fatto che lo Statuto era stato approvato circa un anno dopo la riforma costituzionale dell'art. 111<sup>49</sup>.

Indicative in tal senso sono le nuove disposizioni statutarie (art. 12 *bis*) e codicistiche che ne disciplinano la istituzione (art. 1), la composizione (artt. 2 e 3), i compiti (art. 1, commi 2 e 5), e le modalità di azione (art. 4 e ss.)

La composizione, e le relative modalità di nomina, è tale da assicurarne la terzietà e l'imparzialità.

Quanto alla nomina, l'art. 12 *bis* (riprodotto all'art. 2 co 3 del Codice) richiede il possesso di qualifiche determinate, in una con la particolare esperienza, oltre ad una adeguata preparazione nel campo sociale e giuridico. I cinque membri devono infatti essere selezionati tra giuristi di chiara fama, magistrati anche a riposo delle giurisdizioni superiori, sia ordinaria che amministrativa, professori universitari di prima fascia anche a riposo, avvocati dello Stato con almeno quindici anni di anzianità.

Le modalità di nomina contribuiscono ad assicurarne l'indipendenza. La richiesta, infatti di una maggioranza qualificata, non inferiore ai tre quarti dei componenti del Consiglio nazionale del Coni con diritto di voto, è tale da garantirne una effettiva indipendenza dalla maggioranza dell'organo cui spetta la nomina stessa<sup>50</sup>.

Al fine di rafforzare l'ancoraggio del nuovo organismo agli elementi costituzionali che devono connotare tutti i processi giurisdizionali, è previsto che i membri dell'Alta Corte (così come gli arbitri del TNAS) si impegnino con una dichiarazione scritta a esercitare le proprie funzioni con obiettività, indipendenza e in assenza di conflitti d'interesse e con l'obbligo di riservatezza. Si tratta di un impegno scritto che assume quasi la solennità di un giuramento dei componenti l'Alta Corte ad esercitare le proprie funzioni nel solco tracciato dalla Costituzione.

Altre disposizioni contenute nello Statuto e nel Codice concretizzano il rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa. In quest'ottica vanno lette le norme sulle notifiche dei ricorsi alla controparte, di cui deve essere garantita la prova dell'avvenuto ricevimento (art. 4, comma 1 e 6, e art. 13, comma 2, codice Alta Corte), la possibilità per ciascuna parte di svolgere le proprie difese e le proprie valutazioni innanzi l'organo giudicante attraverso lo strumento della discussione orale (art. 9, comma 3, codice Alta Corte).

#### 4. *Qualche riflessione conclusiva*

L'impianto normativo succintamente ricordato, è di facile lettura: l'indicazione di particolari requisiti soggettivi che devono possedere i componenti l'organo giudicante, le modalità di nomina; l'obbligo di notificazione del ricorso

---

<sup>49</sup> I. FIORILLO, *Giustizia sportiva e “giusto processo”*, cit., p. 29.

<sup>50</sup> La durata in carica è di 6 anni, con possibilità di rinnovo del mandato per una sola volta.

oltre che alla parte resistente e agli eventuali controinteressati, anche alla federazione di appartenenza, se diversa dalla parte resistente in una con la possibilità di intervento nel giudizio del terzo portatore di un interesse giuridicamente protetto, delineano anche per il processo innanzi alla Corte le garanzie costituzionali del giusto processo. Il ricorso all'Alta Corte, anche questo è un dato che emerge con chiarezza, non è né facoltativo, né alternativo a quello statale. Ma è l'ultimo grado della giustizia sportiva prima di adire eventualmente il giudice statale. L'alternatività del resto è esclusa dalla inderogabilità della giustizia statale allorché sono in discussione diritti inviolabili.

Qualche dubbio ha sollevato quella disposizione del Codice (art. 1, comma 3) che rimette al giudizio dell'Alta Corte la valutazione della "notevole rilevanza", sia di fatto sia di diritto, della controversia per l'ordinamento sportivo, quale condizione di ammissibilità – unitamente al coinvolgimento di diritti indisponibili – del ricorso innanzi alla stessa Corte. Appare, piuttosto, pleonastica l'altra previsione, contenuta sempre nella stessa disposizione di cui al citato art. 1, comma 3, che individua un ulteriore presupposto processuale nell'"avvenuto esperimento dei rimedi o ricorsi previsti dalla giustizia sportiva federale", trattandosi infatti della conferma della natura di ultima istanza della giustizia sportiva riconosciuta all'Alta Corte dall'art 12 *bis* dello Statuto per le controversie sportive.

Si è detto in dottrina che la disposizione, con la quale si rimette alla valutazione dell'Alta Corte l'esercizio della sua *potestas decidendi*, risponde all'opportunità che sia la stessa Alta Corte, per la propria autorevolezza e per il suo ruolo di garante dell'uniforme osservanza delle norme dell'ordinamento sportivo, ad individuare i nuclei problematici in ordine ai quali è necessario spendere la propria parola chiarificatrice, alla stregua delle Corti di ultima istanza o di quelle di legittimità, anche delle leggi<sup>51</sup>. Ciò non toglie che, in assenza di parametri di riferimento certi ed obiettivi la latitudine della sua giurisdizione sia in concreto definita dalla stessa Corte, sulla base di una indagine pratica, caso per caso. Indagine, occorre precisare, alla quale contribuisce lo stesso ricorrente, cui spetta dare in sede di ricorso "indicazioni in ordine alla notevole rilevanza della questione per l'ordinamento sportivo nazionale" secondo quanto espressamente previsto dall'art. 4, comma 2, lett. d), del Codice. Si è paventato il rischio di una equazione "notevole rilevanza" = "clamore mediatico". Rischio per la verità smentito in pieno dalle primissime decisioni assunte dall'Alta Corte dal momento della sua istituzione.

In queste decisioni il criterio della notevole rilevanza è stato calibrato attorno a parametri oggettivi, individuati nella violazione di diritti della personalità<sup>52</sup>; nella dimensione territoriale della questione in discussione e in questa prospettiva mentre si è escluso la notevole rilevanza di una questione per la dimensione

---

<sup>51</sup> M. SERIO, *Riorganizzazione del Sistema di giustizia sportiva*, cit., 62.

<sup>52</sup> Decisione 14 maggio/9 giugno 2009, n. 1.

prettamente locale del campionato di cui si discuteva e la limitata importanza delle questioni di fatto e di diritto sollevate<sup>53</sup>, diversamente la si è ammessa nel caso in cui la questione atteneva all'ammissione al massimo campionato nazionale di pallavolo e, pertanto alla più significativa espressione agonistica sul piano nazionale di tale disciplina<sup>54</sup>; nella circostanza che la controversia involgeva profili di carattere economico/finanziario, quali quelli concernenti le garanzie fideiussorie e la solidità della situazione finanziaria della società interessata<sup>55</sup>, nei caratteri della sanzione irrogata.

A quest'ultimo riguardo – come osservato dalla stessa Corte nella decisione relativa alla nota controversia che opponeva la Juventus alla F.I.G.C. in ordine ad una sanzione che comportava la disputa di una partita a porte chiuse<sup>56</sup> – non è facile per l'interprete identificare con precisione la linea di confine che separa le controversie in materia di sanzioni di minore rilievo sottratte al nuovo contenzioso e quelle che, per la loro notevole rilevanza, spettano invece alla cognizione dei nuovi organi di giustizia sportiva. In particolare, secondo l'Alta Corte, non sarebbe coerente con il nuovo sistema una interpretazione che riservasse alla sua cognizione tutte le controversie relative a sanzioni sportive che per espressa previsione statutaria (12 *bis* e 12 *ter*) non le sono state sottratte, vale a dire quelle di carattere pecuniario fino a 10.000 euro, nonché la sospensione dell'attività sportiva per un periodo non superiore a 120 giorni continuativi. Diversamente, anche questioni relative a sanzioni pecuniarie ed interdittive diverse da quelle che le sono state sottratte espressamente “devono ottenere definizione in ambito solo federale” senza, cioè, pervenire all'Alta Corte, allorché la controversia è “sprovvista di quella rilevanza che ha ottenuto esplicita enunciazione solo in riferimento alle sanzioni pecuniarie e interdittive”. In questa prospettiva la Corte, mentre ha ritenuto sottratte alla propria cognizione sanzioni di carattere non pecuniario né interdittivo, di moderato effetto afflittivo, quali, l'ammonizione, la diffida e misure similari, diversamente, ha ritenuto di non dovere declinare la propria competenza in relazione ad una sanzione solo apparentemente “leggera”, quale “la disputa di una partita a porte chiuse”. Rinvenendosi, in questo caso, la notevole rilevanza (che ne consente l'accesso all'Alta Corte) sia nelle pesanti incidenze economiche (anche se riflesse) che si riconnettono alla mancata vendita di biglietti, sia nella caduta di immagine della società, della squadra e della sua tifoseria, a causa della particolare ostensibilità della sanzione per le modalità della sua esecuzione, sia, infine, per l'effetto particolarmente afflittivo della sanzione – svolgimento della partita nel silenzio degli spalti – che priva la squadra dei suoi tifosi e questi della possibilità di sostenere la propria squadra.

---

<sup>53</sup> Decisione 6/16 ottobre 2009, n. 6.

<sup>54</sup> Decisione 7/10 settembre 2009, n. 5.

<sup>55</sup> Decisione 7/10 settembre 2009, n. 5, cit.; decisione 22/28 luglio 2010, n. 11.

<sup>56</sup> Trattasi della decisione n. 1 del 2009, cit.

In questa decisione, sicuramente tra le più significative – anche per il clamore mediatico che circondava la vicenda – la Corte ha anche affrontato, in termini più generali, ma le due eccezioni erano connesse, il tema dei confini alla sua *potestas decidendi*, il cui esercizio, come si è prima ricordato, è espressamente condizionato dalla notevole rilevanza della controversia, sotto il profilo sostanziale e processuale.

In particolare, quanto ai profili sostanziali, tale rilevanza è stata rinvenuta nella circostanza che in discussione erano cori discriminatori sul piano razziale e, mi sembra importante sottolinearlo, nel fatto che la controversia riguardasse una tematica, quella appunto del razzismo, particolarmente avvertita in questi ultimi tempi.

Si tratta di una scelta ineccepibile, essendo i cori razzisti espressione di intolleranza, fondati sul colore della pelle o sulla nazionalità, veicoli di odio per lo straniero e il diverso e, di conseguenza sicuramente lesivi di diritti inviolabili della persona e in contrasto con i valori di cui lo sport è portatore.

La conferma della sanzione, nonostante le pressioni provenienti dalla c. d. piazza, è inoltre indicativa del fatto che l'Alta Corte è ben consapevole della sfida alla quale è stata chiamata: dimostrare che anche all'interno dell'ordinamento sportivo possono essere adeguatamente tutelati i diritti inviolabili della persona umana. Condizione indispensabile per il perdurante riconoscimento dell'autonomia dell'ordinamento sportivo dall'ordinamento generale. Trattasi di una sfida sicuramente difficile, anche se credo ci siano le condizioni per vincerla. Fino ad oggi infatti la esclusione dell'area dei diritti indisponibili dall'ambito di operatività della giustizia sportiva anche nelle "materie riservate" ha trovato sponda oltre che in un dato normativo di incerta interpretazione, anche sui limiti dell'ordinamento sportivo e del suo sistema di giustizia rispetto ai principi dello Stato di diritto. Ma, se come emerge dai dati normativi prima ricordati, anche il sistema di giustizia sportiva dopo la riforma si avvia ad essere un processo coerente con i principi e le regole dello Stato di diritto delineato dalla Costituzione, allora la sfida, anche se difficile, può essere vinta.

### THE JURISDICTION

#### OF THE "ALTA CORTE DI GIUSTIZIA SPORTIVA" OVER FUNDAMENTAL RIGHTS: TOWARDS A REVITALIZATION OF THE SPORTS LEGAL SYSTEM?

by Maria Immordino

#### Abstract

The interest toward the "sport justice" – in the framework of the relationships between sport law and state law – has been recently reawaken thanks to the institution, by the CONI, of the "High court of sport Justice". The creation of the Court – whose competences extend to the defence of fundamental rights – had been solicited by the legislator in order to adequate the sport justice system to the constitutional principle of the "giusto processo". The composition of the court is strongly characterized by the independence and impartiality of his members.

## La nuova disciplina dei termini procedimentali tra innovazioni evolutive e occasioni mancate\*

di Antonio Colavecchio

SOMMARIO: 1. Quadro generale: le incessanti riforme del procedimento amministrativo. – 2. I nuovi termini di conclusione dei procedimenti amministrativi. – 3. Le modalità di fissazione dei termini. – 4. Un'occasione mancata dal legislatore del 2009: l'omessa definizione delle conseguenze "procedimentali" dell'inosservanza dei termini. – 5. Le conseguenze diverse da quelle "procedimentali": gli effetti in tema di responsabilità dirigenziale e di danno da ritardo. – 6. Alcune considerazioni conclusive.

### 1. *Quadro generale: le incessanti riforme del procedimento amministrativo*

Come è noto, in meno di vent'anni di vigenza, la legge fondamentale sul procedimento amministrativo<sup>1</sup>, in una sorta di «*ansia riformatrice*»<sup>2</sup>, è stata fatta oggetto di ripetute e ponderose modifiche, le più consistenti delle quali intervenute negli ultimi cinque anni. Il riferimento è alle riforme del procedimento amministrativo operate dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15<sup>3</sup>, dalla legge 14 maggio 2005, n. 80<sup>4</sup>, nonché, da ultimo, dalla legge 18 giugno 2009, n. 69<sup>5</sup>.

---

\* Il presente scritto è destinato al volume "Studi di contabilità pubblica", in onore di Maria Luisa Bassi.

<sup>1</sup> Legge 7 agosto 1990, n. 241, recante «*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*».

<sup>2</sup> L'espressione è di A. CELOTTO, *L'ansia riformatrice, il Gattopardo e il nuovo art. 29 della legge n. 241 del 1990, come modificato dalla legge n. 69 del 2009*, in *www.giustamm.it*, n. 9/2009, p. 1, il quale, nel ricordare che «*le regole di buona legislazione consigliano norme che durino nel tempo*» in quanto «*soltanto con un certo numero di anni di vigenza l'ordinamento e i cittadini si adattano alla loro applicazione*», critica la tecnica normativa di questi ultimi anni, caratterizzata dal modificare assai di frequente le regole, «*in una spasmodica ansia riformatrice*».

<sup>3</sup> Recante «*Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa*».

<sup>4</sup> Recante «*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, recante disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Delege al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali*».

<sup>5</sup> Recante «*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*» (c.d. "collegato competitività" alla finanziaria 2009).

In tutti tali interventi di “spasmodica” – e talvolta ondivaga – revisione della legge n. 241/1990, ispirati ai principi di semplificazione e velocizzazione dell’azione della P.A., è stato sempre coinvolto l’art. 2, che, come noto, disciplina i termini del procedimento amministrativo: sicché tale disposizione, in meno di un quinquennio, ha subito una triplice, successiva modificazione.

In primo luogo, con l’art. 3 della legge n. 15/2005, il legislatore ha aggiunto all’art. 2 della legge n. 241/1990, il comma 4-bis, a mente del quale *«Decorsi i termini di cui ai commi 2 o 3, il ricorso avverso il silenzio, ai sensi dell’articolo 21-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, e successive modificazioni, può essere proposto anche senza necessità di diffida all’amministrazione inadempiente fin tanto che perdura l’inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai commi 2 o 3. È fatta salva la riproponibilità dell’istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti»*.

Successivamente, a distanza di soli tre mesi, lo stesso art. 2 è stato integralmente sostituito dall’art. 3, comma 6-bis, della legge n. 80/2005, del quale appare utile riportare il testo: *«1. Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad una istanza, ovvero debba essere iniziato d’ufficio, la pubblica amministrazione ha il dovere di concluderlo mediante l’adozione di un provvedimento espresso. 2. Con uno o più regolamenti adottati ai sensi dell’articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro competente, di concerto con il Ministro per la funzione pubblica, sono stabiliti i termini entro i quali i procedimenti di competenza delle amministrazioni statali devono concludersi, ove non siano direttamente previsti per legge. Gli enti pubblici nazionali stabiliscono, secondo i propri ordinamenti, i termini entro i quali devono concludersi i procedimenti di propria competenza. I termini sono modulati tenendo conto della loro sostenibilità, sotto il profilo dell’organizzazione amministrativa, e della natura degli interessi pubblici tutelati e decorrono dall’inizio di ufficio del procedimento o dal ricevimento della domanda, se il procedimento è ad iniziativa di parte. 3. Qualora non si provveda ai sensi del comma 2, il termine è di novanta giorni. 4. Nei casi in cui leggi o regolamenti prevedono per l’adozione di un provvedimento l’acquisizione di valutazioni tecniche di organi o enti appositi, i termini di cui ai commi 2 e 3 sono sospesi fino all’acquisizione delle valutazioni tecniche per un periodo massimo comunque non superiore a novanta giorni. I termini di cui ai commi 2 e 3 possono essere altresì sospesi, per una sola volta, per l’acquisizione di informazioni o certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell’amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni. Si applicano le disposizioni dell’articolo 14, comma 2. 5. Salvi i casi di silenzio assenso, decorsi i termini di cui ai commi 2 o 3, il ricorso avverso il silenzio dell’amministrazione, ai sensi dell’articolo 21-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, può essere proposto anche senza necessità di diffida all’amministrazione inadempiente, fintanto che perdura l’inadempimento e*

*comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai predetti commi 2 o 3. Il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza. È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti.*

Infine, l'art. 7 della legge n. 69/2009 ha ulteriormente riscritto l'art. 2, il cui testo attualmente in vigore risulta il seguente: «1. Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso. 2. Nei casi in cui disposizioni di legge ovvero i provvedimenti di cui ai commi 3, 4 e 5 non prevedono un termine diverso, i procedimenti amministrativi di competenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali devono concludersi entro il termine di trenta giorni. 3. Con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottati ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta dei Ministri competenti e di concerto con i Ministri per la pubblica amministrazione e l'innovazione e per la semplificazione normativa, sono individuati i termini non superiori a novanta giorni entro i quali devono concludersi i procedimenti di competenza delle amministrazioni statali. Gli enti pubblici nazionali stabiliscono, secondo i propri ordinamenti, i termini non superiori a novanta giorni entro i quali devono concludersi i procedimenti di propria competenza. 4. Nei casi in cui, tenendo conto della sostenibilità dei tempi sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, della natura degli interessi pubblici tutelati e della particolare complessità del procedimento, sono indispensabili termini superiori a novanta giorni per la conclusione dei procedimenti di competenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali, i decreti di cui al comma 3 sono adottati su proposta anche dei Ministri per la pubblica amministrazione e l'innovazione e per la semplificazione normativa e previa deliberazione del Consiglio dei Ministri. I termini ivi previsti non possono comunque superare i centottanta giorni, con la sola esclusione dei procedimenti di acquisto della cittadinanza italiana e di quelli riguardanti l'immigrazione. 5. Fatto salvo quanto previsto da specifiche disposizioni normative, le autorità di garanzia e di vigilanza disciplinano, in conformità ai propri ordinamenti, i termini di conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza. 6. I termini per la conclusione del procedimento decorrono dall'inizio del procedimento d'ufficio o dal ricevimento della domanda, se il procedimento è ad iniziativa di parte. 7. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 17, i termini di cui ai commi 2, 3, 4 e 5 del presente articolo possono essere sospesi, per una sola volta e per un periodo non superiore a trenta giorni, per l'acquisizione di informazioni o di certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni. Si applicano le disposizioni dell'articolo 14, comma 2. 8. Salvi i casi di silenzio assenso, decorsi i termini per la conclusione del

*procedimento, il ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione, ai sensi dell'articolo 21-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, può essere proposto anche senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente, fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai commi 2 o 3 del presente articolo. Il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza. È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti. 9. La mancata emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale.*

## 2. I nuovi termini di conclusione dei procedimenti amministrativi

Il nuovo – ennesimo – intervento operato sulla disciplina dei termini massima di durata del procedimento amministrativo, ex art. 2 legge n. 241/1990, appare chiaramente espressivo della segnalata volontà di semplificazione e snellimento burocratico, in linea con una più generale aspirazione a un'evoluzione nel senso di una maggiore democraticità nei rapporti tra cittadino e poteri pubblici, nonché in continuità con il percorso già tracciato con le due ravvicinate riforme apportate, rispettivamente, con le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005.

Sotto altro e connesso profilo, la novella del 2009, intervenendo nuovamente sull'art. 2 della legge n. 241/1990 con la fissazione (in via legislativa e salvo limitate eccezioni) di un termine finale di conclusione di tutti i procedimenti amministrativi, e, inoltre, con la previsione delle conseguenze (interne ed esterne all'Amministrazione) derivanti dal mancato rispetto dei termini di conclusione procedimentale, si muove nel senso di dare «un nuovo impulso al processo di tutela e di valorizzazione del tempo nei rapporti tra i privati e le pubbliche amministrazioni»<sup>6</sup>.

Giova ricordare che, già all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 241 del 1990, la previsione di termini di durata massima dei procedimenti amministrativi, che costituiva un'innovazione “rivoluzionaria” rispetto al passato, fu entusiasticamente accolta dalla dottrina, indicandosi in essa il segno dell'affermarsi della «certezza del tempo dell'agire della pubblica amministrazione»<sup>7</sup>. Se-

<sup>6</sup> Così T. DI NITTO, *La tutela del tempo nei rapporti tra i privati e le pubbliche amministrazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 1151.

<sup>7</sup> L'espressione è di M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, p. 125. Più in particolare, secondo tale Autore, «l'art. 2 della L. n. 241 sembra fondare un nuovo principio generale del diritto amministrativo: il principio della certezza del tempo dell'agire della Pubblica Amministrazione in funzione di tutela di coloro nella cui sfera giuridica ricadono gli effetti ampliativi (procedimenti a istanza di parte) o restrittivi (procedimenti d'ufficio) del provvedimento amministrativo».

gno “salvifico” e quanto mai atteso, tanto più laddove si consideri che l’orientamento sino ad allora prevalente era nel senso di rimettere all’insindacabile determinazione della P.A. la durata temporale dell’azione amministrativa, con evidente frustrazione delle esigenze di garanzia degli amministrati<sup>8</sup>.

Sin dal suo apparire, la disposizione contenuta nell’art. 2 della legge n. 241/1990 è stata così considerata autentica espressione dei principi di buona amministrazione e di correttezza, che impongono alla P.A. di portare a conoscenza di chiunque faccia valere una legittima aspettativa il contenuto e le ragioni delle determinazioni che lo interessano<sup>9</sup>; ciò, peraltro, a condizione che in capo alla P.A. stessa sia configurabile un vero e proprio obbligo giuridico di provvedere, nascente, cioè, da una norma di legge, di regolamento o da un atto amministrativo<sup>10</sup>. Sia in dottrina che in giurisprudenza è stato inoltre precisato che la sussistenza dell’obbligo di provvedere può fondarsi anche sui principi informatori dell’azione amministrativa, quali quelli dell’imparzialità, della legalità e del buon andamento<sup>11</sup>.

In tal senso, la Corte costituzionale, nel qualificare l’art. 2, legge n. 241/1990 come “norma di principio”, ha evidenziato che con tale disposizione il legislatore ha inteso canonizzare «*l’efficacia dell’obbligo di provvedere già esistente nell’ordinamento, con esclusione di ogni forma di insabbiamento di procedimenti, anche nelle fasi subprocedimentali*», dando così «*applicazione generale a regole [...] che sono attuazione, sia pure non esaustiva, del principio costituzionale di buon andamento dell’amministrazione (art. 97 della Costituzione) negli obiettivi di trasparenza, pubblicità, partecipazione e tempestività dell’azione amministrativa, quali valori essenziali in un ordinamento democratico*»<sup>12</sup>. Sicché il mancato esercizio delle attribuzioni da parte dell’Amministrazione entro il termine per provvedere, pur non comportando *ex se* la decadenza del potere, viene a configurare «*un’illegittimità di comportamenti derivante da inadempimento*

<sup>8</sup> Cfr., ad esempio, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 1993, vol. II, p. 192; M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo: certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 294.

<sup>9</sup> Di talché, è stato ritenuto «*elusivo del detto obbligo l’atto che rinvia a tempo indeterminato l’adozione della delibera richiesta dall’istante*»: T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sent. 9 aprile 1998, n. 420, in *Ragiusan*, 1999, f. 178-9, p. 34; nello stesso senso, in precedenza, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, sent. 11 novembre 1994, n. 59, in *Foro amm.*, 1994, 1928.

<sup>10</sup> In quest’ultima ipotesi risultano ricomprese le autolimitazioni disposte dall’Amministrazione stessa nell’esercizio delle sue attribuzioni: T.A.R. Lazio, Sez. I, sent. 13 luglio 2000, n. 5868, in *Ragiusan*, 2000, f. 199-0, p. 60.

<sup>11</sup> Come evidenziato in un recente arresto del Consiglio di Stato, l’obbligo dell’Amministrazione di rispondere espressamente alle istanze dei privati risulta anche «*conforme agli obblighi di lealtà, correttezza e solidarietà, insiti nei principi di imparzialità e buon andamento cui deve ispirarsi l’attività della pubblica amministrazione*»: così Cons. Stato, Sez. IV, dec. 2 novembre 2004, n. 7068, in *Urb. e app.*, 2005, p. 339, con nota di I. PAGANI, *Il Consiglio di Stato torna sul “clare loqui”*.

<sup>12</sup> Corte cost., sent. 23 luglio 1997, n. 262, in *Giur. cost.*, 1997, p. 2406, con nota redaz. di R. D’ALESSIO.

di obblighi, con «una serie di effetti e di responsabilità in conseguenza di inerzia con l'inosservanza dei termini»<sup>13</sup>, i quali valgono a conferire al suddetto art. 2 anche il carattere di norma precettiva, suscettibile, dunque, di immediata e diretta applicazione.

Sotto tale profilo, il legislatore, positivizzando, nel ridetto art. 2, l'obbligo della P.A. di *clare loqui*<sup>14</sup>, «per la prima volta prendeva atto della non neutralità del fattore "tempo" rispetto agli interessi dei destinatari dell'attività amministrativa, e conseguentemente lo sottraeva all'assoluta e incondizionata disponibilità della P.A.»<sup>15</sup>.

Negli anni più recenti, il fattore tempo, ovvero la necessità per i cittadini e per le imprese di ottenere in modo rapido ed efficiente i servizi resi dalle Pubbliche amministrazioni, è poi assunto al rango di un "bene" da tutelare e da valorizzare, anche in ragione dell'esigenza di aumentare la competitività del nostro Paese<sup>16</sup>.

In questa prospettiva, sul finire del decennio scorso, è stato avviato un generale processo di tutela e valorizzazione del tempo, diretto ad introdurre norme e principi in grado di assicurare l'effettività degli obblighi previsti dall'art. 2 della legge n. 241/1990. Il riferimento è, per esempio<sup>17</sup>, all'emanazione di

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> Come noto, l'inosservanza dell'obbligo di *clare loqui* sancito dall'art. 2 della legge n. 241/1990 apre la via ai rimedi *contra silentium*. Giova ricordare che la tematica del silenzio nel diritto amministrativo affonda le radici nel più vasto fenomeno dell'inerzia, intesa come non-azione, non-attività ovvero come omesso esercizio dei poteri di cui la Pubblica Amministrazione è investita per la cura degli interessi pubblici. Appare sempre fondamentale richiamare la letteratura "classica" in materia di silenzio della P.A.: U. BORSI, *Il silenzio della pubblica amministrazione nei riguardi della giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 1903, IV, c. 255 ss.; U. FORTI, *Il "silenzio" della pubblica amministrazione e i suoi effetti processuali*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, 121 ss.; R. RESTA, *Il silenzio nell'esercizio della funzione amministrativa*, Roma, 1932; A.M. SANDULLI, *Questioni recenti in tema di silenzio della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1949, III, c. 128 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Inerzia a provvedere da parte della pubblica amministrazione e tutela del cittadino*, in *Foro pad.*, 1956, I, p. 175 ss.; F. LA VALLE, *Profili giuridici dell'inerzia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, p. 360 ss.; S. CASSESE, *Inerzia e silenzio della P.A.*, in *Foro amm.*, 1963, I, p. 30 ss.; F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964; F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971. Più di recente, sul tema del silenzio, si segnala, tra gli studi monografici, V. PARISIO, *I silenzi della pubblica Amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996.

<sup>15</sup> COSÌ R. GRECO, *La riforma della legge 241/90, con particolare riguardo alla legge 69/2009: in particolare, le novità sui termini di conclusione del procedimento e la nuova disciplina della conferenza dei servizi*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), novembre 2009, p. 1.

<sup>16</sup> In tal senso, cfr. F. CARINGELLA, *Ancora una riforma del procedimento amministrativo*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), *Il nuovo procedimento amministrativo. Commento organico alla legge 18 giugno 2009, n. 69, di modifica della L. n. 241/1990*, Roma, 2009, p. 19, ad avviso del quale «il tempo è un bene della vita (se non l'unico bene della vita)».

<sup>17</sup> Per una più compiuta individuazione delle fattispecie normative con cui si inverte il descritto processo di tutela e valorizzazione del fattore tempo, si rinvia a T. DI NITTO, *La tutela del tempo*, cit., p. 1152.

norme tendenti all'introduzione di forme di indennizzo automatico e forfettario a favore dei soggetti richiedenti il provvedimento, per i casi di mancato rispetto da parte delle pubbliche Amministrazioni dei tempi procedurali, oppure per i casi di ritardato o incompleto assolvimento degli obblighi e delle prestazioni<sup>18</sup>; alla semplificazione del meccanismo di formazione del silenzio-inadempimento delle PP.AA. con la contestuale attribuzione al giudice amministrativo del potere di conoscere della fondatezza dell'istanza presentata e rimasta inevasa<sup>19</sup>; all'ampliamento delle ipotesi in cui al comportamento omissivo tenuto dall'Amministrazione sulle istanze presentate dai soggetti privati viene attribuito un significato positivo, nel senso dell'accoglimento delle istanze medesime ("silenzio-as-senso")<sup>20</sup>.

Orbene, come anticipato, la legge n. 69 del 2009 – costituisce il più recente approdo del processo di tutela e valorizzazione del bene "tempo" nello svolgimento dell'azione amministrativa; in particolare, diverse sue disposizioni – e, soprattutto, per quanto qui interessa l'art. 7 – risultano tese a superare le resistenze opposte dalle pubbliche Amministrazioni all'attuazione di tale processo<sup>21</sup>, le quali ultime sono tradizionalmente poco inclini ad accettare l'imposizione di obblighi di *facere* e, per di più, entro un termine predeterminato<sup>22</sup>.

Per quel che specificamente attiene all'art. 7 della legge n. 69/2009 – che riscrive interamente l'art. 2 della legge n. 241/1990<sup>23</sup>, pur senza stravolgerne

---

<sup>18</sup> V. l'art. 17, comma 1, lett. *f*), della legge 15 marzo 1997, n. 59, recante «*Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa*».

<sup>19</sup> V. art. 2, legge n. 241/1990, come modificato dalla legge n. 80/2005.

<sup>20</sup> V. art. 20, legge n. 241/1990, come modificato dalla legge n. 80/2005.

<sup>21</sup> Nella direzione indicata si inscrivono le norme dirette a ridurre i tempi di svolgimento dell'attività consultiva delle PP.AA. (cfr. art. 8, comma 1, lett. *a*); le norme che facoltizzano l'utilizzo di mezzi telematici per la trasmissione di documenti, nonché per lo svolgimento delle conferenze di servizi (cfr., rispettivamente, art. 8, comma 1, lett. *a*, e art. 9, comma 1), le norme che includono la tempestività nell'adozione di provvedimenti e nell'erogazione di servizi tra le buone prassi da diffondere tra gli uffici (cfr. art. 23, comma 1); le norme che impongono alle PP.AA. di determinare e rendere pubblici un "indicatore di tempestività dei pagamenti" nonché i tempi medi di definizione dei procedimenti e di erogazione dei servizi (art. 23, comma 5).

<sup>22</sup> Al riguardo, si pensi che numerose Amministrazioni non si sono ancora dotate di un regolamento che individui i termini di conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza. Peraltro, anche nei casi in cui abbiano provveduto in tale senso, i regolamenti adottati risultano possedere una struttura comune, come è avvenuto, ad esempio, nel caso delle amministrazioni centrali, ovvero fissano termini non ragionevoli in relazione al grado di complessità del procedimento, prevedendo anche termini differenziati per l'adozione di provvedimenti identici. In argomento, cfr., *amplius*, B. MATTARELLA, *I procedimenti*, in L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009, p. 264.

<sup>23</sup> La nuova formulazione dell'art. 2 legge n. 241/1990 ha già costituito oggetto di numerosi commenti, tra i quali: F. FIGORILLI, S. FANTINI, *Le modifiche alla disciplina generale del procedimento amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2009, p. 916 ss.; D. RUSSO, *La nuova disciplina dei termini e della*

l'impianto complessivo –, occorre innanzitutto evidenziare che esso riporta a trenta giorni il termine “ordinario” di conclusione dei procedimenti amministrativi, vale a dire il termine che le Amministrazioni sono tenute ad osservare in difetto di una diversa previsione (legislativa o regolamentare). Come noto, il termine ordinario era fissato in trenta giorni già nella versione originaria della legge n. 241/1990; successivamente, la legge n. 80/2005 lo aveva elevato a novanta giorni, apparendo realisticamente prendere atto delle difficoltà incontrate dalle PP.AA. nella conclusione dei procedimenti in “tempi brevi”<sup>24</sup>. Il ripristino, mediante un “moto pendolare” delle riforme, dello stringente termine originario di trenta giorni, oltre che porsi quale norma “manifesto”, enfatizzatrice della volontà politica di massima celerizzazione dell'azione amministrativa, assolve chiaramente ad una funzione sollecitatoria nei confronti delle PP.AA., costringendole, di fatto, per evitare di incorrere in ripetuti “sforamenti” del suddetto termine<sup>25</sup>, ad adottare i regolamenti per la individuazione dei tempi di conclusione dei procedimenti di propria competenza.

Il termine ordinario di trenta giorni è espressamente riferito ai soli «*procedimenti amministrativi di competenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali*»<sup>26</sup>.

---

*responsabilità per danno da ritardo*, in R. GAROFOLI (a cura di), *La nuova disciplina del procedimento e del processo amministrativo. Commento organico alla Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Roma, 2009, p. 3 ss.; O. TORIELLO, *Le nuove regole del tempo amministrativo*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), *Il nuovo procedimento amministrativo*, cit., p. 67 ss.; S. TOSCHEI, *Obiettivo tempestività e certezza dell'azione*, in *Guida dir.*, 2009, n. 27, p. 29 ss.; M. RENNA, F. FIGORILLI, *Art. 2 Conclusione del procedimento*, in A. BARTOLINI, S. FANTINI, G. FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, p. 105 ss.

<sup>24</sup> M. CORRADINO, *Termini, efficacia dei provvedimenti e silenzio dell'Amministrazione nelle “riforme” della legge n. 241/1990 (Legge 11 febbraio 2005 n. 15 e Legge del 14 maggio 2005, n. 80)*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, giugno 2005, p. 7.

<sup>25</sup> ... con tutto quel che ne deriva da un tale comportamento illegittimo della P.A., aprendosi la possibilità per i soggetti interessati di ricorrere in giudizio avverso il silenzio-rifiuto ritualmente formatosi, al fine di tutelare le proprie posizioni giuridiche soggettive attraverso l'utilizzo di tutti i rimedi apprestati dall'ordinamento: dal risarcimento del danno fino al giudizio di ottemperanza (v. *infra*).

<sup>26</sup> Si noti, peraltro, che il comma 2-bis dell'art. 29, legge n. 241/1990 – comma aggiunto dalla lett. b) del comma 1 dell'art. 10, legge n. 69/2009 – inserisce le norme relative agli obblighi per la P.A. di concludere il procedimento entro il termine prefissato nonché di garantire la durata massima dei procedimenti, nel gruppo di disposizioni qualificabili come livelli essenziali delle prestazioni (c.d. “LEP”) ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. (nello stesso gruppo vengono incluse anche le norme concernenti gli obblighi per la P.A. di: garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento; individuarne un responsabile; assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa). Poiché assunti fra i LEP, gli obblighi di cui all'art. 2, legge n. 241/1990 risultano dunque vincolanti anche oltre l'ambito strettamente statale, nel senso che sono suscettibili di applicabilità diretta anche da parte di Regioni ed enti locali. È noto che la clausola attributiva di competenza legislativa esclusiva statale di cui all'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. delinea una di quelle materie c.d. “trasversali”, che garantiscono un'ampia sfera di intervento dello Stato, con possibilità, quindi, di significative limitazioni degli ambiti di potestà regio-

Peraltro, l'evidenziato ritorno al passato nella fissazione del termine ordinario è accompagnato dall'introduzione di un elemento di assoluta novità, consistente nell'imposizione di un limite preciso alla discrezionalità tradizionalmente attribuita a ciascuna pubblica amministrazione nella definizione dei termini massimi per la conclusione dei rispettivi procedimenti<sup>27</sup>. Infatti, l'attuale comma 3 dell'art. 2 legge n. 241/1990 stabilisce, in linea di principio, che, anche per i procedimenti autonomamente disciplinati a livello regolamentare dalle varie amministrazioni statali e dagli enti pubblici nazionali, i relativi termini devono comunque essere non superiori a novanta giorni. Tale regola può essere derogata – con la previsione, quindi, di termini superiori a novanta giorni – laddove l'elevazione del predetto termine risulti indispensabile a fronte della «sostenibilità dei tempi sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, della natura degli interessi pubblici tutelati e della particolare complessità del procedimento» (così il comma 4 dello stesso art. 2, che riprende il disposto del previgente ultimo periodo del comma 2). Anche in quest'ultimo caso, peraltro, il legislatore si è preoccupato di prevedere un tetto "massimo", fissato in centottanta giorni<sup>28</sup>.

Invero, con riguardo alla possibilità di fissare termini superiori al limite massimo, ben prima delle riforme della legge n. 241/1990, l'orientamento espresso dal Supremo Consesso Amministrativo era già nel senso che i regolamenti delle singole amministrazioni non avrebbero potuto stabilire termini per la definizione dei procedimenti così ampi da vanificare la finalità della legge ed eluderne l'applicazione, avallando la lentezza dei procedimenti amministrativi, in contra-

---

nale, le quali si giustificano per la salvaguardia di esigenze di carattere unitario. Infatti, come affermato dalla Corte costituzionale in sede di prima interpretazione della voce «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali», «non si tratta di una "materia" in senso stretto, ma di una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle» (sent. 26 giugno 2002, n. 282, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2012, con osservazioni di A. D'ATENA, *La Consulta parla... e la riforma del Titolo V entra in vigore*, p. 2027 ss., 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*, p. 2034 ss.). Sulla suddetta materia "trasversale", cfr., in dottrina, E. BALBONI, *Il concetto di "livelli essenziali ed uniformi" come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Istituz. federalismo*, 2001, p. 1103 ss.; M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m, della Costituzione)*, in *Pol. dir.*, 2002, p. 345 ss.; C. PINELLI, *Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 117, comma 2, lett. m, Cost.)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 881 ss.; A. D'ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2003, p. 1063 ss.; L. GRIMALDI, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali tra autonomia, unità ed uguaglianza*, in *Il Filangieri*, 2004, p. 105 ss.

<sup>27</sup> Cfr. DI NITTO, *La tutela del tempo*, cit., p. 1153.

<sup>28</sup> Con la sola eccezione dei procedimenti di acquisto della cittadinanza italiana e di quelli riguardanti l'immigrazione, che, evidentemente, sono stati presunti, direttamente a livello legislativo, essere più complessi.

sto con la finalità legislativa di garantire la speditezza dei procedimenti stessi<sup>29</sup>. La determinazione del termine del procedimento, pur in assenza di previsioni cogenti, avrebbe dovuto comunque risultare congrua, non solo in riferimento al profilo interno allo stesso procedimento, ma anche a quello esterno, nel senso che deve esserci una proporzionalità, anche tra i termini previsti, per i procedimenti analoghi della stessa amministrazione. D'altra parte, lo stesso Supremo Consesso, in altro risalente parere aveva affermato che «*non sembra assolutamente tollerabile, sotto il profilo di legittimità, che per lo stesso tipo di procedimento siano previsti termini differenziati, non solo tra le varie amministrazioni, ma addirittura nell'ambito della stessa amministrazione*»<sup>30</sup>.

Oggi, la predefinizione legislativa delle condizioni solo al ricorrere delle quali si giustifica la fissazione, in sede regolamentare, di termini più lunghi di durata del procedimento, pur recependo orientamenti giurisprudenziali ormai consolidati sul punto, segna comunque un salto di qualità sotto il profilo della sindacabilità dei regolamenti di cui all'art. 2 legge n. 241/1990: tali condizioni costituiscono, infatti, altrettanti parametri di diritto positivo alla cui stregua potrà essere vagliata la legittimità delle eventuali disposizioni secondarie che prevedessero un termine superiore a novanta giorni<sup>31</sup>. Il vizio di legittimità di siffatte disposizioni dovrebbe conseguentemente evolvere da eccesso di potere per irragionevolezza (di non sempre agevole dimostrazione) in violazione di legge per difformità da parametri normativi, appunto. In ciò riproducendosi una vicenda analoga a quella che, a seguito della previsione dell'obbligo generale di motivare i provvedimenti amministrativi (art. 3 legge n. 241/1990), ha interessato la carenza di motivazione.

### 3. *Le modalità di fissazione dei termini*

Quanto alle modalità di fissazione dei termini, vale rilevare che la novella del 2009, nel prescrivere che a ciò si provveda con strumenti regolamentari, conferma la regola generale posta dalla legge n. 80/2005, nella quale risultava pienamente recepito l'orientamento già espresso dal Supremo Consesso Amministrativo, secondo cui hanno carattere sostanzialmente normativo, e devono essere adottate in forma di regolamento previsto dall'art. 17, commi 3 e 4, legge n. 400/1988, le determinazioni in ordine alla fissazione dei termini entro i quali devono concludersi i procedimenti dei vari tipi<sup>32</sup>.

Rispetto all'assetto (immediatamente) precedente, va peraltro rilevata una

---

<sup>29</sup> Cons. Stato, Ad. Gen., parere 27 gennaio 1994, n. 12, in *Cons. Stato*, 1995, I, p. 452. In sede dottrinale, in senso conforme, M. CORRADINO, *Il diritto amministrativo alla luce della recente giurisprudenza*, Padova, 2007, p. 5594 ss.

<sup>30</sup> Parere dell'Adunanza Generale 23 gennaio 1992, n. 10, in *Foro it.*, 1992, III, c. 201.

<sup>31</sup> In senso sostanzialmente conforme, cfr. R. GRECO, *La riforma della legge 241/90*, cit., p. 2.

<sup>32</sup> Cons. Stato, Ad. Gen., parere 27 gennaio 1991, n. 141 (in *Foro it.*, 1992, III, c. 98). È appena

innovazione introdotta dalla legge n. 69/2009 con specifico riferimento alle modalità di fissazione dei termini per le *amministrazioni statali*<sup>33</sup>; per tali amministrazioni, infatti, i termini sono individuati non più – come avveniva nel contesto della novella del 2005 – mediante regolamento adottato ai sensi dell'art. 17, comma 1, della legge n. 400/1988<sup>34</sup>, bensì a norma dell'art. 17, comma 3, della stessa legge, e, quindi, con decreto del Presidente del Consiglio, su proposta dei Ministri competenti e di concerto con quelli per la pubblica amministrazione e l'innovazione e per la semplificazione normativa (senza delibera del Consiglio dei Ministri e senza parere del Consiglio di Stato).

L'innovazione sopra evidenziata determina, nella sostanza, un notevole snellimento e semplificazione della procedura con la quale le amministrazioni statali potranno dotarsi dei regolamenti per la fissazione dei termini massimi di conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza<sup>35</sup>.

Ad analoghe finalità di accelerazione e semplificazione è chiaramente ispirata anche la modifica apportata alla disciplina della sospensione istruttoria<sup>36</sup>, che, oltre ad operare un opportuno coordinamento con l'art. 17 («*Valutazioni tecniche*») della legge n. 241/1990<sup>37</sup>, introduce un limite di durata alla sospensione dei termini procedurali per esigenze istruttorie («*acquisizione di informazioni o di*

---

il caso di ricordare che, nella prima versione della legge n. 241/1990, l'art. 2 ..., quanto alla questione relativa alle modalità di fissazione dei termini, taceva del tutto e sembrava essere volutamente generico nel parlare di *determinazioni* in modo assolutamente *atecnico*. Anche in questo caso, è stato compito della giurisprudenza specificare la questione stessa. Infatti, il Ministro della funzione pubblica aveva tentato di affermare che, essendo il termine rilevante solo per l'organizzazione dell'attività amministrativa, i veri termini potessero essere fissati dalle amministrazioni con semplici atti amministrativi generali, e anche con mere circolari (circ. Min. Funzione Pubblica dell'8 gennaio 1991, n. 60397-7/46314). Tuttavia, dal momento che il termine, come istituto introdotto dall'art. 2, comma 2, legge n. 241/1990, non ha più rilevanza solo interna e ordinatoria, ma al contrario rileva all'esterno nei rapporti intersoggettivi in cui è parte l'amministrazione, tanto che il comma 4 ne prescrive l'idoneità pubblicistica, gli atti amministrativi generali non possono ritenersi sufficienti. E difatti il Consiglio di Stato, ha stabilito che la fissazione dei termini da parte delle amministrazioni è esercizio di una potestà normativa di natura generale e astratta, prevista da una norma di principio dell'ordinamento e deve quindi estrinsecarsi nelle forme garantite della normazione *erga omnes*; di conseguenza, i termini devono essere fissati dalle amministrazioni con veri e propri regolamenti a norma della legge n. 400/1988, con validità esterna e generale (Cons. Stato, Ad. Gen., parere n. 141/1991, cit.).

<sup>33</sup> Quanto, invece, agli enti pubblici nazionali, il comma 3 del novellato art. 2 della legge n. 241/1990 ripete il generico rinvio – già contenuto nella versione previgente della disposizione stessa – ai rispettivi «*ordinamenti*» per l'individuazione dei termini di conclusione del procedimento.

<sup>34</sup> ... e, quindi, con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri e su proposta del Ministro competente di concerto con quello della funzione pubblica, sentito il parere del Consiglio di Stato.

<sup>35</sup> In tal senso cfr. R. GRECO, *La riforma della legge 241/90*, cit., p. 4.

<sup>36</sup> Disciplina già contenuta nella seconda parte del comma 4 ed oggi nel comma 7 dell'art. 2, legge n. 241/1990.

<sup>37</sup> Tale disposizione, che disciplina un'ulteriore ipotesi di sospensione, testualmente recita: «*1. Ove*

*certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni*): si prevede infatti che tale sospensione, possibile per una sola volta, debba essere limitata ad un periodo non superiore a trenta giorni. Con la previsione di tale limite – assente nell'assetto previgente alla legge n. 69/2009 – viene chiaramente preclusa alle Amministrazioni la possibilità di sospendere *sine die* il procedimento attraverso richieste istruttorie strumentali, disposte a meri fini dilatori.

A completamento del quadro generale delle modifiche introdotte dalla legge n. 69/2009 sulla disciplina dei termini procedurali, va infine ricordato che tale novella legislativa, ribadendo il generale obbligo di provvedere mediante l'adozione di un provvedimento espresso entro termini prestabiliti, ha specificato in una previsione autonoma che il termine entro cui lo stesso deve essere adempiuto decorre «*dall'inizio del procedimento d'ufficio o dal ricevimento della domanda, se il procedimento è ad iniziativa di parte*» (cfr. il comma 6 dell'art. 2, legge n. 241/1990, aggiunto dall'art. 7, comma 1, lett. b), legge n. 69/2009)<sup>38</sup>.

#### 4. *Un'occasione mancata dal legislatore del 2009: l'omessa definizione delle conseguenze "procedimentali" dell'inosservanza dei termini*

Il legislatore del 2009, tuttavia, non ha preso posizione in ordine alla *vexata quaestio* concernente la natura giuridica dei termini massimi di conclusione dei procedimenti e gli effetti (sul piano interno al procedimento) della mancata osservanza di tali termini. Come è noto, la questione di quale sia la natura e la consi-

---

*per disposizione espressa di legge o di regolamento sia previsto che per l'adozione di un provvedimento debbano essere preventivamente acquisite le valutazioni tecniche di organi od enti appositi e tali organi ed enti non provvedano o non rappresentino esigenze istruttorie di competenza dell'amministrazione procedente nei termini prefissati dalla disposizione stessa o, in mancanza, entro novanta giorni dal ricevimento della richiesta, il responsabile del procedimento deve chiedere le suddette valutazioni tecniche ad altri organi dell'amministrazione pubblica o ad enti pubblici che siano dotati di qualificazione e capacità tecnica equipollenti, ovvero ad istituti universitari. 2. La disposizione di cui al comma 1 non si applica in caso di valutazioni che debbano essere prodotte da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e della salute dei cittadini. 3. Nel caso in cui l'ente od organo adito abbia rappresentato esigenze istruttorie all'amministrazione procedente, si applica quanto previsto dal comma 4 dell'articolo 16» (in base al quale, qualora l'organo adito abbia rappresentato esigenze istruttorie, il termine di cui al comma 1 – *id est*, venti giorni dal ricevimento della richiesta – può essere interrotto per una sola volta e il parere deve essere reso definitivamente entro quindici giorni dalla ricezione degli elementi istruttori da parte delle amministrazioni interessate).*

<sup>38</sup> Si tratta della codificazione dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui i termini (previsti dalla legge o dagli strumenti regolamentari) decorrono dall'inizio di ufficio del procedimento o dal ricevimento della domanda, se il procedimento è ad iniziativa di parte. Tale orientamento, invero, era stato già recepito dalla legge n. 80/2005, che aveva però inserito il riferimento al momento di decorrenza dei termini procedurali accanto alla previsione relativa ai parametri per la modulazione dei termini stessi in sede regolamentare (cfr. comma 2, ultimo periodo, art. 2 legge n. 241/1990, nel testo modificato dalla legge n. 80/2005).

stenza del “dovere”<sup>39</sup> dell’Amministrazione di rispettare i tempi procedurali impegna la dottrina sin dal primo apparire dell’art. 2 della legge n. 241/1990. Non potendosi ripercorrere l’ampio dibattito sviluppatosi sul punto<sup>40</sup>, basti qui ricordare che la più gran parte degli Autori attribuisce ai termini di cui alla predetta norma natura ordinatoria, acceleratoria o, al massimo, comminatoria; la dottrina, a parte posizioni minoritarie, è quindi pressoché concorde nel ritenere la non perentorietà del termine di cui all’art. 2 legge n. 241/1990, pervenendo a tale conclusione con argomentazioni consistenti ora nella inesauribilità del potere della P.A., ora nella mancanza di adeguate sanzioni, ora nel silenzio della legge<sup>41</sup>.

Nello stesso senso della negazione della natura perentoria ai termini in questione risulta orientata la giurisprudenza amministrativa: secondo l’indirizzo di gran lunga prevalente, infatti, l’inosservanza dei termini previsti per la conclusione del procedimento amministrativo e l’adozione del provvedimento espresso previsti dalla legge n. 241/1990 e dai regolamenti attuativi di cui all’art. 2 della legge medesima, non si riverbera *ex se* sulla legittimità del provvedimento adottato tardivamente. Ciò a prescindere dalle ragioni del ritardo atteso che lo spirare del termine non determina l’esaurirsi del potere della P.A. di provvedere, ma costituisce unicamente il presupposto processuale per l’accesso allo speciale rito del silenzio-inadempimento, che consente al giudice amministrativo di ordinare all’Amministrazione di provvedere entro un determinato termine, adottando pure mezzi sostitutivi per l’ulteriore inerzia dell’Amministrazione.

Efficacemente rappresentativa della posizione della giurisprudenza amministrativa in punto di termini procedurali appare senza dubbio la decisione

---

<sup>39</sup> L’“obbligo”, o se si vuole, il “dovere” di provvedere per la P.A., canonizzato dall’art. 2 della legge n. 241/1990, viene dalla migliore dottrina indicato come il puntuale fondamento legislativo della “doverosità amministrativa”. In particolare, dalla enunciazione intesa come *-doverosità innanzitutto di iniziare il procedimento e quindi doverosità nell’esercizio del potere; poi, come doverosità nella conclusione del procedimento; quindi, come doverosità nella assunzione e quindi nella consumazione del potere; infine, come doverosità nella soddisfazione, ove possibile e ove legittima, delle pretese e delle situazioni giuridiche soggettive degli amministrati-*: così A. POLICE, *Doverosità dell’azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007, p. 140. Sul tema generale della doverosità amministrativa, cfr., di recente, gli approfondimenti monografici di A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica Amministrazione*, Milano, 2005, e F. GOGGIAMANI, *La doverosità amministrativa*, Torino, 2005.

<sup>40</sup> ... per una ricostruzione del quale, si rinvia a S.S. SCOCA, *Il termine come garanzia nel procedimento amministrativo*, in *www.giustamm.it*, n. 9/2005.

<sup>41</sup> D’altra parte, la suddetta conclusione si giustificerebbe nella riconduzione del rapporto che viene a crearsi già nell’ambito del procedimento tra Amministrazione e destinatario della sua azione (sul punto v. M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell’amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 557 ss.), che sarebbe arduo potersi ravvisare laddove la consumazione del potere non avvenisse in seguito al superamento del termine previsto dalla legge o dai singoli regolamenti, di fatto dequotando l’affidamento ingenerato in capo all’interessato in un mero suggerimento per l’Amministrazione procedente (così M. CLARICH, *Termine del procedimento*, cit., p. 132).

del Consiglio di Stato in cui, chiaramente e perentoriamente, si afferma che i termini divisati dall'art. 2 legge n. 241/1990 «*banno natura acceleratoria, non contenendo la norma alcuna prescrizione in ordine alla perentorietà dei termini stessi, né alla decadenza della potestà amministrativa, ovvero all'illegittimità del provvedimento tardivamente adottato*»<sup>42</sup>. Ciò sul presupposto che «*costituisce principio generale del diritto amministrativo, non inciso dagli artt. 2, l. n. 241 del 1990 e 21 bis, l. n. 1034 del 1971, quello secondo il quale i termini del procedimento amministrativo devono essere considerati ordinatori qualora non siano dichiarati espressamente perentori dalla legge*»<sup>43</sup>.

Più di recente, può anche citarsi la decisione del giudice dell'appello amministrativo in cui si dichiara che «*in assenza di specifiche disposizioni che prevedano espressamente il termine come perentorio, comminando la perdita della possibilità di azione da parte della Pubblica Amministrazione al suo spirare o la specifica sanzione della decadenza, lo stesso deve intendersi come meramente sollecitatorio o ordinatorio ed il suo superamento non determina l'illegittimità dell'atto, ma una semplice irregolarità non viziante*»<sup>44</sup>.

È importante poi ricordare che l'orientamento seguito dalla prevalente giurisprudenza amministrativa è stato autorevolmente avallato dalla Corte costituzionale, la quale, in più di un'occasione, ha chiarito che la mancata osservanza del termine a provvedere non comporta la decadenza dal potere.

In particolare, la Corte ha affermato che il termine di trenta giorni, stabilito in via suppletiva e in una misura tale da sollecitare l'amministrazione a provvedere, riguarda ogni tipo di procedimento, sia ad iniziativa d'ufficio che di parte, «*a prescindere dall'efficacia ampliativa o restrittiva della sfera giuridica dei destinatari dell'atto*»<sup>45</sup>. Il giudice costituzionale ha altresì precisato che la mancata osservanza del termine a provvedere non comporta la decadenza dal potere,

---

<sup>42</sup> Cons. Stato, Sez. IV, dec. 11 giugno 2002, n. 3256, in *Foro amm. – Cons. Stato*, 2002, p. 2037. In senso analogo, cfr., in precedenza, Cons. giust. amm., dec. 14 febbraio 2001, n. 77, e, Cons. Stato, Sez. V, dec. 3 giugno 1996, n. 621, in *Foro amm.*, 1996, p. 1869). Solo eccezionalmente la giurisprudenza ha ritenuto il termine di sessanta giorni (previsto per la conclusione dei procedimenti amministrativi di competenza del Ministero della pubblica istruzione dal D.M. 11 luglio 1991, n. 212, attuativo dell'art. 2, comma 2, legge n. 241/1990) termine perentorio, facendone discendere, in caso di inosservanza, l'illegittimità del provvedimento emanato tardivamente: v. Cons. Stato, Sez. VI, dec. 19 dicembre 1997, n. 1869, in *Foro Amm.*, 1997, p. 3131. Per una più ampia disamina della giurisprudenza in punto di termini procedurali, si rinvia a F. GOISIS, *La violazione dei termini previsti dall'art. 2 L. n. 241 del 1990: conseguenze sul provvedimento tardivo e funzione del giudizio ex art. 21-bis legge TAR*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 571 ss.

<sup>43</sup> Cons. Stato, Sez. IV, dec. n. 3256/2002, cit.

<sup>44</sup> Cons. Stato, Sez. VI, dec. 19 febbraio 2003, n. 939, in *Foro amm. – Cons. Stato*, 2003, p. 652.

<sup>45</sup> Corte cost., sent. n. 262 del 1997, cit.; *in terminis*, sent. 17 luglio 2002, n. 355 (in *Giur. cost.*, 2002, p. 2675) e, da ultimo, sent. 22 luglio 2004, n. 176 (in *Giur. cost.*, 2004, p. 1805, con osservazione di L. CASSETTI, *La ragionevolezza della legislazione regionale in materia di grande distribuzione commerciale tra tutela della concorrenza e libertà di iniziativa economica privata*).

ma vale a connotare in termini di illegittimità il comportamento della pubblica amministrazione, nei confronti del quale i soggetti interessati alla conclusione del procedimento possono insorgere utilizzando, per la tutela della propria situazione soggettiva, tutti i rimedi che l'ordinamento appresta in via generale in simili ipotesi (dal risarcimento del danno all'esecuzione del giudicato che abbia accertato l'inadempienza della pubblica amministrazione).

Occorre infine ricordare che anche in sede di interpretazione burocratica, è stato escluso che la scadenza dei termini entro i quali completare il procedimento *ex art. 2* della legge n. 241/1990 implichi la privazione dei poteri spettanti all'Amministrazione. Al riguardo, è stato infatti precisato che «*in assenza di specifiche disposizioni, in base alle quali la scadenza dei termini è causa della decadenza della competenza dell'amministrazione [...], si deve concludere nel senso della permanenza della possibilità dell'amministrazione pubblica di provvedere anche dopo la scadenza dei termini e la stessa formazione del silenzio*»<sup>46</sup>.

L'opinione largamente prevalente a tutti i livelli è quindi nel senso della natura non perentoria del termine per la conclusione del procedimento; ciò ha come corollario che la scadenza del termine per la conclusione del procedimento non priva l'Amministrazione della facoltà di definire il procedimento con un provvedimento espresso.

In tale prospettiva, l'obbligo di provvedere *ex art. 2*, comma 1, legge n. 241/1990 appare fortemente depotenziato, risultandone ardua la sua ricostruzione nei termini di un vero e proprio "obbligo" giuridico, cui corrisponda una possibile pretesa altrui e da cui possa derivare una sanzione in caso di violazione.

Tale limitazione del carattere (apparentemente) incondizionato dell'obbligo in esame emerge con particolare evidenza nella copiosa giurisprudenza amministrativa in materia di silenzio-inadempimento (o "silenzio-rifiuto")<sup>47</sup>. Il giudice amministrativo, infatti, in primo luogo ha individuato alcune fattispecie nelle quali, «*per ineludibili esigenze di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa*», deve ritenersi che l'obbligo della P.A. di concludere il procedimento con un provvedimento espresso venga meno. Tali fattispecie ricorrono:

- in presenza di reiterate richieste aventi il medesimo contenuto, qualora sia già stata adottata una formale risoluzione amministrativa inoppugnata<sup>48</sup>, e non siano sopravvenuti mutamenti della situazione di fatto o di diritto<sup>49</sup>;

<sup>46</sup> Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento Funzione Pubblica, circolare dell'8 gennaio 1991, n. 60397-7/463, cit.

<sup>47</sup> A proposito della distinzione tra silenzio-inadempimento e silenzio-rifiuto, cfr. F.G. SCOCA, M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, p. 397 ss.

<sup>48</sup> Cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. IV, 20 novembre 2000, n. 6181; Sez. V, 27 marzo 2000, n. 1765, secondo cui non sussiste alcun obbligo per l'Amministrazione di riesaminare i propri atti divenuti inoppugnabili, con la conseguenza che sull'istanza di riesame presentata dal privato non si può formare il silenzio-rifiuto.

<sup>49</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, dec. n. 6181/2000, cit.; Sez. V, dec. 18 gennaio 1995, n. 89, in *Giur. it.*, 1995, III, 1, c. 701; Cass., Sez. Un., sent. 20 gennaio 1969, n. 128.

- in presenza di domande manifestamente assurde<sup>50</sup>, o totalmente infondate<sup>51</sup>;
- al cospetto di pretese illegali, non potendosi dare corso alla tutela di interessi illegittimi<sup>52</sup>.

Più in generale, nella giurisprudenza amministrativa *in subiecta materia*, l'*iter* logico consuetamente seguito dal G.A., prima ancora della verifica della sussistenza e del carattere colpevole dell'inerzia della P.A., si appunta sull'accertamento, nella fattispecie, della sussistenza o meno di un "obbligo di provvedere" della P.A. stessa sull'istanza del privato-ricorrente<sup>53</sup>. Ciò che ulteriormente denota come l'obbligo di cui all'art. 2, comma 1, legge n. 241/1990 vada "relativizzandosi" in rapporto al margine di discrezionalità di cui il pubblico potere di volta in volta dispone.

Come in parte anticipato, la novella legislativa del 2009 non sembra aver segnato passi decisivi in avanti per quanto attiene alla tutela sostanziale del cittadino di fronte all'inerzia procedimentale della P.A., almeno non nella direzione di garantire al privato l'effettivo conseguimento del "bene della vita" cui in concreto aspira, ovvero, in altri termini, di quella "utilità" sostanziale che la tempestiva conclusione del procedimento da parte della P.A. avrebbe dovuto assicurargli<sup>54</sup>.

L'ultima riforma, d'altronde, lascia inalterata la disciplina previgente in materia di silenzio, confermando in pieno le principali novità introdotte dalle leggi nn. 15 e 80 del 2005<sup>55</sup>, quali, in particolare, il procedimento di formazione del

<sup>50</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, dec. n. 6181/2000, cit.; Sez. IV, 28 novembre 1994, n. 950.

<sup>51</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, dec. 3 agosto 1993, n. 838; dec. 7 maggio 1994, n. 418.

<sup>52</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, dec. n. 6181/2000, cit.

<sup>53</sup> Cfr., quale esempio emblematico, Cons. Stato, Ad. Plen., dec. 9 gennaio 2002, n. 1, in *Foro amm* – *Cons. Stato*, 2002, p. 1053.

<sup>54</sup> Si noti che, come di recente precisato dal Consiglio di Stato, il caso del ritardo nell'emanazione di un provvedimento autoritativo si colleghi direttamente ad «*un momento dell'esercizio del potere*», autoritativo e discrezionale, e, in definitiva, l'omesso o ritardato esercizio del potere stesso, anche riferita al superamento del termine finale per provvedere, «*costituisc[a] la fattispecie speculare del suo esercizio*», configurando, nelle sue conseguenze dannose, la lesione dello stesso interesse legittimo che il soggetto coinvolto vanta rispetto all'emanazione di un provvedimento favorevole (Cons. Stato, Sez. IV, dec. 29 gennaio 2008, n. 248, in *Urb. e app.*, 2008, p. 860, con nota di M.L. MADDALENA, *Danno da ritardo tra bene della vita e interesse al rispetto dei tempi del procedimento*). Secondo quanto da ultimo chiarito dal Supremo Consesso Amministrativo, «*non si tratta dunque della "mera aspettativa di un provvedimento" ma dello specifico interesse pretensivo ad ottenerlo in osservanza delle regole procedurali che disciplinano l'esercizio del potere che ad esso fa capo, regole che includono anche la tempestività del provvedimento, cioè quella relativa al termine finale di adozione*» (così Cons. Stato, Sez. VI, dec. 12 gennaio 2009, n. 65, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 305).

<sup>55</sup> Giova ricordare che, antecedentemente alla riscrittura dell'art. 2, l. n. 241 del 1990 e nella vigenza dell'art. 21-*bis*, l. n. 1034 del 1971, la giurisprudenza prevalente del Consiglio di Stato (cfr. *ex plurimis*, Ad. Plen., n. 1/2002, cit., e Sez. IV, 10 giugno 2004, n. 3741) aveva ricostruito il sistema di tutela avverso l'inerzia della P.A., nei termini che per brevità così si sintetizzano:

a) il giudizio sul silenzio rifiuto verte esclusivamente sull'accertamento della sussistenza o meno dell'obbligo della P.A. di provvedere;

silenzio-rifiuto<sup>56</sup> e la facoltà, per il giudice amministrativo adito avverso il silenzio tenuto dall'Amministrazione sull'istanza di un privato, «*di conoscere della fondatezza dell'istanza*». Con specifico riferimento a quest'ultima novità, giova ricordare che l'attribuzione al giudice amministrativo di tale "facoltà"<sup>57</sup>, in aggiunta al potere-dovere di accertare l'obbligo di provvedere in capo alla P.A. (ciò che, secondo la giurisprudenza amministrativa dominante, costituisce il

---

*b)* conseguentemente il giudice non può compiere un accertamento sulla fondatezza della pretesa sostanziale indicando all'amministrazione il contenuto del provvedimento da adottare;

*c)* l'amministrazione non perde il potere di esercitare la funzione dopo lo scadere del termine di conclusione del procedimento;

*d)* il menzionato art. 21-*bis* non introduce una norma sulla giurisdizione ma sul rito, di carattere speciale ed accelerato, coerente con i valori costituzionali ed internazionali della ragionevole durata del processo (art. 111, co. 2, Cost. e 6, C.E.D.U.).

<sup>56</sup> Cfr. il comma 8 dell'art. 2 della legge n. 241/1990, aggiunto dall'art. 7, comma 1, lett. *b)*, della legge n. 69/2009. Come noto, la riforma recata dalla legge n. 15/2005 (ribadita dalla legge n. 80/2005) ha eliminato la necessità della diffida all'Amministrazione inadempiente ai fini della valida proposizione del ricorso *contra silentium*. Più in particolare, a seguito di tale riforma, il soggetto che intenda reagire contro l'inerzia dell'Amministrazione non ha più l'onere di attivare la rigorosa procedura di cui all'art. 25 del T.U. n. 3/1957, pervicacemente richiesta dalla giurisprudenza amministrativa (sulla scorta della nota decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10/1978) e caratterizzata dalla presentazione di un'istanza, dall'inerzia dell'Amministrazione protrattasi per almeno sessanta giorni e dalla successiva diffida a provvedere entro un congruo termine comunque non inferiore a trenta giorni, notificato secondo la procedura prevista per gli atti giudiziari. Pertanto, gli atti di diffida non rappresentano più una condizione per l'ammissibilità del giudizio instaurato *ex art. 21-bis* della legge n. 1034/1971 per far constare l'illegittimità del silenzio della P.A., ma sono espressione di una mera facoltà dell'istante. In dottrina, sul superamento dell'istituto della diffida per l'impugnabilità del silenzio-rifiuto, cfr., in particolare, M. OCCHIENA, *Riforma della l. 241/1990 e "nuovo" silenzio rifiuto: del diritto v'è certezza*, in *www.giustamm.it*, n. 2/2005. Per una ricostruzione del dibattito dottrinale e giurisprudenziale in ordine alla questione della perdurante applicabilità del meccanismo *ex art. 25 T.U. n. 3/1957*, anche a fronte dell'entrata in vigore della legge n. 241/1990, la quale, imponendo l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso, avrebbe determinato, secondo la dottrina prevalente, il superamento del meccanismo stesso, cfr. M. CORRADINO, *Termini, efficacia dei provvedimenti*, cit., p. 16-22.

<sup>57</sup> Sul punto cfr., da ultimo, T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, sent., 26 novembre 2009, n. 1870, in cui si legge che «*sebbene in virtù di quanto previsto dal novellato art. 2 l. n. 241/90, sia possibile, in sede di giudizio contro il silenzio della P.A., conoscere della fondatezza dell'istanza, va precisato che si tratta comunque di una facoltà, e non già di un obbligo, il quale, pertanto, qualora si rendano necessari accertamenti istruttori più o meno complessi, e si sia in presenza di un'attività amministrativa di natura tecnica, ben può limitare la portata della propria decisione alla declaratoria d'illegittimità del silenzio rifiuto stesso*». In *terminis*, T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, sent. 31 gennaio 2009, n. 167, secondo cui «*il D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni dalla L. 14 maggio 2005, n. 80, non obbliga, ma facoltizza il giudice a conoscere della fondatezza della pretesa, senza autorizzarlo a sostituirsi in via diretta alla p.a. adottando il provvedimento richiesto, così che, nell'ambito del giudizio sul silenzio, il giudice potrà conoscere della accoglibilità dell'istanza nelle ipotesi di manifesta fondatezza, allorché siano richiesti provvedimenti amministrativi dovuti o vincolati in cui non c'è da compiere alcuna scelta discrezionale che potrebbe sfociare in diverse soluzioni, e fermo restando il limite della impossibilità di sostituirsi all'amministrazione*».

*proprium* del giudizio nello speciale rito del silenzio<sup>58</sup>), ha sollevato non poche perplessità e questioni interpretative, anche di carattere “sistematico”: tra queste, la più rilevante è stata posta con riguardo al “pericolo” che tale innovazione normativa, legittimando una vera e propria sostituzione del giudice investito della controversia all’amministrazione precedente, potesse consentire al giudice stesso di infrangere il principio di divisione dei poteri, sino al punto da giungere ad espropriare la P.A. dalle prerogative dell’Esecutivo<sup>59</sup>.

In effetti, commentando “a caldo” le novelle introdotte dalla legge n. 80/2005, una parte della dottrina sosteneva che con esse il legislatore avesse inteso trasformare il rito avverso il silenzio *ex art. 21-bis* legge n. 1034/1971<sup>60</sup> in una nuova ipotesi di giurisdizione estesa al merito<sup>61</sup>. Peraltro, tale posizione è rimasta minoritaria, essendosi la dottrina<sup>62</sup> e la giurisprudenza<sup>63</sup> prevalenti attestata in

---

<sup>58</sup> Cfr., per esempio e da ultimo, T.A.R. Molise, Campobasso, Sez. I, sent. 28 gennaio 2010, n. 110, in cui si afferma che «l'oggetto del giudizio nel rito del silenzio è rappresentato dall'accertamento dell'obbligo di provvedere in capo all'amministrazione intimata, dovendosi ammettere la possibilità per il giudice di accertare direttamente la fondatezza dell'istanza nel merito solo in ipotesi di attività tendenzialmente vincolata allorquando siano stati forniti tutti gli elementi di giudizio, in fatto ed in diritto, che consentano di ritenere integrati i presupposti indicati nella fattispecie attributiva del potere».

<sup>59</sup> Cfr. M. CORRADINO, *Termini, efficacia dei provvedimenti*, cit., p. 28.

<sup>60</sup> In argomento si vedano, *ex multis*, F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 239 ss.; A. TRAVI, *Giudizio sul silenzio e nuovo processo amministrativo*, in *Foro it.*, 2002, III, c. 227 ss.; M. D'ORSOGNA, *La tutela "avverso" il silenzio della P.A.*, in A. ZITO, D. DE CAROLIS (a cura di), *Giudice amministrativo e tutele in forma specifica*, Milano, 2003, p. 169 ss.; F. FRACCHIA, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, Torino, 2003, 63 ss.; G. MONTEODORO, *Il giudizio avverso il silenzio. Art. 21-bis l. TAR*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2008, p. 251 ss.; N. PAOLANTONIO, *I riti speciali*, in F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, 3ª ed., Torino, 2009, p. 499 ss.

<sup>61</sup> In tal senso, G. CARUSO, *L'intervento sostitutivo del magistrato ripara ad un'inerzia contraria alle regole*, in *Guida dir.*, n. 3/2005, p. 83, e F. CORSARO, *Il sindacato del giudice amministrativo sul silenzio della p.a. dopo la l. n. 80/2005*, in *Foro amm. – Cons. Stato*, 2005, p. 3415 ss.

<sup>62</sup> Cfr., in particolare, R. GIOVAGNOLI, *Il ricorso avverso il silenzio della pubblica amministrazione nelle recenti evoluzioni legislative e giurisprudenziali*, in R. CHIEPPA (a cura di), *Temi di diritto amministrativo*, Milano, 2006, p. 376.

<sup>63</sup> Cfr., per tutte, Cons. Stato, Sez. IV, dec. 10 ottobre 2007, n. 5311, laddove si contesta recisamente la possibilità di interpretare l'art. 2, comma 5, legge n. 241/1990 (come risultante dalla novella del 2005) nel senso che lo stesso autorizzi il giudice ad andare oltre la declaratoria di illegittimità dell'inerzia e l'ordine di provvedere, accertando direttamente la fondatezza della pretesa e sostituendosi all'amministrazione. Ove tale disposizione fosse così interpretata, «si tratterebbe [...] di una norma attributiva, in modo indiscriminato, di giurisdizione c.d. di merito». Ad avviso del Consiglio di Stato, una tale interpretazione sarebbe preclusa, in primo luogo, sul piano costituzionale: se la norma fosse intesa nel senso sopra indicato, infatti, essa si rivelerebbe costituzionalmente illegittima, «per aver previsto surrettiziamente una giurisdizione di merito senza confini, in cui sussiste in termini generali il potere del giudice di sostituirsi alla p.a. Al contrario la giurisdizione di merito, al pari di quella esclusiva, ponendosi come derogatoria rispetto a quella di legittimità nella trama costituzionale improntata al principio di separazione dei poteri, necessita di una pun-

senso nettamente contrario alla configurabilità di una siffatta nuova ipotesi di giurisdizione. La fondatezza di tale ricostruzione è stata confutata sulla base, essenzialmente, di due argomentazioni, rilevandosi, da un lato, che il carattere eccezionale delle ipotesi di giurisdizione di merito richiede che esse debbano essere necessariamente e puntualmente previste dalla legge<sup>64</sup>, e, dall'altro, che si verserebbe in un'ipotesi di giurisdizione di merito assolutamente anomala (e quindi non configurabile), in quanto non assistita da un'esatta delimitazione, avulsa com'è dal riferimento ad una specifica materia<sup>65</sup>, e, per di più, esercitabile non su un provvedimento espresso della P.A., ma sulla base di una mera inerzia.

In definitiva, nonostante l'espressa attribuzione legislativa al giudice amministrativo, nel rito *contra silentium*, della potestà di «*conoscere della fondatezza dell'istanza*», l'orientamento ad oggi ampiamente dominante è nel senso di limitare l'ambito cognitorio e decisorio del giudice medesimo al solo accertamento della sussistenza o meno dell'obbligo di provvedere della P.A., e, in caso di esito positivo di tale "indagine", alla mera declaratoria di illegittimità dell'inerzia e all'ordine di provvedere; con conseguente esclusione, quindi, della possibilità per il G.A. di sovrapporre le proprie valutazioni alle determinazioni della P.A., men che mai se queste ultime abbiano carattere discrezionale. Sotto tale profilo,

---

*tuale e tassativa previsione normativa [...]*. In secondo luogo, il giudice amministrativo supremo ha rilevato che l'interpretazione della disposizione *de qua* come norma attributiva di giurisdizione di merito incontrerebbe ostacoli sul piano logico, sotto il profilo che:

*-a) sarebbe contraddittorio con il rito del silenzio che si consegua un risultato maggiore di quello ottenibile in un ordinario giudizio di legittimità finalizzato all'annullamento di un provvedimento illegittimo;*

*b) l'accertamento della fondatezza della pretesa nei casi di maggiore complessità sarebbe incompatibile con la struttura snella e celere del giudizio in base al più volte menzionato art. 21 bis, l. 1034.*

Secondo il Consiglio di Stato, per conferire alla norma di cui all'art. 2, comma 5, legge n. 241/1990 un significato utile e legittimo, occorre muovere dai seguenti dati ermeneutici:

*-a) si attribuisce al giudice un potere da esercitarsi nell'ambito di un rito speciale improntato ad esigenze di snellezza;*

*b) non si obbliga ma si facoltizza il giudice a conoscere della fondatezza della pretesa, senza autorizzarlo a sostituirsi in via diretta alla p.a. adottando il provvedimento richiesto;*

*c) la cognizione sulla fondatezza dell'istanza può sfociare in un accertamento negativo per il richiedente.*

Sulla scorta di tali osservazioni il Consiglio di Stato giunge a ritenere che «*la norma in commento non abbia inteso istituire una ipotesi senza confini di giurisdizione di merito ma, più limitatamente, abbia attribuito al giudice, nei limiti della propria preesistente giurisdizione di legittimità o esclusiva [...], uno strumento processuale ulteriore nella stessa logica acceleratoria del contenzioso che ha ispirato l'intervento riformatore del 2000; dal punto di vista sistematico si è previsto un meccanismo che ricorda il giudizio c.d. immediato (art. 26, l. n. 1034 del 1971).*

<sup>64</sup> ... ciò a cui la novella del 2005 non ha invece provveduto.

<sup>65</sup> ... laddove gli altri casi previsti dalla normativa vigente (per esempio, ordinanze contingibili ed urgenti) sono individuati in relazione a materie ben determinate.

l'attuale giurisprudenza amministrativa, salvo casi isolati<sup>66</sup>, risulta saldamente attestata sulla posizione assunta dal Supremo Consesso Amministrativo prima della riforma del 2005, con la decisione n. 1/2002 dell'Adunanza Plenaria, la quale, investita espressamente della questione «*se la cognizione del giudice amministrativo adito con il "ricorso avverso il silenzio" sia limitata all'accertamento della illegittimità dell'inerzia dell'amministrazione, [...], ovvero si estenda all'esame della fondatezza della pretesa sostanziale del privato*», aveva ritenuto di gran lunga preferibile la prima, più restrittiva opzione. In particolare, la sopra citata Adunanza Plenaria ha osservato che «*sul piano sostanziale, il giudizio sul "silenzio" [...] si collega al "dovere" delle amministrazioni pubbliche di concludere il procedimento "mediante l'adozione di un provvedimento espresso" nei casi in cui esso "consegua obbligatoriamente ad una istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio", come prescrive l'art. 2, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241*»; il Supremo Consesso Amministrativo, si è orientato nel senso che, nel rito del silenzio, la cognizione del giudice amministrativo è limitata all'accertamento dell'illegittimità dell'inerzia dell'Amministrazione e non può estendersi fino all'esame della fondatezza della pretesa sostanziale del privato; pertanto, compito del giudice è esclusivamente quello di accertare se il silenzio serbato da una pubblica Amministrazione sull'istanza del privato sia o meno illegittimo e, in caso di accoglimento del ricorso, di ordinare all'Amministrazione di provvedere sull'istanza stessa entro il termine assegnato, nominando, nell'eventualità di ulteriore inerzia, un commissario *ad acta*, non potendo il giudice sostituirsi all'Amministrazione e indicare il contenuto del provvedimento da adottare.

In altri termini, il procedimento speciale sul silenzio è preordinato solo alla declaratoria dell'obbligo di provvedere, con esclusione di una delibazione del merito della controversia, che deve essere riservata al normale giudizio di cognizione<sup>67</sup>.

Ferma restando l'assoluta preclusione per il giudice amministrativo di sostituirsi alla P.A. nell'ambito del rito sul silenzio, viene peraltro ammesso che la facoltà del giudice stesso di conoscere della fondatezza della pretesa sostanziale del privato possa essere esercitata limitatamente ai settori contraddistinti da attività amministrativa vincolata, con la chiara esclusione, quindi, di tutti i casi in cui all'Amministrazione residui un margine, sia pur minimo, di valutazione discrezionale sulla fondatezza della pretesa stessa. Gli è che, in materia di silenzio, l'ambito di accertamento sulla fondatezza della pretesa sostanziale si nella conte-

<sup>66</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, dec. 29 agosto 2006, n. 5036; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I bis, sent. 25-10-2006, n. 11088; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, sent. 13 marzo 2006, n. 2908.

<sup>67</sup> Così, da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, dec. 14 aprile 2009, n. 2291; in tal senso, in precedenza, cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, dec. 4 febbraio 2004, n. 376, in *Comuni d'Italia*, 2004, 4, p. 106; Id., dec. 14 febbraio 2003, n. 808, in *Urb. e app.*, 2003, p. 691, con nota di M. BASSANI, *L'impulso dei privati nella repressione degli abusi edilizi*.

stazione del silenzio-inadempimento, rimane inevitabilmente segnato dal tipo di attività, discrezionale o vincolata, implicata dalla singola vicenda concreta<sup>68</sup>.

Più in dettaglio, secondo la giurisprudenza ormai pacifica<sup>69</sup>, il giudice potrà conoscere della accoglibilità o meno in concreto dell'istanza:

- nelle ipotesi di manifesta fondatezza, allorché siano richiesti provvedimenti amministrativi dovuti o vincolati in cui non c'è da compiere alcuna scelta discrezionale che potrebbe sfociare in diverse soluzioni, e fermo restando il limite della impossibilità di sostituirsi all'amministrazione<sup>70</sup>;
- nell'ipotesi in cui l'istanza è manifestamente infondata, sicché risulti del tutto diseconomico obbligare la P.A. a provvedere laddove l'atto espresso non potrà che essere di rigetto.

In tale prospettiva, lo scopo della previsione di cui al comma 5 dell'art. 2, legge n. 241/1990 (trasfusa nell'attuale comma 8) diverrebbe soltanto quello di evitare al ricorrente l'onere di un'inutile ulteriore giudizio per l'esecuzione della sentenza che dichiara l'obbligo della P.A. di adottare un provvedimento espresso, in tutti i casi in cui sia dovuta ed evidente *ictu oculi* l'attività che l'Amministrazione dovrà compiere per l'adempimento del proprio obbligo di provvedere<sup>71</sup>.

Si segnala, peraltro, che sul punto interviene, da ultimo, il "Codice del processo amministrativo", di cui al decreto legislativo approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri nella seduta dello scorso 24 giugno, in attuazione della delega conferita al Governo dall'art. 44 della stessa legge n. 69/2009.

Per quanto nello specifico interessa, viene in rilievo l'art. 31, comma 3, di detto Codice, laddove, aderendosi pienamente all'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato, la possibilità per il G.A. di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio viene circoscritta alle sole ipotesi di attività vincolata: ai sensi della nuova disposizione, infatti, la cognizione del giudice amministrativo nel rito del silenzio può avere ad oggetto (anche) la fondatezza della pretesa sostanziale del privato «*solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione*».

---

<sup>68</sup> T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II *quater*, sent. 16 dicembre 2009, n. 13040; Id., sent., 1° dicembre 2009, n. 12243.

<sup>69</sup> Cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. IV, dec. 12 maggio 2008, n. 2159; Cons. Stato, Sez. IV, dec. 16 settembre 2008, n. 4362; Cons. Stato, Sez. VI, dec. 11 maggio 2007, n. 2318, in *Foro it.*, 2009, III, c. 165, con nota redaz. di A. GIUFFRIDA; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, sent. 24 giugno 2009, n. 1322; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, sent. 26 febbraio 2008, n. 267.

<sup>70</sup> In altri termini, si potrà condannare l'Amministrazione ad adottare un provvedimento favorevole dopo aver valutato positivamente l'*an* della pretesa ma nulla di più.

<sup>71</sup> R. GRECO, *La riforma della legge 241/90*, cit., p. 4.

5. *Le conseguenze diverse da quelle “procedimentali”: gli effetti in tema di responsabilità dirigenziale e di danno da ritardo*

Ancorché il legislatore del 2009 abbia “rinunciato”<sup>72</sup> a definire le conseguenze “procedimentali” del mancato rispetto dei termini massimi di conclusione dei procedimenti amministrativi (alla cui inosservanza non può tuttora ricollegarsi l’illegittimità del provvedimento adottato tardivamente), ha tuttavia stabilito espressamente alcuni effetti – evidentemente negativi – che discendono dal ritardo dell’Amministrazione nella conclusione del procedimento. Ciò al fine di assicurare una certa effettività e cogenza alla previsione dell’obbligo per la P.A. di concludere i procedimenti amministrativi con un provvedimento espresso, emanato in tempi prefissati. È così che la previsione di tale obbligo viene provvista di “sanzione”, facendosi discendere dalla sua violazione conseguenze la cui efficacia giuridica si esplica sia all’interno che all’esterno dell’Amministrazione procedente.

Sul piano interno, le conseguenze “sanzionatorie” dell’inosservanza dei termini di conclusione del procedimento amministrativo di cui all’art. 2 legge n. 241/1990 si producono direttamente nei confronti dei dirigenti pubblici. Secondo le nuove norme, infatti, «*la mancata emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale*»<sup>73</sup> e «*il rispetto dei termini per la conclusione dei procedimenti rappresenta un elemento di valutazione dei dirigenti*», di cui «*si tiene conto al fine della corresponsione della retribuzione di risultato*»<sup>74</sup>.

In disparte ogni considerazione in ordine ai problemi che le nuove disposizioni pongono per il coordinamento con la generale disciplina in materia di dirigenza pubblica<sup>75</sup>, occorre innanzitutto rilevare che le stesse ampliano il novero

---

<sup>72</sup> In termini sostanzialmente conformi, cfr. S. D’ANGONA, *Il termine di conclusione del procedimento amministrativo nell’ordinamento italiano. Riflessioni alla luce delle novità introdotte dalla legge 18 giugno 2009, n. 69*, in *www.giustamm.it*, n. 9/2009, secondo il quale «*la scelta normativa inaugurata sembra più che un rimedio, una rinuncia, una dichiarazione di impotenza del legislatore che in un certo senso eleva il ritardo amministrativo a “normalità” dell’azione, e pone sul piatto della “bilancia” un ristoro economico – il risarcimento – troppo diseguale rispetto alla qualità degli interessi compromessi*».

<sup>73</sup> Così il comma 9 del nuovo art. 2, legge n. 241/1990, aggiunto dalla lett. b) del comma 1 dell’art. 7, legge n. 68/2009.

<sup>74</sup> V. art. 7, comma 2, legge n. 69/2009.

<sup>75</sup> ... contenuta, come noto, nel decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non toccato dalla riforma. In tema di dirigenza pubblica, e segnatamente di responsabilità dirigenziale, si segnalano, fra gli studi più recenti: L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, 2000; S. CASSESE, *Il rapporto tra politica e amministrazione e la disciplina della dirigenza, in Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2003, n. 2, p. 231 ss.; M.P. CHITI, R. URSI (a cura di), *La dirigenza pubblica: analisi e prospettive*, Torino, 2007, ed ivi in particolare i contributi di: A. POLICE, G. GRÜNER, *Gli incarichi dirigenziali. Il rapporto di ufficio tra funzione pubblica e diritto privato*, p. 96 ss.; G. COGLIANDRO, *La*

degli elementi di valutazione della responsabilità dirigenziale. Come noto, tale valutazione, ai sensi dell'art. 5, comma 1, del decreto legislativo n. 286/1999, ha ad oggetto le prestazioni dei dirigenti, nonché i comportamenti relativi allo sviluppo delle risorse professionali, umane e organizzative ad essi assegnate («*competenze organizzative*»); essa, inoltre, ai sensi del comma 4 del medesimo art. 5, costituisce presupposto per l'eventuale applicazione delle conseguenti misure attualmente previste dall'art. 21, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001.

L'osservanza dei tempi procedurali va così ad integrare, quale criterio aggiuntivo, il corredo degli elementi da considerare ai fini della valutazione – e, quindi, dell'accertamento – della responsabilità dirigenziale<sup>76</sup>. D'altra parte, detti elementi non costituiscono un *numerus clausus*, essendo indicati dall'art. 5 del d.lgs. n. 286/1999 «*con formule meramente esemplificative*», per la cui integrazione possono risultare bastevoli anche semplici atti organizzativi e clausole contrattuali<sup>77</sup>.

L'osservanza dei tempi procedurali diviene, inoltre, uno dei presupposti per disporre, «*ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo*»<sup>78</sup>, il mancato rinnovo dell'incarico dirigenziale, la revoca dello stesso oppure il recesso dal rapporto di lavoro.

Essa diviene, infine, anche un criterio di valutazione per la corresponsione della retribuzione di risultato, la quale dovrebbe quindi essere corrispondentemente ridotta laddove si accerti il mancato rispetto dei termini di conclusione del procedimento.

Con riguardo agli effetti dell'inosservanza dei termini procedurali *ex art. 2* legge n. 241/1990, l'innovazione principale introdotta dalla legge n. 69/2009 appare però incidere sul piano esterno all'amministrazione procedente. Si tratta della previsione della risarcibilità del danno ingiusto causato da tale inosservanza (c.d. danno da ritardo): su questo profilo interviene l'art. 2-*bis* della legge n. 241/1990, inserito *ex novo* dalla riforma del 2009, che espressamente sancisce l'obbligo della P.A. di risarcire tale danno, prevedendo altresì la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle relative controversie e la prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento.

---

*valutazione dei dirigenti: esperienze e giurisprudenza*, p. 149 ss.; M.R. SPASIANO, *La responsabilità dirigenziale*, 161 ss.; F. DURVAL, *La riforma della pubblica amministrazione ed il sistema di valutazione dei dirigenti*, in *Lav. e prev. oggi*, 2009, n. 3, p. 321 ss.

<sup>76</sup> In tal senso cfr. T. DI NITTO, *La legge n. 69/2009*, cit., p. 1155, e M. RENNA, F. FIGORILLI, *Art. 2*, cit., p. 129. Di diverso avviso R. GRECO, *La riforma della legge 241/90*, cit., p. 19, secondo il quale «*la previsione introdotta all'ultimo comma dell'art. 2 l. nr. 241/90 deve essere interpretata nel senso che con essa si sia introdotta una nuova e ulteriore ipotesi di responsabilità dirigenziale, destinata ad aggiungersi a quelle già individuate dal non modificato art. 21 d.lgs. nr. 165/2001*».

<sup>77</sup> L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, cit., p. 126.

<sup>78</sup> Art. 21, comma 1, d.lgs. n. 165/2001.

Più in dettaglio, la nuova disposizione impone alle pubbliche Amministrazioni<sup>79</sup>, nonché ai soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative, l'obbligo di risarcire il «*danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento*».

Non è questa la sede per approfondire tutte le rilevanti implicazioni che la nuova norma è destinata a produrre sulla complessa problematica del risarcimento dell'eventuale pregiudizio derivante dal ritardo della P.A. nel provvedere<sup>80</sup>. Basti qui rilevare che la scelta del legislatore del 2009 di rendere esplicito e obbligatorio il riconoscimento della risarcibilità del danno da ritardo, senza operare alcuna specificazione, è certamente suscettibile di dare la stura alla tutela risarcitoria del danno da mero ritardo<sup>81</sup>, conferendo a tale categoria di danno una piena autonomia strutturale dalla fattispecie procedimentale da cui scaturisce<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> Va rilevato, *per incidens*, che l'art. 2-bis è incluso nell'elenco di quelle disposizioni che, ai sensi dell'art. 29, comma 1, legge n. 241/1990, come sostituito dalla lett. b) del comma 1 dell'art. 10, legge n. 69/2009, si applicano «a tutte le amministrazioni pubbliche», non solo statali, quindi, ma anche regionali e locali. La disposizione di cui all'art. 2-bis rientra dunque nel novero di quelle disposizioni della legge n. 241/1990 cui il legislatore di novella riconnette la sussistenza di esigenze unitarie, secondo le quali l'azione amministrativa deve avere comunque regole comuni su tutto il territorio nazionale. Giova ricordare che le altre disposizioni che vengono ritenute soggette a queste esigenze di unitarietà sono: l'art. 11, sugli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento; l'art. 15, relativo agli accordi fra pubbliche amministrazioni; l'art. 25, commi 5, 5-bis e 6, che disciplinano le modalità di ricorso al giudice amministrativo contro le determinazioni concernenti il diritto di accesso; il Capo IV-bis (artt. da 21-bis a 21-novies), relativo all'efficacia, alle ipotesi di invalidità del provvedimento amministrativo e agli istituti della revoca e del recesso.

<sup>80</sup> Per una puntuale disamina delle implicazioni della nuova norma di cui all'art. 2-bis, legge n. 241/1990, si rinvia a R. GISONDI, *Il legislatore consacra la risarcibilità del danno da ritardo*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), *Il nuovo procedimento amministrativo*, cit., p. 146 ss.; R. GRECO, *La riforma della legge 241/90*, cit., p. 7-13; D. RUSSO, *La nuova disciplina dei termini*, cit., p. 22 ss.; P.M. ZERMAN, *Il risarcimento del danno da ritardo: l'art. 2 bis della legge 241/1990 introdotto dalla legge 69/2009*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, luglio 2009; M. RENNA, *Art. 2 bis Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento*, in A. BARTOLINI, S. FANTINI, G. FERRARI, *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, cit., p. 134 ss. Sulla problematica della risarcibilità del danno da ritardo, cfr., *ex multis*, G. NAPOLITANO, *Il danno da ritardo della pubblica amministrazione. Il fondamento della responsabilità e le forme di tutela*, in AA. VV., *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, 2005, p. 235 ss.; R. ROTIGLIANO, *Profili risarcitori dell'omesso o ritardato esercizio della funzione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 747 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *Danno da ritardo e pregiudiziale amministrativa*, in *Foro amm. - TAR*, 2007, p. 3329 ss.; F. VOLPE, *Danno da ritardo, natura dell'azione risarcitoria e spunti generali sulla responsabilità civile per lesione dell'interesse legittimo*, in *Lexitalia.it*, giugno 2009.

<sup>81</sup> ... ossia del danno che possa derivare al privato dalla semplice inosservanza del termine per l'adozione di un provvedimento, a prescindere dalla natura dell'interesse ad esso sotteso e dall'esito del procedimento. Per una ricostruzione analitica di tale tipologia di danno, v., in particolare, M. CLARICH, G. FONDERICO, *La risarcibilità del danno da mero ritardo dell'azione amministrativa*, in *Urb. e app.*, 2006, p. 62 ss., ove ampi riferimenti bibliografici. Per la tesi che il nuovo art. 2-bis, legge n. 241/1990 vada inteso come espressione di una volontà legislativa di "aprire" alla tutela risarcitoria del danno da mero ritardo, cfr., tra gli altri, R. GISONDI, *Il legislatore consacra la risarcibilità del danno da ritardo*, cit., e S. D'ANCONA, *Il termine di conclusione del procedimento*, cit.

In ciò prefigurandosi la possibilità di superamento dell'indirizzo prevalente del giudice amministrativo, di recente "consacrato" dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato<sup>83</sup>, che esclude la risarcibilità del c.d. danno da ritardo puro, affermando il principio che un danno ingiusto sia configurabile solo qualora emerga la spettanza del bene della vita, non essendo diversamente risarcibile il pregiudizio derivante dal mero decorso del tempo.

## 6. *Alcune considerazioni conclusive*

La novella del 2009 segna indubbiamente una ulteriore fase evolutiva della legge n. 241/1990, incentrata sulla valorizzazione dei tempi del procedimento amministrativo.

Essa, come visto, ha operato una vigorosa rivisitazione della disciplina dei termini procedurali, rafforzata dalla previsione della responsabilità dell'Amministrazione per danno da ritardo e dalla qualificazione del ritardo stesso come elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale.

Sotto tale profilo, le nuove disposizioni assumono un'importanza sistematica fondamentale, in quanto estendono lo "statuto" dell'azione amministrativa<sup>84</sup> anche al campo della responsabilità.

Per questa via, sembra fornirsi una risposta organica all'esigenza, da sempre segnalata dalla dottrina, di una "responsabilizzazione" della Pubblica Amministrazione.

Sotto altro riguardo, va però rimarcato che (anche) il riformatore del 2009 ha lasciato impregiudicata la questione relativa alla qualificazione giuridica da attribuire all'inerzia (*rectius*: inadempimento della P.A.), così deludendo ancora una volta le aspettative rivolte verso un intervento legislativo che sancisse la natura del termine procedimentale e le conseguenze *procedimentali* dell'inutile decorso del termine stesso.

<sup>82</sup> In questo senso cfr., tra gli altri, F. CARINGELLA, *Ancora una riforma*, cit., p. 22.

<sup>83</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., dec. 15 settembre 2005, n. 7, in *Foro it.*, 2006, III, c. 1, con nota di G. SIGISMONDI, *Giudice amministrativo e danno da ritardo: una questione definita?*, nonché in *Danno e resp.*, 2006, p. 903, con nota di D. COVUCCI, *L'Adunanza Plenaria boccia il risarcimento del danno da ritardo*. In tale pronuncia, il Supremo Consesso Amministrativo ha in particolare affermato che «il sistema di tutela degli interessi pretensivi – nelle ipotesi in cui si fa affidamento [...] sulle statuizioni del giudice per la loro realizzazione – consente il passaggio a riparazioni per equivalente solo quando l'interesse pretensivo, incapace di trovare realizzazione con l'atto, in congiunzione con l'interesse pubblico, assuma a suo oggetto la tutela di interessi sostanziali e, perciò, la mancata emanazione o il ritardo nella emanazione di un provvedimento vantaggioso per l'interessato (susceptibile di appagare un "bene della vita")».

<sup>84</sup> Sullo statuto dell'azione amministrativa, cfr. F.G. SCOCA, *Autorità e consenso* (Relazione al Convegno di Varenna, settembre 2001), in *Dir. amm.*, 2002, p. 431 ss.; ID., voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir., Agg.*, vol. VI, Milano, 2002, p. 75 ss.

Da questo punto di vista, in effetti, non può non rilevarsi come il legislatore del 2009 abbia perso un'occasione per operare un salto di qualità in ordine alla disciplina del tempo dell'agire amministrativo, segnatamente per quanto attiene il rilevante aspetto della definizione degli effetti dell'inosservanza dei termini sul piano strettamente procedimentale. Va tuttavia rilevato che la codificazione delle "altre" conseguenze del mancato rispetto dei tempi procedurali (in relazione, come visto, alla responsabilità dirigenziale e alla risarcibilità del danno da ritardo) e, quindi, la previsione di "sanzioni" per l'inutile decorso del tempo, potrà comunque offrire più di un argomento alla giurisprudenza per operare un *revirement* dell'indirizzo sinora nettamente dominante, che, come visto, nega tanto la decadenza della potestà amministrativa in caso di violazione dei termini del procedimento, quanto l'illegittimità del provvedimento tardivamente adottato.

Un *revirement* da recepire, magari, con la prossima riforma della legge n. 241/1990...

**THE NEW REGULATION OVER TIME LIMITS OF ADMINISTRATIVE PROCEDURES.  
INNOVATIVE CHANGES AND MISSED OPPORTUNITIES**

by Antonio Colavecchio

**Abstract**

Law no. 69/2009 is the most recent goal achieved in the process of protecting and enhancing the value of the "time" factor in the Public Administration. On this matter, it is of essential importance the control over the time limits of administrative procedures, about which art. 7 of Law no. 69/2009 gives a significant contribution, by completely rewriting art. 2 of Law no. 241/1990. In particular, the new 2009 law re-establishes in 30 days the "ordinary" time limit for finalizing administrative procedures, if not otherwise stated. Along with this re-establishment, a completely new element appears: a precise limit is set to the discretion usually allowed to each Public Administration in establishing the time limits for finalizing their respective procedures. The present paragraph 3 of art. 2 Law no. 241/1990 states, in principle, that, even for procedures which are independently ruled by the various Public Administrations and the Local Authorities, time limits cannot in any way exceed 90 days. The 2009 Law has by the way once again "given up" outlining the "procedural" consequences of not complying with the time limits of administrative procedures (to date, the non-compliance with time limits does not make the administrative provision unlawful. However, the 2009 Law has clearly set some of the effects stemming from the delay of the Public Administration in finalizing the procedure, by connecting two kinds of "sanctions" to the non-compliance with time limits. Such "sanctions" occur both inside and outside the Public Administration involved (respectively, with reference to the head of unit liability and to the refund for the so-called damage due to delay). These "sanctions" for the useless flowing of time will therefore allow jurisprudence to carry out a *revirement* of the trend which has so far prevailed and which, as it is common knowledge, denies both the loss of administrative power in case of non-compliance with the time limits, and the unlawfulness of the administrative provision tardily adopted.

## Sistema dei controlli: questioni vecchie e nuove

di Roberta Lombardi

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. Il concetto di amministrazione di risultato delineato nel decreto e le novità in materia di trasparenza nell'attività di controllo. – 2. La valutazione della dirigenza: i problemi del recente passato. – 3. Luci ed ombre della riforma. – 4. Conclusioni.

### 1. *Considerazioni introduttive. Il concetto di amministrazione di risultato delineato nel decreto e le novità in materia di trasparenza nell'attività di controllo*

Parlare della questione dei controlli amministrativi, e più in particolare del sistema di valutazione dei dirigenti pubblici ad essa connesso, implica la necessità di ripercorrere e in parte reinterpretare – almeno per i profili di interesse – quel travagliato processo di riforma, carico di ambivalenze ed evidenti problematichità, che sotto i principi e le insegne del *New public management*, ha portato a modificare pesantemente a partire dagli anni novanta (e spesso senza neppure attendere un periodo di rodaggio delle norme), la normativa del rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, e di cui proprio il d.lgs. n. 150 del 2009 (di attuazione della l. 4 marzo 2009 n. 15) tenta di tracciarne (l'ennesima!) riforma organica (art. 1).

In questa prospettiva non può non essere rilevato come la principale direttrice di riforma che ha inciso sulla disciplina della dirigenza pubblica<sup>1</sup> sia stata la distinzione funzionale fra politica e amministrazione che ha attribuito – come noto – ai dirigenti un'ampia sfera di competenze proprie, sottratte al vertice politico (cui rimane il compito di individuare gli obiettivi da raggiungere), riconoscendo loro – almeno sulla carta – il potere esclusivo di gestione concreta degli apparati pubblici.

---

<sup>1</sup> Come è noto, e del resto sarà chiarito anche in seguito, il punto di avvio del processo di riforma della dirigenza caratterizzato dalla distinzione funzionale di compiti rispetto a quelli assegnati agli organi politici è formalmente ascrivibile al d.lgs. di riforma del pubblico impiego n. 29/1993.

Naturalmente lo spostamento delle competenze gestionali dalla politica alla dirigenza amministrativa porta alcune decisive conseguenze: se per un verso si può dire abbia assestato un colpo definitivo allo schema weberiano del funzionario amministrativo<sup>2</sup> quale mero “esecutore coscienzioso” di scelte compiute da altri, vale a dire da organi provvisti di legittimazione politica – gli unici, come tali, autorizzati a incidere sugli interessi del corpo sociale – per altro verso ha richiesto che la dirigenza, proprio in vista dell’attribuzione dei nuovi compiti, si assumesse anche la responsabilità per l’esercizio dei relativi poteri, rispondendo all’organo politico sia del rispetto delle direttive ricevute, sia dell’effettivo raggiungimento degli obiettivi da esso indicati.

Sotto questo profilo è evidente come questo nuovo *status* del dirigente, così come anche tutto il sistema di valutazione apprestato per controllare e verificare l’adeguatezza del suo operato<sup>3</sup>, venga strettamente correlato al valore del “risultato”, che viene innalzato a principio istituzionale dell’ordinamento (anche il titolo del cd. Decreto Brunetta pare evocativo, vertendo in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico) e inteso come fattore dinamico e positivo dell’universo pubblico, capace di favorire il raggiungimento di più elevati *standard* di efficacia e di efficienza dell’azione amministrativa.

Non è certo questa la sede per intraprendere una discussione su cosa debba intendersi oggi per amministrazione di risultato<sup>4</sup> o per parlare degli effetti del trapianto di valori aziendalistici (quali appunto quelli di economicità, efficacia ed efficienza che ne declinano in parte il suo significato) nell’ambito di contesti pubblici, pur sempre dominati dalla prevalenza dell’interesse generale; tuttavia alcune brevi considerazioni si impongono all’analisi del nuovo decreto di riforma se non altro per cercare di comprendere a pieno fino a che punto la portata delle disposizioni innovative sia in grado di incidere con effetti più o meno dirompenti sugli assetti regolativi fino ad oggi costituiti.

Sembra del resto anche vero che – come osservava Orsi Battaglini in uno

---

<sup>2</sup> Il riferimento è a V.M. WEBER, *Economia e società* (trad. it.), Torino, 1999, p. 504 ss. secondo cui «l’onore del funzionario consiste nella capacità di eseguire coscienziosamente, sotto la responsabilità di chi glielo impartisce, un ordine (...) esattamente come se esso corrispondesse al proprio convincimento».

<sup>3</sup> Il d.lgs. n. 150/2009 modifica in parte il modello dei controlli interni disciplinato nel d.lgs. n. 286/1999 che resta in larga misura ancora vigente. Si tenga tuttavia conto che, ad una prima analisi, le modifiche non sempre appaiono coordinate con l’impianto normativo di base su cui vanno ad incidere.

<sup>4</sup> Per il momento sembra sufficiente rinviare agli studi che si sono principalmente occupati del tema. In particolare cfr. M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2001; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula “amministrazione per risultati”*, in *Studi in onore di E. Casetta*, Napoli, 2002; L. IANNOTTA (a cura di) *Economia, diritto e politica nell’amministrazione di risultato*, Torino 2003; M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di) *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, p. 15 ss.

scritto del 1989, discutendo proprio a proposito di impiego pubblico e lavoro privato – “quando da molto tempo si discute usando le stesse parole – e proprio dei “termini”(o meglio dei concetti) sopra enunciati di risultato, efficienza ed efficacia sembra farsi un gran impiego, almeno negli ultimi venti anni, quando si promuovono riforme che toccano gli apparati amministrativi e la sua azione – è buona regola, di tanto in tanto soffermarsi a riflettere se queste, per caso, nel mentre che si discuteva non abbiano cambiato, in tutto o in parte, il loro significato e se dunque siano ancora idonee a rappresentare le cose (quelle stesse cose) di cui si discute”<sup>5</sup>.

In questa prospettiva sembra utile ricordare come gli ultimi studi sull’amministrazione di risultato abbiano risolto la dicotomia prospettata dal(l’inaccettabile) baratto legalità-efficienza<sup>6</sup>, addivenendo ad un concetto di amministrazione efficiente che è qualcosa di ben diverso dal perseguimento “a tutti i costi” di un risultato celere ed economicamente vantaggioso (dal quale non si può certo totalmente prescindere), ma che implica qualcosa di più e di molto più complesso, che ha piuttosto a che fare con il grado di soddisfazione del cittadino-utente (o come si suole ormai affermare con una terminologia diversa ma equivalente con la qualità della prestazione), stante la prioritaria e insopprimibile esigenza dell’amministrazione di tutela di diritti, di situazioni giuridiche soggettive – a cominciare dalle più deboli – di concreti beni della vita, di imparzialità e di trasparenza<sup>7</sup>.

Si è sostenuto, in effetti, come la cd. “legalità di risultato” implichi ormai quale canone integrativo un giudizio di idoneità tra fatti reali, beni della vita coinvolti, diritti, interessi della persona e misure adottate. Il che significa, in termini più concreti, che la prestazione amministrativa debba essere resa nell’ambito di modelli comportamentali i cui parametri di riferimento sono costituiti dal tempo, dalla semplicità dei procedimenti, da un’adeguata informazione, dall’utilizzo di strutture organizzative idonee allo scopo istituzionale (in termini

---

<sup>5</sup> La citazione è tratta da A. ORSI BATTAGLINI, *Impiego pubblico e lavoro privato: per un nuovo statuto comune*, in *Lav.dir.*, 1989, p. 571 e si legge in M. RUSCIANO, *Organizzazione pubblica e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. pubb.*, 2008, p. 60, cfr. in particolare il § 1 *In dialogo con Andrea Orsi Battaglini. Una premessa di metodologia che va oltre il ricordo*.

<sup>6</sup> F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio d’infallibilità dell’amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 3303 ss.

<sup>7</sup> Cfr. M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, cit., p. 274, secondo cui «il risultato al quale si è fatto riferimento nulla ha da spartire con la logica del risultato a tutti i costi (...). Il risultato permea e connota l’esercizio della funzione e il suo perseguimento costituisce proprio il più pieno e sostanziale rispetto di quel principio di legalità (...). La compartecipazione creativa dell’amministrazione alla giustizia dell’ordinamento diviene l’imperativo categorico imposto proprio da quel carattere finalistico e doveroso della funzione che giammai potrà ritenersi legittimata ad esprimersi non garantendo la reale ed effettiva tutela di quei beni della vita la cui considerazione ha determinato l’attribuzione della stessa ad un organo della pubblica amministrazione».

qualitativi e quantitativi), nonché – ma non certo da ultimo – dal rispetto della dignità del cittadino col quale l'amministrazione entra in contatto. Gli ultimi studi in merito<sup>8</sup> hanno evidenziato come nella società contemporanea la qualità dell'azione dell'amministrazione pubblica, con le sue modalità ed i suoi tempi operativi, costituisca un fattore di decisiva rilevanza non solo in ambito economico, in presenza cioè di mercati a carattere concorrenziale, ma anche in contesti a valenza sociale, laddove la qualità della vita del cittadino dipende – come è esperienza comune – in misura rilevante anche dalla qualità delle risposte che l'amministrazione appresta. In tale prospettiva il risultato giuridico si identifica nell'effettività dell'esercizio dell'azione amministrativa, in una risposta certa, chiara (non importa se favorevole o sfavorevole) che il privato ha un vero e proprio diritto ad ottenere. Infatti il riconoscimento di un diritto da parte di una disposizione normativa, nella logica propria del principio di sussidiarietà, impegna il potere pubblico, laddove legittimato ad intervenire, ad offrire garanzie di risultato giuridico, ossia di tutela concreta, unico obiettivo in vista del quale una norma può legittimare l'attribuzione di un potere pubblico ed il relativo esercizio. In mancanza del conseguimento di quel risultato giuridico, che pertanto è già iscritto nella disposizione normativa di riconoscimento del diritto, il soggetto pubblico non ha legittimazione, e non solo sotto il profilo ontologico, ma persino sotto quello costituzionale, ponendosi in insanabile contrasto con la logica che ispira il carattere marcatamente finalistico dei poteri pubblici proprio alla luce del principio di sussidiarietà.

Se dunque questi parametri non hanno trovato posto nell'ambito di un'amministrazione unilaterale e autoritativa dove erano al più relegati alla sfera del meta-giuridico, oggi approdano – e il decreto in questione ne rappresenta un'ulteriore conferma – alla dimensione del giuridicamente rilevante, dal momento che la loro espressa considerazione nell'ambito di prescrizioni normative, fa sì che la loro violazione determini l'irrogazione di specifiche misure riparatorie, in termini di risarcimento e sanzioni, oggi anche attraverso la proposizioni di vere e proprie azioni di classe<sup>9</sup>.

Anzi la scelta del legislatore di istituire specificamente un'azione collettiva a tutela dell'efficienza amministrativa<sup>10</sup> e di concepire tale strumento per attivare

---

<sup>8</sup> Si rinvia in tal senso a M.R. SPASIANO, *Crisi dei mercati e dell'amministrazione democratica*, in AA.Vv., *Il giudice delle obbligazioni e dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2010, 461 ss., nonché dello stesso A., *La semplificazione come garanzia di effettività*, in corso di pubblicazione.

<sup>9</sup> Sul tema sia consentito il rinvio a R. LOMBARDI, *La tutela delle posizioni giuridiche meta-individuali*, Torino, 2008 e più specificamente Id., intervento a “ *La class action nell'ordinamento giuridico italiano*”, Atti del convegno di Napoli, 19 ottobre 2009, in corso di pubblicazione.

<sup>10</sup> Il riferimento è in particolare all'azione collettiva per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici attuata con il d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198. Su tale azione oltre agli articoli indicati nella nota precedente si segnalano i lavori di F. MANGANARO, *L'azione di classe in un'amministrazione che cambia*, F. CINTIOLI, *Note sulla cosiddetta class action amministrativa*, M.T.

una sorta di controllo sulle strutture pubbliche che muova “dal basso”, affidando l’iniziativa direttamente al cittadino consumatore/utente, rappresenta l’implicita conferma che il modello di amministrazione fondato sulla riconduzione della legittimazione amministrativa alla sfera politica e alla sovranità popolare (art 95 Cost.) è totalmente in crisi, dal momento che il potere politico appare sempre meno in grado di indurre “dall’alto” l’amministrazione al mantenimento di quei livelli (*standard, benchmark*) di azione che devono poter essere assicurati alla collettività<sup>11</sup>.

Naturalmente se per un verso si può affermare che la nascita delle azioni di classe sia l’esito coerente del percorso riformatore che ha investito la pubblica amministrazione negli ultimi venti anni (e, al contempo, anche della consapevolezza delle difficoltà che connotano la sua attuazione)<sup>12</sup>, per altro verso non si può pensare che tale strumenti di *private enforcement*, vale a dire di controllo da parte di soggetti privati di interessi generali ritenuti meritevoli di tutela, possa completamente sostituirsi e supplire ai meccanismi istituzionali di vigilanza sull’efficienza amministrativa che devono informare ogni stato di diritto: in altri termini non appare congruo affidare ad un controllo di tipo meramente giudiziale (pur se stimolato dal cittadino) il riscontro sull’azione efficiente delle pubbliche amministrazioni, rinunciando del tutto a riportare verso l’alto una funzione di vigilanza che, anche per ragioni di aderenza al dettato costituzionale, deve essenzialmente trovare la sua concretizzazione nei più tradizionali e consolidati meccanismi di responsabilità riconducibili al rapporto politica/amministrazione.

Proprio in tale prospettiva – e tornando dunque più concretamente al tema centrale di questa riflessione – il d.lgs. n. 150 del 2009 tende a valorizzare e ad enfatizzare, attraverso la misurazione e la valutazione (sia organizzativa che individuale) della *performance* amministrativa, il miglioramento della qualità del servizio quale obiettivo primario da perseguire (art. 3, co 1), il quale tra l’altro viene – forse per la prima volta a livello di considerazione normativa ed in questo sta il vero aspetto innovativo del decreto – espressamente legato al grado di soddisfacimento del bene della vita cui aspira il cittadino-utente.

A questo proposito sembra importante richiamare l’art. 3, co. 4, nella parte in cui precisa che “le amministrazioni pubbliche adottano metodi e strumenti idonei a misurare, valutare e premiare la performance individuale e quella

---

PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI, *Buona amministrazione tra garanzie interne e prospettive comunitarie. (A proposito di “class action all’italiana”)*, A. BARTOLINI, *La class action nei confronti della pubblica amministrazione tra favole e realtà*, F. MARTINES, *L’azione di classe del d.lgs. n. 198/2009: un’opportunità per la pubblica amministrazione?* tutti reperibili sul sito [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), nonché C.E. GALLO, *La class action nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Urb. app.* 2010, p. 501 ss.

<sup>11</sup> In tal senso si rinvia alle osservazioni di F. CINTIOLI, *Note sulla cosiddetta class action amministrativa*, cit.

<sup>12</sup> Sul punto F. CINTIOLI, *Note sulla cosiddetta class action amministrativa*, op. cit.

organizzativa, secondo criteri *strettamente connessi al soddisfacimento dell'interesse del destinatario* dei servizi e degli interventi". E su questa stessa linea si pone ancor più l'art. 8 (co. 1, lett.a)) quando precisa che il sistema di misurazione e valutazione della performance organizzativa concerne *l'attuazione delle politiche attivate sulla soddisfazione finale dei bisogni della collettività*.

L'importante richiamo ad un modello di amministrazione di risultato – peraltro nel senso sopra specificato – non costituisce l'unico profilo di novità che, sempre a livello di principi generali, merita di essere sottolineato come fattore positivo di cambiamento rispetto al passato.

Infatti il decreto n. 150/2009, scostandosi totalmente dall'approccio di segretezza perseguito nel precedente sistema dei controlli interni<sup>13</sup> nel quale si prevedeva che gli uffici e i soggetti preposti all'attività di valutazione e controllo strategico riferissero sugli esiti delle analisi effettuate attraverso relazioni da inviare "in via riservata" agli organi di indirizzo politico, innalza invece la trasparenza degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e alle valutazioni rese dagli organi competenti a elemento costitutivo dei livelli essenziali delle prestazioni (ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. m), Cost.).

Tale innovazione, se per un verso può essere salutata con favore, dal momento che si colloca nel segno di una maggior trasparenza e apertura verso l'esterno delle amministrazioni pubbliche che, dunque, possono rendere note alla collettività le *performance* del loro operato (anche) attraverso le relazioni rese dagli organi di valutazione, per altro verso finisce con l'avere un ulteriore risvolto – di carattere negativo – che va ad incidere sulla filosofia e lo "spirito" del controllo stesso.

È stato in effetti rilevato come l'abrogazione della norma sopracitata rappresenti un fattore indicativo del mutamento della natura dei controlli interni, che da "collaborativi" e "manageriali" ritornano ad essere espressione di un potere tipicamente più repressivo<sup>14</sup>. Se, in passato, gli organismi di valutazione erano esonerati dall'obbligo di denuncia alle procure della Corte dei conti circa i fatti di *maladministration* di cui venivano a conoscenza nell'esercizio delle loro funzioni<sup>15</sup>, proprio per rendere evidente la funzione di supporto e collaborazione della loro azione nei confronti del vertice dirigenziale e superare così il naturale atteggiamento difensivo di chi si trovava ad essere oggetto di tali verifiche, oggi il ripristino dell'obbligo di denuncia in uno con la pubblicità delle informazioni raccolte<sup>16</sup> trasforma una funzione inizialmente concepita come stru-

<sup>13</sup> Cfr. art. 6, co. 2, d.lgs. n. 286/1999, abrogato dall'art. 30, co. 4, lett. d), del d.lgs. n. 150/2009.

<sup>14</sup> In tal senso le osservazioni di F.G. GRANDIS, *Luci ed ombre nella misurazione, valutazione e trasparenza della performance*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 24.

<sup>15</sup> Cfr. art. 1, co. 6, del d.lgs. n. 286/1999, abrogato dall'art. 30, co. 4, lett. b), del d.lgs. n. 150/2009.

<sup>16</sup> Informazioni individuate come elementi utili a favorire forme diffuse di controllo da parte della collettività circa il rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità (cfr. art. 11, co. 1).

mento di implementazione al miglioramento della direzione manageriale della struttura pubblica<sup>17</sup> in un'attività di carattere meramente ispettivo e sanzionatorio.

In quest'ottica si prescrive più specificamente che ogni amministrazione presenti gli atti di programmazione e rendicontazione delle valutazioni della performance (vale a dire il Piano e la Relazione sulle performance, cfr. art. 10 del decreto su cui *infra*) alle associazioni di consumatori o utenti nell'ambito di apposite giornate dedicate alla trasparenza<sup>18</sup>.

Si moltiplica dunque il tentativo di coinvolgere direttamente il cittadino nell'obiettivo di politica pubblica mirato a migliorare i livelli qualitativi delle prestazioni amministrative, questa volta coinvolgendolo direttamente in una sorta di compartecipazione popolare alla funzione di controllo sull'attività amministrativa<sup>19</sup>.

In questo senso è significativo che il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, stabilisca, all'art. 8, che la valutazione e misurazione della *performance* amministrativa avvenga, tra l'altro, attraverso «lo sviluppo qualitativo e quantitativo delle relazioni con i cittadini, i soggetti interessati, gli utenti e i destinatari dei servizi, anche attraverso lo sviluppo di forme di partecipazione e collaborazione».

## 2. *La valutazione della dirigenza: i problemi del recente passato*

Questi dunque i presupposti di fondo sui quali il decreto reimposta un sistema dei controlli che – conviene ricordarlo – nonostante sia stato compiutamente delineato nelle sue componenti strutturali e funzionali con il dlgs. n. 286/1999, per molti anni è rimasto lettera morta ed ancora oggi, a più di dieci anni dalla emanazione della legge, non pare ancora entrato completamente a regime.

Perno centrale di tutto il sistema è indubbiamente il procedimento di valutazione della dirigenza che deve essenzialmente svolgere tre funzioni: «premiare i migliori, agganciando una quota della retribuzione alla produttività; evidenziare le capacità e i meriti personali per guidare anche gli organi politici nelle procedure di nomina; correggere le inefficienze, permettendo di rimuovere i dirigenti dimostratisi inadeguati all'incarico»<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Per la logica del controllo interno quale strumento di ausilio al buon governo delle amministrazioni pubbliche sia consentito il rinvio a R. LOMBARDI, *Contributo allo studio della funzione di controllo. Controlli interni e attività amministrativa*, Milano, 2003.

<sup>18</sup> Si consideri inoltre che il ciclo di gestione dei processi di valutazione, le cui fasi sono appositamente individuate nell'art. 4 del decreto, si chiude proprio nella rendicontazione dei risultati che le norme prevedono debba essere resa agli organi di indirizzo politico amministrativo, ai vertici delle amministrazioni, nonché (...) ai cittadini, ai soggetti interessati, agli utenti e ai destinatari dei servizi (co. 2, lett. f)).

<sup>19</sup> Il concetto è particolarmente sviluppato in F. MANGANARO, *L'azione di classe in un'amministrazione che cambia*, cit., secondo cui è necessario che la partecipazione del cittadino attinga non solo il livello dell'attività ma anche quello dell'organizzazione.

<sup>20</sup> In tal senso S. BATTINI, B. CIMINO, *La dirigenza pubblica italiana fra privatizzazione e politicizzazione*, in *Riv.trim. dir.pubb.*, 2007, p. 1021.

Come vedremo il decreto interviene su tutti i tre profili funzionali per cercare di rilanciare e rendere più efficace un meccanismo che, per quanto ha operato, non ha certo dato buona prova di sé.

Basti considerare un dato su tutti: in base ai dati forniti dalle amministrazioni<sup>21</sup> – peraltro assolutamente frammentari a causa della finora scarsa propensione delle strutture pubbliche a rendere conoscibili tali informazioni – la quasi totalità dei dirigenti sottoposti a valutazione ha raggiunto un risultato massimo (le percentuali oscillano tra il 90 e il 100% dei dirigenti valutati), al punto da poter sostenere che un meccanismo nato per controllare e valutare le effettiva idoneità dei soggetti a svolgere gli incarichi assegnati, e far quindi rilevare eventuali responsabilità di *maladministration*, ha finito col trasformarsi, alla prova dei fatti, in un sistema a senso unicamente premiante.

Come è stato rilevato dai più attenti studiosi del rapporto politica/amministrazione, il fallimento del sistema di valutazione dirigenziale deve essere essenzialmente ascritto alla genericità con cui gli organi politici definiscono le direttive generali dell'azione amministrativa, all'individuazione sommaria degli obiettivi (il più delle volte scarsamente ambiziosi) affidati ai dirigenti e spesso disancorati dalla considerazione delle risorse economiche disponibili per il loro effettivo raggiungimento, alla difficoltà di elaborare parametri di riferimento (*standard* di azione) cui ancorare una obiettiva ed equa attività di valutazione dell'azione amministrativa<sup>22</sup>.

In questo assetto, l'unica reale forma di verifica dell'operato della dirigenza finisce con il consistere nel riscontro, da parte degli organi politici, della persistenza, nel tempo, degli elementi di fiducia che avevano originariamente determinato il conferimento della relativa nomina.

In altri termini risulta ancora carente, nell'ambito dell'amministrazione pubblica, la cultura della programmazione, della fissazione di obiettivi con predeterminazione dei relativi *budget* di spesa, del reale utilizzo di un modello gestionale basato sul bilancio economico più che finanziario, anche in considerazione del rilievo prevalente che ormai viene ad assumere l'attività complessiva, piuttosto che l'atto amministrativo isolatamente considerato, nel nuovo modo di gestire le strutture pubbliche, appunto non più per atti ma per programmi<sup>23</sup>.

Ma allora valutare l'operato dei dirigenti della p.a. in assenza di un parame-

---

<sup>21</sup> I dati sono riferibili agli anni 2006/2007. Per un'analisi più compiuta dei dati si rinvia, oltre all'articolo della nota precedente, anche a G. PISAURO, *Le storture del pubblico impiego riformato*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2008, p. 449 s.

<sup>22</sup> Si rinvia in particolare alle osservazioni di M.R. SPASIANO, *Linee evolutive del rapporto politica-amministrazione tra esigenze di continuità e tentazioni di contiguità*, in *Nuove Autonomie*, 2010, I.

<sup>23</sup> Sempre attuali e molto acute le osservazioni sul punto di L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974, p. 187 s.

tro oggettivo di valutazione diviene gioco forza un'operazione "squisitamente politica", tanto più aggravata dalla insindacabilità delle valutazioni degli organi di indirizzo politico le cui determinazioni, ancorché a contenuto tipicamente amministrativo, non costituiscono oggetto di sindacato da parte del giudice ordinario, probabilmente anche culturalmente refrattario al riguardo, e che in ogni caso non si è mostrato capace di opporre un argine all'invasione della politica sull'amministrazione<sup>24</sup>.

La realtà è che il diritto civile non dispone degli strumenti necessari per dirimere controversie che rechino in sé anche la considerazione di interessi pubblici, prova ne sia il fatto che in molti casi i tribunali si sono limitati a considerare la pubblica amministrazione alla stregua del privato datore di lavoro, senza neanche richiedere l'onere di motivazione in merito alla facoltà dell'imprenditore di rimuovere liberamente i propri dirigenti e al più utilizzando le categorie civilistiche della correttezza e della buona fede (come surrogato dell'eccesso di potere) per valutare unicamente sotto questo profilo (e non anche sui motivi che hanno determinato l'amministrazione circa) la legittimità della scelta<sup>25</sup>.

### 3. *Luci e ombre della riforma*

Se – come si è detto – a livello di affermazione di principio il recente decreto di riforma sembra aver posto dei punti importanti, condividendo nella sua impostazione di base la "filosofia" di un'amministrazione di risultato attenta (oltre che ai dati economici) alla soddisfazione dei bisogni finali dei cittadini e alla trasparenza delle informazioni relative alla programmazione e ai risultati di ogni singola struttura pubblica, non altrettanto efficace pare invece la portata innovatrice del decreto quando scende a disciplinare in concreto gli organi e gli strumenti di controllo finalizzati a porre rimedio alle incongruenze e ai difetti del precedente sistema di valutazione.

Il punto di ogni questione affinché un sistema di controllo possa dirsi idoneo allo scopo, in quanto in grado di esprimere giudizi oggettivi e corrispondenti alle realtà effettivamente riscontrate, è rappresentato dalla posizione di autonomia (se

---

<sup>24</sup> M.R. SPASIANO, op. ult. cit.

<sup>25</sup> Cfr., *ex multis*, Cass., sez. lav., 20 marzo 2004, n. 5659 precisa che, stante la privatizzazione del rapporto di lavoro presso le pubbliche amministrazioni, opera il principio in base al quale «l'atto privato è tale proprio perché non può essere funzionalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico senza contraddirne l'intima essenza di espressione dell'autonomia (...). Se gli atti sono ascritti al diritto privato, non possono che essere assoggettati ai principi fondamentali dell'autonomia privata e, in primo luogo, alla regola della normale irrilevanza dei motivi». Il tema è sviluppato da P. SORDI, *Le controversie in tema di incarichi dirigenziali*, in *Lav.publ. amm.*, 2005, p. 765 s. e da M. MIDIRI, *La Corte, i politici e lo spoils system*, in *Dir. Pubbl.*, 2008, p. 927 s.

non addirittura di indipendenza) degli organismi preposti ad esprimere il giudizio rispetto agli organi politici nei confronti dei quali devono riferire.

Ebbene su questo specifico punto il d. lgs. n. 150/2009 interviene con un'operazione che si può definire di mera facciata, dal momento che al di là della nuova denominazione attribuita ai controllori (che si sostituiscono ai precedenti servizi di controllo interno)<sup>26</sup>, indicati dalla norma come «organismi indipendenti della valutazione (OIV)» (art. 14), nella sostanza il decreto lascia inalterato rispetto al passato il vero se non unico elemento che avrebbe invece potuto rendere effettivamente tali questi organismi, vale a dire il potere di nomina ad opera dell'organo politico.

In base a quanto disposto dall'art. art. 14, co. 3, infatti il vertice politico continua ad esercitare su di essi la propria influenza potendo decidere della loro riconferma (per una sola volta) o della loro rimozione.

Vero è che alcuni correttivi volti a temperare lo stato di soggezione o comunque di stretta relazione con l'organo politico sono stati previsti: non solo un periodo minimo di svolgimento della funzione del valutatore (individuato in tre anni), ma soprattutto il possesso di alcuni requisiti che in qualche modo dovrebbero sganciare la sua nomina da ogni considerazione di fedeltà politica rispetto a chi ha la responsabilità della sua scelta; in effetti le norme di riforma ancorano al possesso di determinati requisiti (specifica competenza ed esperienza maturata nel campo del *management* o della valutazione del personale amministrativo) le condizioni per ricoprire l'incarico in oggetto.

A rafforzamento del principio di indipendenza del controllore, si prevede infatti che i componenti della struttura di valutazione non possano essere nominati tra soggetti che rivestono incarichi pubblici elettivi o in partiti politici o organizzazioni sindacali o che abbiano avuto rapporti continuativi di collaborazione o consulenza (o rivestito incarichi simili) con le amministrazioni che intendono designarli, dovendo, viceversa, essere dotati di requisiti di elevata professionalità specificamente individuati da un organismo superiore. In questo sta un'altra novità del decreto, ovvero sia la previsione della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT, art. 13), un nuovo soggetto istituzionale, incardinato a livello statale, il quale dovrebbe fungere da "cabina di regia" indirizzando, coordinando e sovrintenden-

---

<sup>26</sup> Non risulta ancora ben chiara la portata applicativa del decreto. Come precisa, in *I working papers-Centro studi di diritto del lavoro europeo "M. D'Antona"*, 104/2010, le amministrazioni che si sono chiamate fuori dall'applicazione delle disposizioni più qualificanti del decreto (titolo I e III) costituiscono un numero esorbitante: regioni, enti locali, amministrazioni sanitarie, scuole, università, enti di ricerca. Tuttavia per l'approfondimento del tema si rinvia alle Linee guida dell'Anci emenate in data 4/2/2010, nonché alle delibere della neo istituita Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT, di cui si dirà *infra*), reperibili sul sito istituzionale [www.civit.it](http://www.civit.it).

do «all'esercizio indipendente» (co. 1) delle funzioni di controllo svolte nell'ambito delle singole amministrazioni pubbliche.

I dubbi tuttavia che questa Commissione<sup>27</sup> possa effettivamente contribuire a garantire l'autonomia delle valutazioni di giudizio degli organismi indipendenti rispetto alle pressioni provenienti dall'organo politico sono legittimi se si considera che suoi compiti effettivi sembrano limitarsi alla delineaazione astratta di criteri necessari per ottenere la nomina di "soggetto valutatore", ma difficilmente (e verosimilmente) si spingeranno mai fino ad interferire direttamente sul procedimento di nomina che rimane di competenza dell'organo politico (art. 14, co. 3, precisa che tale organo nomina il valutatore, "sentita" la Commissione). A conferma di quanto detto basta effettuare un raffronto tra i criteri astratti richiesti dalla CIVIT<sup>28</sup> per ricoprire tale ruolo e le delibere di parere favorevole sulle nomine dei componenti degli OIV effettuate dalle singole amministrazioni. Si verificherà che per taluni componenti l'autorevolezza e la specifica competenza nel campo del *management* si limitano, in alcuni casi, alla laurea in economia o a pochi anni di attività libero professionale quale commercialista o revisore dei conti<sup>29</sup>.

In effetti il ruolo di tale Commissione – che forse con un po' più di audacia da parte del legislatore avrebbe potuto diventare una sorta di "controllore dei controllori" – sembra sia più che altro destinato ad esaurirsi nelle funzioni di un osservatorio centrale (opera in posizione di indipendenza di giudizio e in piena autonomia ma in collaborazione con il Dipartimento della funzione pubblica e della Ragioneria generale dello stato) con prevalenti compiti di ricerca: la CIVIT studia e promuove metodologie finalizzate al miglioramento delle performance organizzative (co. 5, lett. a e co. 6, lett. m), confronta e analizza i dati provenienti dalle diverse amministrazioni al fine di redigere una graduatoria delle strutture cd. virtuose (co. 6, lett. i), fornisce ma – si badi bene nel preciso rispetto dell'esercizio e delle responsabilità autonome di valutazione proprie di ogni amministrazione – il supporto tecnologico all'attuazione delle varie fasi del ciclo di gestione, dettando linee guida per la predisposizione degli strumenti necessari a concretizzare la valutazione della performance organizzativa e individuale (co. 6, lett. f), e), b)).

Il controllo sull'efficienza e sulla produttività dell'amministrazione, oltre che sotto il profilo organizzatorio (rectius: soggettivo), cambia anche in relazione al profilo funzionale.

Più precisamente, con particolare riguardo alla valutazione delle *performance* individuali, il decreto tenta di porre rimedio a quella genericità e indeterminatezza dei parametri alla stregua dei quali si devono valutare le competenze

---

<sup>27</sup> La CIVIT è un organo collegiale, composto da cinque membri, scelti tra esperti di elevata professionalità.

<sup>28</sup> Criteri che sono reperibili sul sito [www.civit.it](http://www.civit.it) e formalizzati nella delibera n. 8/2010.

<sup>29</sup> Sul riscontro di tale verifica si è debitori dello spunto suggerito da B. CARUSO, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (il ridisegno della governance nelle p.a italiane)*, cit., p. 19.

professionali espresse dal dirigente nell'esercizio dell'incarico affidatogli: in altri termini rendendo "più specifici e misurabili in termini concreti e chiari" (art. 5, co. 2, lett. b)) gli obiettivi da raggiungere e correlandoli "alla quantità e alla qualità delle risorse disponibili" (art. 5 co. 2, lett. g))<sup>30</sup> si agevola la definizione del giudizio sull'operato del dirigente, ancorandola ad elementi certi e di oggettiva considerazione, che lasciano indubbiamente meno margine a valutazioni di carattere "politico", le quali trovano terreno fertile solo laddove non sia possibile una commisurazione a valori e a *standard* di riferimento specificamente individuati.

In questo senso deve esser accolta positivamente anche l'innovazione normativa che, a fronte di una programmazione generale degli obiettivi da parte degli organi di indirizzo politico/amministrativo da effettuarsi su base triennale (si consideri che in tre anni è anche fissata l'attuale durata minima dell'incarico dirigenziale<sup>31</sup>), precisa che gli incarichi assegnati ai dirigenti sono generalmente riferibili (l'art. 5, co. 2, lett. b) usa l'espressione "di norma") ad un anno, ossia ad un termine equivalente a quello fissato dallo stesso decreto per sottoporre a valutazione il dirigente (art. 7, co. 1).

Rimane ancora da dire circa il mutamento d'ambito della misurazione della *performance* del dirigente. In tale prospettiva l'art. 9 del decreto specifica che oggetto di verifica non sono solo – come in passato – le prestazioni correlate al raggiungimento di specifici obiettivi individuali, ma anche quelle legate alla «qualità del contributo assicurato alla *performance* generale della struttura» (co. 1, lett. c), nonché «agli indicatori di *performance* relativi all'ambito organizzativo di diretta responsabilità» (co. 1, lett. a).

Viene dunque accolta la nozione più corretta di *performance*, la quale – con specifico riferimento agli studi di scienza dell'amministrazione – tiene conto non solo della considerazione relativa al risultato raggiunto (il cosa), ma anche delle concrete competenze professionali e manageriali dimostrate dal dirigente per la sua realizzazione (il come), in termini di produttività della struttura da lui diretta e organizzata<sup>32</sup>.

Tale allargamento di prospettiva estende ovviamente i propri effetti sul piano della considerazione giuridica degli elementi rilevanti per la formulazione della proposta di valutazione da parte dei competenti organsimi e più in particolare sul piano dell'accertamento della responsabilità dirigenziale, la quale sembra arricchirsi di un'ulteriore fattispecie legata alle ipotesi più strettamente riconducibili alla cd *maladministration*, ovvero sia ai risultati negativi della gestione legati alla direzione della struttura di propria competenza organizzativa.

---

<sup>30</sup> Si veda anche l'art. 7, co. 3, lett. b, che occupandosi di Sistema di misurazione e valutazione della performance specifica che tale sistema deve individuare, tra l'altro, le modalità di raccordo e integrazione con i documenti di programmazione finanziaria e di bilancio.

<sup>31</sup> Salvo le eccezioni previste v. art. 40, co. 1, lett. c.

<sup>32</sup> Sul tema sia ancora consentito il rinvio a R. LOMBARDI, *Contributo allo studio della funzione di controllo. Controlli interni e attività amministrativa*, cit., *passim*.

In questo senso pare significativa la modifica apportata dal decreto Brunetta (art. 41) all'art. 21 del d.lgs. 165/2001 (rubricato appunto «responsabilità dirigenziale»), che se al primo comma mantiene ferme le ipotesi classiche di responsabilità, continuando a sanzionare il mancato raggiungimento del risultato ovvero l'inosservanza delle direttive imputabili al dirigente con l'impossibilità di rinnovo dello stesso incarico e, nei casi più gravi, con la revoca diretta dall'incarico (sanzioni che vengono peraltro corredate dalla norma di modifica da una maggior attenzione alle garanzie procedurali del contraddittorio e della previa contestazione a favore del soggetto sanzionato, forse in omaggio ai rilievi svolti sul punto dalla Corte Costituzionale<sup>33</sup> anche in tema di cessazione automatica dell'incarico) individua nella nuova comma 1 *bis* un'ulteriore ipotesi di responsabilità.

Si tratta di una fattispecie riconducibile alla *culpa in vigilando* del dirigente circa il «rispetto, da parte del personale assegnato ai propri uffici, degli *standard* quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione (...) in materia di ottimizzazione del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni» certamente meno grave, rispetto alle situazioni tradizionali di responsabilità dirigenziale, dal momento che la sanzione prevista incide solo sulla retribuzione di risultato e non anche sul mantenimento o il rinnovo dell'incarico attribuito.

Il riferimento alla retribuzione aggiuntiva ci permette da ultimo di rilevare come la «riforma Brunetta» tenti di porre rimedio alla carenza del sistema di valutazione in relazione agli incentivi di produttività.

In effetti la regolazione degli strumenti incentivanti ha rappresentato uno dei nodi irrisolti della riforma del pubblico impiego degli anni novanta e le ragioni di tale fallimento vanno essenzialmente ascritte al fatto che la disciplina del trattamento accessorio dei dipendenti pubblici è stata sempre pressoché affidata alla contrattazione collettiva<sup>34</sup> anziché alla legge, la quale non si è mai

---

<sup>33</sup> Cfr. soprattutto i rilievi effettuati di recente dalla Corte Costituzionale, nell'ambito delle decisioni n. 103 e 104 del 2007, rese in tema di cessazione automatica dall'incarico dirigenziale, secondo cui il meccanismo dello *spoils system* si pone in contrasto con alcuni importanti valori costituzionali quali l'imparzialità (in base alla quale occorre «assicurare ai funzionari alcune garanzie per sottrarli alle influenze dei partiti politici»), il buon andamento (che impone «continuità nell'azione amministrativa») e – per quel che più interessa in questa sede – il giusto procedimento, il quale richiede che la revoca dell'incarico rappresenti l'esito di una procedura in cui al dirigente sia «assicurata la possibilità di far valere il diritto di difesa» e, inoltre, sia adottata con un «atto motivato, che a prescindere dalla sua natura giuridica, di diritto pubblico o privato, consenta comunque un controllo giurisdizionale». Per ogni ulteriore approfondimento si rinvia a S. BATTINI, *L'autonomia della dirigenza pubblica e la "riforma Brunetta": verso un equilibrio fra distinzione e fiducia?*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, p. 41.

<sup>34</sup> L'art. 45 del T.U.P.I. delegava infatti la materia alla fonte pattizia a cui imponeva peraltro il rispetto di sole tre regole: la distribuzione delle indennità secondo criteri obiettivi di misurazione; l'aggancio ai parametri della produttività individuale e collettiva; la considerazione dell'apporto dato da ciascun dipendente all'attività degli uffici.

preoccupata di individuare voci stipendiali accessorie, né ha mai provveduto a disporre il ricorso a strumenti di misurazione quantitativa dei rendimenti individuali dei dirigenti a cui correlare quote di retribuzione legate al merito. Va da sé che la mancanza di effettivi sistemi di misurazione dei risultati in uno con la tendenza a evitare conflittualità interne all'amministrazione abbia di fatto determinato una distribuzione indifferenziata, per così dire a pioggia, di tali risorse.

Va oltretutto precisato che il compito della contrattazione nazionale si è sempre solo limitato alla quantificazione delle risorse (che confluivano nei fondi unici di amministrazione), dal momento che, con una sorta di gioco al rimando, essa rimetteva alle sedi decentrate l'attività più importante e delicata di definizione dei criteri generali cui improntare il sistema di incentivazione del personale, confidando incautamente – si potrebbe dire col senno di poi – nella capacità di autoregolazione delle amministrazioni. Peraltro i continui ritardi nella stipulazione dei contratti nazionali e la consueta distrazione di tali somme impiegate per scopi differenti (per integrare la componente fissa della retribuzione o per finanziare le progressioni professionali) hanno finito col paralizzare definitivamente il sistema premiale della produttività e del merito dei dipendenti pubblici<sup>35</sup>.

Non può stupire dunque che il d.lgs. ponga mano (titolo III) alla disciplina di tali strumenti, non tanto per migliorare quanto piuttosto per rendere effettivo un meccanismo retributivo che, per le ragioni evidenziate, non ha mai avuto modo di esplicarsi come strumento funzionale all'incentivazione dell'efficienza pubblica.

Gli interventi correttivi vengono previsti già sul versante della determinazione delle risorse disponibili e della loro destinazione: è infatti rimessa direttamente alle «proprietà taumaturgiche»<sup>36</sup> della legge (finanziaria) e non più alla contrattazione collettiva la quantificazione delle risorse deputate a premiare il «merito» (comma 3 *bis* dell'art. 45 del TUPI, come modificato dall'art. 57 del d.lgs. n. 150/2009), con l'importante precisazione che la parte del monte salari collegata alla *performance* individuale dovrà rappresentare una «quota prevalente» del trattamento accessorio complessivo (comma 3 *bis* dell'art. 40 del TUPI, come modificato dall'art. 55 del d.lgs. n. 150/2009).

Per rimediare, poi, all'inconveniente della distribuzione «a pioggia» delle risorse incentivanti la legge impone oggi agli organismi indipendenti (per la valutazione della dirigenza di fascia alta) e alla dirigenza (per la valutazione della dirigenza di fascia bassa) una diversificazione nell'elaborazione del giudizio legato all'attribuzione della quota stipendiale relativa alla *performance* indi-

---

<sup>35</sup> In tal senso cfr. B. CIMINO, *Selettività e merito nella disciplina delle progressioni professionali e della retribuzione incentivante*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, p. 29.

<sup>36</sup> La definizione è di B. CARUSO, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (il ridisegno della governance nelle p.a. italiane)*, cit., p. 5

viduale, che potrà essere erogata solo a seguito di un complesso procedimento a conclusione del quale sia possibile stilare una graduatoria dei “buoni” e dei “cattivi”.

A seguito infatti dei risultati scaturiti dal controllo di gestione viene affidata agli Organismi indipendenti (OIV)<sup>37</sup> la suddivisione dei dipendenti pubblici in tre classi di merito (alta, intermedia, bassa): solo al personale collocato nelle prime due fasce potranno essere ridistribuite, secondo i criteri e le percentuali indicati nell’art. 19 del d.lgs. n. 150/2009, le somme messe a disposizione per il trattamento accessorio relative al merito<sup>38</sup>.

#### 4. Conclusioni

È certamente prematuro chiedersi se il tentativo operato dal decreto di riorganizzare la *governance* delle pubbliche amministrazioni, ridisegnando in particolare le figure e le architetture sistemiche dei controlli interni e di valutazione del personale dirigenziale, potrà ottenere riscontri concreti nel miglioramento della produttività e dell’efficienza delle strutture pubbliche.

Quello che emerge con chiarezza dal disegno riformatore è comunque la volontà di mettere ordine nei ruoli e nelle funzioni giocate dai diversi attori pubblici (politici, dirigenti, controllori), richiamando ciascuna componente al rispetto delle relative competenze e ad un maggior senso etico delle proprie responsabilità.

Indubbiamente escono rafforzati, almeno sulla carta, i poteri gestionali dei “vertici dell’amministrazione”: da un lato si estende la loro sfera di intervento, dal momento che il decreto sancisce una sorta di intervento collaborativo nella definizione degli obiettivi strategici con l’organo politico/amministrativo (l’uso di tale binomio, utilizzato per indicare gli organi elettivi, da sempre indicati solo come “politici”, starebbe proprio ad indicare la necessità che la funzione di indirizzo e programmazione debba svolgersi con un più marcato profilo tecnico,

---

<sup>37</sup> Ex art. 14 del d.lgs. n. 150/2009. Peraltro B. CIMINO, *Selettività e merito nella disciplina delle progressioni professionali e della retribuzione incentivante*, cit. p. 31 evidenzia dubbi sul fatto che l’affidamento della redazione di tale graduatoria agli OIV debba rappresentare una semplice garanzia formale, dovendo essi semplicemente collazionare i dati e le valutazioni trasmesse dai dirigenti, o viceversa debba essere interpretato nel senso dell’attribuzione a tali organismi di un potere più pregnante, dovendo essi anche validare e controllare nel merito le valutazioni effettuate dai dirigenti.

<sup>38</sup> Secondo l’art. 19 del decreto Brunetta nella prima classe dovrà essere collocato un quarto del personale, tra cui sarà ridistribuita la metà delle somme a disposizione per il trattamento accessorio legato alle *performance*; nella seconda fascia confluisce la metà del personale cui è assegnata la restante parte per l’incentivo di produttività; nel terzo gruppo, infine, confluisce l’ultimo quarto dei dipendenti che non riceverà alcuna indennità di risultato.

necessità che appunto ben può essere assicurata creando una stretta sinergia con la componente cd. fiduciaria della dirigenza); per altro lato il rafforzamento dell'alta burocrazia si lega, quasi paradossalmente, ad una sua più stretta sottoposizione alla legge, con particolare riferimento alla funzione di gestione delle risorse umane. In tal modo si rende il dirigente maggiormente immune dai vincoli e dalle intrusioni della politica ma soprattutto dalla invasiva presenza del sindacato, relegato dalle norme del decreto a ben più ristretti ambiti di azione negoziale rispetto al passato.

Al recupero di potere e autonomia del dirigente fa da eco tuttavia una revisione del sistema di controllo e valutazione che, dovendo monitorare in posizione di indipendenza il buon esercizio delle funzioni di governo attivo, lascia invero all'interprete ancora molte perplessità sull'effettività del suo ruolo, sia per i dubbi evidenziati in relazione alla componente organizzativa (*rectius*: alla reale autonomia di giudizio degli OIV, tuttora nominati dal vertice politico al quale devono riferire) sia per gli aspetti più strettamente operativi legati alla mancanza di risorse (art. 3, co. 6), invero necessarie almeno per la fase di messa a regime del nuovo sistema. Ciò rappresenta forse il segno più evidente della velleitarietà di una riforma che ad alcune luci contrappone ancora molte ombre, con la speranza ovviamente di essere smentiti da imprevisi riscontri positivi che solo il trascorrere del tempo sarà in grado di offrirci.

### **SYSTEM OF CHECKS: NEW AND OLD ISSUES**

by Roberta Lombardi

#### **Abstract**

The article stems from the observation of the substantial failure of internal efficiency checks regulated by d.lgs. n. 286/1999, almost never implemented in the public administration, to try and evaluate the effects of the recent reform on new public management (as instituted by d.lgs. n. 150/2009) might produce on the aforementioned forms efficiency monitoring. In particular the attention of the author is focussed on the criteria for the evaluation of management, setting the impact of the norms that redraw the efficiency monitoring system against the background of the unresolved issue of the relationship between politics and public administration.

## Le funzioni amministrative di governo del territorio nel nuovo assetto costituzionale

di Paola Lombardi

SOMMARIO: 1. Premessa: funzioni amministrative e Titolo V, Parte seconda, della Costituzione. – 2. Funzioni fondamentali, conferite, proprie e attribuite: i tentativi di definizione della dottrina. – 3. *Segue*: le questioni definitorie al cospetto del governo del territorio. – 4. Ulteriori questioni sulle funzioni di governo del territorio: rilievi di sintesi tra legge La Loggia, Carta delle autonomie locali e progettazione legislativa.

### 1. *Premessa: funzioni amministrative e Titolo V, Parte seconda, della Costituzione*

Chi si è recentemente occupato della ricostruzione del percorso evolutivo che ha compiuto il concetto di “funzione amministrativa”<sup>1</sup> ha ricordato come nel

---

<sup>1</sup> Il riferimento è all'indagine compiuta da M.R. SPASIANO, *La funzione amministrativa: dal tentativo di frammentazione allo statuto unico dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2004, 297 ss., cui si rinvia fin da subito per la disamina delle teorie che in materia si sono confrontate in tempi meno recenti, in particolare dalla fine dell'Ottocento alla prima metà del Novecento.

Esula dai fini del presente lavoro passare in rassegna tutte le opere della dottrina che ha studiato i significati che possono essere attribuiti a tale nozione: gli approfondimenti saranno dunque limitati ai profili funzionali agli scopi qui perseguiti.

Tuttavia, volendo fornire al Lettore quelle coordinate minime che gli permettano di effettuare una ulteriore indagine della materia, oltre agli scritti che verranno in seguito citati, si rinvia fin da subito a: G. MIELE, voce *Funzione pubblica*, in *Novissimo Digesto it.*, vol. VII, Torino, 1961, 686-687, per una rapida descrizione dei significati attribuiti alla locuzione in esame; F. BENVENUTI, voce *Funzione. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, 1989, 1 ss., per la descrizione delle caratterizzazioni sostanziali e di quella induttiva-formale del concetto di funzione; G. MARONGIU, voce *Funzione. II) Funzione amministrativa*, *ibid.*, 1 ss., sull'idea di funzione come ordinamento del processo decisionale dell'amministrazione; F.S. SEVERI, voce *Funzione pubblica*, in *Digesto disc. pubbl.*, vol. VII, Torino, 1991, 70 ss., sui diversi significati dell'espressione nella dottrina come nel diritto positivo; più di recente, G. NAPOLITANO, voce *Funzioni amministrative*, in *AA.VV.*, *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, vol. III, Milano, 2006, 2631, che – passando in rassegna i vari significati del termine – ricorda quella dottrina (Cassese) che ritiene imprescindibile, per comprendere i caratteri della funzione, una considerazione unitaria degli elementi di cui si compone: materia, fini, attribuzioni e destinatari.

1968 M.S. Giannini scrivesse che essa costituisce quella parte di potere amministrativo che ha rilevanza dai moventi della sua origine fino al conseguimento del risultato<sup>2</sup>, ponendo dunque l'accento sulla sua rilevanza globale, dal fine all'effetto.

Analogamente, in quello stesso periodo, la dottrina che ricercava un significato proprio del termine, il quale fosse in grado di assommare tutti gli altri da più parti avanzati, riteneva che il più adatto fosse quello secondo il quale è funzione l'attività che rileva come tale, nella sua continuità e globalità, e non soltanto nelle sue singole e particolari manifestazioni<sup>3</sup>.

Lo stesso Giannini, nella sua opera dedicata al *Diritto amministrativo*<sup>4</sup>, ha ridotto il concetto di funzione ad una "sintesi verbale", cioè ad una espressione che indica l'insieme delle funzioni svolte dalla pubblica amministrazione, esprimendo dunque molto efficacemente il concetto di funzione amministrativa come "funzione di funzioni"<sup>5</sup>, immagine che ai fini che si perseguono con questo scritto tornerà molto utile una volta applicata al concetto di governo del territorio.

Due sono gli elementi che, in misura variabile, rappresentano una costante nel pensiero giuridico che ha ricostruito il concetto di funzione amministrativa: il *fine*, per definizione sempre oggettivo o comunque sempre alieno rispetto a chi lo persegue – tale per cui l'agire viene qualificato appunto come "funzionalizzato" – ed il *risultato* verso il quale è protesa l'attività considerata.

<sup>2</sup> Il riferimento è a M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1958, 21 ss. Dello stesso illustre Autore si consideri anche la voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1958, 989, dove viene richiamata come connotato essenziale del concetto di funzione la *deputatio ad finem* (testualmente: "attività come funzione, assunto questo secondo termine nel suo senso originario, di *deputatio ad finem*"). Richiama questo concetto, così come ripreso da Giannini, anche F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, *ivi*, Aggiornamento VI, Milano, 2002, 77.

<sup>3</sup> F. MODUGNO, voce *Funzione*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, 302.

<sup>4</sup> Il riferimento è al vol. I, Milano, 1993, 86.

<sup>5</sup> Questa volta il riferimento è a *ibid.*, vol. II, 11.

Non si dimentichi del resto come la considerazione della rilevanza dell'attività amministrativa in quanto tale è alla base della teorizzazione relativa alla c.d. "operazione amministrativa" (il richiamo è qui fatto al volume di D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005, *passim*), che considera il momento in cui l'interesse pubblico dismette la veste di giustificazione politica ed extragiuridica del potere per assumere quella di essenziale fattore legittimante dell'attività amministrativa in sé.

In particolare, secondo questa teoria, la rilevanza dell'operazione amministrativa non smentisce la riferibilità di tutte le funzioni che in essa si riversano ad una specifica figura giuridica soggettiva: piuttosto, la disciplina del rapporto che si ricollega all'operazione dà forma ad una "funzione complessa" che si svolge attraverso l'azione coordinata di più figure nella direzione di un risultato unitario. "Essendo i poteri niente altro che strumenti tecnici che l'ordinamento ha posto al servizio della soddisfazione dell'interesse pubblico, essi debbono concretamente (inter)relazionarsi (coordinarsi, raccordarsi, unificarsi, a seconda dei casi), volta per volta, in modo adeguato rispetto al problema amministrativo (da costruire e risolvere): da tale prospettiva (dalla prospettiva della operazione) il risultato mostra la sua natura di «attrattore» della forma adeguata della funzione complessa" (*ibidem*, 255).

Più in particolare, il concetto di funzione viene in rilievo nel momento in cui si pone attenzione a ciò che permette di collegare il potere – attribuito dalla norma giuridica in vista del perseguimento di quel fine alieno – e l’atto – produttivo del risultato ultimo, dunque dell’effetto –: efficacemente è stato infatti sottolineato come la funzione possa essere definita quale “momento di trasmissione dell’energia giuridica contenuta in potenza nella norma e attualizzata nell’atto”<sup>6</sup>, rappresentando invece il procedimento il luogo nel quale essa ottiene la sua sensibile manifestazione<sup>7</sup>. E ciò sul logico presupposto secondo cui “il passaggio dall’attribuzione del potere – come possibilità astratta di produrre effetti giuridici – alla concreta produzione dell’effetto finale è contraddistinto da una serie coordinata di attività e di atti «endoprocedimentali» che costituisce la funzione (...) In tale ambito si colloca il procedimento amministrativo, che dà evidenza a questo momento, rappresentando appunto la forma esteriore con la quale si manifesta il farsi dell’azione amministrativa”<sup>8</sup>.

Avuto specifico riguardo al primo degli elementi più sopra evidenziati, cioè il fine, occorre considerare come sia ormai pacifico che costituisce principio deducibile dalle leggi del nostro ordinamento quello secondo cui gli atti amministrativi sono contraddistinti dalla nominatività, intesa quale corrispondenza biunivoca tra un interesse pubblico e lo schema giuridico tipico dalla norma considerato idoneo a soddisfare tale interesse.

Ebbene: questo interesse “si risolve nella necessaria individuazione del fine dell’attività amministrativa diretta a porre in essere l’atto medesimo (...) L’attività amministrativa costituisce pertanto una funzione, la quale va definita, a nostro avviso, (tra le tante accezioni proposte in dottrina), come ogni attività consistente nell’esercizio di un potere attribuito ad un altro soggetto, o anche di un potere proprio, ma in vista di interessi non propri (o, almeno, non esclusivamente propri)”<sup>9</sup>.

Questa teoria presuppone evidentemente quella concezione oggettiva della funzione amministrativa che in tempi recenti sarebbe stata trasfusa nell’art. 1 della legge generale sul procedimento amministrativo 7 agosto 1990, n. 241, nella parte in cui stabilisce nel suo primo inciso che “*L’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge*”. La disposizione dunque si preoccupa di sottolineare come il fine della funzione sia sempre insito nella norma attributiva del potere, collocando l’amministrazione in una ineludibile “prospettiva di risultato”, che assume tanto più rilievo quanto più si consideri che quest’ultimo è

<sup>6</sup> F. BENVENUTI, voce *Funzione. D) Teoria generale* cit., 3.

<sup>7</sup> F. BENVENUTI, *op. loc. cit.* La nota teoria del procedimento amministrativo come forma sensibile della funzione era già stata illustrata da questo Autore nello scritto *Funzione amministrativa, procedimento, processo* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss.

<sup>8</sup> E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2009, 393-394.

<sup>9</sup> E. CASETTA, voce *Attività amministrativa*, in *Digesto disc. pubbl.*, vol. I, Torino, 1987, 527.

ulteriormente qualificato dai principi costituzionali che vanno letti a completamento della norma ordinaria attributiva del potere, quali i doveri di solidarietà, di uguaglianza sostanziale e di intervento pubblico nell'economia perché essa sia orientata a fini sociali. Rileva invece puramente sul piano organizzativo il fatto che per il raggiungimento di tale scopo si utilizzino strumenti di natura autoritativa o consensuale o addirittura vi si adoperino soggettività di diversa natura giuridica (pubblica o privata)<sup>10</sup>.

Tutto ciò avvalorava la tesi secondo cui "la funzione amministrativa, espressione dello statuto unico dell'amministrazione, ingloba dunque l'imperativo categorico dell'orientamento al risultato amministrativo al cui materiale ottenimento il soggetto munito delle relative competenze è tenuto ad ispirare coerentemente la propria attività, dando conto della ragionevolezza delle scelte operate, della loro proporzionalità (quantitativa) e adeguatezza (qualitativa) al risultato prefigurato"<sup>11</sup>, che si erge esso stesso a parametro di legittimità dell'azione posta in essere<sup>12</sup>.

Se, come detto, tutte le attività svolte nell'interesse generale o comunque nell'interesse altrui sono di principio funzionalizzate, essendo pertanto l'attività delle pubbliche amministrazioni in linea di principio funzione, ci sono figure giuridiche amministrative per le quali ciò è particolarmente visibile, rappresentate dagli enti territoriali minori<sup>13</sup>: essi infatti vengono qualificati come enti "a fini generali" proprio per indicare la loro esponenzialità rispetto alle comunità stabilitesi sul loro territorio e la loro istituzionale deputazione al perseguimento degli interessi di cui le medesime sono portatrici.

In particolare, il fatto che si tratti di "enti territoriali" significa che lo stesso territorio assume per la collettività su di essi stanziata un ruolo fondamentale e che – applicando le teorie appena enunciate – la disciplina ed il governo del medesimo, oltre che una delle ragioni d'essere dell'ente, diviene essa stessa funzione.

Questo è particolarmente vero per il comune in quanto, essendo la cellula elementare del sistema politico-amministrativo italiano, è altresì la cellula elementare della pianificazione del territorio: può essere possibile suddividerla in unità politico-amministrative minori, ma la pianificazione di queste avrà sempre caratteristiche particolareggiate, mai generali, poiché solo l'intervento urbanisti-

---

<sup>10</sup> M.R. SPASIANO, *La funzione amministrativa* cit., 332-333 e 346.

L'irrelevanza di questi elementi è probabilmente quanto intende anche E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, 2006, 289, nella parte in cui osserva che negli ultimi tempi l'attenzione dei giuristi si sta spostando verso un concetto di funzione intesa come esercizio di potere attribuito nell'interesse "del pubblico", cioè della collettività, anziché "pubblico", cioè formalmente attribuito ai pubblici poteri.

<sup>11</sup> M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, 74.

<sup>12</sup> *Ibid.*, 273.

<sup>13</sup> In tal senso, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo* cit., vol. II, 8.

co comunale è “manifestazione di iniziativa globale affidata ad un organismo politico-amministrativo di tipo orizzontale”<sup>14</sup>.

Calando tutte le considerazioni fin qui esposte nell’assetto istituzionale definito dalla modifica del Titolo V della Costituzione, si noti come la specifica caratterizzazione dell’ente locale come ente a fini generali si colora di nuove sfumature in forza del disposto del novellato art. 114, co. 2, Cost., che espressamente riconosce comuni, province, città metropolitane e regioni quali “*enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione*”, con una chiara scelta in favore di un pluralismo istituzionale paritario<sup>15</sup>.

Questa prospettiva è stata ad esempio rilevata da recente giurisprudenza<sup>16</sup> la quale, nel pronunciarsi in ordine alla legittimazione ad impugnare la delibera di adozione di uno strumento urbanistico comunale da parte di altro ente territoriale, ha negato la riconducibilità di tale legittimazione alla mera potestà legislativa o amministrativa di cui sono titolari in materia urbanistica la regione o la provincia, ovvero alla mera rappresentatività di interessi della comunità insediata nei rispettivi territori: “tale ricostruzione, ad avviso del Collegio, si palesa conforme al dettato del Titolo V della Carta costituzionale, come novellato dalla l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, in particolare agli art. 114 e 118, che esalta la sfera di autonomia di ciascun ente territoriale delimitando ulteriormente i confini relativi alla cura delle sfera di interessi della comunità di riferimento”<sup>17</sup>.

È stato inoltre sostenuto che, in forza dell’art. 114 Cost. – il quale ha evidentemente riconosciuto l’esistenza di un nucleo minimo di competenze che l’ente locale deve poter esercitare – alcune funzioni amministrative possono essere assunte in base a decisione autonoma dell’ente indipendentemente da una legge attributiva della competenza: “in altri termini, la dimensione dell’interesse (*id est* l’afferenza a una data collettività territoriale), unitamente alla non interferenza immediata con interessi pubblici ricadenti nella sfera di altri enti, è sufficiente di per sé a stabilire, in forza dell’art. 114, la potenziale competenza locale”<sup>18</sup>, dovendosi riconoscere all’ente un sufficiente margine di valutazione in ordine alla condotta da tenere in ragione delle specifiche situazioni concrete che dovrà affrontare.

Il concetto va tuttavia chiarito, poiché molto spesso il perseguimento di una funzione amministrativa implica l’esercizio di poteri autoritativi che, secondo i

<sup>14</sup> G. CAMPOS VENUTI, *Amministrare l’urbanistica*, Ed. Einaudi, 1967, 86.

<sup>15</sup> Sul punto, M. CAMMELLI, *Principio di sussidiarietà e sistema delle amministrazioni pubbliche*, in *Quaderni regionali*, 2002, 454.

<sup>16</sup> Si tratta di T.a.r. Toscana, sez. I, 6 dicembre 2004, n. 6287, in *www.pausania.it* e Id., 12 gennaio 2005, n. 98, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>17</sup> T.a.r. Toscana, sez. I, n. 6287/2004 cit.

<sup>18</sup> L. DE LUCIA, *Le funzioni di province e comuni nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2005, 50.

principi generali del nostro diritto amministrativo, deve avere un fondamento ed una disciplina necessariamente legislativi per poter essere legittimo.

È stato allora sostenuto che “la generalità dei fini implica che la cura di alcuni interessi locali deve essere prevista dal legislatore statale, quando comporti l’esercizio di un potere amministrativo o, comunque, sia ad esercizio necessitato, mentre la cura degli altri è senz’altro rimessa all’autonoma valutazione dell’ente: entrambe le tipologie di funzioni sostanziano, a pari titolo, l’autonomia degli enti locali”<sup>19</sup>.

A seguire questa teoria, esistono dunque delle funzioni che – implicando esercizio di potere amministrativo e/o essendo particolarmente importanti, diremmo “fondamentali”, per le collettività cui si rivolgono – richiedono esplicita causale e disciplina legislativa, ora di livello nazionale, ora di livello regionale. Vi sarebbero poi delle attività che l’ente locale decide autonomamente di assumere in ragione delle specifiche esigenze della collettività stanziata sul suo territorio, facendole “proprie”.

Senza entrare ancora nel merito di questa dottrina, certo è che la stessa rievoca le espressioni che il legislatore della revisione costituzionale ha utilizzato nel momento in cui ha riconosciuto la potestà legislativa esclusiva dello Stato in ordine alle funzioni “fondamentali” di comuni, province e città metropolitane (art. 117, co. 2, lett. *p*), Cost.), oppure allorché ha riconosciuto i comuni, le province e le città metropolitane titolari di funzioni amministrative “proprie” e di quelle “conferite” in base a legge statale o regionale (art. 118, co. 2, Cost.), introducendo una serie di lemmi sulla cui portata e sul cui significato la dottrina ha molto dibattuto e dibatte tutt’ora.

A questa disputa è il caso di fare qui riferimento, poiché dalla comprensione di quanto si sia inteso indicare con quelle parole si può forse cercare di conferire la giusta qualificazione alle funzioni attinenti al governo del territorio: è questa una espressione che va intesa – alla luce della più recente disciplina costituzionale – quale insieme delle funzioni di gestione dell’assetto e dell’utilizzazione del territorio (oltre che di conformazione del medesimo) e che esprime la necessità di un complessivo coordinamento di tutto ciò che in esso si fa.

## 2. *Funzioni fondamentali, conferite, proprie e attribuite: i tentativi di definizione della dottrina*

Secondo le previsioni del novellato art. 118 Cost., “*le funzioni amministrative sono attribuite ai comuni salvo che, per assicurarne l’esercizio unitario siano conferite a province, città metropolitane, regioni e Stato sulla base dei*

---

<sup>19</sup> L. DE LUCIA, *op. ult. cit.*, 51.

*principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza*” (co. 1), distinguendosi per gli enti locali tra funzioni amministrative proprie e conferite (co. 2).

È opportuno evidenziare come la norma del co. 1 riecheggi in parte il disposto dell’art. 3, co. 5, d.lgs. 267/2000 (c.d. testo unico degli enti locali), ove è previsto che “*i comuni e le province sono titolari di funzioni proprie e di quelle conferite loro con legge dello Stato e della regione, secondo il principio di sussidiarietà*”<sup>20</sup>.

In dottrina, tra coloro che si sono occupati prima della riforma costituzionale del 2001 di comprendere il significato delle espressioni “proprie” e “conferite” contenute in quella norma, è stato affermato<sup>21</sup> che le competenze proprie sono quelle conferite dalla legge e giustificate dalla loro inerenza alle esigenze tipiche della comunità locale, mentre quelle attribuite sono quelle coincidenti con competenze regionali e statali suscettibili di conferimento agli enti locali per il soddisfacimento di interessi esclusivamente locali: “la caratteristica di questa competenza non risiede nel fatto di essere attribuita, posto che qualsiasi competenza è attribuita, anche quella propria, alla quale si è fatto cenno sopra”<sup>22</sup>.

Applicata alla norma che qui ci occupa, questa dottrina, sostenendo che tutte le funzioni esercitate o esercitabili dagli enti locali devono avere un’attribuzione legislativa – comprese quelle proprie –, sembra contrastare con altra tesi<sup>23</sup> secondo cui le funzioni proprie coinciderebbero con quelle attività non connesse all’esercizio di poteri autoritativi che l’ente locale – al di fuori di ogni previsione legislativa, dunque massimizzando la propria autoresponsabilità – decide autonomamente di assumere in quanto finalizzate a promuovere la collettività ed il suo benessere, per esigenze espresse direttamente dal corpo sociale e non normativamente tipizzabili. Sempre secondo quest’ultima tesi, fondamentali sarebbero invece quelle funzioni che, essendo il frutto di valutazioni legislative circa il loro necessario esercizio in ordine ad interessi locali, avrebbero il carattere della doverosità, della sottrazione di ogni valutazione da parte dell’ente locale in ordine all’*an* e della inerenza a poteri e privilegi in capo all’amministrazione.

A parte le perplessità che provoca la radicale negazione della possibilità di pensare che una funzione di un ente locale, per essere “propria”, non possa mai

---

<sup>20</sup> Per un commento a tale articolo si rinvia, oltre ai commenti al testo unico degli enti locali che verranno citati nel corso dello scritto, ad A. POGGI, *L'autonomia dei comuni e delle province*, in F. PIZZETTI-A. POGGI, *Il sistema “instabile” delle autonomie locali*, Torino, 2007, 85 ss.

<sup>21</sup> L’opinione cui si fa riferimento nel testo è quella di R. IANNOZZA, *Ordinamento comunale e provinciale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, vol. XXIII, Padova, 1995, 451. Per l’esattezza, l’Autore riferisce il commento alla norma che è stata ripresa in modo letterale dall’attuale art. 3 d.lgs. 267/2000, vale a dire l’art. 2, co. 5, l. 142/1990, successivamente abrogato dal testo unico.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> Il riferimento è a L. DE LUCIA, *Le funzioni di province e comuni nella Costituzione* cit., 53 ss.

avere una specifica attribuzione legislativa, certo è che questa non è l'opinione prevalente sull'oggetto.

Si noti, ad esempio, che la Corte costituzionale, a fronte del sospetto di un contrasto con la Costituzione di disposizioni della l.r. Friuli-Venezia Giulia n. 30/2005, per violazione dell'asserito principio secondo cui la competenza provinciale in materia di pianificazione sovracomunale apparterebbe ad un'area di funzioni proprie e non derogabili neppure da una competenza legislativa primaria, con la sentenza 17 luglio 2007, n. 286<sup>24</sup> ha dichiarato infondata la questione. A tale conclusione il supremo Consesso è giunto ritenendo una tale concezione estranea al nostro modello di amministrazione locale: "la innegabile discrezionalità riconosciuta al legislatore statale nell'ambito della propria potestà legislativa e la stessa relativa mutevolezza nel tempo delle scelte da esso operate con riguardo alla individuazione delle aree di competenza dei diversi enti locali impediscono che possa parlarsi in generale di competenze storicamente consolidate dei vari enti locali (addirittura imm modificabili da parte sia del legislatore statale che di quello regionale). Questa Corte non ha escluso la utilità del criterio storico per la ricostruzione del concetto di autonomia provinciale e comunale, ma tuttavia ne ha circoscritto l'utilizzabilità a quel nucleo fondamentale delle libertà locali che emerge da una lunga tradizione e dallo svolgimento che esso ebbe durante il regime democratico".

Valgano poi le considerazioni che seguono.

È affiorata tra gli studiosi dell'argomento una tesi secondo la quale, avuto riguardo al riconoscimento da parte della Costituzione dell'esistenza di uno "zoccolo duro" di funzioni proprie di ciascun livello di governo, fa coincidere le funzioni proprie degli enti locali con quelle che "storicamente" sono state da essi esercitate e che avrebbero come logico punto di riferimento quelle previste dal testo unico degli enti locali<sup>25</sup>, dunque un testo di normazione primaria.

Sviluppa ulteriormente questo pensiero la dottrina per la quale le funzioni fondamentali sono quelle che riguardano l'ente locale "in quanto tale", e che vengono attribuite dalla legge statale a prescindere da ogni considerazione della sua idoneità dimensionale ed organizzativa, mentre proprie sarebbero quelle

---

<sup>24</sup> In *Giur. cost.*, 2007, 4.

<sup>25</sup> È questa l'opinione di S. MANGIAMELI, *Riassetto dell'amministrazione locale, regionale e statale tra nuove competenze legislative, autonomie normative ed esigenze di concertazione*, in AA.Vv., *Il sistema amministrativo dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, a cura di G. BERTI-G.C. DE MARTIN, Roma, 2002, della quale dà conto anche P. URBANI, *L'allocazione delle funzioni amministrative secondo il titolo V della Cost.*, in *Le regioni*, 2003, 470. Cita la dottrina che riconosce le funzioni proprie in quelle consolidate nell'ente locale sulla base della legislazione vigente prima della riforma del 2001 anche V. CERULLI IRELLI, *Principio di sussidiarietà ed autonomie locali*, in AA.Vv., *Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione fra attuazione ed ipotesi di ulteriore revisione*, a cura di L. CHIEFFI-G. CLEMENTE DI SAN LUCA, Torino, 2004, 274.

che leggi statali o regionali decidono di attribuire “ulteriormente” (dunque in aggiunta a quelle, evidentemente, già attribuite dalla legge statale) non in modo indifferenziato, ma tenendo conto questa volta delle diverse dimensioni demografiche ed organizzative<sup>26</sup>. Del resto, non si dimentichi che “differenziazione”, intesa quale rispetto delle diversità che connotano la storia e le caratteristiche di ogni comunità locale, e “adeguatezza”, concretantesi nell’idoneità dell’ente locale ad adempiere alla funzione che è chiamato a svolgere, costituiscono insieme alla sussidiarietà le stelle polari che devono guidare il legislatore nell’esercizio della sua attività allocativa delle funzioni.

In netta contrapposizione all’orientamento che nega un’attribuzione legislativa delle funzioni proprie, è stata addirittura prospettata una totale *coincidenza* tra queste e le funzioni fondamentali: una volta positivamente indicata dal legislatore come fondamentale, una funzione assumerebbe anche la connotazione di propria<sup>27</sup>.

In posizione intermedia si colloca invece quell’orientamento secondo cui funzioni proprie e funzioni fondamentali sarebbero coincidenti ma non *in toto*, nel senso che le fondamentali costituirebbero una parte di quelle proprie, ma non tutte le proprie sarebbero fondamentali<sup>28</sup>. Esisterebbe in effetti un nucleo di

---

<sup>26</sup> Così G.A. SALA, *Sui caratteri dell’amministrazione comunale e provinciale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le regioni*, 2004, 22 ss. All’Autore non pare in contrasto con il sistema costituzionale la differenziazione di una funzione in relazione alla diversità dimensionale.

Addirittura, si consideri che, secondo le *Proposte della Conferenza delle regioni e province autonome, ANCI, UPI e Uncem per l’attuazione del vigente Titolo V della Costituzione* formulata nel novembre del 2006, la stessa individuazione di una funzione come fondamentale non implica necessariamente che debba essere esercitata in modo diretto da tutti gli enti del medesimo livello istituzionale, poiché si può verificare l’eventualità (soprattutto per i piccoli comuni) che alcuni di essi siano inidonei a svolgerla, non rispondendo al livello di adeguatezza costituzionalmente previsto. Per tali casi, si auspica la previsione di un esercizio necessariamente associato, con interventi sostitutivi da parte dei livelli istituzionali superiori per il caso in cui non venga istituita alcuna forma associativa o non sia stata comunque esercitata la funzione.

È di identico avviso G.C. DE MARTIN, *Per il completamento e l’attuazione della riforma costituzionale sulle autonomie locali*, in AA.Vv., *Verso la Carta delle autonomie locali. Novità, limiti, proposte*, a cura di A. PIRAINO, Roma, 2007, 101.

<sup>27</sup> Sono di questa opinione A. CORPACI, *Revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo*, in *Le regioni*, 2001, 1314 e P.L. PORTALURI, *Poteri urbanistici e principio di pianificazione*, Napoli, 2003, 198-199. Sul punto, si veda altresì R. BIN, *La funzione amministrativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le regioni*, 2002, 369-370.

Nel senso della coincidenza tra funzioni proprie e funzioni fondamentali si è anche espressa la Corte costituzionale nella sentenza 26 giugno 2007, n. 238, in *Giur. cost.*, 2007, 3.

<sup>28</sup> Così G. CLEMENTE DI SAN LUCA-A. DE CHIARA, *Prime osservazioni critiche al d.d.l. del governo di delega per l’attuazione degli art. 117 e 118 Cost.*, in AA.Vv., *Verso la Carta delle autonomie locali. Novità, limiti, proposte cit.*, 30.

Condivide l’opinione per la quale le due nozioni vadano comunque tenute distinte, anche se è possibile che in qualche caso ci possa essere una coincidenza di fatto tra funzioni proprie e fun-

funzioni “proprie in senso stretto”, rappresentato da quei compiti liberi autonomamente assunti dall’ente locale e, in quanto frutto di una scelta del singolo soggetto e non di una previsione legislativa, non necessariamente appartenenti a tutti gli enti di uno stesso livello, ed un gruppo di funzioni “proprie in senso lato”, che coinciderebbero con quelle fondamentali e che – per volontà costituzionale – spetterebbero in modo uguale a tutti gli enti del medesimo livello. Anche in questo caso tornerebbe dunque l’idea di un’attività che, in quanto liberamente assunta dall’ente, non implica attribuzione di poteri amministrativi e non richiede attribuzione legislativa.

Nella stessa ottica si pone quell’orientamento che parte da una considerazione del termine “funzione” in senso non tecnico (come attività di esercizio di poteri amministrativi), bensì descrittivo e dunque ricomprendente ogni modalità, giuridica o materiale, di esercizio dell’amministrazione stessa<sup>29</sup>. Si riconosce nell’art. 118 Cost. l’enucleazione del principio della titolarità necessaria delle funzioni proprie da parte degli enti territoriali, che deve quindi essere considerato dalla legge nel momento in cui attribuisce le funzioni amministrative: queste ultime tuttavia – proprio perché considerate in senso a-tecnico – non necessariamente si identificano con la titolarità di poteri amministrativi e quindi non necessariamente richiedono specifiche attribuzioni legislative.

In sintesi, secondo questo modo di pensare, vi sono certamente funzioni proprie che – in quanto implicanti l’esercizio di poteri autoritativi – richiedono una previsione di legge, ma per tutte le altre – che dunque tali poteri non richiedono – l’art. 118 Cost. rappresenterebbe autonomo “titolo di legittimazione”<sup>30</sup>. In questi ultimi casi, l’attività del legislatore rilevarebbe solo *in senso negativo*, come doveroso rispetto di ciò che non può essere toccato in quanto “costituzionalmente spettante” all’ente locale, e non *in senso positivo*, come attività di diretta allocazione normativa della funzione.

Ad ulteriore sviluppo di questo orientamento pare porsi quella dottrina che – partendo nuovamente dalla inattitudine delle funzioni fondamentali ad esaurire il novero delle funzioni proprie – utilizza come base di partenza le “modalità di svolgimento” di una certa attività.

Questo il suo modo di procedere<sup>31</sup>. Il principio di legalità richiede che tutte

---

zioni fondamentali, F. PIZZETTI, *Il sistema costituzionale delle autonomie locali (tra problemi ricostruttivi e problemi attuativi)*, in F. PIZZETTI-A. POGGI, *Il sistema “instabile” delle autonomie locali* cit., 33.

<sup>29</sup> È il pensiero di V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2006, 54.

<sup>30</sup> Ha ritenuto che l’attribuzione delle funzioni amministrative è compiuta dalla Costituzione a titolo originario, per cui il comune appare il giudice dell’esigenza che può condurre al conferimento delle funzioni amministrative ad un livello più alto di governo, S. CASSESE, *L’amministrazione nel nuovo Titolo quinto della Costituzione*, in *Giornale dir. amm.*, 2001, 1193.

<sup>31</sup> Si segue in questo caso V. LOPILATO, *Le funzioni amministrative dopo la riforma del Titolo V: criteri allocativi e regole competenziali*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, a cura di G. CORSO-V. LOPILATO, Parte generale, Milano, 2006, 259.

le funzioni amministrative siano attribuite e regolate con legge statale o regionale nella loro dimensione autoritativa. Tuttavia, anche in assenza di esplicita previsione legislativa in tal senso, è lasciata all'ente la scelta di optare comunque per uno svolgimento negoziale della funzione: "in altri termini, saremo in presenza di una *identica* funzione amministrativa che si «sdoppia» nella diversa fase delle modalità del suo svolgimento: se la modalità è autoritativa opera il principio di legalità; se la modalità non è autoritativa la funzione è «propria» nel senso che non occorre che la legge conferisca di volta in volta all'amministrazione locale anche il potere di stipulare quel determinato contratto. Pertanto, sono «proprie», nel senso che non abbisognano di alcuna autorizzazione legislativa appartenendo già al patrimonio del singolo ente, le *modalità* di svolgimento negoziale di una determinata funzione"<sup>32</sup>.

A conclusione di questa rassegna di orientamenti sul significato da attribuire alle locuzioni qui in esame, occorre menzionare ancora quella dottrina<sup>33</sup> che ha chiaramente affermato come il co. 1 dell'art. 118 Cost. abbia in realtà voluto determinare regole e principi per la distribuzione delle funzioni amministrative tra enti territoriali, e non attribuire direttamente tutte le funzioni amministrative ai comuni: l'affidamento ad un soggetto della titolarità di una funzione amministrativa costituisce esercizio di funzione legislativa<sup>34</sup> e la distinzione tra le funzioni proprie e le altre che tali non sono non può fondarsi sulla differenza della fonte di assegnazione.

In sostanza, la sussidiarietà rappresenta un criterio direttivo e al tempo stesso un parametro per verificare la razionalità e la coerenza delle scelte dei legislatori statale e regionale, il cui intervento è comunque necessario per assegnare concretamente le funzioni: "i principi di adeguatezza e di differenziazione attenuano la sussidiarietà, in quanto rendono possibile che si possa diversificare l'allocazione delle funzioni in considerazione della idoneità a garantire l'esercizio delle funzioni (adeguatezza) e delle caratteristiche territoriali, demografiche, strutturali ed associative degli enti destinatari delle funzioni (differenziazione)"<sup>35</sup>.

Con questa ultima affermazione si è inteso anche prendere posizione nei confronti di quella teoria secondo cui nell'art. 118 il termine "funzione propria" sarebbe utilizzato solo in un senso a-tecnico, dunque riferito unicamente a quel-

---

<sup>32</sup> *Ibidem.*

<sup>33</sup> A. CORPACI, *Revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo* cit., 1307 e G. FALCON, *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi artt. 118 e 117 della Costituzione*, in *Le regioni*, 2002, 383 ss.

<sup>34</sup> Così anche G. MARTINI, *La funzione amministrativa degli enti locali. Attuazione del principio di sussidiarietà e definizione delle materie e dei compiti*, in AA.VV., *Comuni e funzione amministrativa*, a cura di G. CLEMENTE DI SAN LUCA, Torino, 2007, 210 ss.

<sup>35</sup> Così G. D'IGNAZIO, *Le funzioni amministrative*, in AA.VV., *Diritto regionale e degli enti locali*, coordinato da S. GAMBINO, Milano, 2003, 342.

le attività che in quanto non implicanti esercizio di poteri autoritativi non richiederebbero esplicita disciplina legislativa e potrebbero essere sempre assunte o dismesse a piacimento dell'ente. Ragionando in questo modo, l'espressione verrebbe infatti interpretata in senso eccessivamente riduttivo, poiché si verrebbe ad escludere che vi siano poteri autoritativi appartenenti "in proprio" all'ente locale.

Per questa via perde anche di significato la distinzione tra funzioni "proprie", "conferite" e "attribuite", posto che ogni funzione deve avere la sua base legislativa ed è in quanto tale sempre assegnata ad un ente locale dalla legge dello Stato o della regione. In particolare, "conferimento" ed "attribuzione" sarebbero stati utilizzati dal legislatore della riforma come sinonimi che indicano il medesimo fenomeno.

Secondo questo orientamento, pertanto, il senso delle espressioni contenute nell'art. 118, co. 1 e 2, Cost. può essere complessivamente reso affermando che, ogni volta che i legislatori statale e regionale prendano in considerazione una funzione amministrativa, ne devono considerare una possibile titolarità comunale come "*prima opzione mentale*"<sup>36</sup>, alla quale sarà possibile non dare seguito in applicazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza<sup>37</sup>, dunque ritenendo *non possibile* o anche più semplicemente *non opportuno* che la funzione venga esercitata dal livello di governo inferiore. Si tratterà di una opzione particolarmente "resistente" nei confronti di tali diverse scelte allocative nel momento in cui vengano considerate quelle funzioni che qualificano l'ente locale come tale o che storicamente sono state sempre esercitate dal medesimo, con particolare riferimento a quelle identificate dal testo unico degli enti locali.

### 3. Segue: *le questioni definitorie al cospetto del governo del territorio*

A voler ritenere che ogni funzione necessiti una previsione legislativa, approfondendo la questione delle possibili ingerenze di un legislatore nell'assegnazione delle funzioni amministrative in materie di competenza dell'altro, nelle materie a potestà statale esclusiva (ex art. 117, co. 2, Cost.) alle regioni non sarebbe possibile riconoscere alcun titolo di legittimazione nell'allocazione del-

<sup>36</sup> È questa l'immagine molto efficacemente resa da G. FALCON, *Funzioni amministrative* cit., 395.

<sup>37</sup> Interessante è anche l'osservazione di P.L. PORTALURI, *Poteri urbanistici* cit., 199, nella parte in cui afferma che con l'espressione "funzioni conferite" il legislatore costituzionale sembra avere richiamato proprio la scelta con cui Stato e regioni, in applicazione dei principi suesposti, decidono di destinare a se stessi o alle province talune competenze amministrative al posto dei comuni.

Su questi temi si rinvia anche a L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, 2004, 12 ss. e a G. MARCHETTI, *Le autonomie locali fra Stato e regioni*, Milano, 2002, 166 ss.

le funzioni<sup>38</sup>, mentre nelle materie a potestà legislativa residuale (*ex art. 117, co. 4, Cost.*) sarebbe riconoscibile allo Stato una possibilità di intervento solo avuto riguardo alle funzioni fondamentali di cui alla lett. *p*) del co. 2.

Quanto poi alle materie per le quali sussiste potestà legislativa concorrente – si pensi ad esempio al governo del territorio –, doverosamente va fatto un cenno alla sentenza della Corte costituzionale 1° ottobre 2003, n. 303<sup>39</sup>, la quale ha dato una lettura del sistema di allocazione delle funzioni previsto dall'art. 118, co. 1, Cost. che dà risalto all'importante ruolo svolto dal “principio di sussidiarietà”, il quale trova come suo privilegiato campo di applicazione il fenomeno della ripartizione di competenze tra pubbliche amministrazioni esponenziali di livelli territoriali che si trovino tra loro in un rapporto di contenenza<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> È chiaro come questa affermazione presenti profili di alta problematicità con riferimento a quelle materie che la Corte costituzionale ha definito “trasversali”, dunque idonee a spostare verso lo Stato o verso la regione una pluralità di competenze: per tutte, l'ambiente così come considerato nella ormai famosa sentenza Corte cost. 26 luglio 2002, n. 407, in *Foro it.*, 2003, I, 688, con nota di P. LOMBARDI e OSSERVAZIONI di R. FERRARA, *La tutela dell'ambiente fra Stato e regioni: una «storia infinita»* e N. OLIVETTI RASON, *La tutela dell'ambiente: il giudice delle leggi rimane fedele a se stesso*.

Si tratta di una impostazione che sarebbe stata confermata da successive decisioni, quali Id., 24 giugno 2003, n. 222, *ibid.*, 2003, I, 2212, Id., 22 luglio 2004, n. 259, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2004, 2447 con nota di S. FOÀ, Id., 31 maggio 2005, n. 214, *ibid.*, 2006, I, 1990, Id., 14 novembre 2007, n. 378 (in *Riv. giur. edil.*, 2008, I, 462, con nota di S. BALZANO, *La tutela dell'ambiente dopo la riforma del Titolo V, Cost.: il giudice delle leggi conferma il primato della competenza legislativa statale anche nei confronti degli enti territoriali ad autonomia speciale*), Id., 18 aprile 2008, n. 104, in *Giur. cost.*, 2008, 1318 e Id., 23 gennaio 2009, n. 12, in *www.giurcost.org*.

Anche la dottrina è ormai copiosa sull'argomento. Per un riferimento recente, anche per la completezza del corredo bibliografico ivi contenuto, si veda N. OLIVETTI RASON, *La disciplina dell'ambiente nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, in A. CROSETTI- R. FERRARA-F. FRACCHIA-N. OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, Roma-Bari, 2008, 4 ss. Sia infine consentito rinviare a P. LOMBARDI, *I profili giuridici della nozione di ambiente: aspetti problematici*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2002, 764 ss.

<sup>39</sup> In *Foro it.*, 2004, I, 1004, con nota di C. VIDETTA ed OSSERVAZIONI di F. FRACCHIA, *Dei problemi non (completamente) risolti dalla Corte costituzionale: funzioni amministrative statali nelle materie di competenza regionale residuale, norme statali cedevoli e metodo dell'intesa* e R. FERRARA, *Unità dell'ordinamento giuridico e principio di sussidiarietà: il punto di vista della Corte costituzionale*.

<sup>40</sup> Per la letteratura esistente su tale principio, sia consentito rinviare a P. LOMBARDI, *Governo del territorio e principio di sussidiarietà tra diritto interno e diritto comunitario*, in AA.Vv., *Diritti interni, diritto comunitario e principi sovranazionali*, a cura di V. PARISIO, Milano, 2009, 110.

In materia, si segnalano inoltre: S. BARTOLE, *Riflessioni sulla comparsa nell'ordinamento italiano del principio di sussidiarietà*, in *Studium juris*, 1999, 380 ss.; sulle origini storico-filosofiche e sociali del principio, U. FRAGOLA, *Il principio di sussidiarietà nel diritto amministrativo italiano*, in *Riv. amm.*, 1999, 1121 ss., A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, 13 ss., cui si rinvia in particolare per la descrizione delle fasi attraverso le quali il principio è emerso nell'ordinamento italiano e D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004, 5 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sul valore garantista del principio di sussidiarietà*, in AA.Vv., *Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione cit.*, 279 ss., il quale – rilevando che con sempre maggior frequenza le norme giuridiche non individuano più

Partendo dal presupposto che, in caso di allocazione di una funzione amministrativa verso l'alto per chiamata in sussidiarietà, questo fenomeno non può non avere ripercussioni sul sistema di allocazione delle competenze legislative, non potendo le regioni organizzare e regolare con discipline differenziate una funzione attratta a livello statale, la sussidiarietà manifesta una originale "vocazione dinamica": crea infatti un autonomo titolo di legittimazione dell'esercizio di funzioni amministrative (definito quale criterio del "parallelismo rovesciato" tra funzione legislativa ed amministrativa) che trova come suo particolare terreno di snodo il governo del territorio, materia che più di tutte richiede un coordinamento dinamico. Ma vi è di più.

La Consulta ha anche precisato che la chiamata in sussidiarietà non deve comunque essere affetta da irragionevolezza e deve formare oggetto di un accordo stipulato con la regione interessata, nel quale devono avere il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, cosa che mette in luce un indissolubile legame con il principio di leale collaborazione, che si impone sempre a tutte le ipotesi di esercizio effettivo di competenze in qualche modo tra loro interferenti<sup>41</sup>: non a caso, anche nelle pronunce più recenti si legge che "quando si abbia a che fare con competenze necessariamente ed inestricabilmente connesse, il principio di leale collaborazione – che proprio in materia di protezione dei beni ambientali e di assetto del territorio trova un suo campo privilegiato di

---

comportamenti vietati o consentiti, ma vi alludono in termini indiretti, in ragione della congruenza o meno rispetto ad un risultato – ritiene che il principio di sussidiarietà sia un esempio di tale tecnica di normazione; P. DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano, 2002, 52 ss., per un *excursus* relativo alla caratterizzazione, da parte del principio di sussidiarietà, delle riforme che hanno interessato il sistema legislativo ed amministrativo del nostro Paese, a partire dagli anni Novanta fino alla riforma del Titolo V della Parte seconda della Costituzione; E. DE MARCO, *Sussidiarietà e autonomia nell'attuale quadro normativo costituzionale*, in AA.Vv., *Problemi attuali della "sussidiarietà"*, a cura di E. DE MARCO, Milano, 2005, 3 ss. che, ripensando alla classica idea delle coppie dicotomiche sussidiarietà/residualità delle funzioni e autonomia/tassatività della loro elencazione, rileva come i confini tra sussidiarietà ed autonomia siano ormai divenuti molto meno netti che in passato; V. LOPILATO, *Le funzioni amministrative* cit., 214 ss., che della sussidiarietà segnala l'esistenza di una *modalità negativa* (come astensione dell'autorità centrale da ingerenze in attività che possono essere svolte da amministrazioni di livello di governo più basso) e di una *modalità positiva* (come obbligo di intervento qualora il sussidiato non sia in grado di raggiungere gli obiettivi rientranti nella sua sfera d'azione); I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003, 41 ss., che illustra la molteplicità di significati in cui la formula lessicale in oggetto viene ad oggi impiegata; P. DIMAN, *I principi di diritto ambientale*, in AA.Vv., *Principi di diritto ambientale*, a cura di G. DI PLINIO-P. FIMIANI, Milano, 2008, 40 ss., per un recente studio sull'applicazione del principio di sussidiarietà in materia ambientale.

<sup>41</sup> Sul riconoscimento di una regola positiva di buona amministrazione nei momenti collaborativi e di raccordo procedimentale nel concreto esercizio delle funzioni amministrative, R. LOMBARDI, *Il riparto di competenze tra Stato, regioni ed enti locali: il modello costituzionale e quello emergente dalla legislazione relativa alle procedure energetico-ambientali*, in AA.Vv., *Il diritto all'ambiente salubre: gli strumenti di tutela*, a cura di P.M. VIPIANA, Milano, 2005, *passim*, spec. 106 ss.

applicazione – richiede la messa in opera di procedimenti nei quali tutte le istanze costituzionalmente rilevanti possano trovare rappresentazione”<sup>42</sup>.

Dunque, ed in sintesi, incrociando il tema dell’esercizio delle funzioni amministrative con la considerazione delle materie a potestà legislativa concorrente, della sentenza Corte cost. n. 303/2003, della sussidiarietà e della leale collaborazione, si pone all’attenzione il governo del territorio, in relazione al quale si ritiene in dottrina che occorra pensare “ad una nuova forma di *pianificazione della pianificazione*, riguardo alla sequenza e alla fasi applicative del principio di sussidiarietà”<sup>43</sup>, che andrà inteso non solo *in senso statico*, ma anche *in senso dinamico*, rievocando in questo modo il concetto di “funzione di funzioni” di gianniniana memoria.

Non solo. Riconsiderare il governo del territorio significa anche porre mente a quella dottrina che ritiene come la funzione di pianificazione urbanistica debba essere considerata una funzione “propria” del comune<sup>44</sup>: seguendo questa tesi verrebbe riconosciuta come attuale la copertura costituzionale dell’art. 13 d.lgs. 267/2000, il cui co. 1 stabilisce che “*spettano al comune tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale, precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, dell’assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico, salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze*”<sup>45</sup>. Lo stesso varrebbe per l’art. 20 quanto alla predisposizione del piano territoriale di coordinamento da parte della provincia.

<sup>42</sup> Così Corte cost. 18 ottobre 2002, n. 422, in *Foro it.*, 2003, I, 1661 con nota di R. ROMBOLI.

Proprio in questa direzione sembra del resto porsi l’art. 123, co. 4, Cost., che ha previsto che in ogni regione lo statuto disciplini un *Consiglio delle autonomie locali* quale organo di consultazione tra la regione e gli enti locali. Ad esempio, se ne sono dotate la regione Sardegna, con l.r. 17 gennaio 2005, n. 1, la provincia autonoma di Trento, con l.p. 15 giugno 2005, n. 7, la regione Liguria, con l.r. 26 maggio 2006, n. 13, la regione Piemonte, con l.r. 7 agosto 2006, n. 30 (più di recente modificata con l.r. 4 agosto 2008, n. 27), la regione Puglia, con l.r. 26 ottobre 2006, n. 29, la regione Calabria, con l.r. 5 gennaio 2007, n. 1, la regione Lazio, con l.r. 26 febbraio 2007, n. 1, la regione Marche, con l.r. 10 aprile 2007, n. 4 e la regione Abruzzo, con l.r. 11 dicembre 2007, n. 41. In dottrina, sulla importanza di questo organo si rinvia ai contributi di F. MERLONI, *I rapporti tra regioni ed enti locali: dalla separazione (e competizione) alla necessaria collaborazione*, in AA.Vv., *Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V*, cit., 290-291, 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*, *ivi*, 296-297 e A. GENTILINI, *Sussidiarietà verticale e Consiglio delle autonomie locali*, in *Dir. pubb.*, 2003, 907 ss.

<sup>43</sup> S. COGNETTI, *Il ruolo delle regioni nel «governo del territorio»*, in AA.Vv., *La disciplina pubblica dell’attività edilizia e la sua codificazione*, a cura di E. FERRARI, Milano, 2001, 170-173. Sul punto, sia consentito rinviare nuovamente a P. LOMBARDI, *Governo del territorio e principio di sussidiarietà* cit., 115.

<sup>44</sup> Lo ricorda A. BARONE, *La governance del territorio*, in I.M. MARINO-S. LICCIARDELLO-A. BARONE, *L’uso del territorio*, Milano, 2004, 68.

<sup>45</sup> Sulla possibile copertura costituzionale del testo unico degli enti locali dopo la riforma del

In verità è possibile andare oltre, poiché in dottrina è stato anche prospettato che il potere di pianificare il territorio vada qualificato come una funzione “fondamentale” dell’ente locale<sup>46</sup>, senza che ciò contrasti necessariamente con quanto appena detto: anche a non voler condividere quella tesi che vuole coincidenti le funzioni fondamentali con quelle proprie, nulla impedisce che una data funzione possa assumere entrambe le qualificazioni.

Questo discorso introduce tuttavia una questione che si è lasciata volutamente sullo sfondo, perché su di essa è intervenuta la l. La Loggia: la questione della definizione del concetto di funzioni fondamentali, cui sarà in parte dedicato il paragrafo che segue.

#### 4. *Ulteriori questioni sulle funzioni di governo del territorio: rilievi di sintesi tra legge La Loggia, Carta delle autonomie locali e progettazione legislativa*

Si è già citata la dottrina per la quale le funzioni fondamentali sono quelle che riguardano l’ente locale “in quanto tale”, e che vengono attribuite dalla legge statale a prescindere da ogni considerazione della sua idoneità dimensionale ed organizzativa<sup>47</sup>.

Con una interpretazione più restrittiva, si è anche sostenuto che con la formula “funzioni fondamentali” si sia voluto fare riferimento alla sola disciplina organizzativa degli organi di governo ed ai loro rapporti così come disciplinati dal d.lgs. 267/2000<sup>48</sup>.

Molto rilevante ai fini qui dichiarati è tuttavia quella particolare dottrina che, come detto in precedenza, considera tra le funzioni fondamentali di comuni e province i poteri di pianificazione del territorio, in quanto proiezione delle esigenze territoriali della collettività, rilevando altresì che l’art. 42 d.lgs. n. 267/2000 indica tra gli “atti fondamentali” attribuiti alla competenza dei consigli comunali e provinciali proprio quelli che riguardano la pianificazione del territorio<sup>49</sup>.

---

Titolo V si rinvia a F. MERLONI, *Il destino dell’ordinamento degli enti locali (e del relativo Testo unico) nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le regioni*, 2002, 409 ss.

Più in generale, per alcuni commenti all’art. 13 in oggetto, si rinvia a R. TOMEI, *Le funzioni del comune*, in AA.VV., *Commentario al nuovo t.u. degli enti locali*, a cura di G. DE MARZO-R. TOMEI, Padova, 2002 e a C. BARBATI, *Art. 13. Funzioni*, in AA.VV., *L’ordinamento degli enti locali cit.*, 119 ss.

<sup>46</sup> Funzione da esercitarsi liberamente fin dove non incidano interessi di livello superiore. Così G. FALCON, *Funzioni amministrative cit.*, 397.

<sup>47</sup> Il riferimento è a G.A. SALA, *Sui caratteri dell’amministrazione comunale e provinciale cit.*, 22 ss.

<sup>48</sup> Così B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V. Stato, regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Torino, 2002, 131, il quale ritiene altresì come occorra verificare la sussistenza nel testo unico degli enti locali di eventuali disposizioni “cedevoli” in considerazione del mutato assetto istituzionale.

<sup>49</sup> In tal senso, si veda V. CERULLI IRELLI, *Il “governo del territorio” nel nuovo assetto costituzio-*

Significativo è che si precisa correttamente come determinare quali siano le funzioni fondamentali e dettarne una disciplina sostanziale siano due cose diverse: in effetti, un conto è che la legge statale stabilisca che province e comuni sono titolari della funzione di pianificazione del rispettivo territorio, e altro conto è la disciplina concreta della pianificazione che rientra nella materia a legislazione concorrente del governo del territorio. Sarà pertanto consentito che le leggi regionali, nel rispetto dell'autonomia degli enti territoriali costituzionalmente garantita, disciplinino in maniera differenziata la funzione di pianificazione, prevedendo ad esempio la graduazione dei contenuti dei piani urbanistici in ragione delle classi demografiche degli enti titolari e stabilendo che i comuni di maggiori dimensioni abbiano poteri più incisivi<sup>50</sup>.

È chiaro peraltro che riconoscere come fondamentali alcune funzioni attinenti al governo del territorio incide anche sotto questo ultimo punto di vista sulla potestà legislativa della regione: se lo Stato decide per esempio di mantenere in capo alla provincia il compito di predisporre il p.t.c., sarà precluso alla regione sostituirlo con un piano territoriale di livello regionale, che in regioni di piccole dimensioni potrebbe anche ritenersi preferibile<sup>51</sup>.

In ogni caso, se il tema delle funzioni fondamentali degli enti locali riguarda da vicino quello delle funzioni di pianificazione urbanistica comunale e provinciale, bisogna allora ricordare che l'art. 2, co. 1, della legge La loggia 5 giugno 2003, n. 131, aveva delegato il governo ad adottare, entro il 31 dicembre 2005, uno o più decreti legislativi diretti alla individuazione<sup>52</sup> delle “*funzione fondamentali, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione, essenziali per il funzionamento di comuni, province e città metropolitane nonché per il soddisfacimento di bisogni primari delle comunità di riferimento*”. Inoltre, tra i criteri direttivi del co. 4 veniva contemplato, oltre al necessario rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza e leale collaborazione (lett. c) e d), quello di “*prevedere, anche al fine della tenuta e della*

---

nale, in AA.VV., *Il governo del territorio*, a cura di S. CIVITARESE MATTEUCCI-E. FERRARI-P. URBANI, Milano, 2003, 505, M. BREGANZE, *Governo del territorio ed enti locali*, in *Riv. giur. urb.*, 2002, 601 e R. BIN, *La funzione amministrativa* cit., 372, secondo cui il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali fissa già tutte le funzioni fondamentali dei comuni e delle province.

<sup>50</sup> L. DE LUCIA, *Le funzioni di province e comuni nella Costituzione* cit., 62-63.

<sup>51</sup> COSÌ V. CERULLI IRELLI, *Un primo passo verso l'attuazione della nuova disciplina costituzionale del governo locale*, in AA.VV., *Verso la Carta delle autonomie locali* cit., 7-8.

<sup>52</sup> Nel senso che l'espressione “diretti all'individuazione” stava ad indicare che i decreti in oggetto non avrebbero dovuto limitarsi a circoscrivere l'ambito entro cui le funzioni avrebbero dovuto essere individuate in un secondo momento, bensì procedere direttamente a tale individuazione, V. ITALIA, *Art. 2 [commento]*, in AA.VV., *Il nuovo ordinamento della Repubblica. Commento alla l. 5 giugno 2003, n. 131 (La Loggia)*, Milano, 2003, 172. L'A. ricorda come l'articolo traesse origine da un emendamento che conteneva l'inserimento nella legge di un art. 1-bis, che fu soppresso in sede di approvazione al Senato ma che poi fu ripreso nella stesura definitiva dell'art. 2.

*coesione dell'ordinamento della Repubblica, per ciascun livello di governo locale, la titolarità di funzioni connaturate alle caratteristiche proprie di ciascun tipo di ente, essenziali e imprescindibili per il funzionamento dell'ente e per il soddisfacimento di bisogni primari della comunità di riferimento, tenuto conto, in via prioritaria, per comuni e province, delle funzioni storicamente svolte* (lett. b)).

Interessante è notare che la dottrina che ha esaminato le due disposizioni<sup>53</sup>, considerandole – in ragione della loro struttura – come facenti parte di una legge delega “autonoma” contenuta in un'altra e più ampia normativa di delegazione, ha rilevato una certa ambiguità nei loro rapporti, essendo difficoltoso individuare cosa fosse effettivamente “oggetto della delega” e cosa fosse invece “principio e criterio direttivo” per la sua attuazione.

In particolare, la lett. b) da un lato sembrava limitare l'oggetto del co. 1, poiché univa alla essenzialità – quale connotato qualificante delle funzioni considerate – anche il tratto della imprescindibilità; dall'altro veniva ad ampliarlo, perché prevedeva altresì il compito di favorire la tenuta e la coesione dell'ordinamento.

L'*impasse* si poteva tuttavia superare ritenendo che il binomio essenzialità-imprescindibilità fosse piuttosto dato a garanzia dell'ente locale contro un eventuale uso troppo pervasivo della competenza statale volta alla individuazione delle funzioni fondamentali, e che il riferimento alla necessità di rispettare la tenuta e la coesione dell'ordinamento volesse opportunamente consentire al legislatore delegato un margine più ampio nel mantenimento di funzioni in capo ad enti diversi da quelli territoriali minori.

Anche una lettura superficiale di queste disposizioni, da più parti considerate di non eccelsa fattura tecnica<sup>54</sup>, consente comunque di rilevare come la fondamentalità della funzione fosse connessa, oltre che al funzionamento, e dunque alla stessa possibilità di esistenza dell'ente, quanto meno a tre fattori, a loro volta intimamente collegati tra loro: l'*identità strutturale* dell'ente locale, intesa quale necessaria considerazione delle sue peculiarità, i *bisogni primari* delle collettività di riferimento, l'*identità storica* dell'ente.

Difficile sarebbe stato allora sostenere che tra queste funzioni non ve ne fossero alcune, o molte, di quelle attinenti al governo del territorio: tuttavia,

---

<sup>53</sup> F. PIZZETTI, *Il significato dell'art. 2 nel sistema complessivo della l. n. 131 e i problemi che ne derivano*, in AA.Vv., *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, a cura di G. FALCON, Bologna, 2003, 50 ss., cui si rinvia anche per l'esame della vicenda istituzionale che portò alla formulazione definitiva dell'art. 2 (42 ss.).

<sup>54</sup> In tal senso, oltre agli Autori già menzionati, si veda ancora A. RUGGERI, *Riforme costituzionali e decentramento di poteri alle autonomie territoriali in Italia, dal punto di vista della teoria della Costituzione*, pubblicato su [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

Più in generale, per i dubbi, le perplessità ed i suggerimenti relativi ai profili dell'attuale percorso di attuazione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione si rinvia al volume AA.Vv., *Verso la Carta delle autonomie locali* cit., nei contributi che non sono ancora stati citati o che non verranno richiamati nelle pagine che seguono.

l'unica certezza che è stato possibile acquisire è che anche questa delega, come già quella relativa alla individuazione dei principi fondamentali nelle materie a legislazione concorrente, non è stata esercitata nei termini.

A fronte degli insuccessi registrati in relazione all'attuazione di queste deleghe, nel corso della XV Legislatura, e precisamente il 19 gennaio 2007, il Consiglio dei ministri aveva approvato un nuovo disegno di legge contenente la *“Delega al governo per l'attuazione dell'art. 117, secondo comma lettera p) della Costituzione, per l'istituzione delle città metropolitane e per l'ordinamento di Roma capitale della Repubblica. Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 118, commi primo e secondo della Costituzione e delega al governo per l'adattamento delle disposizioni in materia di enti locali alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3”*<sup>55</sup>.

La prima particolarità che conteneva il d.d.l. era quella di delegare il governo ad adottare, entro un anno dalla entrata in vigore della legge, decreti legislativi diretti a “individuare e allocare” non solo le funzioni “fondamentali” degli enti locali, ma anche le funzioni “proprie” ai sensi dell'art. 118, co. 2, Cost.

Con formulazioni ancora una volta considerate espressione di una tecnica legislativa non eccelsa<sup>56</sup>, l'art. 2, co. 3, indicava i criteri direttivi per l'esercizio della delega: quanto alle funzioni fondamentali, le lett. *b)* e *d)* riprendevano nella sostanza i criteri della legge La Loggia per la loro determinazione, qui già esaminati<sup>57</sup>, aggiungendo peraltro la necessità di considerare come funzioni fondamentali quelle che connotavano il comune “*come ente di governo di prossimità*” e che connotavano le province come “*enti per il governo di area vasta*”; quanto alle funzioni proprie, ai sensi della lett. *f)*, occorreva “*prevedere che i comuni che rispettino le condizioni di cui alla lettera m)*”<sup>58</sup> possano assumere,

<sup>55</sup> Per un commento, molto critico, a tale d.d.l. si rinvia a F. PIZZETTI, *Il disegno di legge delega del governo per la attuazione del Titolo V e la adozione della “Carta delle autonomie locali”: riusciremo a uscire dalla “selva oscura” per tornare a “rivedere le stelle”?*, in F. PIZZETTI-A. POGGI, *Il sistema “instabile” delle autonomie locali* cit., 145 ss.

<sup>56</sup> In generale, per accese critiche ai contenuti del disegno di legge, si rinvia anche a G. CLEMENTE DI SAN LUCA-A. DE CHIARA, *Prime osservazioni critiche al d.d.l.* cit., spec. 31 ss.

<sup>57</sup> Sul punto si aggiungano le osservazioni di S. MANGIAMELLI, *Prime considerazioni sul ddl per il codice degli enti locali*, in AA.Vv., *Verso la Carta delle autonomie locali* cit., 68-69 che per la individuazione delle funzioni fondamentali identifica nelle disposizioni del progetto i tre diversi criteri *funzionalista*, *storico-normativo* e *naturalista*, considerandoli peraltro poco utili per la futura attività delegata del governo, non risolvendo in realtà le antinomie del rapporto tra competenze legislative dello Stato e delle regioni.

<sup>58</sup> La lett. *m)* prevedeva le seguenti condizioni: 1) capacità di conseguire avanzi di bilancio su soglie predeterminate con d.p.c.m. per periodi temporali congrui stabiliti dal legislatore delegato; 2) capacità di conseguire obiettivi di qualità indicati nei documenti rilevanti ai fini del controllo interno; 3) capacità di raggiungere la dimensione organizzativa ottimale anche mediante forme di cooperazione, associazione, fusione, unione con altri enti locali. L'ampliamento della capacità organizzativa doveva avvenire nel rispetto dei criteri di efficienza, economicità, flessibilità.

*con delibera adottata dal consiglio comunale, funzioni proprie, ulteriori rispetto alle funzioni fondamentali, non implicanti l'esercizio di poteri autoritativi, non attribuite o conferite dalle leggi statali o regionali ad altri enti, volte a soddisfare bisogni generali e durevoli della collettività amministrata, nel rispetto del principio di adeguatezza, del patto di stabilità interno e dell'equilibrio di bilancio, valorizzando, quanto alle modalità di esercizio, la sussidiarietà orizzontale".*

Anche alla luce di quanto risulta dalla relazione illustrativa che ha accompagnato l'approvazione del progetto da parte del consiglio dei ministri, le osservazioni che è possibile effettuare in seguito ad una lettura coordinata delle disposizioni citate sono le seguenti:

1) le funzioni fondamentali, da definirsi alla luce dei criteri già descritti, implicano sempre l'esercizio di poteri autoritativi, e pertanto richiedono espressa previsione legislativa, in particolare di provenienza statale secondo l'art. 117 Cost.;

2) le funzioni storicamente svolte sono sempre fondamentali ma, per le considerazioni che verranno esposte al punto 3), non è dato comprendere se siano o meno anche proprie<sup>59</sup>;

3) le funzioni proprie sono qualcosa di "ulteriore" rispetto a quelle fondamentali: escluso pertanto che funzioni proprie e funzioni fondamentali possano coincidere *in toto*, verrebbe da chiedersi come interpretare l'aggettivo "ulteriore", se cioè considerare le funzioni fondamentali come facenti comunque parte di quelle proprie (evidentemente non esaurendo la categoria), o se le prime vadano intese come qualcosa di completamente diverso dalla seconde;

4) quale che sia l'opzione esatta tra quelle contenute nel punto 2), certo è che vi sono funzioni proprie che "non implicano" esercizio di poteri autoritativi e che, pertanto, rispettando le condizioni di virtuosità indicate, possono essere assunte volontariamente dall'ente locale attraverso una semplice delibera del proprio consiglio ed in assenza di una esplicita attribuzione legislativa;

5) mentre le funzioni fondamentali devono essere ad elencazione tassativa, la formula che richiama le funzioni proprie a carattere non autoritativo è una formula aperta: in essa sembra concentrata una delle principali essenze di quella autonomia degli enti locali voluta dalla riforma costituzionale, poiché si rimette alla decisione dell'ente la possibilità – e dunque la capacità – di individuare in un dato momento storico quella che può essere una funzione "propria" da assumere in volontario esercizio.

I nodi problematici sono comunque rimasti ben lontani dall'essere sciolti, in quanto la fine prematura della XV Legislatura ha impedito l'entrata in vigore della nuova legge delega<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> Propende per la soluzione negativa G. MELONI, *Funzioni amministrative e autonomia costituzionalmente garantita di comuni, province e città metropolitane*, in AA.VV., *Verso la Carta delle autonomie locali* cit., 125.

<sup>60</sup> Per completezza, si noti che questo progetto non è neppure stato l'unico a circolare per le

Le insicurezze sono tanto più rilevanti quanto più si consideri che, alla luce delle leggi e dei disegni di legge che si sono avvicendati nel tempo, l'individuazione delle funzioni fondamentali ai sensi della nota lett. *p*) si inserisce in un più ampio progetto di revisione delle disposizioni in materia di enti locali per adeguarle alla riforma costituzionale del 2001.

Infatti, nella legge La Loggia, l'art. 2, co. 4, lett. *g*), prevedeva la revisione delle disposizioni legislative sugli enti locali, *in primis* di quelle contenute nel d.lgs. 267/2000, limitatamente alle norme contrastanti<sup>61</sup> con il nuovo sistema costituzionale, attraverso la modificazione, integrazione, soppressione e coordinamento delle disposizioni vigenti, anche per l'aggiornamento e la semplificazione del linguaggio normativo.

A sua volta, ponendo mente alla esistenza della *Carta europea delle autonomie locali* firmata a Strasburgo nell'ottobre del 1985 ed entrata in vigore il 1° settembre 1988<sup>62</sup>, il d.d.l. esaminato in relazione alla XV Legislatura all'art. 8 conteneva la delega al governo ad adottare un decreto legislativo recante la *Carta delle autonomie locali*, che avrebbe avuto il compito di effettuare tra l'altro una ricognizione, ai fini della coerenza giuridica, delle norme di cui al testo unico degli enti locali.

---

aule del Parlamento nel corso della XV Legislatura: si segnala ad esempio il disegno di legge S. 1020 di iniziativa dei Sen. Vitali ed altri, comunicato alla Presidenza del Senato il 26 settembre 2006 ed assegnato alla 1° commissione permanente (Affari costituzionali) in sede referente, che lo ha esaminato per l'ultima volta – stando alle notizie pubblicate dal Senato – il 3 ottobre 2007.

<sup>61</sup> Sottolinea la rilevanza del riferimento al vero e proprio “contrasto”, non essendo dunque sufficiente una mera “diversità”, V. ITALIA, *Art. 2 [commento]* cit., 198.

<sup>62</sup> Sulla Carta europea delle autonomie locali, si rinvia a V. PARISIO, *La “Carta europea delle autonomie locali” e il disegno di legge delega per la “Carta delle autonomie locali” italiana: mera coincidenza nominale o convergenza sostanziale?*, in *Foro amm.* - CDS, 2007, 3612, utile anche per alcune osservazioni in ordine al d.d.l. esaminato in relazione alla XV Legislatura così come Id., *Codice delle autonomie. Nuove funzioni e nuovi controlli. Il disegno di legge delega per il «codice delle autonomie»: primi spunti di riflessione*, in *Nuova rass.*, 2008, 300 ss.

Sul medesimo tema, soprattutto in relazione all'affermazione a cura della Carta europea del principio della necessità di valorizzare le collettività locali, si veda anche I.M. MARINO, *Cenni su alcuni profili giuridici della semplificazione amministrativa con particolare riferimento all'ordinamento locale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Elio Casetta*, a cura di V. MOLASCHI-C. VIDETTA, vol. II, Napoli, 2001, 806, V. PARISIO, *Europa delle autonomie locali e principio di sussidiarietà: la «Carta europea delle autonomie locali»*, in *Foro amm.*, 1995, 2124 ss. (spec. 2126) e Id., *«Carta europea delle autonomie locali» e principio di sussidiarietà*, in AA.VV., *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni*, a cura di F. ROVERSI MONACO, Bologna, 1997, 391 ss. (spec. 394). Della stessa Autrice si veda infine *Aspirazione all'uniformità normativa e valorizzazione della disomogeneità: autonomia statutaria comunale e principi sovranazionali a confronto*, in *Il diritto della regione*, 1995, 1, in cui si sottolinea come la spinta verso un'integrazione sempre più piena passa attraverso una esaltazione, e non una mortificazione, delle peculiarità locali.

In giurisprudenza, ha evidenziato la forte presenza del principio di sussidiarietà nella Carta europea delle autonomie locali Corte conti, reg. Lombardia, sez. giur., 30 giugno 2005, n. 467, in *Foro amm.* - TAR, 2005, 2205.

Ciò assume ancora più rilievo nella misura in cui si consideri che da più parti è sostenuta la necessità, anziché della presenza di una regolamentazione puntuale, tipica dei testi unici, dell'adozione di una "Carta di principi per le autonomie locali"<sup>63</sup>, dunque di un corpo normativo costituito da norme di principio, e non da norme di dettaglio.

L'aspetto positivo di un testo di tal fatta viene individuato dalla dottrina nella sua attitudine a lasciare uno spazio – evidentemente in questo momento considerato insufficiente – maggiore all'autonomia normativa e amministrativa degli enti locali, dunque più rispettoso del nuovo Titolo V della Costituzione<sup>64</sup>.

Attuata questa prospettiva, inevitabili sarebbero anche le conseguenze sul potere di pianificazione del territorio e sulla elencazione delle funzioni che in materia spettano agli enti locali, soprattutto in relazione all'attuale art. 13 d.lgs. 267/2000. Si presenterebbe inoltre la possibilità di studiare più a fondo le modalità di svolgimento di tali funzioni e le caratteristiche del controllo sul loro esercizio, una volta che fossero assunti dati più certi e più stabili sulla situazione normativa.

Purtroppo, come noto, tale situazione si mantiene attualmente in uno stato propriamente "magmatico": pertanto, non resta che l'alternativa di fare un cenno al percorso non ancora completo dell'attività di progettazione delle leggi, il quale si rivela comunque utile al fine di individuare – seppure in modo approssimativo – la direzione verso cui si sta orientando lo scenario istituzionale.

E così, per limitare il discorso agli esempi che paiono più significativi, si noti che nell'attuale Legislatura, tra gli Atti del Senato viene segnalata la presentazione, in data 4 dicembre 2008, di un disegno di legge di iniziativa della Sen. Bastico recante "*Delega al governo in materia di funzioni fondamentali degli enti locali, di istituzione delle città metropolitane e di definizione della Carta delle autonomie locali*" (S. 1208), assegnato alla 1° Commissione permanente (Affari costituzionali) in sede referente<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> COSÌ A. PIRAINO, *Dal testo unico ad una "carta di principi" per le autonomie locali*, in AA.VV., *Nodi problematici e prospettive di riforma del testo unico degli enti locali*, a cura di G. CLEMENTE DI SAN LUCA, Torino, 2006, 21. Sull'opportunità di avere una "sana, costituzionalmente corretta, legge di principio", si veda anche G. CLEMENTE DI SAN LUCA nell'intervento introduttivo al Convegno che ha dato origine al volume appena citato (l'intervento è consultabile altresì in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)). Sempre nella stessa opera, sulla preferenza per una "legge generale sull'autonomia" rispetto ad un testo unico, si veda pure F. MERLONI, *L'inutile riforma del TUEL: per una legge generale sulle autonomie locali*, 148. Infine, sulla soppressione del testo unico degli enti locali come necessaria conseguenza dell'attuazione legislativa del nuovo sistema costituzionale, V. CERULLI IRELLI, *Un primo passo verso l'attuazione della nuova disciplina costituzionale del governo locale* cit., 5 e B. CARAVITA, *Abrogazione o razionalizzazione delle province?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

<sup>64</sup> COSÌ V. ITALIA, *Per l'autonomia degli enti locali*, Milano, 2007, 13 ss. L'Autore aggiunge che la formulazione di tali principi dovrebbe essere *precisa, modulata* rispetto al fine prescelto e idonea a sottolineare la *funzione di limite* dei principi stessi.

<sup>65</sup> Si tratta di un progetto di legge che, al pari di quelli che verranno di seguito citati, risulta ancora in corso di esame in Commissione nel momento in cui questo scritto viene dato alle stampe.

Per quel che qui interessa, il progetto riprende le disposizioni già contenute nel d.d.l. esaminato in relazione alla XV Legislatura: l'art. 3 aggiunge tuttavia che i decreti legislativi di individuazione di tali funzioni devono stabilire la dimensione demografica minima dei comuni al di sotto della quale alcune di esse debbono essere necessariamente esercitate attraverso forme associative, specie tra comuni di zone montane, tenendo conto dell'adeguatezza delle dimensioni e salvaguardando le peculiarità territoriali.

Anche in questo disegno di legge è contenuta la delega al governo ad adottare un decreto legislativo recante la Carta delle autonomie locali "al fine di riunire e coordinare sistematicamente in un codice le disposizioni statali risultanti dall'attuazione delle deleghe conferite dalla presente legge" (art. 13, co. 3). Criteri direttivi per l'esercizio di questa specifica delega sono il coordinamento formale e sostanziale del testo delle disposizioni contenute nella codificazione – garantendo coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa – e la ulteriore ricognizione, per le materie di competenza legislativa statale – delle norme del t.u.e.l. e delle altre fonti di rango primario che vengono o restano abrogate.

Procedendo nel dare conto della continua attività di progettazione legislativa che caratterizza la presente Legislatura sui temi che qui interessano, va ancora segnalato che in data 14 gennaio 2009 è stato presentato alla Camera dagli On. Giovanelli e altri il progetto di legge C. 2062, recante il medesimo titolo di S. 1208, assegnato alla 1° Commissione affari costituzionali.

In particolare, si rileva (oltre alla previsione di una Carta delle autonomie locali da emanarsi alla luce di criteri direttivi analoghi a quelli più sopra esposti) che ai sensi del suo art. 2, co. 3, lett. c), occorre considerare quali funzioni fondamentali degli enti locali "quelle preordinate a garantire i servizi essenziali su tutto il territorio nazionale, tenendo conto di quelle storicamente svolte, secondo criteri di economicità, efficienza, semplificazione e adeguatezza", venendo ripresi i concetti di enti di governo di prossimità e di enti per il governo di area vasta.

Da ultimo, viene in considerazione il disegno di legge C. 3118<sup>66</sup> presentato il 13 gennaio 2010 alla Camera dai Min. Calderoli, Maroni e Bossi che, oltre a contenere all'art. 13 la solita delega per la Carta delle autonomie locali, in questa sede si segnala per avere esplicitamente previsto tra le funzioni fondamentali dei comuni "la partecipazione alla pianificazione urbanistica" (art. 2, lett. m)) e tra le funzioni fondamentali delle province "la pianificazione territoriale provinciale di coordinamento" (art. 3, lett. i)).

---

<sup>66</sup> Il progetto reca il titolo "Individuazione delle funzioni fondamentali di province e comuni, semplificazione dell'ordinamento regionale e degli enti locali, nonché delega al governo in materia di trasferimento di funzioni amministrative, Carta delle autonomie locali, razionalizzazione delle province e degli uffici territoriali del governo. Riordino di enti ed organismi decentrat".

**ADMINISTRATIVE FUNCTIONS AND GROUND GOVERNMENT  
IN THE NEW CONSTITUTIONAL ORDER**

by Paola Lombardi

**Abstract**

In Italy, administrative functions have received a new account by the constitutional reform of 2001. The new distinction among “fundamental”, “conferred”, “proper” and “assigned” functions, under article 118, requires an examination of the meaning of these expressions. It’s also interesting to see how this distinction is applied in the context of the ground government, even in the light of indications from European law. It’s a matter that is affected, more than the others, by the difficulties owed to the delays (existing in Italy) in the implementation of the constitutional reform at the administrative level.

## Trattato di Lisbona e diritti fondamentali: nuove prospettive con riferimento alla Carta di Nizza ed al rapporto tra Unione Europea e CEDU

di Tommaso Pensabene Lioni

SOMMARIO: 1. Termini del problema. – 2. Carta di Nizza e Trattato di Lisbona: una nuova prospettiva. – 3. Con il Trattato di Lisbona la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione acquista lo stesso valore giuridico dei trattati. – 3.1. Effetti. – 3.2. Alcune ambiguità irrisolte. – 4. L'Unione Europea aderisce alla CEDU. – 4.1. Considerazioni preliminari. – 4.2. Effetti. – 4.3. Taluni profili problematici.

### 1. *Termini del problema*

Il nuovo Trattato europeo<sup>1</sup>, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007 dai Capi di Stato e di governo dei 27 Stati membri, rappresenta una reazione *costruttiva*<sup>2</sup> dell'Unione europea alla (grave) crisi politico-istituzionale<sup>3</sup> determinata dalla

---

<sup>1</sup> *Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea*, in *G. U. U.E.*, C 306, 17 dicembre 2007 (entrato in vigore il 1° dicembre 2009).

<sup>2</sup> Si tratta, infatti, della realizzazione delle direttive enunciate dal Consiglio europeo di Bruxelles del 21-23 giugno 2007 (frutto di un'attenta attività di negoziazione portata avanti dalla Germania di Angela Merkel – che ha ricoperto, per la prima metà del 2007, la presidenza dell'Unione –).

<sup>3</sup> Questa affermazione può forse risultare un po' enfatizzata, tuttavia nella misura in cui *volontaristicamente* si accetta e si propugna l'«*Idea d'Europa*» («Tuttavia, anche nel divampare della passione nazionale ... il senso dell'unità europea, cioè di una comunanza di cultura, di modi di vita, di principi, non si annulla». F. CHABOD, Bari, 1964, p. 126) tendenzialmente si dovrebbe percorrere quel processo che tende a superare «la circolarità del tandem di democrazia e Stato nazionale al di là dei confini statali per la creazione di una sfera pubblica di dimensione europea» (J. HABERMAS, *Perché l'Europa ha bisogno di una costituzione?*, in *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, a cura di G. ZAGREBELSKY, Bari – Roma, 2003 p. 107). Peraltro nello stesso Trattato di Lisbona (art. 1) si vuole rimarcare in modo forte (analogamente a quanto si era affermato nel Preambolo del *Trattato che adotta(va) la Costituzione per l'Europa*) la consapevolezza che si è in presenza di una nuova tappa nel «processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli d'Europa».

Da qui – come è noto – i vari approcci per qualificare l'intelaiatura giuridica di un tale processo: dal «sistema composito o integrato» (I. PERNICE e F. MAYER, *La costituzione integrata dell'Europa*, *ibidem*, p. 43 e ss.) alla «tolleranza costituzionale» che caratterizzerebbe il *Sonderweg* europeo

mancata ratifica (da parte della Francia e dell'Olanda) del *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*<sup>4</sup>.

---

(J.H.H. WEILER, *Federalismo e costituzionalismo: il "Sonderweg" europeo*, *ibidem*, p. 22 e ss.) fino ad una prospettiva di federazione. Quest'ultima, naturalmente, in atto, sconta il disagio dell'assenza di una decisione politica di base che caratterizza l'*Eurosistema*, sbilanciato dal prioritario "regime di mercato verso un meccanismo autoreferenziale, sottratto ad ogni interferenza dei governi dei paesi membri" (G. GUARINO, *Eurosistema*, Milano, 2006, p. 102); del resto l'ordinamento federale si caratterizza in quanto "la Costituzione della Federazione costituisce la misura della legittimità delle costituzioni degli Stati membri" (A. D'ATENA, *Una costituzione senza costituzione per l'Europa*, in, *Diritto e Società*, 2009, p. 208).

Secondo lo schema della formale architettura piramidale mancherebbe quel "fatto costituente" (anche sotto il profilo *soggettivo* (cfr. A. PACE, *La dichiarazione di Laken* in *Riv. Trim. dir. pubbl.* n. 3/2002, p. 622) che diviene potere costituente, perché in definitiva, per usare una colorita, quanto efficace espressione di Schmitt) "... è una volontà politica il cui potere è in grado di prendere la decisione concreta fondamentale sulla specie e la forma della propria esistenza politica" (C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlino, 1928, tr. it., *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984, p. 110).

Nell'Unione europea – stando ai canoni procedimentali – il "consenso è il risultato della procedura e non la sua premessa" (A. VON BOGDANDY, *L'europeizzazione dell'ordinamento giuridico come minaccia per il consenso sociale?*, in *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, a cura di G. ZAGREBELSKY cit., p. 272 e ss.). Ciò, comunque, non significa che non vi sia, almeno in certe aree, una compresenza di costituzionalità nazionali (un principio di "DNA costituzionale" come lo definisce D'Atena) che connota il nucleo e la specificità dell'identità europea come principio fondante di una costituzione politica (secondo l'auspicio di Habermas). Questi spazi di *materiale* costituzione europea, frutto della reciproca influenza fra diritto comunitario e le costituzioni dei singoli Stati (P. HÄBERLE, *Per una dottrina della Costituzione europea*, in *Quad. cost.*, 1999, p. 5e ss.) seppure si presentano con la veste del Trattato, hanno un *quid* in più di sostanza costituzionale, dato che la loro genesi – grazie anche al "metodo della convenzione" – ha comportato (come è stato rilevato cfr. A. D'ATENA, *Una costituzione senza costituzione* cit., ed ivi ult. rif. bibl.) il coinvolgimento di rappresentatività al massimo livello: Parlamento europeo e Parlamenti nazionali, nel *decision-making* di risulta, posto in essere in modo determinante dalla Commissione UE e dai Governi dei singoli Stati.

Peraltro, ancorché si faccia riferimento alla costruzione teorica dello *Stato costituzionale* come categoria generale pluralistica di un approdo costituzionale "che si forma dal basso, attraverso una cooperazione tra soggetti sociali interdipendenti" (G. ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio*, Roma – Bari, 2007, p. 99) su una piattaforma "di dignità, di libertà, di separazione dei poteri, di principi che evocano un linguaggio universale immediatamente percepibile dall'*homme situè* nelle concrete situazioni della vita" (C. PINELLI, *Forme di Stato e forme dei diritti e dislocazione dei livelli di governo in Europa*, Napoli, 2006), va però osservato che tale modello, allo stato, non appare forse del tutto idoneo a coprire quel processo che dovrebbe svilupparsi dalla società civile verso un'unione politica. E ciò, non soltanto perché parrebbe essere ancora assente in Europa "*il sense of belonging* che giustifica una "costituzione democratica". (E.W. BÖCKENFÖRD, *Dove sta andando l'Europa?*, in *Diritto e secolarizzazione*, Roma – Bari, 2007, p. 195) quanto perché una forzatura in tal senso, probabilmente incriminerebbe quell'assestamento dell'*Eurosistema* con riferimento alla concorrenza, al mercato ed alla stabilità dei prezzi che ha comportato come è noto "non una semplice variazione della funzione, ma un capovolgimento del rapporto tra mercato e Stato" (G. GUARINO, *Eurosistema*, cit., p. 42).

Peraltro, è significativo che, ad esempio, proprio nel diritto societario l'armonizzazione tra normativa comunitaria e quella degli Stati membri non passa attraverso un riavvicinamento spontaneo tra le legislazioni (*quindi dal basso*) ma mediante il ricorso a "direttive quadro", nonché (cfr. G. PORTALE, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto societario europeo*, in *La con-*

Varie ed importanti sono le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona che, al contrario del Trattato-Costituzione<sup>5</sup>, si pone come Trattato non sostitutivo ma,

---

*correnza tra ordinamenti giuridici*, a cura di A. ZOPPINI, Roma – Bari, 2004, p. 106) con l'ausilio di appositi organismi privati indipendenti che elaborano progetti di legge recepiti e successivamente adattati dai singoli Stati.

In definitiva la formula del Trattato risulta più efficace perché pervasiva e non comporta irrigidimenti pre-giudiziali che possono suonare come spoliamento del momento ontologico della sovranità: quello strettamente connesso alla (irrinunciabile) rappresentatività originaria che legittima il potere costituito. Va precisato, tuttavia, che tutto ciò si dispiega e si inverte nell'unitarietà del *sensu* giuridico; sicché, spesso, il riferimento ai processi sociali, in difetto dell'ineludibile articolazione giuridica, si risolve nell'incapacità teorica di impostazioni che arieggiano quasi il paradosso se affidati a "funzioni guida" ad élites dialetticamente confliggenti con indifferenziati "gruppi sociali": si ingabbia, in tal modo, l'elemento qualificante della struttura giuridica nella complementare tematica storico-sociologica, che per converso ignora del diritto quella peculiarità (spesso non tenuta adeguatamente in conto dai giuristi specialisti) che "ne fanno un *unicum*" nell'area della comune esperienza sociale.

<sup>4</sup> *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, in *G. U. U.E.*, C 310, 16 dicembre 2004.

<sup>5</sup> Circa l'opzione per il "progetto di costituzione" o per il trattato *tout court* (al di là delle inclinazioni ideologiche e delle costruzioni teoriche di sostegno), è un fatto che – pur convenendo sulla "originalità" del processo che può anche definirsi di *costituzionalizzazione incipiente* – soprattutto il trattato costituzionale si caratterizzava per un testo molto ampio ed articolato (verrebbe da dire quasi di dettaglio) che certamente non contraddistingue quella spontanea essenzialità della Costituzione fondativa dagli immediati principi comuni ("la democrazia non è solo questione di gruppi interessati o di élites, bensì in primo luogo una questione del popolo" D. GRIMM, *Il significato della stesura di un catalogo europeo dei diritti fondamentali nell'ottica della critica dell'ipotesi di una Costituzione europea*, in *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, a cura di G. ZAGREBELSKY cit., p. 5e ss., ed in particolare p. 20) ed originari che ben vero non necessitano di un gran numero di articoli. È stato osservato che il trattato costituzionale non ambiva ad assumere né avrebbe potuto assumere il significato di "un atto fondativo di un'Unione europea riformato e insieme di atto in qualche modo sostitutivo delle Costituzioni nazionali". (R. BIN-P. CARETTI, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Bologna, 2008, p. 144); del resto va pure rilevato che "Le regole non scritte e le regolarità politiche che arricchiscono la disciplina costituzionale sono essenzialmente riconducibili alle peculiarità ed alle tradizioni nazionali e perciò mal si prestano ad essere trasportate da un Paese all'altro" (G. PITRUZZELLA, *Forme di Stato e trasformazioni della politica*, Bari, 1996, p. 233).

Nel (superato) Trattato costituzionale e nel Trattato di Lisbona parrebbe cogliersi soprattutto un'esigenza di ordine, che soltanto i paletti formali del testo scritto, (Pinelli parla della ineludibilità del "momento della scrittura") possono verosimilmente assicurare. Ciò, infatti, obbedisce ad un'esigenza cardine del costituzionalismo: "come limitare il potere"? Da qui un tendenziale riordino delle fonti verso una risistemizzazione gerarchica delle stesse che dovrebbe fruttare una maggiore nomofilachia della giurisprudenza comunitaria. In quest'ordine di idee si potrebbe convenire che si è in presenza di una *amministrativizzazione* (cioè di una più puntuale regolamentazione) di quel troncone di principi tipici del diritto europeo (soprattutto quelli fondativi dell'*Europa economica*) che, operando per il raggiungimento degli obiettivi assegnati (art. 5 TCE), precipuamente finora ha fatto "leva sull'accordo tra i soggetti interessati e non sulla rigida delimitazione di competenze" (G.U. RESCIGNO, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle Fonti*, in *Diritto Pubblico*, 2002, p. 773).

È un fatto però, che per il "raggiungimento dello scopo" (sulla base di un' *accettata* interpretazione estensiva dell'art. 11 della Costituzione) oltre ad un uso spesso *disinvolto* del principio di sussidiarietà, il diritto comunitario, sostanzialmente, ha operato varie incursioni sulle norme costitu-

semplicemente, modificativo del Tue e del Tce (che diventa *Trattato sul funzionamento dell'Unione* – o Tfu). In particolare, il nuovo Trattato europeo contiene (fra le altre) disposizioni che andranno ad incidere: sulla struttura giuridica del-

---

zionali “con una possibilità di deroga che ha un'estensione senza limiti fino al punto di sostituire totalmente la disposizione costituzionale alla quale si sovrappone” (G.U. RESCIGNO, *Note per la costruzione* cit., p. 769); parimenti “possiamo affermare ... che il diritto europeo ha preso il posto del diritto interno; ... il che significa che i nostri principi costituzionali intanto possono trovare applicazione in quanto siano conformi” (V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, n. 5/2006, p. 758). Peraltro, è noto che l'ordinamento europeo ha considerato in modo indifferenziato il concetto di Stato includendo “qualsiasi organismo pubblico e contestualmente ha considerato unitariamente sia le funzioni legislative che quelle amministrative e giudiziarie”. (M. CHITI, *La meta della integrazione comunitaria...*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1996, p. 604). In tal modo, siffatta flessibilità, in uno all'assenza di rigidità delle fonti, ha fatto sì che l'ordinamento comunitario nella sua “attività di scopo” ha ottenuto il massimo dell'efficacia realizzando quel “principio di effettività” cui alludeva Kelsen (H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1952, p. 164) per qualificare “l'istituzione di un potere capace di porre norme, il cui ordinamento è di efficacia durevole in un ambito determinato”.

Questo efficiente sincretismo (frutto anche dell'apporto incrementale “istituzionalista”, cfr. D. PUCHALA, *Institutionalism, intergovernmentalism, European integration: a review article*, in *Journal of common market studies*, 1999, p. 316 e ss.) – attraverso cui si dispiega l'azione di governo del nucleo costituzionale (in quanto fondativo) espressione dell'*Europa economica* – potrebbe (*provocatoriamente*) correlarsi al “segreto dell'efficacia della Costituzione inglese” che W. Bagehot rinveniva “nella stretta unione, nella fusione pressoché completa del potere esecutivo con quello legislativo” (W. BAGEHOT, *The English Constitution*, 1872, trad. it., *La Costituzione Inglese*, Bologna, 1995, p. 53).

Non a caso, (versosimilmente) *l'interlocking-directorship* del nocciolo duro della monade economico-finanziaria ha evitato, nel Trattato di Lisbona, qualsiasi riferimento ad un minimo di regole relative alla liberalizzazione della circolazione dei capitali di cui agli artt. 48 e 56 del Trattato CE (oggi Trattato sul funzionamento dell'Unione europea).

Va ricordato, tuttavia, (sottintendendo una tacita armonia di *checks and balances*) – così come è avvenuto in relazione alla tutela dei diritti fondamentali – la *continuità* dell'orientamento delle Corti Costituzionali nazionali nel confermare l'intangibilità della prioritaria esclusiva legittimazione democratica che connota la sovranità dei singoli Stati (i c.d. “controlimiti”).

Ed in questo solco si situa la recente ferma presa di posizione del Tribunale Costituzionale tedesco che con la articolatissima sentenza del 30 giugno 2009 ha ritenuto che talune procedure “autoreferenziali” siano in contrasto con il *Grundgesetz*, laddove consentono agli organi dell'Unione di intervenire sul Trattato allargando l'ambito di competenza dell'Unione ovvero apportando delle variazioni, le quali si intendono approvate se nell'arco di sei mesi dalla loro comunicazione i Parlamenti dei singoli Stati non abbiano inoltrato espressa opposizione.

Con questa pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* viene ribadita (si ricorda la sentenza dei giudici di *Karlsruhe* del 12.10.1993, 2 BVR 2134/92 e 2 BVR 2159/92, che attribuiva la *Kompetenz-Kompetenz*, alla esclusiva titolarità degli organi interni, gli unici considerabili democratici a pieno titolo) e chiarita la “primazia” di rappresentatività della dimensione statale, la quale soltanto con consapevole, espressa (non col silenzio) ed autonoma determinazione può volontariamente cedere “spicchi di sovranità”. Peraltro è sintomatico che la necessità dell'autonomia ed espressa determinazione riguarda lo Stato nella articolata rappresentatività territoriale (*Bundestag e Bundesrat*): “...here, the silence of the Bundestag or the Bundesrat may not be construed as approval” (comma 416, BUERFG, 2 BUE 2/08 del 30.06.2009, in *federalismi*, it., *Riv. dir. pubb. it. com. e comp.*).

l'Unione (viene soppressa, infatti, la tradizionale struttura "in pilastri" e, ai sensi del nuovo art. 46 A Tue, "*l'Unione ha personalità giuridica*"), sul riparto di competenze tra Stati membri ed Unione europea (vengono previste competenze normative: *esclusive* dell'Unione – nuovo art. 2 A, par. 1 Tfu –; *concorrente* – nuovo art. 2 A, par. 2 Tfu; *di coordinamento* – nuovi artt. 2 A, par. 3 e 2 D Tfu – *di sostegno, coordinamento e completamento* dell'azione statale – nuovo art. 2 A, par. 5 Tfu –), sul ruolo del Consiglio europeo (che diventa, a tutti gli effetti, una istituzione comunitaria – nuovo art. 9 Tue – il cui presidente, eletto a maggioranza qualificata, ha un mandato di due anni e mezzo – nuovo art. 9B, par. 5 –), sulla disciplina del Consiglio (principalmente: vengono ridotte le ipotesi in cui è richiesta l'unanimità, con conseguente estensione del voto a maggioranza qualificata – art. 9C Tue –; la presidenza sarà esercitata da gruppi di tre Stati membri, per un periodo di 18 mesi), in materia di affari esteri e di politica di sicurezza (viene, in particolare, istituita la figura dell'*alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza* che presiede il Consiglio "affari esteri" e, al contempo, è uno dei vicepresidenti della Commissione – art. 9E Tue –), sulla procedura legislativa (l'art. 2 del nuovo Trattato europeo, modificando l'art. 251 del Trattato CE, configurerà, infatti, la *procedura di codecisione* quale procedura legislativa ordinaria).

Ma ciò che, ai fini della presente ricerca, rileva (soprattutto) evidenziare è che il Trattato di Lisbona costituisce una nuova importante tappa di quel processo di progressivo riconoscimento e tutela comunitaria dei diritti fondamentali affermatosi, a partire dagli anni settanta, prima in via giurisprudenziale e, successivamente, attraverso il recepimento dei principi sanciti in materia (dalla Corte di giustizia) da parte del diritto comunitario primario (art. 6 Tue).

In particolare, il nuovo Trattato europeo contiene alcune disposizioni che hanno ad oggetto due questioni complesse: il valore giuridico della Carta di Nizza, ed i rapporti tra Unione europea e Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Tali disposizioni, da un lato, sembrano costituire una favorevole svolta nel processo d'integrazione politica comunitaria, dando l'impressione che, con il Trattato di Lisbona, la tutela comunitaria dei diritti fondamentali sia, ormai, effettiva e completa; d'altro lato, però, le citate disposizioni – risultando, per certi versi, ambigue – lasciano irrisolti alcuni importanti nodi.

Ma andiamo con ordine.

## 2. *Carta di Nizza e Trattato di Lisbona: una nuova prospettazione*

L'art. 1 del Trattato di Lisbona (recante modifiche al Trattato sull'Unione europea) sostituisce l'art. 6 Tue con un nuovo articolo che, al primo paragrafo, recita: "*L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei*

*diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati*".

Dalla lettura del dato normativo è agevole rendersi conto della differente impostazione assunta dal nuovo Trattato europeo rispetto al (mai entrato in vigore) Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa.

Il Trattato-Costituzione, infatti, aveva previsto (al fine di renderla giuridicamente vincolante) la totale integrazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nella parte II del Trattato; sicché la Carta di Nizza si connotava, a tutti gli effetti, come documento giuridico, soltanto in quanto parte del Trattato costituzionale.

Tale inserimento della Carta (nel Trattato-Costituzione) era stato, inoltre, preceduto da una serie di interventi volti a modificarne l'originale testo proclamato nel 2000.

Le citate modifiche possono – come è stato osservato<sup>6</sup> – essere raggruppate in tre tipologie. Innanzitutto, sono state proposte alcune modifiche di stile volte a rendere più preciso il testo della Carta di Nizza. Si pensi, ad esempio, all'introduzione della parola "*organismi*", accanto alle parole "*istituzioni e organi dell'Unione*", all'interno dell'art. 51 (rubricato *Ambito di applicazione*) che individua i destinatari degli obblighi derivanti dalla Carta.

Altri interventi, invece, hanno mirato ad una riformulazione (in realtà soltanto formale) delle prime due *Disposizioni Generali* poste a conclusione del testo della Carta dei diritti: e cioè, l'art. 51 e l'art. 52 (rubricato *Portata dei diritti garantiti*).

Infine, alcune parole della Carta di Nizza sono state sostituite da altre che risultassero (in base alla lingua, di volta in volta, utilizzata per tradurre il Trattato-Costituzione) più precise. Si fa riferimento, in particolare, alla versione italiana della Carta di Nizza del 2004 che, sostituendo le parole "*ogni individuo*" (contenuta nel testo del 2000) con le parole "*ogni persona*", ha esteso l'ambito di applicazione della Carta anche alle persone giuridiche.

Con il Trattato di Lisbona la Carta di Nizza continua ad avere valore giuridico vincolante, ma su diversi presupposti.

Il nuovo Trattato europeo, infatti, non integra più (al contrario del Trattato costituzionale) il testo della Carta all'interno dei trattati medesimi, ma precisa, contestualmente, che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, pur rimanendo un documento normativo distinto, presenta "**lo stesso valore giuridico dei trattati**".

La decisione di non incorporare la Carta di Nizza nel testo dei trattati è stata considerata, da parte della dottrina<sup>7</sup>, una scelta corretta, volta ad aumentare il livello di protezione dei diritti fondamentali. Al riguardo, è stato evidenziato che

---

<sup>6</sup> Cfr. J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007, p. 37-38.

<sup>7</sup> Cfr. F. POCAR, *Trattato di Lisbona: strumenti insufficienti per garantire unità sulla scena internazionale*, in *Guida al diritto, Diritto Comunitario e Internazionale*, n. 2/ 2008, p. 10.

la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, trovandosi (una volta entrato in vigore il Trattato di Lisbona) in un contesto in cui viene meno ogni gerarchia tra i trattati e non esistendo più un solo trattato (come prevedeva il Trattato-Costituzione), assumerà (essendo dotata della medesima forza giuridica dei trattati ma, al contempo, non essendo inglobata in essi) un rilievo autonomo nel sistema di tutela comunitario dei diritti fondamentali<sup>8</sup>: così risultando, verosimilmente, il principale punto di riferimento normativo in caso di violazione, a livello comunitario, dei diritti dell'uomo.

### 3. *Con il Trattato di Lisbona la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione acquista lo stesso valore giuridico dei trattati*

#### 3.1. *Effetti*

La Carta di Nizza, con il nuovo art. 6, paragrafo 1 Tue (che le attribuisce il medesimo valore giuridico dei trattati), diventa a tutti gli effetti diritto comunitario di rango primario.

Tale circostanza produrrà una serie di effetti di grande rilevanza, i quali – determinando (con tutta probabilità) un notevole innalzamento del livello di protezione comunitaria dei diritti fondamentali – necessitano di un'adeguata analisi.

Un primo effetto (d'immediata percezione) è costituito dal fatto che la Carta di Nizza, acquisendo lo stesso valore giuridico dei trattati, diventa (nonostante sia stata proclamata, nel 2000, non dai governi degli Stati membri, ma dalle istituzioni dell'Unione) un vero e proprio trattato fra Stati membri dell'Unione (divenendo, quindi, maggiormente vincolante per le Alte Parti contraenti).

Un secondo rilevante profilo è costituito dal fatto che una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione giuridicamente vincolante cessa di costituire una semplice *fonte d'ispirazione*, assurgendo, per converso, a vero e proprio *parametro di giudizio* del giudice comunitario di prima e di seconda istanza. In altri termini, il Tribunale di primo grado e la Corte di Giustizia (che con il Trattato di Lisbona vengono individuati sotto l'unica nuova denominazione di *Corte di giustizia dell'Unione europea*, cfr. nuovo art. 9 F, par. 1, Tue) potranno, in futuro, sindacare la conformità (al diritto dei trattati) di atti comunitari e di atti nazionali applicativi del diritto comunitario anche, e soprattutto, alla luce delle disposizioni della Carta di Nizza<sup>9</sup>. Con il nuovo Trattato europeo viene, quindi,

---

<sup>8</sup> In tal senso, Cfr. J. ZILLER, *Il nuovo Trattato* cit., p. 135.

<sup>9</sup> Certa dottrina ha, infatti, evidenziato come la Carta di Nizza abbia reso il rispetto dei diritti umani un vero e proprio parametro di validità degli atti dell'Unione, cfr. A. VON BOGDANDY, *Comunità di diritti fondamentali come meta dell'integrazione europea? I diritti fondamentali e la natura dell'Unione Europea*, in *Diritto pubblico*, 2001, p. 898.

positivizzata una prassi che, in realtà, aveva cominciato ad affermarsi fin da quando la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione costituiva una mera dichiarazione politica. È innegabile, infatti, che la Carta di Nizza, sebbene non ancora dotata di valore giuridico, ha da sempre esercitato un'effettiva incidenza sull'operato di tutte le istituzioni comunitarie<sup>10</sup>. Si pensi, ad esempio, ad alcune decisioni del 2001 e del 2002<sup>11</sup> in cui il Tribunale di prima istanza, nel decidere taluni casi, ha fatto espresso riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Ed ancora, continui sono stati i richiami alla Carta contenuti sia in alcune conclusioni degli Avvocati Generali della Corte di giustizia<sup>12</sup>, che in alcuni atti (normativi e non) adottati dalla Commissione<sup>13</sup>, dal Consiglio<sup>14</sup> e dal Parlamento europeo<sup>15</sup>. Persino la Corte di Giustizia, dopo ben sei anni d'indifferenza, si è determinata espressamente a citare come fonte, in una sentenza del

---

<sup>10</sup> In realtà, va ricordato che la Carta di Nizza è stata, comunque, oggetto di diversi orientamenti: si è, ad esempio, sostenuto che la Carta, in quanto mera dichiarazione politica, fosse priva di qualunque valore giuridico, cfr. S. RODOTÀ, *La Carta come atto giuridico e documento politico*, in A. MANZELLA-P. MELOGRANI-E. PACIOTTI-S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001; altra dottrina, invece, ha mosso alcune critiche relative al contenuto della Carta, cfr. C. MORTE GÓMEZ, *El papel del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el sistema de derechos fundamentales de la Unión Europea*, in *Commentarios a la Constitución Europea*, II, a cura di E. ÁLVAREZ CONDE-V. GARRIDO MAYOL, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 1613 e ss.; U. DE SIERVO, *I diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali italiani (a proposito della Carta dei diritti fondamentali)*, in *Dir. pubbl.comp.eur.*, 2001, p. 157 e ss.; Id. *“L'ambigua formulazione della Carta dei diritti”*, in *Dir. pubbl.* 2001, p. 50 e ss.; E. GROSSO, *La limitata garanzia dei diritti di partecipazione politica nella “Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”*, in *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, a cura di G. ZAGREBELSKY cit., p. 172 e ss.; A. RODRÍGUEZ, *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, 2001, p. 238.

<sup>11</sup> Cfr. Tribunale di primo grado, sentenza del 20 febbraio 2001, causa T-112/98, *Mannesmannröbren Werke AG c. Commissione*. Conformi cfr. Tribunale di primo grado, sentenza del 30 gennaio del 2002, causa T 54/99, *Max. Mobil c. Commissione*; sentenza del 03 maggio 2002, causa T-177/01, *Jégo-Quééré c. Commissione*.

<sup>12</sup> Cfr. Conclusioni dell'avvocato generale Tizzano dell'8 febbraio del 2001, causa C 173/99 *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU) c. Secretary of State for Trade and Industry*, par. 26, 27, 28; Conclusioni dell'avvocato generale Léger del 10 luglio 2001, causa C-353/99, *P. Consiglio dell'Unione europea c. Heidi Hautala*; Conclusioni dell'avvocato generale Alber del 1 febbraio del 2001, causa C 340/99 *TNT Traco Spa c. Poste Italiane Spa*; Conclusioni dell'avvocato generale Mischo presentate il 22 febbraio del 2001, cause C 122/99 P e C 125/99 P, *D e Regvo di Svezia c. Consiglio dell'Unione europea*.

<sup>13</sup> Cfr. Commissione europea, Comunicazione del 13 marzo 2001, Sec(2001) 380/3.

<sup>14</sup> Cfr. Consiglio UE, Decisione del 28 febbraio del 2002, 2002/187GAI; Decisione, 2001/903CE; Decisione quadro del 13 giugno 2002, 2002/475GAI; Decisione quadro del 13 giugno 2002, 2002/584GAI; ed ancora Cfr. Consiglio UE, Risoluzione del 14 febbraio 2002, 2002/C50/01; Risoluzione del 27 giugno 2002, 2002/C163/01.

<sup>15</sup> Cfr. Si pensi ad alcuni atti adottati attraverso la procedura di codecisione. Tra gli altri cfr. Regolamento CE 1049/2001 del 30 maggio 2001; Decisione 50/2002/CE del 7 dicembre 2001; Direttiva 2002/47CE del 6 giugno 2002.

<sup>16</sup> Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea*, punto 38 ss.

2006<sup>16</sup>, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (con specifico riferimento all'art. 24 volto alla tutela dei diritti del bambino).

Un terzo effetto da evidenziare è costituito dalla circostanza che i diritti fondamentali sanciti dalla Carta di Nizza, assurgendo (*ex novo* art. 6 Tue) al rango di diritto comunitario primario, non sono più identificabili né quali principi di diritto comunitario derivato, né tanto meno quali principi giurisprudenziali. Il che, ovviamente, produce delle conseguenze rilevanti sotto il profilo delle procedure da seguire in caso di modifica delle disposizioni della Carta. I diritti sanciti dalla Carta di Nizza, infatti, non potranno essere modificati né in via giurisprudenziale (cioè, da sentenze della Corte di giustizia), né da atti adottati dal legislatore comunitario (quali, ad esempio, regolamenti e direttive); pertanto, un emendamento dei diritti della Carta potrà essere posto in essere solo attraverso il formale esperimento della procedura di revisione dei trattati.

Un quarto profilo da segnalare lo si ravvisa nella circostanza che il Trattato di Lisbona, attribuendo valore giuridico vincolante alla Carta di Nizza, rende la *riserva di legge ex art. 52* della Carta (prevista a tutela della "fondamentalità" dei diritti) diritto comunitario vigente. L'art. 52 della Carta prevede, infatti, che: "*eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste (solo) dalla legge (...)*". Ciò significa che, entrato in vigore il nuovo Trattato europeo, i diritti della Carta possono essere limitati – sussistendo le condizioni previste dall'art. 52 della Carta – soltanto da atti normativi adottati dal legislatore comunitario (escludendo, quindi, l'ingerenza di atti che, sebbene dotati di contenuto normativo, siano qualificabili come "atti esecutivi")<sup>17</sup>.

Ciò non di meno, non può disconoscersi che rimane irrisolto un problema di fondo.

L'art. 52, sebbene volto ad elevare il livello di protezione dei diritti fondamentali, continua a costituire (anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona) una chiara dimostrazione che la Carta di Nizza non riconosce situazioni soggettive giuridiche *inviolabili*<sup>18</sup>. Il citato articolo, infatti, consentendo al legislatore comunitario di disporre delle limitazioni alla portata di tali diritti (seppur nel rispetto di alcune condizioni espressamente previste, quali: "*l'intangibilità del contenuto essenziale del diritto*", "*il rispetto del principio di proporzionalità e necessità*" – delle limitazioni adottate –, "*il perseguimento di finalità d'interesse generale riconosciute dall'Unione*", "*l'esigenza di proteggere diritti e liber-*

---

<sup>17</sup> L'attribuzione alla riserva di legge ex art. 52 di un valore giuridico vincolante acquista ancor più rilevanza se si considera che l'art. 2 del Trattato di Lisbona, modificando l'art. 251 del Trattato CE (che prende il nome di Trattato sul funzionamento dell'Unione), configura la procedura di codecisione (in cui Parlamento europeo e Consiglio si collocano su un piano di sostanziale parità) quale procedura legislativa ordinaria.

<sup>18</sup> Sul concetto di *inviolabilità* dei diritti, cfr. P.GROSSI, *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Padova, 2005, p. 1 e ss.

tà altrui”), esclude, come corollario diretto, la possibilità di considerare i diritti della Carta come diritti *inviolabili*.

Parte della dottrina<sup>19</sup> ha evidenziato come questo mancato riconoscimento, da parte della Carta, di situazioni soggettive giuridiche inviolabili potrebbe determinare un abbassamento del livello di tutela comunitaria dei diritti fondamentali, per due ordini di considerazioni.

Innanzitutto, perché tale *omissione* rappresenta, certamente, un chiaro “passo indietro” rispetto alla struttura di alcuni ordinamenti giuridici nazionali (quali, ad esempio, il nostro ordinamento costituzionale). Giova, a tal proposito, evidenziare come la Costituzione italiana del 1948 attribuisca, ai sensi dell’art. 2 Cost.<sup>20</sup>, il carattere dell’invulnerabilità ad ogni situazione soggettiva giuridica configurabile come “*diritti dell’uomo*”.

In secondo luogo, la scelta, degli estensori della Carta, di giustificare eventuali compressioni dei diritti fondamentali in ragione di “*finalità d’interesse generale riconosciute dall’Unione*” espone i diritti della Carta di Nizza ad un rischio troppo grande. Permettere, infatti, che tali situazioni soggettive giuridiche siano modificate per ragioni d’interesse generale subordina, in realtà, la tutela dei diritti fondamentali alle decisioni e agli interessi di singoli gruppi che costituiscono (di volta in volta) la maggioranza politica rendendo, quindi, troppo fragile il sistema comunitario di protezione dei diritti dell’uomo.

Il riconoscimento di una Carta di Nizza giuridicamente vincolante implica, altresì, una rilettura del suo art. 51, secondo cui “*Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, e agli organi dell’Unione, (...) agli Stati membri (...) esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione*”. Precisione quest’ultima non da poco. Tale articolo, infatti, è sempre stato considerato come la conferma che il regime di protezione stabilito dalla Carta non mira a “*perforare il diritto interno degli Stati europei* (sostituendosi ai sistemi di tutela dei singoli Stati membri) ma *assume un carattere complementare* (integrando i regimi di libertà e diritti già affermati nelle singole tradizioni costituzionali nazionali)”<sup>21</sup>. In altri termini, la funzione fino ad oggi riconosciuta all’art. 51 è stata la seguente: tale articolo, precisando l’ambito di applicazione della Carta di Nizza, consente di stabilire implicitamente (attraverso un ragionamento *a-contrario*) i limiti di esercizio del potere degli organi comunitari (tra cui, in primo luogo, la Corte di giustizia) in materia di diritti fondamentali.

<sup>19</sup> Cfr. P. BILANCIA, *Possibili conflittualità e sinergie nella tutela dei diritti fondamentali ai diversi livelli istituzionali*, in *Studi in onore di Fausto Cuocolo*, Milano, 2005, p. 150-151.

<sup>20</sup> Sull’orientamento secondo cui l’art. 2 Cost. costituirebbe una *clausola aperta* del nostro testo costituzionale, cfr. A. BARBERA, *Sub. Art. 2 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1975, p. 65 e ss.

<sup>21</sup> Cfr. P. BILANCIA, *Possibili conflittualità e sinergie nella tutela dei diritti fondamentali ai diversi livelli istituzionali*, cit., p. 148.

A tale interpretazione, però, è possibile, oggi, affiancare, una volta entrato in vigore il Trattato di Lisbona, una nuova lettura dell'art. 51; in questo caso, tuttavia, non si tratta di limitare l'azione delle istituzioni comunitarie in materia di tutela dei diritti dell'uomo, ma, al contrario, di estendere l'ambito di applicazione della Carta. Ben vero, quella parte dell'articolo 51 che recita "*Le disposizioni della presente Carta si applicano (...) esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione*" potrà, infatti, essere interpretata nel senso che, ogni qual volta Autorità nazionali degli Stati membri saranno chiamate ad applicare il diritto comunitario, dovranno – come condizione necessaria di tale applicazione – rispettare i diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione<sup>22</sup>.

Ed ancora, va evidenziato che la Carta di Nizza, acquistando (con il nuovo Trattato europeo) valore giuridico cogente, costituisce, altresì, un parametro di riferimento per orientare l'azione delle varie Pubbliche Amministrazioni nazionali.

Ad esempio, con riferimento al nostro ordinamento, l'art. 1 della legge n. 241/1990 (rubricato *principi generali dell'attività amministrativa*) stabilisce che "*L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge (...) secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario*"<sup>23</sup>. Ciò significa che l'azione amministrativa delle P.P.A.A. italiane dovrà tenere conto anche delle disposizioni della Carta di Nizza (che, con il Trattato di Lisbona, diventa diritto comunitario vigente), con particolare riferimento ad alcuni principi, quali: il principio di legalità ed il principio di buona amministrazione ex art. 41 della Carta (rubricato *Diritto ad una buona amministrazione*).

La circostanza per cui la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione diventa a tutti gli effetti, con il nuovo Trattato europeo, diritto comunitario sollecita due ulteriori considerazioni.

In primo luogo, bisognerà applicare anche alla Carta di Nizza il principio del *primato del diritto comunitario sul diritto interno*<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> In tal senso, cfr. J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, cit., p. 54.

<sup>23</sup> Nello spazio giuridico europeo è stato rilevato che si assiste ad una sorte di coordinamento *morbido* fra dimensione europea e dimensione nazionale e questo avviene attraverso ciò che viene definito "principio di equivalenza". Tant'è che il diritto amministrativo europeo si caratterizzerebbe "... per la centralità non del potere di regolare, ma degli interessi da tutelare, che operano come limiti al diritto nazionale ed europeo di regolare, in quanto richiedono il rispetto non solo dei principi tradizionali, come il principio di legalità e il principio di ragionevolezza, ma anche del principio di equivalenza, dal quale deriva il divieto di una regolazione multipla quando la tutela può essere assicurata in condizioni di equivalenza, escludendo, così, sia la uniformazione delle regole di tutela, sia la loro mutua esclusione" (L. TORCHIA, *Il governo delle differenze*, Bologna, 2006, pp. 175-176).

<sup>24</sup> Come è noto la Corte Costituzionale italiana ha accolto il principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno a seguito di una travagliata evoluzione giurisprudenziale, durata più di un quarantennio, che può essere divisa in quattro fasi principali. La prima fase del succitato processo giurisprudenziale è stata scandita dalla sentenza del 7 marzo 1964 n. 14; con tale decisione, infatti, il Giudice delle leggi ha affermato il principio in base al quale il giudice comune, in caso di

Ciò significa che, nel nostro ordinamento, in caso di contrasto tra una norma della Carta direttamente applicabile ed una norma interna difforme il giudice comune (che ha il “potere-dovere” di effettuare un sindacato diffuso di conformità, ai trattati e alle norme comunitarie direttamente applicabili, del diritto interno) dovrà, così come stabilito dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 170/1984<sup>25</sup>, garantire la prevalenza della Carta di Nizza (in quanto norma comu-

---

eventuale contrasto tra norma comunitaria e norma nazionale, avrebbe dovuto applicare il tradizionale criterio cronologico. Nello specifico, la Consulta, per giungere alla suesposta conclusione, è partita dal presupposto di sancire la *pariordinazione* dei regolamenti europei alle fonti nazionali di rango primario; pertanto, il Giudice delle leggi, una volta attribuito a tali norme comunitarie il medesimo rango della legge formale ordinaria, non ha avuto difficoltà ad invocare, quale criterio di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e nazionale, il tradizionale criterio “*lex posterior derogat legi priori*”. La seconda fase è stata inaugurata dalla sentenza del 27 dicembre 1973 n. 183, caso *Frontini*. In tale decisione la Consulta sancisce tre punti fondamentali. In primo luogo, la Corte ribadisce che i regolamenti comunitari sono norme dotate non solo di forza e valore di legge ma, altresì, di *diretta applicabilità* nell’ordinamento interno. In secondo luogo, afferma, per la prima volta, il principio del *primato* del diritto comunitario sulle norme nazionali interne (anche successive alla norma comunitaria). In terzo luogo (ed è questo l’aspetto che qui rileva maggiormente), la Corte costituzionale riconosce ad essa stessa il compito di garantire la prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale, ritenendosi competente a dichiarare, per violazione indiretta dell’art. 11 Cost., l’illegittimità costituzionale della norma interna difforme. Il passaggio alla terza fase ha avuto inizio quando la Consulta, al fine di rispondere alla decisione *Simmenthal* del 1978 della Corte di giustizia, ha pronunciato la sentenza del 8 giugno 1984, n. 170 (v. nota successiva). La quarta fase è stata caratterizzata da una serie di pronunce che hanno segnato da un lato, un recupero, da parte della Corte, di alcune sue competenze e dall’altro, una leggera attenuazione della *concezione dualistica* degli ordinamenti. A dimostrazione di quanto detto, si prenda in considerazione quell’orientamento giurisprudenziale (cfr. Corte costituzionale, sentenza del 10 novembre 1994, n. 384; sentenza del 30 marzo 1995, n. 94; sentenza del 7 novembre 1995, n. 482; sentenza del 28 dicembre 1995, n. 520) affermatosi nella fase in esame, volto a riaffermare la competenza della Consulta nel sindacare leggi regionali e statali che, in quanto difformi dal diritto comunitario, siano state impugnate in via principale. Ed ancora, si pensi a quelle pronunce (tra le altre, cfr. Corte costituzionale, sentenza del 13 giugno 2000, n. 190) con cui la Corte ha attribuito al diritto comunitario la funzione di “orientare” l’interpretazione del diritto nazionale.

<sup>25</sup> Cfr. Corte cost. sent. n. 170/1984 (c.d. La Pergola, dal nome del suo relatore). Tale sentenza ha deciso una controversia originata dal giudizio promosso dal Tribunale di Genova che ha censurato, in riferimento all’art. 11 Cost., l’art. 3 del d.P.R. 22 settembre 1978, n. 695 (avente ad oggetto le “Modificazioni alle disposizioni preliminari della tariffa dei dazi doganali di importazione della Repubblica Italiana”), così testualmente formulato: “*La norma di cui al punto 2, secondo comma, dell’art. 6, delle disposizioni preliminari della tariffa dei dazi doganali di importazione della Repubblica italiana, quale risulta modificata con l’art. 1 del presente decreto, ha l’effetto dall’11 settembre 1976*”. Nello specifico, secondo il giudice *a quo* la violazione indiretta dell’art. 11 Cost. è stata causata dal fatto che la norma censurata avrebbe determinato una violazione delle seguenti norme comunitarie: a) il principio, consacrato nell’art. 189 del Trattato di Roma, della efficacia immediata dei regolamenti emessi dagli organi della CEE. E ciò perché, secondo la giurisprudenza della Corte, qualsiasi trasformazione o ricezione del diritto comunitario nel diritto interno, ancorché operata mediante norme di carattere meramente riproduttivo, risulterebbe incompatibile con l’automatica applicabilità della produzione giuridica derivata dal Trattato, e ne sottrarrebbe indebitamente l’interpretazione alla Corte del Lussemburgo, alla quale spetta *ex art.* 177 del Trattato, la cognizione

nitaria) disapplicando la norma interna<sup>26</sup>. A ciò va, inoltre, aggiunto che il giudi-

---

delle questioni pregiudiziali interpretative, necessaria e fondamentale garanzia dell'applicazione uniforme del diritto comunitario in tutti gli Stati membri. b) l'art. 177 del Trattato. Tale norma si considera lesa anche in considerazione del fatto che la norma censurata confligge con il regolamento comunitario come interpretato dalla Corte di Lussemburgo, e così incide sul vincolo scaturente da tale pronuncia per qualsiasi giudice nazionale.

<sup>26</sup> La rilevanza della sentenza La Pergola sta nel fatto che con essa il Giudice delle leggi, sebbene ribadisca il primato del diritto comunitario sul diritto interno, cambia completamente prospettiva rispetto al precedente orientamento della giurisprudenza costituzionale in materia (si fa riferimento, in particolare, alla sentenza n. 183/1973); e, inoltre, fissa alcuni punti fondamentali che costituiscono, ancora oggi, dei capisaldi della disciplina avente ad oggetto i rapporti tra ordinamento comunitario e quello nazionale. Un primo aspetto fondamentale della decisione in esame riguarda il fatto che con essa la Consulta accoglie una *concezione dualista* dei rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno; in altre parole, la Corte sancisce il principio in base al quale il sistema giuridico comunitario ed il nostro ordinamento costituzionale *“sono configurati come autonomi e distinti, ancorché coordinati, secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato”* (cfr. considerato in diritto della motivazione Corte cost. sent. n. 170/1984; punto 4). A conferma ulteriore di quanto detto, si consideri quella parte della motivazione in cui si afferma che *“(...) l'ordinamento della CEE e quello dello Stato, pur distinti ed autonomi, sono, come esige il Trattato di Roma, necessariamente coordinati; il coordinamento discende, a sua volta, dall'aver la legge di esecuzione del Trattato trasferito agli organi comunitari, in conformità dell'art. 11 Cost., le competenze che questi esercitano, beninteso nelle materie loro riservate”* (cfr. considerato in diritto della motivazione Corte cost. sent. n. 170/1984; punto 4, *ad finem*). Una volta chiarito il rapporto tra i due ordinamenti giuridici, la Consulta, nella decisione in commento, prende in esame il problema dell'eventuale antinomia tra norma comunitaria e norma interna. Ciò che qui rileva evidenziare è il fatto che il Giudice delle leggi, al fine di riconoscere il primato della normativa comunitaria, abbandona la soluzione accolta nella sentenza n. 183/1973 (che prevedeva che fosse la Corte stessa a dichiarare l'illegittimità della norma interna difforme per violazione indiretta dell'art. 11 Cost.) e affida il compito di garantire la prevalenza dell'ordinamento comunitario al “potere-dovere” di *disapplicazione* del giudice comune. È interessante notare come la Consulta giunga alla suesposta conclusione attraverso un *iter* logico-giuridico scandito, principalmente, da tre passaggi logici. Innanzitutto, la Corte riconosce al giudice comune un “potere-dovere” di effettuare un sindacato diffuso di conformità, ai trattati e alle norme comunitarie direttamente applicabili, del diritto interno.

In secondo luogo, il Giudice delle leggi precisa che l'effetto prodotto dal diritto comunitario direttamente applicabile non è quello di *caducare* la norma interna difforme ma, semmai, d'*impedire* che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia (cioè, la norma comunitaria determina la *disapplicazione* della norma interna). A conferma di quanto detto, si faccia riferimento a quella parte della motivazione, della decisione in esame, in cui la Consulta dichiara, espressamente, che *“il regolamento comunitario fissa, comunque, la disciplina della specie. L'effetto connesso con la sua vigenza è perciò quello, non già di caducare, nell'accezione propria del termine, la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale. In ogni caso, il fenomeno in parola va distinto dall'abrogazione, o da alcun altro effetto estintivo o derogatorio, che investe le norme all'interno dello stesso ordinamento statale, e ad opera delle sue fonti”* (cfr. considerato in diritto della motivazione Cort. cost. sent. n. 170/1984; punto 5). Infine (ed è questo il terzo passaggio logico della motivazione), una volta affermato il dovere di disapplicazione del giudice comune, la Corte precisa che, comunque, rimane competente nel dichiarare l'illegittimità costituzionale delle leggi statali volte ad impedire l'osservanza del Trattato in relazione al sistema o al nucleo essenziale dei suoi principi.

ce comune – divenuta la Carta di Nizza, a pieno titolo, diritto comunitario – è legittimato, nel corso di un giudizio, a sollevare una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia sull'interpretazione delle disposizioni della Carta stessa.

In secondo luogo, la Carta di Nizza, con il Trattato di Lisbona, assurge (indirettamente) a strumento di tutela dei principi fondamentali posti alla base dei singoli ordinamenti costituzionali degli Stati membri. A tal proposito, giova ricordare che le Corti costituzionali degli Stati membri hanno più volte imposto, come condizione di riconoscimento del principio del primato del diritto comunitario, l'intangibilità dei principi supremi del proprio ordinamento nazionale. Tale è stato, ad esempio, l'orientamento della Corte Costituzionale tedesca<sup>27</sup>, così come quello della Corte costituzionale italiana che ha elaborato la c.d. "teoria dei controlimiti"<sup>28</sup> (secondo cui il Giudice delle leggi può intervenire ogni qual volta una norma comunitaria sia in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, attraverso lo strumento indiretto della dichiarazione d'incostituzionalità della legge nazionale che da esecuzione al trattato).

Alla stregua delle considerazioni sin qui svolte, quindi, appare evidente che una Carta di Nizza giuridicamente vincolante (che riconosce principi equiparabili e, comunque, assimilabili ai principi supremi degli Stati membri e rappresenta, al tempo stesso, parametro di validità degli atti comunitari) costituirà un'ulteriore importante garanzia che il diritto comunitario, sebbene (in linea di principio)

---

<sup>27</sup> Cfr. Corte Costituzionale tedesca, sentenza del 29 maggio 1974 *BVerfGE 37* (detta *Solange I*); sentenza del 22 ottobre 1986 *BVerfGE 73* (detta *Solange II*), sentenza del 12 ottobre 1993 *BVerfGE* (caso *Brunner c. Trattato di Maastricht*).

<sup>28</sup> Cfr. Corte Cost. sent. n. 183/1973, caso *Frontini* (in questa decisione la Corte dichiara espressamente la sua competenza nel sindacare la legittimità delle norme comunitarie, suscettibili di venire in rilievo all'interno del suo giudizio, ogni qual volta esse possano "violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana" – cfr. considerato in diritto della motivazione della sentenza de qua, punto 9 –); sent. n. 170/1984. In tale decisione si afferma, infatti, che "(le argomentazioni volte ad affermare il primato dell'ordinamento comunitario ed il compito esclusivo del giudice comune di dirimere i contrasti tra norme interne e comunitarie) non implicano, tuttavia, che l'intero settore dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno sia sottratto alla competenza della Corte. Questo Collegio ha, nella sentenza n. 183/1973, già avvertito come la legge di esecuzione del Trattato possa andar soggetta al suo sindacato, in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana" (cfr. considerato in diritto della motivazione della pronuncia in esame, punto 7); sentenza del 21 aprile 1989 n. 232, caso *Fragd*. In tale decisione la Corte, nel riaffermare la propria competenza a sindacare la conformità (ai principi supremi del nostro ordinamento) di qualunque norma del Trattato comunitario così come interpretato ed applicato dalle istituzioni comunitarie, ribadisce due punti fondamentali: in primo luogo, chiarisce che la dichiarazione d'incostituzionalità della legge nazionale di esecuzione non è altro che uno strumento indiretto (la Corte parla, al riguardo, di "parametro meramente interposto") per estendere il controllo di costituzionalità a tutte le norme di diritto comunitario (anche derivate); in secondo luogo, precisa che, nel caso di dichiarazione d'illegittimità costituzionale della legge nazionale di esecuzione, la normativa comunitaria diviene immediatamente inapplicabile all'ordinamento interno.

prevalente sul diritto interno, non incida negativamente sui principi supremi degli ordinamenti costituzionali nazionali.

A ciò, occorre aggiungere un'ulteriore riflessione.

La Corte costituzionale italiana ha, comunque, ritenuto nella sentenza n. 170/1984 la propria competenza (fermo restando il principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno ed il dovere, in capo al giudice comune, di disapplicazione della norma interna contrastante con una norma comunitaria) a dichiarare l'illegittimità costituzionale delle leggi statali e regionali *“dirette ad impedire o a pregiudicare la perdurante osservanza del Trattato, in relazione al sistema o al nucleo essenziale dei suoi principi*, (in quanto) (...) *la Corte sarebbe, quindi, chiamata ad accertare se il legislatore ordinario abbia ingiustificatamente rimosso alcuno dei limiti della sovranità statale, da esso medesimo posti, in diretto e puntuale adempimento dell'art. 11 Cost.*”<sup>29</sup>. Tale statuizione deve essere letta, anche, in relazione al nuovo art. 117 Cost., comma 1 (così come sostituito dalla legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001) secondo cui *“la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto (...) dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario*”<sup>30</sup>. Sulla base di quanto si è finora esposto si potrebbe, quindi, ritenere che la Carta di Nizza (contenendo, al contempo, principi rientranti nel *“nucleo essenziale dei principi del Trattato dell'Unione”* e *“vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario”*) assurgerà nel nostro ordinamento – avendo acquisito valore giuridico vincolante – a parametro interposto di costituzionalità<sup>31</sup>. In altri termini, in presenza

<sup>29</sup> Cfr. considerato in diritto della motivazione Cort. Cost. sent. n. 170/1984; punto 7.

<sup>30</sup> L'introduzione del “vincolo derivante dall'ordinamento comunitario” espressamente previsto nella nuova formulazione dell'art. 117 della Costituzione è stata considerata come una iterazione del precetto già contenuto nell'art. 11 della Costituzione, la c.d. “tesi continuista” (C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *F.it*, 2001, parte quinta, p. 194 e ss.; A. D'ATENA, *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione Europea*, in *Rass. parl.*, 2002, p. 193 e ss.) ovvero come ulteriore tappa d'integrazione vs l'unitarietà dell'ordinamento (P. BILANCIA, *Ancora sulle competenze delle Regioni in materia di rapporti internazionali*, in [www.statutiregionali.it](http://www.statutiregionali.it), 2002; M.P. CHITTI, *Regioni e Unione europea dopo la riforma del Titolo V della Costituzione: l'influenza della giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*, 2002, p. 1401 e ss.). La giurisprudenza della Suprema Corte, escludendo che sia stato introdotto un nuovo e formale parametro di “conformità comunitaria” delle leggi, sostanzialmente sposa la tesi “minimalista”, relegando la nuova disposizione come disciplina regolativa dei rapporti tra ordinamenti e continuando a ritenere l'art. 11 della Costituzione come unica fonte cui far riferimento per la prevalenza del diritto europeo su quello interno (Corte di Cassazione, III, civ., sentenza del 2 marzo 2005, n. 4466). Più di recente, la Corte Costituzionale con la sentenza del 28 marzo 2006, n. 129 ha considerato il diritto comunitario come norma interposta e quale parametro di costituzionalità, sino ad arrivare alla sospensione del processo (ordinanza del 15 aprile 2008, n. 103) al fine di rimettere la preliminare questione interpretativa (*ratione materiae*) alla Corte di giustizia.

<sup>31</sup> L'affermazione della Carta di Nizza quale parametro interposto di costituzionalità costitui-

di un'antinomia tra una norma interna ed una norma della Carta di Nizza *non direttamente applicabile* non è da escludere che possa essere sollevata una questione di costituzionalità per violazione indiretta degli artt. 117, comma 1 e 11 Cost.

Due ultime osservazioni vorremmo fare.

Innanzitutto, bisogna prendere atto che una Carta di Nizza dotata di valore giuridico cogente determinerà, con tutta probabilità, un cambiamento radicale del sistema di tutela comunitaria dei diritti fondamentali, per tre ordini di ragioni<sup>32</sup>:

---

rebbe il punto di arrivo di quel processo di progressivo richiamo che i Giudici costituzionali nazionali hanno cominciato a fare, nelle proprie sentenze, fin da quando la Carta costituiva una mera dichiarazione politica. Si pensi, ad esempio, alla sentenza del 30 novembre 2000, n. 292 del Tribunale costituzionale spagnolo (in cui il Tribunale costituzionale ha motivato la dichiarazione d'incostituzionalità di alcune disposizioni della legge n. 15/99 in materia di *privacy* facendo espresso riferimento alla Carta di Nizza). Ed ancora, si pensi alle sentenze della Corte Costituzionale n. 135 del 24 aprile 2002 e n. 445 del 12 novembre 2002 (cfr. Corte Cost. sent. n. 135/2002; sent. n. 445/2002, in *Giur. cost.*, 2002, p. 1062 e ss.). Nella sentenza n. 135/2002, la Corte è stata chiamata a decidere se l'attività investigativa consistente nella captazione d'immagini in luoghi di privata dimora potesse determinare una lesione del diritto all'inviolabilità del domicilio. Ebbene, la Corte, pervenendo alla conclusione che tale attività investigativa è legittima, motiva la sua decisione sulla base di due ordini di considerazioni: in primo luogo, precisa che le limitazioni ammissibili alla libertà di domicilio non sono solo quelle previste dall'art. 14 co. 2 Cost.; in secondo luogo (ed è questo l'aspetto che qui rileva maggiormente), ribadisce, facendo espresso riferimento alla Carta di Nizza, che *"l'ipotizzata restrizione della tipologia delle interferenze della pubblica autorità nella libertà domiciliare non troverebbe riscontro né nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (si fa riferimento all'art. 8 CEDU), né nel Patto internazionale sui diritti civili e politici (si fa riferimento all'art. 17), né, infine, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza nel dicembre del 2000 (si fa riferimento agli artt. 7 e 52)"*. Ma c'è di più. Nella decisione in commento, infatti, la Corte non si è limitata a richiamare la Carta di Nizza a fondamento della sua decisione, ma ha precisato che la necessità di dover tenere conto, ai fini della risoluzione del caso concreto, del documento in questione deriva dal fatto che, sebbene non sia dotato di valore giuridico, esso presenta un *"carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei"*. Nella sentenza n. 445/2002, invece, la Consulta è stata chiamata a sindacare la legittimità costituzionale dell'*obbligo di celibato e nubilato* imposto dalla legge come condizione per poter accedere al corpo della guardia di finanza. La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità del divieto in questione, sostenendo che tale norma sarebbe risultata in palese contrasto con il diritto di accedere in condizioni di uguaglianza agli uffici pubblici (ex art. 51 co. 1 Cost.), con il diritto di contrarre matrimonio (ex artt. 29 e 2 Cost. e ex art. 16 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948) e con il diritto a non essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella vita privata (ex art. 12 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, art. 8 della CEDU e art. 7 della Carta di Nizza).

Ma, più che la decisione del caso di specie, ciò che ai fini della nostra ricerca rileva maggiormente è che la Corte, nella decisione in commento, ha fatto esplicito riferimento alla Carta di Nizza non solo per rafforzare il contenuto degli artt. 2e29 della Costituzione ma anche, per richiamare a fondamento della sua decisione, utilizzandola come parametro autonomo (cioè, senza alcun riferimento al testo costituzionale), il diritto *a non subire interferenze arbitrarie nella vita privata*.

<sup>32</sup> Sull'orientamento secondo cui la Carta di Nizza, una volta acquisito valore giuridico vincolante, comporterà un drastico cambiamento del sistema di protezione comunitaria dei diritti dell'uomo, cfr. P. CARETTI, *I diritti fondamentali nell'ordinamento nazionale e nell'ordinamento comunitario: due modelli a confronto*, in *Dir. pubbl.*, 2001, p. 948.

**A) La Corte di giustizia perderà gran parte dell'attuale potere d'individuare, *iure pretorio*, situazioni soggettive giuridiche fondamentali da tutelare.**

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, infatti, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione segna il passaggio da un sistema di tutela comunitario dei diritti dell'uomo (fondamentalmente) libero da un preciso quadro normativo di riferimento ad un sistema di protezione (saldamente) ancorato ad un catalogo di diritti dotato della medesima forza giuridica dei trattati. Pertanto, la Corte di giustizia, innanzi ad una catalogo giuridicamente vincolante che dispone, *a priori*, quali diritti vanno considerati fondamentali (e quindi, tutelati), vedrà – inevitabilmente – limitare il proprio potere di stabilire, *iure pretorio* (ad esempio utilizzando, come spesso fatto, il riferimento alle “*tradizioni costituzionali comuni*” – ex art. 6 Tue – come un parametro aperto), quali situazioni soggettive giuridiche siano, di volta in volta, qualificabili come *fondamentali* e, quindi, degne di protezione comunitaria.

**B) La Carta di Nizza – riconoscendo insieme, senza alcuna distinzione di sorta, diritti civili e politici e diritti economici sociali e culturali – dimostra che(dopo l'entrata in vigore del nuovo Trattato europeo) il sistema di tutela comunitaria dei diritti fondamentali prescinde, ormai, dalla natura economica del diritto tutelato.**

**C) L'acquisizione, da parte della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, di un valore giuridico vincolante innalza il livello di protezione dell'individuo (in materia di diritti dell'uomo) anche da un punto di vista strettamente processuale.**

Nel diritto comunitario, infatti, non vige il principio *iura novit curia*; pertanto, in caso di violazione dei diritti umani, spetta al ricorrente dimostrare, innanzi al giudice comunitario, l'esistenza del diritto fondamentale dedotto in giudizio e l'eventuale violazione lamentata. Ciò ha reso, in alcune circostanze, quanto mai difficile per il singolo individuo – in assenza di un catalogo di diritti fondamentali giuridicamente vincolante – la possibilità di ottenere, a livello comunitario, tutela giurisdizionale del proprio diritto leso. In mancanza di una Carta dei diritti cogente, infatti, il ricorrente, ogni qual volta avesse lamentato una lesione di una situazione soggettiva giuridica non riconosciuta (in via giurisprudenziale) dalla Corte di giustizia, avrebbe dovuto provare l'esistenza di un diritto fondamentale non ritenuto (sino a quel momento), dalla giurisprudenza comunitaria, degno di tutela (facile intuire, al riguardo, le difficoltà probatorie!). Viceversa, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'esistenza di un dettagliato catalogo di diritti fondamentali normativamente vincolante (quale, appunto, la Carta di Nizza) consente a ciascun ricorrente, in sede di giudizio innanzi al giudice comunitario, di provare l'esistenza (e la rilevanza comunitaria) del diritto fondamentale leso indipendentemente dai precedenti giurisprudenziali del Tribunale di prima istanza e della Corte di giustizia.

La seconda considerazione riguarda il fatto che il Trattato di Lisbona, nel

sostituire l'art. 6 Tue, ne elimina il previgente paragrafo 3, secondo cui: *“l’Unione rispetta l’identità nazionale dei suoi Stati membri”*.

Ciò rileva sotto un duplice profilo.

In primo luogo, tale eliminazione risulta in linea con quelle disposizioni del nuovo Trattato europeo che (riprendendo uno degli aspetti più importanti del Trattato-Costituzione del 2004) attribuiscono all’Unione piena personalità giuridica. In altri termini, i redattori del Trattato di Lisbona, con l’eliminazione del riferimento alle *identità nazionali degli Stati membri*, sembrano voler, ulteriormente, evidenziare quel radicale cambiamento dell’Unione che, mutando (con l’eliminazione delle Comunità europee) la sua originaria struttura basata su “tre pilastri”, ambisce – con il nuovo Trattato europeo – ad assumere, sostanzialmente, l’ontologica struttura di un soggetto giuridico unitario.

In secondo luogo (ed è questo l’aspetto che in questa sede si vuole, soprattutto, evidenziare), va notato come la scelta di eliminare dall’art. 6 Tue il riferimento alle *identità nazionali degli Stati membri* rafforzi, ulteriormente, la futura funzione *attributiva* della Carta circa i diritti fondamentali dell’Unione. La Carta di Nizza, infatti, costituisce, una volta entrato in vigore il Trattato di Lisbona, un catalogo giuridicamente vincolante che, nel ricomprendere una serie di principi e valori assimilabili ai principi e valori fondamentali riconosciuti dagli Stati membri, li rende valori fondamentali dell’Unione (eliminando quindi, in materia di riconoscimento e tutela comunitaria dei diritti fondamentali, distinzioni legate alle singole dimensioni nazionali). Va, però, osservato che l’eliminazione del paragrafo 3 viene, comunque, temperata dal mantenimento (sempre nell’ambito del nuovo art. 6 Tue) del riferimento alle *“tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”* e dall’ulteriore precisazione che i diritti da esse riconosciuti costituiscono (con i diritti garantiti dalla CEDU) *principi generali del diritto dell’Unione*.

### 3.2. Alcune ambiguità irrisolte

Attraverso le argomentazioni sin qui svolte (v. paragrafo precedente) si è tentato di mettere in luce alcune delle conseguenze positive (*valutativamente* considerate) più importanti che il Trattato di Lisbona produrrà, attribuendo valore giuridico vincolante alla Carta di Nizza, in materia di riconoscimento e tutela comunitaria dei diritti fondamentali.

In realtà, però, delle perplessità rimangono.

Il nuovo Trattato europeo, infatti, contiene alcune disposizioni particolarmente ambigue che, oltre a generare complessi problemi interpretativi, sembrano dimostrare, di fatto, l’irrealizzabilità di una futura integrazione politica europea effettiva e completa (specie, in materia di diritti fondamentali).

Si ritiene opportuno porre l’accento su tre aspetti.

Un primo profilo particolarmente problematico riguarda il fatto che la Carta di Nizza non viene menzionata in nessuno degli articoli del Trattato di Lisbona

volti ad individuare i *trattati fondativi dell'Unione*. Della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, infatti, non se ne fa alcun cenno né all'interno dell'art. 1 Tue (così come modificato dal Trattato di Lisbona) che si limita ad affermare che “*l'Unione si fonda sul presente Trattato e sul Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (...)*”, né tanto meno nell'ambito del nuovo articolo 1-bis del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (introdotto dal Trattato di Lisbona), secondo cui “*il presente Trattato e il Trattato sull'Unione europea costituiscono i trattati su cui è fondata l'Unione*”. Ciò costituisce, chiaramente, una contraddizione del nuovo Trattato europeo che da un lato rende cogente (attribuendole lo stesso valore giuridico dei Trattati) una Carta volta a ricomprendere tutti quei principi fondamentali e valori fondanti l'ordinamento comunitario, e dall'altro, però, non la inserisce, espressamente, tra i documenti normativi posti alla base dell'Unione. Tale contraddizione, quindi, parrebbe celare il timore, da parte degli Stati membri, di una esplicitazione *apertis verbis* che il riconoscimento dei diritti fondamentali divenga uno degli elementi qualificanti della specificità “ontologica” dell'Unione stessa. In altri termini, questa “*freudiana omissione*” costituirebbe la riprova che il “nocciolo duro” dell'Unione europea continui ad essere rappresentato (fermo restando quel processo di progressiva apertura verso i diritti fondamentali) pur sempre dal nucleo aggregativo di base degli interessi economici.

Un altro grande problema interpretativo deriva dall'assenza di un qualunque riferimento alla Carta di Nizza nell'ambito del nuovo art. 48 Tue (così, come sostituito dal Trattato di Lisbona) disciplinante le modalità di revisione dei trattati (tale articolo, in particolare, prevede due procedure di revisione dei trattati: una procedura ordinaria ed una procedura semplificata). Ciò potrebbe, infatti, consentire una pericolosa interpretazione in base alla quale eventuali revisioni della Carta di Nizza dovrebbero svolgersi non secondo le regole e le garanzie previste dall'art. 48 Tue, ma secondo le tradizionali norme che disciplinano il diritto internazionale dei trattati. Pertanto, se si dovesse, in futuro, consolidare tale orientamento interpretativo, sarebbe consentito modificare, in modo significativo, il contenuto della Carta senza dover richiedere (così come, invece, disposto dal nuovo art. 48 Tue, paragrafo 3 – al chiaro fine di limitare modifiche dei trattati di ampio respiro →) l'intervento di una convenzione costituita “*da rappresentanti dei parlamenti nazionali, dei capi di Stato o di governo degli Stati membri, del Parlamento europeo e della Commissione*”, ma semplicemente ottenendo – così come previsto dal diritto internazionale dei trattati – l'unanimità degli Stati membri (ipotesi, questa, evidentemente, più facile da realizzare).

In sintesi, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si potrebbe determinare una situazione davvero singolare, nel senso che la Carta di Nizza (pur essendo dotata dello stesso valore giuridico dei trattati, e sebbene volta alla tutela di diritti considerati – per la rilevanza dei beni della vita protetti – *fondamentali*) risulterebbe soggetta ad una procedura di revisione (molto) più semplificata rispetto a quella prevista per modifiche di ampio respiro relative al Trattato sull'Unione europea ed al Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Resta, poi, da esaminare, tra le grandi ambiguità del Trattato di Lisbona, il Protocollo (annesso al testo del nuovo Trattato europeo) sull'*applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla Polonia e al Regno Unito*.

Tale Protocollo infatti, che ha – ai sensi del nuovo art. 49 b Tue (secondo cui: “*i protocolli e gli allegati ai trattati ne costituiscono parte integrante*”) – lo stesso valore giuridico dei trattati, costituisce un evidente strumento di affievolimento della coerenza attribuita (dal Trattato di Lisbona) alla Carta di Nizza<sup>33</sup>. Il Protocollo, in particolare, limita la vincolatività e l'applicabilità della Carta nell'ambito degli ordinamenti interni del Regno Unito e della Polonia riconoscendo un diritto di *opting out*, a favore dei due Stati membri, che si articola (principalmente) su tre punti:

A) La Carta di Nizza non legittima né la Corte di Giustizia, né (tanto meno) gli organi giurisdizionali della Polonia e del Regno Unito a dichiarare, in quanto contrastanti con le disposizioni della Carta stessa, l'irregolarità o l'invalidità di atti (amministrativi o normativi) interni all'ordinamento britannico o polacco (cfr. art. 1, paragrafo 1).

B) I diritti fondamentali previsti nel titolo IV della Carta sono azionabili e tutelabili innanzi ad un organo giurisdizionale britannico o polacco solo se espressamente riconosciuti, altresì, dai diritti interni dei due Stati membri (cfr. art. 1, paragrafo 2).

C) Tutte quelle disposizioni della Carta di Nizza che fanno riferimento a *leggi e pratiche nazionali* sono applicabili alla Polonia ed al Regno Unito solo nella misura in cui hanno ad oggetto diritti riconosciuti, anche, dagli ordinamenti interni dei due Stati in questione (cfr. art. 2).

Sulla base di quanto detto, è intuibile che il Protocollo paventi il timore del Regno Unito e della Polonia che la Carta di Nizza (acquisendo, con il Trattato di Lisbona, valore giuridico vincolante) determini un'ingerenza eccessiva dell'ordinamento comunitario nell'ambito degli ordinamenti interni. Ciò si arguisce, peraltro, se si considera che all'inizio dell'art. 1, paragrafo 2 – sebbene il precedente paragrafo 1 neghi, espressamente, l'applicabilità della Carta di Nizza negli ordinamenti interni dei due Stati – i redattori del Protocollo hanno scelto di precisare, ulteriormente (con la singolare espressione “*in particolare e per evitare dubbi*”<sup>34</sup>), la non invocabilità di tutti quei diritti fondamentali previsti dalla Carta ma non riconosciuti dagli ordinamenti della Gran Bretagna e della Polonia.

In realtà però, come acutamente osservato<sup>35</sup>, le ragioni che hanno spinto il Regno Unito e la Polonia a chiedere (ed ottenere) il Protocollo in commento rispondono a finalità differenti.

<sup>33</sup> Analogamente va letta la peculiarità delle *deroghe* previste per la Repubblica Ceca e per l'Irlanda.

<sup>34</sup> Cfr. J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, cit., pp. 175-179. L'autore, in particolare, evidenzia come il *Protocollo sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla Polonia e al Regno Unito* costituisca, probabilmente, l'unico testo normativo emanato da uno stato democratico liberale che contenga la singolare espressione: “*in particolare e per evitare dubbi*”.

<sup>35</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 50, 178-179.

I Britannici, infatti, hanno voluto evitare che la Carta di Nizza, in forza dei numerosi *diritti sociali* in essa contenuti, determinasse (una volta acquistato pieno valore giuridico) una compressione eccessiva delle libertà riconosciute, dall'ordinamento della Gran Bretagna, a favore dei propri imprenditori.

Quanto detto acquista ancor più significato se letto alla luce di due considerazioni.

In primo luogo, va ricordato che la Carta di Nizza costituisce – rappresentando un elemento di rottura con la tradizionale distinzione tra diritti *civili e politici* e diritti *economici, sociali e culturali*<sup>36</sup> (che ha, nel tempo, finito per condizionare anche le forme di tutela di tali situazioni soggettive giuridiche<sup>37</sup>) – il primo esempio<sup>38</sup> di strumento sovranazionale di protezione dei diritti fondamentali che riconosca insieme diritti *civili e politici* e diritti *economico-sociali*.

In secondo luogo, va evidenziato che la Carta di Nizza si distingue, come detto da parte della dottrina<sup>39</sup>, per un contenuto (particolarmente) innovativo che contempla una serie di nuovi diritti volti a soddisfare interessi sorti in seguito: all'evoluzione delle tecnologie (si pensi, ad esempio, all'art. 3 che tutela il diritto all'*integrità fisica e psichica della persona*, anche, in materia di *biotecnologie*), all'esigenza di tutelare soggetti con caratteristiche particolari (si pensi ai diritti del *bambino ex art. 24*, degli *anziani ex art. 25*, dei *disabili ex art. 26*), e (anche, e soprattutto) **ai più recenti sviluppi economico-sociali** (si pensi al *diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa ex art. 27*, alla *tutela in caso di licenziamento ingiustificato ex art. 30*, al diritto ad *una sicurezza sociale e ad una assistenza sociale ex art. 34*).

---

<sup>36</sup> Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali e sulle problematiche attinenti ad un'etica dello sviluppo, cfr. F. VIOLA, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Torino, 2000, p. 71 e ss.

<sup>37</sup> Tradizionalmente, infatti, i sistemi internazionali di tutela dei diritti si sono differenziati proprio sulla base della natura della situazione soggettiva giuridica tutelata. In particolare, i diritti *civili e politici* risultano protetti a livello internazionale dal *Patto internazionale dei diritti civili e politici* ed a livello regionale dalla *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo delle libertà fondamentali*; mentre i diritti *economici, sociali e culturali* sono stati tradizionalmente tutelati attraverso il *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali* (a livello internazionale) e attraverso la *Carta sociale europea* (a livello regionale).

<sup>38</sup> In realtà, il primo strumento internazionale di protezione dei diritti fondamentali che ha riconosciuto insieme diritti civili e politici e diritti sociali, economici e culturali è la *Carta Africana dei Diritti degli Uomini e dei Popoli del 28 giugno 1981*. Il suo Preambolo, infatti, recita che “*i diritti civili e politici non possono essere dissociati dai diritti economici sociali e culturali tanto nella loro concezione, così come nella loro universalità e che la soddisfazione dei diritti economici sociali e culturali è una garanzia per l'esercizio dei diritti civili e politici*”. A ciò si aggiunga che la Carta Africana, definendo i diritti da essa sanciti quali diritti dei “*popoli*”, finisce per ricomprendere anche i c.d. diritti di terza generazione (quali, ad esempio, il *diritto ad un ambiente sano* – art. 24 – e il *diritto alla pace ed alla sicurezza* – art. 23 –).

<sup>39</sup> Cfr. E. PACIOTTI, *La Carta: i contenuti e gli autori*, in A. MANZELLA-P. MELOGRANI-E. PACIOTTI-S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti* cit., p. 14 e ss.

La Polonia<sup>40</sup>, non temendo (al contrario del Regno Unito) l'impatto che i diritti sociali della Carta avrebbero potuto determinare nel proprio ordinamento interno, ha voluto, invece, limitare, attraverso il Protocollo, una possibile ingerenza dell'Unione nelle politiche statali aventi ad oggetto: la moralità pubblica, il diritto di famiglia, e la protezione della dignità e dell'integrità fisica e morale dell'uomo.

Ciò si può ricavare, come già evidenziato<sup>41</sup>, dai progetti di due dichiarazioni del 2007 presentate dal Governo polacco in sede di conferenza intergovernativa.

Nella prima dichiarazione (dal nome *Dichiarazione della Polonia relativa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*) si precisa, infatti, che: *“La Carta lascia impregiudicato il diritto degli Stati membri di legiferare nel settore della moralità pubblica, del diritto di famiglia nonché della protezione della dignità umana e del rispetto dell'integrità fisica e morale dell'uomo”*.

Nella seconda dichiarazione (*Dichiarazione della Polonia relativa al protocollo sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali alla Polonia e al Regno Unito*), invece, la Polonia, prendendo (implicitamente) le distanze dalla Gran Bretagna, afferma che *“(...) tenuto conto della tradizione di movimento sociale di Solidarnosc e del suo importante contributo alla lotta per i diritti sociali e del lavoro, rispetta pienamente i diritti sociali e del lavoro stabiliti dalla normativa dell'Unione europea e, in particolare, quelli ribaditi nel titolo IV della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”*.

Alla stregua delle considerazioni sin qui svolte, bisogna, quindi, prendere atto che il Trattato di Lisbona (con alcuni Protocolli allo stesso allegati) – al fine di ottenere un accordo, tra gli Stati membri, che consentisse di uscire da quell'*impasse* istituzionale provocata dalla mancata ratifica del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa – contiene alcune disposizioni (frutto del compromesso tra le Alte Parti contraenti) che rappresentano, per certi versi (anche in materia di diritti fondamentali), dei “passi indietro” rispetto al Trattato-Costituzione.

Il diritto di *opting out* riconosciuto ai Britannici non è altro, infatti, che l'ulteriore dimostrazione – come autorevolmente evidenziato<sup>42</sup> – che continua ad esistere un'Unione politica europea “eterogenea” (e non, totalmente, effettiva) in cui alcuni Stati godono di un regime giuridico speciale. Esempio emblematico è, appunto, il Regno Unito che – oltre ad aver limitato (con il Protocollo in commento) l'applicabilità, nel proprio ordinamento interno, della Carta di Nizza – è fuori dall'euro e da Schengen ed ha ottenuto, inoltre, un diritto di *opting out* per la giustizia e per gli affari interni.

In sintesi, il Trattato di Lisbona parrebbe (per certi aspetti) confermare l'impossibilità di un'integrazione comunitaria *completa* (specie, in materia di diritti

<sup>40</sup> In questa fase la Polonia è stata guidata dai fratelli *Lech* e *Jaroslav Kaczynski* (che hanno ricoperto la funzione, rispettivamente, di presidente e premier della nazione polacca).

<sup>41</sup> Cfr. J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo* cit., p. 179.

<sup>42</sup> Cfr. R. RUGGIERO, *Il cammino incerto di un'Europa senz'anima*, in *Il sole 24 ore*, 5 luglio 2007.

fondamentali) che ha, da sempre, rallentato e reso più difficile quel processo di costruzione di un'Unione politica europea.

#### 4. *L'Unione Europea aderisce alla CEDU*

##### 4.1. *Considerazioni preliminari*

Il nuovo art. 6 TUE (così come sostituito dal Trattato di Lisbona) prevede, testualmente, che “*L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati*”.

Pertanto, il nuovo Trattato europeo, una volta entrato in vigore, determinerà verosimilmente il definitivo ingresso dell'Unione (quale soggetto giuridico unitario) nella CEDU<sup>43</sup>.

Ciò, quindi, parrebbe rappresentare il punto di arrivo di quel processo di progressiva ingerenza che la Corte di Strasburgo ha cominciato, negli anni, ad esercitare (di fatto) sul sistema di tutela comunitaria dei diritti fondamentali. In realtà, occorre precisare che, fino agli anni novanta, la Commissione europea dei diritti dell'uomo è stata costante nel negare la competenza degli organi della CEDU a sindacare (eventuali) violazioni di diritti fondamentali causate da atti comunitari (o statali attuativi del diritto comunitario). Numerose sono state, infatti, le decisioni con cui la Commissione – adita per violazioni di diritti della persona ad opera di atti comunitari – ha dichiarato, al fine di evitare che il giudice comunitario venisse “bypassato”, l'inammissibilità del ricorso: per manifesta infondatezza<sup>44</sup>, per incompetenza degli organi della CEDU *ratione personae*<sup>45</sup> o *ratione materiae*<sup>46</sup>, o per mancato esaurimento dei ricorsi interni<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> Ingresso che, naturalmente, dovrà essere realizzato nel rispetto della complessa procedura prevista dall'art. 188N inserito dal Trattato di Lisbona (oggi numerato art. 218 Tfu) e, altresì, nel rispetto delle disposizioni contenute nel Protocollo 8 e nella Dichiarazione n. 2 allegati al Trattato di Lisbona (previste al fine di garantire che l'adesione alla CEDU non modifichi la peculiarità *soggettiva* dell'Unione).

<sup>44</sup> Cfr. Commissione europea dei diritti umani, Decisione d'inammissibilità *X. c. Paesi Bassi* del 6 febbraio 1967; Decisione d'inammissibilità *X. c. Belgio* del 3 febbraio 1970.

<sup>45</sup> Cfr. Commissione europea dei diritti umani, Decisione d'inammissibilità *Confédération Française Démocratique du Travail c. Communautés Européennes* del 10 luglio 1978 (In tale decisione, in particolare, la Commissione ha respinto il ricorso per tre motivi: a) perché la Comunità non è parte contraente della CEDU; b) perché il ricorso era diretto contro il Consiglio delle Comunità europee che non è un organo che fa parte della CEDU; c) perché la Francia non aveva ancora, in quel momento, riconosciuto la competenza della Corte europea dei diritti).

<sup>46</sup> Cfr. Commissione europea dei diritti umani, Decisione d'inammissibilità *M. & Co. c. Repubblica Federale Tedesca* del 9 febbraio 1990.

<sup>47</sup> Cfr. Commissione europea dei diritti umani, Decisione d'inammissibilità *Dufay v. European Communities* del 19 gennaio del 1989.

Tuttavia, tale tendenza ha subito una drastica “inversione di marcia” con la famosa sentenza *Matthews* del 1999<sup>48</sup>, che ha dato il via ad una attività d’interferenza (sempre maggiore) della Corte di Strasburgo sul sistema di tutela comunitaria dei diritti fondamentali. In questa sentenza, infatti, la Corte europea dei diritti umani, dichiarando, per la prima volta, la propria competenza a sindacare un provvedimento statale meramente attuativo del diritto comunitario, condanna il Regno Unito per violazione degli artt. 3 del Protocollo n. 1 (allegato alla CEDU) e 14 CEDU (che sancisce il *divieto di discriminazione*), e (ed è questo l’aspetto più rilevante) nega che possa essere invocato – quale causa di giustificazione – il carattere *meramente attuativo* (del diritto comunitario) del provvedimento statale impugnato.

L’entrata in vigore del Trattato di Lisbona supera inoltre, definitivamente, quelle resistenze, manifestate dalla Corte di giustizia, in riferimento ad un eventuale ingresso dell’Unione nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Al riguardo, va, infatti, ricordato che, sebbene l’ipotesi di un’adesione dell’Unione alla CEDU fosse stata più volte (in passato) prospettata sia dalla Commissione<sup>49</sup> che dal Parlamento europeo<sup>50</sup>, la Corte di Giustizia (nel famoso parere del 28 marzo 1996<sup>51</sup>) ha escluso, categoricamente, l’ingresso dell’Unione nella Convenzione, principalmente, per due ordini di ragioni:

A) l’adesione alla CEDU avrebbe ecceduto le competenze dell’Unione, in quanto essa dispone solo delle competenze espressamente attribuite (e, tra queste, non vi rientrerebbero i diritti fondamentali).

B) l’ingresso dell’Unione nella CEDU avrebbe dovuto, necessariamente, comportare una radicale modifica del Trattato sull’Unione europea<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> Cfr. Corte europea dei diritti umani, sentenza *Matthews c Regno Unito* del 18 febbraio 1999. Con tale decisione la Corte europea dei diritti si è pronunciata sulla seguente questione. Nel aprile del 1994, la signora *Matthews* ha richiesto di essere iscritta nelle liste elettorali di Gibilterra, al fine di poter partecipare alle elezioni del Parlamento europeo. L’iscrizione le è stata negata (il provvedimento di diniego è stato approvato, altresì, dalle Comunità europee e dagli Stati membri attraverso l’adozione della Decisione del Consiglio 76/787 e del Atto elettorale Europeo del 20 settembre del 1976 – firmato dai Ministri degli Esteri –) in quanto il territorio di Gibilterra è escluso da tali elezioni. Pertanto, in seguito al provvedimento di diniego, *Matthews* ha proposto ricorso alla Corte di Strasburgo lamentando una violazione dei propri diritti fondamentali determinata da un atto statale (il provvedimento che ha negato l’iscrizione) adottato in applicazione del diritto comunitario.

<sup>49</sup> Cfr. Commissione europea, Memorandum del 4 aprile del 1979; Memorandum del 19 novembre del 1990.

<sup>50</sup> Cfr. Parlamento europeo, Risoluzione del 27 aprile 1979.

<sup>51</sup> Cfr. Corte di giustizia, Parere 2/94 del 28 marzo del 1996, in *Raccolta*, I-1759.

<sup>52</sup> *Ibidem*. In particolare si fa riferimento a quella parte del citato parere in cui la Corte di giustizia precisa che l’adesione dell’Unione alla CEDU determinerebbe *un cambio sostanziale dell’attuale regime comunitario di protezione dei diritti umani, perché implicherebbe un inserimento della Comunità in un sistema istituzionale internazionale distinto e la integrazione della totalità delle disposizioni della Convenzione in seno all’ordinamento comunitario*” e, pertanto, *“una modi-*

In realtà, come sostenuto da alcuni autori<sup>53</sup>, è possibile (probabilmente) individuare, tra le ragioni sottese al citato parere, la volontà del giudice comunitario – consapevole della maggiore effettività del sistema di tutela della CEDU (basato sul meccanismo del ricorso individuale diretto) – di non perdere il “monopolio di giurisdizione” in materia di tutela comunitaria dei diritti fondamentali.

Con il nuovo art. 6 Tue, invece, venendo meno, in ambito comunitario, quella distinzione tra tutela *europea* e tutela *comunitaria* dei diritti fondamentali – considerata, da parte della dottrina<sup>54</sup>, un mero “artificio retorico” volto, esclusivamente, alla difesa delle rispettive attribuzioni dei due organi giurisdizionali europei (la Corte di giustizia e la Corte europea dei diritti dell’uomo) – si potrà (finalmente) realizzare un sistema comunitario di tutela *integrato* (cioè, realizzato attraverso un’attività di reciproca sinergia della Corte di Lussemburgo e di quella di Strasburgo) che sia più funzionale a garantire una maggiore protezione dei diritti fondamentali e risponda, altresì, alle logiche della *tutela multilivello dei diritti*<sup>55</sup>.

---

*fica del regime di protezione dei diritti umani nella Comunità, le cui implicazioni istituzionali sarebbero così fondamentali, tanto per la Comunità che per gli Stati membri, da determinare una apertura costituzionale (...). Tale apertura, quindi, è realizzabile unicamente attraverso una modifica del Trattato”.*

<sup>53</sup> Cfr. S. MATHIEU, *L’adhésion de la Communauté a la Convention Européenne des Droits de l’Homme: un problème de compétence ou un problème de soumission*, in *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne*, 1998, p. 35; cfr. A. BARBERA, *Le tre corti e la tutela multilivello dei diritti*, in *Studi in onore di Fausto Cuocolo* cit., p. 111.

<sup>54</sup> Cfr. C. PINELLI, *Judicial Protection of Human Rights in Europe and the Limits of a Judge Made-System*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 1997, p. 987. Va, comunque, precisato che per altra parte della dottrina la distinzione tra giurisdizione comunitaria e giurisdizione europea, in materia di diritti fondamentali, avrebbe l’importante finalità, tenendo conto del fatto che in ambito comunitario non esiste un referente in grado di sottoporre l’attività della Corte di giustizia ad una qualche forma di controllo, di supplire alla carenza di equilibrio e di controllo reciproco fra i poteri di cui soffre l’attuale assetto istituzionale dell’Unione. Al riguardo, cfr. J.H.H. WEILER, *Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice, in the Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities*, in *Washington Law Review*, 1986, p. 1116.

<sup>55</sup> Sul concetto di tutela multilivello dei diritti fondamentali, cfr. (fra gli altri): A. BARBERA, *Le tre corti e la tutela multilivello dei diritti* cit., p. 111 e ss.; P. BILANCIA, *Possibili conflittualità e sinergie nella tutela dei diritti fondamentali ai diversi livelli istituzionali* cit., p. 148 e ss.; M. CARTABIA, *Multilevel protection of fundamental rights in Europe- standards and judicial dialogue*, *Atti del convegno, The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada*, Trento, 2001; *Ibidem.*, *The multilevel protection of fundamental rights in europe: the european pluralism and the need for a judicial dialogue*, in *The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada*, a cura di C. CASONATO, Trento, 2003; C. PINELLI, *Judicial Protection of Human Rights in Europe and the Limits of a Judge Made-System* cit., p. 987 e ss.; G. ZAGREBELSKY, *Corti europee e corti nazionali*, in [www.luiss.it/europa/zagrebelsky.rtf](http://www.luiss.it/europa/zagrebelsky.rtf); A.H. CATALÀ I BAS, *La jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y su recepción por el Tribunal Constitucional*, in *Dereito: Revista juridica de Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 11, n. 1, 2002, p. 25 e

#### 4.2. Effetti

Il definitivo ingresso (ad opera del Trattato di Lisbona) dell'Unione europea nel sistema di tutela della CEDU produrrà (fra le altre), in materia di tutela comunitaria dei diritti fondamentali, tre importanti conseguenze.

Un primo intuitivo (ma non scontato) aspetto da evidenziare è che all'Unione – divenendo (a tutti gli effetti), con il nuovo art. 6 TUE, una delle Alte Parti contraenti della CEDU e dovendo, quindi, rispettare tutti gli articoli della Convenzione e dei Protocolli (ad essa, allegati) – verranno, altresì, applicate le disposizioni degli artt. 34 (disciplinante il meccanismo del *ricorso individuale*) e 35 (sulle *condizioni di ricevibilità* del ricorso alla Corte di Strasburgo) CEDU.

Ciò significa che ogni “*persona fisica, organizzazione non governativa, o gruppo di privati*”, sottoposto alla *giurisdizione*<sup>56</sup> dell'Unione europea, che si ritenga vittima di una violazione, posta in essere da un atto comunitario, dei propri diritti riconosciuti dalla CEDU potrà presentare ricorso alla Corte di Strasburgo, purché nel rispetto delle due condizioni di ricevibilità ex art. 35 CEDU: e cioè, il *previo esaurimento dei ricorsi interni* (in questo caso all'Unione) e il rispetto di un *termine per la presentazione del ricorso* (cioè, “*entro sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva*”).

La seconda importante conseguenza riguarda la futura incidenza esercitata dalle sentenze della Corte di Strasburgo sull'azione delle istituzioni comunitarie.

L'art. 46, paragrafo 1 CEDU prevede che: “*le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti*”. Pertanto, le sentenze della Corte europea dei diritti diverranno, per gli organi comunitari, giuridicamente vincolanti ogni qual volta l'Unione sia parte in causa in una controversia relativa alla violazione di diritti della CEDU. In realtà, come più volte affermato in via giurisprudenziale<sup>57</sup>, le sentenze

---

ss.; V. T. FREIXES SANJUAN, *Estudio preliminar: De la justicia constitucional al sistema europeo de garantía de los derechos fundamentales*, in D. ROUSSEAU, *La Justicia constitucional en Europa*, Madrid, 2002; L. MARTIN-RETORILLO, *Influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la del Tribunal Constitucional*, in *Cuadernos de Derecho Judicial, Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos II, Consejo General del Poder Judicial*, 1995, p. 268 e ss.; C. MORTE GÓMEZ, *El papel del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el sistema de derechos fundamentales de la Unión Europea* cit., p. 1613 e ss.

<sup>56</sup> Il termine *giurisdizione* è qui, chiaramente, utilizzato nell'accezione dell'art. 1 CEDU, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. (Fra le altre) Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Loizidou c. Turchia* del 23 marzo 1995. In tale decisione, infatti, la Corte di Strasburgo, accogliendo un'interpretazione estensiva del concetto di *giurisdizione* ex art. 1 CEDU, ha affermato il principio per cui gli Stati membri hanno il dovere di garantire la tutela dei diritti della CEDU non solo nell'ambito dei propri territori nazionali ma, anche, in quei territori che, pur non facendo parte della Convenzione, sono sottoposti ad un loro controllo di fatto (determinato, ad esempio, da una operazione militare legale – o non – condotta nei confronti del territorio occupato).

<sup>57</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Marckx c. Belgio* del 13 giugno 1979. In

della Corte di Strasburgo hanno un'efficacia *meramente dichiarativa*. Ciò significa che le istituzioni comunitarie, in caso di condanna dell'Unione per violazione dei diritti umani, avranno l'obbligo di cessare tale violazione ma potranno scegliere (con assoluta discrezionalità) i mezzi attraverso cui rendere efficaci le sentenze della Corte di Strasburgo.

Resta, comunque, il fatto che la Corte europea dei diritti dell'uomo – per temperare il carattere meramente dichiarativo delle proprie pronunce – può, in alcuni casi, suggerire agli organi comunitari (così come, spesso, fatto nei confronti dei singoli Stati<sup>58</sup>) i mezzi ritenuti più idonei ad eliminare la violazione del diritto, ed è, inoltre, legittimata ex art. 41 CEDU ad accordare – nel caso in cui il diritto dell'Unione non permetta di rimuovere la violazione – “*un'equa soddisfazione della parte lesa*”.

Rimane, infine, da esaminare l'influenza che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo eserciterà – divenuta l'Unione Alta Parte contraente della CEDU – sull'interpretazione dei diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento comunitario.

Al riguardo giova ricordare che l'art. 52 della Carta di Nizza (che, con il Trattato di Lisbona, acquista pieno valore giuridico) stabilisce che “*laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fonda-*

---

questa decisione è stato, infatti, precisato che “*le sentenze della Corte sono essenzialmente dichiarative e lasciano allo Stato la scelta di quali mezzi utilizzare, nel suo ordinamento giuridico interno, per adeguarsi a ciò che impone l'art. 53 CEDU*” (che corrisponde all'attuale art. 46 CEDU). Conformi cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Pakelli c. Germania* del 25 aprile 1983; sentenza *Dudgeon c. Regno Unito* del 24 febbraio 1983; sentenza *Papamichalopoulos e altri c. Grecia* del 31 ottobre 1995. Inoltre, cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Belilos c. Svizzera* del 29 aprile 1988 (in cui si afferma che “*le sentenze della Corte dei diritti lasciano allo Stato il compito di scegliere i mezzi, nell'ambito del suo ordinamento giuridico, per adempiere all'obbligazione che deriva dall'art. 53 CEDU – attuale art. 46 –*”).

<sup>58</sup> Si fa riferimento, in particolare, ad alcune recenti sentenze in cui la Corte di Strasburgo, dopo aver condannato gli Stati membri per violazione del diritto ad un equo processo ex art. 6 CEDU, suggerisce dei mezzi per riparare tale violazione. Tra le altre, cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Somogyi c. Italia* del 18 maggio 2004 (In tale decisione, infatti, la Corte, nel condannare lo Stato italiano per aver violato l'art. 6 CEDU, suggerisce, nella motivazione, che “*se viene leso il diritto ad un equo processo(...) il miglior modo per riparare all'infrazione sarebbe quello di riaprire il processo in tempo utile rispettando le condizioni dell'art. 6*”); sentenza *Assanidze c. Georgia* del 8 aprile 2004 (rileva, in particolare, la parte in cui la Corte dei diritti, avendo preso atto che l'inadempimento, da parte delle autorità statali, della sentenza che ordinava la liberazione del ricorrente era stato causa di una violazione dell'art. 6, afferma che “*date le circostanze, l'unico modo per porre fine all'infrazione è l'immediata liberazione del ricorrente*”). Sempre in tale ottica, anche se non riguarda una violazione dell'art. 6 CEDU, cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Ilascu e altri c. Moldova e Russia* del 8 luglio 2004 (in cui la Corte di Strasburgo, ritenendo che la detenzione dei ricorrenti avesse determinato una lesione del loro diritto alla libertà personale – così come riconosciuto dall'art. 5 CEDU –, ha espressamente suggerito che “*gli Stati debbano adottare le misure necessarie per porre fine alla detenzione arbitraria scarcerando e assicurando la libertà immediata dei ricorrenti*”).

*mentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione”.*

Ciò rileva sotto un duplice profilo.

In primo luogo, è possibile ritenere che, con il nuovo Trattato europeo, le sentenze della Corte europea dei diritti assurgeranno a parametro (probabilmente) vincolante per l'interpretazione (del giudice comunitario e nazionale) di tutti quei diritti fondamentali comunitari, altresì, riconosciuti dalla CEDU. Quanto detto rappresenta, come già acutamente evidenziato<sup>59</sup>, l'ulteriore conferma che l'elemento “ontologicamente” caratterizzante del sistema di tutela (anche comunitario) dei diritti fondamentali è quello di costituire un “*judge made system*”: e cioè, un sistema di protezione sorto come frutto diretto dell'interazione reciproca delle giurisprudenze delle Corti (europea, comunitaria, giudici nazionali) in cui le fonti normative (Dichiarazioni internazionali, Trattati, Costituzioni) rimangono sullo sfondo.

In secondo luogo, è facile intuire che, con l'ingresso dell'Unione nella CEDU, la Corte di Strasburgo assumerà il compito (fondamentale) di stabilire, per quei diritti riconosciuti, al contempo, dall'ordinamento comunitario e dalla Convenzione, degli *standard minimi di protezione*<sup>60</sup>. Pertanto, parrebbe che né gli Stati membri né (tanto meno) gli organi dell'Unione potranno, in futuro, prevedere, in materia di diritti fondamentali comunitari, un regime di tutela che sia inferiore al livello determinato dalle sentenze della Corte europea dei diritti.

Quanto detto, risulta ancor più rilevante se si considera che la Corte di Strasburgo, al fine di elevare (sempre più) il livello di protezione dei diritti fondamentali, ha, nel tempo, esteso l'ambito di applicazione della CEDU attraverso le seguenti tecniche<sup>61</sup>:

**A) tecniche volte a superare il limite di competenza *ratione materiae*.**

In particolare, la Corte ha spesso esteso la propria competenza tramite la c.d. “*applicabilité par attraction*”<sup>62</sup> o attraverso l'uso, nelle proprie pronunce, di

<sup>59</sup> Cfr. C. PINELLI, *Judicial Protection of Human Rights in Europe* cit., p. 1007e ss.

<sup>60</sup> Sull'orientamento secondo cui la giurisprudenza della Corte europea dei diritti deve essere necessariamente ponderata al fine di garantire da un lato uno standard minimo di tutela dei diritti fondamentali e dall'altro, di non fare diminuire tale livello di protezione cfr. V.T. FREIXES SANJUAN, *Libertades informativas e integración europea*, in *Colex*, 1996, p. 125.

<sup>61</sup> Parte della dottrina ha, infatti, definito l'attività giurisprudenziale della Corte di Strasburgo come un permanente sforzo di perfezionamento e divulgazione che rende la CEDU uno strumento (di protezione) vivo e dinamico, cfr. J.A. CARILLO SALCEDO, *La protección de Derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia una superación de la dualidad entre los derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales*, in *Revista de Instituciones Europeas*, 1991, p. 431e ss.

<sup>62</sup> L’“*applicabilité par attraction*” è la tecnica attraverso cui la Corte di Strasburgo ha, frequentemente, riconosciuto (“di rimbalzo”) la propria competenza a sindacare su violazioni di diritti non previsti dalla CEDU ma che determinavano, indirettamente, una lesione di situazioni soggettive giuridiche tutelate dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Cfr. F. SUDRE, *Extradition et peine de mort: arrêt Soering de la Cour Européenne des Droits de l'Homme du 7 juillet 1989*, in *Revue*

*definizioni elastiche del diritto tutelato*<sup>63</sup> (volte, cioè, ad estendere la tutela anche a beni della vita solo indirettamente riconducibili alla situazione soggettiva giuridica protetta dalla CEDU).

**B) tecniche volte a superare il limite di competenza *ratione temporis*.**

Si fa, in particolare, riferimento agli istituti della “*applicabilité par anticipation*”<sup>64</sup> (attraverso cui la Corte di Strasburgo ha censurato provvedimenti statali – difformi alla CEDU – perchè causa di violazioni non in atto ma, soltanto, future

---

*Générale de Droit International Public*, 1990, p. 108 e ss.. Si pensi, ad esempio, ai seguenti casi, cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza *Soering, c. Regno Unito* del 7 luglio 1989 (in cui la Corte di Strasburgo ha stabilito che, sebbene la CEDU non preveda alcun diritto a non essere estradato, il provvedimento di estradizione del Regno Unito – costringendo il sign. Soering a rientrare negli Stati Uniti, dove sarebbe stato giustiziato con la pena capitale – avrebbe determinato una violazione indiretta dell’art. 3 CEDU – che dispone il divieto di tortura –); sentenza *Berrehab c. Paesi Bassi* del 21 giugno del 1988; sentenza *Moustaquim c. Belgio* del 18 febbraio del 1991; sentenza *Nasri c. Francia* del 13 luglio del 1995 (in cui la Corte europea dei diritti ha ritenuto, sebbene la CEDU non preveda un diritto “a non essere espulso”, che il provvedimento statale di espulsione impugnato avrebbe determinato una violazione indiretta dell’art. 8 CEDU – diritto *al rispetto della vita privata e familiare* –).

<sup>63</sup> Esempio emblematico è dato dall’interpretazione estensiva che, da sempre, la Corte europea dei diritti ha fornito in riferimento al diritto al *rispetto della vita privata e familiare* ex art. 8 CEDU. Ad esempio, cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza *Niemietz c. Germania* del 16 dicembre 1992 (in cui la Corte ha ribadito che per il diritto di cui all’art. 8 della Convenzione “*non è possibile né necessario fornire una definizione esaustiva*”). Ed ancora, cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, sent. *Moustaquim c. Belgio* del 18 febbraio del 1991; sentenza *H. c. Regno Unito* del 8 luglio 1987; sent. *Niemietz c. Germania* del 16 dicembre 1992 (in cui la Corte, interpretando estensivamente il diritto ex art. 8 della CEDU, ha allargato il suo raggio d’azione anche a protezione delle *relazioni interpersonali professionali o commerciali*); Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza *X e Y c. i Paesi Bassi* del 26 marzo del 1985 (in cui la Corte di Strasburgo ha ritenuto di poter ricomprendere nella tutela del diritto al rispetto della vita privata anche il diritto ad *una integrità fisica e morale*); Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza *Dudgeon c. Regno Unito* del 22 ottobre del 1981; sentenza *Rees c. Regno Unito* del 17 ottobre 1986 (in cui si fa derivare, dal diritto ex art. 8 della CEDU, il diritto ad *una vita sessuale* – inteso in modo da garantire ogni forma di libera disposizione del proprio corpo, compresa la *transessualità* –); Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza *Leander c. Svezia* del 26 marzo del 1987; sentenza *Gaskin c. Regno Unito* del 7 luglio del 1989 (in cui il giudice europeo afferma che, attraverso una interpretazione estensiva dell’art. 8 CEDU, è possibile garantire il diritto dell’individuo alla tutela dei *propri dati personali*); Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza *Burghartz c. Svizzera* del 22 febbraio del 1994; sentenza *Stjerna c. Finlandia* del 25 novembre del 1994 (secondo cui è possibile far derivare implicitamente, dal diritto ex art. 8 CEDU, il diritto a *cambiare cognome*); Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza *López Ostra, c. Spagna*, causa 16798/90, del 9 dicembre del 1994 (in cui la Corte precisa che il diritto al *rispetto della vita privata e familiare* ex art. 8 CEDU comprende, altresì, il diritto *alla qualità della vita*).

<sup>64</sup> Cfr. F. SUDRE, *Extradition et peine de mort: arrêt Soering de la Cour Européenne des Droits de l’Homme du 7 juillet 1989* cit., p. 111 e ss.. Alcuni esempi, cfr. Corte europea dei diritti, sent. *Soering, c. Regno Unito* del 1989; sent. *Moustaquim* del 1991; sent. *Nasri* del 1995 (in cui il giudice europeo ha applicato la CEDU non in relazione ad una violazione in atto, ma sulla base della considerazione che, qualora fosse stato adottato il provvedimento statale impugnato – di estradizione o espulsione – si sarebbe determinata una violazione – futura – degli artt. 3 e 8 CEDU).

e potenziali) e della *violazione continuata*<sup>65</sup> (che ha consentito alla Corte dei diritti di sindacare su violazioni che, sebbene iniziate anteriormente, sono rimaste produttive di effetti anche dopo l'entrata in vigore della Convenzione<sup>66</sup>).

**C) tecniche volte a superare il limite di competenza *ratione loci*.**

Al riguardo, è sufficiente ricordare che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, accogliendo un'interpretazione estensiva del concetto di *giurisdizione ex art. 1 CEDU*, ha (in alcuni casi) imposto agli Stati membri l'obbligo di protezione dei diritti umani, anche, al di fuori del proprio territorio nazionale<sup>67</sup>.

Va, però, evidenziato che lo stesso articolo 52 della Carta di Nizza – che attribuisce (implicitamente), in materia d'interpretazione dei diritti fondamentali comunitari, un ruolo determinante alla Corte di Strasburgo – precisa, altresì, che “*la presente disposizione non osta al diritto dell'Unione di concedere una protezione più estesa*”.

In sintesi, quindi, è possibile ritenere che oggi – entrato in vigore il Trattato di Lisbona – sussistono i presupposti per dar vita ad un sistema di tutela dei diritti *integrato* in cui le istituzioni comunitarie – fermo restando gli *standard* di protezione minimi stabiliti dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo – sono, comunque, (pienamente) legittimate ad innalzare, di volta in volta (a secondo dei casi), il livello di tutela comunitaria dei diritti dell'uomo.

#### 4.3. *Taluni profili problematici*

L'ingresso dell'Unione nella CEDU determinerà, con tutta probabilità, complessi problemi applicativi ed interpretativi.

Vale, quindi, la pena esaminarne (quanto meno, per grandi linee) alcuni degli aspetti più rilevanti.

Un primo profilo da evidenziare è che (come precedentemente detto), nel caso di violazione – ad opera di un atto comunitario – di diritti riconosciuti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, si potrà adire la Corte di Strasburgo solo dopo aver esaurito (secondo il principio del *previo esaurimento dei ricorsi interni*) le vie di ricorso interne al diritto dell'Unione. Pertanto, la vittima della violazione dovrà, preliminarmente, impugnare l'atto comunitario lesivo, innanzi al Giudice comunitario, attraverso il ricorso per *annullamento ex art. 230 TCE* (che, con il Trattato di Lisbona, diventa Tfu).

Ciò, però, implica un abbassamento del livello di protezione dei diritti fondamentali, per due ordini di ragioni.

---

<sup>65</sup> La tecnica della *violazione continuata* è stata elaborata dalla prassi della Commissione europea dei diritti dell'uomo. Cfr. Commissione europea dei diritti dell'uomo, Decisione del 10 dicembre 1977 sul ricorso n. 7379/76 *X c. Regno Unito*; Decisione del 6 ottobre 1976 sul ricorso n. 7317/75 *Lynas c. Svizzera*.

<sup>66</sup> Fra le altre, cfr. Corte europea dei diritti, sent. *Loizidou* del 1995.

<sup>67</sup> V. nota 54.

In primo luogo, ai sensi del citato articolo (come modificato dal Trattato di Lisbona), il privato (persona fisica o giuridica) può proporre ricorso per annullamento, esclusivamente, verso atti comunitari che lo riguardano direttamente ed individualmente.

In secondo luogo (ed è questo l'aspetto più importante), bisogna prendere atto che il sistema processuale comunitario non è (totalmente) idoneo a proteggere i diritti dell'uomo, in quanto consente al ricorrente di ottenere una tutela, soltanto, "indiretta" della propria situazione soggettiva giuridica lesa. Attraverso il ricorso previsto dall'art. 230 dell'ex TCE (oggi Tfu), infatti, è possibile far valere non il diritto soggettivo leso, ma una sorta d'*interesse* (del ricorrente) alla conformità dell'atto comunitario al diritto dei Trattati<sup>68</sup>. In altri termini, tramite il ricorso per annullamento si censura non la violazione del diritto fondamentale in quanto tale, ma la lesione del diritto in quanto **violazione indiretta del Trattato**.

Alla stregua delle considerazioni esposte, sembra ragionevole ritenere che il sistema di tutela comunitario, al fine di garantire una protezione *effettiva* dei diritti umani, dovrebbe (entrato in vigore il Trattato di Lisbona) adeguarsi al nuovo assetto determinato dall'ingresso dell'Unione nella CEDU, prevedendo (sulla falsa riga del sistema di tutela della Convenzione europea dei diritti dell'uomo) un meccanismo di *ricorsi individuali* attraverso cui adire *direttamente* la Corte di giustizia per (qualunque) violazione di diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento comunitario<sup>69</sup>.

Un complesso problema interpretativo riguarda inoltre la previsione, da parte del Trattato di Lisbona, del nuovo articolo 188 N, paragrafo 8, comma 2 (sostitutivo dell'art. 300 TCE ed oggi numerato come art. 218 Tfu) che, nel disciplinare la procedura attraverso cui l'Unione può concludere accordi internazionali, precisa che: "(...) *Il Consiglio delibera all'unanimità anche per l'accordo sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; la decisione sulla conclusione di tale accordo entra in vigore previa approvazione degli Stati membri, conformemente alle rispettive norme costituzionali*".

Già da una prima lettura, appare evidente la singolarità e (per certi versi) la contraddittorietà della norma in commento.

Innanzitutto, come acutamente osservato<sup>70</sup>, non si comprende, infatti, per quale ragione i redattori del Trattato di Lisbona abbiano previsto che la decisione del Consiglio (recante l'accordo sull'adesione alla Convenzione), per entrare in

<sup>68</sup> Si noti, infatti, che l'art. 230, paragrafo 2 dell'ex TCE (oggi Tfu) prevede, come vizi censurabili attraverso il ricorso per annullamento, "*l'incompetenza, la violazione delle forme sostanziali, violazione del presente trattato o di qualsiasi regola relativa alla sua applicazione, ovvero sviamento di potere(...)*".

<sup>69</sup> Al riguardo, cfr. T. FREIXES SANJUAN, *Estudio preliminar: De la justicia constitucional al sistema europeo de garantía de los derechos fundamentales* cit., p. 26 e ss.

<sup>70</sup> Cfr. J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo* cit., p. 103.

vigore, debba essere successivamente approvata dagli Stati membri, quando: tale decisione rappresenta uno dei casi tassativi in cui è richiesta l'unanimità dei membri del Consiglio (e, quindi, presuppone il consenso di tutti i rappresentanti degli Stati) e, inoltre, tutti gli Stati dell'Unione sono già Parti contraenti della CEDU.

In secondo luogo, l'accordo sull'adesione alla CEDU costituisce – come ricavabile dallo stesso art. 188 N, paragrafo 1 (secondo cui le disposizioni contenute in tale articolo riguardano “*gli accordi tra l'Unione e i paesi terzi o le organizzazioni internazionali*”) – un accordo internazionale perfezionato tra l'Unione (intesa come soggetto giuridico *unitario* ed *autonomo*) e le Alte Parti contraenti della Convenzione. Quindi, l'art. 188 N, paragrafo 8 – prevedendo, quale condizione sospensiva per l'entrata in vigore dell'accordo di adesione, l'approvazione (*ex post*) di tutti gli Stati membri – sembrerebbe porsi, come sostenuto da parte della dottrina<sup>71</sup>, in evidente contraddizione con il nuovo art. 46 A Tue (introdotto dal Trattato di Lisbona) che, attribuendo all'Unione europea *piena* personalità giuridica, le riconosce (implicitamente) la titolarità di perfezionare, in assoluta *autonomia*, accordi internazionali con terzi.

Alla stregua delle considerazioni sin qui svolte, parrebbe, in sintesi, che la norma in commento celi un senso di profonda sfiducia, da parte dei redattori del nuovo Trattato europeo, nei confronti delle istituzioni comunitarie, considerate (probabilmente) non dotate di quella forza *giuridica* e *politica* necessaria per poter assumere e portare avanti (autonomamente) decisioni di rilievo relative all'azione esterna (cioè, in campo internazionale) dell'Unione (quale, appunto, la decisione di entrare, definitivamente, a far parte della Convenzione europea dei diritti dell'uomo)<sup>72</sup>.

Un ultimo importante aspetto da esaminare è che, con il definitivo ingresso dell'Unione nella CEDU, sarà la Corte di Strasburgo ad avere (spesso) “l'ultima parola” in materia di tutela comunitaria dei diritti fondamentali.

Ciò, pertanto, potrebbe determinare una forte compressione del ruolo della Corte di giustizia, sotto un duplice profilo.

In primo luogo, la Corte di Lussemburgo verrebbe sottoposta, in materia di diritti umani, ad un vero e proprio controllo giurisdizionale esterno.

In altri termini, come sostenuto da parte della dottrina<sup>73</sup>, si potrebbe prospettare il rischio che, in seguito all'adesione alla CEDU, si determini una “spaccatura dell'uniformità interpretativa del diritto comunitario”. Nel senso che la validità degli atti comunitari incidenti su diritti fondamentali verrebbe, in ultima istanza, stabilita (indirettamente) dalla Corte di Strasburgo (e non dalla Corte di giustizia che perderebbe, quindi, la funzione di giudice comunitario di ultimo grado).

In secondo luogo, l'ingresso dell'Unione nella Convenzione europea dei diritti

---

<sup>71</sup> Cfr. G. AMATO, *Prefazione*, in J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo* cit., p. 10.

<sup>72</sup> In tal senso, cfr. J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo* cit., p. 104.

<sup>73</sup> Cfr. S. MATHIEU, *L'adhésion de la Communauté a la Convention Européenne des Droits de l'Homme: un problème de compétence ou un problème de soumission* cit., p. 35 e ss.

dell'uomo potrebbe comportare, in alcuni casi, una *delegittimazione*<sup>74</sup> della Corte di Lussemburgo in materia di diritti umani. Ciò, in particolare, si verificherebbe ogni qual volta, su uno stesso diritto, venissero pronunciate sentenze, della Corte di giustizia e della Corte di Strasburgo, contrastanti fra loro. Va, infatti, ricordato come, già in passato, siano stati numerosi i contrasti giurisprudenziali (sulla stessa linea delle – tante – frizioni interpretative avute tra Corti nazionali e Corte europea dei diritti<sup>75</sup>), tra Corte di Lussemburgo e Corte di Strasburgo, in materia di definizione dei *limiti* e del *contenuto essenziale* di alcuni diritti fondamentali: quali, tra gli altri, il diritto alla *libertà d'informazione*<sup>76</sup> o il diritto all'*inviolabilità del domicilio*<sup>77</sup>.

Tuttavia, è possibile, al riguardo, fare due considerazioni.

Innanzitutto, parrebbe che l'ipotesi di una (eventuale) delegittimazione – ad opera della Corte europea dei diritti – della Corte di giustizia sia, per certi versi, temperata dalla presenza di alcuni istituti (quali, ad esempio, il carattere sussidiario della normativa relativa alla Corte di Strasburgo, il principio del previo esaurimento dei ricorsi interni) che consentirebbero (quanto meno in linea teorica) di raggiungere una “*armonia tra diversi*”<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> Sull'orientamento secondo cui la presenza di una pluralità di giudici e di Carte in materia di diritti fondamentali potrebbe determinare una “*delegittimazione reciproca*” degli organi giurisdizionali di controllo, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Corti europee e corti nazionali* cit.; U. DE SIERVO, *I Diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali italiani*, in *Diritti e costituzione nell'Unione europea*, Bari, 2003, p. 258 e ss.

<sup>75</sup> Si pensi, ad esempio, alle diverse concezioni della *bioetica* proposte dalle varie Corti nazionali su cui è, spesso, intervenuta la Corte europea dei diritti dell'uomo. Cfr. Corte europea dei diritti umani, sentenza *Pretty c. Regno Unito* del 29 aprile 2002 (relativa al diritto di poter disporre della propria vita); sentenza *Goodwin c. Regno Unito* del 11 luglio 2002 (relativa al diritto dei transessuali); sentenza *Fretté c. Francia* del 26 febbraio 2002 (relativa al diritto di adozione degli omosessuali); sentenza *Odievre c. Francia* del 13 febbraio 2003 (relativa al diritto dell'adottato a conoscere la propria ascendenza biologica).

<sup>76</sup> Si fa, in particolare, riferimento al problema – posto, in torno agli inizi degli anni novanta, all'attenzione della Corte sia di Lussemburgo che di Strasburgo – di stabilire se un divieto volto ad impedire che vengano fornite informazioni su cliniche che praticano l'interruzione della gravidanza possa essere considerato lesivo del diritto alla libertà d'informazione. La Corte europea dei diritti ha affermato che il divieto in esame è da considerarsi lesivo della CEDU, in quanto fonte di una compressione sproporzionata del diritto alla libertà d'informazione. Cfr. Corte europea dei diritti umani, sentenza *Door e Dublin Well Woman c. Irlanda* del 29 ottobre 1992. La Corte di giustizia ha, invece, sostenuto, accogliendo una soluzione completamente opposta a quella affermata dalla Corte di Strasburgo, che il divieto in commento non costituirebbe alcuna compressione “irragionevole” (e quindi sproporzionata) della libertà d'informazione. Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 4 ottobre 1991, causa C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd c. Stephen Grogan e altri*.

<sup>77</sup> Si pensi al contrasto interpretativo, sorto – all'inizio degli anni novanta – tra giudice europeo e giudice comunitario, avente ad oggetto il problema di stabilire se il diritto all'*inviolabilità del domicilio* possa essere, altresì, riconosciuto alle persone giuridiche. La Corte di Strasburgo ha risposto, a tale quesito, affermativamente. Cfr. Corte europea dei diritti, sent. *Niemietz c. Germania* del 16 dicembre 1992. La Corte di giustizia ha, invece, escluso che le persone giuridiche possano essere considerate titolari del *diritto all'inviolabilità del domicilio*. Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 21 settembre 1989, cause riunite C 46/87 e C 227/88, *Hoechst AG c. Commissione delle Comunità europee*.

La seconda considerazione è che il rischio che in materia di tutela dei diritti fondamentali si possa dar luogo ad una difformità di orientamenti giurisprudenziali, probabilmente, “prova troppo”. Tale argomentazione è, infatti, certamente inoppugnabile per quanto riguarda l’aspetto nomofilattico. Tuttavia, è ragionevole ritenere che, proprio per la rilevanza degli interessi in gioco (si tratta, infatti, della salvaguardia di posizioni soggettive *fondamentali*), potrebbe risultare utile, per così dire, il “confronto” dialettico fra diversi orientamenti, al fine di delineare, con sempre maggiore precisione, gli ambiti e le modalità per la più efficace salvaguardia dei diritti in commento<sup>79</sup>.

**LISBON TREATY AND FUNDAMENTAL RIGHTS:  
NEW PERSPECTIVES REFERRING TO THE CHARTER OF FUNDAMENTAL  
RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION AND THE RELATIONSHIP  
BETWEEN EUROPEAN UNION AND EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS**

by Tommaso Pensabene Lioni

**Abstract**

The author analyses some important aspects of the impact that the Lisbon Treaty can have in the system of the community tutelage of fundamental rights.

In particular the author deals with the central core of those provisions of the law which concern the complicated theme relating to the juridical value of the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the relationship between European Union and European Convention for the Protection of Human Rights and fundamental Freedoms.

The n. 1 article of Lisbon Treaty gives the Charter of Fundamental Rights EU the same juridical value of the treaties.

So the author wants to clarify the *impasse* that this article will determine on the role taken by the Court of justice to protect the fundamental juridical situations.

Nevertheless if from one side there is the possibility of an enlargement of protection (recognition of civil and political rights and economical, social and cultural ones), on the other side, some ambiguities appear (as for example, among the *light and shade effects* of the Treaty, the right of *opting out* given to some States members).

Concerning the new n. 6 article TEU, the author analyses the relationship between the Court of justice and the European Court of Human Rights, highlighting that there are the conditions that give the two Courts the chance to act with synergy; even if some difficulties persist in order to harmonize the two systems of tutelage.

---

<sup>78</sup> Cfr. V. ONIDA, *Armonia fra diversi e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti fra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, p. 549 e ss.

<sup>79</sup> In quest’ottica è verosimile che si possa assicurare il più ampio livello di tutela per i diritti fondamentali, che ovviamente rappresentano il sintomo più significativo per qualificare il tessuto democratico di un’istituzione. Si avvererebbe, forse, quanto pronosticato da Attali “L’Unione europea, avanguardia della democrazia. ... È qui che le condizioni per un equilibrio tra mercato e democrazia verranno sintetizzate meglio. È in Europa che l’iperdemocrazia avrà inizio”. (J. ATTALI, *Breve storia del futuro*, Roma, 2007, p. 213).

## La sospensione cautelare delle leggi nel giudizio in via principale

di Manuela Salvago\*

SOMMARIO: 1. Premessa: il “nuovo” art. 35 della l. n. 87/1953 – 2. La fonte idonea a disciplinare il potere di sospensiva – 2.1. La riserva di legge costituzionale *ex art.* 137, primo comma, della Costituzione – 2.2. Il potere di sospensiva delle leggi come potere cautelare implicito – 2.3. Legge ordinaria e fonti regolamentari – 3. Oggetto del potere di sospensiva e controllo di costituzionalità a carattere preventivo – 4. Alcune note sui presupposti della sospensiva – 4.1. Un confronto con i presupposti della tutela cautelare classica – 5. Modalità di attivazione del potere di sospensiva e principio del contraddittorio – 6. Forma e obbligo di motivazione del provvedimento di sospensione cautelare – 7. Effetti – 7.1. *Segue.* Gli effetti della sospensione delle leggi sulle Regioni – 7.2. *Segue.* Gli effetti della sospensione delle leggi sui giudizi comuni.

### 1. *Premessa: il “nuovo” art. 35 della l. n. 87/1953*

L’art. 40 della legge 11 marzo 1953, n. 87, prevede che la Corte costituzionale possa, nell’ambito del conflitto di attribuzioni intersoggettivo, sospendere per gravi ragioni e con ordinanza motivata l’esecuzione degli atti che hanno dato luogo al conflitto stesso.

Dopo cinquant’anni analogo potere è stato esteso ai giudizi sollevati in via principale<sup>1</sup>, in forza della legge 5 giugno 2003, n. 131, c.d. “La Loggia”, il cui art. 9, comma 4, ha sostituito il vecchio testo dell’art. 35, l. n. 87/1953.

---

\* Dottoranda di ricerca in “Giustizia costituzionale e diritti fondamentali” presso l’Università di Pisa.

<sup>1</sup> L’introduzione del potere di sospensiva nell’ambito del giudizio in via principale era già stato prospettato dalla dottrina a partire dalla fine degli anni sessanta. Cfr. al riguardo A. PACE, *Sulla sospensione cautelare dell’esecuzione delle leggi auto applicative impugnate per incostituzionalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, 517 ss.; V. ONIDA, *I giudizi sulle leggi nei rapporti fra Stato e Regione. Profili processuali*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 196-197; nonché S. BARTOLE, *Considerazioni sulla funzionalità della Corte costituzionale*, in S. BARTOLE - M. SCUDIERO - A. LOIODICE (a cura di), *Regioni e Corte costituzionale. L’esperienza degli ultimi 15 anni*, Milano, Franco Angeli, 79 e 80.

Quest'ultimo, nella versione attuale, stabilisce che «*qualora la Corte ritenga che l'esecuzione dell'atto impugnato o di parti di esso possa comportare il rischio di un irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico o all'ordinamento giuridico della Repubblica, ovvero di un pregiudizio grave e irreparabile per i diritti dei cittadini, trascorso il termine di cui all'art. 25, d'ufficio può adottare i provvedimenti di cui all'art. 40. In tal caso l'udienza di discussione è fissata entro i successivi trenta giorni e il dispositivo della sentenza è depositato entro quindici giorni dall'udienza di discussione*».

Il "nuovo" art. 35, d'ora in avanti, costituirà la base a partire dalla quale si svolgeranno una serie di riflessioni concernenti gli aspetti di maggiore interesse e problematicità che l'istituto del potere di sospensiva delle leggi presenta, anche alla luce della giurisprudenza della Corte<sup>2</sup>.

Occorre, però, una precisazione. Si è scelto di non dedicare nessuna parte del lavoro all'esame specifico della sospensiva nel conflitto di attribuzione tra enti. Ciò in quanto si è preferito privilegiare i problemi che questo potere della Corte pone nella sua applicazione al giudizio in via d'azione, data la rilevanza dell'oggetto su cui in questo caso si svolge il sindacato della Consulta.

## 2. *La fonte idonea a disciplinare il potere di sospensiva*

Una delle questioni maggiormente dibattute in dottrina intorno al potere della Corte di sospendere gli atti legislativi è quella relativa alla fonte in grado di dettarne la disciplina. In particolare, il problema che si è posto è il seguente: è idonea la legge ordinaria a disciplinare un potere di sospensione che incide, ed è questo il nodo centrale, *su leggi o atti aventi forza di legge?*

In dottrina, a tal proposito, sono emersi tre principali orientamenti, a seconda che la fonte idonea a prevedere il potere di sospensiva delle leggi venga ravvisata: a) solo nella legge costituzionale; b) anche nella legge ordinaria; c) persino in atti normativi di grado inferiore alla legge.

Per quanto riguarda la prima delle tesi appena riportate, essa rinviene il suo fondamento nella riserva di legge costituzionale prevista dall'art. 137, primo comma, Cost.<sup>3</sup>, sia nel caso in cui il procedimento volto ad ottenere la sospensiva venga considerato autonomo rispetto al giudizio di costituzionalità, sia laddove

---

<sup>2</sup> Si è scelto di non dedicare alla giurisprudenza costituzionale un apposito paragrafo ma di richiamare le decisioni della Corte ogni qualvolta esse possano servire a comprendere la concreta applicazione dell'istituto o fornire spunti per ampliare la riflessione sugli aspetti del medesimo di volta in volta presi in considerazione.

<sup>3</sup> Cfr. A. PREDIERI, *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionale*, in A. MARANINI (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Firenze, Vallecchi, 1966, 201 ss., nonché V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, Cedam, 1984, 230 ss.

lo si configuri come un «sub-procedimento» che si svolge nell'ambito di quest'ultimo<sup>4</sup>. Altri, invece, fanno leva sull'assunto in base al quale ad una legge ordinaria non potrebbe riconoscersi il potere di stabilire un'ulteriore causa di cessazione, sebbene temporanea, dell'efficacia degli atti normativi di pari grado<sup>5</sup>.

Quanti, invece, condividono la previsione a mezzo di legge ordinaria della sospensione cautelare nell'ambito dei giudizi in via principale, ritengono innanzi tutto che non possa essere invocata la riserva di legge costituzionale, in quanto essa copre la disciplina relativa esclusivamente alle «condizioni, (a)le forme e (a)i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale (...)». In secondo luogo osservano che: a) tale norma può essere riferita solo alla disciplina relativa al c.d. accesso alla Corte<sup>6</sup>; b) riguardando le condizioni, le forme e i termini di proponibilità dei giudizi di costituzionalità sulle leggi e dovendosi ritenere il procedimento relativo all'esercizio del potere di sospensiva escluso dal novero dei giudizi di legittimità costituzionale in senso stretto<sup>7</sup>, esso sfugge al campo di applicazione della riserva di legge costituzionale. Infine, tra quanti criticano l'orientamento che ravvisa nella legge costituzionale lo strumento idoneo a disciplinare la sospensione delle leggi da parte della Corte, alcuni ritengono che debba, semmai, farsi riferimento alla riserva di legge ordinaria di cui all'art. 137, secondo comma, Cost.<sup>8</sup>; altri, invece, configurano la sospensiva delle leggi o degli atti aventi forza di legge come un potere cautelare da considerarsi implicito nel più ampio potere della Corte di dichiararne l'incostituzionalità, per cui «la previsione per legge ordinaria di un potere cautelare nel giudizio principale in realtà rende esplicito ed incontestabile un corollario che già era insito nell'impugnabilità della legge stessa»<sup>9</sup>. Da qui ad ammettere che il potere di sospensiva nei giudizi in via d'azione possa essere previsto da fonti sub-legislative, il passo è breve. La scelta del tipo di atto-fonte, per chi condivide quest'ul-

---

<sup>4</sup> A. PACE, *Sulla sospensione cautelare*, cit., 528.

<sup>5</sup> Così A. ANZON, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto*, Torino, Giappichelli, 2002, 207; P. CARETTI, *Il contenzioso costituzionale. Commento all'art. 9*, in G. FALCON (a cura di), *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, Bologna, Il Mulino, 2003, 195; C. PINELLI, *Commento all'art. 9*, in AA.Vv. (a cura di), *Legge "La Loggia". Commento alla L. 5 giugno 2003 n. 131 di attuazione del Titolo V della Costituzione*, Rimini, Maggioli, 2003, 187. Invece E. LAMARQUE, *Commento all'art. 9*, in P. CAVALERI - E. LAMARQUE (a cura di), *L'attuazione del nuovo Titolo V, Parte seconda, della Costituzione. Commento alla legge "La Loggia" (Legge 5 giugno 2003, n. 131)*, Torino, Giappichelli, 2004, 253, ritiene plausibili entrambe le tesi che si ricollegano alla necessità di affidare alla legge costituzionale, o ad una modifica dell'art. 136 Cost., la previsione circa il potere di sospendere le leggi da parte della Consulta.

<sup>6</sup> F. DRAGO, *I ricorsi in via principale nel quadro del novellato Titolo V*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 21 e 22.

<sup>7</sup> A. PACE, *Sulla sospensione cautelare*, cit., 529.

<sup>8</sup> F. DRAGO, *I ricorsi in via principale*, cit., 21 e 22.

<sup>9</sup> A. CERRI, *Il potere cautelare nei giudizi principali alle sue prime prove*, in *Giur. cost.*, 2006, 2444.

timo orientamento, dipenderà esclusivamente dalle norme costituzionali che prevedono il modo di disciplinare le funzioni dell'organo chiamato a sindacare la costituzionalità delle leggi<sup>10</sup>.

Rispetto alle diverse posizioni dottrinali appena richiamate, qui si cercherà di percorrere una strada un po' diversa per arrivare a sostenere, da una parte, che il potere di sospensiva è un potere cautelare implicito nella competenza della Corte di giudicare la costituzionalità delle leggi e degli atti aventi forza di legge; dall'altra, che si ritiene compatibile con l'art. 137 Cost. la scelta di disciplinare tale potere a mezzo di una legge ordinaria.

### 2.1. *La riserva di legge costituzionale ex art. 137, primo comma, della Costituzione*

Ai sensi dell'art. 137, primo comma, «una legge costituzionale stabilisce le condizioni, le forme e i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale, e le garanzie di indipendenza dei giudici della Corte».

È, dunque, ad una *legge costituzionale*<sup>11</sup> che è stato affidato il compito di disciplinare per sommi capi i giudizi di costituzionalità e di assicurare un adeguato grado di indipendenza ai componenti della Corte stessa. In questo modo, tra l'altro, si è anche ovviato all'esigenza di evitare che la legge ordinaria, oggetto del sindacato di legittimità costituzionale, potesse allo stesso tempo regolarne interamente l'esercizio delle funzioni<sup>12</sup>.

Pertanto, la questione principale da affrontare è proprio quella dell'interpretazione da attribuire all'espressione «(le) condizioni, (le) forme e (i) termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale».

La dottrina, a tal proposito, si è divisa tra quanti hanno sostenuto che la riserva dovesse ricomprendere la disciplina dell'intero processo costituzionale<sup>13</sup> e quanti, invece, ne hanno dato un'interpretazione più restrittiva, che limita la copertura della riserva di legge costituzionale alla regolamentazione delle sole modalità di instaurazione dei giudizi di costituzionalità<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> A. PACE, *Sulla sospensione cautelare*, cit., 528 e 529.

<sup>11</sup> Il primo problema da doversi affrontare, con riferimento all'art. 137, primo comma, è proprio quello del significato da attribuire alla locuzione "legge costituzionale": se, cioè, la riserva sia stabilita a favore di una fonte, la legge costituzionale per l'appunto, o piuttosto non si tratti di un rinvio ad uno specifico atto legislativo, ad un'unica legge costituzionale. Sul punto vedi D. NOCILLA, *Aspetti del problema relativo ai rapporti fra le fonti che disciplinano la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1968, 2000 e 2001.

<sup>12</sup> F. DAL CANTO, *Commento all'art. 137 della Costituzione*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, 2677, nonché V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 231 e 232.

<sup>13</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 230, nonché D. NOCILLA, *Aspetti del problema relativo ai rapporti fra le fonti*, cit., 2005.

<sup>14</sup> F. DAL CANTO, *Commento all'art. 137 della Costituzione*, cit., 2679.

Quest'ultimo modello interpretativo<sup>15</sup> appare più convincente laddove si tenga in adeguata considerazione il rapporto che intercorre tra la riserva di legge in esame e l'art. 1, legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1, nonché, di conseguenza, il rapporto tra il primo ed il secondo comma dell'art. 137 Cost.

Infatti, la prima delle due norme appena citate stabilisce che «la Corte costituzionale esercita le sue funzioni nelle forme, nei limiti ed alle condizioni di cui alla Carta costituzionale, alla legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, ed alla legge ordinaria emanata per la prima attuazione delle predette norme costituzionali». In altri termini, l'art. 1, l. cost. n. 1/1953, fa da “ponte” tra il primo ed il secondo comma dell'art. 137 Cost., laddove prevede che la disciplina delle funzioni della Consulta sia affidata anche alla *legge ordinaria emanata per la prima attuazione* delle norme sulla Corte<sup>16</sup>. Di conseguenza, appare più che plausibile ritenere che la legge costituzionale n. 1 del 1948, attuativa della riserva di legge costituzionale *ex art.* 137, primo comma, Cost., possa essere intesa come limitata alla disciplina delle modalità di accesso alla Corte<sup>17</sup>, lasciando per il resto alla legge ordinaria di “prima attuazione” di stabilire «le *altre* norme necessarie per la costituzione ed il funzionamento della Corte»<sup>18</sup>. La l. n. 87/1953 comprende, infatti, disposizioni sia sull'organizzazione della Corte, sia sulle cause di incompatibilità dei giudici, sia sui giudizi di costituzionalità delle leggi e su quelli relativi ai conflitti di attribuzione e alle accuse al Presidente della Repubblica.

Ciò trova conferma anche nella prassi: le leggi costituzionali finora dettate in attuazione del primo comma dell'art. 137 Cost. hanno riguardato quasi esclusivamente il giudizio di legittimità sulle leggi e, nell'ambito di questo, quasi esclusivamente l'accesso alla Corte<sup>19</sup>, consentendo alla l. n. 87/1953 di disciplinare le restanti fasi del processo costituzionale.

---

<sup>15</sup> A tale interpretazione del primo comma dell'art. 137 Cost. si ricollega il carattere “relativo” della riserva di legge costituzionale, nel senso che il Costituente – rispetto all'intera “materia” del processo costituzionale – avrebbe inteso destinare alla legge costituzionale la disciplina delle modalità di instaurazione dei giudizi di costituzionalità, demandando alla legge ordinaria, in forza del secondo comma, l'attuazione e l'integrazione di tale disciplina. Sul punto, cfr. D. NOCILLA, *Aspetti del problema relativo ai rapporti fra le fonti*, cit., 2003 e 2004, nonché A. PIZZORUSSO, *Commento all'art. 137 della Costituzione*, in G. BRANCA - A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1981, 204 e 205.

<sup>16</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 232-234.

<sup>17</sup> Così anche F. DRAGO, *I ricorsi in via principale*, cit., 21 e 22.

<sup>18</sup> Ciò starebbe a significare che alla l. n. 87/1953 sarebbe consentito disporre anche *-ultra*, purché non *contra*, la normativa di fonte costituzionale, giustificandosi così che ne abbia talvolta precisato e delimitato il significato»: cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 234; sul punto cfr. anche A. NANIA, *La sospensiva cautelare: dal conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni al giudizio sulle leggi*, in *www.federalismi.it*, 5.

<sup>19</sup> Addirittura D. NOCILLA, *Aspetti del problema relativo ai rapporti fra le fonti*, cit., 2001 e 2002, nt. 73, rileva come neanche le disposizioni della l. cost. n. 1/1948 abbiano disciplinato appieno la proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale.

## 2.2. *Il potere di sospensiva delle leggi come potere cautelare implicito*

Di certo è nota la stretta relazione che intercorre tra *il tempo* necessario a che un processo si concluda e *l'effettività della tutela*<sup>20</sup> invocata, che esso è volto ad assicurare. Così, «per evitare non solo che la pratica efficacia del processo venga in concreto frustrata (...), ma anche che l'eventuale sentenza favorevole a colui che intraprese il giudizio si riduca ad un mero *flatus vocis*<sup>21</sup>, il nostro ordinamento consente che i giudici, tanto ordinari quanto speciali, nell'ambito della rispettiva competenza e nel corso di un giudizio, possano intervenire al riguardo tempestivamente ed in linea provvisoria<sup>22</sup>.

Questo inscindibile binomio “tempo/effettività della tutela” è da ricollegarsi, in primo luogo, all'art. 24<sup>23</sup> e all'art. 113 Cost.<sup>24</sup>, cui si deve aggiungere l'art. 111 Cost. che, tra i principi del giusto processo, richiama quello della “ragionevole durata”, altresì proclamato all'art. 6, par. 1 della CEDU<sup>25</sup>. Ciò significa che il potere cautelare è sicuramente implicito in tutte quelle forme di tutela giurisdizionale in cui vengono in rilievo diritti soggettivi ed interessi legittimi, quali, ad esempio, il processo civile ed amministrativo.

Ma tale potere dovrebbe considerarsi connaturato anche a tutte le altre forme di tutela che si avvalgono del metodo giurisdizionale (compreso il processo costituzionale) e, quindi, trovare fondamento implicito in quelle norme della Costituzione che tali forme di tutela prevedono: si pensi all'art. 112, nel

<sup>20</sup> Si tratta della c.d. “effettività della tutela giurisdizionale dei diritti” di chiovendiana memoria. Sul punto cfr. G. CHIOVENDA, *Sulla perpetuatio iurisdictionis*, in ID., *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, Roma, Foro Italiano, 1930, 274; nonché A. PROTO PISANI, *Chiovendiana e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 19 ss.

<sup>21</sup> G. FALZONE, *L'inibitoria giudiziale dell'operatività degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1967, 2.

<sup>22</sup> Sullo stretto collegamento tra misura cautelare e dimensione temporale del processo cfr. F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale*, Padova, Cedam, 1936, 205.

<sup>23</sup> D'altronde l'art. 24 Cost. sarebbe un contenitore vuoto se lo si interpretasse come mera proclamazione di un diritto alla tutela giurisdizionale disgiunto dal principio di effettività. Sul punto cfr. I. ANDOLINA - G. VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, Torino, Giappichelli, 1997, 65.

<sup>24</sup> Cfr. Corte cost. sentenza n. 419 del 1995, laddove si afferma che «una decisione di giustizia che non possa essere portata ad effettiva esecuzione (...) altro non sarebbe che un'inutile enunciazione di principi, con conseguente violazione degli artt. 24 e 113 Cost., i quali garantiscono il soddisfacimento effettivo dei diritti e degli interessi accertati in giudizio nei confronti di qualsiasi soggetto».

<sup>25</sup> Sul diritto alla tutela giurisdizionale come uno dei principi supremi dell'ordinamento vedi, per tutte, Corte cost. sentenze n. 98 del 1965 e n. 2 del 1982. Sulla stretta connessione tra effettività della tutela giurisdizionale e misure cautelari cfr., per tutte, Corte cost. sentenze n. 32 del 1970; n. 284 del 1974; n. 253 del 1994; n. 249 del 1996; nonché, per la Corte di Giustizia, le ormai “classiche” sentenze *Factortame*, 19 giugno 1990 (causa 213/89); *Zuckerfabrik*, 21 febbraio 1991 (cause 143/88 e 22/89); *Atlanta*, 9 settembre 1995 (causa 465/93). Infine, sulla ragionevole durata dei processi secondo la Corte europea vedi, per tutte, sentenza *Scordino*, 27 marzo 2003 (causa 36813/1997).

caso del processo penale che persegue chiaramente finalità trascendenti gli interessi delle parti coinvolte<sup>26</sup>; o all'art. 134, per quanto riguarda i diversi tipi di giudizio che possono svolgersi dinanzi alla Corte costituzionale, cui è sotteso, in primo luogo, l'interesse al rispetto della legalità costituzionale dell'ordinamento.

Una conferma in tal senso proviene proprio dalla Consulta, ed in particolare dalla sentenza n. 76 del 2001. Sebbene questa decisione si riferisca espressamente al principio del contraddittorio, comunque da essa implicitamente discende l'applicabilità, in generale, dei principi ricollegabili all'art. 111 Cost. – tra i quali figura il principio di effettività della tutela giurisdizionale – anche ai giudizi che si svolgono dinanzi alla Corte.

In conclusione, a prescindere da quale sia la finalità del processo costituzionale, deve essere garantita una tutela giurisdizionale *effettiva* alle posizioni che in esso vengono fatte valere. Diversamente, che senso avrebbe il ruolo che la Corte è chiamata a svolgere in seno all'ordinamento, se poi ben potrebbero le sue decisioni risultare *inutiliter datae* a causa dell'incidenza nel processo costituzionale di fattori esterni, quali il tempo e le conseguenze irreparabili che di fatto può produrre una legge incostituzionale?

Dunque, la *ratio* sottesa alla tutela cautelare è, innanzi tutto, quella di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, in qualsiasi forma essa sia prevista, in modo da impedire che gli strumenti predisposti dall'ordinamento a tutela di determinati interessi (siano essi riconducibili a posizioni giuridiche soggettive, quali i diritti soggettivi e gli interessi legittimi, o a specifiche attribuzioni costituzionali o, ancora, siano *sic et simpliciter* interessi generali ascrivibili all'ordinamento nel suo complesso) vengano privati di efficacia pratica.

Essa, pertanto, costituisce l'altra faccia del principio di effettività della tutela giurisdizionale: d'altronde se quest'ultima a causa dell'incidenza del fattore tem-

---

<sup>26</sup> Come è stato osservato, gli scopi del processo penale si atteggiavano diversamente a seconda del modello di Stato, e più in particolare, della concezione della giustizia penale che caratterizza un determinato ordinamento. Ad uno Stato di matrice liberale, che assegna al diritto penale uno scopo di tutela prevalentemente "conservativa" rispetto a diritti, interessi e valori già sufficientemente consolidati, corrisponde in linea di massima un processo penale che ha come finalità precipua quella della risoluzione dei conflitti che originano dalla commissione dei fatti di reato. Viceversa, uno Stato "interventista", nel quale il diritto penale assegna al giudice compiti "preventivi" rispetto al rischio di diffusione di certi fenomeni criminosi, nonché di orientamento politico-sociale – privilegiando la repressione di quelle forme di criminalità che appaiono di volta in volta socialmente più pericolose – concepisce la procedura penale come strettamente funzionale agli obiettivi, appunto, di prevenzione o di mutamento politico-sociali che si intendono perseguire (sul punto, cfr. G. FIANDACA, *Modelli di processo e scopi della giustizia penale*, in *Foro it.*, 1992, 2023 ss.).

Quest'ultimo modello di processo penale è quello a cui la Corte costituzionale, con la nota sentenza n. 255 del 1992, sembra aderire, laddove afferma che «fine primario ed ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità». A tal proposito, si rinvia ancora a G. FIANDACA, *Modelli di processo*, cit., 2025 e 2026.

po nei processi non potesse effettivamente realizzarsi, sarebbe da considerarsi *tamquam non esset*.

Ciò premesso e tornando al potere di sospensiva delle leggi, è chiaro che il suo esercizio è da considerarsi necessario ove si voglia impedire che la decisione definitiva che verrà poi ad emettere [la Corte] abbia a risultare, per un motivo o per l'altro, tardiva e perciò non idonea a ripristinare efficacemente l'ordine costituzionale delle competenze.<sup>27</sup>

Dunque, il potere della Corte costituzionale di sospendere le leggi è un potere che discende dalla lettura combinata dell'art. 111 e dell'art. 134 Cost. Si tratta, cioè, di un potere cautelare *implicito*<sup>28</sup> nel giudizio di costituzionalità sulle leggi e non di un potere attribuito *ex novo* alla Corte dalla l. n. 131/2003.

Non può essere, dunque, condivisa la posizione di quanti ritengono che fosse necessario prevedere siffatto potere direttamente in Costituzione o, comunque, attraverso una norma di rango costituzionale. L'art. 35, l. n. 87/1953, si è limitato semplicemente a disciplinare le modalità di esercizio di un potere già contenuto *in nuce* nella competenza della Corte di dichiarare l'incostituzionalità delle leggi<sup>29</sup>.

Né, d'altra parte, tale disciplina può considerarsi coperta dalla riserva di legge costituzionale di cui al primo comma dell'art. 137 Cost.: l'esercizio del potere di sospensiva, per quanto sia configurabile come procedimento cautelare<sup>30</sup>, non può essere accostato in alcun modo ad un giudizio di costituzionalità seppure dall'esito provvisorio<sup>31</sup>. Infatti, se per "legittimità costituzionale" si intende il «rapporto di un atto (e le norme in esso contenute) con le regole intese a disciplinarlo»,<sup>32</sup> il "giudizio" di legittimità costituzionale non è altro che il processo volto all'accertamento di quella conformità, e "forme" del giudizio saranno soltanto quelle predisposte a realizzare il suddetto fine. Ma poiché l'inibitoria di un atto trae le sue preponderanti ragioni nella gravità delle conseguenze *di fatto* che andrebbero a prodursi, il procedimento di sospensione mai potrebbe

<sup>27</sup> Così V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 440, la cui riflessione nasce a proposito del potere di sospensiva nei conflitti intersoggettivi.

<sup>28</sup> Cfr. A. CERRI, *Il potere cautelare*, cit., 2444 e 2445; G. ZAGREBELSKY, voce *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987, 712; M. MASSA, *I poteri cautelari nei conflitti di attribuzioni*, cit., 264 ss. *Contra*, G. FALZONE, *L'inibitoria giudiziale*, cit., 13; E. LAMARQUE, *Commento all'art. 9*, cit., 253.

<sup>29</sup> Le stesse considerazioni sono state fatte a proposito del potere di sospensiva nel conflitto tra enti da B. RANDAZZO, *Il rigetto dell'istanza cautelare in un conflitto di attribuzioni*, nota a commento di Corte cost. (ord.) 12 maggio 2000, n. 137, in *Giur. cost.*, 2000, 1335 ss., spec. 1341 e 1342.

<sup>30</sup> G. FALZONE, *L'inibitoria giudiziale*, cit., 109 ss.

<sup>31</sup> Ciò che sarebbe necessario, invece, laddove si reputasse che la sua disciplina, quantomeno per quel che riguarda l'accesso alla Corte, rientri nel campo di applicabilità della riserva di legge costituzionale sopra esaminata.

<sup>32</sup> F. PIERANDREI, voce *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, Giuffrè, 1962, 904.

essere chiamato “giudizio di legittimità” o “forma” dello stesso, a meno di non voler operare in stridente contrasto con i principi vigenti»<sup>33</sup>.

### 2.3. Legge ordinaria e fonti regolamentari

Una volta escluso che il potere di sospensiva delle leggi debba essere disciplinato a mezzo di legge costituzionale, è ora opportuno prendere in considerazione gli altri due tipi di fonte che potrebbero regolarne l'esercizio: la legge ordinaria (come di fatto è avvenuto) e le fonti regolamentari.

Per quanto riguarda la legge ordinaria, come si è già in larga parte anticipato<sup>34</sup>, si ritiene del tutto ammissibile che sia tale fonte a prevedere e a disciplinare l'istituto della sospensiva. In particolare, si ritiene costituzionalmente legittima la scelta del legislatore di inserire tale previsione proprio nella l. n. 87/1953, dal momento che ad essa è demandata dal secondo comma dell'art. 137 Cost. la disciplina *della costituzione e del funzionamento della Corte*. Ciò vale *a fortiori* laddove si concordi con quanti in dottrina<sup>35</sup> hanno fatto coincidere il termine “funzionamento” con quello più ampio di “esercizio delle funzioni”.

A questo punto è necessario fare un altro passo in avanti. Se, da una parte, si ritiene che la l. n. 87/1953 possa configurarsi quale fonte idonea a regolare la sospensiva delle leggi, dall'altra non può trascurarsi il rapporto che intercorre tra questa e le fonti di auto-regolamentazione della Corte. È la stessa l. n. 87/1953, peraltro, a stabilire nell'art. 14 che «la Corte può disciplinare l'esercizio delle sue funzioni con regolamento approvato a maggioranza dei suoi componenti» e, nel secondo comma dell'art. 22, che «norme integrative possono essere stabilite dalla Corte nel suo regolamento».

Ma quali rapporti intercorrono tra la legge *de qua* e le fonti di auto-regolamentazione della Corte?

Preliminarmente si deve convenire con la dottrina prevalente sul fatto che fondamento del potere regolamentare della Corte non è la stessa l. n. 87/1953, ma un principio costituzionale sostanziale, sotteso alla peculiare posizione che l'organo di garanzia costituzionale occupa in seno all'ordinamento. In virtù di

---

<sup>33</sup> A. PACE, *Sulla sospensione cautelare*, cit., 528 e 529; anche F. SATTA, *Principi*, cit., 278, sottolinea la differenza che intercorre tra procedimento principale e procedimento cautelare, in ragione del diverso oggetto che li caratterizza: nel primo esso coincide con la legittimità dell'atto; nel secondo, con la sua esecuzione. Unico, invece, è il presupposto: la pendenza di un giudizio per l'annullamento dell'atto.

<sup>34</sup> Vedi *supra* par. 2.1.

<sup>35</sup> Cfr. F. DAL CANTO, *Commento all'art. 137*, cit., 2680, nonché D. NOCILLA, *Aspetti del problema relativo ai rapporti fra le fonti*, cit., 2016, il quale interpreta il termine “funzionamento” (della Corte) in modo da ricomprendere l'intera attività ad essa facente capo.

tale principio deve riconoscersi alla Corte, a tutela della sua indipendenza, un'autonomia normativa "interna"<sup>36</sup>. In quest'ottica la l. n. 87/1953 (tanto all'art. 14, quanto all'art. 22) si limiterebbe semplicemente ad esplicitare siffatto potere di auto-regolamentazione.

Dunque, si può ritenere che sussista una implicita riserva di competenza a favore dei regolamenti della Corte in materia di organizzazione interna.

Rimarrebbe, invece, aperto il problema della disciplina – nell'ambito della quale rientra l'istituto della sospensiva – del processo dinanzi ai giudici costituzionali.

Una prima ricostruzione del sistema "legge n. 87/1953-norme di autoregolamentazione", si fonda su una interpretazione dell'art. 137, secondo comma, Cost., come norma istitutiva di una *riserva assoluta di legge formale*.

Ma se così fosse, la l. n. 87/1953, nell'affidare la disciplina del processo costituzionale a fonti diverse dalla legge ordinaria, violerebbe la riserva di cui all'art. 137, secondo comma, Cost., e risulterebbe, pertanto, incostituzionale.

Diversamente, secondo la dottrina dominante, la riserva di legge di cui all'art. 137, secondo comma, Cost., è configurabile, piuttosto, come *riserva assoluta di "fonte primaria"*<sup>37</sup>. Tale tesi si fonda sull'assunto che il potere di autonormazione della Corte discende – come si è detto – da un principio costituzionale implicito e che, di conseguenza, le norme regolamentari poste in seguito all'esercizio di tale potere non sono subordinate alla legge ma soltanto alla Costituzione. Ad esse, dunque, va riconosciuto lo *status* di fonti primarie. Sarebbe, pertanto, da escludersi che la l. n. 87/1953, consentendo a tali fonti di integrare la disciplina del processo costituzionale, violi la riserva di legge istituita dall'art. 137, primo comma, Cost.

Ponendosi in questa prospettiva, laddove sorgesse un contrasto tra una norma della l. n. 87/1953 e una norma regolamentare, si dovrebbe ritenere applicabile il criterio *cronologico* ai rapporti tra le due fonti: se quella regolamentare detta una disciplina successiva e contraria a quanto stabilito dalla legge, sarà la prima a trovare applicazione, e viceversa<sup>38</sup>.

La ricostruzione dei rapporti tra i due tipi di fonte – legge ordinaria e fonte regolamentare – fin qui esposta, però, non appare condivisibile.

Infatti, la qualifica di fonte "primaria" spetta alle norme regolamentari della Corte in quanto, come sopra accennato, tale potere di auto-regolamentazione

<sup>36</sup> Sul punto cfr. A. PIZZORUSSO, voce *Organizzazione pubblici poteri*, in *Enc. dir.*, vol. XXXI, Milano, Giuffrè, 1981; Id., *Commento all'art. 137*, cit., 206 ss.; F. DAL CANTO, *Commento all'art. 137*, cit., 2682; D. NOCILLA, *Aspetti del problema relativo ai rapporti fra le fonti*, cit., 2031 ss.; V. CRISAFULLI, *Osservazioni sul nuovo «Regolamento generale» della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1966, 560 ss., spec. 562-564; S. PANUNZIO, *I regolamenti della Corte costituzionale*, Padova, Cedam, 1970; A. CERRI, *Corso*, cit. 27.

<sup>37</sup> F. DAL CANTO, *Commento all'art. 137*, cit., 2683.

<sup>38</sup> G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1988, 81.

discende da un principio costituzionale implicito secondo cui determinati organi costituzionali, in ragione del peculiare ruolo che svolgono in seno all'ordinamento, sono titolari del potere di dettare la disciplina relativa alla propria organizzazione interna.

Ma quando ci si sposta dalla sfera della mera auto-organizzazione a quella relativa alla disciplina dei processi, il quadro delle fonti cambia. In questo caso, infatti, se è vero che sussiste pur sempre l'esigenza di garantire l'indipendenza della Corte, la Costituzione – all'art. 137, secondo comma – individua nella *legge* lo strumento maggiormente idoneo a soddisfare tale esigenza<sup>39</sup>, e d'altra parte viene meno la riserva implicita di competenza su cui si fonda la "primarietà". Di conseguenza, non c'è ragione di intendere il termine "legge" come "fonte primaria" in generale.

La l. n. 87/1953, dettata in attuazione del secondo comma dell'art. 137, a sua volta, consente che la disciplina processuale da essa posta possa essere integrata dalla Corte in via di auto-normazione (art. 22)<sup>40</sup>.

In sintesi, per quanto riguarda l'organizzazione interna della Corte, in forza di un principio costituzionale sotteso alla posizione di indipendenza dell'organo, esiste una "tacita" riserva di competenza a favore delle norme poste in via di auto-regolamentazione dalla Corte stessa, le quali, conseguentemente, assurgono al rango di fonte primaria.

Viceversa, in "materia" di processo costituzionale – in presenza di una riserva di legge ed in assenza di un principio costituzionale che fondi la loro primarietà – le norme regolamentari poste dalla Corte stessa non costituiscono l'unico (o quantomeno il principale) strumento attraverso il quale soddisfare le esigenze di autonomia ed indipendenza connaturate all'organo costituzionale. Pertanto, esse non paiono altro che fonti di rango sub-legislativo, profilandosi nuovamente l'incostituzionalità della l. n. 87/1953 che ad esse ha demandato la disciplina del processo dinanzi al Giudice delle leggi.

Da ultimo è possibile percorrere una "terza via" nella ricostruzione del sistema "legge ordinaria-norme regolamentari della Corte". La tesi che qui si

---

<sup>39</sup> Il fatto che l'eteronormazione dei giudizi davanti alla Corte rispecchia un'esigenza di garanzia di autonomia e di indipendenza dell'organo costituzionale è stato sottolineato da M. CECCHETTI, *Per una rinnovata riflessione sul potere normativo della Corte costituzionale per la disciplina dei propri giudizi*, in *Studi in onore di Enzo Cheli*, in corso di pubblicazione, par. 4, il quale aggiunge che proprio a questa stessa finalità sembra essersi ispirata la riforma dell'art. 111 Cost., con la quale è stato introdotto il principio generale del «giusto processo regolato dalla legge». Inoltre l'A. fa notare come la Corte abbia comunque «le chiavi» per «liberarsi» delle norme processuali che essa consideri costituzionalmente illegittime», nel senso che essa ha pur sempre il potere di dichiarare l'illegittimità costituzionale delle norme processuali di rango legislativo delle quali debba far applicazione nei propri giudizi, ovvero di modificarle o di sostituirle (in questi due casi con sentenza manipolativa).

<sup>40</sup> Anche la Corte, con sentenza n. 88 del 1986, aveva a suo tempo chiarito che le N.I. vanno considerate «svolgimento ed integrazione della l. 11 marzo 1953, n. 87».

intende sostenere, a differenza di quelle finora esposte, si fonda sul carattere *relativo* – e non assoluto – della riserva di legge di cui al secondo comma dell'art. 137, Cost.

Infatti, se da una parte la Costituzione affida in prima battuta alla legge la disciplina, in particolare, del funzionamento della Corte, in quanto ritiene che essa sia in grado di costituire di per sé una garanzia di quella imparzialità e terzietà che rappresentano i connotati intrinseci dell'esercizio delle funzioni che si svolgono secondo il modello della giurisdizionalità, dall'altra, nulla si oppone a che la legge ordinaria venga, a sua volta, integrata e specificata dalle norme poste dalla Corte stessa. A sostegno di questa tesi si può, anzi, notare come l'autonormazione, che si esplica tramite i regolamenti della Corte, costituisca garanzia «della certezza del corretto funzionamento dei suoi giudizi, nonché presidio ultimo contro il rischio di una eventuale paralisi delle proprie funzioni»<sup>41</sup>.

D'altronde, se la riserva di legge fosse da intendere come “assoluta” si aprirebbe la strada per una possibile abnormità, ovvero la paralisi del funzionamento della Corte laddove il legislatore non avesse disciplinato i giudizi che innanzi ad essa si svolgono o laddove essa stessa avesse rilevato (o dovesse rilevare) l'incostituzionalità di tale disciplina<sup>42</sup>.

In tal modo, dunque, si giustifica l'insistenza sul medesimo oggetto (il processo costituzionale) da parte di entrambi i tipi di fonte e, al contempo, si consente l'utilizzo del criterio *gerarchico* ai fini della risoluzione dei possibili contrasti tra norme appartenenti all'una o all'altra fonte, il quale comporterebbe che – in simili casi – la l. n. 87/1953 dovrebbe prevalere sulle norme poste in via di auto-regolamentazione dalla Corte.

Così, tornando al discorso sulla sospensione cautelare, qualora fosse la Corte, in via di auto-normazione, a dettarne la disciplina, le ipotesi maggiormente problematiche da prospettarsi sarebbero due: 1) che la disciplina stabilita dalla fonte regolamentare sia *contra legem*. In questo caso, seguendo il ragionamento appena concluso, dovrebbe prevalere la disciplina posta dalla l. n. 87/1953<sup>43</sup>; 2) che la disciplina regolamentare relativa alla sospensiva venga dettata *praeter*

<sup>41</sup> M. CECCHETTI, *Per una rinnovata riflessione sul potere normativo della Corte costituzionale*, cit., par. 4.

<sup>42</sup> M. CECCHETTI, *Per una rinnovata riflessione sul potere normativo della Corte costituzionale*, cit., par. 4.

<sup>43</sup> Conferma ne è la sentenza n. 810 del 1983, con la quale la Corte esclude che la posizione del Presidente del Consiglio dei Ministri “interveniante” nel giudizio incidentale possa essere equiparata a quella delle parti del processo *a quo* ivi costituite, ai fini della possibilità di accedere al rito camerale, giusta la previsione degli artt. 26, l. n. 87/1953 e 9 N.I. che subordinano tale eventualità alla condizione che non risulti costituita alcuna parte nel giudizio innanzi alla Corte. In particolare i giudici costituzionali affermano che le N.I. «non possono invalidare, anche per la loro natura, la chiara distinzione che la legge n. 87 ha posto tra parti ed intervenienti»: non si potrebbe, d'altronde, che considerare *contra naturam* per una disciplina strumentalmente legata ad altra, di cui costitui-

*legem*<sup>44</sup>. Data la presenza di una riserva relativa di legge, però, ciò non sarebbe ammissibile: conformemente alla *ratio* sottesa a questo tipo di riserva di legge dovrebbe, infatti, intervenire prima questa fonte a dettare la disciplina di base dell'istituto e solo dopo, ad integrazione, potrebbe inserirsi la disciplina regolamentare.

Resta da prendere in esame l'ipotesi di una disciplina della sospensiva dettata con regolamento del Governo.

Secondo l'interpretazione che qui è stata data del secondo comma dell'art. 137 Cost., quest'ultimo istituisce una riserva di legge *relativa*, con ciò permettendo – in linea teorica – che la materia che ne forma oggetto possa essere disciplinata anche da fonti sub-primarie.

Ciononostante, si deve comunque escludere che i regolamenti dell'Esecutivo possano concretamente costituire fonte idonea a regolare l'istituto in esame. Se, infatti, come si è affermato all'inizio di questo paragrafo, la Corte necessita di adeguate garanzie di autonomia ed indipendenza in ragione della posizione che occupa in seno all'ordinamento, questa sua peculiare collocazione nel disegno dei *checks and balances* tratteggiato dal Costituente verrebbe gravemente compromessa da un'intermissione nella disciplina del processo costituzionale da parte del potere esecutivo.

In altre parole, la "relatività" della riserva di legge riguarda *solo* i poteri di autonormazione della Corte.

Peraltro, la conferma della necessaria esclusione dei regolamenti governativi dal novero delle fonti abilitate a dettare tale disciplina sembrerebbe provenire dalla stessa *littera legis*. L'art. 22 della l. n. 87/1953, infatti, prevede espressamente quali fonti idonee a disciplinare la materia *de qua* soltanto il «regolamento per la procedura innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale», in quanto applicabile, e le Norme Integrative stabilite dalla Corte costituzionale.

### 3. *Oggetto del potere di sospensiva e controllo di costituzionalità a carattere preventivo*

Un altro aspetto del potere di sospensiva su cui si reputa opportuno soffermarsi è, indubbiamente, quello concernente l'oggetto che tale potere può investire.

---

sce, seppur con somma libertà di apprezzamento, "svolgimento ed integrazione" (sentenza n. 88 del 1986), porre norme in contraddizione con quella. (Cfr. P. CARNEVALE, «*Ecce iudex in ca(u)sa propria: ovvero della Corte-legislatore dinanzi alla Corte-giudice (prime riflessioni sulla posizione della giurisprudenza della Corte costituzionale intorno al problema della natura delle norme di autoregolamentazione dei propri giudizi nell'ambito del dibattito dottrinario)*», in P. COSTANZO (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Atti del Convegno tenutosi ad Imperia il 12-13 maggio 1995, Torino, Giappichelli, 1996, 60). Dall'altra parte, però, non è possibile non prendere atto che la prassi è andata in direzione opposta: basti pensare all'art. 3 delle N.L., il quale contraddice, dopo la riforma del 2008 più che mai apertamente, quanto previsto dall'art. 25 della l. n. 87/1953.

<sup>44</sup> Cfr. sul punto P. CARNEVALE, «*Ecce iudex in ca(u)sa propria*», cit., 53 e 54.

In particolare, ci si è chiesti se esso potesse essere costituito, oltre che dalle leggi, anche da quegli atti che, pur recando il *nomen juris* “legge”, sono tuttavia caratterizzati da un regime giuridico particolare. Ci si riferisce, più specificamente, agli statuti delle Regioni ordinarie e alle c.d. leggi statutarie delle Regioni speciali. Ugualmente, ci si potrebbe chiedere se pure le leggi approvate dall'Assemblea regionale siciliana siano idonee a formare oggetto del potere in esame.

La riflessione parte dalla constatazione che lo strumento della sospensiva nel giudizio sulle leggi regionali impugnate dallo Stato è correlata alla riforma dell'art. 127 Cost., ovvero alla trasformazione del sindacato di costituzionalità svolto su di esse da *preventivo* a *successivo*. D'altronde è possibile sospendere l'efficacia di una legge solo se questa è suscettibile di produrre i propri effetti, condizione che non può realizzarsi qualora il sindacato della Corte si svolga *prima* dell'entrata in vigore della legge stessa<sup>45</sup>.

Di conseguenza, qualora si rivolga l'attenzione agli statuti delle Regioni ordinarie e alle c.d. leggi statutarie delle Regioni ad autonomia differenziata, bisogna verificare preliminarmente se il sindacato di costituzionalità da parte della Corte, tanto in un caso quanto nell'altro, abbia natura preventiva o successiva rispetto alla loro entrata in vigore.

Per quanto riguarda gli statuti ordinari e, dunque, il meccanismo di controllo da parte della Corte previsto dal riformato art. 123 Cost., la risposta proviene proprio dai giudici di Palazzo della Consulta i quali prima, con sentenza n. 304 del 2002 e, dopo, con sentenza n. 469 del 2005, hanno affermato che il controllo di costituzionalità che la Corte esercita in questi casi ha natura *preventiva*<sup>46</sup>.

Circa il controllo di costituzionalità delle leggi statutarie delle Regioni speciali introdotto dalla legge costituzionale 31 gennaio 2001, n. 2, è nuovamente la Corte, questa volta con sentenza n. 149 del 2009, a fare chiarezza intorno alla natura *preventiva* del giudizio che su di esse è chiamata a svolgere, in ragione

---

<sup>45</sup> Cfr. P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, Cedam, 2008, 60.

<sup>46</sup> Per una più approfondita riflessione sul punto si veda, per tutti, S. PAJNO, *Problemi di giustiziabilità degli statuti ordinari e delle leggi statutarie delle Regioni speciali*, in S. PAJNO - G. VERDE (a cura di), *Studi sulle fonti del diritto*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2010, par. 5. Inoltre, è da segnalare che l'art. 35 della l. n. 87/1953 richiama, ai fini della sua applicazione, i giudizi di cui agli artt. 31 (controllo di costituzionalità sugli statuti ordinari e sulle leggi regionali), 32 (controllo di costituzionalità sulle leggi statali) e 33 (controllo di costituzionalità promosso da una Regione nei confronti di una legge di un'altra Regione) della medesima legge. È chiaro, però, che solo il primo inciso della norma in questione – laddove si afferma che «quando è promossa una questione di legittimità costituzionale ai sensi degli articoli 31, 32 e 33, la Corte costituzionale fissa l'udienza di discussione del ricorso entro novanta giorni dal deposito dello stesso» – si applica a tutte e tre le tipologie di giudizio. La seconda parte della disposizione, quella con cui viene disciplinata la sospensiva, per le ragioni che verranno esposte non può avere applicazione nel caso del giudizio di costituzionalità sugli statuti ordinari.

della «particolare importanza degli statuti delle Regioni ad autonomia ordinaria e delle leggi statutarie delle Regioni speciali»<sup>47</sup>.

Dunque, se il controllo di costituzionalità sugli statuti ordinari e sulle leggi statutarie ha natura preventiva, a rigor di logica è necessario escludere che il potere di sospensiva della Corte previsto dall'art. 35, l. n. 87/1953, possa avere ad oggetto queste due categorie di atti legislativi regionali<sup>48</sup>.

Invece, passando al caso delle leggi della Regione siciliana, è noto a tutti che la Corte ha esteso l'applicazione dell'art. 127 Cost. anche alle Regioni speciali – in virtù dell'art. 10 della l. cost. n. 3/2001 – fatta eccezione proprio per la Regione siciliana. La Consulta, infatti, ha ritenuto che la riforma dell'art. 127 Cost. non potesse in alcun modo interferire con l'«eccentrico» sindacato di costituzionalità delle leggi previsto dagli artt. 28 e 29 dello Statuto siciliano<sup>49</sup>.

Pertanto, in Sicilia è «restato fermo» il potere del Commissario dello Stato di impugnare le leggi approvate dall'Assemblea regionale entro cinque giorni dalla loro comunicazione, prima cioè, della loro promulgazione e conseguente entrata in vigore.

Se, dunque, il sindacato svolto dalla Corte sulle leggi siciliane ha *in linea di massima* carattere preventivo, in virtù delle considerazioni svolte pochi rigghi sopra dovrebbe escludersi l'applicazione dell'istituto di cui all'art. 35, l. n. 87/1953, a questo tipo di giudizio.

Ma quanto si è appena detto vale, per l'appunto, in linea di massima.

L'art. 29 dello Statuto siciliano, infatti, prevede che la Corte si pronunci sulla legge censurata entro 20 giorni dalla sua impugnazione. Tale termine è stato ritenuto dalla Corte stessa di natura ordinatoria<sup>50</sup> con la conseguenza che, una volta decorso senza che sia intervenuta tempestivamente la decisione dei giudi-

---

<sup>47</sup> Par. 4 del *Considerato in diritto*. Sul punto cfr. ancora S. PAJNO, *Problemi di giustiziabilità*, cit., par. 7.

<sup>48</sup> Contrariamente E. LAMARQUE, *Commento all'art. 9*, cit., 250, ammette la possibilità che sia sospeso anche uno statuto regionale – nonostante, già nel 2002, la Corte avesse chiarito il carattere preventivo del controllo ex art. 123 Cost. – ma non affronta, invece, la questione dell'applicabilità dell'istituto in esame alle c.d. leggi statutarie delle Regioni speciali.

L'unico spiraglio a favore della possibilità che sia disposta la sospensiva anche nei confronti di queste due categorie di atti legislativi regionali potrebbe aprirsi, semmai, ove si aderisse alla tesi di S. PAJNO, *Problemi di giustiziabilità*, cit., par. 16. Secondo l'A. i vizi che si producono *successivamente* alla pubblicazione notiziale di statuti ordinari o di leggi statutarie possono essere rilevati dal Governo in forza del procedimento di cui all'art. 127 Cost. In casi simili, dunque, sarebbe possibile per la Corte – ove lo ritenesse opportuno – ricorrere allo strumento della sospensiva.

I giudici di Palazzo della Consulta, invece, con la sent. n. 149 del 2009 sembrano scegliere una diversa soluzione. Essi ritengono che lo strumento idoneo a rilevare questo tipo di vizi debba essere, invece, quello del conflitto di attribuzioni. In quest'ottica, pertanto, l'unica sospensiva a trovare spazio potrà essere quella disciplinata dall'art. 40 della l. n. 87/1953.

<sup>49</sup> Corte cost. sentenza n. 314 del 2003.

<sup>50</sup> Vedi, per tutte, Corte cost. sentenza n. 38 del 1957, par. 7 del *Considerato in diritto*.

ci costituzionali, verrebbe rimessa alla discrezionalità del Presidente della Regione la scelta di promulgare o meno, *medio tempore*, la legge oggetto del giudizio di costituzionalità pendente.

In tal modo ne viene fuori un complesso sistema di controllo ed impugnazione delle leggi regionali che è di tipo preventivo quanto all'iniziativa, ma nel quale la decisione dell'organo chiamato a svolgere il sindacato di costituzionalità può intervenire anche *successivamente* all'entrata in vigore della legge<sup>51</sup>. In questo caso, e solo in quest'ultimo caso, la Corte – laddove ritenga che sussistano i presupposti per l'attivazione del potere di sospensiva – potrà esercitarlo.

#### 4. *Alcune note sui presupposti della sospensiva*

Una riflessione a parte meritano, poi, i presupposti che legittimano l'esercizio del potere di sospensiva, dal momento che non è risultato chiaro – a causa della formulazione “a maglie larghe” utilizzata dal legislatore – il significato ad essi attribuibile.

Il primo a venire in rilievo è il “rischio di un irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico”, nel quale parte della dottrina ha ritenuto di poter ravvisare il fantasma dell'“interesse nazionale” presente nel vecchio Titolo V<sup>52</sup>. Ma questo timore, ad avviso di chi scrive, appare del tutto infondato.

L'“interesse nazionale” – quale titolo di legittimazione dell'intervento dello Stato al di fuori dei propri ambiti di competenza – è, innanzi tutto, scomparso dalle disposizioni che regolano i rapporti tra Stato ed enti locali dopo la riforma del 2001. Ma l'impossibilità di “rievocarlo” è dovuta almeno ad altre due ragioni.

La prima va ricollegata alla *ratio* stessa della riforma del Titolo V. Quest'ultima, come è noto, è stata improntata alla valorizzazione delle istanze autonomistiche presenti nell'ordinamento e, conseguentemente, con essa si è cercato di ridurre (fino quasi ad eliminarla) la marcata asimmetria che contraddistingueva le posizioni dello Stato e delle Regioni nel “vecchio” Titolo V. Da questo mutamento di prospettiva ne è disceso che lo Stato non può più considerarsi portatore di quell'“interesse nazionale” che gli consentiva di invadere legittimamente la sfera di competenza regionale.

A conferma di quanto detto, è stata la stessa Corte costituzionale – nella sentenza n. 303 del 2003 – a ribadire che «nel nuovo Titolo V l'equazione ele-

<sup>51</sup> G. VERDE - G. SCALA, *Legislazione regionale siciliana e controllo di costituzionalità*, Milano, Giuffrè, 2005, 135.

<sup>52</sup> F. DRAGO, *I ricorsi in via principale*, cit., 24 e 25, nonché G. FALCON, *Introduzione, Nuove questioni sul percorso istituzionale italiano*, in ID., *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, Bologna, Il Mulino, 2003, 16; E. LAMARQUE, *Commento all'art. 9*, cit., 251; così anche C. PINELLI, *Commento all'art. 9*, cit., 188.

mentare interesse nazionale = competenza statale, che nella prassi legislativa previgente sorreggeva l'erosione delle funzioni amministrative e delle parallele funzioni legislative delle Regioni, è divenuta priva di ogni valore deontico, giacché l'interesse nazionale non costituisce più un limite, né di legittimità, né di merito, alla competenza legislativa regionale»<sup>53</sup>.

Pertanto, l'interprete ha il dovere di leggere il nuovo art. 35, l. n. 87/1953, conformemente alle disposizioni e alla *ratio* del riformato Titolo V della Costituzione: operazione che gli impedisce di ravvisare nel "rischio di un pregiudizio irreparabile all'interesse pubblico" il "ritorno" dell'interesse nazionale.

Peraltro, la supposta corrispondenza tra l'"interesse pubblico" di cui all'art. 35 e l'"interesse nazionale" presente nel "vecchio" titolo V è stata ulteriormente sconfessata dalla prassi. Sono, infatti, prevalse le istanze di sospensiva presentate dalle Regioni, e ciò proprio sulla base del presunto rischio che dalla legge statale impugnata potesse discendere un pregiudizio irreparabile nei confronti dell'interesse pubblico o dell'ordinamento della Repubblica. La salvaguardia dell'interesse nazionale, al contrario, costituiva un titolo di legittimazione dell'intervento legislativo statale in ambiti riservati alle Regioni che, quindi, non lo avrebbero mai potuto utilizzare contro una legge dello Stato.

In relazione al secondo dei presupposti richiesti dall'art. 35, ovvero il rischio di un irreparabile pregiudizio «all'ordinamento della Repubblica», potrebbe invece tornare alla mente la sentenza della Corte costituzionale n. 274 del 2003. Secondo i giudici di Palazzo della Consulta, infatti, dalla lettura combinata degli artt. 5, 117, primo comma, e 120, secondo comma, Cost., emergerebbe «un'istanza unitaria»<sup>54</sup> che è compito dello Stato soddisfare pienamente e che giustifica la sua «posizione peculiare»<sup>55</sup> in seno all'ordinamento, rispetto agli altri enti che costituiscono la Repubblica.

Tuttavia, se questo vale dal punto di vista delle "ragioni dell'unità" – se è vero, cioè, che lo Stato è portatore di tali istanze e che ad esso spetta il compito di garantire l'unitarietà dell'ordinamento sancita dall'art. 5 Cost. – è ugualmente vero che in seno a quest'ultimo sono presenti istanze autonomistiche altrettanto rilevanti, di cui si fanno portatori gli enti sub-statali.

In altre parole, la tutela dell'ordinamento non coincide semplicemente con la tutela dell'unità dello stesso, ma ricomprende anche la tutela delle autonomie territoriali. Queste ultime, d'altronde, sono tutte componenti fondamentali – secondo il "nuovo" art. 114 Cost. e secondo il correlato principio del "pluralismo istituzionale paritario" – della Repubblica.

Pertanto, non è possibile ritenere che il legislatore abbia previsto tra i presupposti della sospensiva "il rischio di un irreparabile pregiudizio all'ordina-

---

<sup>53</sup> Par. 2.2 del *Considerato in diritto*.

<sup>54</sup> Par. 2.1 del *Considerato in diritto*.

<sup>55</sup> Par. 2.1 del *Considerato in diritto*.

mento della Repubblica” al fine di consentire esclusivamente allo Stato di avvalersene. Anche le Regioni, a loro volta, potranno fare leva su questo presupposto per ottenere la sospensione di una legge statale che comprima la loro autonomia e che, al contempo, sia in grado di produrre irreparabili pregiudizi alla Repubblica (in questo caso) “delle autonomie”.

Rimane da prendere in considerazione il «rischio di un pregiudizio grave ed irreparabile ai diritti dei cittadini». Anche questo presupposto sembra essere “utilizzabile” tanto dallo Stato quanto dalle Regioni al fine di ottenere la sospensiva della legge impugnata.

Si potrebbe immaginare, esemplificativamente, che venga chiesta la sospensione di una legge regionale per il fatto che essa contiene una disciplina incoerente rispetto a quella posta dallo Stato in materia di “livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”, o che ne costituisce una deroga *in peius* e che, conseguentemente, è in grado di arrecare un grave ed irrimediabile pregiudizio a questi ultimi.

Allo stesso modo è possibile che venga presentata istanza di sospensiva nei confronti di una legge statale accusata di arrecare “un pregiudizio grave ed irreparabile ai diritti dei cittadini”. Si pensi, ad esempio, ad una legge statale che violi non solo la sfera di competenza normativa delle Regioni, ma al contempo l’art. 117, nono comma, Cost. (rimuovere gli ostacoli alla parità fra uomo e donna nella vita sociale, culturale ed economica e nell’accesso alle cariche elettive). In questo caso la legge statale potrebbe risultare idonea a ledere irreparabilmente i diritti dei cittadini, in particolare quelli facenti capo all’art. 51 Cost.

A confermare la circostanza che non solo lo Stato ma anche le Regioni possono far leva sui presupposti di cui all’art. 35, l. n. 87/1953, è stata la stessa Corte costituzionale in una recentissima ordinanza, la n. 107 del 2010.

Infatti, all’eccezione di inammissibilità sollevata dall’Avvocatura dello Stato, a fronte dell’istanza di sospensiva proposta dalla Regione Lazio nel ricorso avverso il decreto-legge c.d. “salva-liste” (d.l. 5 marzo 2010 n. 29), la Consulta risponde affermando che «il testo stesso dell’art. 35 della legge n. 87 del 1953, nella parte in cui rinvia all’art. 32 della medesima legge, rende palese che la Regione può proporre istanza cautelare, ove ritenga che ne sussistano i presupposti».

#### 4.1. *Un confronto con i presupposti della tutela cautelare “classica”*

In questo paragrafo si cercherà di chiarire se il Giudice delle leggi debba prendere comunque in considerazione, a prescindere dalla *littera legis*, i “classici” presupposti della tutela cautelare, ossia il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*, e in che relazione stanno questi ultimi con quelli espressamente previsti dal “nuovo” art. 35.

Iniziando dal *periculum*, esso altro non è che il rischio (il pericolo appun-

to) che nelle more del giudizio si possa produrre un danno grave che nemmeno la sentenza del giudice potrebbe più rimuovere o, quantomeno, che sarebbe eliminabile con eccessiva difficoltà.

La necessità dell'esistenza di un pericolo, che normalmente si sostanzia nella *possibilità*<sup>56</sup> di un danno, è connessa a qualsiasi provvedimento cautelare<sup>57</sup>. Come è noto, la peculiare funzionalità giuridica di questi ultimi provvedimenti consiste proprio nell'evitare che un determinato danno abbia la possibilità di realizzarsi.

Quanto detto vale anche per il giudizio di costituzionalità in via principale. Qui l'art. 35, l. n. 87/1953, individua quali presupposti della sospensione delle leggi «il rischio di un irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico o all'ordinamento giuridico della Repubblica, ovvero il rischio di un pregiudizio grave ed irreparabile per i diritti dei cittadini». È piuttosto chiaro che tali formule evocano il *periculum in mora*, facendo sì che esso entri a far parte della valutazione che la Corte deve compiere nell'ambito del sub-procedimento cautelare e che, in linea di massima, è caratterizzata da un elevato grado di discrezionalità<sup>58</sup>.

Tre le precisazioni da fare.

La prima è che, a differenza di quanto avviene nel conflitto tra enti, per il quale è previsto un potere di sospensiva della Corte da esercitarsi sulla base delle «gravi ragioni» addotte dal ricorrente, o di quanto avvenga nel giudizio amministrativo, o, ancora, nella tutela cautelare d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c., concessa solo in presenza di un «pregiudizio imminente ed irreparabile», nel giudizio in via principale si assiste ad una tipizzazione del *periculum*. Infatti vengono individuate ben tre distinte ipotesi, con la conseguenza che la Corte, verosimilmente, dovrà valutare il «pericolo del possibile danno» in relazione: 1) all'interesse pubblico; 2) all'ordinamento giuridico della Repubblica; 3) ai diritti dei cittadini. In linea teorica, cioè, essa non potrà mai compiere una valutazione che riguardi un generico *periculum in mora*.

La seconda precisazione, invece, riguarda il fatto che la formulazione dei tre *pericula* lascia trasparire la *ratio* originaria del potere di sospensiva nel giudizio in via d'azione: quella, cioè, di introdurre uno strumento processuale in grado, almeno in parte, di «controbilanciare» la trasformazione del sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi regionali da preventivo a successivo. Pertan-

---

<sup>56</sup> È chiaro, infatti, che il danno non si sia ancora prodotto ma sia soltanto «in potenza». Sul punto vedi F. SAIJA, *Principi*, cit., 281, nonché A. PIZZORUSSO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali sui conflitti fra enti*, in *Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi. I processi speciali*, Napoli, Jovene, 1979, 304.

<sup>57</sup> Cfr. G. FALZONE, *L'inibitoria giudiziale*, cit., 133 e F. BARTOLOMEI, *Sulla domanda di sospensione del provvedimento amministrativo davanti al Consiglio di Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, 477.

<sup>58</sup> Sul punto cfr. A. PIZZORUSSO, *La tutela cautelare*, cit., 305; nonché E. A. DINI - G. MAMMONE, *I provvedimenti d'urgenza*, Milano, Giuffrè, 1997, 28 e 29.

to, in dottrina, c'è stato chi ha ritenuto che i tre presupposti dell'esercizio della sospensiva siano stati disegnati in modo tale da rendere l'istituto in esame applicabile nei soli casi di impugnazione di atti normativi delle Regioni<sup>59</sup>. Come si è avuto modo di vedere, tuttavia, la formulazione testuale dei tre presupposti della sospensiva non impedisce affatto che anche le Regioni possano avvalersi dello strumento processuale in esame<sup>60</sup>.

Infine, un elemento di riflessione sul *periculum in mora* proviene dalla Corte stessa e, più precisamente, dall'ordinanza n. 107 del 2010, nella quale viene tratteggiato il *test* attraverso cui deve passare la verifica di tale presupposto.

In particolare, la Corte procede alla valutazione, in termini comparativi, dei possibili danni che deriverebbero dall'applicazione dell'atto impugnato e di quelli che discenderebbero dalla sospensione dell'efficacia dell'atto stesso. L'esito, però, è negativo: ad avviso dei giudici costituzionali, infatti, l'eventuale adozione del provvedimento di sospensiva potrebbe produrre danni uguali e contrari «per qualità ed intensità» a quelli che deriverebbero dall'applicazione delle disposizioni censurate. La conseguenza è il rigetto dell'istanza di sospensiva.

A ben vedere, dunque, la sussistenza del requisito del «danno grave ed irreparabile» è condizione necessaria ma non sufficiente per l'adozione del provvedimento cautelare. A tal fine occorre effettuare un altro *test* di giudizio, volto a ponderare se la sospensione non produca danni superiori o uguali a quelli derivanti dall'applicazione della normativa censurata. A parità di danni, in altri termini, deve essere preferita la conservazione dell'efficacia dell'atto alla sua temporanea inibizione<sup>61</sup>.

Passando all'altro presupposto della tutela cautelare «classica», ovvero il *fumus boni iuris*, l'art. 35, l. n. 87/1953, tace sulla necessità o meno di verificarne la sussistenza ai fini della concessione della sospensione cautelare.

Guardando alle riflessioni elaborate dalla dottrina sulla tutela cautelare nei giudizi comuni, è necessario ricordare, innanzi tutto, che tra il giudizio principale e quello sulla sospensiva sussistono rapporti solo in quanto il secondo è un accessorio del primo, ed entrambi riguardano lo stesso provvedimento. Il legame sostanziale che intercorre tra i due procedimenti è ravvisabile, dunque, nella circostanza che la valutazione di opportunità che il giudice è chiamato a compiere «trova certo il suo criterio principale (...) nella gravità e irreparabilità del danno (...), ma anche nel carattere iniquo che un tale danno presenta»<sup>62</sup>. Iniquità che discende dall'illegittimità dell'atto, nel senso che un danno appare iniquo

<sup>59</sup> Vedi P. CARETTI, *Il contenzioso costituzionale*, cit., 195, nonché E. LAMARQUE, *Commento all'art. 9*, cit., 251.

<sup>60</sup> Vedi *supra*, par. 4.

<sup>61</sup> Sul punto cfr. A. VUOLO, *Crollo di un altro antico feticcio. Nota a ordinanza n. 107/2010 della Corte costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>62</sup> F. SATTÀ, *Principi*, cit., 282.

in quanto derivi dall'esecuzione di un provvedimento che, a sua volta, non sembri legittimo.

Da qui la necessità per il giudice comune di valutare il c.d. *fumus*, ovvero di delibare la fondatezza della domanda della parte attrice.

Quanto appena detto dovrebbe valere anche in relazione all'esercizio del potere di sospensiva della Corte: essendo un vero e proprio potere cautelare, tanto nei conflitti tra enti<sup>63</sup> – come peraltro già accade – quanto nei giudizi in via d'azione, è necessario che essa verifichi la sussistenza di tale presupposto. Sarebbe assurdo, infatti, che la Corte disponesse la sospensione se il ricorso principale apparisse manifestamente infondato o manifestamente inammissibile<sup>64</sup>.

Con la già citata ordinanza n. 107 del 2010, la Corte ha fatto finalmente chiarezza anche su questo punto.

Il Giudice delle leggi, infatti, afferma che la sospensiva può essere disposta solo «se vi sia concomitanza di *due* requisiti, ovvero il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*» e che «il difetto di uno soltanto di essi comporta il rigetto dell'istanza».

Nel caso di specie, però, la Corte non ritiene che ricorra il presupposto del *periculum* e, di conseguenza – come accennato – rigetta l'istanza di sospensione cautelare.

##### 5. *Modalità di attivazione del potere di sospensiva e principio del contraddittorio*

L'art. 35 della l. n. 87/1953 consente, a determinate condizioni, che la Corte *d'ufficio* sospenda l'esecuzione della legge (o atto avente forza di legge) impugnata. L'art. 21 delle Norme Integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, recentemente riformato, stabilisce a sua volta che «*ove sia proposta istanza di sospensione, ai sensi dell'art. 35 della legge 11 marzo 1953, n. 87 il Presidente, sentito il relatore, convoca la Corte in camera di consiglio qualora ravvisi l'urgenza di provvedere. Con il medesimo provvedimento il Presidente può autorizzare l'audizione dei rappresentanti delle parti e lo svolgimento delle indagini ritenute opportune. La cancelleria comunica immediatamente alle parti l'avvenuta fissazione della camera di consiglio e l'eventuale autorizzazione all'audizione.*».

---

<sup>63</sup> Sul punto cfr. A. PIZZORUSSO, *La tutela cautelare*, cit., 305, e M. MASSA, *I poteri cautelari nei conflitti di attribuzioni*, cit., 257 e 258.

<sup>64</sup> A. PIZZORUSSO, *La tutela cautelare*, cit., 305, fa notare che la valutazione della Corte dovrebbe estendersi anche alle eventuali cause di inammissibilità del ricorso: «anche nel caso in cui una di esse risulterebbe, ove fondata, pregiudiziale all'accoglimento dell'istanza di sospensione, la Corte non è tenuta ad esaminarla *funditus* prima di pronunciare su di essa, ma solo a delibarla come le questioni di merito».

Il potere di sospensiva, dunque, può essere esercitato tanto dalla Corte *motu proprio*, quanto su impulso di parte: la riforma dell'art. 21 N.I. ha, infatti, confermato questa seconda modalità di attivazione che, peraltro, non era comunque esclusa dalla formulazione dell'art. 35, l. n. 87/1953. Il fatto che la Corte possa esercitare un potere d'ufficio, d'altronde, non comporta un divieto per le parti di sollecitarla in tal senso, ma significa soltanto che essa, a prescindere da tale sollecitazione, può ritenere che sussistano i presupposti per sospendere autonomamente la legge impugnata.

Ne è conferma l'ordinanza n. 245 del 2006 della Corte costituzionale, nella quale essa chiarisce che il suo ruolo nella "fase cautelare" è, specificamente, quello «di valutare esclusivamente la possibilità di disporre d'ufficio la sospensione dell'esecuzione delle norme impugate»<sup>65</sup>.

Premesso ciò, occorre passare all'esame, dapprima, dei profili problematici posti dal carattere officioso del potere di sospensiva<sup>66</sup>; successivamente, di quelli che riguardano l'attivazione della sospensiva su apposita istanza di parte.

Per quanto riguarda l'ipotesi in cui la sospensiva sia disposta *d'ufficio*, due sono i "nodi" segnalati dalla dottrina. Il primo riguarda la necessità o meno che si garantisca un contraddittorio "minimo" anche in questi casi<sup>67</sup>, soprattutto in base alla considerazione che si tratta pur sempre di un giudizio di parti.

Eppure, quest'ultimo rilievo non sembrerebbe determinante. Per quanto sia auspicabile l'audizione dei rappresentanti delle parti anche in caso di esercizio della sospensiva *ex officio*, ciò non sembra poter costituire un obbligo per la Corte, la quale gode di un elevato grado di discrezionalità in tal senso. Ne è conferma l'art. 21 N.I., a norma del quale essa non ha il dovere di coinvolgere le parti nel procedimento cautelare<sup>68</sup>, ma solo quello di far comunicare immediatamente loro, dalla cancelleria, l'avvenuta fissazione della camera di consiglio.

Il secondo "nodo", invece, è quello relativo alla compatibilità del carattere officioso del potere in questione con il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. In dottrina, infatti, è stato sottolineato che un simile potere autorizzerebbe la Corte a disporre *ultra petita*: «sia in quanto la sospensione potrebbe non essere sollecitata dal ricorrente, sia in quanto nel ricorso introduttivo potrebbe non esserci neanche alcun cenno al fatto che la legge impugnata arrechi pregiudizio all'interesse pubblico, all'ordinamento giuridico della Repubblica o ai diritti dei cittadini»<sup>69</sup>.

Questo rilievo critico non può essere condiviso per due ordini di ragioni.

<sup>65</sup> Par. 1 del *Considerato in diritto*.

<sup>66</sup> Il carattere officioso del potere di sospensiva è stato aspramente criticato dalla dottrina: vedi per tutti G. FALCON, *Introduzione*, cit., 17; nonché E. LAMARQUE, *Commento all'art. 9*, cit., 251 e 252.

<sup>67</sup> G. FALCON, *Introduzione*, cit., 17; nonché A. CERRI, *Il potere cautelare*, cit., 2445.

<sup>68</sup> Vedi l'art. 21 N.I.

<sup>69</sup> E. LAMARQUE, *Commento all'art. 9*, cit., 252.

Indubbiamente la Corte costituzionale è chiamata a rispettare, *ex art. 27, l. n. 87/1953*, il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato.

Ma è altrettanto vero che tale principio è sancito da una norma di legge ordinaria, la quale, pertanto, ben può essere derogata da una norma di pari rango: basti pensare al secondo comma dello stesso art. 27, laddove si ammette che la Corte possa dichiarare altresì «quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata». Analogamente, il principio in questione subisce un'eccezione per via dell'art. 35 della stessa legge. Quindi, ove l'officiosità del potere sia da ricondurre direttamente alla l. n. 87/1953 e non al citato art. 21 N.I., non sorgerebbe alcun problema.

In secondo luogo, il *petitum*, nel giudizio di costituzionalità, consiste nell'accertamento dell'illegittimità costituzionale, con eventuale conseguente espunzione dall'ordinamento della norma o delle norme impugnate: la sospensione della legge da parte della Corte, allora, non sarebbe affatto una decisione *ultra petita*. Essa costituirebbe un *minus* rispetto alla dichiarazione di incostituzionalità e, di certo, non contribuirebbe in alcun modo ad allargare il *thema decidendum*, dato che consiste in una valutazione sull'opportunità che venga data esecuzione alla legge, che non incide in alcun modo sulla valutazione della sua legittimità costituzionale.

Esaurite le considerazioni circa il carattere officioso del potere cautelare esercitabile dalla Corte nei giudizi in via d'azione, si può passare all'esame di alcuni aspetti afferenti all'attivazione della sospensiva sulla base di apposita istanza di parte.

Innanzitutto, qualche indicazione utile la si ricava dalla prassi: finora, infatti, sono state sempre le parti-ricorrenti a presentare istanza alla Corte affinché esercitasse il potere di sospensiva. L'istanza, nella quasi totalità dei casi, è stata presentata unitamente al ricorso principale; una sola volta, invece, è stata proposta con atto separato rispetto al ricorso<sup>70</sup>, e la Corte ha preso in considerazione l'istanza tanto nell'uno, quanto nell'altro caso. Segno che per i giudici costituzionali entrambe le modalità di "sollecitazione" sono ammissibili.

Per quanto concerne la necessità che l'istanza sia motivata e, se sì, quanto approfonditamente lo debba essere, è ancora una volta il Giudice delle leggi a dare qualche suggerimento. Nella sentenza n. 245 del 2006 si legge che «la ricorrente, nel sollecitare l'esercizio del potere di sospensione delle norme impugnate, ha tuttavia prospettato in maniera assertiva la sussistenza dei relativi presupposti, omettendo di svolgere argomenti in grado di indurre questa Corte ed eventualmente adottare, d'ufficio, i provvedimenti», pertanto la Corte dichiara che «non vi è luogo a provvedere sull'istanza di sospensione».

Sembrirebbe, da queste poche righe, che sia necessario motivare – per chi

---

<sup>70</sup> È il caso del ricorso dello Stato avverso la legge della Regione Toscana 4 dicembre 2003, n. 55.

la presenti – la domanda volta ad ottenere la sospensiva, ma che l'esposizione dei motivi non possa ridursi alla mera affermazione della sussistenza dei presupposti di cui all'art. 35, l. n. 87/1953. È necessaria, cioè, una motivazione che, seppur sintetica, non finisca con l'essere apodittica.

Tuttavia, il fatto che la Corte consideri determinante la motivazione adottata a sostegno dell'istanza di sospensiva convince poco. Se è vero – come affermano i giudici costituzionali nella già citata ordinanza n. 245 del 2006 – che il potere di sospendere una legge è, innanzi tutto, un potere officioso, la motivazione dell'istanza di sospensiva presentata dalla parte dovrebbe essere quasi del tutto irrilevante ai fini della concessione o meno del provvedimento cautelare.

Un'altra questione posta dalla dottrina è, poi, quella relativa alla necessità o meno che sussista un interesse specifico, in capo alla parte, ad ottenere la sospensione della legge e che rapporto ci sarebbe tra questo interesse e quello afferente al ricorso principale: problema che si porrebbe nell'ipotesi di ricorso regionale avverso una legge dello Stato. Ciò che viene rilevato, in altri termini, è un'incompatibilità tra i presupposti del ricorso principale (la lesione dell'ordine delle competenze regionali, così come stabilito in Costituzione, per mano della legge statale) e quelli che legittimerebbero la Regione a chiedere la sospensiva della legge impugnata<sup>71</sup>.

Al di là del fatto che i due giudizi – principale e cautelare – seppur collegati, sono *distinti* quanto all'oggetto e alle finalità perseguite, per cui non può esserci alcun necessario collegamento tra l'interesse che muove l'uno e l'interesse che muove l'altro giudizio, comunque la questione relativa alla sussistenza di un interesse specifico alla sospensiva in capo alla Regione costituisce, a ben vedere, un *falso* problema.

Come si è detto in precedenza, il potere di sospendere le leggi è un potere che la Corte esercita d'ufficio, rispetto al quale l'istanza di parte costituisce un mero “pungolo”, una sollecitazione a cui, tra l'altro, i giudici costituzionali non ritengono neppure di essere obbligati a rispondere specificamente<sup>72</sup>. Se a questo si aggiunge che dalla formulazione dei presupposti su cui si fonda la sospensiva nel giudizio in via principale emerge il loro carattere “oggettivo”, allora è ancora più chiaro come questi trascendano gli interessi delle parti in giudizio e che la Corte è tenuta a valutare solo se sussistano o meno tali pericoli oggettivi, indipendentemente dalla possibilità di ravvisare un interesse specifico in capo alla parte che ha presentato istanza di sospensiva<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Cfr., per tutti, E. LAMARQUE, *Commento all'art. 9*, cit., 251 e 252.

<sup>72</sup> Quanto appena detto è confermato dalla giurisprudenza della Corte (vedi *supra*, par. 3) che in più di un'occasione non ha neppure preso in considerazione l'istanza di sospensiva presentata dalla parte ricorrente.

<sup>73</sup> È piuttosto chiaro, dunque, che il legislatore ha scelto di costruire la sospensione cautelare della legge su dati oggettivi, accogliendo, cioè, una visione del giudizio in via d'azione come giudizio – per l'appunto – “oggettivo”, più che “di parti”: ciò, *a fortiori*, ove si pensi che dello strumento della sospensiva può avvalersi soprattutto lo Stato.

In quest'ottica, un'eventuale rinuncia della parte alla decisione sulla sospensiva dovrebbe considerarsi influente ai fini dell'esercizio, da parte della Corte, del potere in esame: se quest'ultima ritenesse che sussistano i presupposti indicati dalla legge, alla luce di quanto detto, dovrebbe in ogni caso disporre la sospensiva.

Eppure, la vicenda processuale relativa alle ordinanze nn. 116, 117, 118 e 119 del 2004<sup>74</sup> sembrerebbe porsi in contrasto con le considerazioni da ultimo svolte. In quella circostanza, infatti, la Corte ha ritenuto di prendere atto della rinuncia delle parti a che i giudici costituzionali si pronunciassero immediatamente sulla sospensiva e ha, conseguentemente, disposto il rinvio dell'esame delle istanze all'udienza pubblica. Però, il contrasto è più apparente che reale: a ben vedere, la Corte ha ritenuto che comunque non sussistevano i presupposti in forza dei quali esercitare il suo potere di sospensione cautelare e ha, al contempo, preso atto del sopravvenuto difetto di interesse del ricorrente ad ottenere una risposta sulla richiesta cautelare.

Un ultimo profilo da considerare è quello relativo al contraddittorio nel procedimento volto alla sospensione cautelare, attivato su istanza di parte.

A tal proposito, l'aspetto meno chiaro della disciplina è quello relativo al coinvolgimento delle parti ricorrenti che, però, non abbiano chiesto la sospensiva<sup>75</sup>. Se una Regione chiede alla Corte di sospendere (la norma di) una legge, in presenza di altre Regioni che hanno impugnato la medesima (norma di) legge, bisognerà che vengano sentiti solo i rappresentanti della Regione che ha presentato istanza di sospensiva (oltre che quelli di controparte), o anche quelli delle altre ricorrenti?

Secondo quanto detto finora, non sembrerebbe possibile sostenere che *deb-bano* essere coinvolte anche le Regioni che non abbiano fatto istanza di sospensiva.

La sospensione cautelare *ex art. 35* è disposta, tanto in presenza di apposita istanza, tanto in caso contrario, sempre e comunque d'ufficio. La Corte, anche quando viene sollecitata in tal senso, dovrà «valutare esclusivamente la possibilità di disporre d'ufficio la sospensione dell'esecuzione delle norme impugnate»<sup>76</sup>. Pertanto l'istanza di parte è solo un impulso che giunge alla Corte, ma sarà quest'ultima a decidere se prenderla in considerazione, ed in caso affermativo, a

---

<sup>74</sup> Le quattro ordinanze citate traggono origine dai ricorsi dello Stato avverso, rispettivamente, la l. r. Toscana 4 dicembre 2003, n. 55; la l. r. Friuli-Venezia Giulia 11 dicembre 2003, n. 22; l'art. 4, l. r. Marche 23 dicembre 2003, n. 29: in tutti e tre i casi l'Avvocatura generale dello Stato ha chiesto la sospensione cautelare delle norme impuginate.

In un secondo momento, però, è stata comunicata la rinuncia da parte del ricorrente alla immediata decisione della Corte sulle richieste di sospensiva, per cui, con le tre ordinanze nn. 117, 118 e 119/2004, quest'ultima ne ha preso atto e ha disposto il rinvio dell'esame delle istanze all'udienza pubblica dell'11 maggio 2004, già fissata per la trattazione del giudizio di costituzionalità delle leggi cui le richieste di sospensiva si riferivano.

<sup>75</sup> S. PAJNO, *Rassegna della giurisprudenza della Corte costituzionale d'interesse delle regioni e degli enti locali (Marzo-Aprile 2004)*, in *Nuove Autonomie*, 2004, 618.

<sup>76</sup> Corte cost. ordinanza n. 245 del 2006.

valutare se sia opportuno provvedere (d'ufficio) alla sospensione della legge. È la Corte, in definitiva, protagonista di questa "fase" cautelare e, ancora una volta, è rimessa a lei, in piena discrezionalità, la scelta di provvedere sull'istanza di sospensiva nel contraddittorio – e, *a fortiori*, quanto allargarlo – o *inaudita utraque parte*.

#### 6. *Forma e obbligo di motivazione del provvedimento di sospensione cautelare*

Fino ad oggi la Corte costituzionale non ha mai risposto positivamente alle richieste di sospensione cautelare di leggi o atti aventi forza di legge, né ha mai ritenuto di utilizzare tale strumento *ex officio*. Essa si è limitata a dichiarare che "non vi è luogo a provvedere" sulle istanze di sospensiva proposte, intendendo con tale formula che l'istanza è viziata ma che i vizi relativi non consumano, in linea di principio, il potere cautelare di cui essa è titolare<sup>77</sup>. A questo si aggiunga che solo in due casi, quello dell'ordinanza n. 245 del 2006 e quello dell'ordinanza n. 107 del 2010, i giudici costituzionali hanno motivato, rispettivamente, la decisione del "non luogo a provvedere" e la decisione di rigetto relativamente all'istanza di sospensiva.

Quanto appena detto offre lo spunto per una breve riflessione in ordine alla sussistenza di un obbligo, in capo alla Corte, di motivare i provvedimenti con cui dispone o nega la sospensione di una legge.

La risposta affermativa al problema posto discende, in primo luogo, da quanto stabilito dall'art. 111, sesto comma, Cost., secondo il quale «tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati». Il campo di applicazione della norma *de qua* – come già si è detto nel § 2.2 – è stato esteso dalla sent. n. 76 del 2001 anche al processo costituzionale. Di conseguenza, tutti i principi espressi dall'art. 111, incluso quello relativo all'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, devono trovare riscontro anche nei processi che si svolgono dinanzi al Giudice delle leggi.

La necessità che il provvedimento con cui viene disposta o negata la sospensione cautelare debba essere motivato emerge a maggior ragione laddove si ponga mente alla disciplina della sospensiva nel conflitto intersoggettivo. L'art. 40, l. n. 87/1953, infatti, prevede che la Corte si pronunci sul punto con "ordinanza motivata". Né si può obiettare che la disposizione in parola – a differenza dell'art. 35 – riguarda un potere attivabile unicamente su istanza di parte.

Infatti, in entrambi casi – sia che si tratti di un potere attivabile d'ufficio, sia che si tratti di un potere attivabile su apposita istanza di parte – è comunque necessario che il provvedimento con il quale viene esternato sia motivato.

Basti prendere in considerazione, esemplificativamente, i poteri istruttori disciplinati dall'art. 421 c.p.c., attivabili *ex officio* dal giudice nel processo del

<sup>77</sup> Cfr. A. CERRI, *Il potere cautelare*, cit., 2446.

lavoro. A tal proposito, la Cassazione a sezioni unite, nella sentenza n. 11354 del 2004, ha chiarito che questi ultimi «non possono mai essere esercitati in modo arbitrario. Ne consegue che il giudice – in ossequio a quanto prescritto dall'art. 134 c.p.c. ed al disposto di cui all'art. 111, 1° comma, Cost. sul “giusto processo regolato dalla legge” – deve esplicitare le ragioni per le quali reputa di far ricorso all'uso dei poteri istruttori o, nonostante la specifica richiesta di una della parti, ritiene, invece, di non farvi ricorso».

Insomma, l'obbligo di motivazione dei provvedimenti adottati dal giudice, essendo un corollario del “giusto processo” che la Costituzione mira a garantire, non fa eccezione neanche nel caso di poteri esercitabili *ex officio*.

## 7. Effetti

Passando, infine, all'esame degli effetti del provvedimento di sospensiva, occorre guardare ancora una volta ai giudizi comuni: qui la sospensione viene a configurarsi come una paralisi *temporanea* dell'esecuzione dell'atto giuridico che viene in rilievo nell'ambito del giudizio. Essa, cioè, non fa venir meno l'esistenza/validità dell'atto, né la sua efficacia tipica, bensì – solo temporaneamente – un attributo di tale efficacia, ovvero la possibilità di portare l'atto ad ulteriore esecuzione (cioè l'esecutorietà) e di assumerlo a base di atti che secondo diritto presuppongano necessariamente quello sospeso<sup>78</sup>. Trasponendo quanto appena detto all'ambito del giudizio di costituzionalità sulle leggi, si può ritenere che la sospensione di una legge crei anch'essa «una parentesi temporale di durata (determinata o determinabile) nell'*efficacia* delle disposizioni da essa individuate, precludendo la produzione di norme per tutti i rapporti giuridici, *anche per quelli pendenti al momento della sospensione*»<sup>79</sup>.

Dunque, la pronuncia con la quale la Corte dispone la sospensiva ha carattere *provvisorio*, e questo peculiare aspetto dell'istituto in esame merita qualche considerazione in più.

L'attributo della “temporaneità” della sospensione cautelare è inscindibilmente connesso ad un altro attributo della stessa, ovvero alla sua *strumentalità* rispetto alla pronuncia definitiva, che si sostanzia nel garantirne la pratica efficacia: una volta conclusosi il giudizio principale, il “provvedimento cautelare” esaurirà la propria funzione. Pertanto, il sopravvenire del provvedimento principale determinerà *ipso iure* l'estinzione dell'efficacia della sospensiva<sup>80</sup>, e ciò comporta, come indiretta conseguenza, che qualsiasi evento incida sulla vita del processo

<sup>78</sup> A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1984, 713.

<sup>79</sup> R. DICKMANN, *Osservazioni sull'esercizio del potere sostitutivo mediante sospensione in via legislativa di leggi regionali*, in *www.federalismi.it*, n. 3/2007, 6.

<sup>80</sup> G. FALZONE, *L'inibitoria giudiziale*, cit., 173.

principale avrà ripercussioni sulla pronuncia di sospensiva. Così, ad esempio, se le parti vi rinunciassero (nel caso specifico del giudizio in via d'azione), la sua estinzione determinerebbe il venir meno della sospensione cautelare.

Un altro aspetto su cui soffermarsi è quello relativo all'incidenza *ratione temporis* della sospensiva sui rapporti giuridici.

In dottrina, a tal proposito, è stato fatto notare che il carattere provvisorio del provvedimento cautelare dovrebbe comportare che esso produca effetti solo per il futuro<sup>81</sup>, e che, viceversa, una volta intervenuta la pronuncia con cui si conclude il giudizio principale, gli effetti della sospensiva dovrebbero venir meno *ex tunc*.

Tale ricostruzione degli effetti “nel tempo” della decisione con cui si sospende una legge, quantomeno nella prima parte, non è però condivisibile. Secondo tale orientamento, infatti, la sospensiva produrrebbe i suoi effetti solo in relazione ai rapporti sorti *successivamente* al provvedimento che la dispone. Tuttavia, la conseguenza principale della sospensione di una norma è il venir meno della sua efficacia. Essa, cioè, non è più applicabile ai rapporti giuridici cui si rivolge: *né a quelli sorti prima, né a quelli sorti dopo* la sua sospensione.

Pertanto, il provvedimento con cui viene disposta la sospensiva di una (norma di) legge produce effetti *ex tunc* e la norma sospesa non può essere applicata *neanche ai rapporti giuridici pendenti al momento della sospensione*.

A ciò deve aggiungersi che nel limitato periodo di tempo in cui la sospensione della legge dispiega i suoi effetti, dovrebbe altresì determinarsi la reviviscenza delle norme abrogate da quest'ultima, le quali riprenderebbero a produrre effetti in modo pieno sia nei confronti di rapporti giuridici pendenti, sia nei riguardi di rapporti giuridici sorti dopo la sospensione<sup>82</sup>.

### 7.1. Segue. *Gli effetti della sospensione delle leggi sulle Regioni*

Un ultimo profilo da affrontare, per quel che concerne gli effetti della sospensiva, è quello relativo ai soggetti nei confronti dei quali tali effetti si dispiegano. In particolare bisognerà prender in considerazione: a) le Regioni; b) i giudici comuni; c) la pubblica amministrazione.

Per quanto riguarda quest'ultima, è piuttosto chiaro che se una (norma di) legge viene sospesa dai giudici costituzionali, la pubblica amministrazione non potrà esercitare i poteri ed adottare i provvedimenti che a tale (norma di) legge siano riconducibili fino a che non vengano a cessare gli effetti della sospensiva, in forza di una pronuncia della Corte che “salvi” la (norma di) legge impugnata.

<sup>81</sup> A. PIZZORUSSO, *La tutela cautelare*, cit., 306.

<sup>82</sup> Cfr. R. DICKMANN, *Osservazioni sull'esercizio del potere sostitutivo*, cit., 6, il quale formula la medesima osservazione con riguardo, però, all'ipotesi di sospensione di una legge per mano di un'altra legge.

La prima categoria di soggetti, invece, ha posto qualche problema perché in dottrina ci si è chiesti se nell'ipotesi di (una norma di) legge impugnata da una determinata Regione e poi sospesa dalla Corte, gli effetti della sospensione si producono solo con riguardo alla Regione ricorrente che abbia presentato istanza di sospensiva o anche nei confronti di tutte le altre Regioni. La risposta dovrebbe essere la seconda<sup>83</sup>, e ciò per due ordini di ragioni.

Innanzitutto, in virtù del rapporto di strumentalità che lega il giudizio cautelare a quello principale: se la definizione di quest'ultimo, qualora abbia ad oggetto una legge statale, produrrà i suoi effetti nei confronti di tutte le Regioni, anche il giudizio cautelare non potrà che avere effetti *erga omnes*.

Inoltre, se è vero che l'istanza di parte è un mero "pungolo" nei confronti della Corte, ma che poi è quest'ultima *ex officio* a disporre la sospensiva, ne discende che la decisione di sospendere la legge avviene indipendentemente dalla sollecitazione della parte. I suoi effetti, quindi, non possono essere limitati dalla presenza di questo atto d'impulso.

Se così non fosse, si avrebbe come paradossale conseguenza che a seconda dalla modalità di attivazione del potere di sospensiva, d'ufficio o su istanza di parte, la sospensione della legge si produrrebbe, rispettivamente, su tutto il territorio o solo nei confronti della Regione che ne ha fatto domanda.

## 7.2. Segue. *Gli effetti della sospensione delle leggi sui giudizi comuni*

Per quanto concerne gli effetti della sospensione *ex art.* 35, l. n. 87/1953, sui giudizi comuni, è opportuno riflettere su come i giudici si debbano comportare di fronte ad una norma di legge sospesa dalla Corte, dato che, secondo la ricostruzione proposta, essa non dovrebbe ricevere alcuna applicazione neanche nei giudizi pendenti al momento della sospensione.

A tal proposito occorre, però, distinguere tra le diverse tipologie di giudizi – civili, amministrativi e penali – perché le differenti regole processuali che governano ciascun rito condizionano in modo decisivo le possibili risposte all'interrogativo posto.

Nell'ambito dei giudizi civili, innanzi tutto, è necessario verificare se il giudice, a fronte della sospensione di una norma di legge decisiva ai fini della definizione della controversia dinanzi a lui pendente, possa sospendere il processo in corso. In particolare, occorre chiedersi se la sospensione del giudizio discenda, in questo caso, dall'applicazione dell'art. 23 della l. n. 87/1953 o dall'applicazione dell'art. 295 c.p.c.<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> Quanto appena affermato non vale nel caso in cui la norma di legge venga impugnata da una Regione speciale – che ne chieda, altresì, la sospensione – laddove il parametro invocato coincida con una norma del relativo Statuto.

<sup>84</sup> Lo stesso interrogativo vale per il giudizio tributario, in quanto – secondo la Cassazione (cfr.

Il primo, come è noto, disciplina i presupposti e le modalità di attivazione del giudizio di costituzionalità in via incidentale. In particolare, tra i presupposti, figura la c.d. “rilevanza” della questione di legittimità costituzionale, la quale indica il nesso di pregiudizialità che intercorre tra il giudizio *a quo* ed il giudizio costituzionale: da qui la necessità che il giudice, con l’ordinanza di rimessione, sospenda il processo dinanzi a lui pendente in attesa della pronuncia della Corte.

Viceversa, l’art. 295 c.p.c. stabilisce che «*il giudice dispone che il processo sia sospeso in ogni caso in cui egli stesso o altro giudice deve risolvere una controversia, dalla cui definizione dipende la decisione della causa*». La disposizione richiamata, nel disciplinare la c.d. sospensione “necessaria” del processo civile, indica i presupposti in presenza dei quali il giudice *deve* – e non, semplicemente, *può* – sospendere il giudizio in corso.

Tali presupposti sono stati successivamente chiariti dalla Corte di Cassazione. Secondo una ormai consolidata giurisprudenza di legittimità, la sospensione ex art. 295 c.p.c. deve essere disposta soltanto in quei casi in cui è dato riscontrare, *cumulativamente*, le seguenti condizioni: 1) che sia rinvenibile un rapporto di pregiudizialità *giuridica* tra due giudizi, nel senso che la situazione sostanziale che costituisce oggetto di uno di essi rappresenti fatto costitutivo o comunque elemento della fattispecie di quella che costituisce oggetto dell’altro; 2) che, per legge o per esplicita domanda di una delle parti, la questione pregiudiziale debba essere definita con efficacia di giudicato<sup>85</sup>; 3) che vi sia coincidenza tra le parti dei due giudizi. Ciò in quanto la pronuncia di ciascun giudizio, non potendo far stato nei confronti delle parti di altro giudizio, non potrebbe per ciò stesso costituire il necessario antecedente logico-giuridico della relativa decisione<sup>86</sup>.

Così ricostruite le due norme sulla sospensione processuale, sembrerebbe corretto – limitatamente al caso in cui sia già pendente una questione di costituzionalità (sollevata da un altro giudice o a seguito di ricorso in via principale) avente ad oggetto una norma necessaria alla definizione di un giudizio civile – inquadrarle nei termini di *lex specialis* (art. 23, l. n. 87/1953) e di *lex generalis* (art. 295 c.p.c.). L’art. 23, infatti, detta una disciplina specifica per l’ipotesi di sospensione processuale in caso di pregiudiziale di costituzionalità; l’art. 295, invece, è regola generale di sospensione del processo civile in tutti i casi in cui sia necessaria la definizione di una questione pregiudiziale.

---

per tutte la sent. n. 14788/01) – la sospensione necessaria del processo tributario è ammissibile anche al di fuori dei casi contenuti nella previsione limitativa dell’art. 39, d.lgs. n. 546 del 1992, poiché tale disposizione non esclude l’applicazione della norma generale del codice di rito, ovvero l’art. 295 c.p.c.

<sup>85</sup> Ben potendo, altrimenti, risolverla in via incidentale il giudice della causa pregiudicata, nell’ottica di una sollecita definizione della controversia, la quale, avendo trovato riconoscimento nell’art. 111 Cost., prevale sull’opposta esigenza di evitare un contrasto tra giudicati. Sul punto cfr. Cass. sent. n. 24859/06; ordd. nn. 6159 e 12233/07; sent. n. 8055/07; 8562/09.

<sup>86</sup> Cfr. per tutte Corte Cass. sent. n. 8701/07.

Ma anche qualora non si condividesse l'idea che sussista un rapporto di specialità tra le due norme<sup>87</sup>, è comunque l'art. 23, l. n. 87/1953, a doversi applicare al caso di specie<sup>88</sup>. Infatti, l'ipotesi del giudice che – trovandosi di fronte ad una norma di legge sospesa, decisiva ai fini della definizione della controversia innanzi a lui pendente – voglia sospendere il giudizio in attesa della pronuncia definitiva della Corte, integra un evidente caso di sospensione per l'esistenza di una pregiudiziale di costituzionalità.

A seconda, però, che sussistano o meno i presupposti richiesti dalla norma *de qua* ai fini della sospensione del processo in corso, possono prospettarsi scenari diversi.

Secondo una prima ipotesi, il giudice comune, laddove accerti il nesso di pregiudizialità tra il giudizio in corso ed il giudizio costituzionale e ritenga, altresì, non manifestamente infondata la questione di costituzionalità oggetto del sindacato della Corte, dovrebbe sollevare, a sua volta, questione di legittimità costituzionale e sospendere il processo dinanzi a lui pendente.

Nell'ipotesi alternativa, viceversa, il giudice comune – accertata la sussistenza del nesso di pregiudizialità con il giudizio di legittimità costituzionale – laddove non ritenga sussistente il requisito della non manifesta infondatezza della questione sottoposta alla Corte, proseguirà il giudizio e, non potendo applicare la norma sospesa, dovrà definire la controversia alla luce della disciplina previgente o – allorché si tratti di una norma derogatoria – della disciplina generale applicabile al caso.

In conclusione il giudice civile, qualora si trovi dinanzi ad una norma di legge sospesa, ha due possibilità: 1) quella di sollevare questione di costituzionalità sulla stessa norma, quando vi siano i presupposti, e di sospendere al contempo il processo; 2) quella di andare avanti nel giudizio non potendo, però, fare applicazione della norma sospesa<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> La posizione della Cassazione sul punto è piuttosto ambigua. Infatti, con sent. n. 9813 del 1999, la Suprema Corte ha, da una parte affermato che sussiste un rapporto di specialità tra le due discipline; ma dall'altra, nell'ambito della stessa sentenza, si è contraddetta negando che «la questione incidentale di legittimità costituzionale della legge applicabile nel singolo giudizio possa qualificarsi come “pregiudiziale”». Ciò perché, a suo avviso, non ricorrono quegli elementi – individuati, come si è appena visto, dalla stessa giurisprudenza di legittimità – in presenza dei quali è configurabile un rapporto di pregiudizialità “necessaria” tra due giudizi.

<sup>88</sup> A conferma di quanto sostenuto si vedano le sentenze della Corte di Cassazione n. 9813 del 1999; n. 118 del 2002; nonché le ordinanze nn. 24946, 24947, 24949 e 24950 del 2006, con le quali la Cassazione chiarisce che, laddove un giudice sospenda un processo in corso *ex art.* 295 c.p.c., perché la norma che deve applicare è oggetto del sindacato della Corte costituzionale, il relativo provvedimento di sospensione è illegittimo ed impugnabile con regolamento di competenza ai sensi dell'art. 42 c.p.c.

<sup>89</sup> Se, da una parte, questo è il quadro che discende dalla legislazione vigente in materia di sospensione del processo civile in ragione della pendenza di una pregiudiziale di costituzionalità, dall'altra sarebbe opportuno chiedersi se questa soluzione normativa possa soddisfare i principi costituzionali in materia di tutela giurisdizionale e di giusto processo.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui il giudice civile abbia definito una controversia non facen-

Per quanto concerne i giudizi amministrativi, vale quanto detto a proposito dei giudizi civili: il nuovo codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104), infatti, all'art. 79, primo comma, rimanda – quanto alla disciplina della sospensione processuale – alle norme del codice di procedura civile<sup>90</sup>.

*Nulla quaestio*, invece, qualora sia il giudice penale a trovarsi dinanzi ad una norma di legge sospesa. Infatti, quest'ultimo potrà sospendere il processo in corso solo *ex art. 23, l. n. 87/1953*, sempre che sussistano i presupposti richiesti da tale disposizione. Ciò in quanto nel codice di procedura penale non è contemplato nessun altro tipo di sospensione per l'esistenza di una questione pregiudiziale.

### **PRECAUTIONARY SUSPENSION IN THE JUDICIAL REVIEW OF LEGISLATION**

by Manuela Salvago

#### **Abstract**

The aim of this essay deals with the power to order precautionary suspension in the judicial review of legislation. This power was introduced by legge n. 131 del 2003. It presents some interesting problematic aspects, which will be carefully considered.

First of all, the essay studies the problem of the most appropriate legal source to regulate the precautionary suspension power.

Secondly, it focuses on the object and on the preconditions for the exercise of this power, comparing them with the preconditions of the traditional precautionary protection: *fumus boni iuris* and *periculum in mora*.

Finally, it examines the Constitutional Court's ways of exercising this power and its effects.

---

do applicazione della norma di legge sospesa e la Corte, nonostante avesse disposto la sospensione di quella norma, decidesse di rigettare la questione di legittimità costituzionale. In una simile ipotesi il cittadino non solo non avrebbe a disposizione alcuno strumento per far "rivedere" la sentenza passata in giudicato e decisa non applicando la norma di legge sospesa. Ma anche nel caso in cui la pronuncia fosse ancora impugnabile, si troverebbe a dover affrontare i successivi gradi di giudizio, subendo una ulteriore perdita di tempo e di denaro. In definitiva, verrebbe leso il suo diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, sancito dall'art. 24 Cost.

Di conseguenza, bisognerebbe domandarsi – anche se la risposta all'interrogativo necessita di ulteriori approfondimenti che chi scrive si prefigge di svolgere in futuro – se la sospensione del processo civile, nel caso in cui il giudice si trovi di fronte ad una norma di legge sospesa, non sia richiesta da norme costituzionali.

<sup>90</sup> Prima dell'entrata in vigore del nuovo codice del processo amministrativo, dal combinato disposto degli artt. 28, r.d. 26 giugno 1924 n. 1054, e 8, l. 6 dicembre 1971 n. 1034, il Consiglio di Stato faceva discendere la sospensione c.d. "facoltativa" o "discrezionale" del giudizio amministrativo (cfr. per tutte, sent. n. 620/03).

*Giurisprudenza*



**Sentenza Bundesverfassungsgericht [BVG] – BVerfG, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 del 30 giugno 2009 sulla ratifica del Trattato di Lisbona da parte della Germania**

1. *L'art. 23 della Legge fondamentale autorizza la partecipazione a un'Unione europea concepita come ente di collegamento tra Stati (Staatenverbund) e lo sviluppo della stessa. Il concetto di ente di collegamento denota un'unione stretta e durevole tra Stati che restano sovrani, un'unione che esercita potere pubblico su base pattizia, il cui ordinamento di base è soggetto tuttavia all'esclusiva disposizione degli Stati membri e nella quale i popoli degli Stati membri – cioè i cittadini aventi cittadinanza nazionale – restano i soggetti della legittimazione democratica.*

2. a) *Se gli Stati membri elaborano il diritto pattizio in forma tale da consentire una modifica senza procedura di ratifica ad opera esclusivamente o prevalentemente degli organi dell'Unione, salvaguardando in linea di massima il principio di attribuzione specifica limitata, spetta anche ai corpi legislativi, accanto al Governo federale, una responsabilità particolare sotto il profilo della partecipazione, a livello nazionale in Germania disciplinata dall'art. 23 comma 1 Legge fondamentale (responsabilità per l'integrazione (Integrationsverantwortung)) e suscettibile di essere fatta valere eventualmente in un procedimento davanti al giudice costituzionale.*

b) *Una legge ai sensi dell'art. 23 comma 1 par. 2 Legge fondamentale non è necessaria nella misura in cui le clausole di passerella speciali si limitano a settori già sufficientemente predeterminati dal Trattato di Lisbona. Anche in questi casi spetta tuttavia al Bundestag e – nella misura in cui sono interessati i poteri legislativi dei Länder – al Bundesrat assumere la responsabilità per l'integrazione con altre modalità idonee.*

3. *L'unificazione europea sulla base di un'unione pattizia tra Stati sovrani, d'altra parte, non può realizzarsi in modo tale da lasciare agli Stati membri uno spazio insufficiente per la determinazione politica delle condizioni di vita economiche, culturali e sociali. Questo vale in particolare per le materie che danno forma agli ambienti della vita dei cittadini tutelati dai diritti fondamentali, soprattutto allo spazio privato della responsabilità individuale e della sicurezza personale e sociale, e per le decisioni politiche che dipendono in particolar modo da pre-comprensioni culturali, storiche e linguistiche e che alimentano i discorsi nello spazio di una sfera pubblica politica organizzata dai partiti politici e dal parlamento.*

4. Il *Bundesverfassungsgericht* controlla se gli atti degli organi e delle istituzioni europee, rispettando il principio di sussidiarietà del diritto della Comunità e dell'Unione (art. 5 par. 2 TCE; art. 5 par. 1 per 2 e par. 3 TUE-Lisbona, si mantengono nei limiti dei diritti di supremazia conferiti in via di attribuzione specifica limitata (cfr. BVerfGE 58, 1 <30 f.>; 75, 223 <235, 242>; 89, 155 <188>; ivi in merito all'atto che evade tali limiti). Inoltre il *Bundesverfassungsgericht* controlla se è salvaguardato il nucleo sostanziale intangibile dell'identità costituzionale della Legge fondamentale ai sensi dell'art. 23 comma 1 per. 3 in combinazione con art. 79 comma 3 Legge fondamentale (cfr. BVerfGE 113, 273 <296>). L'esercizio di questa competenza di controllo radicata nel diritto costituzionale si conforma al principio del favore per il diritto europeo (*Europarechtsfreundlichkeit*) sancito dalla Legge fondamentale e, pertanto, non contraddice il principio della leale collaborazione (art. 4 par. 3 TUE-Lisbona); di fronte all'integrazione che progredisce non possono essere salvaguardate diversamente le strutture politiche e costituzionali che fondano gli Stati membri e che sono riconosciute dall'art. 4 par. 2 per 1 TUE-Lisbona. Nello spazio giudiziario europeo, le garanzie di diritto costituzionale e di diritto dell'Unione a favore dell'identità costituzionale nazionale operano pertanto "mano nella mano" (*Hand in Hand*)<sup>1</sup>. (1).

---

(1) Segue una nota di Agata Anna Genna\*.

### **Un'ipotesi di lettura per il *Lissabon-Urteil*: i giudici di Karlsruhe ed il processo di integrazione democratica dell'Unione europea**

SOMMARIO: 1. La sentenza del *Bundesverfassungsgericht*: l'articolato oggetto del giudizio di costituzionalità e le potenzialità della *ratio decidendi*. – 2. I giudici di Karlsruhe e l'integrazione europea. Elementi di continuità e di innovazione rispetto alla precedente giurisprudenza nelle diverse letture della dottrina. – 3. Il *Bundesverfassungsgericht* quale custode privilegiato del principio democratico e della c.d. "eternity guarantee". – 4. La tutela della sovranità del *Bundestag* e del *Bundesrat* nel processo di integrazione europea. – 5. Brevi riflessioni conclusive.

---

<sup>1</sup> Tali massime ufficiali sono state desunte dalla traduzione in italiano svolta su incarico dell'Ufficio studi della Corte costituzionale dal Prof. Jörg Luther, Dipartimento di Politiche Pubbliche e Scelte collettive POLIS, Università del Piemonte orientale e reperibili in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it) e in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

\* Dottoranda di ricerca presso il Dipartimento di diritto pubblico dell'Università degli Studi di Palermo.

1. *La sentenza del Bundesverfassungsgericht: l'articolato oggetto del giudizio di costituzionalità e le potenzialità della ratio decidendi*

La sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 30 giugno 2009<sup>2</sup> conclude un giudizio che deriva dalla riunione di diversi procedimenti (*Verfassungsbeschwerden* e *Organstreitverfahren*).

Questi avevano ad oggetto la costituzionalità della legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato di Lisbona<sup>3</sup> e delle relative “leggi di accompagnamento”, ovvero la legge di revisione costituzionale degli artt. 23, 45 e 93 *Grundgesetz*<sup>4</sup> (nel prosieguo, *GG*) e la legge “di estensione e rafforzamento dei diritti del *Bundestag*<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> Il testo della sentenza è consultabile in tedesco in [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de). Si è fatto riferimento principalmente alla versione inglese pubblicata in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 14/2009. La sentenza, tradotta in italiano, è consultabile in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it) e in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

Le locuzioni più significative sono indicate in inglese e, laddove ritenuto necessario, in tedesco. Tra parentesi sono indicati i paragrafi in cui sono contenute le espressioni della decisione oggetto della presente nota.

Si precisa che il BVG è tornato ad occuparsi di alcuni temi già trattati nel *Lissabon-Urteil* con il recente *Mangold-Beschluss*, pronuncia resa il 6 luglio 2010. Tale ultima sentenza è consultabile in lingua tedesca in [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de) e in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it). Per un commento si rinvia a R. CAPONI, Karlsruhe *europista* (*appunti a prima lettura del Mangold-Beschluss della Corte costituzionale tedesca*), in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

<sup>3</sup> *Gesetz zum Vertrag von Lissabon vom 13 dezember 2007*, del 8 ottobre 2008.

Sul Trattato di Lisbona, cfr., *ex multis*, R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Dir. UE*, n. 1/2008, p. 21 ss.; F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2008; E. CANNIZZARO, *La riforma costituzionale dell'Unione europea e il Trattato di Lisbona*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it); C. DE FIORES, *Il fallimento della Costituzione europea. Note a margine del Trattato di Lisbona*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it); G. GUARINO, *Ratificare Lisbona?*, Firenze, 2008; nonché i contributi dell'intero n. 1/2008 di [www.sudineuropa.net](http://www.sudineuropa.net).

<sup>4</sup> *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (artikel 23, 45 und 93)*, dell'8 ottobre 2008. Tale legge, regolarmente promulgata, è entrata in vigore il 1° dicembre 2009, contestualmente, cioè, al Trattato di Lisbona. Le modifiche costituzionali apportate sono le seguenti:

Si prevede un nuovo art. 23.1a *GG*, che dispone: “Il *Bundestag* e il *Bundesrat* hanno diritto di agire davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione europea contro un atto legislativo dell'Unione europea che violi il principio di sussidiarietà. Il *Bundestag* è obbligato ad agire se lo richiedano un quarto dei suoi membri. Un atto per il quale sia richiesta l'approvazione del *Bundesrat* può ammettere eccezioni all'art. 42.2, primo periodo, e 52.3, primo periodo, per l'esercizio dei diritti garantiti al *Bundestag* e al *Bundesrat* nei Trattati istitutivi dell'Unione europea”. Si aggiunge un periodo all'art. 45 *GG*, per effetto del quale il *Bundestag* può autorizzare la Commissione per gli affari dell'Unione europea di cui a tale disposizione “ad esercitare i diritti garantiti al *Bundestag* dai Trattati istitutivi dell'Unione europea”. Con una modifica all'art. 93.1, n. 2, *GG* si abbassa da un terzo a un quarto il numero dei componenti del *Bundestag* che possono promuovere ricorso al BVG sulla compatibilità formale e sostanziale del diritto federale o dei *Länder* alla Legge Fondamentale.

<sup>5</sup> Il rinnovo del diciassettesimo *Bundestag* dal 1949 si è avuto il 27 settembre 2009. In argomento, v. F. LIBERATI, *La nuova architettura politica tedesca in seguito alle elezioni federali del 27 settembre 2009*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 18/2009.

e del *Bundesrat*<sup>6</sup> sulle questioni relative all'Unione europea<sup>7</sup>, leggi che sono entrate in vigore contestualmente al Trattato di Lisbona<sup>8</sup>.

Con particolare riferimento alle molteplici censure sollevate, l'ammissibilità delle *Verfassungsbeschwerden*<sup>9</sup> è limitata alle parti in cui i ricorrenti lamentavano la perdita di centralità del potere statale della Repubblica Federale Tedesca, la lesione del principio democratico e, infine, del principio dello Stato sociale (§ 168 ss.). Per quanto riguarda gli *Organstreitverfahren*<sup>10</sup>, invece, è stato dichiarato ammissibile soltanto quello in cui il ricorrente (la *Franktion Die Linke*) faceva valere la lesione di alcuni poteri decisionali del *Bundestag* relativamente all'impiego delle forze armate (§ 194 ss. e § 204 ss.).

Segnatamente, il *BVG* ritiene che siano infondati sia l'*Organstreitverfahren* sia le *Beschwerden*<sup>11</sup> relative alla legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato di Lisbona e alla legge di revisione costituzionale "di accompagnamento". Invece, sono fondate le *Beschwerden* relative alla legge di estensione e rafforzamento dei diritti del *Bundestag* e del *Bundesrat* sulle questioni relative all'Unione europea, nella misura in cui quest'ultima legge non contiene regole adeguate sulla partecipazione del Parlamento tedesco alla revisione del diritto primario e ad alcune procedure legislative ordinarie dell'Unione europea.

Le numerose pagine (ben 108 nella versione inglese utilizzata) in cui si dipanano le argomentazioni dei giudici tedeschi (articolate complessivamente in 421 paragrafi) danno luogo – come è normale che sia per una decisione così imponente ed interessante soprattutto dal punto di vista costituzionale<sup>12</sup> – a

---

<sup>6</sup> Il *Bundesrat* partecipa, attraverso i *Länder* al processo di rafforzamento dell'Unione europea. Sul ruolo dei *Länder*, v. F. PALERMO, *Il ruolo delle assemblee legislative dei Länder nel sistema di governo tedesco: dall'emarginazione strutturale ai nuovi scenari della stagione delle riforme*, in *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 10/2007, pp. 295-311.

<sup>7</sup> *Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union*. Per quanto attiene al testo del progetto di legge su indicato che tiene conto delle osservazioni contenute nella sentenza del 30 giugno 2009 del *BVG*, v. DEUTSCHER BUNDESTAG, *Entwurf eines Gesetzes über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union*, in [www.cdusu.de](http://www.cdusu.de); DEUTSCHER BUNDESTAG, *Die Begleitgesetzgebung zum Vertrag von Lissabon*, in [www.bundestag.de](http://www.bundestag.de). Per un commento dottrinale, si rinvia al parere reso da A. VON BOGDANDY, J. BAST, C. WOHLFAHRT, *Stellungnahme zur gemeinsamen öffentlichen Anhörung der EU-Ausschüsse von Bundestag und Bundesrat*, 26./27. August 2009, in [www.bundestag.de](http://www.bundestag.de).

<sup>8</sup> Tali "leggi di accompagnamento" sono, infatti, entrate in vigore il 1° dicembre 2009, data a partire dalla quale è vigente il Trattato di Lisbona.

<sup>9</sup> Si tratta dei ricorsi costituzionali proposti.

<sup>10</sup> Ovvero, le istanze sollevate nel procedimento di conflitto tra organi.

<sup>11</sup> Si tratta delle questioni di legittimità costituzionale o, per essere più aderenti alla terminologia tedesca, delle denunce di costituzionalità.

<sup>12</sup> In fact, "the *BVerfG* has on more than one occasion taken the opportunity to explain [...] the constitutional underpinnings of Germany's participation in European integration, the relationship between German

numerosissimi e stimolanti spunti di riflessione. Sebbene in questa sede non sia possibile svolgerli tutti compiutamente, essi sembrano legati dal sottile *fil rouge* che si desume dalle seguenti espressioni.

*“In qualità di membro di eguali diritti di un’Europa unita, il popolo tedesco ha adottato, in forza del suo potere costituente, questa Legge fondamentale. Non è consentita alcuna modifica della presente Legge Fondamentale che riguardi [...] i principi enunciati agli articoli 1 e 20. Il popolo tedesco riconosce gli inviolabili e inalienabili diritti dell’uomo come fondamento di ogni comunità umana, della pace e della giustizia nel mondo. Tutto il potere statale emana dal popolo. Esso è esercitato dal popolo per mezzo di elezioni e di votazioni e per mezzo di organi speciali investiti di poteri legislativo, esecutivo e giudiziario”.*

Dalla lettura del Preambolo della Legge Fondamentale<sup>13</sup> in combinato disposto con gli articoli 79, 3° comma, 1, 2° comma e 20, 2° comma *GG* è possibile rinvenire la *ratio* che anima la decisione del *BVG*: l’affermazione del principio democratico e la necessità di un maggiore coinvolgimento del Parlamento nazionale – sede rappresentativa per eccellenza della sovranità popolare – sono imprescindibili garanzie per l’identità costituzionale tedesca.

La decisione in parola costituisce un’ulteriore prova dell’importanza rivestita dal Tribunale costituzionale federale nello sviluppo dell’ordinamento tedesco al punto tale che in dottrina<sup>14</sup> è stata coniata l’espressione “Repubblica di Karlsruhe” per sottolineare tale forte influenza. Il *BVG*, infatti, sembra rivestire in modo sempre

---

constitutional law and European Union law, and the limits that are set by the Basic Law, in its present state, to any further transfer of competences to the Union”.

[...] “The judgment seems to be [...] more a treatise text on constitutional law than a judgment”. Così, EDITORIAL COMMENTS, *Karlsruhe has spoken: “Yes” to the Lisbon Treaty, but... , in Common Market Law Review*, n. 46/2009, p. 1024 e p. 1033.

<sup>13</sup> La sovranità risiede nella Legge Fondamentale, quest’ultima, infatti, controlla il trasferimento di competenze all’UE (“The controlled and responsible transfer of sovereign powers to the European Union [...] is possible under constitutional law”, cfr. §§ 306 ss.).

La Legge Fondamentale può essere considerata quale “presidio necessario della democraticità del sistema” e garante del processo di integrazione europea, *i.e.* è “la difesa suprema dell’ordinamento democratico”. Così, F. LANCHESTER, *Germania 2009: la parabola della normalità*, in *www.federalismi.it*, n. 19/2009. Essa, pur nascendo con un carattere di provvisorietà, è divenuta la Costituzione del popolo tedesco. In argomento, cfr. A. ANZON, J. LUTHER (tradotta da), *La Legge Fondamentale Tedesca*, Milano, 1997, *passim*; F. BARTOLOMEI (a cura di), *La Carta costituzionale della Repubblica Federale di Germania, Grundgesetz Für die Bundesrepublik Deutschland*, Milano, 2000, *passim*; G. GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Roma-Bari, 1999, pp. 119 e ss.; 179 e ss.; 268 e ss.

Sulla Legge Fondamentale cfr., inoltre, le relazioni tenute al Convegno “I 60 anni della Legge Fondamentale. Tra memoria e futuro”, Milano, Università “L. Bocconi”, 5-6-7 novembre 2009, consultabili in *www.dpce.it*.

<sup>14</sup> Così F. PALERMO nel suo intervento al Convegno “I 60 anni della Legge Fondamentale. Tra memoria e futuro”, cit.

più incisivo il ruolo di *attore* e di *produttore* del patrimonio costituzionale tedesco. Ciò induce, peraltro, a rivalutare le funzioni di tale giudice costituzionale e a qualificare l'ordinamento tedesco non come appartenente ai sistemi di *civil law* in senso stretto ma come un ordinamento sempre più vicino ai sistemi di *common law*<sup>15</sup>.

La *ratio* enunciata consente di comprendere non solo la forza dirompente che la pronuncia possiede nell'ambito dell'ordinamento tedesco, tanto da condizionare l'operato del legislatore nazionale<sup>16</sup> e di giungere perfino alla possibile approvazione – per la Germania – di un Trattato di Lisbona *plasmato* sulle esigenze tedesche<sup>17</sup>, ma anche di qualificare la decisione stessa come un'in-

---

<sup>15</sup> I sistemi di *common law* si fondano, infatti, su un corpo di regole giurisprudenziali che si formano attraverso il consolidamento e l'evoluzione dei "precedenti giudiziari", ovvero delle autorevoli pronunce dei giudici, che gli altri giudici sono tenuti a rispettare (principio dello *stare decisis*). In altri termini, si tratta di sistemi in cui il ruolo della giurisprudenza assume rilievo centrale nella costruzione dell'ordinamento giuridico.

<sup>16</sup> È stato osservato che "la giurisprudenza costituzionale ha costantemente ribadito l'esistenza di un *ordinamento valutativo* del *Grundgesetz*, ma ciò ha anche finito con l'imporre la superiorità del Tribunale come interprete della costituzione rispetto al legislatore: da "*custode della costituzione*" a "*interprete autentico del Grundgesetz*". [...] Tuttavia, nell'ambito della relazione tra Tribunale costituzionale e potere legislativo, rimane aperto il *problema della legittimazione del Bundesverfassungsgericht*. Così, G. GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, cit., p. 146.

<sup>17</sup> Cfr. C. CELANI, R. APEL, *Germania: schiaffo costituzionale al Trattato di Lisbona*, in [www.movisol.org](http://www.movisol.org); MOVISOL, *Scacco matto al Trattato di Lisbona*, in [www.politicainreteforum.it](http://www.politicainreteforum.it). Tale possibilità è prospettata, altresì, da G. GUARINO, *Perché la sentenza della Corte tedesca mette a rischio il Trattato di Lisbona*, in *Corriere della sera*, 19 luglio 2009. L'A. osserva come sia essenziale che un Trattato multilaterale – qual è il Trattato di Lisbona – mantenga un'identità testuale. Tale identità potrebbe essere sacrificata qualora il *Bundestag* decidesse di approvare una legge che, cambiando alcune disposizioni del nuovo Trattato, preveda – invece della procedura di silenzio assenso ivi contemplata – l'espressa approvazione del Parlamento nazionale delle proposte di revisione dei Trattati. Ciò potrebbe essere, inoltre, fonte di una distinta difficoltà, in particolare, per l'ordinamento italiano che all'art. 11 Cost. "consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni". La conseguenza potrebbe essere l'accettazione da parte dell'Italia di limitazioni alle propria sovranità non condivise, invece, dalla Germania.

Non condivide tale impostazione J. ZILLER, *Solange III, ovvero la Europarechtsfreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht. A proposito della sentenza della Corte costituzionale federale tedesca sulla ratifica del Trattato di Lisbona*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, n. 5/2009, p. 974. L'A., infatti, asserisce che "sarebbe sbagliato pensare che il trattato che sarà ratificato dalla Germania abbia un contenuto diverso da quello ratificato da altri Stati membri, tra cui l'Italia".

Una interpretazione mediana tra le due proposte e, forse per questo, più equilibrata fa riferimento ad "un'interpretazione del Trattato di Lisbona conforme alla Costituzione tedesca". Così, J. LUTHER, *Il trattato di Lisbona trattato a Karlsruhe: Just Law in the Books?*, contributo al Seminario di Astrid su "La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea" - Roma, 21 settembre 2009, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), i cui *Atti*, insieme alla traduzione in italiano della sentenza del *BVG* su Lisbona sono in corso di pubblicazione.

Per una prospettiva generale in merito ai rapporti tra ordinamento tedesco e diritto comunitario, cfr. F. PALERMO, *L'ordinamento federale tedesco di fronte al diritto comunitario*, in [www.eurac.edu](http://www.eurac.edu).

fluente *cassa di risonanza* per l'intero ordinamento europeo. Una propagazione così forte induce a chiedersi quale sarà la reazione della Corte di giustizia e quale sarà quella degli altri Tribunali costituzionali europei.

Con riguardo al primo aspetto, la sentenza dimostra, infatti, in più parti (*Leitsatz* n. 4 e §§ 339 ss.) la sua distanza dalle posizioni assunte dalla giurisprudenza comunitaria sull'integrazione degli ordinamenti nazionali nell'ordinamento europeo. In merito al secondo interrogativo, è interessante indagare sul possibile impatto del giudizio costituzionale del *BVG* nell'ordinamento italiano. Ci si chiede se la Corte costituzionale possa in futuro dar luogo ad un'interpretazione del Trattato di Lisbona conforme alla Costituzione italiana alla stessa stregua in cui il *BVG* ha dato vita all'interpretazione di tale Trattato conforme al *GG*<sup>18</sup>. Infatti, nella parte in cui si dichiara la compatibilità della legge di ratifica del Trattato di Lisbona con il *GG* è possibile qualificare la sentenza tedesca come una sentenza interpretativa (*Verfassungskonforme Auslegung*)<sup>19</sup>.

In altri termini, nella lotta (perenne, in assenza di una Costituzione europea in senso giuridico<sup>20</sup>) tra il principio di supremazia costituzionale degli ordinamenti interni e il principio di supremazia del diritto comunitario – la cui costituzionalizzazione, sul piano formale, si potrebbe definire *de iure condendo* soltanto in presenza di un patto sociale europeo – chi sarà il “vincitore”? Ed ancora quale spazio è necessario riservare al dialogo giudiziario nell'ottica della prosecuzione di un (coerente) *cammino comunitario*? Sembra plausibile prospettare, anche per il rispetto da parte dell'Unione europea dell'identità costituzionale della Germania e per il nucleo di principi protetto dalla c.d. “clausola di eternità”<sup>21</sup>, l'instaurazione di un percorso giurisprudenziale analogo (e parallelo) a quello che ha visto coinvolte la Corte di giustizia e il Tribunale costituzionale federale tedesco quando “l'oggetto del contendere” era la tutela dei diritti fondamentali protetti costituzionalmente<sup>22</sup>?

<sup>18</sup> In argomento, J. LUTHER, *Il trattato di Lisbona trattato a Karlsruhe: Just Law in the Books?*, cit.

<sup>19</sup> Cfr. C. STARCK, *Creazione giudiziale del diritto rispetto alla formulazione del dispositivo (Tenorierung) e all'efficacia delle sentenze sul controllo di costituzionalità delle norme*, Relazione al convegno annuale AIC 2006 su “La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa” in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

<sup>20</sup> Sotto un profilo funzionale, invece, si può sostenere l'esistenza di una costituzione politica (*politische Verfasstheit*) dell'Europa.

<sup>21</sup> Art. 79, par. 3, *GG*.

<sup>22</sup> Il riferimento è alle note *Solange I* del 1974 e *Solange II* del 1986, che, con riguardo soprattutto al principio di identità costituzionale, hanno influenzato sia il *Maastricht-Urteil* che il *Lissabon-Urteil*. Si osservi, inoltre, che la concezione di tale principio, così come elaborata nel Trattato di Lisbona, corrisponde a quella contenuta in *Solange II*. Sul punto, cfr. la relazione “I rapporti tra le giurisdizioni: Karlsruhe, Lussemburgo, Strasburgo” del Prof. R. ARNOLD tenuta al Convegno “I 60 anni della Legge Fondamentale. Tra memoria e futuro”, cit.

Sulle sentenze *Solange*, cfr. L.S. ROSSI, *Rapporti fra norme comunitarie e norme interne*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1997, pp. 382-384.

Sicuramente la tematica del ruolo del dialogo giudiziario<sup>23</sup> e della sua funzione – più o meno – “silente” nel processo di integrazione europea non è originale, tuttavia essa è una delle numerose questioni che sembra imporsi all’indomani del *Lissabon-Urteil*.

## 2. *I giudici di Karlsruhe e l’integrazione europea. Elementi di continuità e di innovazione rispetto alla precedente giurisprudenza nelle diverse letture della dottrina*

Fin dalle prime espressioni la pronuncia del *BVG*, che è stata oggetto di ormai numerosi ed autorevoli commenti da parte della comunità scientifica tedesca ed europea<sup>24</sup>, si caratterizza per la formulazione di concetti giuridici chiari<sup>25</sup>,

---

<sup>23</sup> Piuttosto critico sulle potenzialità del dialogo giudiziario è M. LUCIANI, *Il Bundesverfassungsgericht e le prospettive dell’integrazione europea*, intervento al Seminario di Astrid su “La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell’Unione europea”, cit. L.A. ritiene che tale dialogo non sia in grado di fungere da surrogato all’iniziativa politica e culturale, solo questa, infatti, può davvero consentire un reale progresso dell’integrazione europea nella direzione di un rafforzamento del modello democratico.

*Contra* G. MARTINICO, *L’integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e di diritto costituzionale europeo*, Napoli, 2009, pp. 135-222, dalla cui lettura si può evincere, invece, che il dialogo giudiziario potrebbe costituire una soluzione all’arresto dell’integrazione politica europea.

<sup>24</sup> Cfr. L. CASSETTI, *Il “Sì, ma” del Tribunale costituzionale federale tedesco sulla ratifica del Trattato di Lisbona tra passato e futuro dell’integrazione europea*, in *www.federalismi.it*, n. 14/2009; R. DICKMANN, *Integrazione europea e democrazia parlamentare secondo il Tribunale costituzionale federale tedesco. (Sentenza Bundesverfassungsgericht [BVG] – BVerfG, 2 BvE 2/08 del 30 giugno 2009 sulla ratifica del trattato di Lisbona da parte della Germania)*, in *www.federalismi.it*, n. 14/2009; A. DI MARTINO, *BVerfG, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, sent. del 30 giugno 2009 (Trattato di Lisbona)*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*; F. LIBERATI, *La sentenza del Tribunale costituzionale tedesco sulla compatibilità del Trattato di Lisbona con il Grundgesetz: una guida alla lettura*, in *www.federalismi.it*, n. 14/2009; G. RIZZONI, *Il rinvio della elezione di Barroso fra “grande gioco” europeo e Lissabon Urteil*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.

Per quanto attiene alla dottrina straniera, cfr. D. DOUKAS, *The verdict of the German Federal Constitutional Court on the Lisbon Treaty: Not guilty, but don’t do it again*, in *Eur. L. Rev.*, n. 6/2009, pp. 866-888; D. THYM, *In the name of sovereign statehood: A critical introduction to the Lisbon judgment of the German constitutional court*, in *CMLReview*, n. 6/2009, pp. 1795-1822.

La pronuncia ha suscitato, oltre ad un notevole interesse della comunità scientifica, un grande clamore mediatico, al riguardo v. C. BASTASIN, *Europa è in Baviera la tua ultima fermata*, in *Il sole 24 ore*, 21 luglio 2009; R. BEDA, *Varata la legge per Lisbona*, in *Il sole 24 ore*, 9 settembre 2009; R. BEDA, *Berlino rimanda il Trattato UE*, in *Il sole 24 ore*, 1 luglio 2009; IL FEDERALISTA, *La Corte costituzionale tedesca e il futuro dell’unificazione europea*, in *www.euraction.org*; A. TARQUINI, *Trattato di Lisbona, la Germania frena “Serve una legge per poterlo ratificare”*, in *www.laRepubblica.it* 30 giugno 2009.

<sup>25</sup> Nel rispetto del “rigoroso formalismo giuridico” della tradizione ermeneutica germanica. In argomento, P.G. LUCIFREDI, *Appunti di diritto costituzionale comparato. Il sistema tedesco (La Repubblica Federale)*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 79-92.

che risaltano nitidamente nei suoi pur talvolta articolati passaggi argomentativi. Il *leit motiv* di tali passaggi sembra essere costituito dall'esigenza di "conciliare il deficit democratico e il deficit sociale delle istituzioni europee con una Costituzione scritta, rigida e lunga", qual è la Legge Fondamentale<sup>26</sup>.

Comunque, a fronte di questa chiarezza nell'esposizione di rilevanti concetti giuridici sostenuta, in particolare, da un autorevole costituzionalista<sup>27</sup>, il giudizio sulla decisione in parola non è affatto unanime né per tutti positivo. Infatti, molte critiche sono la maggior parte delle letture dottrinali offerte non soltanto da autorevoli studiosi tedeschi<sup>28</sup>, ma anche da parte di insigni commentatori italiani<sup>29</sup>. Poche, invece, sono le voci fuori dal coro<sup>30</sup> che hanno accolto con (moderato, comunque) entusiasmo le posizioni assunte dal *BVG*.

In dottrina<sup>31</sup> è stato osservato che fin dal suo *incipit* la sentenza, sotto il profilo tecnico-giuridico, proprio per la chiarezza che la connota, non sembra suscettibile di significativi rilievi critici. Guardando al contenuto, essa pone il problema del rapporto tra le fonti come questione speculare a quella del rap-

<sup>26</sup> Sottolinea tale aspetto, C. SALVI, *Democrazia e stato sociale: dalla Germania buone notizie per l'Europa*, relazione al Seminario di Astrid su "La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea", cit.

<sup>27</sup> Cfr. le considerazioni espresse da M. LUCIANI in occasione del suo intervento alle "Seconde giornate italo-spagnolo-brasiliane. Il ruolo della legge oggi. Modelli costituzionali ed esperienze a confronto", Palermo, 24-25 settembre 2009 (gli *Atti* di tale Convegno sono in corso di pubblicazione) ed in *Id.*, *Il Bundesverfassungsgericht e le prospettive dell'integrazione europea*, cit.

<sup>28</sup> Cfr. K. AMBOS, *Erste Überlegungen zu den Konsequenzen des Lissabon-Urteils des Bundesverfassungsgerichts für das Europäische Strafrecht*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik - www.zis-online.com*; S. BRAUM, *Europäisches Strafrecht im Fokus konfliktierender Verfassungsmodelle Stoppt das Bundesverfassungsgericht die europäische Strafrechtsentwicklung?*, in *ZIS 8/2009*, pp. 418-426; H.P. FOLZ, *Karlsruhe, Lissabon und das Strafrecht – ein Blick über den Zaun*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik - www.zis-online.com*; M. HEGER, *Perspektiven des Europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon. Eine Durchsicht des (wohl) kommenden EU-Primärrechts vor dem Hintergrund des Lissabon-Urteils des BVerfG vom 30.6.2009*, in *ZIS 8/2009*, pp. 406-417; B. SCHÜNEMANN, *Spät kommt ihr, doch ihr kommt: Glosse eines Strafrechtlers zur Lissabon-Entscheidung des BVerfG*, in *ZIS 8/2009*, pp. 393-396;; v., altresì, il numero monografico dedicato alla pronuncia dal *German Law Journal*, vol. 10, n. 8.

<sup>29</sup> Ed invero, autorevole dottrina ha espresso commenti particolarmente critici e severi, v. S. CASSESE, *L'Unione europea e il guinzaglio tedesco*, in *Gior. dir. amm.*, n. 9/2009, pp. 1003-1007 e M.P. CHITTI, *Am Deutschen Volke Prime note sulla sentenza del BundesVerfassungsGericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona e la sua attuazione in Germania*, in *www.astrid.eu*; *Id.*, *Am deutschen Volke*, in *Gior. dir. amm.*, n. 9/2009, pp. 1008-1013.

<sup>30</sup> Tra questi, cfr. M. LUCIANI, cit. e G.L. TOSATO, *L'integrazione europea è arrivata al capolinea? A proposito del recente "Lissabon Urteil"*, relazione al Seminario di Astrid su "La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea", cit.

<sup>31</sup> Cfr. le considerazioni espresse da M. LUCIANI in occasione del suo intervento alle "Seconde giornate italo-spagnolo-brasiliane. Il ruolo della legge oggi. Modelli costituzionali ed esperienze a confronto", cit.

porto sussistente tra gli ordinamenti, mettendo chiaramente in luce che la legittimazione democratica dell'Unione europea deriva dai popoli degli Stati membri (definiti ancora una volta, come nel classico diritto internazionale, *Herren der Verträge*<sup>32</sup>, cioè “Signori dei trattati”). Anche nel *Maastricht-Urteil* si evidenzia che l'esercizio dei poteri sovrani da parte di una Comunità sovranazionale trova la propria legittimazione nei popoli degli Stati membri. Essi, cioè, alimentano il “flusso di legittimazione” che dai Parlamenti nazionali muove verso gli organi della Comunità. Interessante, appare inoltre in entrambe le pronunce la costruzione del principio democratico quale controlimite al processo di integrazione<sup>33</sup>.

Nei vari passaggi argomentativi, a proposito del fenomeno dell'integrazione tra ordinamenti, la richiamata dottrina osserva che fondamento e limite di tale integrazione coincidono e che tale affermazione non è una contraddizione, anzi essa risulta essere dotata di coerenza logica e sistematica.

Inoltre, asserzione chiara della decisione è che non si possono fare passi avanti nel processo di integrazione europea in assenza del consenso dei popoli degli Stati membri (§ 295).

Tale consenso costituisce, peraltro, uno dei presupposti del concetto più innovativo che si desume dal testo della decisione – che si muove a favore dell'Europa politica – ovvero quello di “sfera pubblica europea<sup>34</sup>”. Come è stato messo in luce da attenta dottrina la decisione stessa è caratterizzata da una vocazione chiaramente “politica”, sebbene essa risenta di alcune evidenti contraddizioni che vanno, comunque, lette come creative: “perché alla loro base, vi sono, nientedimeno che la questione di una rappresentanza politica valida per un territorio, intersecato da nazioni storiche e da plurime identità, come l'Europa; e la questione di un diritto efficace per l'intero territorio europeo, dopo secolari differenziazioni di concezioni giuridiche, consuetudini, giurisprudenze<sup>35</sup>”.

<sup>32</sup> Cfr. §§ 150, 231, 235, 271, 298, 334.

Nel suo saggio JACQUES ZILLER osserva che “è quindi nuova nella giurisprudenza del *BVerfG* l'enfasi sul fatto che la signoria sui trattati appartenga al potere costituente, cioè in linea di principio al *Bundestag* e al *Bundesrat*”. J. ZILLER, *Solange III, ovvero la Europarechtsfreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht. A proposito della sentenza della Corte costituzionale federale tedesca sulla ratifica del Trattato di Lisbona*, cit., p. 986.

Si osservi che, in linea di continuità, anche nel *Maastricht-Urteil* si afferma che gli Stati membri sono “i signori dei Trattati” e di conseguenza si sostiene la possibilità di un recesso unilaterale.

<sup>33</sup> Cfr. *Rapporti tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>34</sup> Secondo P. HÄBERLE, *Diritto costituzionale nazionale, unione regionali fra stati e diritto internazionale come diritto universale dell'umanità: convergenze e divergenze*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), il concetto di sfera pubblica “fu riscoperto nel diritto costituzionale tedesco da R. Smend (1955) cui seguì l'opera fondamentale di J. Habermas sulle “trasformazioni strutturali della sfera pubblica” (1962) e, infine, la ricostruzione del nesso tra “sfera pubblica e costituzione” (Häberle 1969)”. Cfr. §§ 150, 231, 235, 271, 298, 334.

<sup>35</sup> Così, A. MANZELLA, *80 giorni dopo*, intervento al Seminario di Astrid su “La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzio-

Il *BVG* sembra aver preso atto che la c.d. “strategia dei piccoli passi” è ormai superata e che risulta opportuno dare più spazio alla creazione della sfera pubblica per la realizzazione dell’integrazione europea<sup>36</sup>, costruita anche attraverso l’intensificarsi dei processi di comunicazione fra le culture costituzionali che rendono la comparazione tra le diverse esperienze un valore aggiunto per lo spazio europeo condiviso.

Tuttavia, la costituzione di una sfera pubblica europea risulta particolarmente complessa, poiché è necessario che si integrino diversi presupposti, quali, la comunanza culturale, quella linguistica e, infine, quella politica; i tempi per la realizzazione degli stessi, tuttavia, non sembrano ancora abbastanza maturi.

In altri termini, i giudici di Karlsruhe, dopo aver preso consapevolezza della situazione di stallo in cui versa il processo di integrazione<sup>37</sup>, sembrano indicare una via “nuova” – quella, appunto, della configurazione di una “sfera pubblica europea” – che, sebbene ad oggi appaia solo una meta tendenziale, si pone tuttavia come spia della necessità di una decisiva sferzata alle modalità di attuazione dello stesso processo, prima che si avveri la “profezia” di una sua dissoluzione<sup>38</sup>.

---

ne dell’Unione europea”, cit. In senso conforme, ribadisce la necessità di uno spazio politico europeo per la realizzazione di un salto di qualità nel processo di integrazione, G.M. FLICK, *A proposito della sentenza del Bundesverfassungsgericht: un bicchiere mezzo vuoto o mezzo pieno?*, intervento al Seminario di studio sulla “Sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona”, Palazzo della Consulta, 19 ottobre 2009, consultabile in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

In particolare, nel § 248 si legge: “European Union [...] is a political union. Political union means the joint exercise of public authority, including the legislative authority” (corsivo aggiunto).

<sup>36</sup> Sembra, dunque, che il metodo *funzionalista* finora utilizzato presenti ormai i suoi limiti.

<sup>37</sup> Ne è stata dimostrazione il fallimento del *Trattato che adotta(va) una Costituzione per l’Europa*. Anche se segnali positivi sembrano porsi all’orizzonte quali, per esempio, l’esito favorevole della consultazione referendaria irlandese sul Trattato di Lisbona del 2 ottobre 2009. Sul precedente referendum, v. G. HOGAN, *The Lisbon Treaty and the Irish Referendum*, in *Eur. Pub. Law*, n. 2/2009, pp. 163-170.

<sup>38</sup> “I Trattati europei in vigore non implicano in alcun modo la dissoluzione degli Stati membri dell’Unione nella nuova comunità politica. Comunità che abbiamo codificato come Confederazione di Stati nella sua forma moderna e che presenta un grado di centralizzazione molto più avanzato di quello che furono mai le Confederazioni storiche. Orbene, l’esperienza storica dimostra che tutte le Confederazioni arcaiche formate in un Trattato Internazionale finirono per essere trasformate in un autentico stato Federale ovvero condannate alla dissoluzione”. Così, J. TAJADURA, *Costituzione e democrazia nell’Unione Europea*, relazione tenuta nell’ambito dei seminari del Dottorato di ricerca in “Diritto comunitario e diritto interno: fonti, organizzazione, attività”, Palermo, 6 ottobre 2009, p. 24.

Per impedire tale dissoluzione “occorre riannodare il filo spezzato, riportare l’Unione Europea sui binari segnati dai grandi ideali del passato”. Così, G. GUARINO, *Per una costituente europea. Riflessioni sulla costruzione europea dopo la sentenza tedesca sul Trattato di Lisbona*, relazione al Seminario di Astrid su “La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell’Unione europea”, cit.

È necessario, quindi, per migliorare il processo di integrazione, riacquistare la capacità di guardare al passato e riconoscere il ruolo e la funzione della memoria storica.

Il giudizio sul processo di integrazione europea, ovviamente non univoco, muta in relazione ai soggetti che hanno contribuito e partecipato alla realizzazione dello stesso. Guardando alla decisione dal punto di vista strutturale, per rinvenire i paragrafi in cui viene esposto tale processo, il *BVG*, dopo aver indicato al §1 l'oggetto del giudizio e ai §§ 2-4 aver chiarito la natura ed effetti del Trattato di Lisbona, individua nei §§ 5-77 le tappe più significative del processo di integrazione europea: dai Trattati di Roma del 1957 fino al Trattato di Lisbona del 2007, soffermandosi altresì sugli altri Trattati che ne hanno costituito i passaggi intermedi. Mettendo in particolare luce anche il contesto storico-politico originario e i suoi sviluppi successivi. Inoltre, nei paragrafi indicati il *BVG* segnala altresì la Dichiarazione di Laeken del 15 dicembre 2001 e i suoi quattro obiettivi di riforma e la Dichiarazione di Berlino del 25 marzo 2007 che precede l'avvio dei lavori della Conferenza intergovernativa a cui venne conferito il mandato per il nuovo Trattato UE.

Il giudizio sopra richiamato, invero, se per i Paesi fondatori assume la veste di una delusione delle aspettative riposte, per i Paesi che solo successivamente vi hanno aderito sembra soddisfare istanze utilitaristiche. Ciò dimostra che la valutazione di tale processo è fortemente condizionata dalla lente attraverso la quale lo si guarda.

In altri termini, chi dell'Europa voleva fare uno Stato federale ne esce deluso, chi invece guarda all'Europa come associazione di Stati non vede in tale processo sovranazionale una crisi del concetto di sovranità ma, al contrario, una potenzialità nuova dello stesso. Per questo la decisione in parola più che essere tacciata di "nazionalismo antieuropeista" o ancora, con toni più perentori, di "fondamentalismo costituzionale", appare fotografare nitidamente la realtà non solo giuridica, ma anche, e soprattutto, politica e culturale dell'Unione europea.

La sentenza effettua una verifica piuttosto severa tra gli *standards* di democrazia dettati dalla Legge Fondamentale tedesca e quelli raggiunti dalle istituzioni europee, fino a prefigurare – secondo taluni – *l'affermazione di una "specificità tedesca" nella pratica della democrazia*, concetto che sembra sintomatico di un europeismo sempre più freddo<sup>39</sup>. Essa prende atto, con rigoroso – certo – ma, indubbiamente, sano realismo che solo la sussistenza di un popolo europeo dotato di potere costituente potrebbe rendere l'Europa "indipendente" dagli Stati membri. Analogamente nel *Maastricht-Urteil* si evidenzia che pesa sul processo di integrazione l'assenza di un popolo che possa legittimare dal punto di vista democratico la creazione di uno Stato europeo. Dunque, fintanto che la legittimazione democratica delle istituzioni europee vivrà di luce riflessa, il pro-

---

<sup>39</sup> In questi termini si esprime R. PERISSICH, *Germania: svolta gollista sul trattato di Lisbona?*, in *www.astrid-online.it*. L'A. propone, al fine di evitare una esasperazione di tale fondamentalismo e giungere ad una soluzione di compromesso, un intervento della più "diplomatica" Corte costituzionale italiana.

cesso di integrazione europea che voglia essere anche costituzionale e democratico in senso stretto non potrà procedere oltre gli esiti già raggiunti, né superare i suoi attuali limiti.

Euroscettici ed euroentusiasti non possono che addivenire a giudizi che stanno agli antipodi. Forse, però, anche nella lettura del *Lissabon-Urteil* e nell'analisi delle conseguenze di quest'ultima sul processo di integrazione<sup>40</sup> sarebbe opportuno preferire una prospettiva più equilibrata.

La decisione, ricca di dotte citazioni dottrinali e giurisprudenziali<sup>41</sup>, nonché caratterizzata da una complessità tale da poterla quasi definire “monumentale”, sembra destinata – così come quella che storicamente l'ha preceduta – ad influenzare inevitabilmente la realizzazione del processo di integrazione europea, anzi addirittura a ritenerlo, a determinate condizioni, reversibile (sicuramente per la Germania, §§ 233, 264 e 329)<sup>42</sup>.

È possibile affermare la sussistenza di un cammino coerente della giurisprudenza costituzionale tedesca che dal *Maastricht-Urteil* conduce fino al *Lissabon-Urteil*. Le due sentenze condividono il medesimo impianto argomentativo. Ed invero, oltre agli elementi di novità del *Lissabon-Urteil*, molto forti sono gli elementi di continuità<sup>43</sup>. Infatti, anche nel *Maastricht-Urteil* (10 ottobre 1993) –

---

<sup>40</sup> I cambiamenti nelle modalità di realizzazione di tale processo sono già evidenti nel Trattato di Lisbona, alla luce del quale è possibile parlare di un nuovo paradigma dell'integrazione europea caratterizzato dall'integrazione differenziata “multi-velocità” e “multilivello”. In argomento, M. FRAGOLA, *Osservazioni sul Trattato di Lisbona tra Costituzione europea e processo di “decostituzionalizzazione”*, in *Dir. com. scambi int.*, fasc. 1/2008, pp. 205-230; in particolare, pp. 218-222.

<sup>41</sup> A differenza delle sentenze della Corte costituzionale italiana dove le citazioni si limitano, per la maggior parte delle volte, a richiami auto referenziali alla propria giurisprudenza, mentre mancano, quasi del tutto, riferimenti alla dottrina.

<sup>42</sup> [...] “Withdrawal from the European union of integration (*Integrationsverband*) may, regardless of a commitment for an unlimited period under an agreement, not be prevented by other Member States or the autonomous authority of the Union. This is not a secession from a state union (*Staatsverband*), which is problematical under international law, but merely the withdrawal from a *Staatenverbund* which is founded on the principle of the reversible self-commitment” (§ 233).

[...] “The Treaty makes the existing right of each Member State to withdraw from the European Union visible in primary law for the first time (Article 50 TEU Lisbon). The right to withdraw underlines the Member States' sovereignty and shows apart from this that the current state of development of the European Union does not transgress the boundary towards a state within the meaning of international law (see Jouanjan, *Monodisziplinäre Stellungnahmen*, in: Kreis, *Der Beitrag der Wissenschaften zur künftigen Verfassung der EU*, 2003, p. 12 <16>). If a Member State can withdraw on account of decision made on its own responsibility, the process of European integration is not irreversible. The membership of the Federal Republic of Germany depends instead from its lasting and continuing will to be a member of the European Union. The legal boundaries of this will depend on the Basic Law” (§ 329).

Si veda altresì l'art. 50 TUE Lisbona sul diritto di recesso degli Stati membri.

<sup>43</sup> In argomento, L. VIOLINI, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Trattato di Lisbona*, in *Quad. Cost.*, n. 4/2009, pp. 947-951.

richiamato espressamente nel § 323 della decisione in commento – è stato affermato che l'Unione europea si configura come un'associazione di Stati sovrani (*Staatenverbund*), la cui legittimazione democratica deriva dalla salvaguardia dei poteri dei Parlamenti nazionali.

In particolare, nella pronuncia del 1993 il Tribunale Costituzionale tedesco afferma con estrema chiarezza che “*l'espansione delle funzioni e delle competenze della comunità europea metterebbe fine al principio democratico*”. Pertanto, “*se le istituzioni o organi europei cominciassero a gestire o sviluppare il Trattato dell'Unione nel senso di svincolarlo dal Trattato sul quale si fonda, ossia la Legge di Ratifica, allora gli atti giuridici dallo stesso Trattato non sarebbero vincolanti nella Giurisdizione tedesca*”.

Esaminando la motivazione della sentenza in commento, si può infatti osservare che essa si allinea ad argomenti che già si trovano nella giurisprudenza precedente del *BVG* in tema di integrazione europea. Il riferimento è, oltre al già citato *Maastricht-Urteil* del 1993, alle sentenze *Solange I* del 1974, *Solange II* del 1986 e, infine, alla sentenza sul mandato di arresto europeo (*Europäische Haftbefehl*) del 2005<sup>44</sup>.

Segnatamente, il processo di integrazione, che pur lungo tempo è stato considerato come irreversibile, ovvero caratterizzato da un percorso “a senso unico”, cioè sempre nella direzione di una progressione, che accettava magari momenti di rallentamento, sigillati dal susseguirsi dei Trattati, ora viene messo in discussione<sup>45</sup> dalla sentenza che qui si commenta.

Pertanto, l'impostazione di fondo dei giudici tedeschi, per quanto possieda – mutuando un termine psicologico – tratti di “fondamentalismo costituzionale”, a parere di chi scrive sembra condivisibile.

Il *BVG* definisce fin dall'inizio la differenza tra Stato federale (*Staatsverband*) e associazione di Stati sovrani (*Staatenverbund*) che, richiamata più volte nel testo (*Leitsatz* n. 1 e §§ 114, 148, 152, 229, 233 e 294), conduce i giudici di Karlsruhe a qualificare l'Unione europea come *Staatenverbund*<sup>46</sup>. In tale associa-

<sup>44</sup> In argomento, G.L. TOSATO, *L'integrazione europea è arrivata al capolinea? A proposito del recente “Lissabon Urteil”*, relazione al Seminario di Astrid su “La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea”, cit.

In senso parzialmente difforme rispetto alla lettura “continuista” del *Lissabon-Urteil* con la precedente giurisprudenza del *BVG* si pone M.P. CHITI, cit., p. 3. Ancora più critico F. VECCHIO, *Competenza e gerarchia nella sentenza Lisbona del Tribunale federale tedesco: verso un diritto costituzionale asimmetrico?*, in *www.forumcostituzionale.it*, p. 14, il quale afferma che “pur adeguando le linee guida elaborate dal *Bundesverfassungsgericht* alla nuova fase del processo di integrazione europea, la sentenza rappresenta un'evidente rottura con la tradizionale giurisprudenza costituzionale tedesca”.

<sup>45</sup> Tanto da far pensare alla possibile reversibilità dell'integrazione europea che comporti l'abbandono del “metodo comunitario” per un ritorno del “metodo intergovernativo”(?).

<sup>46</sup> *Contra* S. BONFIGLIO, *Prime note sulla sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco sul Trattato di Lisbona*, intervento al Seminario di Astrid su “La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea”,

zione – “comunità costituzionale”, per citare Häberle<sup>47</sup> – di Stati dove non trova spazio una *Kompetenz-Kompetenz*<sup>48</sup> dell’Unione europea, viene ribadita con forza la vigenza del principio della competenza d’attribuzione che deve essere rispettato da tutte le istituzioni europee, compresa la Corte di giustizia (§ 338).

La visione dell’Unione europea come *Staatenverbund*<sup>49</sup> è perfettamente coerente con il contesto costituzionale europeo nel suo concreto ed attuale atteggiarsi. Ovvero, l’assenza di una Costituzione europea in senso formale non può che indirizzare il processo di integrazione in direzione “associazionistica”.

Peraltro, come sottolineato dai giudici di Karlsruhe, il contesto costituzionale europeo, nonché la sua stessa democraticità traggono origine e fondamento – in mancanza di un popolo europeo depositario del potere costituente<sup>50</sup> – dagli ordinamenti costituzionali degli Stati membri e dai loro popoli<sup>51</sup>. Autorevole

---

cit. L.A. ritiene, infatti, che “l’Unione europea non è riconducibile alla categoria di *Staatenverbund*, già utilizzata dai giudici costituzionali tedeschi nel *Maastricht-Urteil* del 12 ottobre 2003. Di più: il riferimento al concetto stesso di Stato risulta essere inadeguato di fronte a forme di potere post-statali come l’Unione europea”.

<sup>47</sup> P. HÄBERLE, *Costituzione e identità culturale. Tra Europa e Stati Nazionali*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 53.

<sup>48</sup> Cfr., §§ 142, 150, 233, 239, 322, 324, 328, 332.

In argomento, v., da ultimo, U. DRAETTA, *Le competenze dell’Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. com. scambi int.*, fasc. 2/2008, pp. 245-259.

<sup>49</sup> “Il termine *Staatenverbund*, cioè “unione” (letteralmente: comunione) tra stati, è stato coniato dal Tribunale costituzionale federale tedesco nella sentenza Maastricht del 1993 (BVerfG 89, 1 ss). Il termine è controverso e, dal mio punto di vista, andrebbe sostituito con quello di “comunità costituzionale”, almeno per l’Unione europea. [...] Per l’integrazione più stretta dell’Europa sarebbe più adeguato parlare di “costituzioni parziali” (*Teilverfassungen*)”. Così, P. HÄBERLE, *Diritto costituzionale nazionale, unione regionali fra stati e diritto internazionale come diritto universale dell’umanità: convergenze e divergenze*, cit.

<sup>50</sup> Non perfettamente in linea con questa affermazione è P. HÄBERLE, *Dallo Stato nazionale all’Unione europea: evoluzioni dello Stato costituzionale. Il Grundgesetz come Costituzione parziale nel contesto dell’Unione europea: aspetti di un problema*, in *Dir. Pub. Comp. Eur.*, n. 2/2002, pp. 455-462. L.A. sostiene che “Il potere costituente del popolo e (contemporaneamente) dei popoli europei va ripensato in questa doppia prospettiva di una Costituzione europea sostenuta come tale dalla Costituzione nazionale ma in sé già europeizzata e sovrastatale. Essa è un’altra rispetto a quella del potere costituente classico. Essa è più limitata, non più sovrana nel senso della dottrina tradizionale, ma sin dall’inizio riferita ad un insieme di Costituzioni parziali. Il potere costituente europeo, che a sua volta è limitato, partecipa della Costituzione nazionale, e al contrario riceve stimoli proprio dall’esperienza e dal patrimonio della “vecchia” Costituzione nazionale”. *Ibidem*, p. 461. Sul tema, v. anche F. POLITI, *Stato costituzionale e Kulturstaat nel pensiero di Peter Häberle*, in *Dir. Pub. Comp. Eur.*, n. 2/2002, pp. 463-465.

<sup>51</sup> Nel § 231 della pronuncia in commento si legge: “the source of Community authority, and of the European constitution that constitutes it, are the peoples of Europe with their democratic constitutions in their states. The “Constitution of Europe”, the law of international agreements or primary law, remains a derived fundamental order. It establishes a supranational autonomy which is quite far-reaching in political everyday life but is always limited factually”.

dottrina sostiene infatti che i contesti costituzionali europei sono, nel rispetto delle loro originalità storiche e culturali, sovrapponibili. Pertanto, si può sostenere – sulla base delle comuni radici storiche, politiche e culturali – la sussistenza di un nucleo costituzionale europeo condiviso, dal quale potrebbe avere origine un vero e proprio ordine costituzionale europeo<sup>52</sup>.

In altri termini, “Costituzione europea” e Costituzioni nazionali sono in relazione tra loro come “vasi comunicanti” che si arricchiscono e si completano vicendevolmente. Immaginando di strutturare tale rapporto come un contratto di donazione, si può affermare che i due “soggetti” della relazione sono mutualmente *donante* e *donatario*. Ovvero, se, per un verso, la cessione di sovranità da parte delle Costituzioni nazionali (donante) rende queste ultime *depauperate* (perché *parziali*), per altro verso, la Costituzione europea ne esce *arricchita* (perché *piena*); inoltre, l'emergente cultura costituzionale europea arricchisce quella nazionale, che interiorizza temi “nuovi” (si pensi alla formulazione dell'art. 23, 1° comma, GG).

Per chiudere sul punto con le parole di un autorevole dottrina: “la teoria costituzionale dell'Unione può trarre non poco beneficio da talune consolidate acquisizioni della teoria costituzionale dello Stato, ferma restando la complessiva, irripetibile originalità dell'Unione stessa”<sup>53</sup>.

### 3. *Il Bundesverfassungsgericht quale custode privilegiato del principio democratico e della c.d. “eternity guarantee”.*

Uno dei cardini attorno a cui ruota l'intera decisione – per non dire il principale – è costituito dal principio di democrazia, *das Demokratieprinzip*<sup>54</sup>. La centralità rivestita dal principio democratico si rinviene, altresì, nel *Maastricht-Urteil*. In tale storico precedente si mette in luce che il principio democratico – al quale l'ordinamento costituzionale tedesco si ispira – non impedisce l'adesione ad una comunità sovranazionale ma pone come condizione imprescindibile di tale partecipazione l'esigenza di assicurare, anche all'interno dell'Unione di

<sup>52</sup> In argomento, v. R. DICKMANN, *Considerazioni sul senso della Costituzione*, in *www.federalismi.it*, n. 9/2009.

<sup>53</sup> Così, A. RUGGERI, *Cinque paradossi (... apparenti) in tema di integrazione sovranazionale e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. Pub. Comp. Eur.*, n. 2/2009, p. 538.

<sup>54</sup> “Demokratie bedeutet nicht nur die Wahrung formaler Organisationsprinzipien (vgl. BVerfGE 89, 155 <185>) und nicht allein eine korporative Einbindung von Interessengruppen. Demokratie lebt zuerst von und in einer funktionsfähigen öffentlichen Meinung, die sich auf zentrale politische Richtungsbestimmungen und die periodische Vergabe von politischen Spitzenämtern im Wettbewerb von Regierung und Opposition konzentriert” (§ 250).

Sul principio democratico, v. A. MANZELLA, *Principio democratico e integrazione europea*, in *Quad. cost.*, n. 3/2006, pp. 569-572.

Stati (*Staatenverbund*), una legittimazione popolare e una capacità di influenza del popolo sulle decisioni pubbliche, esercitata attraverso le elezioni.

In diversi passaggi della motivazione (§§ 216-219) viene messo in luce come tale principio non è derogabile in ponderazione con altri interessi: esso, cioè, proprio perché inviolabile non si sottopone al bilanciamento ed è intangibile<sup>55</sup>.

Il riferimento al principio democratico è presente – se così si può dire – in forma diffusa. Esso cioè permea e contamina l'intera pronuncia (*Leitsatz* n. 3; §§ 210, 216, 249-250, 295) apparendo, inoltre, sotto diversi aspetti. In veste soggettiva, come diritto di partecipazione politica e, in veste oggettiva, sia come principio oggettivo – come componente della c.d. clausola di eternità – sia come requisito oggettivo – sotto il profilo funzionale e strutturale – dell'Unione europea<sup>56</sup>.

Il principio democratico è, peraltro, connesso al potere costituente: essi rappresentano due facce della stessa medaglia costituita dalla sovranità popolare.

In particolare, nel processo di unificazione europea non è in alcun modo possibile derogare al principio secondo cui i popoli degli Stati membri sono detentori del potere costituente<sup>57</sup>. In altri termini, quest'ultimo principio rappresenta un limite insormontabile a qualsiasi futuro sviluppo dell'integrazione europea. Ciò trova i suoi addentellati normativi negli artt. 1 e 20 del *GG* che identificano i principi che non possono essere considerati suscettibili di alcun emendamento (art. 79, 3° comma, *GG*).

Tali principi, che afferiscono alla c.d. “eternity guarantee (*Ewigkeitsklausel*)<sup>58</sup>”, costituiscono i principi strutturali dell'ordinamento tedesco che non soltanto sono riconosciuti ma sono, soprattutto, garantiti dalla Legge Fondamentale.

La c.d. “eternity guarantee”, definita altresì “clausola costituzionale *pro aeternitate*”, viene invocata appunto quale garanzia dell'identità dello stato costitu-

---

<sup>55</sup> Critico, rispetto a questa affermazione, è M. LUCIANI, *Il Bundesverfassungsgericht e le prospettive dell'integrazione europea*, cit. L'A. sostiene che l'affermazione contenuta nel paragrafo 216 sia retorica, “in quanto nulla è sottratto al bilanciamento e nulla è davvero intangibile (la stessa giurisprudenza di tutte le giurisdizioni costituzionali europee lo dimostra). Tuttavia, il fatto che il *Bundesverfassungsgericht* vi insista è di per sé significativo” (corsivo aggiunto).

<sup>56</sup> In argomento, cfr. A. ANZON, relazione al Seminario di studio sulla “Sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona”, cit.

<sup>57</sup> È interessante osservare il collegamento che il *BVG* opera tra il principio di sovranità (popolare) e il principio di democrazia. Tale collegamento consente sia di applicare la dottrina *Solange* per quanto attiene al rispetto del principio delle competenze di attribuzione sia di richiedere l'ampliamento dei poteri del *Bundestag* e del *Bundesrat* rispetto alla posizione tedesca in sede di Consiglio europeo e di Consiglio. Individua tale interessante collegamento, J. ZILLER, *Solange III, ovvero la Europarechtsfreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht. A proposito della sentenza della Corte costituzionale federale tedesca sulla ratifica del Trattato di Lisbona*, cit., p. 988.

<sup>58</sup> [...] “The structural principles of the state laid down in Article 20 of the Basic Law, i.e. democracy, the rule of law, the principle of the social state, the republic, the federal state, as well as the substance of elementary fundamental rights that is indispensable to the respect of human dignity are, in their fundamental quality, not amenable to any amendment” (§ 217).

zionale. Secondo tale clausola non è ammissibile una modifica al *GG* che intacchi la divisione in *Länder* della Federazione, la partecipazione dei *Länder* alla legislazione federale, o i diritti garantiti dagli articoli da 1 a 20 *GG*, cioè i diritti fondamentali, nonché le caratteristiche della Repubblica federale di Germania come Stato democratico e sociale.

Si osservi che nell'attuazione delle garanzie di tali principi strutturali, il *BVG* si attribuisce la competenza a svolgere due tipologie di accertamento.

Da un lato, svolge quello che viene definito *ultra vires review* (*Ultravireskontrolle*), quando accerta se i poteri comunitari esercitati rispettino il principio di attribuzione e quello di sussidiarietà.

Dall'altro, svolge il c.d. *identity review* (*Identitätskontrolle*), nel caso in cui verifica il rispetto del principio di identità costituzionale<sup>59</sup>, a salvaguardia, quindi, delle strutture fondamentali politiche e costituzionali dello Stato. Autorevole dottrina manifesta una forte preoccupazione riguardo a tale tipologia di controllo la quale potrebbe aprire "la strada alla reinterpretazione di ciascuna identità nazionale e dei relativi criteri identificativi *oltre a condurre* ad una frammentazione dell'Unione europea, tanto più che [...] l'assenza o la debolezza delle corti sovranazionali fa sì che le corti nazionali svolgano anche un ruolo di controllo del livello sopranazionale, con il rischio di una "rinazionalizzazione" del diritto comunitario"<sup>60</sup>.

È stato osservato<sup>61</sup> che "l'espressione – *identità costituzionale nazionale* – coincide, nel suo significato giuridico, con quella dei "principi fondamentali del nostro ordinamento", usata agli stessi fini dalla nostra Corte costituzionale da oltre un quarto di secolo. La diversità è che la Corte tedesca si sofferma a indicare quali sono i contenuti dei "principi supremi" che costituiscono i "controlimiti" (per usare il termine che ha avuto fortuna *nella giurisprudenza della Corte costituzionale*) al primato del diritto comunitario sul diritto nazionale".

Ma vi è di più, il *BVG* auspica che sia definito con legge un ulteriore procedimento per consentire ai poteri costituzionali tedeschi di non applicare in Ger-

---

<sup>59</sup> Art. 4 TUE Lisbona "L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro". Sul principio di identità costituzionale, cfr., tra gli altri, E. DI SALVATORE, *L'identità costituzionale dell'Unione europea e degli Stati membri. Il decentramento politico-istituzionale nel processo di integrazione*, Torino, Giappichelli, 2008, in particolare, pp. 30-51; C. MAGNANI, *Il principio dell'identità nazionale nell'ordinamento europeo*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo. I principi dell'Unione*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 481-506.

<sup>60</sup> Così, S. CASSESE, nel suo intervento al Seminario di studio sulla "Sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona", cit., (corsivo aggiunto).

<sup>61</sup> Così, C. SALVI, *Democrazia e stato sociale: dalla Germania buone notizie per l'Europa*, cit. (corsivo aggiunto).

mania – in singoli casi – atti giuridici dell’Unione europea che risultino viziati, poiché posti in violazione del principio di attribuzione o dell’identità costituzionale (§§ 235, 240, 241, 340<sup>62</sup>).

Quest’ultima “pretesa” potrebbe far pensare alla futura affermazione di un “primato del diritto tedesco sul diritto comunitario”. In altri termini, in virtù di un primato “alla rovescia”, *i. e.*, invece del principio del primato del diritto comunitario (direttamente applicabile) sul diritto interno, che dà luogo, come noto, alla “non applicazione” della legge nazionale, qualora sia incompatibile con il diritto comunitario, non troverebbe applicazione in Germania quell’atto giuridico dell’Unione europea contrastante con il principio di attribuzione o con la c.d. “eternity guarantee”.

Questa nuova competenza del *BVG* richiama – nella sostanza – la teoria dei “controlimiti”<sup>63</sup>, intesa, però, in senso lato poiché comprensiva anche della violazione del principio delle competenze di attribuzione tra l’Unione europea e la Germania. Da ciò è possibile intravedere nelle affermazioni e negli intenti propositivi del *BVG* – con la cautela di non spingersi in valutazioni eccessivamente retrospettive – la volontà di tentare di “spodestare” la Corte di giustizia e di affidare un ruolo di primo piano ai Tribunali costituzionali nazionali, attribuendo a questi ultimi un originale potere di controllo nazionale sugli atti comunitari, ergendoli, quindi, a giudici dei “conflitti di attribuzione”.

La compatibilità di tale competenza giudiziaria con l’ordinamento giuridico europeo può ritenersi quantomeno dubbia se non addirittura contrastante con lo stesso (artt. 263, 267 e 269 TFUE).

Al riguardo, autorevole dottrina ritiene che la competenza del *BVG* di decidere se l’atto comunitario sia “*intra vires*” o “*ultra vires*” contrasti con la competenza in via pregiudiziale della Corte di giustizia prevista dall’attuale art. 234 TCE

---

<sup>62</sup> “Das Grundgesetz erstrebt die Einfügung Deutschlands in die Rechtsgemeinschaft friedlicher und freiheitlicher Staaten. Es verzichtet aber nicht auf die in dem letzten Wort der deutschen Verfassung liegende Souveränität als Recht eines Volkes, über die grundlegenden Fragen der eigenen Identität konstitutiv zu entscheiden. Insofern widerspricht es nicht dem Ziel der Völkerrechtsfreundlichkeit, wenn der Gesetzgeber ausnahmsweise Völkervertragsrecht – allerdings unter Inkaufnahme entsprechender Konsequenzen im Staatenverkehr – nicht beachtet, sofern nur auf diese Weise ein Verstoß gegen tragende Grundsätze der Verfassung abzuwenden ist (vgl. BVerfGE 111, 307 <317 f.>).

[...] Es bedeutet in der Sache jedenfalls keinen Widerspruch zu dem Ziel der Europarechtsfreundlichkeit, das heißt zu der von der Verfassung geforderten Mitwirkung der Bundesrepublik Deutschland an der Verwirklichung eines vereinten Europas (Präambel, Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG), wenn ausnahmsweise, unter besonderen und engen Voraussetzungen, das Bundesverfassungsgericht Recht der Europäischen Union für in Deutschland nicht anwendbar erklärt (vgl. BVerfGE 31, 145 <174>; 37, 271 <280 ff.>; 73, 339 <374 ff.>; 75, 223 <235, 242>; 89, 155 <174 f.>; 102, 147 <162 ff.>).

<sup>63</sup> In argomento, da ultimo v. A. CELOTTO, *Primauté e controlimiti nel Trattato di Lisbona*, in *Id.*, *Scritti sul processo costituente europeo*, Napoli, 2009, pp. 77-93.

Nella letteratura tedesca tale teoria è stata declinata come “dottrina *Solange*”.

(art. 267 TFUE). Peraltro, tale ipotesi di contrasto sembra essere un sintomo della non sempre pacifica convivenza tra le giurisdizioni costituzionali nazionali e la giurisdizione comunitaria.

Tuttavia, va precisato che il *BVG* non fornisce indicazioni precise sul seguito degli eventi nell'ipotesi di incompatibilità dell'atto comunitario con il principio di identità costituzionale (art. 4, par. TUE Lisbona), pertanto è possibile soltanto formulare delle alternative plausibili.

La prima va nella direzione della compatibilità con i Trattati. In base a tale alternativa, il *BVG* potrebbe decidere di operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

La seconda, invece, si muoverebbe nell'ambito dell'incompatibilità. Invero, il *BVG*, qualora fosse in disaccordo con la decisione del giudice comunitario in risposta al rinvio pregiudiziale, potrebbe decidere unilateralmente di non applicare in Germania una norma dell'Unione Europea.

La terza via dà luogo a due distinte soluzioni, entrambe nel rispetto del diritto dei Trattati. Il *BVG* in caso di incompatibilità tra la norma europea e la clausola di eternità (o il principio di identità costituzionale) potrebbe, chiedere al Governo tedesco di inoltrare alle istituzioni dell'Unione una richiesta di modifica della norma, oppure, ma si tratta di un'alternativa piuttosto estrema, attivare la procedura di recesso (art. 50 TUE Lisbona)<sup>64</sup>.

Attraverso la citata clausola di "eternity guarantee", si definisce, inoltre, il principio di identità costituzionale dell'ordinamento tedesco<sup>65</sup>, qualificato dal *BVG* "the inviolabile core content of the Basic Law" (§ 240). Anche in merito al tema dell'identità costituzionale tedesca il *Lissabon-Urteil* si pone in linea di continuità con la precedente giurisprudenza del *BVG*. Ed invero, anche nel *Maastricht-Urteil* i giudici tedeschi individuarono nel rispetto del nucleo duro della sovranità nazionale, nel rispetto dell'identità costituzionale tedesca, nel rispetto delle condizioni di autonomia dello Stato e nel rispetto delle regole sulla competenza le condizioni imposte dal *Grundgesetz* per il trasferimento di poteri sovrani.

In particolare, tale principio rappresenta un elemento inalienabile del dirit-

---

<sup>64</sup> In argomento, v. J. ZILLER, *Solange III, ovvero la Europarechtsfreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht. A proposito della sentenza della Corte costituzionale federale tedesca sulla ratifica del Trattato di Lisbona*, cit., pp. 994-995.

<sup>65</sup> Tale principio discende da quanto previsto dagli art. 23, 1°, terzo periodo ("Per l'istituzione dell'Unione Europea, per le modifiche delle norme dei trattati e per le regolazioni analoghe, mediante le quali la presente Legge Fondamentale viene modificata o integrata nel suo contenuto oppure mediante le quali tali modifiche e integrazioni vengono rese possibili, si applica l'articolo 79, secondo e terzo comma") e dall'art. 79, 3° comma ("Non è consentita alcuna modifica della presente Legge Fondamentale che riguardi l'articolazione della Federazione in Länder, il principio della partecipazione dei Länder alla legislazione o i principi enunciati agli articoli 1 e 20") GG.

Tale principio si può definire come patrimonio di valori, principi, diritti e libertà.

to dei cittadini all'autodeterminazione democratica che trova il suo caposaldo nel diritto di voto<sup>66</sup>, qualificato come diritto fondamentale e legato al principio di dignità umana<sup>67</sup>.

Il diritto di voto esprime, inoltre, il diritto alla partecipazione libera ed eguale ai poteri statali e costituisce svolgimento del principio secondo cui la democrazia comprende la garanzia del potere costituente del popolo (§§ 208-215). L'esercizio di tale potere – che si configura, peraltro, come l'espressione più autentica della sovranità popolare – ha sottratto il principio democratico alla revisione della Legge fondamentale, poiché tale principio, essendo compreso nella clausola di eternità, è intangibile da parte di qualsiasi potere costituito.

L'approccio dogmatico tedesco che si evince dalla decisione in commento rispetto alla c.d. "eternity guarantee" e al tema dell'identità costituzionale non solo può essere definito severo nei confronti della legittimazione democratica dell'Unione europea che, infatti, in più parti della decisione viene qualificata come deficitaria<sup>68</sup>, ma può perfino esserlo nei confronti dei paesi più democratici<sup>69</sup>, i quali probabilmente avrebbero difficoltà a superare il vaglio di democraticità definito dai parametri individuati dal *BVG*.

Dalla lettura della decisione sembra che i giudici tedeschi abbiano voluto delineare un ideale modello di democrazia ispirato alla peculiare storia costituzionale tedesca, forse dimenticando che la formulazione di un modello di democrazia, strettamente correlato alla vicende costituzionali dello Stato di riferimento, non può essere estesa a realtà – *i. e.* quella europea – che hanno vissuto vicissitudini differenti. Sembra, pertanto, un po' "presuntuoso" qualificare la democrazia tedesca come "ideale" alla stregua, cioè, della migliore soluzione istituzionale da applicare.

Segnatamente, da un passaggio della motivazione (§ 250) è possibile desumere una duplice valenza della democrazia, non solo formale – intesa come rispetto dei principi di organizzazione – ma anche sostanziale. Ed è tale seconda accezione ad apparire più interessante. La democrazia, in tale secondo significa-

---

<sup>66</sup> Nel § 208 si legge: "the right to vote as a right that is equivalent to a fundamental right (Article 38.1 sentence 1 in conjunction with Article 93.1 no. 4a of the Basic Law <*Grundgesetz - GG*>). The right to vote establishes a right to democratic self-determination, to free an equal participation in the state authority exercised in Germany and to compliance with the principle of democracy including the respect of the constituent power of the people."

<sup>67</sup> Cfr. le relazioni di C. ENDERS, *La dignità umana*, e di E. DENNINGER, *Lo sviluppo della garanzia della dignità dell'uomo nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale*, tenute nell'ambito del Convegno "I 60 anni della Legge Fondamentale. Tra memoria e futuro", cit.

<sup>68</sup> Cfr. §§ 100, 101, 272 e 276.

Sul deficit democratico europeo, cfr., *ex plurimis*, C. PINELLI, *Il deficit democratico europeo e le risposte del Trattato di Lisbona*, in *Rass. parl.*, n. 4/2008, pp. 925-939; U. VILLANI, *Il deficit democratico nella formazione delle norme comunitari*, in *Dir. com. scambi int.*, n. 4/1992, pp. 599-640.

<sup>69</sup> Alcuni dei quali elencati nel § 269. Da notare un grande assente: l'Italia!

to, vive e si realizza concretamente attraverso l'opinione pubblica che svolge un'importante funzione di controllo al fine di rendere presente ed efficace la formazione della volontà politica del popolo. È pregnante il riferimento al concetto di sfera pubblica, di cui si è già detto, poiché lo spazio pubblico delle informazioni e i partiti politici costituiscono sedi elette per la formazione della volontà popolare.

Si percepisce, comunque, una certa diffidenza per la sfera pubblica europea – peraltro, costituenda – rispetto a quella nazionale. Tale diffidenza è tuttavia dettata, non già da sfiducia nelle sue potenzialità, ma dalla constatazione di un grado di coesione ancora incompleto e, come già osservato, in divenire.

Il *BVG* prende atto dei successi dell'integrazione (§ 251<sup>70</sup>) ma li ritiene ancora insufficienti e tende a porre una “giusta” distanza tra la sfera pubblica europea e quella nazionale; inoltre riconosce la necessità di un coordinamento tra le stesse ma, soprattutto in determinati settori, sente il bisogno di tracciare una linea di confine.

Tuttavia, se da un lato i giudici di Karlsruhe hanno disegnato una sorta di peculiarità tutta tedesca nella pratica della democrazia<sup>71</sup> – tale da richiedere un perdurante ruolo centrale del Parlamento tedesco per l'elaborazione di ogni ulteriore passo dell'integrazione europea – dall'altro, nel rispetto di un modello duale di legittimità democratica<sup>72</sup> hanno messo in luce le differenze nella realizzazione della democrazia tra il livello nazionale e quello sovranazionale<sup>73</sup>, quasi

---

<sup>70</sup> “Nonostante che, per effetto dei grandi successi dell'integrazione europea, negli spazi di risonanza degli Stati stia visibilmente crescendo una sfera pubblica europea comune e nematicamente interattiva (cfr. già BVerfGE 89, 155 <185>; Trenz, *Europa in den Medien, Die europäische Integration im Spiegel nationaler Öffentlichkeit*, 2005), non va neppure ignorato che la percezione pubblica del merito delle tematiche e del personale della leadership politica resta in misura significativa attaccata ai modelli di identificazione linguistica, storica e culturale dello Stato nazionale. Sia il principio di democrazia sia il principio di sussidiarietà, entrambi strutturali ed imposti dall'art. 23 comma 1 per. 1 Legge fondamentale, esigono pertanto di circoscrivere materialmente e in modo prevedibile il conferimento e l'esercizio di diritti di supremazia all'Unione europea, specialmente nei settori politici centrali che riguardano gli spazi in cui si sviluppa la persona e in cui avviene la configurazione sociale delle condizioni di vita. In questi settori è particolarmente indicato tracciare la linea di confine laddove si rende oggettivamente necessario il coordinamento di fatti transfrontalieri”.

<sup>71</sup> *I.e.* del modello di democrazia costituzionale, frutto della specifica storia costituzionale tedesca, che “combatte contro i nemici della costituzione” e che proclama la superiorità dell'ordinamento costituzionale. Forse, a parere di chi scrive, i giudici costituzionali considerano l'UE un “nemico della costituzione” da cui difendersi. In argomento, G. Gozzi, *Democrazia e diritti*, cit., pp. 278 ss. e p. 281.

<sup>72</sup> “L'Unione presenta una *legittimità di natura duale*: l'insieme dei cittadini dell'Unione e quello dei popoli organizzati dalle Costituzioni degli Stati membri in forma di società politiche”. Così, A. VON BOGDANDY, *I principi costituzionali dell'Unione europea*, in *www.federalismi.it*, n. 6/2005, p. 24.

<sup>73</sup> È stato osservato che “il vero problema della democrazia europea *risiede* nella sua condizio-

a voler introdurre – mutuando un termine dal gergo penalistico – *cause di giustificazione per non condannare* del tutto la diversità europea nella pratica della democrazia<sup>74</sup> (§§ 227<sup>75</sup>, 272, 278).

Questo piccolo passo indietro da una visione forse un po' troppo nazionalista si può immaginare sia dovuto ad altri principi contenuti nel *Grundgesetz* i quali consentono – *rectius*, rendono costituzionalmente obbligatoria – l'apertura dell'ordinamento tedesco sia all'ordinamento europeo (*Europarechtsfreundlichkeit*<sup>76</sup>, art. 23 *GG*) sia a quello internazionale (*Völkerrechtsfreundlichkeit*, art. 25 *GG*).

#### 4. *La tutela della sovranità del Bundestag e del Bundesrat nel processo di integrazione europea*

Come evidenziato in apertura, l'articolato oggetto del giudizio di costituzionalità contempla, tra le altre, la legge “di estensione e rafforzamento dei diritti del *Bundestag* e del *Bundesrat* nelle questioni dell'Unione europea” (*Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union*) che dal *BVG* viene giudicata incostituzionale nelle parti in cui contrasta con gli articoli 38, 1° comma e 23, 1° comma *GG*. È stato osservato che “dietro i profili di incostituzionalità rilevati (che sono sostanzialmente accomunati dalla richiesta di un preventivo vaglio parlamentare) sembra possibile leggere una rivendicazione di competenze da parte del *Bundesverfassungsgericht* che tradisce il desiderio di riservare ai giudici di Karlsruhe l'ultima parola in materia di processo di integrazione europea e fa temere una nuova stagione di ostilità tra il Tribunale costituzionale

---

ne di “*split-level democracy*” (Schmidt) che vedrebbe il livello europeo come un'arena caratterizzata da “*policies without politics*”, mentre gli Stati nazionali, “svuotati” dalle sempre più ampie competenze comunitarie, rappresenterebbero ormai ambiti contrassegnati da *politics without polizie*. Così, G. RIZZONI, *Il rinvio della elezione di Barroso fra “grande gioco” europeo e Lissabon Urteil*, cit.

<sup>74</sup> Sulla questione della democrazia in Europa, cfr. R. DICKMANN, *Costituzione e democrazia in Europa. Verso (e dopo) il referendum irlandese*, in *www.federalismi.it*, n. 18/2009.

<sup>75</sup> “The objective of integration that has been laid down for the German people by the Preamble and by Article 23.1 of the Basic Law does not say anything about the final character of the political organization of Europe. In its Article 23, the Basic Law grants powers to participate in a supranational system of cooperation that promotes peace. This does not include the obligation to realise democratic self-determination on the supranational level in the exact forms which the Basic Law prescribes for the Federation and, via Article 28.1 sentence 1 of the Basic Law, also for the *Länder* (states); instead, it permits derogations from the organizational principles of democracy applying on the national level which are due to the requirements of a European Union that is based on the principle of the equality of states and has been negotiated under the law of international agreements”(§ 227).

<sup>76</sup> Con riguardo al concetto di *Europarechtsfreundlichkeit*, cfr. G.L. TOSATO, *L'integrazione europea è arrivata al capolinea? A proposito del recente “Lissabon Urteil”*, cit.; J. ZILLER, *Solange III, ovvero la Europarechtsfreundlichkeit*, cit., pp. 973-995.

tedesco e la Corte di giustizia. Insomma, come mostra la dichiarazione di incostituzionalità, la vecchia dogmatica costituzionale del *Bundesverfassungsgericht* pare oggi animata da un nuovo e più bellicoso spirito<sup>77</sup>.

Tale legge, come motivato ampiamente (§§ 406-419), non conferisce ai suddetti organi legislativi diritti di partecipazione adeguati alla loro responsabilità permanente per l'integrazione<sup>78</sup>. Siffatta responsabilità sottolinea il ruolo centrale che il Parlamento tedesco<sup>79</sup> è chiamato a svolgere nell'elaborazione di ogni ulteriore passo avanti nel processo di integrazione europea. Ed invero, come osserva autorevole dottrina, "la difesa delle prerogative parlamentari è sempre – anzi oggi più che mai – un dovere per una corte consapevole della necessità di equilibrio fra i poteri dello Stato"<sup>80</sup>.

Il *BVG* chiede una revisione della suddetta legge imponendo che essa attribuisca alle Camere il ruolo di autorizzare – con legge o mandati vincolanti – il Governo all'uso di tutti quegli strumenti previsti dai Trattati – revisioni semplificate, "clausole passerella", freni di emergenza – da cui potrebbe derivare un ampliamento delle competenze dell'Unione e una modifica di quanto previsto dai Trattati. In altre parole, ciò che viene richiesto è un preventivo vaglio parlamentare per l'applicazione di tutte le clausole evolutive previste dai Trattati<sup>81</sup>.

Si osservi, in particolare, che l'atto legislativo censurato è composto da tre paragrafi: il primo riguarda la partecipazione del *Bundestag* e del *Bundesrat* al-

<sup>77</sup> Così, F. VECCHIO, *Competenza e gerarchia nella sentenza Lisbona*, cit., p. 15.

<sup>78</sup> "Agli organi costituzionali tedeschi spetta una responsabilità permanente per l'integrazione. Nel conferimento dei diritti di supremazia e nella disciplina delle procedure decisorie europee, tale responsabilità consiste nel provvedere affinché, in una valutazione complessiva, sia il sistema politico della Repubblica federale di Germania sia quello dell'Unione europea, corrispondano ai principi democratici degli artt. 20 commi 1 e 2 in combinazione con l'art. 79 comma 3 Legge fondamentale" (§ 245).

<sup>79</sup> I quattro progetti di legge (nr. 16/13923; 16/13924; 16/13925; 16/13926), che costituiscono normative "di accompagnamento" al Trattato di Lisbona, sono stati già approvati – a pochissimo tempo dalle complicate elezioni politiche – dal *Bundestag* e dal *Bundesrat* in tre sole sedute (due il *Bundestag* e una il *Bundesrat*), più o meno accogliendo le indicazioni della Corte. Cfr. [www.cducsu.de](http://www.cducsu.de) e [www.bundestag.de](http://www.bundestag.de).

Il tono "imperativo" si evince chiaramente dal § 411 dove si legge: "Bundestag und Bundesrat müssen bei dieser erneuten gesetzgeberischen Entscheidung berücksichtigen, dass sie ihre Integrationsverantwortung in zahlreichen Fällen der dynamischen Vertragsentwicklung wahrnehmen müssen". Nei §§ 412-419 sono indicati i casi in cui è richiesto l'esercizio della *Integrationsverantwortung*.

È stato osservato che "il rispetto del principio di sussidiarietà e del ruolo del *Bundestag* come condizioni per la legittima attribuzione delle competenze all'ordinamento europeo e (quindi) come condizioni per l'applicabilità del diritto europeo nel territorio tedesco erano già stati messi in luce dalla sentenza *Maastricht del 1993*". Così, F. VECCHIO, *Competenza e gerarchia nella sentenza Lisbona*, cit. p. 6 (corsivo aggiunto).

<sup>80</sup> Così, G.M. FLICK, *A proposito della sentenza del Bundesverfassungsgericht*, cit.

<sup>81</sup> In argomento, v. L. GIANNITI, *Il ruolo dei Parlamenti degli Stati membri dell'Unione europea*, in [www.astrid.eu](http://www.astrid.eu).

l'esame dei progetti di atti normativi comunitari; il secondo regola il ruolo e le procedure che il Parlamento deve seguire per il controllo del principio di sussidiarietà; infine, il terzo regola l'attività del *Bundestag* e del *Bundesrat* nel procedimento di revisione semplificata del trattato secondo l'art. 48.7 TUE Lisbona.

Pertanto, sulla base delle censure mosse, il *BVG* ha chiesto al *Bundestag* una riformulazione della legge, al fine di rendere autentico ed effettivo il ruolo delle due Camere tedesche nei processi decisionali europei e nelle procedure di modifica dei Trattati.

In particolare, sono due i profili di carattere generale che emergono dalla lettura degli ultimi paragrafi della decisione.

Il primo attiene alla necessità che il Parlamento tedesco – e, in generale, i parlamenti nazionali – si appropriino del loro ruolo europeo organizzandosi in modo tale da rendere effettivi i meccanismi di cui all'art. 12 TUE di Lisbona e ai protocolli 1 (Sul ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione europea) e 2 (Sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità) allegati al Trattato.

Il secondo riguarda il rispetto del principio delle competenze di attribuzione che non può essere aggirato, o meglio, derogato, né attraverso il ricorso a procedure semplificate di revisione dei Trattati, né dalle c.d. "clausole passerella", né dalle c.d. "clausole di flessibilità", le quali risultano previste da singole disposizioni del TUE e del TFUE<sup>82</sup>.

In tutti i casi sopra richiamati il tribunale di Karlsruhe sostiene la necessità di un atto di approvazione legislativa del *Bundestag* e, se del caso, anche del *Bundesrat* (art. 23, 2° e 3° comma *GG*).

In altri termini, l'obiettivo è quello di garantire "in modo abbastanza forte la partecipazione<sup>83</sup> del *Bundestag* e del *Bundesrat* alla preparazione della posizione tedesca – *affinché questa abbia una solida legittimazione democratica* – in sede di Consiglio europeo e di Consiglio, nei casi nei quali essi possono decidere di precisare o integrare le competenze attribuite all'Unione europea"<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> Sul secondo dei richiamati profili, v. R. DICKMANN, *Integrazione europea e democrazia parlamentare*, cit., pp. 9-11.

In dottrina è stato osservato che "la Corte tedesca richiede che nei casi di "sviluppo dinamico" dei Trattati (procedura di revisione semplificata, clausole passerella generale e speciali, clausola di flessibilità, c.d. freni di emergenza) il Parlamento si pronunci in via preventiva e il Governo non possa scostarsi dalle indicazioni parlamentari. In caso diverso sarebbe leso il principio democratico, un principio fondamentale e non modificabile per la Costituzione tedesca". Così, G.L. TOSATO, *L'integrazione europea è arrivata al capolinea?*, cit.

<sup>83</sup> Si tratta di una procedura che richiede una previa autorizzazione legislativa da parte delle istituzioni parlamentari la quale deve, appunto, precedere la definizione della posizione della Germania e l'esercizio del diritto di voto. Nella sentenza, ai §§ 412-419, sono contenute precise indicazioni in ordine ai singoli casi nei quali è necessaria l'approvazione tramite legge.

<sup>84</sup> Il riferimento testuale è a J. ZILLER, *Solange III, ovvero la Europarechtsfreundlichkeit*, cit., p. 982 (corsivo aggiunto).

Pertanto, le censure mosse dai giudici di Karlsruhe sulla legge sopra richiamata (e già riformata dal neo eletto Parlamento secondo i “suggerimenti” del giudice costituzionale) ci inducono a riflettere sul rafforzamento del ruolo dei parlamenti nazionali<sup>85</sup> nell’architettura costituzionale europea<sup>86</sup>. Secondo una parte della dottrina non si tratterebbe di semplici censure, ma di vere e proprie critiche anche notevolmente consistenti. “Il Tribunale, in definitiva, si erge a difensore delle prerogative del Parlamento contro la stessa volontà del Parlamento. Un ruolo che [...] è imposto dalla LF e in questo senso, per così dire, il BVerfG fa al meglio il suo mestiere. Ma non può mancarsi di notare la contraddizione e persino l’ironia della vicenda, con il potere legislativo, sede della sacra sovranità popolare, pronto a “svendere” le proprie prerogative e la sovranità popolare che dovrebbe difendere, ed il Tribunale a ricordargli la centralità e

---

<sup>85</sup> “Il potere effettivo del parlamento nazionale di partecipare al *decision making* non dipende dalla lettera della Costituzione e non deriva dalla sentenza di un giudice costituzionale. La Corte costituzionale di Varsavia ha ricordato che molto dipende dalla capacità del parlamento di compensare la perdita di competenza legislative con competenze di controllo. [...] Fino a quando non si riesce a rendere più efficace il controllo parlamentare, sarebbe poco utile recepire le tre leggi con le quali le forze politiche della vecchia e della nuova coalizione hanno dovuto ancora nella fase più calda della campagna elettorale sbrigare i compiti dati a Karlsruhe. Tali leggi, scritte secondo le istruzioni forse più dettagliate che una sentenza costituzionale tedesca abbia mai impartito, hanno reso il parlamento forte semmai nella misura in cui ha resistito ai suggerimenti ulteriori con i quali la Corte di Karlsruhe ipotizzava più poteri per se stessa”. Così, J. LUTHER, *Il trattato di Lisbona trattato a Karlsruhe*, cit.

<sup>86</sup> Particolarmente ricca è la letteratura sul argomento, v., *ex multis*, G. BARRET, “*The king is dead, long live the king: the recasting by the Treaty of Lisbon of the provisions of the Constitutional Treaty concerning national parliaments*”, in *Eur. Law Rev.*, n. 2/2008, pp. 66-84; F. BRUNO, *La Costituzione europea ed i Parlamenti nazionali*, in *Dir. Pub. Comp. Eur.*, n. 2/2005, pp. 620-641; M. CARTABIA, *I parlamenti nazionali nell’architettura costituzionale dell’Unione europea. Che cosa resta in caso di mancata ratifica?*, [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); C. FASONE, *I Parlamenti dell’Unione: nuovi attori sulla scena delle procedure normative comunitarie?*, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it); P. GAMBALE, *La partecipazione dei Parlamenti nazionali alla fase “ascendente” del diritto comunitario: modelli stranieri e novità nell’ordinamento italiano*, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it); V. LIPPOLIS, *Il Parlamento nazionale-comunitario*, in *Quad. cost.*, n. 2/1991, p. 319-347; A. MANZELLA, *Il Parlamento federatore*, in *Quad. cost.*, n. 1/2002, pp. 35-49; M.L. MAZZONI HONORATI, *La “partecipazione” parlamentare al processo normativo europeo*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, n. 1/1995, pp. 27-40; C. MORVIDUCCI, *Il ruolo dei Parlamenti nazionali*, in *Dir. pub. comp. eur.*, n. 1/2008; C. MORVIDUCCI, *Il ruolo dei parlamenti nazionali nel nuovo trattato*, in [sudineuropa.net](http://sudineuropa.net), n. 1/2008; M.T. NIGRO, *Parlamento e Unione europea*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it); PARLAMENTO EUROPEO, *Relazione sullo sviluppo delle relazioni tra il Parlamento europeo e i parlamenti nazionali nel quadro del trattato di Lisbona (2008/2120 (IN))*, in [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu); S. SICARDI, *Il problematico rapporto tra (vecchia e nuova) Unione Europea e Parlamenti nazionali: integrazione o contrapposizione?*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 2005. L’integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali. Atti del XX Convegno Annuale, Catania, 14-15 ottobre 2005*, Padova, 2007, p. 38 ss.; L. VIOLANTE, *Raccordo legislativo fra Unione europea e Parlamenti nazionali*, in *Quad. cost.*, n. 3/1999, pp. 725-735.

insostituibilità del ruolo parlamentare come pilastro e al tempo stesso argine dell'integrazione europea<sup>87</sup>.

In particolare, ci si interroga sulla reazione che i Parlamenti degli altri Stati membri potrebbero manifestare di fronte all'accresciuto ruolo del Parlamento tedesco nelle questioni europee.

Infine, il nuovo atteggiarsi del processo di integrazione disegnato dal *BVG*, nell'erigendo assetto di Lisbona<sup>88</sup>, deve essere rispettoso dei limiti nazionali che – per quanto attiene all'ordinamento tedesco – coincidono con le garanzie costituzionali *eterne*, con il principio di democrazia e con quello di identità costituzionale.

*Limiti* che – se condivisi e rispettati – potrebbero diventare *aperture se*, e nel momento in cui, sia possibile costituire classi politiche europee effettivamente in grado di contribuire al processo di costruzione di una sfera pubblica europea come indicato dai giudici di Karlsruhe.

##### 5. *Brevi riflessioni conclusive*

Il “messaggio” equilibrato – e non necessariamente antieuropeista – che può estrapolarsi dal *Lissabon-Urteil* si può quindi sintetizzare nella seguente espressione: il *Bundesverfassungsgericht*, vigilando sulla “eternity guarantee” e sulla sovranità del *Bundestag* e del *Bundesrat* nel processo di integrazione europea, vuole farsi custode privilegiato del *Demokratieprinzip* nella prospettiva della costituenda sfera pubblica europea.

In definitiva, non è possibile formulare un “giudizio” univoco sulla pronuncia. Nella sua complessità essa si presta a diverse letture. Da un lato, la sentenza manifesta un'apertura (apparente) nei confronti delle forme di integrazione purché queste corrispondano all'impostazione della Legge Fondamentale. Dall'altro, appare rigida e conservatrice quando tratta delle tematiche relative alla sovranità<sup>89</sup>, al parlamentarismo e alla forma di governo. Infatti, appare non privo di contraddizioni il fatto che essa si proclami europea, ma al contempo, in una logica che appare “antieuropea”, si riservi un ruolo di primazia rispetto al giudice sovranazionale.

---

<sup>87</sup> COSÌ, F. PALERMO, JENS WOELK, “Maastricht reloaded”: il Tribunale costituzionale federale tedesco e la ratifica condizionata del Trattato di Lisbona, in *Dir. pub. comp. eur.*, n. 3/2009, p. 1037.

<sup>88</sup> Il Trattato di Lisbona, pubblicato in *G.U.U.E.* C 306 del 17 dicembre 2007, è entrato in vigore il 1° dicembre 2009.

<sup>89</sup> P. PASSAGLIA nel suo intervento al Seminario di studio sulla “Sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona”, cit., condivide le affermazioni del *BVG* concetto di sovranità. “Nella sentenza si identifica, molto semplicemente, la sovranità con la sovranità popolare e si sottolinea come l'espressione più autentica della sovranità sia rappresentata dall'esercizio del potere costituente”. *Ibidem*.

Qui si è scelto di proporre un'ipotesi di lettura quanto più possibile equilibrata che cerchi – attraverso la *ratio* che è stata messa in luce – di individuare quel “messaggio” che da questa imponente pronuncia si è tentato di estrapolare. Ovviamente, non senza difficoltà perché, come è noto, avvicinare gli antipodi non è mai semplice.

## Dal giudice amministrativo indicazioni contrastanti sulla natura degli uffici legali degli enti pubblici

di Cristina Giaon

SOMMARIO: 1. Principio di legalità ed organizzazione amministrativa: cenni. – 2. Libera professione e status di pubblico dipendente: le ragioni di un difficile connubio. – 3. Le oscillazioni della giurisprudenza nella ricerca degli equilibri del sistema.

### 1. *Principio di legalità ed organizzazione amministrativa: cenni*

L'attività organizzativa della Pubblica Amministrazione non può essere considerata in modo unitario, ma al contrario si presenta come un fenomeno eterogeneo, non solo perché composto da attività di diverso tipo – normativo, di diritto privato, interne<sup>1</sup> – ma anche, e soprattutto, perché è affidata ad una pluralità di figure soggettive che da sole provvedono ad ordinare i propri uffici, a disciplinarne l'attività organizzativa, ad organizzare i beni ed i servizi occorrenti per la realizzazione dei fini istituzionali<sup>2</sup>.

Nell'amministrazione pubblica ogni singolo elemento costitutivo (uffici, attività, personale, mezzi) presenta problematiche proprie – che vanno dalla individuazione/istituzione di nuovi uffici, all'attribuzione agli stessi di competenze e di personale, all'investitura e inquadramento del personale stesso, al modo di copertura degli uffici e all'attribuzione di stato giuridico dell'ufficio e al trattamento economico – la cui soluzione è subordinata ad una serie di principi organizzatori cui uniformarsi.

Nel passaggio dal regime previgente alla Costituzione repubblicana si è imposto il principio di legalità non soltanto nella disciplina dell'attività amministrativa, ma anche in quello della organizzazione dei pubblici uffici<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, I, Milano, 1993, 335 ss.

<sup>2</sup> Anche M. NIGRO in *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 99 ss. chiamando funzione amministrativa il potere di organizzazione dello Stato, espone il problema del suo inquadramento in una funzione dello Stato nel suo complesso evidenziando però come tale questione risulti più una questione terminologica che di sostanza, non avendo mai avuto tale potere carattere unitario.

<sup>3</sup> Per la ricostruzione storica si veda il contributo di F.G. SCOCA, in AA.VV., *Diritto Amministrativo*, I, Bologna, 2005, 385 ss.

Più precisamente, l'ordinamento repubblicano prevede la cogestione della funzione organizzatoria tra esecutivo e parlamento e la conseguente sottoposizione della stessa al principio di legalità.

Il primo comma dell'art. 97, formulato con l'intento di perseguire ed assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, mediante la previsione di un obbligo di organizzazione dei pubblici uffici secondo disposizioni di legge, pone una riserva di legge di non agevole interpretazione.

Una prima questione, rilevante ai fini delle modalità di conferimento delle competenze, riguardava l'esatta decifrazione della natura, assoluta o relativa, della riserva di legge prevista dalla citata norma costituzionale. È prevalsa la tesi della relatività della riserva, ritenendosi sufficiente che la legge fissi la disciplina di principio di una determinata materia nell'ambito della quale è poi ammessa l'emanazione di regolamenti.

L'art. 97 delinea il minimo intervento regolatore della legge, stabilendo che a quest'ultima spetta unicamente di stabilire, nell'ordinamento degli uffici, le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità dei funzionari.

Svariate e tra loro contrastanti le interpretazioni prospettate. Secondo una prima lettura la norma è totalmente priva di prescrittività nel settore dell'organizzazione degli uffici<sup>4</sup>; altra tesi intermedia riteneva dubbio il valore dell'enunciato con riferimento al principio di buon andamento<sup>5</sup>, mentre ad avviso di altri nel primo comma dell'art. 97 è enunciato un principio direttivo cui la Pubblica Amministrazione è tenuta ad uniformarsi nell'organizzazione dei propri uffici<sup>6</sup>.

Tale ultima impostazione merita di essere condivisa.

Già ad una sommaria lettura del comma 1 dell'art. 97 emerge la sua funzione, di fornire linee di orientamento generale – il perseguimento del buon andamento e dell'imparzialità – alle modalità organizzative della P.A.

In realtà, il tenore e la portata dei principi indicati dalla norma sono talmente rilevanti da escludere che la stessa possa considerarsi riferita unicamente al settore della organizzazione, dovendo piuttosto ritenersi volta ad investire tutta l'azione pubblica.

Non sono mancate pronunce da parte della giurisprudenza costituzionale nel senso della necessaria preordinazione della disciplina delle forme e degli aspetti fondamentali dell'organizzazione amministrativa al perseguimento non solo dell'imparzialità, intesa come necessità che l'amministrazione sia strutturata in modo che chi amministra non sia personalmente interessato alla materia am-

---

<sup>4</sup> G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 1976, 37 ss.

<sup>5</sup> E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 305 ss.

<sup>6</sup> V. BACHELET, *Profili giuridici dell'organizzazione amministrativa: strutture tradizionali e tendenze nuove*, Milano, 1965, 25 ss; M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo: anno 1959-1960*, Roma, 1960; R. LUCIFREDI, *La nuova costituzione italiana raffrontata con lo Statuto Albertino e vista nel primo triennio di sua applicazione*, Milano, 1952, 246 ss.

ministrata, quanto del buon andamento, inteso come efficienza dell'azione dell'amministrazione e come rispondenza all'interesse pubblico affidato alle cure dell'amministrazione stessa<sup>7</sup>.

Ritenendo quindi applicabili tali principi a tutto ciò che è amministrazione, appare logica conseguenza la loro riferibilità anche al personale e al pubblico impiego, accanto al riferimento espresso ai settori dell'organizzazione e dell'attività.

I riflessi dei due principi in questo campo si hanno principalmente nelle modalità di reclutamento del personale impiegatizio e nella creazione di un adeguato sistema di incompatibilità legate alla funzione di pubblico impiego (seppur privatizzato) che il soggetto ricopre.

Solo per fare qualche esempio: è costituzionalmente previsto, dall'ultimo comma dell'art. 97, che l'accesso al pubblico impiego sia possibile solo mediante concorso – con l'unica eccezione dei casi stabiliti dalla legge – in modo da assumere solo i più competenti professionalmente; ci si è chiesti se ciò comporti l'impossibilità per il dipendente pubblico di svolgere prestazioni retribuite ulteriori a quelle svolte presso l'ente di appartenenza; e se possano esistere particolari casi di incompatibilità legati alla appartenenza del dipendente pubblico ad un ordine professionale.

## 2. *Libera professione e status di pubblico dipendente: le ragioni di un difficile connubio*

Un riflesso immediato di questo ordine di difficoltà si rinviene laddove si tenti di individuare la natura degli uffici legali degli enti pubblici e nell'inquadramento che spetta agli avvocati che ivi prestino il proprio servizio.

La problematica sorge con particolare evidenza in questo settore, nel quale le disposizioni costituzionali sull'organizzazione degli uffici si devono misurare con la normativa speciale dettata dal r.d.l. 27 novembre 1933 n. 1578 sull'ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore.

La legge professionale forense, difatti, stabilisce in linea generale l'incompatibilità della professione di avvocato con attività di lavoro pubblico subordinato, ad eccezione delle ipotesi in cui questa venga svolta dal professionista in ragione degli scopi dell'ente e a condizione di una collocazione in posizione di maggior autonomia rispetto a quella del comune dipendente pubblico.

Il nocciolo del problema sembra quindi essere costituito dalla necessità di trovare il punto di equilibrio fra le due "anime" che caratterizzano l'avvocato dell'ente pubblico, il quale, se da un lato è a tutti gli effetti un avvocato, dall'altro si ritrova a svolgere i suoi compiti alle dipendenze di un ente pubblico.

---

<sup>7</sup> G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2008, 33 ss.

Una prima soluzione al problema dell'incompatibilità dello svolgimento della professione alle dipendenze di un ente pubblico è costituita dalla previsione di un albo speciale, abbinato al normale albo dei professionisti tenuto presso il consiglio dell'ordine degli avvocati; albo nel quale viene iscritto l'avvocato di stato e l'avvocato dipendente da enti pubblici.

L'art. 3, lett. *b*), u.c., r.d.l. n. 1578/1933 richiede, infatti, ai fini dell'iscrizione nell'albo speciale, che presso l'ente pubblico vi sia un ufficio legale costituente un'unità organica autonoma e che coloro i quali sono ad esso addetti esercitino con libertà ed autonomia le loro funzioni di competenza, con sostanziale estraneità all'apparato amministrativo, in posizione di indipendenza da tutti i settori previsti in organico e con esclusione di ogni attività di gestione.

Il professionista deve quindi risultare assegnato ad un ufficio legale munito di una sua autonomia nell'ambito della relativa struttura, e, in virtù di tale sua appartenenza ed alla stregua dell'ordinamento dell'ente stesso, egli deve essere abilitato a svolgere, in via esclusiva e nell'interesse dell'ufficio, attività giudiziaria quanto extragiudiziaria<sup>8</sup>.

Il senso e la *ratio* della previsione sono da individuarsi non solo nella necessaria salvaguardia dell'avvocato dipendente dall'esposizione a rischiosi condizionamenti nell'esercizio della propria professione<sup>9</sup>, ma anche nel rispetto dei principi di buon andamento, efficienza ed efficacia, più e più volte richiamato dalla giurisprudenza che indirizza l'attività del professionista unicamente verso il perseguimento dei fini di tutela degli interessi dell'amministrazione di appartenenza.

Il simultaneo svolgimento di attività legale e amministrativa è quindi da escludere, in quanto farebbe venir meno l'esclusività nello svolgimento delle mansioni di avvocato, da intendersi in senso oggettivo ed esterno, ed altererebbe in misura decisiva lo schema tradizionale che ritiene il cumulo di incarichi preclusivo dell'iscrizione nell'elenco speciale.

Nel caso in cui, dunque, al professionista vengano affidati incarichi diversi ed ulteriori rispetto a quelli di difesa e consulenza dell'ente, riviverebbe la generale previsione di incompatibilità nello svolgimento della professione forense, comportante l'automatica cancellazione dello stesso dall'albo speciale, nonché la sua interdizione dall'esercizio professionale.

Un ulteriore requisito – dettato dall'art. 3, comma 4, r.d.l. n. 1578/1933 a tutela dell'autonomia del professionista – impone l'obbligo di collocare l'unità organizzativa deputata alla tutela degli interessi legali dell'Amministrazione al di fuori della linea gerarchica: requisito è prescritto non solo con l'intento di realizzare il più possibile un altro principio fondamentale dell'agire pubblico, quale

---

<sup>8</sup> Cass. civ., sez. un., 14 marzo 2002, n. 3733, in *Giust. civ.*, 2002, 455; in senso conforme all'ultima parte della massima: sez. un., 19 ottobre 1998, n. 10367 in *Giust. civ.*, 1999, 83;

<sup>9</sup> Cass. civ. sez. un., 26 novembre 1996 n. 10490 in *Giust. civ. mass.*, 1996, 159; sez. un., 8 settembre 2004, n. 18090 in *Giust. civ. mass.*, 2004, 2351.

quello di separazione tra politica ed amministrazione, ma anche, ed ancor prima, per favorire un'azione protesa alla tutela esclusiva degli interessi della pubblica amministrazione.

Sorge quindi la necessità che gli enti pubblici si organizzino, nel totale rispetto dei principi di legalità, buon andamento ed imparzialità, istituendo una struttura operativa autonoma ed indipendente pronta ad accogliere le figure professionali di cui trattasi, in modo tale da conciliare al meglio le due diverse esigenze di inserimento dell'avvocato nell'ente pubblico e di libero esercizio da parte di quest'ultimo delle sue peculiari funzioni professionali.

Un modello del genere lo troviamo nell'assetto organizzativo dell'avvocatura dello Stato.

Nonostante le numerose assonanze con le avvocature degli enti pubblici, l'avvocatura di Stato si pone in una posizione del tutto peculiare.

A tutti gli effetti, esso è qualificabile quale organo ausiliario dello Stato, posto alle dipendenze della Presidenza del Consiglio dei Ministri, svolgente le funzioni di rappresentare e difendere in giudizio lo Stato e gli altri enti pubblici indicati dalla legge.

Ciononostante, tale relazione non significa confusione dell'attività del giurista operante nell'organo con l'attività posta in essere dal Governo; la particolare organizzazione degli avvocati dello Stato come un corpo a sé, anziché come uffici interni delle amministrazioni statali, portano il professionista a godere di quella autonomia, tipica del rapporto che si instaura tra avvocato del libero foro e cliente, che da sola è in grado di tutelare lo svolgimento della professione da eventuali possibili condizionamenti.

È quindi evidente come l'unica forma di connessione con la Presidenza del Consiglio si risolve nel conferimento a quest'ultima del potere di emettere i più importanti provvedimenti relativamente allo stato giuridico del personale, all'organizzazione dell'istituto nonché all'attribuzione del potere di vigilanza, cui è correlata la previsione dell'invio delle relazioni periodiche dell'Avvocato generale.

Per il resto l'avvocatura ha autonomia sia sul piano funzionale, che su quello amministrativo e contabile.

Non è mancato chi, sulla scorta di una interpretazione letterale restrittiva della normativa di riferimento, abbia ipotizzato l'esistenza di un rapporto gerarchico tra avvocatura dello Stato e Presidente del Consiglio dei Ministri<sup>10</sup>; tuttavia, nonostante più volte il Consiglio di Stato<sup>11</sup> si sia espresso nel senso di una subordinazione gerarchica, l'orientamento dottrinale, è sempre stato di segno

---

<sup>10</sup> P. PAVONE, *Lo stato in giudizio. Enti pubblici ed avvocatura dello stato*, Milano, 2002, 12 ss.

<sup>11</sup> Parere dell'Ad. Gen. del Cons. St., 23 novembre 1967 n. 1237, in *Cons. Stato*, 1967, 2349, con il quale si ritenne ammissibile un ricorso gerarchico al Presidente del Consiglio dei ministri contro un provvedimento dell'avvocato generale dello stato.

opposto, teso ad individuare nell'avvocatura di Stato un modello di autonomia e indipendenza<sup>12</sup> da estendere anche alle avvocature degli enti pubblici.

Appare possibile sostenere quindi che l'avvocatura è destinata all'attuazione concreta del principio di legalità sia in fase difensiva – di rappresentanza in giudizio – sia in fase consultiva.

A conferma di quanto testé sostenuto, relativamente all'ampio grado di autonomia di cui appare godere l'organo in questione, può essere richiamata anche la peculiare disciplina delle notificazioni.

Le questioni relative all'individuazione dell'organo competente alla loro ricezione che hanno visto confrontarsi contrastanti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, sono state risolte definitivamente dal legislatore del 1979 il quale, con l'art. 10, comma 3 della l. n. 103 ha una volta per tutte sciolto i dubbi sul tema.

Dispone infatti il combinato disposto dell'art. 1 L. 25 marzo 1968, n. 260 e dell'art. 10, terzo comma, della L. 3 aprile 1979 n. 103, che i ricorsi amministrativi avverso atti di amministrazioni dello Stato debbano essere necessariamente notificati, pena l'inammissibilità del ricorso introduttivo, presso l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato nel cui distretto ha sede l'autorità giudiziaria alla quale è sottoposta la controversia.

Nonostante la dottrina prevalente abbia scorto nella disposizione in oggetto la volontà del legislatore di perseguire una logica di buona difesa dell'amministrazione<sup>13</sup>, appare plausibile considerare anche un ulteriore corollario di tale previsione.

L'imposizione, normativamente prevista, dell'obbligo procedurale di procedere a notifica dell'atto introduttivo di qualunque tipo di giudizio presso la sede dell'avvocatura comporta di fatto, nel pieno rispetto del principio di separazione tra politica e amministrazione, l'esclusione dei vertici politici, o comunque degli uffici amministrativamente responsabili, dalla questione giudiziaria.

L'estromissione dell'organo statale dalla possibilità di interloquire sul punto con l'avvocatura, consente a quest'ultima di sfuggire ad ogni possibile condizionamento dei vertici politici e permette altresì il raggiungimento di una maggiore tutela delle proprie competenze tecniche; tanto soprattutto in considerazione del fatto che di tali competenze l'organo politico non è quasi mai in possesso.

L'avvocatura dello Stato appare quindi un modello di riferimento di enorme valore, avendo il grande vantaggio di essere una istituzione esterna all'apparato amministrativo, la quale mantiene i compiti di consulenza ed azione di difesa in giudizio, priva di alcun condizionamento da parte di singole amministrazioni.

---

<sup>12</sup> A.C. JEMOLO, *L'avvocatura dello stato*, in *Arch. Giur.* 1968, 246 ss; F.G. SCOCA, *Sulle funzioni dell'Avvocatura dello Stato*, in *Giur. mer.* 1969, III, 40 ss; R. VILLATA, *Sulla natura del rapporto tra presidente del Consiglio dei ministri e avvocatura dello stato*, in *Foro amm.* - TAR, 1969, 49 ss.

<sup>13</sup> C. AMORTH - T. TOMASICCHIO, *La citazione in giudizio della amministrazioni dello stato*, Padova, 1958, 25 ss.

Appare quindi condivisibile l'impostazione di chi<sup>14</sup> ammette l'istituzione di avvocature pubbliche parallele e complementari all'avvocatura di Stato, con l'effetto di rendere superfluo lo stesso art. 3 del r.d.l. 1578/1933, anche e soprattutto sotto il profilo dello status agli stessi attribuito.

### 3. *Le oscillazioni della giurisprudenza nella ricerca degli equilibri del sistema*

Nonostante appaia evidente la necessità che, in armonia con l'art. 3 del r.d.l. n. 1578/1933, l'ente pubblico istituisca l'ufficio dell'avvocatura con struttura e collocazione autonoma rispetto alle altre ed indipendente da ogni pressione politica, ancora un nodo rimane da sciogliere nella prospettiva di una non semplice quadratura del cerchio: verificare se dalla norma contenuta nell'ordinamento delle professioni forensi possa o meno ricavarsi un obbligo per gli enti pubblici di dotarsi di una struttura non solo autonoma, ma altresì composta da dirigenti e quindi collocata in posizione apicale.

La giurisprudenza amministrativa si è in più occasioni espressa sul punto, offrendo indicazioni discordanti, sintetizzabili essenzialmente in tre filoni interpretativi.

Una prima tesi, riconducibile ad un costante orientamento dei tribunali amministrativi regionali, ritiene l'apicalità dell'avvocatura quale automatica conseguenza dell'autonomia. La collocazione apicale esclude la subordinazione dei singoli dipendenti ad alcun funzionario. Essa sarebbe, dunque, la sola in grado di garantire che l'attività professionale venga svolta con modalità che assicurino la libertà nell'esercizio dell'attività di difesa, oltre che l'autonomia del professionista<sup>15</sup>.

Secondo un altro indirizzo, più risalente, la normativa speciale, pur assicurando la piena autonomia funzionale dell'ufficio legale, non ne esigerebbe la collocazione a livello apicale nell'organizzazione degli uffici comunali, purché nell'apparato burocratico dell'ente la struttura autonoma sia posta a livello di "area" o di "unità operativa". Tale scelta, ampiamente discrezionale, deve essere effettuata dall'amministrazione, tenendo conto sia dell'entità del contenzioso, sia dalle risorse finanziarie disponibili nel bilancio comunale<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> D. NAZZARP, *Lo "status" dei professionisti legali degli enti pubblici iscritti all'elenco speciale, annesso all'albo degli avvocati*, in *Il nuovo diritto*, 2005, 306 ss.

<sup>15</sup> Così in T.A.R. Puglia-Lecce, sez. II, 14 gennaio 2008, n. 7, con la quale è stata dichiarata illegittima la deliberazione della giunta municipale, con la quale era stato approvato il regolamento comunale degli uffici e dei servizi, nella parte in cui ha disposto l'organizzazione del servizio legale alle dipendenze del segretario generale di un settore amministrativo di staff. Analoga pronuncia da parte del T.A.R. Sardegna, sez. II, 14/01/2008 n. 7, in *Foro amm.* - TAR, 2009, 785 secondo la quale, «l'esistenza di una autonoma articolazione organica dell'Ufficio legale dell'ente risulta indispensabile affinché l'attività professionale, ancorché svolta in forma di lavoro dipendente, venga esercitata con modalità che assicurino l'autonomia del professionista».

<sup>16</sup> T.A.R. Campania, Sez. V, 06 giugno 2006, n. 6751 in *Foro amm.* - TAR, 2008, 2155, secondo

Secondo una terza prospettazione, che non contesta la natura discrezionale della scelta relativa al collocamento dell'ufficio legale, l'ente pubblico è libero di organizzare la propria struttura, ma se non colloca l'avvocatura in posizione apicale, deve indicare espressamente e in dettaglio le motivazioni della propria decisione. Questa ulteriore opzione assume come regola l'inquadramento dell'avvocato a livello apicale, sottoponendo perciò l'ente pubblico all'obbligo di motivare l'eventuale decisione contraria, considerata eccezionale<sup>17</sup>.

In un quadro così incerto, generano ulteriore confusione le recentissime e coeve pronunce del 15 ottobre 2009 del Consiglio di Stato (dec. n. 6336), e del 15 ottobre 2009 del Consiglio di Giustizia Amministrativa (dec. n. 932).

Nella prima decisione<sup>18</sup>, si afferma che l'amministrazione pubblica, quale datore di lavoro, non è tenuta a configurare un assetto organizzativo degli uffici in cui l'avvocatura sia strutturata come obbligatoriamente apicale, sul presupposto dell'inesistenza nel nostro ordinamento di un vincolo normativo in tal senso a carico della stessa amministrazione: un vincolo estraneo anche al citato decreto di regolamentazione dell'ordinamento forense (r.d.l. n. 1578/1933), il quale si limiterebbe a prevedere, al solo fine di derogare ai principi di incompatibilità della professione forense con qualsiasi altro ufficio pubblico retribuito, che gli avvocati addetti alla difesa degli interessi degli enti vengano posti in condizione di operare in autonomia.

Secondo il Consiglio di Stato, la legge professionale non entra nel merito delle scelte organizzative dell'ente pubblico, sicché non può desumersi un diritto degli avvocati ad ottenere la collocazione dell'avvocatura nella posizione

---

la quale «*la normativa speciale di cui all'art. 3, r.d.l. n. 1578 del 1933 tutela la piena autonomia funzionale dell'Ufficio legale, ma non garantisce la individuazione di tale struttura quale struttura apicale nell'organizzazione degli uffici comunali; rientrano viceversa nella potestà di autoorganizzazione dell'amministrazione comunale le modalità di inserimento di tale struttura autonoma nell'apparato burocratico comunale, ossia, l'inserimento al livello di "Area" (apicale) ovvero di "Unità operativa" (sub apicale), scelta questa ampiamente discrezionale, dovendosi tener conto evidentemente sia dell'entità del contenzioso previsto sia delle risorse finanziarie disponibili nel bilancio comunale*»; T.A.R. Emilia Romagna - Parma, 20 dicembre 2001, n. 1049, in *Foro amm.* - TAR 2001, 3251, secondo cui «*il rispetto dell'art. 3 r.d.l. n. 1578 del 1933 può dirsi verificato, in concreto, non solo quando sussista un'apposita ed autonoma struttura deputata all'assolvimento delle peculiari funzioni degli avvocati dipendenti di enti pubblici, ma anche quando a questi ultimi, pur operando quali dirigenti in posizione di staff a seguito della soppressione dell'avvocatura municipale, sia comunque garantita l'autonomia nell'esercizio dello "jus postulandi" e nelle fasi di impostazione, elaborazione e redazione delle consulenze in materia giuridica richieste dall'ente di appartenenza*».

<sup>17</sup> Non mancano difatti pronunce tese a dichiarare l'illegittimità della scelta perché in difetto di motivazione; si veda ad es. T.A.R. Sicilia - Catania, 3 maggio 2008 n. 726, in *Foro amm.* - TAR, 2008, 1485; T.A.R. Sicilia, sez. IV, 17 giugno 2005, n. 1029, in *Foro amm.* - TAR 2005, 2198; T.A.R. Molise, 25 gennaio 2002, n. 1, in *Foro amm.* - TAR, 2002, 194.

<sup>18</sup> Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2009 n. 6336, in *Foro amm.* - C.D.S., 2009, 2339.

apicale nella struttura dell'ente. In altre parole: i valori dell'autonomia e dell'indipendenza possono comunque essere garantiti anche a prescindere dalla collocazione dell'avvocatura in posizione apicale.

Le posizioni assunte dal supremo organo di giustizia siciliano sono di segno diverso; viene difatti accolta appieno la teoria dell'apicalità necessaria dell'avvocatura all'interno dell'assetto organizzativo di un ente pubblico. Nella parte motiva è espresso il riferimento alla necessità che l'avvocatura dell'ente (nel caso di specie si trattava di un Comune) operi in posizione autonoma ed equiordinata rispetto alle restanti strutture di massimo livello del Comune e operante in posizione di indipendenza da tutti i settori dell'ente stesso.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa affronta, poi, un altro problema, trascurato nella decisione del Consiglio di Stato che tuttavia appare pregno di rilevanza; quello relativo all'inquadramento del soggetto responsabile dell'ufficio legale il quale, si legge nella decisione, deve non soltanto essere collocato in posizione apicale – sì da scongiurare il rischio che semplici funzionari possano ambire a collocarsi al vertice di tale organo – ma deve essere altresì affrancato da ogni possibile subordinazione gerarchica nell'esercizio delle proprie competenze.

Questa soluzione, nonostante appaia ad un primo sguardo non conforme al dettato normativo in tema di organizzazione ed in particolare, alle previsioni dettate dall'ordinamento professionale forense, è meritevole di consenso.

Vanno infine segnalate le conclusioni raggiunte dalla recente sentenza del TAR Lazio, sez. III-*quater*, 5 gennaio 2010 n. 35, vertente sul ricorso proposto da alcuni avvocati appartenenti alle avvocature regionali dell'INAIL per l'annullamento di una deliberazione emessa dal consiglio di amministrazione dell'istituto con cui venivano fissate le linee guida del nuovo ordinamento delle strutture centrali e periferiche dell'organo, e di una seconda delibera con cui si è affermata la collocazione dell'avvocatura generale in posizione di *staff* tra il presidente del consiglio di amministrazione e il direttore generale<sup>19</sup>.

Ebbene, la decisione del TAR prendendo le mosse da un preventivo inquadramento delle competenze e della posizione dell'ufficio legale dell'ente pubblico, giunge alle medesime conclusioni cui parte della giurisprudenza<sup>20</sup> era già

---

<sup>19</sup> Del medesimo orientamento anche la recentissima sentenza del 30 aprile 2010 del T.A.R. Calabria, n. 458, con la quale il Collegio ha dichiarato legittima la Deliberazione di riordino organizzativo della Commissione Straordinaria di una ASL Provinciale che ricollocava il proprio ufficio legale in posizione di staff rispetto alla Direzione Generale della azienda medesima; tanto in considerazione della circostanza che il rispetto delle previsioni di cui all'art. 3 della legge sull'ordinamento forense fosse confermato dalla specificazione contenuta nella delibera di circoscrivere le competenze dell'ufficio legale alle sole questioni legali.

Tanto dunque basta per il Tribunale amministrativo a confermare l'autonomia dell'organo rispetto ad eventuali pressioni esterne.

<sup>20</sup> Cfr. Cass. IV, sez. un., 3 maggio 2005, n. 9096; Cons. naz. for., 29 maggio 2006, n. 37; T.A.R. Emilia Romagna - Parma, 20 dicembre 2001, n. 1049, in *Foro amm.* - TAR, 2001, 3251.

pervenuta: individuando, quindi, l'ufficio legale quale ufficio, dotato di autonomia propria, cui è affidata la trattazione delle cause e degli affari legali, compiti di consulenza e assistenza, giudiziale e stragiudiziale, in controversie coinvolgenti gli enti di appartenenza, con esclusione di tutte le attività c.d. di gestione.

Dalla normativa di riferimento, il TAR desume che la legge professionale forense non imponga al datore di lavoro pubblico di adottare una organizzazione degli uffici ove l'ufficio legale è necessariamente una struttura apicale.

Il TAR rimarca, tuttavia, che sarebbe illegittimo l'atto con cui l'amministrazione prevede di subordinare gerarchicamente l'avvocatura ad un dirigente di unità operativa, dato che la peculiarità dell'attività forense, per cui l'avvocato è libero di esercitare la difesa del proprio patrocinato, mal si presta ad essere inquadrata in una struttura di tipo gerarchico, che non garantisce l'autonomia del professionista<sup>21</sup>.

Nulla esclude, tuttavia, che una valutazione in concreto del quadro organizzativo possa portare a considerare egualmente rispettato il canone dell'autonomia anche a fronte di una organizzazione che inquadra l'ufficio legale in posizione di *staff* di organi istituzionali, della direzione generale, dei dirigenti responsabili delle strutture centrali e delle direzioni regionali<sup>22</sup>.

In conclusione, secondo tale interpretazione parrebbe possibile affermare che l'apicalità non è l'unica via in grado di conferire autonomia ed indipendenza agli avvocati pubblici, potendo invero l'autonomia essere realizzata anche qualora questi si collochino in posizione di *staff* rispetto alla direzione generale o ad altre strutture di vertice, secondo un rapporto di collaborazione che garantisce il perseguimento del principio buon andamento, oltre che di quello di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa.

---

<sup>21</sup> T.A.R. Lazio - Latina, sez. I, 30 marzo 2009, n. 255 in *Foro amm.* -, TAR, 2009, 786; T.A.R. Sardegna, sez. II, 14 gennaio 2008, n. 7, in *Foro amm.* - TAR, 2008, 291.

<sup>22</sup> Nonostante nel caso di specie le due deliberazioni fossero state annullate perché il particolare quadro che si era venuto a creare all'interno dell'istituto produceva l'effetto pratico del mancato rispetto dei principi di autonomia dell'avvocatura, viene dunque fissato un nuovo punto fermo per l'impostazione e risoluzione della problematica qui in esame.

*Rassegne*



## Rassegna della giurisprudenza del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia (marzo-settembre 2010)

di Paola Savona

SOMMARIO: 1. Principio di economicità dell'azione amministrativa. – 2. Annullamento “doveroso”. – 3. Acquisizione sanante. – 4. Permesso di soggiorno. – 5. Appalti. – 6. Termine del ricorso contro il silenzio.

### 1. *Principio di economicità dell'azione amministrativa*

La sentenza **n. 792 dell'1 giugno 2010** ha ad oggetto l'appello proposto dall'Assessorato BB CC AA contro la sentenza n. 1374 dell'8 luglio 2008, con cui il TAR Sicilia Catania ha annullato il provvedimento emesso dalla Soprintendenza di Messina, che, in risposta alla istanza di nulla osta per la costruzione di un rimessaggio di imbarcazione nell'isola di Lipari, aveva dichiarato il “non luogo a pronunciarsi” in considerazione dell'esistenza di un vincolo di inedificabilità assoluta nella zona che avrebbe comportato l'inutilità di qualsiasi pronunciamento nel merito del progetto.

Sosteneva il giudice di prime cure che, data la valenza urbanistica del vincolo di 150 mt. dalla battigia (ex. art. 5 l. r. n. 78/1976), la Soprintendenza, in quanto autorità preposta alla tutela del “paesaggio-ambiente” (e cioè di un interesse pubblico diverso da quello urbanistico), sarebbe stata tenuta sostanzialmente a ignorare tale divieto, esaminando l'istanza come se questo non esistesse.

Il CGA contesta la validità di questi argomenti, osservando come, di fronte ad un vincolo di inedificabilità assoluta *ex lege* la tesi della relatività della sua efficacia in relazione al soggetto pubblico che vi si imbatte, appaia estremamente artificiosa, nonché contraria a “quell'elementare principio di economicità dei mezzi giuridici che vale, in generale, per l'esercizio di qualsiasi attività amministrativa.” In tal modo infatti diversi apparati sarebbero costretti in molti casi a spendere inutilmente le proprie energie per un'attività giustificata esclusivamente da una finzione giuridica: il presupposto inesistente della realizzabilità del progetto.

Oltre a ciò, continua il Collegio, “sembra di potere asserire che nel vigente ordinamento non è più possibile considerare i diversi apparati pubblici e gli

interessi che rappresentano come impenetrabili e non comunicanti”. Ciò vale in particolare per il settore urbanistico- ambientale, dove le linee di demarcazione tra due discipline originariamente chiuse in se stesse si sono con il tempo attenuate tanto che oggi il legislatore ha coniato nuovi strumenti di pianificazione (i piani urbanistico-paesaggistici) con il compito di curare al contempo l’interesse urbanistico (al corretto assetto del territorio) e quello paesaggistico-ambientale (a carattere spiccatamente protezionistico).

Peraltro, concludono i giudici, per quanto riguarda l’ambiente costiero, l’anzidetta linea divisoriana si è attenuata ulteriormente, poiché, a partire della legge Galasso, tale habitat è stato gravato da vincolo paesistico *ex lege* in considerazione della sua delicatezza e fragilità. Sicché appare oggi discutibile se il vincolo dei 150 metri abbia solo una valenza urbanistica o, “come sembra più probabile”, urbanistico-ambientale.

Sulla base delle precedenti considerazioni, il CGA accoglie l’appello, per l’effetto annullando la sentenza impugnata.

Il principio di economicità è invocato anche nella sentenza **n. 887 dell’11 giugno 2010** con riferimento alla necessità di coordinamento delle competenze amministrative.

La complessa vicenda oggetto del giudizio vedeva coinvolti una società, che otteneva da un Comune le concessioni edilizie per la realizzazione di due capannoni su aree ricadenti nell’ambito di un’area di sviluppo industriale, e un Consorzio area di sviluppo industriale (ASI), che, nello stesso lasso di tempo, promuoveva un intervento finalizzato all’espropriazione delle stesse aree per impiantarvi, secondo quanto convenuto con un’altra società, un distretto destinato ad ospitare imprese operanti nell’*hi- tech*.

Gli atti di assenso del Comune all’intervento edilizio e gli atti del procedimento di espropriazione iniziato dall’ASI, reciprocamente incompatibili, venivano impugnati davanti al TAR Sicilia, che giudicava fondate le pretese della società e respingeva quelle dell’ASI.

Il Consorzio proponeva quindi appello denunciando l’illegittimità delle concessioni edilizie rilasciate alla società vittoriosa in prime cure, tra gli altri motivi, anche perché queste, pur avendo ad oggetto fondi ricadenti nell’ambito del comprensorio, erano state rilasciate senza sentire l’ASI.

Il CGA contesta l’affermazione del giudice di primo grado secondo cui il Comune non sarebbe stato tenuto ad acquisire il consenso del Consorzio o, quanto meno, a dargli tempestivo avviso del procedimento in corso, considerando che le regole del procedimento non sono solo quelle previste dalle leggi di settore, ma anche quelle che si ricavano dai fondamentali canoni costituzionali che governano l’azione amministrativa nonché i principi dettati in via generale dalla legge sul procedimento.

Ad avviso del Collegio, nella fattispecie vengono in rilievo sia il buon andamento di cui all’art. 97 Cost sia il principio di coordinamento delle competenze

amministrative desumibile dagli artt. 14 e ss. della legge n. 241 del 1990 in materia di conferenza di servizi. “L’esercizio di potestà autorizzatorie in materia edilizia, delle quali l’ente comune è indiscutibilmente il principale titolare, deve essere sempre ragionevolmente coordinato con la tutela di tutti gli interessi, pubblici e privati, che concorrono a definire lo statuto giuridico di una determinata area del territorio. Da ciò discende che, qualora alcuni di tali interessi siano istituzionalmente affidati alla gestione di una pubblica autorità, il comune precedente non può omettere di coinvolgere detta autorità nel procedimento, anche in assenza di tipizzazioni normative delle modalità di tale coinvolgimento”.

Affermano di conseguenza i giudici che, sebbene il dato positivo non imponga il ricorso alla conferenza di servizi, tuttavia non è ipotizzabile che il Comune possa astenersi dall’interpellare i consorzi ASI le cui attività pianificatorie incidono comunque sul governo del territorio. “In caso contrario il provvedimento conclusivo dovrebbe sicuramente ritenersi illegittimo per difetto di istruttoria e, in particolare, in mancanza di una prodromica selezione e valutazione di tutti gli interessi interferenti; risulterebbero inoltre vulnerati i principi di efficienza e di economicità dell’azione amministrativa”. Erroneamente dunque il Comune di Catania ha disatteso la prassi, seguita in precedenza, di interpellare l’ASI, che rispondeva ad un’evidente ragionevolezza.

Le superiori considerazioni non portano il giudice d’appello a cassare la sentenza impugnata, ma solo a correggere la sua parte motiva. Ciò in ragione della peculiarità della situazione concreta e di un diverso principio generale del diritto amministrativo, “il principio di conservazione delle illegittimità non invalidanti” che “preclude al giudice amministrativo di annullare un provvedimento sostanzialmente corrispondente al quadro giuridico di riferimento”.

Il mancato coinvolgimento dell’ASI nel procedimento di rilascio delle concessioni edilizie, pur in contrasto con i principi deducibili dall’art. 97 Cost, non determina pertanto l’annullamento delle stesse, poiché, secondo il CGA, risulta dimostrato che l’intervento proposto dalla società e assentito dal Comune era sostanzialmente conforme al Prasi, sicché, ove fosse stato regolarmente avvisato della pendenza del procedimento edilizio, comunque l’ASI non avrebbe potuto opporre alcun legittimo motivo ostativo al rilascio delle concessioni da parte del Comune.

## 2. *Annullamento “doveroso”*

Con nota del 20 dicembre 2004 l’Assessore regionale della cooperazione, del commercio, dell’artigianato e della pesca dichiarava di volere utilizzare la somma di 4.000.000 euro per ammettere al finanziamento le domande dei soggetti inseriti dal D.M 5 novembre 2004 nella graduatoria della Regione Siciliana, ma esclusi dal contributo per la limitata disponibilità delle risorse finanziarie.

Il dirigente generale, con decreto del 22 dicembre 2004, approvava la graduatoria, rinviando ad una successiva circolare la determinazione delle modalità di corresponsione dei contributi, sino alla concorrenza delle risorse disponibili.

L'8 novembre 2006, il Ministero delle Politiche agricole comunicava che la Commissione europea aveva espresso parere negativo sulla legittimità della procedura di finanziamento adottata dalla Regione Siciliana. L'Assessorato procedeva quindi all'annullamento in autotutela del decreto di approvazione della graduatoria, motivandolo con riferimento al parere negativo della Commissione europea e al regolamento CE 2369/02 che fissava al 31 dicembre 2004 il termine entro il quale potevano essere finanziate le nuove costruzioni.

Con sentenza n. 2048 del 2 ottobre 2007 il TAR Sicilia-Palermo, adito da una delle società incluse nella graduatoria annullata, respingeva il ricorso (rigettando la domanda di annullamento) ma prospettava alla ricorrente la possibilità di trovare ristoro al danno subito mediante la via del giudizio risarcitorio. Contro tale sentenza proponeva appello l'Amministrazione regionale, sostenendo che il provvedimento di autotutela dovesse considerarsi non soltanto conforme alla normativa vigente, ma addirittura dovuto alla stregua dell'obbligo di cooperazione gravante sulle pubbliche amministrazioni nazionali in forza dell'art. 10 del Trattato CE.

Il CGA, con sentenza n. **553 del 21 aprile 2010**, conferma la decisione resa dal TAR Sicilia escludendo che l'annullamento disposto dall'Amministrazione possa, come suggerito dall'amministrazione appellante, considerarsi doveroso.

Afferma il Collegio che i presupposti dell'annullamento d'ufficio indicati dall'art. 21- *nonies* della legge 241 del 1990 non vengono derogati quando il vizio di legittimità del provvedimento da rimuovere consista nella violazione del diritto comunitario. Ed infatti, osservano i giudici, anche nell'ordinamento comunitario, la sola illegittimità dell'atto non è elemento sufficiente per giustificare la sua rimozione in via amministrativa, in quanto è necessaria un'attenta ponderazione degli altri interessi coinvolti tra cui quello del destinatario che ha fatto affidamento sul provvedimento illegittimo. Secondo quanto affermato dalla Corte di giustizia CE (26 febbraio 1987 - C-15/85), la revoca di un atto illegittimo è consentita entro un termine ragionevole e se la Commissione ha adeguatamente tenuto conto della misura in cui il privato ha potuto eventualmente fare affidamento sulla legittimità dell'atto. Anche nella sentenza Kuehne, citata dall'appellante a sostegno delle proprie tesi difensive, il giudice comunitario, pur affermando che il giudicato formatosi su un'interpretazione ritenuta poi non conforme al diritto comunitario dalla stessa Corte di giustizia non costituisce limite al potere di autotutela, ha ribadito che il diritto comunitario non esige in via di principio il riesame di una decisione amministrativa definitiva, in quanto la certezza del diritto è inclusa tra i principi generali del diritto comunitario e il carattere definitivo di una decisione amministrativa contribuisce a tale certezza (Corte di Giustizia, 13 gennaio 2004, C-453/2000). Tale orientamento giurisprudenziale

ziale deve ritenersi valido, ad avviso del Collegio, anche con riferimento al regime degli aiuti comunitari.

L'amministrazione regionale, conclude il CGA, ha annullato il provvedimento di concessione dei contributi sulla base del parere negativo della Commissione europea, senza considerare che avrebbe potuto chiedere alla Commissione una proroga per l'erogazione degli stessi. Pertanto, considerato che l'Assessorato non poteva dirsi obbligato a revocare il finanziamento e che, al contrario, avrebbe potuto addivenire ad una diversa soluzione, il Collegio conferma la decisione del giudice di prime cure, condividendo la valutazione *“sulla riscontrata grave violazione dei principi di correttezza comportamentale gravanti su tutte le pubbliche Amministrazioni, soprattutto con riferimento all'esercizio dei poteri di autotutela ed alla conseguente lesione dell'affidamento incolpevole della ricorrente.”*

### 3. *Acquisizione sanante*

La sentenza **n. 558 del 21 aprile 2010** si segnala per un'interpretazione particolarmente ampia dell'istituto dell'acquisizione sanante disciplinato dall'art. 43 del D.P.R. n. 327 del 2001, recentemente dichiarato incostituzionale per eccesso di delega dalla Corte costituzionale nella **sentenza n. 293 dell'8 ottobre 2010**.

Oggetto del giudizio è il provvedimento di acquisizione al patrimonio indisponibile di un Comune di un castello sottoposto a vincolo ai sensi della legge n. 1089 del 1939, disposto in danno della società proprietaria in applicazione dell'art. 43 citato, a seguito di un procedimento di espropriazione annullato dal giudice amministrativo.

Il CGA conferma la decisione di primo grado, che ha ritenuto legittima l'acquisizione sanante, respingendo le censure dedotte dall'appellante.

In particolare, la società denunciava l'illegittimità del provvedimento di acquisizione per essere stato questo adottato dopo l'intervento di una pronuncia costitutiva del giudice amministrativo recante, in via definitiva, l'ordine rivolto all'Amministrazione di restituire l'immobile.

Il Collegio rileva come la giurisprudenza amministrativa abbia in diverse occasioni affermato il principio secondo il quale il potere di acquisizione in disamina incontra un limite insuperabile nel passaggio in giudicato della dichiarazione giurisdizionale del diritto dei proprietari alla restituzione dell'immobile. Tale principio, ritenuto dai giudici meritevole di conferma, non trova però applicazione, secondo la stessa giurisprudenza, nei casi in cui a) la condanna alla restituzione non sia ancora irrevocabile al momento dell'adozione del provvedimento di acquisizione, e b) l'obbligo di restituzione si presenti sospensivamente condizionato e la relativa condizione non si sia avverata.

Entrambe le evenienze si verificano, secondo il CGA, nel caso di specie. Ed infatti, quanto al primo aspetto, il Collegio rileva come, al momento dell'emissione del provvedimento di acquisizione, fosse ancora pendente un ricorso per Cassazione proposto dalla società originariamente proprietaria dell'immobile. In ordine al secondo profilo, i giudici osservano che la sentenza che accertò l'illegittimità della procedura espropriativa e condannò l'amministrazione alla restituzione del bene, sottopose il relativo obbligo del Comune appellato alla condizione sospensiva del pagamento da parte della proprietaria delle spese sopportate dall'ente civico relative ai lavori di ristrutturazione e restauro del castello, legittimamente eseguiti in danno della società proprietaria rimasta inerte. Tale condizione non si sarebbe mai verificata, non risultando che detti importi siano stati versati prima dell'atto di acquisizione.

Altresì infondati sono, ad avviso del Collegio, gli altri motivi di ricorso dedotti nell'atto di appello, relativi rispettivamente alla inapplicabilità dell'art. 43 ai beni culturali, alla sua applicabilità ai terreni piuttosto che ai fabbricati, alla asserita necessità di irreversibile trasformazione del bene acquisito.

Quanto al primo il Collegio, premesso che "l'acquisizione sanante può considerarsi un istituto di carattere generale avente la specifica finalità di far conseguire all'amministrazione un bene anche nel caso del mancato esito fruttuoso di procedure espropriative in precedenza svolte", non ravvisa alcun ostacolo all'applicabilità dell'istituto nelle ipotesi in cui la medesima esigenza acquisitiva venga in rilievo in rapporto ai beni culturali, in assenza di un esplicito divieto.

Le ultime due censure vengono invece confutate sulla base dell'argomento letterale. Da un lato, infatti il Collegio sottolinea come la norma utilizzi l'espressione "bene immobile", comprensiva sia dei terreni che dei fabbricati, dall'altro, rileva che questa richiede soltanto la modifica del bene nell'intento di evitare la definitiva perdita da parte dell'amministrazione di utilità connesse ai lavori realizzati con denaro pubblico sull'immobile oggetto di acquisizione. "Non occorre pertanto – concludono i giudici – ai fini dell'applicazione dell'art. 43, una rilevante modifica del bene e, tanto meno, la sua irreversibile trasformazione, ma unicamente l'esistenza di apprezzabili immutazioni, economicamente valutabili, realizzate in forza del correlativo impiego di fondi pubblici." Una modifica rilevante ai fini dell'art. 43 è rinvenibile nel caso di specie in cui l'intervento di restauro conservativo, realizzato dal Comune con risorse pubbliche ha comportato la valorizzazione del castello.

#### 4. *Permesso di soggiorno*

In tema di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno a cittadini non comunitari si segnalano diverse sentenze che affrontano, con soluzioni di segno opposto, la questione dell'ambito di efficacia temporale del comma 7 bis dell'art.

26, comma 7 bis del D. Lgs n. 286 del 1998 (introdotto dalla Legge n. 189 del 2002) ai sensi del quale il permesso di soggiorno non può essere rilasciato, e se rilasciato è revocato, a soggetti condannati con sentenza irrevocabile per i reati previsti dalla legge n. 633 del 1941 a tutela del diritto d'autore e dagli artt. 473 e 474 del codice penale

Nella decisione **n. 498 del 14 aprile 2010**, il CGA conferma la sentenza di prime cure che aveva giudicato legittimo il diniego di rinnovo di permesso di soggiorno di uno straniero condannato con sentenza irrevocabile per violazioni della legge sul diritto d'autore intervenute prima dell'entrata in vigore del comma 7 bis citato.

Osserva il Collegio che il divieto di retroattività della legge, pur costituendo "fondamentale valore di civiltà giuridica e principio generale dell'ordinamento cui il legislatore deve in linea di principio attenersi" non ha dignità costituzionale con eccezione delle leggi penali (art. 25 Cost.). Al di fuori della materia penale pertanto il legislatore può emanare norme con efficacia retroattiva purché ragionevoli e non in contrasto con valori costituzionali, tra i quali deve ritenersi compreso l'affidamento del cittadino nella certezza giuridica.

La condizione ostativa prevista dal comma 7 bis dell'art. 26 non è, secondo i giudici, inquadrabile tra le misure di natura penale, ma al più tra le misure di prevenzione e pertanto può applicarsi anche a fatti relativi ad un momento antecedente alla entrata in vigore della norma.

Peraltro, precisano i giudici, il principio di irretroattività non sarebbe invocato del tutto correttamente con riferimento ai limiti posti alla competente autorità al rilascio di permessi di soggiorno a cittadini extracomunitari ove includano tra le condizioni ostative situazioni che la normativa anteriore non considerava tali; "in tal caso, infatti, la nuova norma non opera retroattivamente, disponendo, al contrario, solo per il futuro, ancorché sulla base di una differente e nuova valutazione (discrezionale) di situazioni considerate nella loro attualità". Attuale sarebbe infatti, ad avviso del Collegio, la posizione del "condannato" per un determinato reato, e quindi la norma che considera la condanna penale quale fatto impeditivo del soggiorno dello straniero in Italia farebbe in ogni caso riferimento "ad una situazione di pericolosità in atto (quella del "condannato), rispetto all'interesse pubblico da essa disciplinato e tutelato."

Nella sentenza **n. 503 del 14 aprile 2010** lo stesso Collegio giudicante, nella medesima camera di consiglio (9 luglio 2009), confermando la sentenza di primo grado, giudica illegittimo un diniego di rinnovo di permesso di soggiorno motivato con riferimento a condanne subite tra il 1995 e il 1997 per violazione delle norme a tutela del diritto d'autore, perché "*ratione temporis* le stesse non possono costituire presupposto del contestato diniego, in quanto il relativo provvedimento è stato adottato con riferimento ad una normativa introdotta successivamente ai fatti contestati; normativa che, in applicazione dei principi di carattere generale in materia di efficacia nel tempo degli atti aventi forza di legge, non può disporre in relazione a fatti pregressi, se non espressamente previsto."

Gli argomenti sinteticamente espressi dal CGA a favore della irretroattività dell'art. 26 comma 7 bis vengono ripresi e approfonditi nella successiva sentenza **n. 519 del 14 aprile 2010** (decisa nella camera di Consiglio del 10 luglio 2009), relativa alla revoca di un permesso di soggiorno di uno straniero destinatario di due condanne per i reati previsti dal comma 7, emesse dopo l'entrata in vigore del comma 7 per fatti commessi in epoca antecedente al 2002.

Il TAR Sicilia aveva accolto il ricorso del titolare del permesso revocato, ritenendo che non fosse logico sanzionare con nuove conseguenze più restrittive e sostanzialmente afflittive, il comportamento di chi, al momento in cui lo poneva in essere, non poteva prevedere che nel futuro esso sarebbe divenuto causa di allontanamento dal territorio nazionale.

Il CGA conferma tale decisione con una motivazione che sembra quasi una *dissent opinion* alla prima delle decisioni esaminate. "Il Collegio – vi si legge – non ignora, ai fini del decidere, che una parte della giurisprudenza propende per la tesi restrittiva, secondo la quale la revoca del permesso di soggiorno non rappresenta un effetto penale ovvero una sanzione accessoria alla condanna, bensì un effetto di natura amministrativa che la legge fa discendere per determinati reati, quale indice sintomatico della pericolosità o, quantomeno della non meritevolezza, ai fini della permanenza in Italia, del comportamento dello straniero. Tuttavia il Collegio ritiene di dovere aderire a quella parte di giurisprudenza che propende per l'effettività delle garanzie apprestate dall'ordinamento a favore di chiunque e per la salvaguardia della coerenza del sistema giuridico nel suo complesso, che nel caso di specie consiste nella tutela della persona sotto il profilo dell'affidamento che gli individui ripongono nei principi generali dell'ordinamento."

Il comma 7, concludono i giudici, non consente alcun margine di discrezionalità all'amministrazione, in presenza dei requisiti previsti dall'art. 7. Il provvedimento impugnato, adottato in conseguenza delle due sentenze passate in giudicato, senza alcuna valutazione della presunta pericolosità sociale della persona, sarebbe stato del tutto legittimo, in quanto atto vincolato, qualora le condanne fossero state emesse in relazione a fatti commessi dopo l'entrata in vigore del comma 7 bis sopra richiamato. Nel caso in esame, invece, il Collegio ritiene che debba essere tutelato sia il principio di irretroattività delle leggi – dal momento che se è vero che il provvedimento impugnato non costituisce sanzione accessoria alla sentenza di condanna, è altrettanto vero che esso ha natura afflittiva e consegue automaticamente – sia quello di derivazione comunitaria di affidamento, e che pertanto non possa non considerarsi illegittima la revoca del permesso di soggiorno disposta dall'Amministrazione.

## 5. Appalti

In tema di contratti della P.A. si segnala la sentenza **n. 1153 del 6 settem-**

**bre 2010**, che esamina la questione della forma delle dichiarazioni circa il possesso dei cd. requisiti morali relativi a soggetti diversi dal dichiarante, in particolare della sufficienza della dichiarazione resa “*per quanto a nostra conoscenza*”.

Il Consiglio rileva come l’orientamento dallo stesso in precedenza espresso sia stato superato da recenti pronunce del Consiglio di Stato (per tutte Sez. V, 27 gennaio 2009, n. 375), secondo le quali la puntualizzazione “*per quanto a nostra conoscenza*” inserita in una dichiarazione sostitutiva, resa ai sensi dell’art. 47, comma 2, del D.P.R. n. 445 del 2000, relativa all’esistenza di condanne nei confronti di amministratori e direttori tecnici cessati dalla carica, rende del tutto priva di valore e *tam quam non esset* la dichiarazione rilasciata, venendo a mancare una vera e propria assunzione di responsabilità insita, invece, in tale tipo di dichiarazione ed alla base dell’affidamento che è chiamata a riporvi l’amministrazione.

Il Collegio dichiara di aderire a tale ultimo orientamento, precisando che, laddove un soggetto debba presentare dichiarazioni di terzi e invece le renda personalmente, considerata la sua impossibilità di accedere al Casellario giudiziale ed, in ogni caso, l’incompletezza delle relative certificazioni negli atti a richiesta dei privati, occorre distinguere in via generale il caso di persone legate ad aziende acquisite dal caso di persone che hanno avuto rapporti con l’offerente. Nel primo caso, le dichiarazioni eventualmente rese dall’offerente devono di norma essere complete e senza limitazione alcuna, dal momento che lo stesso, in sede di acquisizione di azienda o di ramo di azienda, era in grado di acquisire la documentazione completa sul punto. Nel secondo caso, invece, la dichiarazione “*per quanto a nostra conoscenza*” potrebbe essere ritenuta ammissibile solo nel caso in cui l’interessato dimostri la plausibile impossibilità di acquisire le dichiarazioni personali.

Sulla base delle precedenti considerazioni il CGA dichiara l’infondatezza dell’appello avverso una decisione del TAR che aveva ritenuto legittima l’esclusione di una impresa da una gara d’appalto per avere reso la dichiarazione con la formula “*per quanto a nostra conoscenza*”, con riferimento ad una ditta di cui aveva acquisito un ramo d’azienda.

#### 6. Termine del ricorso contro il silenzio

Una società presentava nel febbraio 2005 all’Assessorato del Territorio e dell’Ambiente un’istanza di V.I.A. in relazione ad un progetto di parco eolico. Dopo una prima integrazione documentale, su richiesta dell’amministrazione, nel dicembre 2006, produceva, di propria iniziativa, ulteriori documenti e in seguito, nel marzo 2008, diffidava l’ARTA ad esprimere entro il termine di sessanta giorni il giudizio di compatibilità ambientale.

Avverso la perdurante inerzia dell’amministrazione procedente, la società

proponeva nel settembre del 2008 ricorso al TAR Sicilia Palermo, accolto con sentenza del 22 maggio 2009 n. 957.

Tale pronuncia è annullata dal CGA con sentenza **n. 935 del 23 giugno 2010**, per violazione dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990.

Osserva il Collegio che, ai sensi del comma 5 di detta disposizione, divenuto comma 8 dopo la modifica introdotta dall'art. 7, co. 2 della legge n. 69 del 2009, *“il ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione... può essere proposto anche senza necessità di diffida dell'amministrazione inadempiente, fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai commi 2 e 3 del presente articolo... È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti.”*

Nel caso di specie, il termine di 150 giorni per la conclusione del procedimento decorreva dalla prima integrazione documentale e cioè dal dicembre 2006 non potendosi, secondo il CGA, riconoscere effetto sospensivo o interruttivo alla successiva produzione di documenti su iniziativa di parte. L'inadempimento dell'amministrazione poteva essere censurato a norma dell'art. 2 entro un anno dal momento in cui l'ARTA ha lasciato scadere il termine assegnato dalla legge.

Non è dubitabile, afferma il Collegio, che il termine annuale per ricorrere sia da considerarsi perentorio, data l'inequivocità della locuzione *“comunque non oltre”* usata dal legislatore e che, in ogni caso, le conseguenze a carico dell'interessato non sono molto gravose, avendo questi soltanto l'onere di reiterare l'istanza dopo un notevole lasso di tempo in cui tanto il richiedente, quanto l'amministrazione sono rimasti inerti.

Di analogo tenore è la **sentenza n. 1099 del 12 agosto 2010**, emessa dal C.G.A. in un caso simile di inerzia dell'ARTA a seguito di una richiesta di V.I.A., che conferma la decisione di prime cure, con cui era stato dichiarato inammissibile, per decadenza, il ricorso avverso il silenzio dell'Amministrazione regionale.

L'appellante sosteneva la tempestività del ricorso, affermando che il termine annuale, non decadenziale, dovesse comunque considerarsi interrotto in conseguenza, dapprima, di una nuova istanza presentata dallo stesso che, subentrato alla società originariamente richiedente per cessione del ramo di azienda, aveva chiesto la voltura, a suo nome, dei nulla osta e delle autorizzazioni rilasciate alla dante causa, e, successivamente, di un atto di diffida ad adempiere tempestivamente notificato all'Amministrazione.

Secondo il CGA, ai termini *“istanza”* e *“diffida”* contenuti nel nuovo testo dell'art. 2, comma 8, devono essere attribuiti *“significati propri e differenziati quanto ad oggetto, causa ed effetti”*. La prima è un atto di iniziativa con il quale si richiede all'amministrazione un provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica e deve contenere in sé tutti gli elementi sui quali l'amministrazione deve fondare le proprie determinazioni, mentre la seconda è una mera sollecitazione alla conclusione del procedimento che non introduce nulla di nuovo rispetto al contenuto dell'istanza.

Nell'attuale disciplina del procedimento amministrativo, osservano i giudici, affinché si configuri per l'amministrazione l'obbligo di provvedere, non si richiede più l'intermediazione della diffida, perché tale obbligo nasce contestualmente all'istanza presentata dal cittadino. Il silenzio serbato dall'amministrazione oltre il termine previsto "si colora di per sé di un puntuale significato giuridico ('inadempimento')" senza che vi sia necessità di mettere in mora l'Amministrazione, affinché possa essere esperita l'azione a tutela dell'interesse del richiedente a conseguire una determinazione esplicita sulla propria istanza.

Dal disegno unitario perseguito dal legislatore con la disciplina sul silenzio si ricava, secondo il Collegio, che non soltanto l'azione disciplinata dall'art. 21 bis Legge n. 1034 del 1974, non richiede diffide all'amministrazione, ma che neppure le consente con effetto interruttivo del termine per ricorrere.

Osserva il CGA che l'apposizione del termine annuale "non risponde, come ritenuto dall'appellante, alla finalità di fare corrispondere la tutela giurisdizionale alla effettività ed attualità dell'interesse sostanziale del richiedente (propria del regime delle prescrizioni), ma a quella differente (connaturata al regime delle decadenze), che una particolare e speciale facoltà venga esercitata entro un determinato periodo di tempo e non oltre". Soluzione questa, giudicata dal Collegio, pienamente aderente al sistema "che vede nella disciplina del 'silenzio' una pesante soggezione dell'Amministrazione al controllo giurisdizionale che non può essere fatta perdurare indefinitamente, ogni qual volta piaccia all'amministrato di interrompere i termini, mediante la proposizione di apposite diffide, o atti interruttivi di qual si voglia genere".

Il Collegio ritiene pertanto di dover concludere per la natura decadenziale del termine di cui all'art. 2, ribadendo che questo non è suscettibile di interruzioni, per effetto di atti integrativi o diffide da parte del richiedente.



## Rassegna della giurisprudenza del Consiglio di Stato. Speciale in tema di urgenza nei contratti pubblici

di Salvatore Dettori

SOMMARIO: 1. Le ragioni dell'urgenza nella procedura negoziata. - 2. L'urgenza quale presupposto per la riduzione dei termini di ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte di gara. - 3. Urgenza e responsabilità della stazione appaltante.

Nella materia dei contratti pubblici l'urgenza costituisce un elemento che determina la produzione di specifiche e rilevanti conseguenze giuridiche. In particolare il Codice degli appalti pubblici, D. Lgs. n. 163 del 2006, riconduce alle ragioni di urgenza prospettate dalle stazioni appaltanti la semplificazione e lo snellimento delle procedure di gara, fino alla possibilità di contrattare direttamente con i soggetti ritenuti dall'amministrazione più idonei a fornire il bene o il servizio richiesto.

### 1. *Le ragioni dell'urgenza nella procedura negoziata*

Il giudice amministrativo ha avuto spesso occasione di pronunciarsi in merito alle ragioni di urgenza addotte dalle stazioni appaltanti a giustificazione del ricorso alla procedura negoziata. Su tale tema merita attenzione **Cons. St., sez. V, 10 settembre 2009, n. 5426**, che prende le mosse dall'indizione da parte di un Comune di una gara, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, per l'affidamento dei lavori di riqualificazione ambientale, recupero e consolidamento a mezzo di infrastrutturazione stradale di una determinata area comunale.

La suddetta gara era stata indetta ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett c), del D. Lgs. n. 163 del 2006: tale norma, come è noto, consente il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non sia compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara ed a condizione che le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non siano imputabili alle stazioni appaltanti.

Il TAR Molise, adito da una società operante nel settore a cui si riferiva l'appalto, annullava la deliberazione comunale di indizione della procedura, affermando la mancanza dei presupposti di legge per ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando. Sostiene infatti il giudice amministrativo di primo grado che nel caso di specie l'urgenza di provvedere era stata determinata esclusivamente da ritardi imputabili alla stessa amministrazione: da ciò l'annullamento della procedura di gara ed il conseguente diritto al risarcimento del danno per perdita di *chance* in capo alla società ricorrente.

Il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi a seguito dell'appello proposto dall'amministrazione, evidenzia innanzitutto come il ricorso alla procedura di cui all'art. 57, comma 2, lett. c), sia consentito purché nella delibera o nella determina a contrarre si dia adeguata motivazione dell'esistenza delle circostanze previste nella suddetta norma.

Evidenzia infatti il giudice amministrativo come la procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara si sostanzia in una vera e propria trattativa privata, che rappresenta un'eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorsualità tipica della procedura aperta. Ciò implica due importanti conseguenze: a) che i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità debbano essere accertati con il massimo rigore; b) che tali presupposti non siano suscettibili di interpretazione estensiva.

In particolare, con riferimento al requisito dell'urgenza di provvedere, quale presupposto legittimamente il ricorso alla procedura negoziata, nella pronuncia in esame viene ricordato come la giurisprudenza abbia più volte chiarito che tale requisito non deve essere addebitabile in alcun modo all'amministrazione per carenza di adeguata organizzazione o programmazione (**Cons. St., sez. V, 11 maggio 2009, n. 2882**) ovvero per sua inerzia o responsabilità (**Cons. St., sez. V, 27 ottobre 2005, n. 5996**).

Ciò posto, a parere del Consiglio di Stato la sentenza impugnata non merita censure, avendo evidenziato la mancata indicazione di eventi oggettivamente imprevedibili tali da potere giustificare il ricorso alla procedura negoziata senza bando, rilevando per contro come il ricorso alla suddetta procedura sia stato addebitabile esclusivamente alla lentezza (ed alla farraginosità) dell'azione amministrativa.

Sottolinea infatti il giudice amministrativo come dall'esame del provvedimento impugnato emerga che tra il ricevimento ufficiale del decreto di finanziamento e l'affidamento dell'incarico della progettazione esecutiva per la realizzazione dei lavori oggetto dell'appalto sia decorso un lasso di tempo (49 giorni) tale da non giustificare il ricorso alla procedura di cui all'art. 57, comma 2, lett. c). Né può condividersi, sempre secondo il Consiglio di Stato, quanto affermato dall'amministrazione a giustificazione della propria lentezza burocratica, ossia la ricorrenza del periodo feriale e dunque la minore operatività degli uffici: tale circostanza non è ritenuta infatti dal giudice amministrativo fatto imprevedibile, idoneo a legittimare l'utilizzo di un sistema eccezionale di scelta del contraente.

Seppure incidentalmente, la giurisprudenza chiarisce la portata del presupposto dell'urgenza anche giudicando in merito a fattispecie che non immediatamente risultano riconducibili all'ipotesi di cui all'art. 57, comma 2, lett. c), del Codice degli appalti.

A tal proposito merita interesse la vicenda di cui **Cons. St., sez. V, 11 maggio 2009, n. 2882**, che riguarda l'appalto del magazzino farmaceutico destinato a servire sia un'Azienda U.s.l., sia un'Azienda Ospedaliera. A distanza di due anni dall'indizione della procedura concorsuale la stazione appaltante comunica che l'appalto è stato revocato e che è stata disposta la proroga dei rapporti già esistenti. Revoca dell'appalto e proroga dei rapporti scaduti vengono impugnati davanti al TAR Veneto.

La stazione appaltante, per un verso, nega che le proroghe disposte possano essere qualificate alla stregua di rinnovi, in quanto si tratta di atti volti a consentire precariamente, in pendenza della gara, la prosecuzione di un servizio non eludibile.

Va altresì detto che in corso di causa la stazione appaltante approvava uno studio di fattibilità per la realizzazione di un unico magazzino esterno interaziendale, con contestuale, ennesima proroga del pregresso (e scaduto) rapporto.

Il TAR adito riteneva illegittime le proroghe disposte in parallelo alla gara poi revocata, inquadrando *“nel contesto del complessivo comportamento tenuto dalla stazione appaltante”*, che, fin dal bando, non si è mostrata convinta di volere davvero procedere all'affidamento all'esterno del magazzino. Il TAR accordava altresì il risarcimento del danno.

La sentenza del TAR Veneto viene appellata dall'amministrazione sanitaria, sulla base di una serie di motivi. Per quanto di interesse in questa Rassegna, la stazione appaltante censura l'intervenuto annullamento delle proroghe dei rapporti pregressi, sostenendo che, nella presente fattispecie non si può parlare di rinnovo poiché quelle disposte non sarebbero che *“mera proroga tecnica dei contratti in essere”*. D'altronde, anche a voler ragionare alla stregua del paradigma del rinnovo, la fattispecie sarebbe legittima alla luce dell'art. 57, lett. b), del codice dei contratti. Aggiunge che quella seguita sarebbe una strada obbligata posto che sussisteva l'obiettiva necessità di garantire un servizio pubblico essenziale.

Su tale questione il Consiglio di Stato ribadisce l'illegittimità della proroga dei rapporti già in essere per l'esecuzione dei servizi messi a gara, posto che una volta espunta dall'ordinamento la disposizione che, a determinate condizioni, consentiva il rinnovo espresso dei contratti, il sistema non prevede infatti altra via che quella del reperimento del contraente secondo le regole dell'evidenza pubblica.

Secondo il giudice amministrativo, ciò comporta, a livello ermeneutico, un vincolo in sede di interpretazione di ogni altro strumento o disposizione che possano, in linea teorica, raggiungere un effetto sostanzialmente identico a quello del rinnovo: in tal senso la stessa logica che presiede al divieto di rinnovo

esclude che ad un effetto simile (ed altrettanto pregiudizievole per il principio di concorrenza) possa legittimamente pervenirsi attraverso la proroga dei rapporti già in essere.

Questa è oggi teorizzabile, ancorandola al principio di continuità dell'azione amministrativa, nei soli, limitati ed eccezionali, casi in cui (per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'amministrazione) vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente.

Nel caso di specie, sostiene ancora il Consiglio di Stato, ciò che si vorrebbe qualificare come mera proroga tecnica coincide invece con la fenomenica del rinnovo, in quanto la stazione appaltante ha posto in essere una indeterminata prosecuzione dei precedenti rapporti. Su tale base non risulta dunque condivisibile il richiamo alla disposizione di cui all'art. 57 del Codice dei contratti, posto che, a detta del giudice amministrativo, la stessa non solo va interpretata in senso restrittivo, ma soprattutto si riferisce alla ripetizione di servizi analoghi, ossia ad un istituto profondamente distinto dal rinnovo.

Tanto detto viene altresì evidenziato come l'art. 57 non sia indifferenziatamente applicabile a tutte le ipotesi in cui si tratti della "ripetizione di servizi analoghi", ma solo a quelle ipotesi ove si configurino "nuovi servizi", ossia servizi la cui esecuzione, al momento della indizione della gara originaria, è presa in considerazione solo a livello di mera eventualità.

Tale ipotesi, a parere del Consiglio di Stato, non ricorre nel caso di specie, nel quale l'esigenza di disporre di un servizio di magazzino era comunque certamente presente alla stazione appaltante al momento della stipula del contratto originario.

Tanto ricordato, il giudice amministrativo si sofferma su un ulteriore aspetto della vicenda, particolarmente interessante in questa Rassegna, ossia quello relativo a quanto sostenuto dall'amministrazione in merito al fatto che quella seguita – la proroga tecnica – fosse una strada obbligata per assicurare l'espletamento di servizi essenziali.

Al fine di contestare anche tale affermazione il giudice dell'appello ricorre alla disposizione normativa di cui all'art. 57, secondo comma, lett. c), che consente in caso di urgenza di avvalersi della procedura negoziata senza bando. Sulla base di tale disposizione, ritenuta dal Consiglio di Stato applicabile alla fattispecie in esame posto il suo carattere ricognitivo, viene infatti sostenuto che se le circostanze di estrema urgenza adducibili a giustificazione di una procedura negoziata senza gara non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti, un'amministrazione che non si dia un'adeguata programmazione e non decida per tempo come sostituire alla scadenza un rapporto di appalto, non sarà autorizzata a procedere a trattativa privata.

Sulla questione degli elementi caratterizzanti l'urgenza nelle procedure negoziate merita ancora attenzione **Cons. St., sez. VI, 04 agosto 2009, n. 4896**.

In vista della scadenza delle polizze assicurative in corso – per responsabi-

lità dei dipendenti, per responsabilità civile verso terzi (RCT) e responsabilità civile verso prestatori di lavoro (RCO), per RCA e per infortunio del conducente – un Comune indiceva una gara in tre lotti per la copertura assicurativa dei suddetti rischi al prezzo più basso.

La procedura veniva sospesa dal Presidente di gara perché risultava che gli importi offerti per i singoli lotti superavano l'importo base complessivo presunto. La stazione appaltante peraltro, non ritenendo congrue le offerte pervenute, decideva in un primo momento di procedere a trattativa privata previa convocazione delle imprese partecipanti e di altre compagnie; successivamente però non poneva in essere la trattativa privata, annullava l'intera procedura ed indiceva una nuova gara.

Inoltre, vista la scadenza delle polizze in essere, l'amministrazione procedeva alla proroga dei contratti in corso per tre mesi. Accadeva però che per uno dei tre lotti il Comune non ottenesse la disponibilità alla proroga, per cui, dopo avere interpellato varie agenzie, accendeva una nuova polizza RCA con una di esse, per la durata di un anno.

Per i due restanti lotti veniva indetta la nuova gara, che peraltro veniva aggiudicata per solo un lotto. Avverso tale aggiudicazione la seconda graduata proponeva ricorso al TAR Campania.

Il giudice di prime cure accoglieva il ricorso, osservando che, posta la generale facoltà della stazione appaltante di rimodulare in autotutela i termini della *lex specialis*, tale rimodulazione debba tenere conto per un verso, dei principi di trasparenza, di ragionevolezza e di proporzionalità che impongono di selezionare, tra le varie forme di autotutela, quella meno pregiudizievole per gli interessati; e per altro verso, dei principi di coerenza, efficienza ed economicità, i quali impongono di tutelare l'interesse pubblico alla massimizzazione del risultato a fronte delle risorse disponibili.

L'amministrazione, ad avviso del giudice, non avrebbe osservato tali principi e non avrebbe motivato in ordine sia alla mancata conclusione dell'originaria gara, sia alla circostanza per cui non si era dato seguito alla trattativa privata.

Il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi dal Comune, ne accoglie l'appello. A parere del giudice amministrativo infatti gli atti con i quali l'amministrazione ha prima indetto una gara per l'affidamento triennale dei servizi assicurativi di proprio interesse, poi ha deliberato di indire una trattativa privata, che in realtà non si è mai svolta, e infine ha annullato i precedenti atti e indetto una seconda gara, rientrano nella facoltà della stazione appaltante di rimodulare in autotutela i termini della *lex specialis* per motivate ragioni di interesse pubblico, tra le quali si annoverano, come nel caso di specie, le esigenze di bilancio. In tale prospettiva la rinnovazione della procedura risulta legittima quando non si siano consolidate le posizioni degli originari concorrenti.

Tanto premesso, in questa Rassegna risulta di particolare interesse la circostanza per cui, nell'indire la nuova gara, il Comune ha stralciato uno dei lotti,

avendo constatato che non era stato possibile, nelle more dello svolgimento della gara, ottenere la proroga di tre mesi del contratto in corso per l'indisponibilità dell'impresa assicuratrice e, nell'intento di scongiurare la paralisi dei servizi comunali, ha stipulato per motivi di indifferibile urgenza la relativa polizza per un anno, contestualmente disponendo l'indizione di apposita gara da esperirsi in tempo utile per l'aggiudicazione in relazione alla scadenza del termine del contratto di assicurazione.

Sul punto è infatti interessante evidenziare la posizione assunta dal Consiglio di Stato, secondo cui il comportamento posto in essere dal Comune non può essere considerato illegittimo: per un verso infatti, come ricordato, l'ente locale ha sempre la facoltà di modulare il contenuto della gara in relazione alle proprie necessità; per altro verso, le improrogabili urgenze che hanno costretto l'amministrazione a differire di un anno la procedura selettiva per uno dei tre lotti originari non ledono le posizioni degli aspiranti alla gara che vantano a fronte di ciò solo un interesse di fatto.

La pronuncia in esame pone dunque l'accento su un peculiare aspetto del presupposto dell'urgenza nella materia degli appalti. Tale aspetto è dato dal rapporto tra l'urgenza, e dunque tra le conseguenze a tale elemento riconducibili in termini di scelte decisionali della stazione appaltante, e le situazioni giuridiche soggettive intercettate da tali scelte. In particolare risulta interessante notare come il Consiglio di Stato qualifichi le posizioni degli aspiranti alla gara alla stregua di un mero interesse di fatto, come tale in suscettibile di protezione a livello giurisdizionale.

Sempre in tema di individuazione dei caratteri propri dell'urgenza nella materia degli appalti, si segnala **Cons. St., sez. VI, 16 ottobre 2008, n. 5023**, a proposito di una gara per la fornitura a trattativa privata di un ingente quantitativo di guanti, destinati a completare il corredo invernale del personale della Polizia di Stato. Il provvedimento di approvazione del contratto veniva annullato dal TAR Lazio.

Il Ministero dell'Interno e l'affidatario della fornitura proponevano appello. La questione principale risultava quella di verificare la legittimità del ricorso da parte della stazione appaltante alla procedura di cui all'art. 57, comma 2, lett. c), del Codice degli appalti.

In particolare, si discuteva se nel caso di specie dovesse ravvisarsi il presupposto dell'urgenza di provvedere, sulla cui base la stazione appaltante ha affermato la propria legittimazione a ricorrere alla procedura negoziata.

Sulla questione il Consiglio di Stato conferma, seppure con una serie di precisazioni, quanto statuito dal giudice amministrativo di prime cure, il quale aveva ritenuto non adeguatamente dimostrata l'esistenza del presupposto dell'urgenza.

Viene innanzitutto riconosciuta l'esigenza in capo all'amministrazione di acquisire il materiale di cui si tratta (guanti) nei tempi ristretti necessari per la

sua consegna ai poliziotti prima dell'inizio della stagione fredda. Allo stesso modo, viene riconosciuto che l'urgenza non era, quanto meno integralmente, imputabile alla stazione appaltante. Quest'ultima aveva infatti a suo tempo indetto la gara per l'acquisizione della fornitura di cui ora si discute, ma il prodotto proposto dall'impresa aggiudicataria non aveva superato il collaudo.

Tanto detto, il giudice amministrativo evidenzia però che nel caso di specie l'opzione di procedere mediante trattativa privata non era l'unica a disposizione dell'amministrazione, la quale avrebbe potuto anche procedere con procedura ristretta accelerata. In tale situazione, laddove si presenti l'urgenza di provvedere, il Consiglio di Stato non nega dunque che l'amministrazione abbia il potere di scegliere il contraente mediante ricorso alla procedura negoziata. Tale scelta non può peraltro essere ritenuta automatica e deve essere ponderata con i rischi per la spesa pubblica ed anche per la qualità della prestazione richiesta, tanto più, secondo il giudice amministrativo, quando la concorrenza risulti fortemente limitata ovvero, come nel caso di specie, sostanzialmente annullata.

Nella vicenda in esame il Consiglio di Stato ha dunque ritenuto che la stazione appaltante non avesse adeguatamente giustificato la decisione di affidare la fornitura mediante la procedura negoziata senza bando, pur essendo a conoscenza della possibilità di estendere il confronto concorrenziale ad altre imprese: la società appellata aveva infatti chiesto di essere invitata a presentare offerta, richiesta respinta senza motivazione.

Sull'applicazione del presupposto dell'urgenza alla concessione di pubblici servizi si sofferma **Cons. St., Sez. V, Sent. 21 settembre 2010, n. 7024**.

Un Comune affidava a trattativa privata la progettazione e costruzione della rete urbana di gas e la gestione del servizio di distribuzione dello stesso per la durata di 30 anni. Nella perdurante vigenza della relativa convenzione il medesimo Comune, quale ente capo fila di un organismo di bacino, indiceva un avviso pubblico di *project financing* per la scelta del promotore per la progettazione, realizzazione e gestione di distribuzione del gas nell'organismo di bacino in questione. La società originariamente affidataria ricorreva dinanzi al TAR Sardegna, che annullava l'avviso impugnato nella parte riguardante il territorio del Comune.

Il Comune proponeva appello e disponeva altresì l'annullamento in via di autotutela della deliberazione di affidamento a trattativa privata dell'originaria concessione, con contestuale dichiarazione di inefficacia della convenzione stipulata.

Avverso tale provvedimento di autotutela, l'affidataria adiva il TAR, che decideva con sentenza in forma semplificata, dichiarando l'inammissibilità del ricorso in ragione della invalidità della procura speciale.

Anche tale decisione veniva appellata dinanzi al Consiglio di Stato.

Sulla questione, il giudice amministrativo di appello sostiene le ragioni dell'amministrazione comunale, evidenziando una serie di circostanze: a) la società

non poteva vantare alcun concreto affidamento in ordine alla esecuzione della convenzione a suo tempo stipulata con il Comune, in quanto l'atto di concessione del servizio relativo alla rete gas nel Comune non ha mai avuto alcun seguito: a distanza di oltre quindici anni dalla stipulazione della convenzione, non era infatti stato dato ancora avvio ad alcuna attività esecutiva, ovvero a uno studio di fattibilità; b) il Comune ha adottato i provvedimenti impugnati, in attuazione degli obblighi imposti dalla Regione Sardegna nell'ambito delle iniziative di avviamento del processo di metanizzazione del territorio regionale; c) tali obblighi, tra l'altro, precludevano la possibilità di realizzare reti per Comuni singoli.

A parere del Consiglio di Stato, dunque, la scelta del Comune e l'adeguatezza della relativa motivazione deve essere valutata non in astratto, sulla base del mero lasso di tempo trascorso dalla stipulazione della convenzione, ma in concreto, in relazione alla richiamate circostanze.

Di particolare interesse risulta peraltro quanto affermato dal giudice amministrativo con riferimento all'affidamento originario operato dal Comune.

Sul punto il Consiglio di Stato sostiene infatti che, in ogni caso, l'affidamento diretto alla società della concessione in questione ben poteva essere annullato dall'amministrazione in ragione dell'accertata esigenza di ripristinare la legalità. Viene a tal proposito evidenziato come sia pacifico che in tema di affidamento di servizi pubblici di rilevanza comunitaria, mediante concessione, i principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, nonché quelli che governano la materia dei contratti pubblici, impongano alle amministrazioni di procedere salvaguardando la pubblicità degli affidamenti e la non discriminazione delle imprese, mediante l'utilizzo di procedure competitive selettive.

Per contro, le "circostanze speciali" che consentono il ricorso alla trattativa privata non possono essere circostanze connesse ad una presunta maggiore convenienza tecnico-economica dell'intervento proposto. Anche nel caso di concessione di pubblici servizi, il ricorso alla trattativa privata deve dunque ritenersi circoscritto ai casi di impossibilità di procedere con pubbliche gare in ragione dell'estrema urgenza, ovvero della sussistenza di presupposti d'ordine tecnico tali da impedire, se non al prezzo di costi sproporzionati, la ricerca di altre soluzioni basate sul previo confronto concorrenziale.

## 2. *L'urgenza quale presupposto per la riduzione dei termini di ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte di gara*

Sul tema della derogabilità dei termini di ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte di gara merita attenzione **Cons. St., sez. V, 25 agosto 2009, n. 5038**.

La controversia riguarda una procedura aperta, in un unico lotto, per la fornitura di provette sottovuoto e di un sistema di controllo della qualità del

laboratorio di analisi, nonché di arredi, da destinare al nuovo centro prelievi di un'Azienda Ospedaliera Universitaria.

Il bando e gli altri atti della procedura venivano impugnati al TAR della Liguria da una società che censurava una serie di previsioni in essi contenute: in particolare la ricorrente affermava che la previsione di un unico lotto comprendente beni eterogenei ed il divieto di subappalto e di costituzione di associazioni temporanee di imprese orizzontali le impedissero di fatto la possibilità di presentare un'offerta valida.

In pendenza di ricorso l'Azienda Ospedaliera provvedeva a modificare la *lex specialis* di gara, consentendo il subappalto e la partecipazione di ATI orizzontali, e riformulava la griglia di valutazione delle offerte, modificandone i punteggi.

Conseguentemente il ricorso veniva dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

L'amministrazione pubblicava quindi le modificazioni della *lex specialis* sulla GURI e sulla GUCE, fissando un nuovo termine per la presentazione delle offerte.

La società di cui si è detto, successivamente esclusa dalla gara per insufficienza dell'offerta, censurava il nuovo procedimento ancora dinanzi al TAR della Liguria per una serie di motivi, tra i quali, per quanto di interesse in questa Rassegna, l'inosservanza del termine minimo di 52 giorni che l'art. 70 del D. Lgs. n. 163 del 2006 prescrive debba intercorrere tra la data di pubblicazione del bando e la data di presentazione delle offerte.

Il giudice amministrativo di prime cure non accoglieva però tale censura, non riscontrando nell'azione svolta dalla stazione appaltante, i presupposti cui ancorare la rettifica sostanziale del bando cui è collegata l'applicazione del termine minimo previsto dall'art. 70, comma 2, del Codice degli appalti. A detta del TAR Liguria infatti nel caso di specie non era configurabile una vera e propria rettifica della *lex specialis*, ma un'ipotesi di informazione complementare, insuscettibile, come tale, di influire sui termini di presentazione delle offerte. A tale conclusione il giudice amministrativo giunge sia in quanto le suddette modifiche – volte a consentire il subappalto e la partecipazione delle ATI orizzontali – erano implicitamente contenute nel bando, posta la previsione degli artt. 118 e 37 del Codice degli appalti; sia perché la società ricorrente non aveva comunque dimostrato che il termine previsto dall'art. 70 del medesimo Codice le avrebbe consentito in concreto di ricorrere al subappalto o di partecipare ad ATI orizzontali.

Il Consiglio di Stato è invece di avviso differente. A parere del giudice amministrativo di appello infatti sia la clausola volta ad escludere il subappalto sia quella volta ad escludere le ATI orizzontali si configurano quali clausole funzionali alla realizzazione dell'assetto di interessi perseguito dalla stazione appaltante e come tali essenziali per la futura sistemazione dei rapporti con l'aggiudicatario. A prescindere dalla circostanza che la modificazione della *lex*

*specialis* ha investito anche la griglia dei sub criteri di valutazione in precedenza indicata, sarebbe perciò da escludere la possibilità di assimilare le anzidette modifiche a precisazioni meramente formali non incidenti sull'assetto sostanziale degli interessi coinvolti nella procedura di gara perché di solo completamento di documenti o dichiarazioni già atti oppure di chiarificazione e di incertezze o equivoci generati dalla ambiguità delle clausole del bando.

Dalle riportate argomentazioni il giudice amministrativo deduce che la stazione appaltante abbia in realtà operato una vera e propria rinnovazione della *lex specialis* di gara, per cui la riapertura del procedimento avrebbe comportato l'obbligo di osservare il termine per la ricezione delle offerte, che a norma dell'art. 70 del D. Lgs. n. 163 del 2006 non può essere inferiore a 52 giorni decorrenti dalla data di trasmissione del bando di gara.

Afferma a tal proposito il Consiglio di Stato come con la determinazione dell'arco temporale che deve intercorrere tra la pubblicazione degli atti di gara e la ricezione delle domande, il legislatore abbia inteso porre a carico delle stazioni appaltanti la prova della particolare urgenza o dell'esistenza di particolari condizioni che potrebbero, in astratto, giustificare una deroga all'esigenza del rispetto dei tempi ordinari di legge.

Nel caso di specie però tale prova non emerge né dalla motivazione dell'atto con cui l'amministrazione ha provveduto alle modifiche della *lex specialis* né dal successivo avviso di rettifica.

Va peraltro ricordato che l'art. 70, comma 11, del Codice degli appalti, prevede espressamente la possibilità di riduzione dei termini minimi per la presentazione delle offerte in caso di urgenza solo nelle procedure ristrette ed in quelle negoziate.

### 3. *Urgenza e responsabilità della stazione appaltante*

Particolare attenzione merita **Cons. St., sez. V, 07 settembre 2009, n. 5245**, con riferimento ai profili di responsabilità della stazione appaltante per avere indetto una procedura negoziata in presenza di un'asserita urgenza.

La vicenda muove dalla gara indetta da un'Azienda USL per la fornitura del servizio di diagnostica strumentale a mezzo di mammografo mobile per lo *screening* relativo alla prevenzione delle principali patologie oncologiche femminili; la procedura veniva espressamente qualificata come urgente ai sensi dell'art. 10, comma 8, del D. Lgs. n. 157 del 1957. Alla gara partecipava solo una società a cui la gara veniva aggiudicata.

L'amministrazione, dopo aver invitato l'aggiudicataria a voler soprassedere all'organizzazione del servizio in questione in attesa di una più compiuta valutazione sulla vasta problematica connessa allo svolgimento dello stesso, revocava l'aggiudicazione, sulla scorta di una serie di considerazioni: a) la ne-

cessità di lanciare una preventiva campagna pubblicitaria; b) la necessità di individuare una struttura altamente specializzata dove poter indirizzare le pazienti segnalate all'esito dello *screening*; c) la necessità di svolgere un'indagine di fattibilità del servizio; d) impossibilità di affrontare le spese connesse al servizio.

La società aggiudicataria impugnava il provvedimento di annullamento, chiedendo la condanna della stazione appaltante al risarcimento dei danni subiti.

Il TAR Puglia, chiamato a pronunciarsi, per quanto di interesse in questa Rassegna respingeva la domanda di annullamento del provvedimento di autotutela, nonché la domanda di risarcimento del danno da inadempimento contrattuale, mentre accoglieva la domanda di risarcimento del danno precontrattuale ai sensi dell'art. 1337 c.c., accertando in concreto la negligenza inexcusabile della stazione appaltante.

La Asl proponeva appello, sostenendo, tra i motivi, la violazione dell'art. 1337 c.c., posto che il recesso dalle trattative sarebbe fonte di responsabilità solo quando sia immotivato e privo di appropriate giustificazioni, circostanze queste non ricorrenti nel caso di specie.

Il Consiglio di Stato, nel respingere l'appello, evidenzia in particolare come l'oggetto del sindacato del giudice ai fini della configurabilità della responsabilità precontrattuale non sia la legittimità dell'esercizio della funzione pubblica cristallizzato nel provvedimento amministrativo, ma la correttezza del contegno tenuto dall'ente pubblico durante la fase delle trattative e della formazione del contratto. Ciò alla luce dell'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede in forza di quanto stabilito dall'art. 1337 del codice civile.

Evidenzia infatti il giudice amministrativo che la clausola di buona fede in senso oggettivo ha una portata generale, che si esplica in una serie puntuale di doveri fra cui spiccano, per quanto di interesse nella presenta controversia, sia quello di informazione, inteso come dovere di comunicare alla controparte le cause di invalidità, inefficacia, inadempimento o inutilità del contratto, sia quello di realizzazione degli adempimenti necessari per garantire la validità, l'efficacia o l'utilità del rapporto negoziale.

Ebbene, con riferimento alle procedure di evidenza pubblica, la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione è stata indifferentemente configurata dalla giurisprudenza sia in presenza del preventivo annullamento per illegittimità di atti della sequenza procedimentale, sia nell'assodato presupposto della loro validità ed efficacia.

In particolare, per quanto di interesse, il giudice di appello sottolinea come sia altresì assodato che la responsabilità *in contrabendo* dell'amministrazione ricorra sicuramente quando quest'ultima, come nel caso di specie, si avvalga per la scelta del contraente del metodo della licitazione privata accelerata per ragioni di urgenza.

Nella vicenda in esame non è ritenuto peraltro utile il richiamo a quell'indirizzo giurisprudenziale che afferma l'impossibilità di configurare la responsabi-

lità precontrattuale della stazione appaltante che si sia motivatamente e tempestivamente avvalsa della facoltà, prevista nel bando di gara, di non aggiudicare l'appalto per ragioni di pubblico interesse comportanti variazioni agli obiettivi perseguiti. Sottolinea infatti in Consiglio di Stato come tale principio sia stato forgiato dalla giurisprudenza per la diversa ipotesi del diniego di aggiudicazione e non è applicabile al caso di specie, sia perché questo ha ad oggetto il ritiro di una precedente aggiudicazione, sia perché, ancor prima che intervenisse tale determinazione, la stazione appaltante ha sollecitato l'impresa a predisporre il servizio e le relative forniture tecniche.

Nel caso di specie la colpa dell'amministrazione emerge in concreto da una serie di circostanze, tra le quali il giudice dell'appello indica l'affrettata sollecitazione rivolta alla società unica partecipante, ancora prima della formale aggiudicazione della gara medesima, a predisporre i mezzi indispensabili per erogare il contestato servizio di *screening*.

Tale sollecitazione ha rafforzato ulteriormente l'affidamento di quest'ultima, affidamento già suscitato dalla decisione della stazione appaltante di ricorrere a procedure di urgenza, nella impellente ed inderogabile necessità di attivare il servizio.

Sostiene infatti il giudice di appello che se la parte privata avesse avuto accesso ad una completa informazione, condividendo quanto era ben noto alla stazione appaltante, avrebbe potuto modulare diversamente la propria condotta predisponendo le opportune cautele per evitare ordini di acquisto al buio.

Rassegna della giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali.  
Speciale in tema di “urgenza negli appalti”

di Sara Forasassi

SOMMARIO: 1. L'urgenza nella procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara. - 2. La acquisizioni in economia e l'urgenza.

L'urgenza rappresenta un argomento di particolare interesse per gli studiosi del diritto amministrativo incidendo, in diversi ambiti e sotto molteplici profili, sui tempi della Pubblica Amministrazione. Le note che seguono analizzeranno sinteticamente l'interpretazione della giurisprudenza di merito espressasi in argomento, limitando l'indagine al settore degli appalti pubblici e prendendo in considerazione le decisioni successive all'entrata in vigore del Codice degli appalti (d.lgs. n. 163 del 2006).

1. *L'urgenza nella procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara*

Un primo richiamo all'urgenza si riscontra nella disciplina della procedura negoziata, senza previa pubblicazione di un bando di gara, di cui all'articolo 57 del Codice degli appalti (d.lgs. 12/04/2006 n. 163).

I principi generali, sia comunitari sia interni, in materia di appalti pubblici impongono alla stazione appaltante di procedere alla scelta del contraente privato attraverso procedure di evidenza pubblica improntate alle regole di pubblicità e concorrenza, proprio al fine di garantire la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore. Solamente in casi eccezionali e tassativamente indicati dalla legge, l'amministrazione può individuare il proprio contraente attraverso una procedura negoziata senza l'indizione di una gara pubblica. In proposito si è pronunciato *ex multis* **TAR Sicilia, Catania, Sez. III, 26 giugno 2007, n. 1104** che ha rilevato: “La trattativa privata – oggi definita procedura negoziata nelle direttive comunitarie e negli atti nazionali di recepimento – è un criterio di selezione dei concorrenti di tipo eccezionale perché la necessità di tutelare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non

discriminazione, imparzialità e buon andamento impongono il ricorso alle procedure aperte o ristrette e la procedura negoziata, come si evince dal confronto tra il quarto e il secondo comma dell'art. 54, d.lgs. n. 163 del 2006, può essere utilizzata solo nei casi specifici in cui la legge lo prevede espressamente". Tra le ipotesi eccezionali che il Codice contempla all'articolo 57 è indicata anche "l'estrema urgenza", in particolare alla lettera c), comma 2, si stabilisce che, con riferimento ai contratti pubblici relativi a lavori, forniture, servizi, le stazioni appaltanti possono procedere mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara "nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara. Le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti".

Il Codice dei contratti, sulla scia del legislatore comunitario, caratterizza, quindi, l'urgenza in termini assolutamente restrittivi attraverso l'utilizzo dell'aggettivo "estrema".

Sul punto, la giurisprudenza di merito, pronunciata in argomento, nega il ricorrere del requisito in parola sostanzialmente riproducendo il dettato normativo – essa deve discendere da circostanze imprevedibili, e non deve essere imputabile all'amministrazione appaltante – senza però dettagliare le ipotesi in cui concretamente sia dato attivare la procedura. In altre parole, i giudici amministrativi, se è vero che, da un lato, quantomeno in alcune pronunce, riferiscono in ordine ai parametri giuridici legittimanti il richiamo all'art. 57, comma 2, lett. c), Codice degli appalti, dall'altro lato, lo fanno senza fornire una chiave interpretativa della disposizione, limitandosi a valutare caso per caso il ricorrere della citata ipotesi e lasciando così ampia discrezionalità alle stazioni appaltanti.

Nel proseguo si riporteranno le decisioni dei Tribunali amministrativi regionali, distinguendo quelle che hanno negato il configurarsi dell'urgenza, di cui si dirà nella prima parte del presente paragrafo, da quelle che invece hanno ammesso il richiamo, di cui si riferirà nella seconda parte.

Una prima decisione che viene in rilievo nell'analisi del tema è **TAR Lazio, Roma, Sez. I, 18 febbraio 2009, n. 1656**. La sentenza si palesa particolarmente interessante perché, nel rimarcare l'eccezionalità del ricorso alla procedura negoziata, sintetizza per l'appunto, i presupposti giuridici necessari affinché la pubblica amministrazione possa procedere ex articolo 57, comma 2, lettera c), d.lgs. 163 del 2006. In particolare, il giudice amministrativo sottolinea *in primis* come, al fine di valutare la legittimità dell'operato della pubblica amministrazione nell'ambito di applicazione della norma testè richiamata, sia necessario operare attraverso una duplice verifica riguardante: 1) l'"estrema urgenza" nel provvedere, per come qualificata dalla disposizione (e coordinata alla presenza di "eventi imprevedibili"; 2) l'ostensione di un adeguato apparato motivazionale con il quale venga fornita congrua emersione alle relative ragioni. Con riferi-

mento al primo punto il Collegio prosegue sottolineando che “i relativi presupposti giustificanti vanno valutati ed apprezzati con il necessario rigore, onde scongiurare che situazioni di pretesa (ma non compiutamente dimostrabile) urgenza possano costituire un *commodus discessus* rispetto all’obbligo di individuare il privato contraente attraverso il confronto concorrenziale che solo la pubblica procedura di selezione consente di attuare con carattere di oggettività e trasparenza”. Relativamente all’obbligo di motivazione invece il Tribunale si è espresso affermando che esso, “lungi dall’atteggiarsi alla stregua di una mera estrinsecazione di un apparato giustificativo preconfezionato al solo scopo di offrire emersione alle scelte discrezionalmente operate dall’amministrazione, deve oggettivamente (quanto, con ogni evidenza, compiutamente) offrire l’indicazione dei pertinenti presupposti legittimanti e, con essi, della presenza di un nesso di necessaria (quanto univoca) implicazione causale, tale da imporre (in presenza di condizioni che la stessa legge qualifica, delimitandone l’operatività alla misura “strettamente necessaria”, in termini di “estrema urgenza” e di “imprevedibilità”) il ricorso alla trattativa privata”. Su tali premesse, è stato accolto il ricorso azionato da Kapsch Trafficom S.r.L. e la Kapsch - Busi S.p.A. avente ad oggetto gli atti inerenti la scelta dell’amministrazione di procedere all’individuazione del soggetto privato appaltatore attraverso la procedura negoziata *ex* articolo 57, comma 2, lettera c). Nella specie, a fronte dello stato di emergenza determinatosi nel settore del traffico e della mobilità nel territorio della città di Napoli, il Presidente del Consiglio dei Ministri nominava il Sindaco di Napoli quale Commissario delegato per l’attuazione degli opportuni interventi. Veniva, quindi, individuato, nella persona del Dirigente Generale del Comune di Napoli, il Soggetto Attuatore e affidato alla Napolipark S.r.L (società in *house* del Comune di Napoli) il compito di procedere alla sperimentazione, implementazione e consegna al Comune di Napoli di un sistema integrato (I.T.S., *Intelligent Transportation System*) per il controllo e la regolamentazione del traffico urbano. Successivamente, in considerazione della richiesta da parte della società *in house* di appaltare l’esecuzione del servizio ad un’impresa privata, il Commissario delegato affidava al Soggetto Attuatore il compito di procedere direttamente, previa indagine esplorativa di mercato, all’affidamento della progettazione e realizzazione del sistema integrato I.T.S. mediante procedura ristretta con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa e/o negoziata. Il soggetto Attuatore indicava, quindi, la procedura negoziata di affidamento ancorché in difetto dello svolgimento della pur prevista indagine esplorativa, approvando, di conseguenza, gli atti preordinati alla selezione. Le ricorrenti chiedevano, pertanto, di essere invitate alla trattativa privata; richiesta respinta dalla struttura commissariale in ragione dell’avvenuta preselezione dei soggetti e sul presupposto della compiuta indagine di mercato. Sulla base dei fatti così come succedutisi, il Collegio non rinviene, nel caso in esame, la presenza dei presupposti legittimanti il ricorso alla procedura negoziata. In particolare, da un lato, esclude che la pretesa ur-

genza del provvedere da coniugarsi con l'imprevedibilità della situazione da fronteggiare siano state comprovate in relazione alla concreta fattispecie a fronte della quale l'organismo commissariale ha indetto la contestata procedura. Al riguardo, si sottolinea l'ingiustificato decorso di un arco temporale di oltre 15 mesi fra la nomina dell'organismo commissariale e l'emanazione del decreto di indizione della procedura negoziata *ex* articolo 57. Dall'altro lato, il giudice ritiene illegittima la motivazione che identifica le ragioni dell'urgenza dell'affidamento richieste dalla lettera c), comma 2, d.lgs. 163 del 2006, con i presupposti (emergenziali) inerenti al conferimento dei poteri al Commissario delegato di cui all'ordinanza di nomina del Presidente del Consiglio dei Ministri.

In termini simili si è pronunciato anche **TAR Molise, Campobasso, Sez. I, 16 luglio 2008, n. 689**, laddove ha osservato come il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando di cui all'articolo 57, comma 2, lett. c), d. lgs. n. 163 del 2006 sia ammesso solo in casi eccezionali che non consentono l'indugio degli incanti e della licitazione privata, previa esposizione delle ragioni giustificative della deroga. Nella specie, la ricorrente aveva impugnato la determinazione con la quale il Comune di Montefalcone nel Sannio aveva indetto gara ai sensi dell'articolo 57, comma 2, lettera c), d. lgs. 163 del 2006, mediante la procedura negoziata, senza previa pubblicazione del bando, per l'affidamento dei lavori di riqualificazione ambientale, recupero e consolidamento a mezzo di infrastrutturazione stradale della zona a valle della S.P. 78 Appulo-Chietina, all'interno del centro abitato. Sul punto, il Tribunale ha ritenuto il procedimento di trattativa privata palesemente illegittimo in considerazione del fatto che l'estrema urgenza dei lavori debba risultare da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, fermo restando che l'urgenza non può e non deve dipendere da un ritardo di attivazione dei procedimenti che sia imputabile all'ente pubblico. Ed è per l'appunto quello che viene imputato all'amministrazione appaltante visto il considerevole lasso di tempo che la medesima ha fatto trascorrere tra l'assegnazione del finanziamento dell'intervento (29/04/2005) e la determinazione comunale di incarico della progettazione esecutiva (25/09/2007). Al riguardo, il Collegio ha osservato: "la lentezza operativa dell'amministrazione resistente è essa stessa la causa del ritardo che ha reso, poi, indifferibile ed urgente la stipula, a trattativa privata, del contratto entro il termine del 31/12/2007".

In argomento si veda anche **TAR Piemonte, Torino, Sez. II, 26 marzo 2010, n. 1597** che, richiamando la costante giurisprudenza amministrativa, ha sottolineato: "Ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. c), d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 la procedura negoziata, senza pubblicazione di bando, può essere utilizzata nella misura strettamente necessaria, ai fini dell'affidamento di un appalto con la pubblica amministrazione, quando, l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti e non da situazioni soggettive, contingibili, prevedibili e ad esse imputabili, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate previa pubblicazione di un bando di

gara". Con la citata pronuncia il Collegio ha annullato la determinazione con la quale il Dirigente dell'Area Gestione e Territorio del Comune di Rivoli aveva disposto di affidare all'ATI Olicar S.p.A. - Comat S.p.A. ai sensi dell'articolo 57, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006 il "servizio di gestione calore e manutenzione degli impianti termici installati presso gli immobili di proprietà comunale e di competenza dell'amministrazione comunale oltre ai lavori di riqualificazione" non ravvisando i presupposti richiesti dalla norma. Nella fattispecie, la ricorrente deduceva, a sostegno delle proprie istanze, 1) di aver impugnato dinanzi al Tar Piemonte gli atti della procedura aperta bandita dal Comune di Rivoli per l'affidamento, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del richiamato servizio; 2) di aver ottenuto dal Tribunale amministrativo l'annullamento di tutti gli atti della procedura con affermazione della "necessità di totale riedizione della gara"; 3) di aver visto la sentenza confermata dal Consiglio di Stato; 4) di aver invano notificato al Comune di Rivoli atto di messa in mora; 5) di aver invece ricevuto copia della determinazione con la quale il Comune di Rivoli, anche a fronte delle due sentenze sopra richiamate, affidava con procedura negoziata *ex art. 57, comma 2, lett. c)*, d. lgs. n. 163 del 2006 alla precedente aggiudicataria e alle medesime condizioni tecniche ed economiche dei contratti annullati, il servizio ed i lavori di riqualificazione "sino all'aggiudicazione definitiva della nuova gara in via di attivazione". Da parte sua il Comune giustificava l'affidamento diretto con l'esigenza di non creare grave disservizio all'utenza a seguito di quell'"evento imprevedibile per l'amministrazione comunale" rappresentato dalla decisione di conferma della sentenza del Tar Piemonte. Il giudice amministrativo ha accolto il ricorso proprio sul presupposto dell'impossibilità per l'amministrazione comunale di addurre la decisione del Consiglio di Stato come valida causa dell'estrema urgenza, ed anzi considerando la suddetta circostanza chiaramente imputabile ad illegittimità riconducibile alla responsabilità del Comune medesimo. Sono state giudicate meritevoli di accoglimento anche le ulteriori censure svolte dalla ricorrente in relazione alla violazione dell'art. 57, comma 2, lett. c), d.lgs. 163 del 2006, sotto il profilo della limitazione della possibilità di disporre l'affidamento diretto "alla misura dello stretto necessario". In proposito, infatti, osserva il Collegio, l'affidamento disposto con il provvedimento impugnato in favore della aggiudicataria della gara poi annullata è stato conferito dal Comune di Rivoli non solo per il servizio di gestione del calore e di manutenzione degli impianti, ma anche per i lavori di riqualificazione e "sino all'aggiudicazione definitiva della nuova gara in via di attivazione", senza che al contrario l'amministrazione abbia poi provveduto a bandire la nuova procedura ovvero fissato tempi certi per il suo svolgimento.

Un'ipotesi affine è stata decisa da **TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 22 gennaio 2009, n. 182**. Con riferimento al tema oggetto della presente rassegna, la fattispecie posta al vaglio del Tribunale viene in rilievo relativamente all'impugnazione della deliberazione della Regione Lombardia con la quale si proce-

deva all'indizione di una procedura negoziata ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. c), Codice degli appalti, per l'aggiudicazione del servizio di elaborazioni dati per la valutazione esterna delle qualità delle determinazioni emocromocimetriche, con fornitura di controlli ematologici. In particolare, la suddetta procedura veniva avviata in pendenza della causa promossa dalla Società Data Medical S.r.L. contro la Regione Lombardia e nei confronti della Bio Development avente ad oggetto l'aggiudicazione dell'appalto del servizio sopra indicato alla società controinteressata. Al riguardo, il Collegio censura sotto vari aspetti la legittimità della procedura negoziata indetta in corso di giudizio dalla Regione Lombardia per far fronte provvisoriamente alle stesse esigenze sottese alla procedura aperta osservando "come il richiamo all'art. 57, comma 2, lett. c), Codice degli appalti, da parte dell'amministrazione, non sia pertinente e possa essere, anzi, foriero di equivoci e di prassi inaccettabili". Nella specie, il Collegio giudica "non pertinente" l'applicazione della richiamata disposizione al caso concreto sul presupposto che la norma contempla l'ipotesi nella quale l'estrema urgenza impedisce di indire una procedura di gara e non, come vorrebbe l'amministrazione, l'ipotesi in cui l'urgenza non consentirebbe di attendere l'esito finale del giudizio avente ad oggetto una procedura aperta già indetta e già definita con l'aggiudicazione. Ed ancora, prosegue il Tribunale, "non sembra accettabile" l'adozione della procedura negoziata in detto contesto in quanto "legittimare *sic ed simpliciter* il ricorso ad una procedura negoziata, senza bando di gara, ogni qual volta in cui la procedura aperta che l'ha preceduta risulti sottoposta al vaglio del giudice amministrativo, significa eludere il giudizio pendente ed, in una certa misura, difendersi al di fuori di esso, moltiplicando le procedure ed alimentando nuove controversie". Infine, il giudice amministrativo osserva come la Regione Lombardia potesse soddisfare all'esigenza – rappresentata in termini di urgenza – di attivare il servizio a tutela dei suoi fruitori, ad esempio, presentando un'istanza di anticipazione dell'udienza di discussione dell'originario ricorso o, al limite, dando seguito all'originaria aggiudicazione, impugnata ma formalmente mai sospesa.

Nega il ricorrere del carattere dell'urgenza nel caso esaminato **TAR Piemonte, Torino, Sez. I, 24 novembre 2008, n. 2943**. Il Collegio giudica, infatti, non confacente ai presupposti di legge la motivazione addotta dal Comune di Vigliano Biellese con la quale l'amministrazione giustificava l'affidamento diretto alla Viabit S.p.A. dei lavori di completamento di una strada comunale mediante procedura negoziata *ex art. 57, comma 2, lett. c)*, d.lgs. 163 del 2006. In particolare, il Tribunale osserva come da un lato, in essa non sia indicata la ragione per la quale non fosse possibile ricorrere ad una procedura ad evidenza pubblica con pubblicazione di bando, tenuto poi conto che l'opera risulta programmata sin dal 1996, il progetto preliminare è stato approvato nel settembre del 2007 e quello definitivo nel marzo del 2008; dall'altro lato, non si rinvenga un nesso di causalità tra gli eventi ritenuti imprevedibili e non imputabili – tra

l'altro (ritiene il Giudice) solo genericamente richiamati – e la situazione di “estrema urgenza” di cui all’art. 57, Codice appalti. Sul punto, il Tribunale opera un rinvio alla giurisprudenza consolidata che vuole oggettive e non riconducibili in alcun modo all’amministrazione le ragioni di estrema urgenza, ritenendo, al contrario, che nel caso di specie le ragioni siano soggettive, prevedibili e contingenti anche a fronte del fatto che è la stessa amministrazione ad affermare, nella motivazione, che l’opera fosse stata accantonata per numerosi anni.

Da ultimo, ha escluso il configurarsi dell’urgenza qualificata menzionata dalla previsione legislativa di cui all’art. 13, lett. d), d.lgs. 158 del 1995 (trasfusa nel Codice degli appalti), nella situazione in cui si è venuto a trovare l’ente aggiudicatario che ha accolto una proposta proveniente dalla controinteressata, ritenuta molto conveniente sul piano economico, ed ha contestualmente deciso di ritirare in autotutela la procedura aperta precedentemente bandita. Al riguardo, **TAR Lazio, Roma, Sez. II, 12 maggio 2008, n. 3886** che ha negato il carattere dell’“eccezionale urgenza” nell’“imminente scadenza delle polizze assicurative stipulate con la ricorrente” e quello della “imprevedibilità” alla “esigenza di rimuovere in autotutela la gara già bandita”, affermando che entrambe le situazioni non si incasellano nella previsione legislativa, la prima perché concerne più la convenienza che l’urgenza, la seconda in quanto l’urgenza qualificata non deve essere imputabile ad una condotta dell’ente aggiudicatario. Ragionare diversamente, secondo il giudice amministrativo, potrebbe portare l’ente aggiudicatario a creare artatamente le condizioni per gli affidamenti in deroga dei contratti di appalto, al fine di derogare all’obbligo di indire procedure di evidenza pubblica. Infine, il Collegio, richiamando la costante giurisprudenza, sottolinea “le norme legislative che permettono l’accesso a procedure negoziate senza bando, in deroga ai principi comunitari che regolano le procedure di evidenza pubblica aperte o ristrette, devono essere interpretate restrittivamente, gravando comunque sulla stazione appaltante l’onere di dimostrare l’effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali cui le norme riconducono la deroga. Di qui il corollario che l’urgenza, che può giustificare l’omissione dei giusti procedimenti di evidenza pubblica (senza con ciò violare i principi di legalità, imparzialità e buon andamento fissati dall’art. 97 della Costituzione), deve avere le caratteristiche della assoluta imprevedibilità e della non evitabilità altrimenti dei fatti o delle circostanze che la caratterizzano, solo così potendosi ammettere una così grave violazione ai predetti principi costituzionali”.

In termini positivi sul ricorrere dell’ipotesi dell’“urgenza” **TAR Puglia, Bari, Sez. I, 23 giugno 2008, n. 1540** che ha giudicato legittima la scelta della pubblica amministrazione di indire una procedura negoziata ai sensi dell’art. 57, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006, senza previa pubblicazione di bando, invitando solamente le imprese ammesse alla fase di prequalificazione, stante l’urgenza di addivenire all’aggiudicazione provvisoria entro un termine fissato, al fine di non perdere i finanziamenti erogati. Il Collegio ha, infatti, ritenuto

pienamente giustificabile il mancato invito della ricorrente, esclusa dalla precedente gara con provvedimento la cui legittimità è oggetto di separato giudizio, sulla considerazione di non gravare la commissione di gara dell'onere di valutare progetti il cui compiuto esame avrebbe richiesto tempi di gran lunga maggiori di quelli disponibili e, pertanto, ontologicamente incompatibili con la nozione di urgenza che connota la procedura *de qua*.

Ancora, viene respinto il ricorso proposto dall'impresa edile Di Placido Francesco contro il Comune di Torrella del Sannio avente ad oggetto l'annullamento della determinazione dirigenziale di aggiudicazione dei lavori di riqualificazione e recupero di edificio scolastico adibito a centro sociale e degli atti correlati da **TAR Molise, Campobasso, Sez. I, 6 novembre 2009, n. 700**. Nella fattispecie, il Tribunale valuta legittima l'indizione di una procedura negoziata senza bando *ex art. 57, comma 2, lett. c), d.lgs. 163 del 2006*, per l'affidamento di un appalto di opere, in ragione del pericolo di perdita del finanziamento pubblico post-sisma, nonché della condizione di precarietà dell'immobile da ristrutturare a seguito degli eventi sismici del 2002.

Rileva, in questa sede, per il tema trattato anche la complessa vicenda relativa all'affidamento del servizio di trasporto e spedizioni materiali e mezzi delle Forze Armate con vettori aerei cargo deciso da **TAR Lazio, Roma, Sez. I bis, 14 maggio 2008, n. 4924**. Oggetto del contendere, sottoposto all'esame del Collegio, il provvedimento con cui il Ministero della Difesa ha affidato temporaneamente alla Società Saima lo svolgimento del servizio di trasporto/spedizione di mezzi e materiali delle FF.AA., di cui al bando pubblicato sulla GUCE del 19 dicembre 2006 e sulla GURI n. 298 del 23 dicembre 2006, nelle more della definizione della relativa gara di appalto cui Alitalia – società ricorrente – ha partecipato come unica altra concorrente insieme a Saima. In particolare, il Ministero della Difesa, onde assicurare l'esigenza INTERFORZE nel triennio 2007/2009, ha indetto pubblica gara e, in attesa della sua conclusione, ha, in un primo momento, prorogato di quattro mesi il termine di scadenza del rapporto precedentemente in essere con Alitalia, in virtù di analoga aggiudicazione per l'anno 2006; in seguito ha affidato, provvisoriamente, lo stesso servizio alla Saima Avandero, già risultata migliore offerente in seno alla nuova procedura di affidamento, ma ancora non dichiarata aggiudicataria, in forza della sospensione della gara, in attesa dell'autorizzazione all'impegno di spesa pluriennale da parte del MEF. In proposito, il Tribunale ha ritenuto di non muovere alcun rilievo all'amministrazione che, una volta sospesa la gara, peraltro tempestivamente avviata, in attesa della prescritta autorizzazione, e a fronte dell'esigenza di garantire il servizio di trasporto merci senza soluzione di continuità, ha proceduto ad una trattativa negoziata a norma dell'art. 57, comma 2, lett. c), Codice degli appalti. Ed infatti, il giudice amministrativo ha ravvisato, nella fattispecie concreta, il rispetto dei limiti indicati dalla richiamata norma affermando: "Come pacificamente emerso in atti, l'impedimento è riferibile a causa che esula dalle compe-

tenze della stessa stazione appaltante, la quale, in vista della scadenza del precedente rapporto, aveva, invero, fattivamente operato per procedere ad un nuovo affidamento attraverso il sistema della gara pubblica; peraltro, trattandosi di servizio strumentalmente collegato alla partecipazione delle FF.AA. italiane alle missioni di pace all'estero, in pendenza della proroga di queste ad opera del parlamento, e della conseguente autorizzazione del competente dicastero economico all'assunzione dell'impegno pluriennale sul pertinente capitolo di bilancio, si è trovata nella doverosa necessità di sospendere la gara, anche per evitare, attraverso una aggiudicazione provvisoria, il consolidarsi di posizioni giuridiche, differenziate dalla mera aspettativa di aggiudicazione, in assenza dei necessari ed indefettibili presupposti".

Su simili argomentazioni **TAR Campania, Napoli, Sez. I, 20 dicembre 2006, n. 595** rigetta il ricorso promosso dalla Società Trincone Costruzioni S.r.L. contro il Comune di Pozzuoli per l'annullamento della determinazione della Commissione straordinaria del suddetto Comune, con cui è stata attivata una procedura negoziata urgente per sei mesi per l'affidamento del servizio integrato di gestione dei rifiuti nella città di Pozzuoli. Richiamando la giurisprudenza pronunciata in argomento, il Tribunale si è espresso sottolineando come "una delle possibili situazioni di fatto in cui si può ritenere sussistente la urgenza di provvedere (che legittima il ricorso a trattativa privata) è proprio quella della necessità di assicurare lo svolgimento di un servizio in attesa dell'espletamento della gara indetta per la sua aggiudicazione". Ed invero, nel caso concreto, l'esigenza di reperire un nuovo concessionario del servizio di gestione dei rifiuti era stata tempestivamente avvertita dalla pubblica amministrazione che, ben prima della naturale scadenza del contratto in corso, aveva deliberato l'indizione di una gara pubblica. Ed allora, prosegue il giudice, la mancata definizione della complessa procedura di gara può rappresentare, in mancanza di elementi di segno contrario, una situazione di imprevedibilità che si riflette sulla corretta gestione del servizio, con la conseguenza che deve riconoscersi legittimità al ricorso alla trattativa privata in considerazione del fatto che l'urgenza non può certo farsi risalire ad inerzia o responsabilità della pubblica amministrazione, la quale ha, per l'appunto, comunque proceduto ad espletare la gara per l'affidamento in via ordinaria del servizio. Infine, il Collegio ha ritenuto legittimo l'agire della pubblica amministrazione che ha invitato alla procedura informale esclusivamente società a partecipazione pubblica stante l'urgenza dell'affidamento del servizio.

Ugualmente si è espresso **TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 24 marzo 2009, n. 1966**, nella parte in cui ha valutato legittimo il comportamento della pubblica amministrazione resistente che ha provveduto al rinnovo del contratto in essere avente ad oggetto il servizio di trasporti continuativi ed occasionali con mezzi attrezzati (anche ambulanze) e non attrezzati, in Seregno e fuori Seregno, per persone diversamente abili o in situazioni di particolare necessità, per ragio-

ni di urgenza, a fronte dell'esclusione di tutte le partecipanti dalla gara indetta. In particolare, il Collegio si è così pronunciato: "È evidente come in tale situazione ricorressero gli elementi dell'urgenza che consentono il ricorso alla trattativa privata giacché, nelle more dell'espletamento della nuova gara, doveva comunque essere assicurata la continuità del servizio".

Un richiamo in questo senso si rinviene anche in **TAR Campania, Napoli, Sez. I, 18 giugno 2008, n. 9414** laddove, nel respingere il ricorso promosso dalla ricorrente, sottolinea la doverosità per l'amministrazione di concludere in termini ragionevoli l'espletamento della gara per l'affidamento del servizio in via definitiva, anche al fine di non incorrere nelle responsabilità conseguenti ad una protrazione dell'affidamento provvisorio al di là degli stretti limiti della urgenza e necessità che solo lo possono giustificare.

Relativamente all'eccezionalità del ricorso alla procedura negoziata in termini di principio avente portata generale, si veda, in questa sede, anche **TAR Campania, Napoli, Sez. I, 12 marzo 2007, n. 1781** pronunciato in ordine al ricorrere dell'ipotesi dell'urgenza in applicazione del regio decreto n. 827 del 1924 (Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato). Nel caso concreto il Tribunale amministrativo ha accolto il ricorso avente ad oggetto l'annullamento della delibera con la quale la Giunta comunale di San Bartolomeo in Galdo aveva provveduto all'affidamento del servizio di trasporto alunni per l'anno scolastico 2005/2006 ad una cooperativa sociale sul presupposto dell'urgenza derivante dalla inadeguatezza del servizio svolto dall'impresa affidataria. In particolare, il Collegio ha ritenuto come la richiamata circostanza possa dimostrare semmai l'inerzia del comune nell'adottare tempestivamente le iniziative appropriate per risolvere i problemi connessi allo svolgimento del servizio, mentre è da escludere che un ritardo imputabile alla stessa amministrazione possa giustificare la deroga ai principi dell'evidenza pubblica ed il ricorso alla trattativa privata. Nella sentenza in parola si sottolinea anche come, per l'affidamento dei servizi pubblici locali, l'obbligo di seguire le procedure concorsuali pubbliche discende direttamente dalle norme e dai principi desumibili dagli articoli 3 e 6 del regio-decreto n. 2440 del 1923 e dall'articolo 41 del regio-decreto n. 827 del 1924. Tali disposizioni, infatti, (coerentemente con i principi costituzionali di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, nonché con i principi comunitari di trasparenza e di libera concorrenza) impongono, per ogni attività contrattuale della pubblica amministrazione, il ricorso a procedure concorsuali aperte ai soggetti idonei per eseguire opere o servizi e per fornire beni alle amministrazioni stesse. A fronte di ciò, il giudice prosegue osservando come la possibilità dell'affidamento diretto a trattativa privata sia circoscritta ad alcune condizioni eccezionali, la cui sussistenza deve essere provata e motivata dall'amministrazione precedente. In argomento, si rinvia altresì a **TAR Lazio, Roma, Sez. I, 23 agosto 2006, n. 7375** chiamato a pronunciarsi sui ricorsi aventi ad oggetto la procedura con cui

il Ministero della giustizia aveva provveduto a selezionare la migliore polizza assicurativa per la copertura dei rischi professionali dei dirigenti dell'amministrazione della giustizia in servizio presso vari uffici giudiziari attraverso trattativa privata. In proposito, il Tribunale si è espresso negando la sussistenza dei presupposti di cui al n. 1 (gara andata deserta) e 5 (urgenza) dell'articolo 41, R.D. n. 827 del 1924 per il ricorso alla trattativa privata, in quanto la pretesa gara "deserta" era in realtà stata indetta da altro soggetto (nella specie, Consip), per di più molto tempo addietro rispetto alla nuova procedura. Dalla citata circostanza, secondo il Collegio, discende la tardiva attivazione della pubblica amministrazione che, non essendo dipesa da un evento imprevedibile, rende priva di sostrato la dichiarata caratteristica di "urgenza" connessa all'approssimarsi della scadenza della polizza in essere.

## 2. *La acquisizioni in economia e l'urgenza*

L'articolo 125 del Codice degli appalti disciplina i casi in cui le pubbliche amministrazioni possono procedere alle acquisizioni in economia di beni, servizi, lavori mediante amministrazione diretta ovvero attraverso la procedura di cottimo fiduciario. Ai fini che ivi interessano, al comma 10, si stabilisce: "il ricorso all'acquisizione in economia è altresì consentito nelle seguenti ipotesi: (...) d) urgenza, determinata da eventi oggettivamente imprevedibili, al fine di scongiurare situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale.

In argomento, si richiama quanto deciso da **TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 1 agosto 2007, n. 3043** che ha accolto il ricorso promosso da Equitalia Lecce S.p.A. contro il Comune di Copertino per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, della deliberazione con cui il comune aveva conferito alla ditta Future Service S.r.l. incarico professionale per fornitura software, attività di assistenza e supporto a potenziamento dell'Ufficio tributi e di ogni altro atto connesso per violazione di quanto disposto, peraltro, all'articolo 125, comma 10, lett. c), d.lgs. 163 del 2006. Ed infatti, il giudice non ravvisa nella fattispecie sottoposta al suo esame il ricorrere dell'ipotesi contemplata dal Codice sul presupposto che l'urgenza, dichiarata dal Comune, non risulti essere oggettivamente imprevedibile, ed anzi, ritenendo, che l'attività di accertamento dei tributi è attività certamente prevedibile per lo più predeterminata e disciplinata dalla legge. Alla luce delle suddette affermazioni il Collegio fa discendere l'"assoluta irrilevanza di situazioni di negligenza, ritardo o comunque di carenze funzionali od organizzative della P.A."

Sempre con riferimento al configurarsi dell'ipotesi dell'urgenza, si è pronunciato **TAR Lazio, Roma, Sez. II, 30 aprile 2008, n. 3637** chiamato a decidere con riferimento alla gara indetta per l'affidamento in gestione degli impianti

ti sciaviari e dell'impianto di innevamento artificiale nella località Selvarotonda. In particolare, il Collegio ha riconosciuto il carattere dell'urgenza all'ipotesi sottoposta al suo vaglio laddove la pubblica amministrazione ha provveduto all'affidamento temporaneo della gestione sciaviaria "nel pieno della stagione sciistica e nelle more del giudizio". Il Tribunale ha, in ogni caso, accolto il ricorso rilevando, peraltro, l'illegittimità dell'affidamento diretto, possibile nella forma eseguita solamente per servizi o forniture d'importo fino a 20.000 Euro, come disposto *ex* articolo 125 Codice degli appalti.

*Osservatorio parlamentare regionale*



## Osservatorio parlamentare regionale n. 2/2010

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

*L'esperienza della collaborazione dell'Assemblea regionale siciliana alla rivista Nuove Autonomie, sia per quanto riguarda i contributi dottrinari che in relazione allo specifico Osservatorio parlamentare regionale prosegue anche nell'anno 2010 al fine di fornire uno spaccato dei temi affrontati o delle problematiche sul tappeto nell'ambito dell'attività del Parlamento regionale.*

*Il lavoro prevede una prima parte, a cura del Servizio Studi e affari europei, volta ad esaminare, sotto il profilo quantitativo e delle tipologie adottate, oltre che sotto l'aspetto contenutistico, i provvedimenti legislativi approvati dall'Assemblea nel lasso di tempo preso in considerazione, ed una seconda parte, curata dal Servizio Lavori d'Aula, relativa all'attività ispettiva e di indirizzo politico dell'Assemblea stessa.*

*Sono stati presentati, sia pur a volo d'uccello, i più significativi problemi affrontati dall'Aula, privilegiando, specie nella parte dedicata alla redazione degli abstracts delle leggi, gli aspetti collegati ad eventuali criticità o peculiarità proprie delle materie esaminate, anche con riferimento alla competenza regionale, all'esercizio delle prerogative autonomistiche, al rapporto con le competenze dello Stato. Sono stati inoltre segnalati gli articoli soggetti a impugnativa da parte del Commissario dello Stato con la precisazione dei parametri e delle motivazioni posti alla base delle censure avanzate.*

*Per quanto riguarda la legge finanziaria approvata il 1° maggio scorso, al fine di evidenziare con un grado di maggiore dettaglio i contenuti e le finalità del provvedimento, che ha riguardato diversi settori e diverse materie, si è ritenuto di non redigere una sintesi globale del testo, ma le note illustrative e di commento sono state redatte sulla base dei singoli articoli ovvero, laddove consentito dall'omogeneità delle disposizioni esaminate, hanno accompagnato la suddivisione in titoli della legge.*

*Si ricorda, infine, che ulteriori elementi conoscitivi sull'attività in questione sono presenti sul sito dell'Assemblea [www.ars.sicilia.it](http://www.ars.sicilia.it) al quale rinviamo per gli approfondimenti sui contenuti e sul percorso procedurale nonché sul dibattito relativo alle leggi in esame.*

**ATTIVITÀ LEGISLATIVA**

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

*Abstracts delle leggi approvate dal 15 aprile al 31 agosto 2010*

**Legge regionale 26 aprile 2010, n. 10**

Disposizioni sulla partecipazione della Regione al processo normativo dell'Unione europea, sulle procedure di esecuzione degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea e di attuazione delle politiche europee

*Pubblicata nella GURS del 30 aprile 2010, n. 21*

**Iniziativa parlamentare: ddl n. 379**

Esercizio di potestà legislativa ai sensi dell'articolo 117, comma 5 della Costituzione  
Legge istituzionale

Le competenze della Regione siciliana in ordine alla formazione e all'attuazione del diritto comunitario sono stabilite, così come per le altre regioni, dall'articolo 117 della Costituzione, non contenendo lo Statuto regionale alcun riferimento esplicito all'appartenenza dell'Italia all'Unione europea. L'articolo 117 statuisce al primo comma che "la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle regioni nel rispetto della Costituzione nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali"; al comma 5 poi si prevede che le regioni partecipino alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari e provvedano all'attuazione degli atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite con legge dello Stato, che disciplina anche le modalità di esercizio del potere sostitutivo nei casi di inadempienza.

Con la legge in commento la Regione siciliana si è dotata di una normativa volta a regolare l'esercizio delle predette attribuzioni in armonia con le procedure delineate dalla l. n. 11/2005 recante le norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari.

Per quanto concerne la c.d. fase ascendente, nelle sedi nazionali ed europee, in cui le regioni esaminano il contenuto di futuri atti comunitari, generalmente è previsto il solo coinvolgimento degli esecutivi e non anche delle assemblee legislative: si è, pertanto, ritenuto opportuno assicurare al Parlamento regionale un'informazione tempestiva e qualificata circa le attività svolte in seno a tale fase ponendo precisi obblighi informativi in capo al Governo regionale. Così, per esempio, è stato previsto che il Governo debba comunicare preventivamente il programma dei lavori e, successivamente, le risultanze della Conferenza dei Presidenti delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano che abbiano ad oggetto questioni europee.

Si disciplina anche la procedura relativa alle osservazioni sui progetti di atti comunitari che la Regione muove, in virtù dell'articolo 11 della l. n. 11/2005, ai fini della formazione della posizione italiana. Si prevede che tali osservazioni siano definite dal Governo regionale, previo esame delle proposte di osservazioni da parte delle competenti commissioni dell'Assemblea Regionale Siciliana. L'Assemblea, inoltre, secondo quanto previsto dall'articolo 6 del protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità allegato al Trattato sull'Unione europea (TUE) e al Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, può autonomamente trasmettere al Parlamento della Repubblica le proprie valutazioni circa il rispetto del principio di sussidiarietà nelle proposte e negli atti dell'Unione europea che abbiano ad oggetto materie di competenza regionale.

Sempre nell'ottica della partecipazione alla fase ascendente, si è previsto che le commissioni dell'Assemblea regionale Siciliana, per le parti di propria competenza, e la commissione per l'esame delle questioni concernenti l'attività dell'Unione europea della medesima Assemblea, esaminino i libri bianchi, i libri verdi, le comunicazioni e il programma legislativo annuale della Commissione europea.

Circa la fase c.d. discendente del diritto comunitario, si è stabilito che ad essa si debba procedere in via ordinaria con leggi di settore; tuttavia allo scopo di assicurare un periodico adeguamento dell'ordinamento regionale all'ordinamento europeo, con riferimento anche alle sentenze degli organi giurisdizionali, si è stabilito che entro il 30 aprile di ogni anno il Governo regionale presenti un apposito disegno di legge al quale è allegato un elenco contenente gli atti comunitari che non necessitano di interventi di attuazione in quanto l'ordinamento regionale è già conforme ad essi e quelli che possono essere attuati in via amministrativa con l'indicazione dei relativi provvedimenti adottati o da adottare. Entro la medesima data il Governo presenta altresì all'Assemblea una relazione avente ad oggetto le attività svolte, anche dai singoli assessori, e le posizioni assunte e che intenda assumere nella formazione degli atti e nella determinazione delle politiche dell'Unione europea, nelle sedi sia nazionali che europee, nonché le attività di rilievo internazionale, inclusi gli accordi, le intese e le attività promozionali, posti in essere nell'esercizio del potere estero della Regione.

Il Governo della Regione deve comunicare altresì all'Assemblea l'avvio dei procedimenti di indagine formale sugli aiuti di Stato e delle procedure di infrazione da parte della Commissione europea per inadempienze o violazioni degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea imputabili alla Regione, con le informazioni sulle eventuali conseguenze di carattere finanziario.

Oggetto di disciplina sono anche le procedure interne volte a definire le decisioni circa l'eventualità di adire gli organi giurisdizionali dell'Unione europea. Segnatamente, si prevede che nei casi in cui la Regione sia titolare della relativa legittimazione, il Presidente della Regione proponga ricorso dinanzi agli

organi giurisdizionali dell'Unione europea avverso gli atti della medesima Unione ritenuti illegittimi, previa delibera della Giunta regionale, sentita la Commissione per l'esame delle questioni concernenti l'attività dell'Unione europea dell'Assemblea regionale Siciliana. Nelle ipotesi in cui, invece, la Regione non possa adire direttamente il giudice comunitario, il Presidente della Regione, ai sensi dell'articolo 5, comma 2, della legge 5 giugno 2003, n. 131, chiede al Governo della Repubblica di proporre ricorso avverso gli atti normativi comunitari ritenuti illegittimi, previa delibera della Giunta regionale, sentita la Commissione per l'esame delle questioni concernenti l'attività dell'Unione europea dell'Assemblea regionale Siciliana. Infine, l'Assemblea regionale Siciliana, anche ai fini del controllo giurisdizionale sul rispetto del principio di sussidiarietà di cui all'articolo 5 del TUE, può approvare atti d'indirizzo al Governo della Regione allo scopo di attivare la procedura per l'impugnazione degli atti dell'Unione europea.

La l.r. n. 10 del 2010 contiene inoltre un titolo dedicato alla programmazione relativa ai fondi europei. In particolare, sono state introdotte disposizioni modificative e integrative dell'articolo 50, rubricato "Norme di attuazione della programmazione regionale unitaria", della legge regionale n. 9 del 2009, volte a definire la procedura di approvazione dei programmi operativi che attuano la programmazione regionale unitaria e le modalità di informazione e coinvolgimento dell'Assemblea regionale siciliana. Si è stabilito inoltre che in un'apposita sezione del Documento di programmazione economico-finanziaria sia illustrato lo stato di attuazione della programmazione regionale unitaria.

Infine, è stata delineata la procedura di definizione degli accordi di programma quadro, anche in relazione ad eventuali rimodulazioni di carattere finanziario. Si è previsto altresì che il Governo riferisca annualmente alle competenti commissioni dell'Assemblea regionale siciliana in merito all'attuazione dei suddetti programmi e, con particolare riferimento alle politiche finanziate con il Fondo per le aree sottoutilizzate (FAS), alla Commissione per l'esame delle questioni concernenti l'attività dell'Unione europea della medesima Assemblea.

### **Legge regionale 12 maggio 2010, n. 11 Disposizioni programmatiche e correttive per l'anno 2010**

*Publicata nella GURS n. 23 del 14 maggio 2010 (Supplemento ordinario n. 1)  
Ripubblicazione nel Supplemento ordinario n. 1 della GURS n. 25 del 28 maggio 2010*

#### **Iniziativa governativa: ddl n. 471**

Esercizio di potestà legislativa ai sensi degli articoli 14 e 17 dello Statuto  
Legge di bilancio (finanziaria)

La legge n. 11 del 12 maggio 2010 (legge finanziaria 2010) introduce disposizioni programmatiche e correttive per l'anno 2010.

La manovra prevede norme i cui effetti producono un saldo netto da finanziare pari a 24.217 migliaia di euro, per l'anno 2010 e 77.696 migliaia di euro per l'anno.

Si rende una breve descrizione della disciplina per articoli e per articolazione dei titoli della legge stessa. Si dà inoltre conto dell'eventuale impugnativa del Commissario dello Stato relativa ad alcuni articoli della legge e delle sue motivazioni. Il commento alle norme impugnate è riportato in neretto.

## TITOLO I

### DISPOSIZIONI FINANZIARIE, CONTABILI E IN MATERIA DI ENTRATE

#### Art. 1

##### *Risultati differenziali*

Si autorizza un incremento del ricorso al mercato per l'esercizio 2010 pari a 166.500 migliaia di euro.

#### Art. 2

##### *Autorizzazione di operazioni di finanziamento*

Si autorizza il Ragioniere generale della Regione ad effettuare operazioni finanziarie per finanziamento di investimenti per un ammontare di 380.000 migliaia di euro, per l'esercizio finanziario 2012.

#### Art. 3

##### *Disposizioni in materia di residui attivi, passivi e perenti*

Si autorizza il Ragioniere generale della Regione ad individuare le entrate accertate e non ancora riscosse e le spese impegnate e non ancora pagate al fine di eliminarle dalle scritture contabili.

#### Art. 4

##### *Assegnazioni agli enti locali per il triennio 2010-2012*

(Impugnato il comma 11)

Le disposizioni sono relative alle assegnazioni agli enti locali. La quota destinata a spese per investimenti ammonta al 10% delle assegnazioni con l'obbligo di incremento della stessa di almeno lo 0,5% annuo.

**Il comma 11 è stato impugnato dal Commissario dello Stato, ai sensi dell'articolo 28 dello Statuto, perché ritenuto in contrasto con gli articoli 3 e 97 della Costituzione.**

**In particolare, la norma disponeva che una somma, non definita, del fondo destinato ai trasferimenti annuali in favore dei comuni per lo svolgimento delle funzioni amministrative, rimanesse nella disponibilità dell'Assessore regionale per le autonomie locali e la funzione pubblica, al fine di finanziare le spese relative ai ricoveri di minori extracomuni-**

**tari clandestini non accompagnati in comunità o strutture disposte dall'autorità amministrativa. Il Commissario dello Stato ne ha sostenuto l'irragionevolezza intrinseca in quanto non determina alcun limite alla quota di riserva. Inoltre si sostiene che l'utilizzazione del fondo sia stata rimessa alla assoluta discrezionalità dell'Assessore.**

Art. 5

*Fondo per la cancellazione dei residui attivi*

Si prevede la istituzione di un fondo a destinazione vincolata per fronteggiare gli effetti sui saldi di bilancio derivanti dalla cancellazione di quei residui attivi dichiarati inesigibili dalle amministrazioni competenti.

Art. 6

*Tassa annuale di concessione regionale per fondo chiuso*

(Articolo impugnato dal Commissario dello Stato  
ai sensi dell'art. 28 dello Statuto)

La disposizione prevedeva l'istituzione della tassa annuale di concessione regionale per fondo chiuso. È stata impugnata dal Commissario dello Stato ai sensi dell'articolo 28 dello Statuto per contrasto con gli articoli 3, 117, comma 2 lett. e) e 119 della Costituzione, oltre che con gli articoli 14, 17 e 36 dello Statuto, nonché con il contenuto della legge n. 157 del 1992. In particolare, quest'ultima norma autorizza le Regioni ad istituire soltanto una tassa di concessione per il rilascio dell'abilitazione all'esercizio venatorio, non prevedendo alcun onere a carico del proprietario che intenda vietare sui propri fondi l'esercizio dell'attività venatoria.

Il Commissario dello Stato, inoltre, ha sostenuto che l'istituzione della tassa *de qua* verrebbe a costituire un ingiustificato gravame al diritto di proprietà ed una disparità di trattamento dei proprietari terrieri dell'isola rispetto a quelli del rimanente territorio nazionale. Secondo l'impugnativa, infatti, la Regione non gode di una autonomia tributaria ex 36 Statuto tale da giustificare una simile deroga poiché la Corte costituzionale ha precisato che la potestà legislativa della regione si esercita tenendo conto della fondamentale esigenza di unitarietà del sistema tributario e di quella di coordinamento con la finanza dello stato e degli enti locali (sentenze nn. 111 e 138 del 1999 e 367 del 2001).

Art. 7

*Canoni demaniali marittimi*

La determinazione di nuovi canoni demaniali marittimi che la legge demanda ad un decreto del Presidente della Regione, su proposta dell'Assessore regionale per il territorio e l'ambiente viene fatta decorrere dal 1° gennaio 2007.

## Art. 8

*Tariffe in materia di motorizzazione*

(Articolo impugnato dal Commissario dello Stato  
ai sensi dell'art. 28 dello Statuto)

La disposizione prevedeva l'istituzione di un sistema di tariffe in materia di motorizzazione.

**È stata impugnata dal Commissario dello Stato ai sensi dell'articolo 28 dello Statuto per contrasto con gli articoli 3, 117 comma 2 lett. e) e 119 della Costituzione, nonché con gli articoli 14, 17 e 36 dello Statuto. Si sostiene il contrasto con le norme statali che hanno imposto alle Regioni di non aumentare la pressione tributaria a carico dei contribuenti nonché con le norme di attuazione dello Statuto in materia di motorizzazione e trasporti secondo cui la Regione esercita nel proprio territorio le attribuzioni degli organi periferici dello Statuto competenti, ai sensi dell'articolo 20, secondo le direttive del Governo nazionale.**

## Art. 9

*Tasse sulle concessioni governative regionali*

(Articolo impugnato dal Commissario dello Stato  
ai sensi dell'art. 28 dello Statuto)

La norma introduceva nuove voci alla tassa di concessioni governative regionali.

**È stata impugnata dal Commissario dello Stato ai sensi dell'articolo 28 dello Statuto per contrasto con gli articoli 3, 117 comma 2 lett. e) e 119 della Costituzione, nonché con gli articoli 14, 17 e 36 dello Statuto.**

**La predetta tassa infatti, secondo la Corte Costituzionale (sentenze nn. 216 e 298/2009), deve essere considerata tributo statale, ancorché il relativo gettito sia devoluto alla Regione, poiché è stata istituita da un provvedimento statale quale il decreto legislativo n. 230 del 1991.**

## Art. 10

*Istituzione IRAP*

Si dà seguito all'art. 1, comma 43, della legge finanziaria statale per il 2008, ai sensi del quale l'imposta regionale sulle attività produttive è un tributo proprio della Regione, istituendo tale tributo a partire dall'1 gennaio 2010.

Si demanda ad un decreto del Presidente della Regione l'adozione del regolamento tipo recante la disciplina della liquidazione, dell'accertamento e della riscossione dell'IRAP. Si prevede inoltre che, nelle more dell'adozione del predetto regolamento, si proceda secondo le modalità contenute nel regolamento tipo statale vigente e che per il periodo d'imposta successivo al 31 dicembre 2009 e non oltre il periodo di imposta successivo a quello di approvazione del regolamento regionale la Regione, per l'esercizio delle attività relative all'applicazione dell'imposta, si avvalga dei competenti organi statali.

## Art. 11

*Fondo di rotazione IRFIS*

Si procede alla riduzione dei fondi a gestione separata dell'IRFIS per 25 milioni di euro.

## Art. 12

*Produzioni di idrocarburi liquidi e gassosi*

Ai sensi dell'articolo 30 della legge regionale n. 14 del 2000, il titolare di ciascuna concessione di coltivazione di idrocarburi liquidi e gassosi ottenuti nel territorio della Regione è tenuto a corrispondere annualmente alla Regione un'aliquota di prodotto, pari al 7 per cento della produzione ottenuta.

La norma in esame eleva tale percentuale al 10% della produzione ottenuta.

## Art. 13

*Relazione annuale sulla consistenza dei residui attivi e passivi*

L'articolo prevede che l'Assessorato dell'economia annualmente presenti alla Commissione bilancio dell'Assemblea regionale siciliana una relazione sulla consistenza dei residui attivi e passivi in bilancio.

## Art. 14

*Misure relative alla trasparenza dei conti pubblici*

Si introducono nuove regole in materia di trasparenza sui conti pubblici. In sede di prima applicazione si mira ad accertare eventuali situazioni debitorie al dicembre 2009 del settore pubblico regionale allargato, con una relazione del Governo da presentarsi entro giugno 2010. A regime si prevede una relazione annuale, a decorrere dal 2011, sulla situazione economico-finanziaria del settore pubblico allargato. La norma riguarda gli enti, aziende, organismi regionali o sottoposti a tutela e vigilanza della Regione che usufruiscano di trasferimenti diretti da parte della stessa ovvero quegli enti presso i quali la Regione indichi i propri rappresentanti.

I relativi amministratori hanno l'obbligo di inoltrare, a pena di decadenza, le informazioni richieste al fine della stesura della relazione e di non procedere ad assunzioni di personale in violazione delle disposizioni legislative vigenti.

Si prevedono infine norme più rigorose in tema di copertura finanziaria degli atti amministrativi. A tale fine gli assessori regionali devono portare a conoscenza della Giunta regionale qualsiasi disposizione o atto amministrativo assessoriale o dirigenziale che comporti oneri diretti o indiretti a carico del bilancio della Regione non coperti dallo stanziamento di bilancio o comunque oltre i limiti previsti da eventuali provvedimenti legislativi di supporto. La Giunta può autorizzare l'adozione dei predetti atti previa acquisizione della copertura finanziaria.

## Art. 15

*Norme in materia di mutui ed altre forme di indebitamento*

Introducendo una modifica alle legge regionale sulla contabilità pubblica,

si pone un limite massimo all'importo complessivo delle quote di ammortamento dei mutui e delle altre forme di indebitamento che la Regione può contrarre. Al fine di garantire la trasparenza dei conti pubblici, tale capacità di indebitamento dovrà risultare nel Documento di programmazione economico-finanziaria.

## TITOLO II

### RAZIONALIZZAZIONE E CONTENIMENTO SPESA PUBBLICA

#### Art. 16

#### *Patto di stabilità regionale*

(Impugnato il comma 7)

La norma estende agli istituti, aziende, agenzie, consorzi, organismi ed enti facenti parte del settore pubblico allargato, ed alle società a partecipazione totale o maggioritaria della Regione, i parametri relativi alla limitazione della spesa ai quali è soggetta la Regione, ai fini del rispetto del Patto di stabilità interno con lo Stato.

Il mancato rispetto di tali parametri comporta la decadenza degli organi di amministrazione degli enti. Per gli enti in questione, per gli anni 2011-2013, gli obiettivi di finanza pubblica sono fissati nella misura registrata nel 2009, decurtati del 2 per cento, ed è stabilito che la spesa per il personale non possa superare quella registrata nel 2009.

**Il comma 7 è stato oggetto di impugnativa da parte del Commissario dello Stato, ai sensi dell'articolo 28 dello Statuto, perché ritenuto lesivo degli articoli 117, 119, secondo comma e 120 della Costituzione.**

**La norma consentiva una diversa definizione della base di calcolo per gli oneri del personale ai fini del rispetto degli obiettivi posti dal patto di stabilità interno, con presumibili effetti negativi per il bilancio dell'ente e conseguentemente sui saldi di finanza pubblica. L'impugnativa precisa che la competenza delle Regioni a statuto speciale in materia di patto di stabilità è riconosciuta esclusivamente alle autonomie speciali che erogano le risorse per la finanza locale e non anche a quelle come la Sicilia nei cui territori il Ministero dell'interno trasferisce tuttora le suddette risorse agli enti locali.**

#### Art. 17

#### *Misure di contenimento della spesa del settore pubblico regionale*

L'articolo disciplina la misura dei compensi attribuiti ai componenti degli organi di amministrazione e controllo degli istituti, aziende, agenzie, consorzi, organismi ed enti regionali comunque denominati, sottoposti a tutela e vigilanza dell'amministrazione regionale o che usufruiscono di trasferimenti diretti da parte della stessa, con eccezione delle aziende sanitarie ed ospedaliere e dei policlinici.

In particolare, sono fissati i limiti massimi di 50 mila euro annui per i componenti degli organi di amministrazione e di 25 mila euro annui per i compo-

nenti degli organi di vigilanza e controllo. Nell'ambito di tali limiti, con decreto del Presidente della Regione, sono individuate tre fasce entro cui classificare i predetti organismi sulla base di criteri di territorialità e funzionalità e sono determinati i compensi.

Tutti gli enti considerati devono adeguare i propri statuti e regolamenti alle soglie fissate e non possono prevedere alcun incremento dei compensi attualmente previsti.

Infine, è disposta la decadenza di diritto degli amministratori degli enti sopra indicati che abbiano registrato perdite o causato un progressivo peggioramento dei conti per tre esercizi consecutivi.

#### Art. 18

##### *Contenimento delle spese per il personale del settore pubblico regionale*

La norma prevede che nel triennio 2010-2013, per gli istituti e gli enti del settore pubblico allargato sottoposti a tutela e vigilanza dell'Amministrazione, l'ammontare complessivo dei fondi per il trattamento accessorio del personale non possa eccedere il 15% del monte salari tabellare.

Per i predetti enti è, inoltre, fatto divieto di erogare salari accessori e indennità in favore di tutto il personale in misura superiore a quanto corrisposto alla data del 31 dicembre 2009 e in misura superiore a quanto previsto per le analoghe qualifiche del personale regionale.

#### Art. 19

##### *Acquisto di beni e servizi*

L'articolo prevede l'emanazione, da parte del dipartimento regionale del bilancio e del tesoro, di una direttiva relativa al procedimento di fornitura e gestione di beni e servizi alle strutture dell'Amministrazione regionale.

Per tutti gli enti del settore pubblico regionale allargato è prevista, per la fornitura di beni e servizi di importo superiore a centomila euro, l'adozione di parametri rapportati a quelli elaborati dalla Consip a livello nazionale.

#### Art. 20

##### *Riordino delle società a totale e maggioritaria partecipazione della Regione*

La norma individua undici aree strategiche per l'economia prevedendo che con decreto dell'Assessore regionale previo parere vincolante della Commissione bilancio dell'Assemblea Regionale Siciliana, a ciascuna area corrisponda una sola società a totale o maggioritaria partecipazione regionale; nel contempo si stabilisce la dismissione delle partecipazioni strategicamente non rilevanti.

Ulteriori aree strategiche possono essere individuate dal Presidente della Regione, su proposta dell'assessore regionale all'economia e previo parere vincolante della Commissione bilancio dell'Assemblea regionale siciliana.

Si stabilisce inoltre che le società a totale partecipazione regionale e quelle a totale o maggioritaria partecipazione locale devono adeguarsi ai limiti dei compensi per gli organi di amministrazione e controllo previsti dall'articolo 17.

È fatto infine divieto alle società a partecipazione regionale totale o maggioritaria di procedere a nuove assunzioni di personale.

#### Art. 21

##### *Società Terme di Sciacca e Società Terme di Acireale*

(Impugnato il secondo periodo del comma 2)

La norma autorizza l'amministrazione regionale ad attivare le procedure per la liquidazione delle società Terme di Sciacca e di Acireale. La gestione dei complessi termali, le connesse attività accessorie e lo sfruttamento delle acque termali e minerali sono affidate a soggetti privati da individuare tramite procedure a evidenza pubblica.

Si garantisce ai lavoratori delle società Terme di Sciacca e di Acireale, poste in liquidazione, la medesima tutela occupazionale prevista per il personale delle società a partecipazione regionale dismesse ai sensi dell'articolo 20.

**L'ultimo periodo del secondo comma, impugnato dal Commissario dello Stato per violazione degli articoli 3 e 97 della Costituzione, attribuisce all'Assessore per l'economia il compito di assicurare l'occupazione del personale nel caso in cui lo scioglimento delle società fosse precedente all'attuazione dell'articolo 20. L'impugnativa rileva l'irragionevolezza della norma diretta a garantire l'occupazione del personale a prescindere da una valutazione dell'interesse pubblico ad avvalersi dello stesso, in contrasto con il principio del buon andamento della pubblica amministrazione.**

#### Art. 22

##### *Spese per collaborazioni e consulenze*

Prevede che l'efficacia dei contratti di consulenza con l'amministrazione regionale o con enti sottoposti a tutela o vigilanza della Regione decorra dalla pubblicazione sul sito dell'amministrazione dei dati relativi al consulente, all'incarico e al compenso attribuito.

#### Art. 23

##### *Spese per relazioni pubbliche, convegni, mostre, pubblicità, rappresentanza e sponsorizzazioni*

Dispone che le spese per pubbliche relazioni, convegni, mostre e pubblicità sostenute dagli enti del settore pubblico regionale allargato non possano superare la misura di quelle sostenute nell'anno 2009, ridotta del 20 per cento.

Prevede inoltre la riduzione, rispetto all'anno 2009, del cinquanta per cento della spesa, a carico della Regione, sostenuta dai suddetti enti per la stampa delle relazioni e di ogni altra pubblicazione distribuita gratuitamente per legge.

## Art. 24

*Trasferimenti in favore della RESAIS S.p.A.*

L'articolo autorizza la RESAIS S.p.a. a utilizzare i trasferimenti ricevuti per l'attuazione della legge regionale n. 5 del 1999, relativamente alla gestione del personale derivante dalla liquidazione degli enti economici regionali, come acconto a valere sui futuri trasferimenti.

## Art. 25

*Taglia-oneri amministrativi*

In analogia a quanto stabilito in sede nazionale, la norma prevede l'approvazione, da parte della Giunta regionale, di un programma per la misurazione degli oneri amministrativi, al fine di ridurre tali oneri del venticinque per cento entro la fine dell'anno 2012. Ciascun Assessore deve adottare un piano di riduzione degli oneri per il raggiungimento di tale obiettivo.

## Art. 26

*Progetti obiettivo in favore degli enti locali*

La disposizione autorizza la spesa di 70 milioni di euro, a valere sulle risorse del PAR FAS Sicilia 2007/2013, a favore degli enti locali, per lo sviluppo economico e sociale e per interventi a tutela dell'ambiente, dei beni culturali e nel settore della sicurezza.

La norma va letta in combinato disposto con la tabella 2 allegata alla legge, che individua interventi ed enti destinatari.

**TITOLO III****DISPOSIZIONI IN MATERIA DI FUNZIONE PUBBLICA  
E DI FINANZA LOCALE.****INTERVENTI FINANZIARI URGENTI IN FAVORE  
DEGLI ENTI LOCALI**

## Art. 27

*Misure di sostegno per il ricovero di minori*

Gli stanziamenti di cui all'art. 27 sono destinati a finanziare le spese sostenute dai comuni per il ricovero dei minori disposto dall'autorità giudiziaria (per i quali si precisa che il rimborso sarà corrisposto solo per le spese "documentate") e, nei limiti delle risorse residue, di contributi straordinari a comuni colpiti da eventi calamitosi ovvero che versino in particolari condizioni di disagio, o in favore dei rapporti, anche in convenzione, per i ricoveri nelle comunità-alloggio e case famiglia dei pazienti dimessi dagli ex ospedali psichiatrici (per le quali si prevede un incremento di 5000 euro rispetto alla quota attuale).

## Art. 28

*Contributi alle province per erogazioni di servizi socio-assistenziali*

L'art. 28 prevede che le risorse destinate alle province che procedano all'inquadramento di soggetti impegnati in servizi socio-assistenziali forniti dei necessari requisiti vengano adeguate dinamicamente agli aggiornamenti contrattuali previsti per legge.

## Art. 29

*Premialità per assegnazioni agli enti locali*

L'art. 29 differisce al 31 dicembre 2010 il termine per la definizione, da parte dei comuni, delle pratiche di sanatoria edilizia previste dalla legge, la cui mancata realizzazione comporta l'esclusione dal meccanismo di premialità previsto dall'art. 12, comma 4, della legge regionale 28 dicembre 2004, n. 17.

## Art. 30

*Interventi di somma urgenza*

## Art. 31

*Assegnazione risorse agli enti locali per calamità naturali*

## Art. 32

*Assegnazioni per interventi a tutela dell'ordine pubblico*

## Art. 33

*Contributi agli enti locali colpiti da calamità naturali*

Sono altresì previste risorse volte a finanziare gli interventi di somma urgenza già effettuati con ordinanze dei sindaci ed accertati dal Dipartimento regionale della protezione civile (art. 30), a ristorare i comuni colpiti da calamità naturali (art. 31) o che debbano fronteggiare esigenze di ordine pubblico o emergenze legate alla gestione dei rifiuti (art. 32) nonché i soggetti, prioritariamente privati, che abbiano subito danni a seguito degli eventi calamitosi del dicembre 2008 (art. 33).

## Art. 34

*Interventi a sostegno del territorio, dell'economia e della ricerca*

L'art. 34, dopo aver previsto la destinazione di somme ai comuni della provincia di Messina colpiti dagli eventi alluvionali dell'ottobre 2009, stanziava risorse in favore delle iniziative regionali volte alla propaganda turistica e alla promozione di manifestazioni ed eventi di forte richiamo turistico, nonché di iniziative di carattere culturale, artistico e scientifico di particolare rilevanza; autorizza la destinazione di somme stanziata per il conferimento di borse di studio, ai sensi della legge regionale n. 33 del 1994, per il pagamento delle obbligazioni derivanti dai contratti di formazione avviati negli esercizi prece-

denti. Lo stesso articolo prevede, altresì, un limite di impegno di spesa della Regione ai fini del versamento dei contributi dovuti, ai sensi della l.r. n. 27 del 1991 alle imprese che abbiano proceduto ad assunzioni a tempo indeterminato. Si destinano somme al pagamento di spese sostenute da associazioni di tutela del movimento cooperativistico per lo svolgimento di attività revisionali.

#### Art. 35

##### *Tariffe servizio idrico*

L'art. 35 prevede che le risorse previste dall'art. 163 del d.lvo. n. 152 del 2006 (destinate ad enti locali impegnati nella tutela delle aree di salvaguardia delle risorse idriche) siano assegnate ai comuni in ragione della popolazione e utilizzate per fini di tutela ambientale.

#### Art. 36

##### *Interpretazione autentica dell'art. 39*

##### *della legge regionale 29 dicembre 1980, n. 145*

##### *e dell'art. 24 della legge regionale 23 dicembre 2000, n. 30*

(Articolo impugnato dal Commissario dello Stato ai sensi dell'art. 28 dello Statuto)

**L'art. 36, impugnato dal Commissario dello Stato si auto-qualifica come norma di "interpretazione autentica dell'art. 39 della legge regionale 23 dicembre 2000, n. 30". Esso sancisce che "al fine di assicurare effettività all'esercizio dei diritti politici, l'art. 39 della legge regionale 29 dicembre 1980, n. 145, e l'art. 24 della legge regionale 23 dicembre 2000, n. 30, sono intesi nel senso di riferirsi anche al rimborso delle spese legali sostenute dai sindaci e dai presidenti delle province regionali nei giudizi a loro carico subiti per farne dichiarare cause di ineleggibilità ovvero di incompatibilità poi riconosciute inesistenti". Le disposizioni cui si fa riferimento sono quelle che assicurano l'assistenza legale, mediante rimborso delle spese di giudizio sostenute, ai dipendenti e amministratori degli enti locali che in conseguenza di fatti ed atti connessi all'espletamento del servizio e dei compiti d'ufficio siano soggetti a procedimenti di responsabilità civile, penale o amministrativa, sempre che gli interessati siano stati dichiarati esenti da responsabilità. La norma in oggetto viene impugnata in quanto ritenuta in contrasto con gli articoli 3, 97 e 81, comma 4, della Costituzione.**

**Il Commissario dello Stato ha anzitutto considerato impropria la definizione dell'articolo in esame come norma di interpretazione autentica, data la sua natura sostanzialmente innovativa. Ma a provocare la censura di illegittimità è stata essenzialmente la circostanza che l'efficacia retroattiva della norma, derivante appunto dalla sua asserita natura di norma di interpretazione autentica, non appare supportata da adeguate considerazioni di ragionevolezza, come sancito anche dalla Corte costituzionale (sent. n. 108 del 2006).**

## Art. 37

*Competenze delle province in materia di manutenzione delle strade*

L'art. 37 inserisce, dopo il comma 1 dell'art. 13 della legge regionale 6 marzo 1986, n. 9, un nuovo comma nel quale si attribuisce alle province la competenza per la manutenzione della viabilità e per la rimozione di ceneri e lapilli in seguito ad eventi eruttivi vulcanici.

## Art. 38

*Canone ricognitorio delle concessioni demaniali marittime*

(Impugnato un inciso del comma 1)

L'art. 38 prevede che “il canone ricognitorio previsto per le concessioni demaniali marittime si applica in favore degli enti pubblici territoriali, **purché non traggano proventi dall'utilizzo dei medesimi beni demaniali nonché dagli impianti di allevamento ittico (inciso impugnato dal Commissario dello Stato)**”. Tale articolo fa riferimento ad un canone ridotto, di mero riconoscimento del carattere demaniale dei beni, applicabile nel caso di concessioni a enti pubblici o privati finalizzate a scopi di beneficenza o ad altri fini di pubblico interesse ai sensi dell'art. 39 del Codice della navigazione. Come evidenziato dalla Corte di Cassazione (sent. Cass. Sez. I, n. 1710 del 3 dicembre 2002), ai fini di tale agevolazione è necessario che il concessionario non ritragga stabilmente alcun lucro o provento dall'uso del bene demaniale.

**Il Commissario dello Stato ha impugnato l'inciso relativo agli impianti di allevamento ittico, la cui attività naturalmente imprenditoriale risulta contrastante con i requisiti richiesti per l'applicazione del canone ridotto, la quale in questo caso configurerebbe solo un ingiustificato vantaggio per le imprese siciliane. Ciò si porrebbe in contrasto con la *par condicio* tra gli operatori economici, e si profilerebbe come un'invasione della materia “tutela della concorrenza”, riservata allo Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. e) della Costituzione.**

## Art. 39

*Fondo trattamento di quiescenza*

L'art. 39 differisce all'esercizio finanziario 2011 il limite di impegno autorizzato dal comma 4 dell'art. 15 della legge regionale 14 maggio 2009, n. 6, il quale prevede per il finanziamento del Fondo di quiescenza del personale regionale, istituito dal comma 1 dello stesso articolo 15 della legge n. 6 del 2009, un limite di impegno quindicennale di 59.000 migliaia di euro annui, cui si provvede ai sensi dell'articolo 3, comma 2, lettera l), della legge regionale 27 aprile 1999, n. 10. Prevede altresì per il 2010, a compensazione della conseguente rimodulazione della spesa, il conferimento al detto Fondo di quiescenza del personale regionale, di beni immobili per un importo complessivo pari ad almeno 59.000 migliaia di euro.

## Art. 40

*Retribuzione massima pensionabile per i dipendenti regionali*

L'art. 40 stabilisce un tetto massimo di 250 mila euro per la retribuzione posta a base del calcolo dei trattamenti di pensione dei dipendenti regionali, da effettuare secondo il meccanismo del calcolo contributivo ai sensi dell'art. 20 della legge regionale 29 dicembre 2003, n. 21.

## Art. 41

*Interpretazione autentica in materia di trattamento di quiescenza dei dirigenti regionali*

L'art. 41 fornisce un'interpretazione autentica dell'art. 19, comma 1 della legge regionale, il quale fissa in 250.000 euro annui la retribuzione massima dei dirigenti a contratto dell'Amministrazione regionale. Viene accolta una nozione estensiva di tale norma, che viene riferita anche agli enti strumentali, alle società partecipate, a tutti i soggetti giuridici comunque controllati o vigilati dalla Regione. Si prevede che i corrispettivi relativi a contratti individuali vigenti alla data di entrata in vigore della predetta legge che superino il limite previsto vengano rideterminati ai sensi dell'art. 1419 del codice civile, con conseguente rideterminazione anche del trattamento di quiescenza.

## Art. 42

*Norme in materia di procedure concorsuali e di assunzione di personale*

L'art. 42 differisce al 31 dicembre 2013, per gli enti locali e le amministrazioni regionali, nonché per il personale non medico delle aziende sanitarie, il termine previsto dal comma 4 dell'art. 19 della legge regionale 1993, n. 25, il quale stabilisce che entro un triennio dall'entrata in vigore della medesima legge i concorsi presso l'Amministrazione regionale vengano espletati per soli titoli. Il divieto, stabilito per le amministrazioni regionali dall'art. 1, comma 10 della l.r. n. 25/2008, di procedere a nuove assunzioni di personale (sia a tempo indeterminato che determinato) non si applica ai concorsi relativamente ai quali sia già stata formata la graduatoria definitiva alla data di entrata in vigore della stessa l.r. n. 25 del 2008.

## Art. 43

*Norme sulla manutenzione e recupero di Palazzo ex Ministeri e sulla sede della Fondazione Federico II*

L'art. 43 autorizza la Presidenza della Regione allo stanziamento, per l'esercizio finanziario 2010, di risorse del FAS per il finanziamento degli interventi di manutenzione e recupero del Palazzo ex Ministeri nonché degli ambienti un uso all'Assemblea regionale. Esso trasferisce infine alla Fondazione Federico II il bene immobile sito a Palermo in via Garzilli già in uso della stessa, da utilizzare come sede dell'attività istituzionale dell'ente.

## Art. 44

*Fondo speciale regionale di compartecipazione  
ai fondi speciali per la sicurezza*

(Articolo impugnato dal Commissario dello Stato ai sensi dell'art. 28 dello Statuto)

**L'art. 44, oggetto di impugnativa da parte del Commissario dello Stato, procede all'istituzione di un "Fondo speciale regionale di compartecipazione ai Fondi speciali per la sicurezza", prevedendo che le sue risorse vengano assegnate alle Prefetture siciliane e, per la parte residua, destinate a progetti per il miglioramento dei servizi di polizia e di prevenzione e a progetti di riqualificazione e qualificazione professionale promossi da organismi rappresentativi delle forze di polizia nazionale. Il Commissario dello Stato ha ritenuto illegittima la previsione secondo cui nel Fondo dovrebbe confluire anche una quota dei beni confiscati alla mafia, sul presupposto che tali fondi siano nell'esclusiva disponibilità dello Stato in base alla riserva di competenza statale in materia di ordine pubblico sancita dall'art. 117, comma 2, lett. h) e l) della Costituzione (si tratterebbe anche di una violazione della legge n. 50 del 2010 che istituisce l'Agenzia nazionale per i beni confiscati alla mafia). È stata inoltre ritenuta illegittima la previsione relativa alla destinazione di parte del Fondo alle Prefetture, ritenuta tale da incidere sull'attività di organi statali ponendosi così in contrasto con la riserva di competenza statale in materia di disciplina degli organi statali di cui alla lett. g) del 2° comma dell'art. 117 della Costituzione.**

**TITOLO IV**DISPOSIZIONI IN MATERIA DI SERVIZI PUBBLICI LOCALI  
E DI ENERGIA

## Art. 45

*Interventi in favore dei comuni per il ripianamento dei debiti. Piano di rientro*

Viene creato un piano di rientro, con limite di impegno decennale di cinquanta milioni di euro, per ripianare le passività dei comuni relative al servizio integrato dei rifiuti. L'intervento regionale avviene attraverso il sistema delle anticipazioni da restituire in venti anni. Tali anticipazioni vengono erogate secondo due modalità: per i comuni che hanno pagato almeno il settanta per cento dei loro costi o che hanno un livello di raccolta differenziata non inferiore a quella prevista dalla recente legge di riforma del sistema dei rifiuti, nella misura integrale. Per gli altri comuni, in misura proporzionale al rapporto tra il totale dei costi del servizio ed i pagamenti effettivamente sostenuti.

## Art. 46

*Ordinanze contingibili e urgenti in materia di rifiuti*

La norma autorizza il Presidente della Regione ad anticipare agli enti locali

le risorse finanziarie per far fronte ad esigenze straordinarie di tutela della sanità ed igiene pubblica determinate dalla impossibilità degli enti locali stessi di assicurare l'integrale copertura del servizio integrato dei rifiuti. La disposizione si applica anche alle ordinanze in corso.

Art. 47

*Norme in materia di Piano regionale dei rifiuti*

Si autorizza il Presidente della Regione ad attivare forme di collaborazione con le università o altri enti pubblici al fine di supportare l'amministrazione regionale nella fase della programmazione del piano regionale dei rifiuti.

Art. 48

*Norme in materia di tributo speciale per il deposito  
in discarica dei rifiuti solidi urbani*

(Impugnato il comma 1)

**Il comma 1 impugnato dal Commissario dello Stato prevede una modifica al comma 6 dell'articolo 6 della legge regionale 29 dicembre 2003, n. 21, eliminando il riferimento temporale al 30 giugno 2004, termine per la definizione agevolata delle irregolarità e omissioni del versamento del tributo speciale per il deposito in discarica dei rifiuti solidi urbani.**

Nell'impugnativa si sostiene che la disposizione finirebbe col concedere una proroga *sine die* ai contribuenti che non abbiano ancora presentato l'istanza di definizione agevolata producendo una sostanziale situazione di incertezza per le province preposte a gestire la relativa procedura. Si contesta inoltre la creazione di una disparità di trattamento tra i contribuenti che abbiano rispettato il termine e quelli interessati dalle previsioni dell'articolo in esame. Tali osservazioni sostanzierebbero una violazione degli articoli 3 e 97 della Costituzione.

**Il comma 2 modifica i termini di decadenza entro i quali la provincia può notificare l'avviso di accertamento con la liquidazione dell'imposta (in caso di omessa dichiarazione) ovvero della maggiore imposta (in caso di dichiarazione infedele o inesatta).**

Art. 49

*Gestione integrata del servizio idrico*

(Impugnati l'ultimo periodo dei commi 1 e 3 ed il comma 4)

**La norma prevede la soppressione delle Autorità d'ambito al fine di adeguare la legislazione regionale al mutato assetto normativo nazionale e stabilisce le relative disposizioni transitorie. Sono mantenuti gli ambiti territoriali ottimali (ATO).**

**Il secondo periodo del comma 1 prevedeva che la gestione integrata del servizio idrico venisse organizzata con separato provvedimento, adot-**

tato nelle forme dell'articolo 2, comma 186 bis, della legge n. 191 del 2009. La disposizione è stata oggetto di impugnativa da parte del Commissario dello Stato, in quanto si è ritenuta lesiva della "tutela dell'ambiente" e della "tutela della concorrenza", entrambe di competenza statale. In particolare, la norma impugnata richiama soltanto le forme dell'intervento regionale di cui al citato comma 186 bis, rinviando l'organizzazione della gestione integrata del servizio idrico ad un provvedimento diverso.

Sono stati, altresì, impugnati l'ultimo periodo del comma 3 e il comma 4. La norma prevista al comma 3 stabiliva che nel caso in cui la percentuale di mancata realizzazione degli investimenti fosse superiore al 40 per cento, l'autorità potesse risolvere il contratto con il gestore per inadempimento, con esclusione delle ipotesi in cui il mancato adempimento non fosse dipeso dal fatto del gestore medesimo. Si tratta di una previsione che, a giudizio del Commissario, lede le competenze legislative statali in materia di "tutela della concorrenza" e l'"ordinamento civile".

Il comma 4, invece, disponeva forme di affidamento di nuove gestioni del servizio idrico in contrasto con l'articolo 23 bis del decreto-legge n. 112 del 2008.

Il secondo comma, in atto vigente nella formulazione risultante dall'omissione delle parti impuginate, sebbene faccia riferimento alla risoluzione dei contratti per impossibilità sopravvenuta per mancanza del soggetto gestore del servizio, affida ad un atto discrezionale, ovvero alla revoca, la scelta della decadenza delle aggiudicazioni e dei relativi provvedimenti in essere.

#### Art. 50

##### *Norme a tutela degli utenti del servizio idrico e dei servizi di pubblica utilità*

Vengono istituiti, presso l'Assessorato regionale dell'energia e dei servizi di pubblica utilità, un comitato che operi a tutela degli interessi diffusi in materia di servizio idrico ed un tavolo consultivo permanente con funzioni di controllo sul sistema tariffario.

## TITOLO V

### MISURE PER FAVORIRE L'OCCUPAZIONE E LO SVILUPPO

#### Capo I

##### MISURE URGENTI

#### Art. 51

##### *Misure urgenti di sostegno all'occupazione*

(Impugnati i commi 4 e 5)

**La norma determina, in apposita tabella, la pianta organica del per-**

**sonale non dirigenziale dell'Amministrazione regionale, ad esclusione del personale del Corpo forestale della Regione.**

**È prevista una rideterminazione annuale, da effettuarsi con decreto del Presidente della Regione previa delibera della Giunta, in caso di modifiche derivanti da disposizioni normative e contrattuali.**

**Si autorizza, inoltre, l'utilizzazione fino al 31 dicembre 2010 del personale a contratto della protezione civile e dei consorzi di bonifica, di lavoratori socialmente utili e del personale a contratto del dipartimento Acqua e Rifiuti.**

**Si dispone la proroga, fino al 30 giugno 2010, dei progetti attuativi degli sportelli multifunzionali e, fino al 31 dicembre 2010, dei contratti di specifico personale del Dipartimento dell'ambiente selezionato con procedure di evidenza pubblica.**

**Si prevede, infine, l'incremento di 1 milione di euro dei fondi destinati a politiche attive del lavoro in contesti di degrado sociale.**

**I commi 4 e 5, impugnati dal Commissario dello Stato per violazione degli articoli 3, 51 e 97 della Costituzione, prevedevano l'ampliamento di 400 unità della dotazione organica regionale e un ampliamento della categoria dei soggetti destinatari delle procedure di stabilizzazione.**

**L'impugnativa sottolinea come, sia l'incremento per legge della dotazione organica in assenza di un'adeguata ponderazione dell'interesse pubblico, sia l'introduzione di criteri per la stabilizzazione non conformi alla normativa statale comportino una lesione dei principi del pubblico concorso, di ragionevolezza e di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione.**

#### Art. 52

##### *Disposizioni in favore dei soggetti coinvolti nei progetti Emergenza Palermo*

L'articolo prevede la sovvenzione, da parte della Regione, di progetti triennali da affidare tramite pubblico avviso per l'impiego dei soggetti svantaggiati già impiegati nei progetti Emergenza Palermo dal 2001 al 2009.

Fino all'attivazione dei progetti è prevista l'erogazione di un sostegno al reddito.

I fondi stanziati sono pari a 24 milioni di euro per il 2010 e 36 milioni di euro per ciascuno dei due esercizi finanziari successivi.

## **Capo II**

### **CREDITO D'IMPOSTA REGIONALE PER L'INCREMENTO DELL'OCCUPAZIONE**

#### Art. 53

##### *Soggetti beneficiari*

(Impugnato inciso finale del comma 1 e comma 4)

Art. 54

*Definizioni*

Art. 55

*Misura dell'agevolazione*

(Impugnato comma 4)

Art. 56

*Incremento della base occupazionale*

(Impugnato comma 1)

Art. 57

*Modalità applicative*

(Articolo impugnato dal Commissario dello Stato  
ai sensi dell'art. 28 dello Statuto)

Art. 58

*Condizioni di ammissibilità*

(Impugnato comma 1)

Art. 59

*Modalità di accesso e di fruizione del credito d'imposta*

(Impugnati alcuni periodi del comma 4 e tre incisi del comma 5)

Art. 60

*Cause di decadenza*

(Impugnati il periodo finale della lettera c) del comma 1 ed il comma 3)

Art. 61

*Disposizioni attuative, verifiche e sanzioni*

(Impugnati un inciso del comma 1, il comma 2 ed il comma 4)

Art. 62

*Norme di salvaguardia comunitaria*

Art. 63

*Risorse finanziarie*

Art. 64

*Convenzione per l'applicazione delle disposizioni agevolative*

Art. 65

*Regolazioni contabili*

**Tra gli interventi a sostegno dell'occupazione contenuti nel Titolo V della legge finanziaria regionale per il 2010 è ricompreso, al Capo II, un contributo di cui potranno avvalersi i datori di lavoro che procederanno**

all'assunzione con contratto di lavoro a tempo indeterminato di lavoratori svantaggiati, molto svantaggiati e disabili.

In origine, gli articoli disciplinanti il predetto contributo contenevano dei commi e degli incisi che non sono stati promulgati dal Presidente della Regione siciliana in quanto oggetto di ricorso da parte del Commissario dello Stato.

Nell'impugnativa del Commissario dello Stato, si sosteneva che le disposizioni *de quibus* fossero lesive della competenza esclusiva dello Stato in materia di sistema tributario e contabile (art. 117, comma 2, lett. e) Cost.) nella misura in cui prevedevano un'agevolazione tributaria, nella forma del credito d'imposta, applicabile anche a tributi erariali. Tale previsione avrebbe costituito difatti un'illegittima integrazione della disciplina dei tributi erariali e, dal tenore delle norme impugnate, non pareva desumersi che il credito di imposta in oggetto riguardasse solamente tributi regionali o che comunque afferissero al territorio regionale ed affluissero alle casse regionali in virtù delle previsioni dello Statuto speciale.

La parti impugnate erano quindi quelle in cui si utilizzava la locuzione "credito d'imposta" e quelle in cui si faceva riferimento ad una convenzione con l'agenzia delle entrate; pertanto, a seguito della loro omissione, le disposizioni in commento delineano un intervento della Regione che si concretizza nell'erogazione di un mero contributo senza alcuna connotazione di natura tributaria. Rimane tuttavia l'utilizzo dell'espressione credito d'imposta nella rubrica del Capo in questione.

L'importo del contributo in questione è pari a 333 euro mensili per ciascun lavoratore; nell'ipotesi in cui si tratti di lavoratrici tale cifra sale a 416 euro. Il contributo spetta per un periodo massimo di dodici mesi nel caso di lavoratori svantaggiati e di ventiquattro mesi qualora l'assunzione riguardi lavoratori molto svantaggiati o disabili.

L'assunzione dei nuovi lavoratori deve comportare, in ogni caso, un incremento netto del numero dei lavoratori dipendenti secondo i criteri di cui all'articolo 56 della legge in commento.

Al fine di determinare gli effettivi destinatari del credito d'imposta occorre fare riferimento all'elenco di cui all'articolo 36 della legge regionale n. 9 /2009 il quale include le seguenti categorie di datori di lavoro: imprese individuali, societarie e cooperative, consorzi di imprese individuali, societarie e cooperative che abbiano una sede operativa nel territorio della Regione ed operanti in qualsiasi settore produttivo, commerciale o di servizi; lavoratori autonomi, compresi gli iscritti negli albi, ordini e collegi professionali; organizzazioni non lucrative di utilità sociale (Onlus); associazioni, con o senza personalità giuridica, di cui al libro I del codice civile, e fondazioni.

Per l'individuazione dei lavoratori svantaggiati, molto svantaggiati e disabili invece si rimanda alle definizioni contenute nel Regolamento CE n. 800/2008.

**Gli articoli relativi al credito d'imposta regionale disciplinano poi le modalità di accesso al contributo nonché le cause di decadenza dal medesimo.**

**Capo III**

POLITICHE SOCIALI

Art. 66

*Interventi concernenti le politiche sociali*

La norma precisa che il rinvio alla legislazione vigente, di cui al comma 15 dell'articolo 21 della legge regionale n. 19 del 2005, relativo alla riserva a favore dei comuni che abbiano attivato misure di fuoriuscita dal bacino dei lavoratori socialmente utili nell'ambito della ripartizione delle risorse finanziarie in favore degli enti locali, va riferito sia alla legislazione nazionale che a quella regionale.

Art. 67

*Istituzione e finanziamento di zone franche urbane*

Un altro intervento volto al sostegno dell'occupazione è dato dall'istituzione delle zone franche urbane ossia di ambiti territoriali nei quali le piccole e micro imprese sono esentate da taluni oneri fiscali e contributivi. Esse sono state previste per la prima volta dalla normativa nazionale (legge 27 dicembre 2006 n. 296, articolo 1, commi 340-342); in Sicilia, in particolare, il CIPE ha istituito tre zone franche urbane.

Con l'intervento in questione, ci si propone l'istituzione di ulteriori zone franche urbane nel territorio della regione. Più nel dettaglio, si tratterebbe di quelle già individuate dalla Regione siciliana (delibera di Giunta n. 186 dell'1 agosto 2008) – e per le quali è stata avanzata una richiesta di finanziamento al CIPE da parte del Ministero dello Sviluppo economico – nonché di quelle determinate sulla base della procedura delineata dall'articolo 67, comma 5, della legge in commento.

Si prevede che la Regione provveda al rimborso degli oneri fiscali e contributivi di cui alle lettere a) e b) dell'articolo 67, comma 2, nei confronti delle piccole e micro imprese, con priorità per quelle di nuova costituzione. Tale rimborso deve avvenire nel rispetto della disciplina comunitaria sugli aiuti *de minimis*.

Art. 68

*Modifica alla legge regionale 20 novembre 2008, n. 15  
in materia di zone franche per la legalità*

Con l'articolo 68 si è apportata una modifica all'articolo 3 della legge regionale n. 15/2008 (Misure di contrasto alla criminalità organizzata) con la quale si attribuisce all'Assessore regionale per la famiglia, le politiche sociali e il lavoro l'individuazione della soglia massima del rimborso da parte della regione degli oneri fiscali di cui al medesimo articolo 3. In particolare, tale rimborso costituisce uno degli strumenti attraverso cui incoraggiare gli imprenditori a denunciare richieste estorsive o comunque provenienti dalla criminalità organizzata.

**TITOLO VI**  
DISPOSIZIONI IN MATERIA  
DI INFRASTRUTTURE E DI TRASPORTI

Art. 69

*Piano triennale opere pubbliche*

Detta una deroga, per l'anno 2010, al principio secondo cui le amministrazioni aggiudicatrici, ai sensi dell'articolo 8 della legge regionale n. 7 del 2002, devono approvare l'elenco annuale dei lavori pubblici unitamente al bilancio preventivo di cui costituisce parte integrante. Entro il 30 giugno del 2010 le amministrazioni possono, dunque, approvare il piano triennale e l'elenco annuale dei lavori pubblici separatamente dal bilancio.

Art. 70

*Agevolazioni in favore di cooperative edilizie*

Si incrementa lo stanziamento per i contributi in conto interessi alle cooperative edilizie ed ai loro consorzi attraverso un limite di impegno ventennale pari a 5 milioni per anno.

Art. 71

*Gestione dei porti*

Si interviene al fine di consentire alla Regione l'utilizzazione dei fondi comunitari per il periodo 2007-2013 nella gestione portuale.

Art. 72

*Accordo di programma per manutenzione  
e costruzione di strade provinciali*

Attraverso lo strumento dell'accordo di programma ed a valere sulle risorse FAS vengono destinati per ciascuna provincia 10 milioni di euro tranne che per la provincia di Messina, per la quale lo stanziamento è pari a 25 milioni di euro.

Art. 73

*Contributi alla provincia di Agrigento  
per strade di Collegamento*

Il contributo, pari a 1,5 milioni di euro, è assegnato sulle risorse FAS ed è relativo a costi di progettazione esecutiva a favore della provincia di Agrigento.

Art. 74

*Contributo taxi*

Gli oneri complessivi gravanti sul 2010 per quattro annualità di contributi (2006-2009) sono pari a 5,2 milioni di euro.

## Art. 75

*Norme in materia di trasporto aereo*

(Articolo impugnato dal Commissario dello Stato  
ai sensi dell'art. 28 dello Statuto)

L'articolo intendeva introdurre misure volte ad istituire nuovi collegamenti aerei *point to point* con destinazioni nazionali e comunitarie da e per gli aeroporti nel territorio della Regione.

Il Commissario dello Stato ha impugnato tale norma, ai sensi dell'art. 28 dello Statuto, in quanto tali aspetti della disciplina degli aeroporti rispondono ad esigenze di sicurezza del traffico aereo e di tutela della concorrenza, di competenza esclusiva dello Stato. Secondo l'impugnativa l'articolo non terrebbe conto della normativa statale e comunitaria di riferimento, invadendo, come già detto, la competenza statale in materia.

## Art. 76

*Norme in materia di trasporto pubblico locale*

Detta la disciplina di adeguamento alla normativa nazionale della normativa regionale, in materia di contratti di servizio del trasporto pubblico locale, a cui, rispetto ai comuni servizi pubblici locali, è riservato un sistema di affidamenti derogatorio.

**TITOLO VII****DISPOSIZIONI IN MATERIA DI ISTRUZIONE  
E FORMAZIONE PROFESSIONALE**

## Art. 77

*Interventi di formazione permanente e di formazione continua*

L'art. 77, stabilendo che gli interventi di formazione permanente e formazione continua rientranti nel Piano dell'offerta formativa 2011 possono gravare sul Programma operativo regionale del FSE- Obiettivo convergenza 2007-2013, sancisce la necessaria applicazione a tal fine della normativa comunitaria (regolamenti CE n. 1083/2006, n. 1081/2006, n. 1828/2006 relativi al Fondo europeo di sviluppo regionale, al Fondo sociale europeo e al Fondo di coesione) e nazionale (tra cui anzitutto il D.P.R. 3 ottobre 2008, n. 196, emanato in attuazione del Regolamento CE n. 1083/2006).

## Art. 78

*Piano di attività extrascolastiche per le scuole in aree a rischio*

L'art. 78 prevede un piano di intervento regionale in favore delle scuole di ogni ordine e grado ubicate in aree a rischio di marginalità per la realizzazione di attività extra-scolastiche pomeridiane. Prevede altresì che i comuni attivino, a partire dall'anno scolastico 2010-2011, un servizio mensa destinato agli studenti

del primo ciclo di istruzione impegnati nelle dette attività. I richiamati interventi saranno finanziati con risorse del P.O. FSE 2007-2013.

Art. 79

*Contributi alle università e alla scuola superiore  
di eccellenza di Catania*

L'art. 79 prevede contributi regionali alle università siciliane e alla scuola superiore di eccellenza di Catania allo scopo di consentire a questi soggetti di attuare investimenti rientranti nell'ambito di quelli considerati dall'art. 3, comma 18 della legge 24 dicembre 2003, n. 350.

**TITOLO VIII**

DISPOSIZIONI IN MATERIA DI PESCA  
E RISORSE AGRICOLE

Art. 80

*Fondo di Solidarietà regionale*

Art. 81

*Interventi a compensazione dei danni da peronospora della vite*

Art. 82

*Accordo delle filiere agroalimentari*

Art. 83

*Mercati contadini*

Art. 84

*Norme in materia di agriturismo*

Art. 85

*Canoni irrigui*

Art. 86

*Enoteca regionale della Sicilia*

Art. 87

*(Trasferimento al comune di Scicli delle strutture  
del mercato del fiore di Donnalucata)*

(Articolo impugnato dal Commissario dello Stato  
ai sensi dell'art. 28 dello Statuto)

Art. 88

*Contributi alle aziende agro-silvo pastorali*

## Art. 89

*Alimenti somministrati nelle mense*

(Articolo impugnato dal Commissario dello Stato  
ai sensi dell'art. 28 dello Statuto)

## Art. 90

*Interventi a favore dei marittimi imbarcati sul motopeschereccio "Luna rossa",  
vittime dell'evento del 6 marzo 2010. Spese carburanti*

Il titolo VIII delinea una serie di interventi nei settori dell'agricoltura e della pesca volti al sostegno delle imprese anche sotto il profilo della semplificazione amministrativa delle attività.

In primo luogo, è istituito il Fondo di solidarietà regionale al fine di sostenere le imprese agricole danneggiate da avversità atmosferiche assimilate alle calamità naturali e dichiarate con decreto del Ministero delle risorse agricole, alimentari e forestali e con deliberazioni della Giunta regionale. Si delineano anche interventi a compensazione dei danni conseguenti agli attacchi della peronospora della vite avvenuti in Sicilia nel corso del 2007.

Sono previsti poi contributi per i costi relativi al carburante agricolo da destinare alle imprese agricole siciliane attive nei comparti produttivi per i quali è stato dichiarato con delibera della Giunta regionale lo stato di crisi del mercato.

Al fine di semplificare i procedimenti amministrativi che interessano gli operatori del comparto agricolo, si prevede la valorizzazione del ruolo dei Centri autorizzati di assistenza agricola (CAA).

È istituito altresì, presso l'Assessorato regionale delle risorse agricole e alimentari, l'Osservatorio regionale dell'imprenditoria giovanile in agricoltura (ORIGA).

Si prevede poi che l'Assessorato regionale delle risorse agricole e alimentari promuova la sottoscrizione di accordi tra i componenti delle filiere agroalimentari al fine della valorizzazione dei prodotti delle medesime filiere.

Il Titolo in commento prevede inoltre l'istituzione e la promozione dei mercati contadini. In particolare, questi possono essere promossi da comuni, unioni di comuni, province regionali e consorzi di imprese agricole. I soggetti che avranno la possibilità di esercitare la vendita diretta dei propri prodotti presso i mercati contadini sono gli imprenditori agricoli di cui all'articolo 2135 del codice civile, ivi comprese le cooperative di imprenditori agricoli, regolarmente iscritti nel registro delle imprese. Si demanda poi alla Giunta regionale, su proposta dell'Assessore per le risorse agricole e alimentari e sentita la competente commissione legislativa dell'Assemblea regionale siciliana, l'adozione delle relative normative di attuazione.

Il Titolo VIII interviene inoltre in seno alla legge regionale n. 3 del 2010 in materia di agriturismo al fine di inserirvi delle disposizioni che demandino ad un decreto del Presidente della Regione, su proposta dell'Assessore regionale per la

salute e dell'Assessore per le risorse agricole e alimentari, previa delibera della Giunta regionale, l'adozione delle disposizioni regolamentari attuative di alcuni articoli. Tale intervento si è reso necessario poiché, a seguito dell'impugnativa del Commissario dello Stato, la legge sull'agriturismo era stata promulgata senza le parti, oggetto del ricorso, in cui si demandava a un decreto dell'Assessore regionale per le risorse agricole e alimentari la determinazione delle disposizioni applicative della legge. Il Commissario dello Stato aveva censurato le suddette norme perché avrebbero dovuto rinviare ad un regolamento e non a un semplice decreto assessoriale.

Tra gli altri interventi previsti, si stabilisce che i consorzi di bonifica non possano aumentare per la stagione agraria 2010 i canoni irrigui.

Si affianca, all'Enoteca regionale della Sicilia, la rete di enoteche locali, prevedendo altresì che l'Assessore regionale per le risorse agricole e alimentari sia autorizzato a concedere un contributo per le spese di costituzione e di gestione dell'Enoteca regionale della Sicilia e della rete di enoteche locali e delle strade del vino riconosciute.

Nel settore della pesca, a favore delle imprese iscritte nei compartimenti marittimi della Regione, si prevede un contributo quale concorso per la copertura delle spese sostenute per il consumo di gasolio nel biennio 2009/2010.

Infine, è concesso un contributo straordinario a favore dei marittimi del motopeschereccio "Luna rossa" vittime dell'evento del 6 marzo 2010.

In origine il Titolo VIII conteneva due articoli – 87 e 89 – che sono stati oggetto di impugnazione da parte del Commissario dello Stato e che non sono stati poi promulgati.

L'articolo 87 prevedeva il trasferimento da parte dell'Assessorato regionale delle risorse agricole e alimentari di strutture, aree di pertinenza e macchinari del mercato del fiore di Contrada Spinello al Comune di Scicli. La norma è stata impugnata poiché, a seguito della richiesta di chiarimenti, ai sensi dell'art. 3 del D.P.R. n. 488/1969, il Commissario dello Stato ha ritenuto che l'amministrazione regionale non abbia fornito assicurazioni sulla titolarità dei beni immobili e mobili oggetto in questione, rendendo pertanto irragionevole la norma che autorizza il trasferimento o la cessione di un immobile sul quale non avrebbe alcun diritto reale.

L'altra norma del Titolo VIII impugnata, l'articolo 89, imponeva agli enti locali che forniscono servizi di mense scolastiche, universitarie ed ospedaliere, di assicurare che almeno il 50% degli alimenti somministrati fossero prodotti in Sicilia. La norma è stata ritenuta dal Commissario dello Stato viziata da manifesta irragionevolezza nonché invasiva della competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza.

**TITOLO IX**  
FAMIGLIA E POLITICHE SOCIALI

Art. 91

*Piani personalizzati per i minori affetti da disabilità*

Prevede la revisione dei piani dei distretti socio-sanitari e l'adozione, previo concerto con le associazioni familiari, di piani personalizzati per i minori disabili attraverso direttive emanate dall'Assessore per la famiglia, le politiche sociali e il lavoro.

All'attuazione dei piani è devoluta una quota di almeno il 50 per cento del Fondo della non autosufficienza.

Art. 92

*Disposizioni in materia di assistenza al ricovero di grandi invalidi di guerra*

Prevede, in caso di ricovero ospedaliero di grandi invalidi di guerra ciechi o amputati, la permanenza continuativa dell'accompagnatore, su richiesta della famiglia.

Art. 93

*Sostegno alle relazioni familiari*

Aggiunge gli oratori tra i destinatari dei contributi concessi dall'Assessore per la famiglia per interventi sociali ed educativi complementari alle prestazioni sanitarie e sociali.

Art. 94

*Centri di accoglienza per donne vittime di maltrattamenti*

Estende l'ambito di applicazione dei contributi regionali già previsti a sostegno dei centri di accoglienza di donne vittime di maltrattamenti e dei figli minori, comprendendo anche i centri di accoglienza dei figli disabili, a prescindere dall'età.

**TITOLO X**  
NORME IN MATERIA DI SANITÀ

Art. 95

*Farmacie rurali*

L'art. 95 apporta un'integrazione all'art. 27 della legge regionale 5 gennaio 1999, n. 4.

Dopo il comma 1, che prevede l'erogazione di un'indennità di residenza, da parte dell'Assessore regionale per la sanità, ai titolari di farmacie rurali private e sussidiate aventi sede nei comuni siti nelle isole minori, viene inserito un comma 1-bis, nel quale si precisa che a decorrere dall'esercizio finanziario 2010

la relativa spesa sarà determinata ai sensi dell'art. 3, comma 2, lett. g) della legge regionale 27 aprile 1999, n. 10. Quest'ultimo statuisce che ogni anno la legge finanziaria regionale provveda, tra l'altro, alla "determinazione, in apposita tabella, dell'importo da iscrivere in ciascuno degli anni considerati dal bilancio pluriennale per le leggi di spesa permanente, di natura corrente e in conto capitale, le cui quantificazione è rinviata alla legge finanziaria".

#### Art. 96

##### *Semplificazione degli adempimenti di competenza delle Aziende sanitarie provinciali*

L'art. 96 intende semplificare taluni adempimenti di competenza delle Aziende sanitarie provinciali prevedendo che quando queste ultime debbano procedere ad opere soggette a permesso di costruire (nel caso in cui si tratti di interventi di edilizia residenziale ovvero la verifica non comporti valutazioni tecnico-discrezionali) o ad opere da realizzarsi mediante denuncia di inizio attività il parere relativo alla conformità del progetto alle norme igienico-sanitarie possa essere sostituito, rispettivamente, da un'autocertificazione o da una dettagliata relazione che attesti la conformità dell'opera alle norme vigenti accompagnata dagli opportuni elaborati progettuali. Tanto il parere che la relazione devono essere redatti da un progettista abilitato.

#### Art. 97

##### *Elevazione del valore ISEE di esenzione*

L'art. 97 interviene sull'art. 7 della legge regionale 29 dicembre 2003, n. 21, il quale prevede la partecipazione degli assistiti al costo delle prestazioni sanitarie, disponendo che il regime dell'esenzione sia basato sul sistema dell'indicatore di situazione economica equivalente (ISEE). Dopo il comma 2 di tale articolo vengono ora inseriti cinque nuovi commi, nei quali si autorizza l'Assessore regionale per la salute a rideterminare con proprio decreto l'ISEE per la partecipazione al costo delle prestazioni specialistiche ambulatoriali entro la soglia massima di 20.000 euro, si stabiliscono a pena di inammissibilità modalità di compilazione e contenuti delle prescrizioni e si dispone che in caso di esecuzione delle prestazioni in violazione di tali previsioni gli oneri relativi alle prescrizioni siano posti solidalmente a carico del medico prescrittore e del responsabile dell'erogazione della prestazione; si prevede altresì un'azione di monitoraggio e di verifica da parte delle Aziende sanitarie e un controllo annuale da parte dell'Assessorato della salute sulla veridicità e corretta applicazione degli indicatori ISEE. Si procede infine all'abrogazione del comma 14 dell'art. 9 della legge regionale 2 maggio 2007, n. 12, che prevede un gettone di presenza per i componenti dell'Osservatorio regionale per l'appropriatezza delle prestazioni sanitarie per la partecipazione alle sedute dell'organo.

## Art. 98

*Rifugi sanitari e prevenzione del randagismo*

L'art. 98 contiene un'autorizzazione di spesa, a valere sul FAS 2007-2013, per il finanziamento di interventi diretti alla prevenzione del randagismo e di quelli previsti dalla legge regionale 3 luglio 2000, n. 15 "Istituzione dell'anagrafe canina e norme per la tutela degli animali da affezione e la prevenzione del randagismo", destinandone una quota del dieci per cento ai comuni o ai loro consorzi che utilizzino i beni immobili confiscati alla mafia per la realizzazione di rifugi sanitari.

## Art. 99

*Indennità rimborso spese per distruzione carcasse animali*

L'art. 99, infine, provvede per l'esercizio finanziario 2010 all'autorizzazione di spesa (quantificata in 200 migliaia di euro) necessaria per consentire gli interventi di eliminazione delle carcasse animali.

**TITOLO XI**

## DISPOSIZIONI IN MATERIA DI TURISMO, SPORT E SPETTACOLO

## Art. 100

*Norme di potenziamento delle attività sportive di interesse regionale*

Autorizza la concessione di un contributo regionale annuale di 500 migliaia di euro al Coni Sicilia, comprendendo l'ente tra quelli destinatari dei contributi previsti nella tabella "G".

## Art. 101

*Fiumara d'Arte*

Prevede che il contributo già concesso parzialmente a specifici comuni ai sensi della legge regionale n. 6 del 2006 sia destinato unicamente all'associazione Fiumara d'arte per tutte le iniziative culturali, per la conservazione delle opere esistenti e per l'inserimento di nuove opere nel percorso turistico culturale.

Per l'utilizzazione del contributo è prevista la predisposizione di un piano annuale.

**TITOLO XII**

## DISPOSIZIONI IN MATERIA DI TERRITORIO E AMBIENTE

## Art. 102

*Rendicontazione degli enti di gestione delle riserve naturali*

Viene esteso l'onere della rendicontazione delle spese agli enti gestori delle riserve naturali, così come avviene in capo agli enti gestori dei parchi.

## Art. 103

*Norme in materia di vigilanza sulla riserva di Monte Cofano*

Si affidano i compiti di vigilanza sulla riserva di Monte Cofano al Corpo forestale della Regione.

## Art. 104

*Cessione dell'area attrezzata di Punta Cugno*

(Articolo impugnato dal Commissario dello Stato ai sensi dell'art. 28 dello Statuto)

**Con la norma in commento si operava il trasferimento della proprietà dell'area attrezzata di Punta Cugno dall'Autorità portuale di Augusta alla ASI di Siracusa. La norma è stata impugnata dal Commissario dello Stato, ai sensi dell'art. 28 dello Statuto, in quanto, secondo il contenuto dell'impugnativa, si tratta di area ricadente nel demanio marittimo statale, sulla quale la Regione non può esercitare alcun diritto.**

## Art. 105

*Fondo regionale di garanzia per l'installazione di impianti fotovoltaici*

Viene istituito un Fondo regionale di garanzia al fine di assicurare la copertura dei rischi derivanti dai finanziamenti a medio termine concessi alle piccole e medie imprese, nonché alle famiglie, per l'installazione di impianti fotovoltaici sino ad una potenza massima di 20 Kw per unità immobiliare.

**TITOLO XIII****NORME IN MATERIA DI ATTIVITÀ PRODUTTIVE**

## Art. 106

*Microcredito*

## Art. 107

*Misure per favorire i processi di patrimonializzazione dei confidi*

## Art. 108

*Norme in materia di riordino dei confidi*

## Art. 109

*Modifica all'articolo 1 della legge regionale 16 dicembre 2008, n. 21 in materia di provvedimenti in favore dei consorzi fidi*

## Art. 110

*Modifiche all'articolo 8 della legge regionale 16 dicembre 2008, n. 23 in materia di aiuti alle imprese*

## Art. 111

*Rilancio produttivo del settore industriale*

Art. 112

*Dismissione beni immobili.  
Norme sul recupero abitativo*

Art. 113

*Norme in materia di espropriazione*

Art. 114

*Centri di assistenza alle cooperative*

Art. 115

*Norme per il sostegno delle cooperative*

Art. 116

*Misure per il consolidamento  
delle esposizioni debitorie delle cooperative.  
Bilanci dell'IRCAC*

Art. 117

*Norme sulla rappresentatività  
delle cooperative legalmente riconosciute*

Art. 118

*Interpretazione autentica dell'articolo 4 della legge regionale  
22 dicembre 2005, n. 20, in materia di semplificazione  
delle procedure di erogazione dei regimi di aiuto*

Art. 119

*Controlli sulle cooperative*

Art. 120

*Norme sulle cooperative giovanili*

Art. 121

*Fondo regionale di garanzia per l'artigianato*

Art. 122

*Integrazione del Fondo unico a gestione separata da destinare  
agli interventi previsti sul credito agevolato a favore degli artigiani*

Art. 123

*Interventi in favore delle imprese artigiane*

Art. 124

*Ripianamento esposizioni debitorie  
in favore delle imprese artigiane*

## Art. 125

*Contributo straordinario all'Ente autonomo Fiera del Mediterraneo di Palermo  
e all'Ente autonomo Fiera di Messina*

(Impugnato l'ultimo periodo del comma 1)

Il Titolo XIII contiene misure volte al sostegno delle attività produttive che mirano in primo luogo ad agevolare l'accesso al credito da parte delle imprese.

Segnatamente, l'articolo 106 disciplina iniziative di microcredito a favore di micro, piccole e medie imprese nell'ambito dell'utilizzo del "Fondo Jeremie" di cui all'accordo tra il Fondo europeo degli investimenti (FEI) e la Regione siciliana. Il medesimo articolo prevede altresì che la Regione promuova iniziative di microcredito a favore delle famiglie e a tal fine si autorizza l'Assessorato regionale per l'economia a istituire un Fondo etico della Regione siciliana (FERS).

Sono delineate poi misure per favorire i processi di patrimonializzazione dei Confidi; in particolare, si autorizza l'Assessorato regionale dell'economia a concedere prestiti volti a rafforzare il patrimonio dei Confidi in presenza di percorsi di razionalizzazione e riorganizzazione delle propria attività.

Allo scopo di favorire il rilancio produttivo dell'area industriale di Termini Imerese, sono stanziati 150 milioni di euro, prevedendo che dette risorse debbano essere utilizzate dall'Assessore regionale per le attività produttive, d'intesa con l'Assessore regionale per l'economia, previa sottoscrizione di appositi accordi di programma e previo parere obbligatorio della Commissione bilancio dell'Assemblea regionale siciliana.

Il Titolo in commento contiene anche una serie di interventi riguardanti nello specifico le imprese cooperative. Si autorizza infatti l'Istituto regionale per il credito alla cooperazione (IRCAC) a destinare una quota del fondo a gestione separata di competenza alla concessione di contributi in conto interesse; si autorizza altresì l'IRCAC a concedere finanziamenti a tasso agevolato per operazioni di consolidamento delle esposizioni debitorie nei propri confronti.

Per quanto concerne invece il settore dell'artigianato, è istituito un fondo regionale di garanzia finalizzato alla cogaranzia e alla controgaranzia di operazioni effettuate dai confidi in favore di imprese artigiane.

Si autorizza poi l'Assessorato regionale delle attività produttive a concedere, per il tramite della Cassa regionale per il credito alle imprese artigiane (CRIAS), contributi in conto interesse per il ripianamento delle esposizioni debitorie relative all'attività artigianale.

**Infine, l'articolo 125 del titolo XIII destina un contributo straordinario all'Ente autonomo Fiera del Mediterraneo di Palermo e all'Ente autonomo Fiera di Messina.**

**L'ultimo periodo del primo comma dell'articolo 125 prevedeva l'avvio delle procedure per il passaggio del personale dell'Ente autonomo Fiera del Mediterraneo alla Società Multiservizi S.p.A mantenendone il profilo professionale e il trattamento giuridico ed economico goduto.**

**Tale previsione è stata impugnata dal Commissario dello Stato in quanto ritenuta in contrasto con gli articoli 3 (principio di uguaglianza) e 97 (principio del buon andamento della pubblica amministrazione) della Costituzione poiché avrebbe privilegiato le aspettative di mantenimento dei livelli occupazionali e di reddito dei lavoratori in questione senza tenere in alcuna considerazione le esigenze funzionali, operative e finanziarie della società partecipata dalla Regione siciliana.**

Art. 126

*Sostegno all'editoria locale*

(Articolo impugnato dal Commissario dello Stato ai sensi dell'art. 28 dello Statuto)

**L'articolo 126 disponeva la concessione di contributi ad editori locali, che si sarebbero dovuti individuare con un successivo decreto del Presidente della Regione previa delibera di Giunta, nella misura massima del 50 per cento delle spese sostenute per l'energia elettrica, l'utenza telefonica e i costi relativi agli abbonamenti alle agenzie di stampa nazionale regolarmente documentate.**

**Tale previsione è stata impugnata dal Commissario dello Stato poiché la mancata quantificazione del relativo onere finanziario, nonché la mancata indicazione della copertura finanziaria, si pongono in contrasto con l'articolo 81, comma 4, della Costituzione che sancisce il principio della copertura delle leggi di spesa.**

**L'articolo 126 prevedeva, inoltre, che tutte le pubbliche amministrazioni di riferimento regionale e locale, incluso le aziende sanitarie, fossero obbligate a costituirsi parte civile in ogni procedimento penale e a richiedere al giudice la pubblicazione di un'eventuale sentenza di condanna su un quotidiano a diffusione regionale o a disporre a proprie spese la pubblicazione dell'estratto della sentenza. Anche tale previsione è stata oggetto di impugnativa da parte del Commissario dello Stato e, segnatamente, è stata ritenuta viziata da irragionevolezza laddove avrebbe imposto indistintamente e incondizionatamente la costituzione di parte civile; essa inoltre avrebbe determinato un onere finanziario non indifferente per garantire in ogni caso la pubblicazione dell'eventuale sentenza di condanna.**

#### TITOLO XIV

##### ABROGAZIONI E MODIFICHE DI NORME

Art. 127

*Abrogazioni e modifiche di norme*

(Impugnato il comma 14)

**L'articolo 127 prevede una serie di abrogazioni e modifiche alla legislazione regionale vigente relative a differenti settori e materie.**

**Il comma 14, impugnato dal Commissario dello Stato, prevedeva che le tasse sulle concessioni regionali fossero dovute anche nel caso in cui il provvedimento autorizzativo per determinate attività fosse stato sostituito dalla denuncia di inizio attività.**

**Tale norma, secondo l'impugnativa presentata, travalicherebbe i limiti posti alla competenza legislativa in materia tributaria ai sensi dell'articolo 36 dello Statuto e delle relative norme di attuazione, introducendo un nuovo tributo non connesso al presupposto impositivo fissato dalla normativa statale e, pertanto, confliggendo con la stessa normativa statale nonché con l'articolo 119 della Costituzione.**

## **TITOLO XV**

### **DISPOSIZIONI FINANZIARIE E FINALI**

#### **Art. 128**

##### *Trasferimenti annuali in favore di enti*

Si autorizza la Regione ad erogare un contributo a quegli enti individuati con legge, non aventi scopo di lucro, per la realizzazione di iniziative aventi rilevanza sociale, sociosanitaria, culturale, storica, ricreativa, artistica, sportiva, ambientale, di promozione dell'immagine della Regione e dell'economia locale, la cui attività si ripercuote con riflessi positivi sull'economia del territorio.

#### **Art. 129**

##### *Fondi globali e tabelle*

Determina il quadro di riferimento finanziario per il periodo 2010-2012, prevedendo il rifinanziamento di spese in conto capitale autorizzate da norme vigenti nelle opportune tabelle.

#### **Art. 130**

##### *Effetti della manovra e copertura finanziaria*

Si opera la sintesi delle operazioni finanziarie rinviando ad un prospetto allegato.

#### **Art. 131**

##### *Norma finale*

**Legge regionale 12 maggio 2010, n. 12 Bilancio di previsione della Regione siciliana per l'anno finanziario 2010 e bilancio pluriennale per il triennio 2010-2012**

*Publicata nella GURS n. 23 del 14 maggio 2010 (Supplemento ordinario n. 2)*

**Iniziativa governativa: ddl n. 470**

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

Nella tabella che segue, con riferimento alle previsioni di competenza (compreso l'avanzo finanziario presunto) e di cassa, vengono esposti i totali generali delle previsioni 2010-2012 delle entrate e delle spese, raffrontati con le corrispondenti previsioni iniziali ed aggiornate 2009:

**Totali generali di bilancio (in migliaia di euro)**

	<b>Previsioni iniziali 2009</b>	<b>Previsioni aggiornate 2009</b>	<b>2010</b>	<b>2011</b>	<b>2012</b>
Previsioni di competenza	29.635.376 (di cui avanzo finanziario 9.074.881)	31.084.877	27.390.211 (di cui avanzo finanziario 8.038.333)	17.137.310	17.266.997
Previsioni di cassa			21.279.182 (di cui interventi regionali 13.497.214)	—	—

**Legge regionale 28 giugno 2010, n. 13 Norme in materia di incompatibilità tra la carica di assessore regionale e quella di componente del consiglio delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura**

*Publicata a soli fini notiziali nella GURS n. 11 del 5 marzo 2010*

*Publicata e promulgata nella GURS n. 30 del 2 luglio 2010*

**Iniziativa parlamentare: ddl n. 270/NS**

Esercizio di potestà legislativa in materia di cause di incompatibilità con la titolarità della carica di assessore ai sensi dell'articolo 9, comma 3 dello Statuto  
Legge di manutenzione normativa.

La delibera legislativa, approvata dall'Assemblea regionale il 18 febbraio 2010, era stata pubblicata senza formula di promulgazione, a soli fini notiziali, per l'eventuale richiesta, entro tre mesi, di referendum confermativo ai sensi della legge regionale n. 14 del 2001. Essendo trascorso il termine previsto senza che fosse avanzata richiesta di referendum la legge è stata pubblicata nel luglio 2010.

La legge, attraverso una modifica all'art. 13, comma 2, della legge regionale 4 aprile 1995, n. 29 "Norme sulle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e altre norme sul commercio" introduce l'incompatibilità tra la carica di assessore regionale e quella di componente del consiglio delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura. Ciò in conformità con la normativa vigente in campo nazionale.

Trattandosi di materia che, per la particolare importanza e delicatezza, lo

Statuto assegna ad una legge statutaria ed, in particolare, a quella ricadente nell'ambito dell'articolo 9, comma 3 (disciplina dei rapporti fra Governo ed Assemblea regionale, delle cause di incompatibilità tra la carica di assessore ed altre cariche etc), dello Statuto stesso, la delibera legislativa è stata sottoposta ad un particolare *iter* procedimentale. In particolare essa è stata approvata a maggioranza assoluta dei componenti l'Assemblea regionale siciliana, potendo inoltre essere sottoposta a referendum confermativo ai sensi dell'articolo 17 bis del medesimo statuto nei tre mesi successivi alla sua approvazione. Dopo l'invio al Commissario dello Stato (che non ha proceduto all'impugnativa), se ne è curata la pubblicazione a soli fini notiziali nella Gazzetta ufficiale della Regione siciliana senza numero d'ordine e senza formula di promulgazione, in attesa che decorresse il termine di 90 giorni previsto per l'eventuale richiesta di referendum, secondo il disposto della legge regionale n. 14 del 2001, che ha disciplinato in Sicilia l'istituto del referendum confermativo, in attuazione del citato articolo 17 bis dello Statuto. La legge è stata successivamente pubblicata e promulgata trascorso il termine senza che fosse avanzata richiesta di referendum.

È proprio in ragione della particolare procedura richiesta dallo Statuto che si è ritenuto opportuno non inserire la norma in commento nel corpo della legge sulla riforma della camere di commercio, attivando un'apposita procedura di stralcio.

### **Legge regionale 28 giugno 2010, n. 14 Norme in materia di personale dei consorzi di bonifica**

*Pubblicata nella GURS n. 30 del 2 luglio 2010*

#### **Iniziativa parlamentare: ddl n. 560**

Esercizio di potestà legislativa esclusiva in materia di personale regionale di cui all'art. 14, lett. q) dello Statuto.

Legge di manutenzione normativa

Si procede ad estendere ad ulteriori 51 giornate lavorative nel corso del 2010 le garanzie occupazionali autorizzate per lo stesso anno con disposizione di legge a favore dei soggetti di cui al comma 2 dell'art. 1 della legge regionale 29 dicembre 2009, n. 13 e successive modifiche ed integrazioni, il quale aveva previsto la proroga sino al 31 gennaio 2010 dei contratti di lavoro stipulati dai consorzi di bonifica o di bonifica montana in virtù dell'art. 3 della legge regionale 30 ottobre 1995, n. 76.

Si chiarisce che tale utilizzazione di personale si rende necessaria per sopperire alle esigenze determinatesi in conseguenza delle calamità naturali verificatesi nel periodo 2009-2010 ed allo scopo di realizzare interventi e/o lavori di manutenzione e ammodernamento delle reti irrigue collettive e delle reti scolanti.

Si autorizza a tal fine una deroga al divieto di nuove assunzioni presso i consorzi di bonifica stabilito dall'art. 32 della legge regionale 25 maggio 1995, n. 45, precisando comunque che tale deroga resta strettamente limitata alla fattispecie considerata nella norma in esame.

Si procede ai necessari stanziamenti di spesa a carico del bilancio regionale.

### **Legge regionale 7 luglio 2010, n. 15 Proroga dell'utilizzazione dei soggetti impiegati nei progetti attuativi degli sportelli multifunzionali**

*Pubblicata nella GURS n. 31 del 9 luglio 2010*

#### **Iniziativa parlamentare: ddl n. 434, 385 e 382**

Esercizio di potestà legislativa esclusiva in materia di personale regionale di cui all'art. 14, lett. g) dello Statuto

Legge di manutenzione normativa

Si procede, in un'ottica di salvaguardia delle esigenze occupazionali di un consistente numero di precari, ad una nuova proroga dell'utilizzazione dei soggetti impiegati nei progetti attuativi degli sportelli multifunzionali. Nell'art. 51, comma 7 della legge regionale 12 maggio 2010, n. 11 (che a sua volta protraeva la durata di una proroga prevista dall'art. 1, comma 4 della legge regionale n. 13 del 2009, e ancor prima dall'art. 41 della legge regionale 8 febbraio 2007, n. 2) il termine massimo stabilito per detta utilizzazione, ossia il 30 giugno 2010 viene sostituito con il 31 luglio 2010.

Si procede pertanto alla necessaria autorizzazione di spesa, quantificata in 7.511 migliaia di euro, che viene posta a carico delle casse regionali attraverso taluni interventi correttivi sul bilancio regionale.

Si introduce la possibilità di un'eventuale riduzione, mediante decreto del Ragioniere generale della Regione su proposta dell'Assessore regionale per l'economia, dell'importo previsto, in relazione alle somme derivanti dalle economie di cui all'art. 9 della legge regionale 8 novembre 2007, n. 21, il quale prevede la possibile reiscrizione in bilancio di economie realizzate in materia di occupazione.

### **Legge regionale 3 agosto 2010, n. 16 Modifiche ed integrazioni alla normativa regionale in materia di appalti**

*Pubblicata nella GURS n. 35 del 6 agosto 2010*

#### **Iniziativa governativa: ddl n. 568**

Esercizio di potestà legislativa esclusiva in materia di lavori pubblici ai sensi dell'art. 14 lett. g) dello Statuto

Legge di settore

La legge regionale 3 agosto 2010, n. 16, recante “Modifiche ed integrazioni alla normativa regionale in materia di appalti”, interviene su una materia particolarmente complessa al fine di adeguare l’attuale disciplina, contenuta nella legge regionale n. 7 del 2002, alla normativa nazionale e comunitaria. Si tratta di un intervento ritenuto necessario, sia sul versante dei criteri di aggiudicazione, sia su quello della rimodulazione dell’assetto organizzativo degli assessorati e dei dipartimenti regionali, alla luce della legge regionale n. 19 del 2008.

In merito ai criteri di aggiudicazione, ed in particolare di individuazione delle offerte anormalmente basse, il legislatore regionale ha operato un rinvio dinamico al decreto legislativo n. 163 del 2006, recependo totalmente l’articolo 81 e parzialmente gli articoli 86, 87, 88 e 122. In tal modo, si è reso omogeneo il procedimento di verifica e di esclusione delle offerte anomale in relazione ai lavori pubblici, ai servizi e alle forniture.

Riguardo all’apparato organizzativo, si è proceduto a ridisciplinare l’Osservatorio regionale, originariamente intestatario di funzioni anche di collegamento con l’Autorità per la vigilanza limitatamente ai lavori pubblici, ora ridenominato come “Osservatorio regionale dei contratti pubblici di lavori, forniture e servizi”. Permane la sua istituzione presso l’Assessorato regionale delle infrastrutture e della mobilità e i compiti precedentemente attribuiti vengono ampliati.

Sono state, altresì, modificate le fasi procedurali dell’aggiudicazione e dell’esecuzione dei lavori, servizi e forniture, al fine di garantire le posizioni giuridiche di eventuali contro-interessati prima che l’aggiudicazione diventi definitiva.

### **Regolamento 5 agosto 2010 n. 17 - Regolamento di attuazione della legge regionale 2 marzo 2010, n. 4 recante “Nuovo ordinamento delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura”**

*Publicato nella GURS n. 36 del 13 agosto 2010*

Il regolamento n. 17 del 2010 è stato adottato con decreto presidenziale del 5 agosto 2010 in attuazione della legge regionale 2 marzo 2010, n. 4 (“Nuovo ordinamento delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura”) con la quale si è proceduto a riformare la disciplina della Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura attraverso un rinvio dinamico alla legislazione statale in materia e, segnatamente, alla legge 29 dicembre 1993, n. 580. Si rinvia, dunque, anche alle successive modifiche e integrazioni della predetta legge nazionale ed inoltre si specifica che troveranno applicazione nella Regione pure le disposizioni transitorie e finali del decreto legislativo emanato ai sensi dell’articolo 53 della legge 23 luglio 2009, n. 99. Il citato articolo 53 infatti contiene la delega al Governo per la riforma delle camere di commercio. Tale decreto legislativo è stato poi emanato il 15 febbraio 2010 (d.lgs. n. 23/2010).

In generale, il regolamento in commento, in relazione a vari aspetti della disciplina delle camere di commercio, mira a chiarire quali disposizioni dovranno essere ritenute applicabili in via transitoria in attesa della nuova normativa statale secondaria.

Nello specifico poi, si precisa in primo luogo che le Camere di commercio siciliane e l'Unione regionale delle camere di commercio della regione (Unioncamere Sicilia) fanno parte del sistema camerale italiano.

Le camere di commercio hanno sede in ogni capoluogo di provincia e la loro circoscrizione territoriale di regola coincide con quella della provincia, dell'area metropolitana o di area omogenea del territorio individuate ai sensi della legge regionale n. 9 del 1986.

Si attribuisce alle camere di commercio la possibilità di partecipare ad accordi di programma, di costituirsi parte civile nei giudizi relativi ai delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio nonché di promuovere l'azione per la concorrenza sleale ai sensi dell'articolo 2601 del codice civile.

Si prevede poi che le camere di commercio debbano adeguare i propri statuti alla nuova normativa e, in particolare, alle disposizioni volte a promuovere le pari opportunità tra uomo e donna.

Circa la gestione patrimoniale, è stabilito che, sino all'emanazione della nuova normativa statale, essa resta disciplinata ai sensi dell'articolo 56 della legge regionale n. 2/2007 che a sua volta rimanda il decreto del Presidente della Repubblica 2 novembre 2005, *n. 254*.

Il finanziamento ordinario dell'Unione regionale è assicurato da un'aliquota delle entrate delle camere di commercio associate e dalle entrate e dai contributi per attività svolte per conto della regione ed altri enti pubblici o privati.

In attesa dell'entrata in vigore della nuova disciplina statale, sono effettuati dei rinvii transitori per la disciplina del consiglio camerale e, segnatamente, dei criteri generali per la ripartizione dei consiglieri e per la procedure di designazione. Il consiglio è nominato con decreto del Presidente della regione. Gli organi delle camere di commercio resteranno in carica sino alla loro naturale scadenza.

**Legge regionale 17 agosto 2010, n. 18 Disposizioni in materia di cremazione delle salme e di conservazione, affidamento e/o dispersione delle ceneri**  
*Publicata nella GURS n. 39 del 3 settembre 2010 (Supplemento ordinario)*

#### **Iniziativa parlamentare: ddl n. 468**

Esercizio di potestà legislativa concorrente in materia di igiene e sanità di cui all'art. 17, lett. b) dello Statuto

Legge di settore

La legge regionale n. 18 del 2010 contiene disposizioni in materia di cremazione, analogamente a quanto già previsto in altre regioni.

La legge richiama e riproduce in buona parte l'attuale normativa statale, in particolare la disciplina dettata dal decreto del Presidente della Repubblica n. 285/1990 (regolamento di polizia mortuaria) e dalla legge n. 130/2001, concernente le modalità di manifestazione della volontà di ricorrere alla cremazione e le modalità di conservazione e dispersione delle ceneri.

È prevista, inoltre, l'approvazione di un Piano regionale di coordinamento per la realizzazione di crematori comunali con il sostegno finanziario della Regione nonché la promozione di campagne informative sulle diverse pratiche funerarie. Specifiche disposizioni riguardano, infine, la creazione di spazi per il commiato, la formazione di un archivio informatico delle biografie dei defunti e la cremazione degli indigenti con spese a carico dei comuni.

### **Legge regionale 17 agosto 2010, n. 19 - Norme in materia di sportelli multifunzionali. Interventi finanziari formazione professionale**

*Pubblicata nella GURS n. 40 del 10/09/2010*

#### **Iniziativa parlamentare: ddl n. 592**

Esercizio di potestà legislativa in materia di formazione professionale ai sensi dell'art. 117, comma 4 della Costituzione.

Legge di settore

La legge regionale n. 19/2010 interviene in materia di sportelli multifunzionali e di finanziamento dei corsi di formazione professionale.

Gli sportelli multifunzionali si inseriscono nel quadro dei servizi per l'impiego predisposti dalla Regione siciliana. Con la legge in commento si prevede che gli enti gestori dei progetti attuativi degli sportelli multifunzionali perderanno il diritto all'erogazione del saldo ancora dovuto qualora non provvedano a presentare la relativa rendicontazione entro diciotto mesi dalla conclusione delle attività progettuali. Resta fermo, comunque, l'obbligo di produrre il rendiconto dell'attività svolta al fine di consentire il recupero delle somme eventualmente erogate in eccedenza.

Circa la formazione professionale, si interviene sulla relativa voce del bilancio regionale al fine di destinarvi maggiori risorse finanziarie.

#### **Delibera legislativa approvata il 5 agosto 2010**

Interventi per l'eliminazione delle carcasse animali e per la prevenzione del randagismo. Interventi in favore dei comuni in crisi finanziaria (*in attesa di pubblicazione*)

#### **Iniziativa governativa (DDL n. 336)**

Potestà legislativa concorrente in materia di igiene e sanità pubblica ai sensi dell'art. 17, lett. b) dello Statuto regionale.

Legge di settore

**La delibera legislativa “Interventi per l’eliminazione delle carcasse di animali e per la prevenzione del randagismo. Interventi in favore dei comuni in crisi finanziaria” è stata approvata dall’Assemblea il 5 agosto 2010. La stessa è stata impugnata, parzialmente, dal Commissario dello Stato con ricorso depositato il 27 luglio 2010, di cui si parlerà in seguito. L’Assemblea regionale nella seduta n. 197 del 21 settembre scorso ha approvato l’ordine del giorno per la pubblicazione parziale della delibera medesima. Alla data di oggi, 30 settembre 2010, non è ancora avvenuta la pubblicazione con l’omissione delle parti impuginate della delibera stessa.**

**Nel capo I del provvedimento legislativo in esame vengono apportate modifiche alla legge regionale 9 marzo 2005, n. 3 “Interventi per la rimozione delle carcasse di animali morti in allevamenti o abbandonati. Misure finanziarie urgenti e norme per l’assetto idrogeologico”. Viene in particolare abrogato il comma 3 della stessa legge, che prevede la corresponsione del contributo per la eliminazione delle carcasse animali nella misura del 100 per cento in favore di comuni svantaggiati o di montagna. Vengono altresì modificati gli articoli 4 e 5, relativi all’individuazione dei soggetti e delle modalità di gestione delle relative operazioni: in luogo dei consorzi volontari costituiti dagli allevatori, si prevede che a tale gestione provveda l’Associazione regionale allevatori Sicilia (ARAS) mediante contratti con imprese autorizzate, individuate mediante procedure ad evidenza pubblica.**

**Vengono abrogati anche gli articoli 6 e 7 della legge regionale n. 3 del 2005, relativi alle modalità di erogazione dei contributi e al contributo per l’avviamento e la gestione dei consorzi.**

**Si provvede alla individuazione delle risorse finanziarie necessarie per la realizzazione delle finalità di cui agli articoli da 1 a 5 della legge regionale 9 marzo 2005, n. 3, come modificati dalla delibera in esame.**

Nel capo II vengono previsti, in un’ottica di salvaguardia dell’ambiente e della salute pubblica, finanziamenti a favore delle associazioni animaliste regolarmente iscritte nell’apposito Albo che gestiscano da almeno due anni rifugi per animali, ai fini dello svolgimento del servizio di ritiro, raccolta ed eliminazione delle carcasse di animali di compagnia. Agli stessi fini è altresì prevista l’adozione, da parte dell’Assessore regionale per la salute, di un piano di ripartizione di contributi a favore dei comuni che si impegnino nell’eliminazione delle carcasse di animali di compagnia.

L’art. 5 della delibera legislativa in esame, riguardante “Modifiche all’art. 11 della legge regionale 14 maggio 2009, n. 6, recante “Interventi a favore dei Comuni in crisi finanziaria”, è stato oggetto di impugnativa da parte del Commissario dello Stato. Esso apporta una modifica all’art. 11, comma 1 della legge regionale 14 maggio 2009, n. 6, estendendo da tre a dieci anni il tempo concesso per il recupero, da parte della Regione, di anticipazioni di cassa a carico del bilancio

regionale concesse ai comuni per far fronte ad esigenze di ordine pubblico o a situazioni di emergenza comprese quelle relative alla gestione integrata dei rifiuti.

Il Commissario osserva come nella norma censurata venga omessa non solo la necessaria quantificazione degli oneri finanziari da essa derivanti, ma anche l'indicazione delle risorse con cui farvi fronte, in contrasto con il precetto posto dall'art. 81, IV comma della Costituzione.

### Elenco leggi approvate tra il 15 aprile e il 31 agosto 2010

Estremi legge	Leggi approvate tra il 15 aprile e il 31 agosto 2010 Titolo della legge
L.r. n. 10/2010	Legge regionale 26 aprile 2010, n. 10 - Disposizioni sulla partecipazione della Regione al processo normativo dell'Unione europea, sulle procedure di esecuzione degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea e di attuazione delle politiche europee
L. r. n. 11/2010	Legge regionale 12 maggio 2010, n. 11 - Disposizioni programmatiche e correttive per l'anno 2010
L.r. n. 12/2010	Legge regionale 12 maggio 2010, n. 12 - Bilancio di previsione della Regione siciliana per l'anno finanziario 2010 e bilancio pluriennale per il triennio 2010-2012
L.r. n. 13/2010	Legge regionale 28 giugno 2010, n. 13 - Norme in materia di incompatibilità tra la carica di assessore regionale e quella di componente del consiglio delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura
L.r. n. 14/2010	Legge regionale 28 giugno 2010, n. 14 - Norme in materia di personale dei consorzi di bonifica
L.r. n. 15/2010	Legge regionale 7 luglio 2010, n. 15 - Proroga dell'utilizzazione dei soggetti impiegati nei progetti attuativi degli sportelli multifunzionali
L.r. n. 16/2010	Legge regionale 3 agosto 2010, n. 16 - Modifiche ed integrazioni alla normativa regionale in materia di appalti
D.P. Reg. n. (*) 17/2010	Regolamento 5 agosto 2010, n. 17 - Regolamento di attuazione della legge regionale 2 marzo 2010, n. 4 recante "Nuovo ordinamento delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura"
L. r. n. 18/2010	Legge regionale 17 agosto 2010, n. 18 - Disposizioni in materia di cremazione delle salme e di conservazione, affidamento e/o dispersione delle ceneri.
L. r. n. 19/2010	Legge regionale 17 agosto 2010, n. 19 - Norme in materia di sportelli multifunzionali. Interventi finanziari per corsi di formazione professionale
L.r. n. 20/2010	Delibera legislativa approvata il 5 agosto 2010 - Interventi per l'eliminazione delle carcasse di animali e per la prevenzione del randagismo. Interventi in favore dei comuni in crisi finanziaria

(\*) Lo Statuto regionale riserva al Governo regionale la potestà regolamentare; in particolare l'articolo 12, comma 4, dello Statuto stesso prevede che i regolamenti per l'esecuzione delle leggi formate dall'Ars siano emanati dal Governo regionale. L'articolo 13 dello Statuto, relativo a leggi e regolamenti, prevede che tali atti non siano perfetti se mancanti della firma del Presidente della Regione e degli Assessori competenti, che siano promulgati dal Presidente e pubblicati nella GURS, e che entrino in vigore quindici giorni dopo la pubblicazione salvo diversa disposizione compresa nella singola legge o nel singolo regolamento.

## Classificazione delle leggi per macrosettore e per materia

### Leggi approvate fra il 15 aprile e il 31 agosto 2010

Macrosettore	Materia	Estremi e titolo completo della legge
Ordinamento istituzionale	Organi della Regione ( <i>ad esclusione di quanto classificato alla voce successiva</i> )	
	Sistema di elezione e casi di ineleggibilità e di incompatibilità del presidente e degli altri componenti la Giunta	Legge regionale 28 giugno 2010 n. 13 "Norme in materia di incompatibilità tra la carica di assessore regionale e quella di componente del consiglio delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura."
	Rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni	Legge regionale 26 aprile 2010, n. 10 Disposizioni sulla partecipazione della Regione al processo normativo dell'Unione europea, sulle procedure di esecuzione degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea e di attuazione delle politiche europee
	Personale e amministrazione	Legge regionale 28 giugno 2010, n. 14 - Norme in materia di personale dei consorzi di bonifica Legge regionale 7 luglio 2010, n. 15 - Proroga dell'utilizzazione dei soggetti impiegati nei progetti attuativi degli sportelli multifunzionali
	Enti locali e decentramento	
	Altro (per es: persone giuridiche private, sistema statistico regionale, etc.)	
Sviluppo economico e attività produttive	Artigianato	
	Professioni (incluse le nuove figure professionali)	
	Industria	
	Sostegno all'innovazione per i settori produttivi	
	Ricerca, trasporto e produzione di energia	
	Miniere e risorse geotermiche	
	Commercio, fiere e mercati	
	Turismo (incluso agriturismo e turismo rurale, ittiturismo)	
	Agricoltura e foreste	
	Caccia, pesca e itticoltura	
	Casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale; Enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale	
	Altro (per es.: programmazione negoziata, programmi economici, supporto e assistenza allo sviluppo locale, etc.)	

Macrosettore	Materia	Estremi e titolo completo della legge
Territorio ambiente e infrastrutture	Territorio e urbanistica (incluso demanio; edilizia)	
	Protezione della natura e dell'ambiente, tutela dagli inquinamenti e gestione dei rifiuti	
	Risorse idriche e difesa del suolo	
	Opere pubbliche (per es.: edilizia scolastica; porti; aeroporti; etc.)	Legge regionale 3 agosto 2010, n. 16 - Modifiche ed integrazioni alla normativa regionale in materia di appalti
	Viabilità	
	Trasporti	
	Protezione civile	
Servizi alle persone e alla comunità	Tutela della salute	Delibera legislativa approvata il 5 agosto 2010 Interventi per l'eliminazione delle carcasse di animali e per la prevenzione del randagismo. Interventi in favore dei comuni in crisi finanziaria.
	Alimentazione	
	Servizi sociali	
	Istruzione scolastica e universitaria	
	Formazione professionale	
	Lavoro e formazione professionale	Legge regionale 17 agosto 2010, n. 19 - Norme in materia di sportelli multifunzionali Interventi finanziari per corsi di formazione professionale
	Previdenza complementare e integrativa	
	Beni e attività culturali	
	Ricerca scientifica e tecnologica	
	Ordinamento della comunicazione	
	Spettacolo	
	Sport	
Altro (per es.: sicurezza personale, polizia locale; tutela degli utenti e consumatori; contrasto all'usura; etc.)	Legge regionale 17 agosto 2010, n. 18 - Disposizioni in materia di cremazione delle salme e di conservazione, affidamento e/o dispersione delle ceneri	
Finanza regionale	Bilancio	Legge regionale 12 maggio 2010, n. 12 - Bilancio di previsione della Regione siciliana per l'anno finanziario 2010 e bilancio pluriennale per il triennio 2010-2012

Macrosettore	Materia	Estremi e titolo completo della legge
Finanza regionale	Contabilità regionale	
	Tributi	
	Multisetto	Legge regionale 12 maggio 2010, n. 11 - Disposizioni programmatiche e correttive per l'anno 2010

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.

## Leggi approvate dal 15 aprile al 31 agosto 2010

### DATI QUANTITATIVI

Leggi approvate dal 15 aprile al 31 agosto 2010*	
numero totale delle leggi	9**
numero delle leggi di iniziativa governativa	3
% delle leggi di iniziativa governativa	33%
numero delle leggi di iniziativa parlamentare	6
% delle leggi di iniziativa parlamentare sul totale delle leggi	66,7%

\* Si segnala che nel periodo considerato è stato emanato, oltre alle predette leggi, il Decreto presidenziale 5 agosto 2010, n. 17 "Regolamento di attuazione della legge regionale 2 marzo 2010, n. 4 recante "Nuovo ordinamento delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura".

\*\* Si segnala che nel periodo considerato è stata approvata dall'Assemblea il 5 agosto 2010 la delibera legislativa "Interventi per l'eliminazione delle carcasse di animali e per la prevenzione del randagismo. Interventi in favore dei comuni in crisi finanziaria". La stessa è stata impugnata, parzialmente, dal Commissario dello Stato con ricorso depositato il 27 luglio 2010. L'ARS, nella seduta n. 197 del 21 settembre scorso ha approvato l'ordine del giorno per la pubblicazione parziale della delibera medesima. Essendo non ancora avvenuta la pubblicazione, la delibera non è ricompresa nel numero totale delle leggi di cui alla presente tabella e alle tabelle che seguono.

**DURATA DELL'ITER DI APPROVAZIONE DELLE LEGGI**

Numero totale delle leggi approvate	9
numero delle leggi il cui iter è compreso tra <b>1</b> e <b>30</b> giorni	1
numero delle leggi il cui iter è compreso tra <b>31</b> e <b>90</b> giorni	4
numero delle leggi il cui iter è compreso tra <b>91</b> e <b>180</b> giorni	2
numero delle leggi il cui iter è compreso tra <b>181</b> e <b>360</b> giorni	0
numero delle leggi il cui iter è stato superiore a <b>360</b> giorni	2

\* Nel numero indicato è ricompresa la legge regionale n. 13 del 2010 recante "Norme in materia di incompatibilità tra la carica di Assessore regionale e quella di componente del Consiglio delle Camere di commercio". Tale delibera, riguardando una ipotesi di incompatibilità relativa agli assessori regionali, è stata stralciata dal disegno di legge sulle Camere di commercio, industria ed artigianato, per essere approvata col *quorum* previsto per le leggi statutarie dall'articolo 9 comma 3 dello Statuto. La sua pubblicazione nella GURS è avvenuta solo al fine di consentire, entro 3 mesi, la richiesta di referendum confermativo ai sensi dell'articolo 17 bis dello Statuto.

Note: Per l'inizio dell'iter si considera la data della prima seduta nella quale è stata avviata la discussione del relativo disegno di legge da parte della competente commissione. Per la fine dell'iter si considera la data di approvazione da parte dell'ARS della relativa delibera legislativa.

**TECNICA REDAZIONALE\***

<b>XV LEGISLATURA (dal 15 aprile al 31 agosto 2010)</b>	
Numero totale delle leggi	9
Testo nuovo	4
Novella	3
Tecnica mista**	2

\* La presente tabella classifica le leggi in questione sulla base della tecnica legislativa prescelta e non del contenuto dell'atto.

\*\* Voce da utilizzare dove non sia possibile o agevole dare un giudizio di prevalenza di una tecnica sull'altra (ad esempio: leggi generali di riordino normativo; leggi di semplificazione (quando contengono, oltre ad una serie di abrogazioni di norme, anche disposizioni nuove o di manutenzione dell'ordinamento); etc).

**CLASSIFICAZIONE DELLE LEGGI**

<b>XV LEGISLATURA (dal 15 aprile al 31 agosto 2010)</b>	
Numero totale delle leggi	9
Leggi istituzionali	1
Leggi di settore	3
Leggi intersettoriali	0
Leggi provvedimento	0
Leggi di manutenzione normativa (incluse le leggi di interpretazione autentica)	3
Leggi di bilancio	2

**LEGENDA**

**Leggi istituzionali:** sono quelle che recano le discipline istituzionali a carattere generale (per es: disciplina generale delle nomine, etc.); le leggi istitutive di singoli enti (per es: istituto zooprofilattico, museo, ente economico, etc. vanno inserite nelle leggi settoriali, e quindi nel macrosettore e nella materia di competenza.

**Leggi di settore:** leggi che incidono su singoli settori dell'ordinamento (per es: istituzione di un museo, etc.), specificando le leggi di riordino;

**Leggi intersettoriali:** leggi che incidono contestualmente su più settori, specificando le leggi di riordino;

**Leggi provvedimento:** leggi a contenuto puntuale per singoli beneficiari (per es: intervento a favore del museo di...; incentivo per sanare un'azienda, etc.):

**Leggi di manutenzione normativa:** leggi che si limitano a modificare o integrare la normativa 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.

**ATTIVITÀ ISPETTIVA E DI INDIRIZZO POLITICO**

a cura del Servizio Lavori d'Aula dell'Assemblea regionale siciliana

<b>INTERROGAZIONI (dal 1° marzo 2010 al 31 agosto 2010)</b>							
<b>TIPOLOGIA ATTO</b>	<b>PD</b>	<b>PDL</b>	<b>SICILIA</b>	<b>UDC</b>	<b>MPA</b>	<b>MISTO</b>	<b>TOT</b>
Presentate	121	134	21	28	16	7	311
Con richiesta di risposta orale	75	87	15	16	10	2	195
Con richiesta di risposta scritta	41	40	6	7	5	4	100
Con richiesta di risposta in commissione	5	7	0	5	1	1	16
Svolte (risposte in Aula o in Commissione)	62	43	7	4	5	0	121
Trasformate in scritte (a risposte in Aula o a risposta in Commis.)	45	19	5	4	2	0	75
Risposte scritte pervenute (iter a risposta scritta o trasformata in scritta)	36	22	1	4	3	0	66
<b>INTERPELLANZE (dal 1° marzo 2010 al 31 agosto 2010)</b>							
<b>TIPOLOGIA ATTO</b>	<b>PD</b>	<b>PDL</b>	<b>SICILIA</b>	<b>UDC</b>	<b>MPA</b>	<b>MISTO</b>	<b>TOT</b>
Presentate	13	0	0	0	2	0	15
Svolte	5	0	0	0	0	0	5
Trasformate in mozione	0	0	0	0	0	0	0

N.B. - Il dato per Gruppo può riferirsi ad atti ispettivi sottoscritti da deputati appartenenti a Gruppi parlamentari diversi.

## Osservazioni in tema di annullamento integrale, in sede giurisdizionale, delle operazioni elettorali per il rinnovo dell'assemblea regionale siciliana

di Mario Di Piazza\*

SOMMARIO: 1. Il giudice competente in materia di operazioni elettorali in Sicilia. – 2. Ordinamento siciliano ed annullamento in sede giurisdizionale delle elezioni regionali. – 3. (segue) Sull'ammissibilità dell'annullamento integrale delle elezioni. – 4. La pronuncia della Corte costituzionale sull'ipotesi di annullamento giurisdizionale delle elezioni e sulla fonte regionale legittimata a provvedere in materia. – 5. Osservazioni conclusive.

### 1. *Il giudice competente in materia di operazioni elettorali in Sicilia*

La giurisdizione del giudice amministrativo in tema di operazioni elettorali per il rinnovo dell'Assemblea regionale siciliana (A.R.S.) discende dal combinato disposto di norme statali e regionali e, nello specifico, dall'art. 83/11 T.U. 16 maggio 1960, n. 570, dall'art. 67 della legge regionale 20 marzo 1951, n. 29, e dagli artt. 1, ultimo comma, e 19 della legge 17 febbraio 1968, n. 108<sup>1</sup>.

Il descritto sistema processuale, secondo cui è devoluta alla cognizione del giudice amministrativo l'impugnazione di qualsivoglia atto in materia di operazioni elettorali discende dalla *summa divisio* stabilita dalla Corte di Cassazione, secondo cui resta devoluta ai TAR ogni contestazione riguardante la regolarità di operazioni del procedimento elettorale, fra le quali la presentazione ed accettazione delle candidature, l'ammissione delle liste concorrenti e la loro pubblicità, le operazioni nei seggi elettorali e simili: cioè gli incombenti il cui regolare svolgimento è posto nell'interesse pubblico ad un'ordinata competizione elettorale<sup>2</sup>.

In altre parole si è ribadito il significato residuale, e quindi omnicomprensivo nella sua residualità, attribuito dalla giurisprudenza alla nozione di "operazione

---

\* Consigliere parlamentare, direttore di Servizio A.R.S.

<sup>1</sup> Cfr. CGA, sez. giur., 22 giugno 2006 n. 287, in *e-diritto*, Banca Dati Legislazione Regionale Siciliana, in [pti.regione.sicilia.it](http://pti.regione.sicilia.it).

<sup>2</sup> Cfr. Cassaz., ss.uu., 7 luglio 1986 n. 4446, in [www.dejure.giuffre.it](http://www.dejure.giuffre.it).

elettorale”, la quale dunque abbraccia tutte le controversie non riconducibili all'ineleggibilità ovvero all'incompatibilità, precisandosi che rientrano nella stessa nozione di operazioni elettorali non soltanto quelle strettamente ed immediatamente preparatorie ed attuative della votazione, ma tutte quelle che concorrono a formare il procedimento che, una volta indette le elezioni, deve essere osservato perché la consultazione popolare possa svolgersi e sfociare nella proclamazione degli eletti, rispettando le norme di azione all'uopo dettate<sup>3</sup>.

## 2. *Ordinamento siciliano ed annullamento in sede giurisdizionale delle elezioni regionali*

La legge elettorale siciliana (l.r. n. 29/51 e successive modifiche e integrazioni) da parte sua, adottata in forza della speciale autonomia riconosciuta dall'art. 3 dello Statuto siciliano, prevede, all'art. 61, comma 2, che “*I voti delle sezioni, le cui operazioni siano annullate, non hanno effetto.*”.

Si tratta allora di prospettare, in mancanza di specifici precedenti in materia (riferentesi alla peculiarità siciliana<sup>4</sup>), quali possano essere gli effetti di un eventuale accoglimento di un ricorso giudiziale tendente all'annullamento *integrale* delle elezioni regionali alla luce del dettato normativo del legislatore siciliano.

Occorre pregiudizialmente sgombrare il campo da paventate interferenze tra legislazione siciliana da una parte e legislazione statale dall'altra: ed infatti occorre tenere ben distinte le rispettive sfere di efficacia, posto che per il principio di unicità della giurisdizione, possono ritenersi applicabili alla Regione le norme strettamente attinenti alla giurisdizione (norme processuali); dovendosi per altro verso salvaguardare l'autonomia costituzionalmente garantita della Regione medesima in materia elettorale che, nel caso che ricorre, attiene a profili sostanziali.

In definitiva, occorre coordinare quanto previsto dal legislatore statale in materia di giurisdizione con quanto stabilito dal legislatore siciliano circa gli effetti di un eventuale annullamento di voti, anche di lista (derivante, ad esempio, dalla paventata irregolarità dell'ammissione delle stesse).

A tali conclusioni può agevolmente pervenirsi sulla scorta del chiaro pronunciamento del Giudice delle leggi, il quale, chiamato a dirimere una questione di legittimità costituzionale, ha avuto modo di chiarire, in un caso analogo a quello in questione, che occorre guardare piuttosto alla sostanza che alla forma.

---

<sup>3</sup> Cfr. Cassaz, ss.uu., n. 4446/86, cit.

<sup>4</sup> Se si esclude l'*obiter dictum* del TAR Palermo, sez. I, sent. n. 520 del 27 maggio 1993, in *e-diritto*, cit., secondo cui (relativamente alla specifica fattispecie posta) non è “prevista la ripetizione delle operazioni elettorali ai sensi dell'art. 61 della l.r. n. 29/1951”.

Ed infatti nella sentenza n. 112 del 26 giugno 1973<sup>5</sup>, la Corte chiariva che la disposizione della legge regionale siciliana impugnata, che circoscriveva la responsabilità degli impiegati regionali alle ipotesi di dolo e di colpa grave, non era diretta a regolare i giudizi di responsabilità riservati alla Corte dei conti, né aveva, sull'esercizio da parte di questa della sua giurisdizione, altra e diversa incidenza da quella di tutte le norme di *diritto sostanziale*, dettate da leggi statali o regionali, che ogni giudice, ordinario o speciale, è istituzionalmente tenuto ad applicare per definire le controversie sottopostegli. La norma *de qua* – ha esplicitato la Corte – “non diventa norma sulla giurisdizione per la sola circostanza che tale responsabilità non possa farsi valere che in sede di giurisdizione necessaria della Corte dei conti, allo stesso modo come, ad esempio, le norme di diritto penale materiale rimangono ben distinte dalle norme processuali, pur non essendo suscettibili di applicazione se non ad opera dell'autorità giudiziaria competente”.

Con tale doverosa premessa, va verificata l'ampiezza delle conseguenze derivanti da un'eventuale pronuncia di declaratoria di invalidità da parte del giudice amministrativo.

Al riguardo va intanto anticipato “il principio giurisprudenziale secondo cui l'estensione dell'invalidità relativa ad alcune sezioni all'intera consultazione va verificata con riferimento a circostanze concrete idonee ad individuare l'influenza delle operazioni invalide sul risultato complessivo (cfr. C.S., V, 11 luglio 2002, n. 3924)”<sup>6</sup>.

A questo riguardo assume anche rilevanza il principio della c.d. “prova di resistenza”, sancito dagli artt. 77 e 79 del DPR n. 570/60, con riferimento ad una particolare fattispecie (“Quando in alcune sezioni sia mancata o sia stata annullata l'elezione, se il voto degli elettori di tali sezioni non influisce sui risultati complessivi delle elezioni, non occorre fare o ripetere in esse la votazione”), elaborato in giurisprudenza al fine di una giusta composizione tra l'esigenza della reintegrazione della legittimità violata nel corso delle operazioni elettorali e quella della salvaguardia della volontà espressa dal corpo elettorale ed applicato tutte le volte che l'illegittimità degli atti impugnati non influisca in concreto sui risultati elettorali<sup>7</sup>.

In applicazione del superiore principio si è quindi pressoché costantemente ritenuto che il giudice non possa pronunciare l'annullamento degli atti impugnati e dei voti così espressi, se la loro illegittimità non influisca in concreto sui risultati elettorali<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> In [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>6</sup> Così CGA, sez. giur., 8 marzo 2005, n. 121, punto 3, in diritto, in *e-diritto*, cit.

<sup>7</sup> Cfr. TAR Trieste 25 ottobre 2003, n. 720, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>8</sup> Cfr. TAR Trieste n. 720/03 cit. e C.S., sez V, 6 febbraio 1999, n. 135 ivi richiamata (e consultabile in [autonomielocali.regione.fvg.it](http://autonomielocali.regione.fvg.it), Guida alle elezioni amministrative).

I principi da ultimo richiamati sono, a ben vedere, di elaborazione giurisprudenziale e traggono fondamento da un unico riferimento normativo costituito dal citato T.U. n. 570/60 il quale, tuttavia, per quanto sopra detto, deve essere coordinato con quanto statuito dal legislatore siciliano.

Occorre in buona sostanza accertare il significato della disposizione di cui al superiore articolo 61, l.r. n. 29/51.

In primo luogo, non essendovi precedenti in termini per la Sicilia, se si tiene conto dei lavori preparatori può riscontrarsi che l'art. 61 in parola (già art. 62) fu approvato nell'attuale formulazione senza discussione alcuna in Aula<sup>9</sup>.

Tuttavia, poiché la norma è assolutamente identica all'articolo 87 del T.U. 30 marzo 1957, n. 361 (legge per le elezioni politiche), nonché a quanto previsto nella legge per l'elezione dei rappresentanti dell'Italia al Parlamento europeo, può farsi riferimento alla giurisprudenza pertinente, che, a quanto risulta, si è formata sull'art. 87 del citato T.U. n. 361/57.

In proposito, vale la pena ricordare che la giurisprudenza parlamentare (delle Camere) in materia elettorale si connota quale funzione giurisdizionale a tutti gli effetti, di natura esclusiva<sup>10</sup>.

Ed invero, dagli atti parlamentari è possibile desumere il principio interpretativo secondo cui l'art. 87, secondo comma, del T.U. n. 361/57 consente soltanto la "sterilizzazione" dei risultati elettorali eventualmente dichiarati invalidi, nel senso che non solo vi sono singoli voti che possono essere annullati, ma anche che gli annullamenti possono riguardare un complesso di operazioni concernenti intere sezioni e più sezioni<sup>11</sup>.

Nei due atti parlamentari considerati (citati *sub* nota 10) emerge infatti, seppure in modo più esplicito nelle relazioni e negli interventi di minoranza, l'impossibilità di ripetizione delle elezioni, parziale o totale che sia.

Tali orientamenti, peraltro, paiono essere in linea con quanto anticipato (a suo tempo) dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 43 del 3 luglio 1961<sup>12</sup>, laddove si afferma che "si tratta [rispetto a quello del contenzioso elettorale amministrativo di cui al T.U. n. 570/60, *n.d.r.*], infatti, di un sistema diverso adottato, a questo riguardo per le elezioni politiche, circa le quali le eventuali nullità delle operazioni elettorali non sono espressamente stabilite dalla legge, ma sono deferite al giudizio del Parlamento. A questo, infatti, in base all'art. 87 del ricordato T.U. del 1957 (applicabile anche alle elezioni per il Senato) non

---

<sup>9</sup> Cfr. seduta A.R.S. del 21 febbraio 1951.

<sup>10</sup> Cfr. Cassaz., ss.uu. 8 aprile 2008, n. 9151, in *Guida al diritto* de *Il Sole-24 Ore*, n. 21 del 24 maggio 2008, pag. 20 e segg.

<sup>11</sup> Cfr. relazione Giunta elezioni Camera Deputati, X Legislatura, doc. III n. 4 sulla verifica dei poteri per il collegio XXII (Napoli Caserta) del 4.10.1990 e Camera dei Deputati, X Legislatura, seduta d'Aula n. 588 del 12 febbraio 1991.

<sup>12</sup> In [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

soltanto è riservata la convalida della elezione dei propri componenti, ma anche il giudizio definitivo sulle contestazioni, le proteste e in generale su tutti i reclami presentati agli uffici delle singole sezioni elettorali o all'ufficio centrale. *E si aggiunge, altresì, che i voti delle sezioni le cui operazioni siano annullate non hanno effetto*<sup>13</sup>.

### 3. (segue) *Sull'ammissibilità dell'annullamento integrale delle elezioni*

Ciò posto, anche l'art. 61 della l.r. 29/51 non dovrebbe poter ammettere (così come l'art. 87 T.U. 361/57) la ripetizione *parziale* delle elezioni qualora vengano accertate irregolarità, per l'evidente rapporto di *species* a *genus* della legislazione sostanziale siciliana rispetto al più volte rammentato T.U. n. 570/70 (unico riferimento normativo finora invocato nei precedenti giurisprudenziali di annullamento di elezioni regionali come di qui a poco si dirà). Rimarrebbe pertanto da verificare l'ipotesi, invero straordinaria, della praticabilità di un rinnovo *integrale* delle consultazioni popolari.

Soccorre la giurisprudenza della stessa magistratura amministrativa.

Così, è stato autorevolmente affermato<sup>14</sup> che anche in un sistema elettorale complesso quale quello risultante dalla legge 23 febbraio 1995, n. 43 (cd. "Tatarellum"), e dalla legge costituzionale 31 gennaio 2001, n. 2, i principi sopra enucleati circa la prova di resistenza devono essere tenuti ben presenti ai fini di un'eventuale richiesta di annullamento integrale delle elezioni.

Ed infatti in quella pronuncia si è significativamente evidenziato quali possano essere le conseguenze dell'illegittima ammissione di una o più liste circoscrizionali, tenuto conto che l'impianto elettorale allora vigente ricalca ampiamente, per quanto qui rileva, l'attuale sistema elettorale siciliano delineato dalla l.r. n. 29/51 come da ultimo modificata.

La *ratio decidendi* del tribunale cagliaritano, sintesi ragionata di più significativi precedenti giurisprudenziali in argomento (v. *sub* nota 15), riposa nell'avvertita esigenza del temperamento e del bilanciamento di interessi tutti meritevoli di tutela ed eppure contrapposti.

In primo luogo – si chiarisce – dovrà essere verificato in concreto se le eventuali illegittimità riscontrate siano in grado di alterare in modo rilevante il risultato elettorale, con il completo travisamento dell'effettiva volontà popolare: solamente in tale ultima evenienza potrà (e dovrà) procedersi all'annullamento (integrale) delle consultazioni popolari.

---

<sup>13</sup> Corsivo aggiunto, *n.d.r.*

<sup>14</sup> Cfr. TAR Cagliari, sez. II, 1 luglio 2005, n. 1582, confermata in appello da Consiglio di Stato, sez. V, n. 1437 del 20 marzo 2006, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Diversamente, in applicazione del necessario bilanciamento tra il principio di conservazione degli atti giuridici, il principio del *favor voti* e l'interesse pubblico alla legalità della competizione elettorale, sarebbe ammissibile soltanto la correzione parziale dei risultati espressi dalle urne e la ripetizione dei conteggi per l'attribuzione dei seggi (nel caso esaminato, senza considerare i voti attribuiti dalle liste in contestazione), in applicazione dell'art. 84 del D.P.R. 16 maggio 1960, n. 570 (T.U. per la composizione e l'elezione degli organi delle amministrazioni comunali), espressamente richiamato dall'art. 6 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (Istituzione dei tribunali amministrativi regionali)<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Nello specifico, la richiamata sentenza del TAR Sardegna così, invero, si esprime: "Tutti, in via principale, hanno chiesto la reiezione del ricorso e della domanda di annullamento totale dei risultati elettorali; alcuni peraltro, in via subordinata, e solo se alcune censure fossero ritenute fondate e direttamente incidenti sui risultati elettorali, hanno chiesto che si procedesse alla correzione dei risultati, senza tuttavia specificare in che misura la ipotizzata correzione avrebbe inciso sulla personale posizione fatta valere.

La richiesta in via subordinata dei controinteressati verrà esaminata dopo avere deciso sulla domanda dei ricorrenti.

Tali essendo i termini della questione, devono essere ora verificate specificamente le conseguenze della illegittima ammissione di una o più liste circoscrizionali. Problema di non immediata soluzione, in presenza di un sistema elettorale complesso quale quello risultante dalla legge 23 febbraio 1995 n. 43 e dalla legge costituzionale 31 gennaio 2001, n. 2; sistema che, da un lato, prevede la necessaria presenza e collegamento di liste provinciali e liste regionali nonché un meccanismo di attribuzione dei seggi completamente differenziato per le due liste (uno proporzionale l'altro maggioritario) e, d'altro lato, considera assolutamente preminente il risultato conseguito dalle liste regionali, al quale sono subordinati, per effetto del meccanismo introdotto dall'art. 15 della legge n. 108/68, i risultati conseguiti dalle liste circoscrizionali.

Infatti, ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge costituzionale 31 gennaio 2001, n. 2, viene proclamato eletto presidente della regione il candidato capolista (della lista regionale) che ha conseguito il maggior numero di voti validi in ambito regionale. A tale proclamazione consegue anche l'attribuzione di un numero di consiglieri che consente comunque, a prescindere dai risultati delle liste circoscrizionali, una forte maggioranza della lista regionale vincitrice nell'ambito del Consiglio regionale.

Va poi ricordato il sistema di votazione, che prevede un'unica scheda in cui sono presenti, sia le singole liste ammesse alla competizione nelle varie circoscrizioni, sia le liste regionali che, ai sensi dell'articolo 1, comma 9, della legge n. 43/1995, possono essere contrassegnate da un unico specifico simbolo, ovvero dai simboli di tutte le liste ad essa collegate.

Infine, ai sensi dell'articolo 2 della legge n. 43/1995, l'elettore può esprimere il suo voto per una delle liste regionali 'anche non collegata alla lista provinciale prescelta' e 'qualora l'elettore esprima il suo voto soltanto per una lista provinciale il voto si intende validamente espresso anche a favore della lista regionale collegata'.

Il combinato disposto delle norme sopra richiamate conduce a ritenere che l'attribuzione del voto alla lista regionale, essendo comunque espressione di una autonoma e specifica volontà, esplicita o implicita, disgiunta da quella diretta ad indicare la preferenza per la lista provinciale, *può non essere inficiata dall'eventuale illegittima presenza di una o più liste tra quelle partecipanti alla competizione nell'ambito provinciale*. [corsivo aggiunto, n.d.r.].

In base al meccanismo delineato dall'art. 2, ultimo periodo, è infatti lo stesso legislatore che

Ed ancora, eloquentemente: *“D’altro canto, l’affermazione di un principio*

---

considera sempre espresso il voto alla lista regionale e che, per presunzione legale, dichiara validamente manifestata l’espressione del voto anche a favore della lista regionale collegata, qualora l’elettore abbia votato solo per la lista provinciale. *In linea di principio non può quindi escludersi che l’elettore, pur avendo votato per una lista illegittimamente ammessa, abbia voluto esprimere anche la scelta di votare autonomamente la lista regionale, optando per la modalità prevista dal legislatore come implicita manifestazione di volontà (Cons. St. sez. V, 2 maggio 2002, n. 2333).* [corsivo aggiunto, n.d.r.].

Oltretutto, nel caso di specie, la individuazione delle due principali liste regionali in competizione (Sardegna Insieme e Sardegna Unità) rispetto alle liste provinciali ad esse collegate risultava ancora più evidente, posto che nella scheda elettorale ciascuna delle due liste regionali era contrassegnata da un unico simbolo diverso rispetto a quello delle liste provinciali ad essa collegate, con ciò evidenziandosi ancor più la specificità della lista regionale rispetto alle liste provinciali collegate.

Sulla base di queste considerazioni - posto che le censure dedotte per vizi propri della ammissione della lista regionale Sardegna Insieme e delle altre liste regionali minori sono state rigettate - il Collegio ritiene che la fondatezza delle censure nei confronti della ammissione di alcune liste provinciali *non possa comportare, automaticamente, il travolgimento dei risultati ottenuti dalle liste regionali, senza una previa concreta verifica degli effetti indotti dagli accertati vizi.* [corsivo aggiunto, n.d.r.].

La difesa dei ricorrenti ha rilevato, nel corso della discussione svoltasi all’udienza pubblica del giorno 8 giugno 2005, che il sistema elettorale previsto dal legislatore configurerebbe le liste regionali come un fenomeno associativo che deriva dall’apparentamento delle diverse liste, avente quindi una propria soggettività e riconoscibilità, ribadendo che per tale ragione anche la illegittima ammissione di una sola lista che abbia ottenuto voti validi in una circoscrizione provinciale inficerebbe la validità della lista regionale ad essa collegata perché questa assumerebbe una connotazione diversa da quella che è stata sottoposta alla valutazione degli elettori.

Non si può disconoscere che, nonostante la descritta autonomia tra le due diverse manifestazioni di volontà espresse per la lista provinciale e quella regionale, ciascun elettore possa, in via teorica, aver scelto una lista regionale solo in considerazione del fatto che ad essa era collegato il proprio partito di riferimento, mentre la mancanza di quel partito avrebbe potuto indurre ad una votazione diversa anche per la lista regionale.

A questo proposito giova ricordare che, in relazione ad altre elezioni svoltesi con lo stesso sistema elettorale, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la illegittima ammissione di due liste nelle circoscrizioni provinciali comportasse l’annullamento dell’intera competizione elettorale (Cons. St. sez. V, 18 giugno 2001, n. 3212).

Tale precedente giurisprudenziale non può essere utilizzato per sostenere senz’altro la necessaria conseguenza dell’annullamento delle elezioni ogni qualvolta si sia in presenza di liste ammesse illegittimamente nei collegi circoscrizionali.

*Qualora infatti l’illegittimità riscontrata non sia in grado di alterare in modo rilevante il risultato conseguito dalle liste che hanno partecipato legittimamente alle elezioni, non si devono annullare le operazioni di voto, ma si deve verificare se le illegittimità riscontrate siano tali da far ritenere che la volontà popolare sia stata completamente travisata, e, in caso di risposta negativa, non si potrà procedere all’annullamento delle intere elezioni.* [corsivo aggiunto, n.d.r.].

A ben vedere, anche il precedente del Consiglio di Stato, invocato dai ricorrenti a sostegno della propria richiesta, richiama espressamente il principio di una giusta composizione tra l’esigenza di salvaguardia della volontà dell’elettore da possibili cause perturbatrici e quella di conservazione degli effetti delle elezioni, *indicando nella valutazione della consistenza numerica dei voti espressi a favore delle liste illegittimamente ammesse la chiave per stabilire se le elezioni debbano essere o*

*contrario, cioè che la sola partecipazione di liste illegittimamente ammesse debba determinare il travolgimento delle **interne** operazioni elettorali, oltre ad essere contraria alla logica, esporrebbe inevitabilmente le istituzioni elettive ad una sorta di instabilità costituzionale, dipendendo la tenuta dei governi regionali non già dall'ampiezza del consenso popolare ma dalla presenza di vizi marginali che nulla tolgono alla sostanza della pronuncia degli elettori*<sup>16</sup>.

Conclusivamente, nel caso sottoposto alla cognizione del giudice amministrativo (qui proposto quale *leading case*), parrebbe essere praticabile, alla luce del dettato normativo e della giurisprudenza citata, o un'eventuale rettifica dei risultati elettorali regionali, ove lo spostamento di voti di lista non fosse tale da vincere quella *prova di resistenza* pacificamente fatta propria dalla stessa magistratura amministrativa, ovvero, in via assolutamente eccezionale, l'annullamento integrale delle elezioni in caso contrario, come prospettato nei "precedenti" giurisprudenziali richiamati.

---

*meno annullate nella loro interessezza.* [corsivo aggiunto, *n.d.r.*] Nell'ipotesi esaminata dal giudice d'appello è stata confermata la sentenza di primo grado che aveva annullato l'intera competizione elettorale, per la decisiva considerazione che la illegittima presenza di due liste poteva essere stata determinante ai fini del risultato a causa dello scarto minimo di voti tra le due principali liste antagoniste.

In applicazione dunque del necessario bilanciamento tra il principio di conservazione degli atti giuridici, il principio del favor voti e l'interesse pubblico alla legalità della competizione elettorale, all'illegittima ammissione di alcune liste nei collegi circoscrizionali, la cui presenza non sia stata determinante nei termini sopraddetti, si potrebbe ovviare, ove ritualmente richiesto dai ricorrenti e corrispondente alla realizzazione dell'interesse dedotto, *attraverso la correzione parziale dei risultati elettorali e la ripetizione dei conteggi per l'attribuzione dei seggi senza considerare i voti attribuiti a quelle liste, in applicazione dell'articolo 84, primo comma del D.P.R. 16 maggio 1960, n. 570*, [corsivo aggiunto, *n.d.r.*] espressamente richiamato dall'articolo 6 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (Consiglio Stato, sez. V, 23 agosto 2000, n. 4586); *peraltro, a tale correzione parziale non si può procedere in questo caso, per la mancanza della rituale domanda, come sopra detto.* [corsivo aggiunto, *n.d.r.*]

In applicazione dei principi sopra esposti, ivi compreso quello già richiamato della prova di resistenza, occorre dunque verificare se la illegittima presenza di alcune liste circoscrizionali possa aver inciso, in maniera determinante, sul risultato finale ottenuto dalla lista regionale vincitrice, Sardegna Insieme. [...] Alla luce dei risultati conseguiti dalle liste illegittimamente ammesse, il Collegio ritiene che la loro presenza non abbia gravemente falsato il risultato delle elezioni nelle diverse circoscrizioni; conseguentemente, anche sotto questo aspetto, la richiesta di annullamento delle elezioni deve essere rigettata.

In definitiva, tutte le domande proposte dai ricorrenti risultano infondate o inammissibili, pertanto, il ricorso deve essere rigettato.

Ne consegue che la domanda di correzione avanzata in via subordinata dai controinteressati va dichiarata inammissibile per difetto di interesse.

Sussistono ragioni di opportunità per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.".

<sup>16</sup> Così Consiglio di Stato, sez. V, n. 1437/06, cit. Corsivo e neretto aggiunti, *n.d.r.*

4. *La pronuncia della Corte costituzionale sull'ipotesi di annullamento giurisdizionale delle elezioni e sulla fonte regionale legittimata a provvedere in materia*

Quanto finora illustrato nei paragrafi precedenti attraverso il “diritto vivente” è peraltro perfettamente in sintonia con i principi generali enucleati in *subiecta materia* dal Giudice delle leggi.

Tant'è che con sentenza n. 196 del 23 maggio - 5 giugno 2003<sup>17</sup>, la Corte costituzionale “*ammette implicitamente l'annullamento giurisdizionale delle operazioni di voto per le elezioni regionali*”<sup>18</sup>, rilevando che “non era e non è invece regolato il caso di annullamento delle operazioni elettorali dopo l'elezione del Consiglio: tanto è vero che, quando si verificò questa ipotesi nel Molise, il Governo, invocando il carattere necessario dell'ente con la conseguente necessità di assicurare il compimento degli atti improrogabili, nel silenzio dello statuto regionale, non ancora adeguato ai principi della legge cost. n. 1 del 1999 (così implicitamente riconosciuto fonte competente in materia) e i ‘poteri residuali del Governo’, in base ad un (per la verità, inedito) ‘principio generale dell'ordinamento che attribuisce al Governo un potere di intervento per assicurare l'adempimento degli obblighi attinenti a interessi di rilievo costituzionale’, ebbe a disporre che la Giunta e il Presidente, la cui elezione era stata annullata, provvedessero ‘agli atti urgenti e improrogabili sino alla proclamazione del nuovo consiglio e del presidente della Regione’ (d.P.R. 16 luglio 2001, recante ‘Disposizioni per assicurare il compimento di atti urgenti e improrogabili da parte della Regione Molise’: la motivazione è contenuta nel preambolo del decreto)”; che, verificandosi l'annullamento (giurisdizionale), ci si viene a trovare in “una situazione patologica e di carenza costituzionale come quella derivante dall'annullamento delle elezioni seguite alla scadenza o allo scioglimento del precedente Consiglio; mentre è necessario ripristinare al più presto la legittima rappresentatività degli organi regionali.”; e che, in definitiva, “in questo caso si verifica non la scadenza o lo scioglimento o la rimozione di un Consiglio o di un Presidente legittimamente eletti ed in carica, ma il venir meno *ex tunc*, secondo i principi, dello stesso titolo di investitura dell'organo elettivo.

Anche in questa ipotesi la disciplina dell'esercizio delle funzioni regionali fino alla nuova elezione rientra in linea di principio nella competenza statutaria della Regione, salvi i limiti che la Regione stessa incontra in forza della competenza statale esclusiva in materia giurisdizionale, stabilita dall'art. 117, secondo

---

<sup>17</sup> In [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) ed annotata da G. ROSA, *Prime note alla sentenza della Corte Costituzionale n. 196 del 5 giugno 2003*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); e da A. MORRONE, *Sistema elettorale e prorogatio degli organi regionali*, in Forum di Quaderni Costituzionali, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>18</sup> Cfr. MORRONE, op. cit. nella nota precedente. Corsivo aggiunto, *n.d.r.*

comma, lettera *l*, della Costituzione. In ogni caso, è escluso che possa provvedere in materia una legge regionale non statutaria.”.

Ora, sebbene la “legge statutaria” delle regioni a statuto differenziato sia definita “fonte facoltativa” dalla Corte costituzionale<sup>19</sup>, in conseguenza – in sintesi – della non comparabilità della potestà statutaria ordinaria con quella speciale, l’art. 9, comma 3, dello Statuto siciliano prevede che “i rapporti tra l’Assemblea regionale, il Governo regionale e il Presidente della Regione” siano regolati, appunto, da tale specifica legge.

D’altra parte, si ritiene che le funzioni esercitabili dai supremi organi regionali, anche nei loro reciproci rapporti, in caso di annullamento delle elezioni, non possano che essere regolati da siffatta fonte tipizzata dallo Statuto siciliano medesimo (ovviamente “in armonia” con esso, la Costituzione e i principi dell’ordinamento giuridico della Repubblica), atteso che l’art. 3 dello stesso Statuto attiene all’elezione dell’Assemblea regionale (disciplinata da apposita legge elettorale), ossia al momento (iniziale) della sua formazione.

## 5. Osservazioni conclusive

A conclusione della disamina sin qui condotta, possiamo dunque affermare che l’ipotesi di annullamento **integrale**, per via giudiziale, delle elezioni siciliane trova già oggi diritto di cittadinanza nell’ordinamento regionale, non senza però

---

<sup>19</sup> Cfr. Corte Cost. 6-14 novembre 2006, n. 370, in *www.giurcost.org*, (punto 5 in diritto), con nota di A. Ambrosi, *I consigli delle autonomie locali nelle Regioni e Province speciali: la questione della fonte competente*, in Forum di Quaderni Costituzionali, *www.forumcostituzionale.it*. Ad avviso dell’Autore, l’affermazione della Corte, ancorché *obiter dictum*, “suscita qualche dubbio”, è “sibillina” citando A. Ruggeri, *La Corte, la clausola di “maggior favore” e il bilanciamento mancato tra autonomia regionale e autonomie locali*, *ibidem*. Ed infatti – soggiunge Ambrosi (op. cit., par. 2) – “Salva la questione dei rimedi a fronte di comportamenti omissivi del consiglio regionale, e ferme alcune particolarità per quanto riguarda la Sicilia, la adozione della legge statutaria (o di più leggi statutarie, a copertura dei singoli oggetti considerati dagli statuti), appare invero in molti casi costituzionalmente dovuta piuttosto che facoltativa. (...) In molti casi, l’approvazione della legge statutaria è indispensabile o per rendere operativi istituti di partecipazione e di democrazia diretta, oppure per individuare le competenze di organi di vertice della Regione (e quindi, in definitiva, per definire la forma di governo), oppure, ancora, per dare concretizzazione a precisi vincoli costituzionali positivi (...). Né è possibile opporre - in relazione agli oggetti indicati - la sufficienza di una preesistente disciplina legislativa ordinaria, o derivante da norme regolamentari interne (che ad ogni modo non sempre vi è); pure se tale disciplina non è divenuta illegittima per il sopravvenire delle nuove disposizioni costituzionali, resta che la novella del 2001 vuole non una normativa qualunque, ma una fonte particolare, cui è collegato un certo tipo di rapporti con le altre fonti regionali, e nel cui procedimento di formazione è inserita la possibilità per il corpo elettorale della Regione di esprimersi con il referendum sulle scelte compiute dall’assemblea legislativa, possibilità la cui perdita inciderebbe in un punto essenziale sull’equilibrio tra organo rappresentativo ed elettori che è stato delineato con la riforma degli Statuti.”.

porre fortemente l'esigenza di un'opportuna regolamentazione, a livello di normazione positiva regionale "rinforzata", dei suoi effetti, vale a dire attraverso l'approvazione di una "legge statutaria" *ad hoc* ai sensi dell'art. 9, comma 3, dello Statuto.

Non è senza significato che la sovrana Corte, nella citata sentenza n. 196/2003, abbia richiamato il "caso Molise" ed il relativo D.P.R.<sup>20</sup> per rilevare che la disciplina dell'esercizio delle funzioni regionali fino alla nuova elezione "rientra in linea di principio nella competenza statutaria della Regione, salvi i limiti che quest'ultima incontra in forza della competenza statale esclusiva in materia giurisdizionale, essendo in ogni caso "escluso che possa provvedere in materia una legge regionale non statutaria".

Resta comunque il fatto che, per principio generale, non derogabile neppure da una (futura) legge statutaria, in caso di annullamento della competizione elettorale si verifica "*una situazione patologica e di carenza costituzionale*"<sup>21</sup> che comporta "il venir meno *ex tunc*, secondo i principi, dello stesso titolo di investitura dell'organo elettivo" e – come sembra evincersi dal ragionamento complessivo della Corte – la limitata facoltà, per l'organo eletto colpito dall'annullamento (giurisdizionale), di rimanere in carica per il disbrigo degli "atti urgenti e improrogabili" di cui al citato decreto del Presidente della Repubblica del 2001 (riportato *sub* nota 20).

## **OBSERVATIONS ON THE ANNULMENT OF THE ELECTIONS OF THE "ASSEMBLEA REGIONALE SICILIANA"**

by Mario Di Piazza

### **Abstract**

The Sicilian electoral law does not discipline the power of administrative judges to annul Sicilian Assembly elections. Since electoral law falls under exclusive legislative competence, it has to be discussed whether the judicial annulment of elections in Sicily is allowed or not even without a written rule. It has been considered administrative case-law on the subject matter and constitutional court judgement of 2003 on the well known "Molise case". The final conclusion is that even in Sicily the administrative Court has the power to annul completely sicilian elections.

---

<sup>20</sup> Cfr. D.P.R. 16 luglio 2001 (in G.U. n. 170 del 24 luglio 2001) recante *Disposizioni per assicurare il compimento di atti urgenti e improrogabili da parte della regione Molise*, nel cui preambolo è dato leggere che "(...) il caso dell'annullamento delle operazioni elettorali non è previsto dallo statuto vigente; (...) che i motivi della pronuncia giurisdizionale di annullamento non riguardano i soggetti eletti, ma la regolarità delle operazioni elettorali (...)"; ed ancora che "(...) per le suddette finalità, appare congruo consentire lo svolgimento degli *atti urgenti e improrogabili* da parte degli stessi organi gestionali che li hanno sinora compiuti (...)". [corsivo aggiunto, *n.d.r.*]

<sup>21</sup> Corsivo aggiunto, *n.d.r.*



*Hanno collaborato a questo numero:*

Raffaele Bifulco

*Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico nell'Università degli Studi di Napoli Parthenope*

Antonio Colavecchio

*Professore associato di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Foggia*

Savatore Dettori

*Ricercatore di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Teramo*

Mario Di Piazza

*Consigliere parlamentare, direttore di Servizio A.R.S.*

Sara Forasassi

*Dottore di ricerca in Diritto pubblico*

Agata Anna Genna

*Dottoranda di ricerca in Diritto comunitario e diritto interno: fonti, organizzazione e attività nell'Università degli Studi di Palermo*

Cristina Giaon

*Dottoranda di ricerca in Diritto amministrativo nell'Università di Roma Tre*

Maria Immordino

*Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Palermo*

Paola Lombardi

*Ricercatore di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Brescia*

Roberta Lombardi

*Professore associato di Diritto amministrativo nell'Università del Piemonte orientale "A. Avogadro"*

Manuela Salvago

*Dottoranda di ricerca in "Giustizia costituzionale e diritti fondamentali" nell'Università di Pisa*

Paola Savona

*Dottore di ricerca in Diritto amministrativo*

Finito di stampare nel mese di novembre 2010  
presso Arti Grafiche Solimene s.r.l. - Casoria (Na)  
per conto di Editoriale Scientifica s.r.l.

