

ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

Rivista di studi giuridici e politici

3

2011 · ANNO XXXII
luglio/settembre

LE AUTONOMIE AI TEMPI DELLA CRISI

DIRETTORE DELLA RIVISTA
Gianluca Gardini

COMITATO DI DIREZIONE
Filomena Terzini
Luigi Benedetti
Francesca Paron

REDAZIONE
Marina Caporale
Annamaria De Michele
Francesca Palazzi
Matteo Timiani
Claudia Tubertini

EDITING
Carlo Pedrazzi

COMITATO SCIENTIFICO
Gianluca Gardini (Direttore)
Brunetta Baldi
Francesco Bilancia
Stefano Civitarese Matteucci
Justin Orlando Frosini
Alfredo Galán Galán
Giancarlo Gasperoni
Peter Leyland
Marco Magri
Andrea Morrone
Alessandra Pioggia
Giuseppe Piperata
Claudia Tubertini

 Regione Emilia-Romagna

 **MAGGIOLI
EDITORE**

DIREZIONE E REDAZIONE

Regione Emilia-Romagna
Servizio innovazione e semplificazione amministrativa
Viale Aldo Moro, 52 - 40127 Bologna
Fax 051 5277674
E-mail: istituzionidelfederalismo@regione.emilia-romagna.it
Sito web: www.regione.emilia-romagna.it/affari-ist/federalismo

EDITORE

Maggioli Editore presso c.p.o. Rimini,
via Coriano, 58 - 47924 Rimini
tel. 0541.628111 - fax 0541.622100
Maggioli Editore è un marchio di Maggioli s.p.a.
Servizio Abbonamenti: tel. 0541.628779
Sito web: www.maggioli.it
E-mail: abbonamenti@maggioli.it
Azienda con sistema qualità certificato ISO 9001:2000

Tutti i diritti riservati - È vietata la riproduzione, anche parziale,
del materiale pubblicato senza autorizzazione dell'Editore

STAMPA

Titanlito - Dogana R.S.M.

Maggioli s.p.a. è iscritta al registro operatori della comunicazione

Publicazione registrata al Tribunale di Bologna il 4 luglio 1980,
n.4824

Direttore responsabile: Piero Venturi

Condizioni di abbonamento

La quota di abbonamento alla Rivista per il 2011 è di € 130,00 da versare sul c.c. postale n. 31666589 intestato a Maggioli s.p.a. - Periodici, Via del Carpino, 8 - 47822 Santarcangelo di Romagna (RN).

La Rivista è disponibile nelle migliori librerie.

Il prezzo di vendita per singoli numeri è di € 24,00.

Il prezzo per ciascun fascicolo arretrato è di € 28,00.

I prezzi suindicati si intendono Iva inclusa. L'abbonamento decorre dal 1° gennaio con diritto al ricevimento dei fascicoli arretrati ed avrà validità per un anno.

La Casa Editrice comunque, al fine di garantire la continuità del servizio, in mancanza di esplicita revoca, da comunicarsi in forma scritta entro il trimestre seguente alla scadenza dell'abbonamento, si riserva di inviare il periodico anche per il periodo successivo.

La disdetta non è comunque valida se l'abbonato non è in regola con i pagamenti. Il rifiuto o la restituzione dei fascicoli della Rivista non costituiscono disdetta dell'abbonamento a nessun effetto.

I fascicoli non pervenuti possono essere richiesti dall'abbonato non oltre 20 giorni dopo la ricezione del numero successivo

INDICE

- 457 Le autonomie ai tempi della crisi
Gianluca Gardini

SAGGI E ARTICOLI

- 467 La garanzia costituzionale della Provincia in Italia e le prospettive della sua trasformazione
Stefano Civitarese Matteucci
- 501 La semplificazione amministrativa tra esigenze di uniformità ed effettività delle politiche. Alla ricerca di un coordinamento stabile tra Stato e Regioni
Marta De Giorgi
- 531 I servizi pubblici locali di rilevanza economica dopo il referendum: le novità e le conferme della legge 148/2011
Antonella Azzariti
- 561 L'intervento pubblico nell'economia delle Regioni e degli enti locali tra aiuti di Stato e tutela della concorrenza
Francesco Bilancia e Andrea Filippini
- 593 Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione
Silvia Pellizzari
- 623 Gli organi di garanzia statutaria, i metodi della legislazione e i Consigli regionali
Nicola Lupo
- 637 Los Consejos jurídicos consultivos en la experiencia regional española
Vicente Garrido Mayol

NOTE E COMMENTI

- 659 **Coordinamento informativo e pubbliche amministrazioni**
Francesco M. Lazzaro

OSSERVATORIO REGIONALE

- 683 **L'inattuabile referendum per l'aggregazione della Provincia di Belluno alla Regione Trentino-Alto Adige**
Fabio Ratto Trabucco
- 699 **Table of contents and abstracts**
- 703 **Note sugli autori**

Editoriale

Le autonomie ai tempi della crisi

“Il federalismo è morto”.

Questa affermazione del Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni, Vasco Errani, che il 27 settembre scorso commentava alla stampa il declassamento del *rating* di undici enti territoriali italiani da parte dell'agenzia Standard and Poor's, sintetizza meglio di tante analisi tecniche gli effetti delle manovre economiche realizzate dal governo negli ultimi due anni.

Come sempre accade, la forza delle cose è molto più potente dei proclami politici, di governo e di opposizione, che ancora raccontano di un disegno federalista, o addirittura vagheggiano scenari secessionisti per il futuro del nostro paese. Di fatto l'impianto decentrato di rappresentanza politica e di governo, previsto dal Titolo V della Costituzione, è entrato in crisi insieme ai conti pubblici. Pertanto l'evoluzione in senso federale del sistema delle autonomie territoriali appare ormai una prospettiva irrealizzabile, sicuramente per i prossimi cinque o sei anni, probabilmente per un tempo assai più lungo.

Le crisi fiscali ed economiche, si sa, inducono ad interventi sulle istituzioni pubbliche per ridurne i costi e contenere le spese degli apparati; ma è in particolare nell'ultimo anno e mezzo che i tagli nei confronti del sistema delle autonomie sono stati pesantissimi, e progressivi.

Così, la finanziaria per il 2010 (legge 23 dicembre 2009, n. 191) ha disposto una significativa riduzione dei trasferimenti erariali agli enti locali, e previsto la soppressione di tutta una serie di enti e figure istituzionali, per contrastare l'eccesso di spesa pubblica del nostro paese. Nel segno del risparmio ha sancito la soppressione dei consorzi di funzioni, delle circoscrizioni di decentramento, dei difensori civici e dei direttori generali dei Comuni fino a 100 mila abitanti; ha definitivamente soppresso il finanziamento statale delle Comunità montane;

ha previsto la possibilità per i Comuni inferiori a 3 mila abitanti di fare a meno della Giunta.

Ad un solo mese di distanza, il decreto legge 2/2010 è venuto ad aggiungere nuovi tagli a quelli già stabiliti nella legge finanziaria, disponendo la soppressione delle autorità di ambito territoriale, costituite obbligatoriamente per gestire le funzioni locali nel servizio idrico e nella gestione dei rifiuti urbani. Subito dopo, nel maggio 2010, un ulteriore decreto (d.l. 79/2010, convertito nella legge 122/2010) è intervenuto sui piccoli Comuni (sotto i 5 mila abitanti) vincolandoli all'esercizio associato delle funzioni fondamentali – come definite dalla legge sul federalismo fiscale –, sopprimendo l'Agenzia per la gestione dei segretari comunali, limitando la costituzione di società pubbliche locali.

Infine, come un macigno, nell'estate 2011 è calata sul paese la manovra economica, recando con sé "Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e lo sviluppo" (d.l. 13 agosto 2011, n. 138). L'effetto della manovra è quello di ridurre ulteriormente le risorse finanziarie destinate dallo Stato alle autonomie territoriali, in particolare nel settore delle politiche sociali e degli investimenti infrastrutturali, sterilizzando ogni stimolo alla crescita e, di fatto, preannunciando l'avvio della recessione.

Ciò che colpisce, in questa serie di interventi a ondate, è l'approccio squisitamente economico utilizzato dal legislatore, cui fa da *pendant* la totale assenza di un disegno organico di riforma istituzionale, la disattenzione alle tematiche sociali coinvolte dal riassetto istituzionale, l'indifferenza ai vincoli costituzionali.

Le istituzioni, soprattutto quelle decentrate, sono trattate come meri capitoli di spesa da tagliare, numeri da ridurre, mentre il legislatore dell'urgenza non sembra tenere in alcuna considerazione il fatto che, in assenza di risorse adeguate, gli enti territoriali non potranno fare altro che tagliare i servizi pubblici, ridurre le politiche a sostegno delle famiglie e delle imprese, e in definitiva "abbassare" lo Stato sociale. Ciò che salta all'occhio in questa riforma "a ondate" è la mancanza di una *pars construens*, di quella sistematicità indispensabile anche nell'urgenza: in questo modo, lo stratificarsi di tanti interventi frammentari rischia di seppellire definitivamente il modello autonomistico

tratteggiato dalla nostra Carta costituzionale, senza però proporre un alternativo.

Durante l'*iter* di approvazione della manovra finanziaria del 2011 la Conferenza delle Regioni ha formulato varie osservazioni alla Commissione Bilancio della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica, proponendo emendamenti per ridurre l'impatto sul sistema delle istituzioni territoriali delle misure di carattere più strettamente finanziario, e chiedendo un proporzionale sacrificio di spesa anche per le amministrazioni dello Stato.

Contestualmente, le Regioni hanno formulato una lunga lista di rilievi di costituzionalità nei confronti della parte del decreto 138/2011 rivolta alla "Riduzione dei costi degli apparati istituzionali", che racchiude norme sulla composizione degli organi regionali e delle relative indennità (art. 14), sulla soppressione e la modifica degli organi delle Province (art. 15), sulle unioni municipali e sulla modifica degli organi comunali (art. 16).

Sulla scorta di questi rilievi il Parlamento, in sede di conversione del decreto, ha inserito nel testo di legge una delega che persegue finalità di razionalizzazione e riduzione della spesa storica *anche* per le amministrazioni dello Stato, da realizzarsi entro 12 mesi. Tuttavia, a parte le affermazioni di principio sull'introduzione di un meccanismo di *spending review* applicabile anche all'amministrazione centrale, e fatta eccezione per la disposizione-manifesto volta a incentivare la partecipazione dei Comuni all'attività di accertamento tributario, ben poco è stato fatto per riequilibrare l'impatto della manovra finanziaria tra centro e autonomie.

Questa impostazione, evidentemente, è criticabile.

Nessun sistema può razionalmente intraprendere un processo di decentramento senza pensare di intervenire sul centro del sistema stesso: è evidente che anche l'amministrazione statale è parte del decentramento amministrativo, ne viene direttamente coinvolta, dal momento che l'architettura del centro e delle autonomie risultano strettamente legate. Centro e autonomie (non solo territoriali, ma anche funzionali) si condizionano a vicenda, al punto che l'assetto finale di un ordinamento decentrato rappresenta il frutto di un razionale equilibrio tra le amministrazioni, al fine di contenere i costi, ma soprattutto nella prospettiva di offrire una risposta adeguata alle esigenze dei diversi

settori e soddisfare i bisogni dei cittadini. È questa logica di interdipendenza, di reciproco condizionamento tra amministrazioni centrali e decentrate, a mancare del tutto nelle misure di stabilizzazione finanziaria degli ultimi anni.

Si riproduce così uno dei difetti principali che, riguardato ad una distanza di oltre dieci anni, ha reso fragile il decentramento amministrativo lanciato dalla riforma Bassanini del 1997.

Allora, come oggi, il governo muoveva dalla necessità di dotare le istituzioni di un assetto più moderno, trasferire alle autonomie territoriali maggiori poteri e risorse, rendere le amministrazioni più efficienti ed imparziali. Questo, si badi, non in un'ottica di mero risparmio di spesa, ma con l'obiettivo di migliorare la qualità dei servizi e delle prestazioni erogati ai cittadini. Contrariamente a quanto si pensa, infatti, il nostro paese conta un numero di dipendenti pubblici (rispetto alla popolazione) e ha un costo del personale (rispetto al P.I.L.) leggermente inferiore alla media OCSE: il problema che abbiamo è rendere più efficiente, non tanto e non solo ridurre la sfera pubblica.

Allora, come oggi, la profonda redistribuzione di poteri e funzioni tra Stato, Regioni ed enti locali non è stata accompagnata dal contestuale ridimensionamento (o smantellamento, in alcuni casi) delle strutture centrali titolari dei compiti trasferiti. Ne è scaturita un'irrazionale (e costosa) duplicazione di strutture, con frequenti sovrapposizioni di compiti tra livelli di governo differenti, unita ad una accentuata frammentazione decisionale tra centro e periferia.

Il centro si è progressivamente spogliato di funzioni a favore delle autonomie, senza tuttavia adeguare le proprie strutture e personale ai nuovi compiti di regia a cui esso veniva chiamato. Basti pensare alla vicenda emblematica del Corpo Forestale dello Stato, che, pur di non essere smantellato in seguito al trasferimento alle Regioni di gran parte dei compiti, beni, personale e risorse operato dalla legge 59/1997 (e conseguenti decreti di attuazione), è stato trasformato in quinto corpo di polizia dello Stato, obbligando le Regioni ad assumere nuovo personale per l'espletamento delle funzioni e delle attività di gestione del patrimonio forestale¹. Si pensi, ancora, all'inutile ipertrofia

(1) Cfr. F. BASSANINI, Intervento in *Il sistema amministrativo a dieci anni dalla riforma Bassanini*, a cura di G. D'ALESSIO e F. DI LASCIO, Torino, Giappichelli, 2009, p. 260 ss.

dell'amministrazione periferica dello Stato, rimasta indifferente all'istituzione degli Uffici territoriali del governo, e sopravvissuta inalterata nella struttura attuale delle Prefetture. Al punto che, nella manovra dell'agosto 2011, il legislatore è stato costretto a porre nuovamente mano alla questione della "razionalizzazione di tutte le strutture periferiche dell'amministrazione dello Stato", indicando come soluzione privilegiata la concentrazione tendenziale di esse in un "ufficio unitario a livello provinciale"².

Tuttavia, anche dopo le correzioni portate in sede di conversione, l'equazione "riduzione della spesa = riduzione dell'autonomia" continua a rappresentare uno dei cardini fondamentali del d.l. 138/2011. I tagli alle risorse trasferite a Regioni ed enti locali, questo è il punto politico, non sono fissati in modo proporzionale alla responsabilità imputabile a questi enti nella determinazione della complessiva spesa pubblica³.

Anche la parte del decreto rivolta alla "Riduzione dei costi degli apparati istituzionali" risulta sostanzialmente confermata nel testo della legge di conversione, con la sola eccezione della norma rivolta alla soppressione delle Province – in aperto contrasto con l'art. 133, comma 1, Cost. –, di cui sopravvive la disposizione che dimezza i consiglieri e gli assessori provinciali, a decorrere dal primo rinnovo degli organi di governo delle Province. Restano in piedi, pressoché inalterate, tutte le limitazioni concernenti i Comuni, soprattutto i più piccoli, e le loro unioni, da cui derivano pesanti interferenze con l'autonomia costituzionalmente riconosciuta agli enti locali, e sovrapposizioni rispetto alle competenze regionali in materia di associazionismo intercomunale e riordino territoriale. Resta in piedi, altresì, la sostanza della c.d. Unione municipale, nel momento in cui viene mantenuto l'obbligo per tutti i Comuni fino a mille abitanti di esercitare le fun-

(2) Art. 01, comma 1, d.l. 13 agosto 2011, n. 138.

(3) Secondo i dati della Ragioneria Generale dello Stato riportati dalle Regioni durante le audizioni parlamentari, la somma dei tagli ai trasferimenti e al patto di stabilità complessivamente apportati dalle ultime tre manovre finanziarie e correttive ammonta a 104,75 miliardi di cui 25,5 a carico dello Stato (24,34%); 60,45 a carico delle Regioni (57,7%, laddove le Regioni gestiscono meno del 20% della spesa pubblica complessiva); 4,1 a carico delle Province (3,91%); 14,7 a carico dei Comuni (14,03%).

zioni e i servizi in unioni assoggettate ad un regime giuridico speciale, estremamente stringente e limitativo dell'autonomia comunale. Il legislatore statale interviene finanche su tematiche consegnate alla competenza statuaria e regolamentare degli enti locali, visto che la manovra finanziaria disciplina persino l'orario in cui devono tenersi le riunioni dei consigli.

Secondo un'antica tradizione mai del tutto abbandonata, dunque, viene dettata dal centro una disciplina estremamente minuziosa e rigida, che comprime fortemente gli spazi di autonomia normativa e amministrativa riconosciuti dalla Costituzione a favore di Regioni e enti locali. In questo modo il federalismo, annunciato in modo trasversale da tutte le forze politiche e presente nei programmi elettorali dei diversi schieramenti, finisce per essere relegato sul piano delle mere dichiarazioni di intenti.

* * *

Non si vuole fingere, ovviamente, che le autonomie territoriali non abbiano alcuna responsabilità nel progressivo incremento dei costi dell'amministrazione.

Com'è noto, in Italia i Comuni di dimensioni piccole o piccolissime sono particolarmente numerosi, ed a questo fenomeno di "polverizzazione" amministrativa è riconducibile buona parte dell'inadeguatezza economica, organizzativa e funzionale che caratterizza l'amministrazione locale. Basti pensare che su 8.094 Comuni italiani, 7.467 sono inferiori a 15 mila abitanti, mentre circa 2 mila hanno meno di mille abitanti.

La definizione di soglie demografiche o territoriali adeguate per l'esercizio delle funzioni amministrative comunali non è certo un problema di oggi: il tema fu posto con forza già da Massimo Severo Giannini nel famoso *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato* del 1979, e da allora non si è conseguito alcun risultato significativo. Tutte le iniziative di riordino territoriale messe in campo nel corso degli anni per aggregare i Comuni minori in enti di dimensioni adeguate, con interventi incentrati di volta in volta sul versante strutturale (fusioni) o funzionale (cooperazione e associazione intercomunale), sono invariabilmente naufragate a causa delle resistenze cam-

panilistiche dei municipi e della indisponibilità della classe politica locale. Le aree metropolitane, previste sin dalla legge 142/1990 come modelli organizzativi per l'amministrazione d'area vasta, esistono ad oggi solo nei disegni di legge e nelle analisi degli studiosi.

Le stesse Regioni hanno una parte non secondaria nel fallimento delle politiche e dell'amministrazione d'area vasta, avendo tradito la "missione" istituzionale ad esse assegnata dalla Costituzione. Il testo originario della Carta costituzionale, infatti, prevedeva di contenere al massimo gli apparati burocratici regionali e di affidare l'esecuzione amministrativa ad enti che già operavano a livello locale, sfruttandone la dotazione tecnico-amministrativa. Il modello originario di amministrazione regionale era quello dell'amministrazione indiretta: le funzioni amministrative regionali dovevano essere normalmente esercitate mediante deleghe agli enti locali o avvalimento dei loro uffici (art. 118, comma 3, Cost. vecchio testo). In questo senso le Regioni nascono come enti "ad amministrazione indiretta necessaria", incaricati di svolgere un'attività di indirizzo, programmazione, pianificazione e assistenza tecnico-amministrativa nei confronti degli enti territoriali minori, ma il modello costituzionale viene totalmente disatteso. Nel corso degli anni le Regioni hanno fatto scarsissimo uso del metodo del decentramento per l'esercizio dei propri compiti amministrativi e, anche a causa dell'inadeguatezza degli enti locali, l'art. 118, comma 3, Cost. non ha mai ricevuto piena attuazione. Nel tempo le Regioni sono divenute "grossi enti di amministrazione", che svolgono precipuamente il ruolo di centri di spesa e di erogazione di contributi. Si è così assistito ad una proliferazione di società e consorzi, istituiti per la gestione di servizi idrici, raccolta di rifiuti, produzione e distribuzione di energia e gas, trasporto, consulenza e formazione, gestione di immobili, attività informatiche e di telecomunicazioni e altri servizi di interesse per il territorio regionale. A questo fenomeno si è accompagnata la crescita imponente di apparati ed enti strumentali delle Regioni, soprattutto agenzie, che hanno finito per sovrapporsi alle funzioni storicamente radicate in capo all'amministrazione locale. Si è venuta a creare, in altre parole, una vera e propria "galassia economica" riconducibile alle Regioni, che, oltre ad interferire con l'attività di amministrazione diretta svolta dai Comuni, risulta oggi assai costosa e inefficiente.

Quasi tutte le Regioni, poi, hanno interpretato la riforma del 1999 e del Titolo V Cost. come occasioni non per razionalizzare l'organizzazione e la forma di governo, ma per incrementare il numero dei consiglieri regionali previsti dallo Statuto regionale, in base a logiche del tutto svincolate da criteri di proporzionalità con la popolazione residente sul territorio regionale. Si è giunti così alla forbice insensata tra gli 80 consiglieri della Sardegna, dove vivono 1.671.937 abitanti, contro i 50 consiglieri dell'Emilia-Romagna, dove vivono 4.366.448 abitanti.

Anche l'autonomia speciale non si può certo dire che sia stata utilizzata dalle Regioni con misura e in proporzione alle peculiarità dei rispettivi territori. Prescindendo in questa sede dal dibattito sul mantenimento di un regime di specialità per queste aree, non si può fare a meno di evidenziare la differenza di spesa che separa la Regione Lombardia, con i suoi 2.193 euro *pro capite*, dalla Regione Sicilia, che spende invece 5.883 euro *pro capite*, nel quadro di una media italiana delle Regioni ordinarie che si attesta sui 3.018 euro *pro capite*. Allo stesso modo appaiono davvero eccessivi, in termini assoluti, i costi di gestione della Regione Sicilia, che con i suoi 144 mila dipendenti diretti e indiretti, spende 1,7 miliardi di euro per amministrare 5 milioni di persone, ossia circa otto volte quanto spende la Lombardia per amministrare una popolazione pari al doppio.

* * *

Qualche scintilla di speranza, però, sembra brillare sotto la cenere delle recenti manovre economiche, e spinge ad attendere ancora prima di annunciare la morte definitiva del federalismo come modello organizzativo.

A ben vedere, infatti, la crisi economica e le manovre fiscali ad essa collegate non hanno prodotto solo effetti negativi sulle autonomie territoriali. A volte occorre guardare oltre le conseguenze immediate di un fenomeno per cogliere gli sviluppi virtuosi che da esso possono scaturire. O forse è solo l'ottimismo della volontà che non vuole cedere al pessimismo della ragione.

Nell'attuale situazione colpisce, e ridà speranza, la compattezza dimostrata dagli enti territoriali rispetto alle misure assunte dal governo

nell'ultimo anno e mezzo. Per una volta almeno Regioni, Province e Comuni hanno fatto fronte comune e si sono mobilitati unitariamente per opporsi agli effetti della manovra economica sui bilanci delle autonomie territoriali. Per una volta le posizioni degli enti territoriali non si sono frammentate in una pletera di istanze particolari e le richieste politiche di questi soggetti non hanno imboccato mille rivoli separati, ma si è formata una linea comune, coerente ed unitaria, volta a riportare al centro del dibattito politico i temi dello sviluppo economico, a chiedere con forza un nuovo patto di stabilità, a pretendere la garanzia dei servizi essenziali per i cittadini.

Si è creato un blocco delle autonomie contrapposto al dilagare dello Stato centrale, secondo quelle che sono le dinamiche classiche delle organizzazioni decentrate. Questo comportamento riaccende la speranza: la contrapposizione centro-autonomie riporta ordine nel caos di una congiuntura estremamente difficile, e lascia vedere una via d'uscita dall'impasse istituzionale che ha bloccato la formazione di un vero stato autonomista nel nostro paese.

Riuniti a Perugia il 23 settembre scorso, i Presidenti di Regioni, di Province autonome, i Presidenti delle Province e i Sindaci hanno levato una sola voce per ribadire l'insostenibilità della manovra estiva per il sistema delle autonomie territoriali, per denunciare il *vulnus* recato alla continuità dei servizi pubblici, per richiamare l'attenzione delle forze politiche sulla necessità di predisporre misure di stimolo alla crescita, per richiedere una riforma organica di tutte le istituzioni, improntata a criteri di rigore della spesa, efficienza e buon andamento degli apparati amministrativi.

L'urgenza e la gravità del momento hanno costretto le amministrazioni locali a rinunciare alle diffidenze che, storicamente, portavano gli enti minori a schierarsi dalla parte dello Stato per prevenire un ben più temibile neocentralismo regionale; e, all'inverso, hanno indotto le Regioni a farsi finalmente portavoce del sistema locale, rappresentandone unitariamente le esigenze e gli interessi.

L'auspicio è che questa crisi possa generare gli anticorpi necessari a sconfiggere quella malattia che per anni ha bloccato il nostro paese in una triangolazione di livelli di governo, il cui punto di equilibrio risiede nella reciproca contrapposizione. Negli Stati federali o comunque

fondati sul principio di autonomia, le spinte centrifughe dei territori e delle comunità locali trovano normalmente una camera di compensazione nel livello regionale, che mette ordine e rappresenta gli enti territoriali minori. Svolgendo una funzione di sintesi rispetto alle istanze locali, negli ordinamenti autenticamente autonomistici l'ambito "regionale" riesce a stimolare la differenziazione e, al tempo stesso, a contenere gli eccessi dell'autonomia territoriale, limitando i rischi di rottura dell'unità dell'ordinamento e, in definitiva, garantendo la stabilità dello Stato centrale.

Una dinamica bipolare di questo tipo non ha mai trovato terreno fertile nel nostro paese, dove "le Regioni invece di contribuire alla differenziazione e all'eterogeneità (e, quindi ad un'autentica autonomia), hanno, loro malgrado, suscitato un movimento opposto: gli enti locali vedendo in esse un controllore più vicino e pericoloso dello Stato, cercano da questo garanzie"⁴.

La speranza, dunque, è che l'attuale crisi porti non alla morte, bensì alla crescita e alla maturazione del "federalismo". Un termine che, sino ad oggi, ha rappresentato per i cittadini italiani uno slogan politico più che un metodo efficace per l'esercizio delle funzioni e l'erogazione dei servizi pubblici.

Gianluca Gardini

(4) S. CASSESE, *Lo Stato introvabile. Modernità e arretratezza delle istituzioni italiane*, Roma, Donzelli, 1998, p. 86.

La garanzia costituzionale della Provincia in Italia e le prospettive della sua trasformazione (*)

Stefano Civitarese Matteucci

Abstract

Il presente lavoro mira a fornire i lineamenti essenziali della posizione della Provincia nell'ordinamento italiano, soprattutto per verificare se e quale garanzia essa trovi nella Costituzione. Dopo avere analizzato l'evoluzione della Provincia nell'ordinamento pre-repubblicano dello Stato italiano e la soluzione accolta nella Costituzione, si discute la posizione costituzionale della Provincia con riferimento sia alla necessità della sua esistenza e conformazione, sia al tipo di autonomia che le è eventualmente garantita anche in comparazione con gli altri enti locali. Questa analisi consente di affrontare in termini meno contingenti la discussione sull'abolizione delle Province come misura di contenimento della spesa pubblica. La semplice abrogazione delle Province, infatti, non risolve il problema di come garantire un efficiente ed efficace governo delle cosiddette funzioni di "area vasta". L'analisi della legislazione mostra che molte delle funzioni trasferite dal centro in periferia sono proprio quelle di "area vasta" e paradossalmente le Province, malgrado la loro cattiva reputazione, sono state destinatarie di molti e significativi nuovi compiti amministrativi.

1. Premessa

Secondo l'art. 3 del testo unico delle leggi sull'ordinamento delle autonomie locali (TUEL) (decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267) "la Provincia, ente locale intermedio tra Comune e Regione, rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi, ne promuove e ne coordina lo sviluppo". È questa posizione mediana, unita alla difficoltà di rinvenire sul piano sociale e politico una "comunità" provinciale, che

(*) Il presente scritto è la rielaborazione aggiornata di una indagine svolta nell'ambito di una ricerca sui governi locali presso l'Istituto di diritto pubblico dell'Università di Barcellona diretta dai professori Tomas Font Llovet e Alfredo Galán Galán.

hanno fatto della Provincia un ente da sempre “in discussione”, a più riprese oggetto di proposte di abolizione che negli ultimi anni hanno fatto presa anche su una parte consistente dell’opinione pubblica soprattutto all’insegna della lotta allo spreco di risorse pubbliche.

Il dibattito politico e istituzionale, dal canto suo, non brilla per chiarezza e coerenza. A improvvise accelerazioni, basate in genere su petizioni di principio, che riaccendono per qualche tempo i riflettori sul tema, seguono periodi di stasi, in cui le Province tornano nell’ombra. E alla successiva occasione tutto sembra ripartire da capo. Il più recente tentativo riformatore, nell’estate 2011, sembra tuttavia sorretto da maggiore convinzione, costituendo una delle azioni “strutturali” all’interno di un pacchetto di misure di risposta alla grave crisi finanziaria che ha investito l’Italia, mettendone a repentaglio la tenuta dei conti pubblici.

Il tentativo cui si allude è a sua volta composto di due diversi atti, con contenuti e forma tra loro piuttosto differenti. Il primo è un decreto legge che mira(va) a sopprimere gli enti provinciali al di sotto di una certa soglia demografica e di superficie. Il secondo è una proposta di legge costituzionale – approvata dal governo “in sostituzione” delle disposizioni contenute nel suddetto decreto legge – che apparentemente punta alla eliminazione delle Province ma che in realtà mira ad affidare alle Regioni la loro disciplina e a farne in qualche modo enti di natura associativa tra Comuni.

Le ragioni – di cui si dirà a suo luogo – del passaggio, in pochi giorni, dalla prima alla seconda soluzione forniscono un buon esempio dei problemi giuridici e istituzionali che si agitano ormai da decenni intorno alle sorti delle Province senza che si riesca a intravedere un progetto condiviso tra le varie forze politiche – come pure all’interno di ciascuno schieramento – sull’assetto del governo locale della “nuova Italia federale”.

Proprio allo scopo di fornire un contributo meno contingente alla discussione, il presente lavoro fornisce i lineamenti essenziali della posizione della Provincia nell’ordinamento italiano, soprattutto per verificare se e quale garanzia essa trovi nella Costituzione. Dopo avere, quindi, esposto brevemente, nel par. 2, l’evoluzione della Provincia nell’ordinamento pre-repubblicano dello Stato italiano, e nel par.

3 la soluzione accolta nella Costituzione, si passa, nei parr. 4, 5 e 6 ad analizzare, rispettivamente, la posizione costituzionale della Provincia, con riferimento alla necessità della sua esistenza e conformazione, e il tipo di autonomia che le è eventualmente garantita anche in comparazione con gli altri enti locali sia sul piano dell'esercizio delle funzioni sia su quello delle potestà normative. Nel par. 7, infine, ci si sofferma sulle proposte che mirano all'abolizione delle Province o a un loro ridimensionamento.

2. *Nascita ed evoluzione delle Province*

La nascita delle Province in Italia viene fatta risalire all'editto del Re del Piemonte Carlo Alberto, del 27 novembre 1847, n. 659, esteso provvisoriamente al territorio degli altri Stati italiani, all'indomani dell'unificazione del Regno, fino alla compiuta disciplina con legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. A, che stabilì un nuovo ordinamento dell'amministrazione comunale e provinciale ed individuò nuove circoscrizioni amministrative¹.

Il Regno venne diviso così in Province, Circondari, Mandamenti e Comuni. Le prime elezioni amministrative provinciali si svolsero nel 1861².

Si trattava, peraltro, di un sistema fortemente accentrato, con una potente amministrazione statale incarnata su base provinciale dalle prefetture. D'altronde, l'architettura istituzionale del Regno Sabauda, ed anche degli altri Stati italiani preunitari, era stata fortemente influenzata dalle costituzioni della Francia rivoluzionaria e quindi dal modello prefettizio³.

(1) Per una sintesi delle vicende relative all'istituzione ed evoluzione dell'amministrazione provinciale dal Regno d'Italia sotto il dominio francese (1805) alle leggi sull'unificazione del 1865 v. F. FABBRIZZI, *La Provincia: storia istituzionale dell'ente locale più discusso. Dall'unificazione amministrativa alla caduta della destra storica*, in *Federalismi.it*, n. 7, 2008.

(2) All'istituzione del Regno d'Italia le Province erano 59, destinate però ad aumentare rapidamente negli anni successivi. Alla nascita della Repubblica esse erano 91. Attualmente sono 110.

(3) In tema v. L. VANDELLI, *Poteri locali: le origini nella Francia rivoluzionaria, le prospettive nell'Europa delle Regioni*, Bologna, 1990. La fonte di questo modello viene

Diffusa è l'opinione che le Province, a differenza dei Comuni – sorti come comunità politiche indipendenti in età medievale –, furono una creazione legislativa, un progetto a tavolino per dare vita a un organismo intermedio tra lo Stato e il Comune che avrebbe dovuto funzionare in parte come ente autarchico⁴ e in parte come organo decentrato statale⁵. In Italia, come osservava Massimo Severo Giannini verso la fine degli anni sessanta del secolo scorso, questo ente non ha radici storiche nelle comunità territoriali, come ad esempio le hanno le contee in Inghilterra e negli Stati Uniti⁶. Sempre Giannini notava come, secondo il giudizio degli stessi contemporanei, il disegno della legge del 1865 faceva della Provincia un tipo di ente di ambigua definizione⁷.

Da un lato, infatti, essa si presentava come un organo dello Stato munito di personalità giuridica. Militavano a favore di questa idea sia il fatto che il suo legale rappresentante fosse il prefetto, il rappresentante del governo centrale in sede locale, il quale presiedeva la deputazione provinciale, organo burocratico di governo della Provincia; sia il fatto che i compiti fondamentali della Provincia riguardavano il controllo su tutti gli enti infraprovinciali (Comuni ed istituzioni di beneficenza).

generalmente rinvenuta nella legge del 28 piovoso dell'anno VIII (17 febbraio 1800) che stabiliva che in ciascun Dipartimento era posto un prefetto, un Consiglio generale dipartimentale e un Consiglio di prefettura.

(4) Sulla discussa nozione di autarchia v. di recente G. GARDINI, *Il regime del Comune italiano tra autarchia e differenziazione nell'opera di Umberto Borsi*, in *Le Carte e la Storia*, n. 2, 2007, p. 189 ss.

(5) Questi rilievi richiamano molto da vicino quelli che anche in Francia venivano sollevati sul carattere "artificiale" dei *Départements* (v. P. FONCIN, *Le pays de France. Projet de Federalisme administratif*, Paris, 1898, p. 22 s.; J.W. GARNER, *Administrative Reform in France*, in *The American Political Science Review*, vol. 13, n. 1, feb. 1919, p. 32 s.

(6) M.S. GIANNINI, *La Provincia nell'ordinamento regionale: opinioni e problemi*, in *Rivista delle Province*, LXII, n. 2, p. 450. In età comunale (secoli XIII e XIV) si registra in alcune aree l'esistenza di comunità territoriali più ampie, in particolare il c.d. contado, costituito da una rete di Comuni di minore importanza che si aggregava intorno al Comune maggiore. Questo precedente storico, come si vedrà più avanti, pur non avendo molto a che fare con le moderne Province, verrà utilizzato in sede di Assemblea costituente per difendere la scelta di mantenere in vita le Province.

(7) *Op. ult. cit.*, p. 450 s.

Dall'altro lato, la Provincia aveva, però, un organo elettivo, il consiglio provinciale, con un proprio presidente e quindi era anche in qualche modo espressione della collettività insediata⁸.

La spiegazione di questo carattere anfibologico sta probabilmente nella circostanza che la Provincia fosse in effetti un "ente di copertura"⁹, ossia un modo per fornire una certa maggiore legittimazione alla cospicua assegnazione (accompagnata dal trasferimento di oneri finanziari a carico delle collettività locali) di compiti e servizi statali in periferia senza perderne il diretto controllo. La stessa configurazione dei territori provinciali non si basò su criteri geografici, demografici, storici, e così via, ma piuttosto sulla individuazione di una città come conveniente sede degli uffici statali attorno a cui successivamente aggregare altre città minori. Sicché la Provincia che prende vita nel secolo XIX è sì ente locale, ma espressione al tempo stesso di accentramento statale, secondo un disegno di matrice napoleonica che rinviene in questo ente uno strumento idoneo a contemperare le rivendicazioni autonomistiche con la centralità e la sovranità dello Stato. Secondo Giannini "non vi è un solo caso in cui la creazione di una Provincia sia stata collegata al fatto che vi si ravvisava l'esistenza di un gruppo unitario locale. [...] Tuttavia, per una di quelle ultronee vicende della storia, è pur vero che le Province, create per gli interessi del governo centrale, hanno finito per assumere una propria fisionomia, anche come gruppi territoriali sociali"¹⁰.

Sotto questo profilo le cosiddette riforme crispine¹¹ del 1888-89¹² co-

(8) Questo d'altronde è nient'altro che il modello francese, nel quale il prefetto costituiva l'organo esecutivo del dipartimento. Questo modello è rimasto invariato in Francia sino al 1985, quando il presidente del Consiglio generale del Dipartimento ha preso il posto del prefetto. Come si vedrà, invece, in Italia questo stesso passaggio era già avvenuto con le riforme crispine negli anni ottanta del secolo XIX.

(9) Anche questa espressione è usata da M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, p. 452.

(10) M.S. GIANNINI, *I principali problemi della riforma*, in *Atti del convegno su: la riforma della legge comunale e provinciale*, Roma, 1970, ora in *Scritti*, vol. VI, Milano, 2005, p. 175.

(11) Da Francesco Crispi che fu Presidente del Consiglio dei ministri, salvo una breve interruzione, tra il 1887 ed il 1896.

(12) Legge 30 dicembre 1888, n. 5865 confluita poi nel testo unico 10 febbraio 1889, n. 5921.

stituirono una svolta, poiché il prefetto venne estromesso dall'amministrazione diretta della Provincia e la carica di presidente della Deputazione provinciale divenne elettiva, accentuandosi in tal modo il carattere di autogoverno dell'ente. È in questi anni che si compie quell'assimilazione tra Comuni e Province che diverrà un elemento costante del sistema italiano sino ai nostri giorni. Ed è sempre a seguito di queste riforme che comincia a farsi strada l'idea che la Provincia, come il Comune, sia un ente a finalità generali¹³.

Il regime fascista stravolse nuovamente l'assetto dell'amministrazione decentrata, con la legge 27 dicembre 1928, n. 2962 abolendo il principio elettivo a favore della reintroduzione della nomina regia per gli organi provinciali di vertice: la figura del preside (assistito dai rettori, di nomina governativa per quattro anni), sostituì consiglio, deputazione e presidente della deputazione. Analoga sorte, d'altronde subirono i Comuni con l'introduzione del sistema podestarile, vale a dire la sostituzione di sindaco e consiglio (e giunta), con un organo monocratico, il podestà, nominato con decreto reale per cinque anni rinnovabili.

3. Province ed enti locali nella Costituzione repubblicana

Con l'avvento della Costituzione Repubblicana nel 1948 il quadro giuridico di riferimento mutò profondamente in senso autonomista, perlomeno sulla carta. Sebbene vi siano letture non concordanti circa le reali intenzioni delle forze politiche presenti nell'Assemblea costituente, è un fatto che l'art. 5 della Costituzione, posto tra i principi fondamentali, "riconosce e promuove le autonomie locali" e "adegua

(13) L'enunciato legislativo riportato in apertura di questo scritto secondo cui la Provincia rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi, ne promuove e ne coordina lo sviluppo, mostra come il legislatore abbia accolto l'idea della Provincia come ente a finalità generali. Secondo Giannini questa definizione non corrispondeva, però, alla realtà delle cose, ossia alle funzioni effettivamente svolte dalle Province. A suo avviso per fare delle Province enti a finalità generali, sarebbe stato necessario riorganizzare "tutto il sistema provinciale facendo sì che le Province corrispondano a delle autentiche collettività locali" (*La Provincia nell'ordinamento regionale*, cit., p. 461). Al riconoscimento (nella legge 142/1990 ed ancor più nella legge 265/1999) del ruolo di ente a fini generali della Provincia non ha corrisposto, tuttavia, nessuna riorganizzazione del sistema nel senso auspicato da Giannini.

i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento”.

Fu, tuttavia, la stessa spinta verso uno Stato delle autonomie, con la introduzione delle Regioni, a porre il problema, sin dagli albori della Repubblica, dell'opportunità di mantenere o meno in vita le Province, anche perché inizialmente gli enti regionali non erano affatto stati concepiti come soggetti realmente in concorrenza con lo Stato centrale, ma piuttosto come enti locali di grandi dimensioni. Il progetto elaborato in seno alla Commissione dei 75 prevedeva una disposizione del seguente tenore: “La Repubblica si riparte in Regioni e Comuni [...] Le Province sono circoscrizioni amministrative di decentramento statale e regionale”. La Provincia, in questo modo, sarebbe rimasta soltanto come circoscrizione territoriale per l'azione in periferia delle amministrazioni statali e regionali. Del resto, a partire dalla ricordata assimilazione del modello napoleonico del prefetto come rappresentante locale del potere esecutivo, la Provincia è sempre stata l'ambito di riferimento degli uffici governativi sul territorio¹⁴. E come si è prima accennato, è su questo tronco che si decise di innestare, quasi a tavolino, la Provincia come ente autarchico.

Quando tuttavia la suddetta proposta fu discussa in sessione plenaria emersero molte voci contrarie all'accantonamento delle Province come enti locali. Gli argomenti utilizzati a questo fine furono essenzialmente tre.

(14) L'art. 129 della Costituzione – secondo cui le “Province e i Comuni sono anche circoscrizioni di decentramento statale e regionale. Le circoscrizioni provinciali possono essere suddivise in circondari con funzioni esclusivamente amministrative per un ulteriore decentramento” – è stato abrogato, come noto, dalla legge cost. 3/2001. Non vi è pertanto una disposizione costituzionale che individui nella Provincia una necessaria circoscrizione di decentramento statale. Sino al 2005, anno in cui sono state istituite le ultime tre Province italiane, la regola è stata comunque quella di individuare in ogni capoluogo di Provincia una sede di Prefettura-Ufficio territoriale del governo, sebbene l'art. 21, comma 2, lett. *f*), del TUEL preveda che “l'istituzione di nuove Province non comporta necessariamente l'istituzione di uffici provinciali delle amministrazioni dello Stato e degli altri enti pubblici” e questo enunciato fosse già contenuto nell'art. 16, comma 2, lett. *f*), della legge 142/1990. Sinora soltanto le quattro nuove Province sarde istituite nel 2001 sono prive di Prefettura.

Due di carattere positivo: il presunto ruolo storico dei contadi come presidi di autogoverno locale specialmente ove (nell'Italia meridionale) era mancata l'esperienza dei Comuni, e la capacità dimostrata nel periodo pre-repubblicano dalle amministrazioni provinciali di svolgere vari e numerosi compiti di amministrazione attiva in presenza di una miriade di Comuni di dimensioni piccole e piccolissime¹⁵.

Il terzo, di carattere negativo e indiretto, consistente nella critica alle Regioni in quanto, esse sì, istituzioni estranee alla tradizione italiana e del tutto artificiali.

Da questa discussione alla fine scaturì un compromesso favorito dalla preoccupazione dei "regionalisti" di non vedere messa in discussione la creazione del nuovo livello di governo regionale. Al mantenimento delle Province come enti locali fece da *pendant* l'accentuazione del ruolo legislativo, in concorrenza con lo Stato, e di programmazione delle Regioni, così da giustificare l'esistenza di entrambe le istituzioni territoriali. A questo riguardo si prefigurò un modello – in realtà rimasto largamente inattuato – secondo cui la Regione avrebbe dovuto esercitare "normalmente le sue funzioni amministrative delegandole alle Province, ai Comuni o ad altri enti locali, o valendosi dei loro uffici" (art. 118, comma 3, Cost. nel testo previgente).

Va posto l'accento sul fatto che, nonostante il dibattito nell'Assemblea costituente riguardasse la coesistenza tra Regione e Provincia, quest'ultima finì per essere assimilata sotto ogni profilo al Comune, anche in questo caso secondo quella ricordata tradizione risalente alla legislazione ottocentesca sugli enti locali. Le poche disposizioni costituzionali relative agli enti locali si riferivano e continuano a riferirsi sempre congiuntamente a Province e Comuni. In particolare, l'art. 128, oggi abrogato, diceva che "le Province e i Comuni sono enti autonomi nell'ambito dei principi fissati da leggi generali della Repubblica, che ne determinano le funzioni". E attualmente il testo dell'art. 114, comma 2 si limita a enunciare che i "Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni sono enti autonomi con propri statuti,

(15) I cosiddetti piccoli Comuni – vengono convenzionalmente considerati tali quelli con popolazione residente inferiore ai 5.000 abitanti – sono 5.708 (fonte ISTAT 2008) e rappresentano ben il 70% degli 8.100 Comuni italiani.

poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione”¹⁶. Diversamente da quanto si potrebbe credere confrontando i due enunciati appena menzionati, non si può, peraltro, sostenere che oggi Comuni e Province godano di autonomia politica e normativa nell’ambito dei limiti fissati dalla (sola) Costituzione al pari delle Regioni. In realtà, l’art. 117, comma 2, lett. *p*), attribuendo, come noto, alla competenza legislativa esclusiva del Parlamento nazionale la materia “legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane”, ha in sostanza recuperato quanto prevedeva il suddetto art. 128, confermando la perdurante legittimità costituzionale di gran parte della legge fondamentale sull’ordinamento delle autonomie locali promulgata nel 1990¹⁷, con la tradizionale disciplina giuridica unitaria di Comuni e Province, che fa sì che dal punto di vista dell’organizzazione e del funzionamento non esistono differenze giuridiche sostanziali tra i due enti.

4. La necessaria presenza di un livello di governo provinciale nella Costituzione

Dal fatto che la Provincia è menzionata nell’art. 114 Cost. tra gli enti che costituiscono la Repubblica, si fa derivare la necessità dell’esistenza di un livello di governo locale chiamato Provincia, ossia che abbia *proprio* questo nome e non altri¹⁸.

(16) I soli elementi di differenziazione tra Province e Comuni si rinvergono, nella Costituzione, da una parte, nella diversa declinazione del principio di sussidiarietà relativamente alla assegnazione delle funzioni e compiti amministrativi, poiché secondo l’art. 118, comma 1, Cost. le funzioni amministrative sono in linea di principio attribuite ai Comuni, e alle Province solo come primo livello sussidiario in caso di inadeguatezza dei Comuni; dall’altra parte, nei procedimenti per la revisione territoriale degli enti locali, in quanto per il mutamento delle circoscrizioni provinciali e la istituzione di nuove Province occorre una legge del Parlamento nazionale, laddove per l’istituzione di nuovi Comuni o modifica del loro territorio occorre una legge regionale.

(17) *Contra* F. MERLONI, *Il destino dell’ordinamento degli enti locali nel nuovo Titolo V Cost.*, in *Le Regioni*, 2002, p. 409.

(18) In altri ordinamenti a noi prossimi assume rilievo la stessa questione della denominazione dell’ente intermedio ai fini dell’affermazione di una più ampia autonomia dei governi regionali. Ad esempio in Spagna il governo della *Comunidad Autónoma* della Cataluña il 2 febbraio 2009 ha approvato un progetto di legge che mira a sop-

A questo riguardo occorre però precisare, in base alle disposizioni costituzionali, in primo luogo, sino a che punto possa spingersi la regola della ineluttabilità di un governo locale di livello provinciale, vale a dire cosa questo possa concretamente significare; e in secondo luogo di cosa precisamente si predica la necessità, vale a dire se questo livello di governo deve anche essere conformato secondo certe caratteristiche indisponibili per il legislatore ordinario.

Sul primo punto rileva la disposizione contenuta nell'art. 133 della Costituzione, dove si stabilisce la procedura per la modificazione delle circoscrizioni provinciali e l'istituzione di nuove Province *nell'ambito* di una regione¹⁹. Questa consiste nella promozione di una legge della Repubblica su iniziativa dei Comuni e sentita la Regione interessata²⁰. Non è prevista, invece, l'ipotesi della soppressione di una Provincia, evento questo che, in base alla lettera della disposizione, potrebbe quindi astrattamente verificarsi soltanto quando il mutamento di circoscrizione consistesse nell'accorpamento tra due o più Province esistenti. Da ciò si potrebbe arguire che anche nell'ipotesi-limite di una proposta di accorpamento che prefiguri una sola circoscrizione provinciale, coincidente con l'intera Regione, a questa dovrebbe ugualmente corrispondere un'amministrazione provinciale, avente ovviamente la stessa estensione di quella regionale. Tuttavia, se può ritenersi quest'ultima un'ipotesi praticabile²¹, non è scontato che essa sia anche necessaria, ossia che possa desumersi dalla Costituzione che in ciascuna Regione debba esistere almeno una amministrazione provinciale. Mentre, infatti, non vi è nessun caso di coincidenza tra circoscrizione dell'amministrazione provinciale e Regione, vi è il caso di una Regione, la Valle d'Aosta, in cui l'amministrazione provinciale non esiste²².

primere le Province (*diputaciones*), previste nella Costituzione, per sostituirle con un nuovo tipo di enti locali, previsti nello Statuto regionale, chiamati *veguerías*.

(19) Da ciò deriva, evidentemente, che la Provincia è un ente necessariamente infra-regionale.

(20) Prevedendosi soltanto un parere della Regione si suppone che la legge debba essere quella del Parlamento, e finora sempre così è stato per le Regioni ordinarie.

(21) Si pensi a Regioni come il Molise o la Basilicata.

(22) Sebbene questo derivi non da una legge ordinaria ma dallo Statuto della Regione Valle d'Aosta e quindi da una fonte di rango costituzionale.

Allora, a proposito della garanzia costituzionale dell'esistenza di un livello di governo provinciale, si potrebbe dire quanto segue. Che la Costituzione considera ipotesi normale che la Provincia, e nessun altro ente, costituisca il livello di governo intermedio tra la Regione e i Comuni (del resto concretamente nel 1948 i costituenti si sono limitati a "fotografare" l'assetto esistente del governo locale aggiungendo le Regioni), ma che non possa escludersi che in certe Regioni se ne potrebbe fare a meno. In altre parole, pur non prevedendo l'art. 133 l'ipotesi esplicita della soppressione, ragionando in astratto, una legge del Parlamento – nel rispetto dei medesimi vincoli procedurali ivi previsti – potrebbe stabilire di sopprimere una o più Province e al limite tutte quelle esistenti in una Regione²³. È d'altronde ovvio che, se la Costituzione ha in qualche modo "riconosciuto" le Province (e i Comuni) così come esistenti al momento della sua entrata in vigore, non ne ha certo "costituzionalizzato" numero e consistenza, rimettendo invece alla legislazione ordinaria la possibilità di mutamenti e innovazioni. Quello che sembra costituire, però, il vero elemento di garanzia costituzionale delle Province, così come esse sono attualmente conformate, è il requisito procedurale dell'iniziativa comunale. La legge della Repubblica che dispone la modificazione delle circoscrizioni provinciali è, vale a dire, una "legge rinforzata", prevedendo la Costituzione che l'iniziativa sia riservata ai Comuni²⁴. Si tratta evidentemente di una condizione di ampio favore per le comunità locali, su cui forse non si rifletté a sufficienza in sede costituente. Essa

(23) Suggestiva, sebbene scolastica, è altresì l'ipotesi di una Regione in cui vi fossero porzioni del territorio non rientranti in alcuna Provincia. È possibile, vale a dire, sopprimere una Provincia senza accorpate il relativo territorio a quello di un'altra Provincia? Se si risponde di no a questa domanda, si sostiene implicitamente che è ammesso soltanto il mutamento delle circoscrizioni esistenti, o mediante accorpamenti o mediante scorporo da una o più Province per crearne di nuove, ma giammai la mera soppressione. Ulteriormente implicata da questa tesi è l'idea (probabilmente coincidente con il senso comune) che il territorio della Repubblica è necessariamente suddiviso in Regioni, Province e Comuni, nel senso che non potrebbe mai darsi il caso che un qualsiasi punto del territorio dello Stato non sia compreso in una ed una soltanto circoscrizione corrispondente ad un livello di governo rispettivamente comunale, provinciale e regionale.

(24) V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 964.

comporta, infatti, alla lettera, che qualunque modifica all'assetto delle Province così come recepito al momento di entrata in vigore della Costituzione è possibile soltanto a seguito di un impulso dei Comuni. La disposizione costituzionale è integrata dall'art. 21 del TUEL, il quale indica alcuni requisiti procedurali e sostanziali per tale iniziativa. Tra questi mette conto ricordare quello relativo alla necessità che tale iniziativa consegua l'adesione della maggioranza dei Comuni dell'area interessata, che comunque rappresentino la maggioranza della popolazione complessiva dell'area stessa, mediante una deliberazione assunta a maggioranza assoluta dei consiglieri assegnati. A rigore questi ulteriori requisiti non possono considerarsi coperti dalla riserva costituzionale, ma resta il fatto che la necessità costituzionale che il procedimento parta dal basso rende estremamente improbabile il caso della aggregazione tra Province – infatti mai avvenuto – e al contrario assai frequente quello della loro disaggregazione e moltiplicazione.

Rimane, d'altra parte, aperto il problema – postosi sin dagli anni sessanta del secolo scorso – della possibilità di interpretare in modo attenuato il requisito dell'iniziativa comunale, vale a dire di non considerarlo una riserva in senso tecnico. Vezio Crisafulli ricorda per esempio il caso della Provincia di Pordenone – menzionandolo però come prassi di mancato adeguamento alla Costituzione – istituita con legge 171/1968 su iniziativa della Regione Friuli-Venezia Giulia e non dei Comuni²⁵. Vero è che la legge 142/1990 (e oggi come detto il TUEL) ha poi specificato la struttura del procedimento di cui all'art. 133, comma 1, Cost., ma, rimanendo ai termini astratti della questione, si tratta di previsioni di rango legislativo e quindi non invocabili direttamente sul piano costituzionale.

Il punto, in altre parole, è se la legge di modifica delle circoscrizioni provinciali e di istituzione di nuove Province promulgata in assenza dell'iniziativa dei Comuni è costituzionalmente illegittima. Per rispondere negativamente al quesito occorre evidentemente adottare una

(25) *Op. loc. cit.*, nota 86. Qualche avvocato particolarmente intraprendente e un po' burlone potrebbe ancora oggi impugnare un provvedimento della Provincia di Pordenone sollevando la questione di costituzionalità della sua stessa esistenza.

qualche scelta interpretativa che porti a superare il testo dell'art. 133, comma 1, della Costituzione.

Il tema è tornato prepotentemente d'attualità con la prima versione della "manovra di Ferragosto" varata dal governo, poiché l'art. 15 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 – poi eliminato dalla legge di conversione – prevedeva la soppressione delle Province con popolazione inferiore a 300.000 abitanti e la cui superficie complessiva fosse inferiore a 3.000 chilometri quadrati. L'applicazione di questi parametri avrebbe portato all'eliminazione di circa trenta Province.

In modo un po' sbrigativo era inoltre previsto che "i Comuni del territorio della circoscrizione delle Province soppresse esercitano l'iniziativa di cui all'articolo 133 della Costituzione al fine di essere aggregati ad un'altra Provincia all'interno del territorio regionale, nel rispetto del principio di continuità territoriale". Come si vede l'interpretazione adeguatrice fornita dal governo-legislatore consisteva nel considerare l'iniziativa dei Comuni esclusivamente riferita alla richiesta di essere aggregati ad altra Provincia, fermo restando che la soppressione risultava già disposta dal decreto legge. Se ne ha conferma nell'ulteriore previsione (art. 15, comma 3) secondo cui in caso di mancata iniziativa dei Comuni "le funzioni esercitate dalle Province soppresse sono trasferite alle Regioni". È come se, pertanto, giocando sulla mancanza di riferimento nell'art. 133 al caso della soppressione, quest'ultima fosse stata concepita come una facoltà del legislatore statale distinta dalla revisione-istituzione e quindi priva di copertura costituzionale. Non sembra occorra dilungarsi sull'estrema labilità di questa scelta interpretativa (l'unica del resto che avrebbe consentito di ritenere costituzionalmente legittimo il suddetto art. 15). I dubbi di tenuta costituzionale di questa operazione costituiscono il motivo, probabilmente non il solo, che ha rapidamente indotto il governo a fare marcia indietro. Come si accennava all'inizio, infatti, il Consiglio dei ministri, in luogo delle misure legislative ora ricordate, ha deliberato una proposta di revisione costituzionale che però dal punto di vista della *policy* è sensibilmente diversa da quella di cui all'art. 15 cit. Di tale proposta si parlerà più avanti onde meglio inquadrarla nel più ampio dibattito sulla revisione costituzionale della disciplina della Province.

5. I “contenuti minimi” della disciplina costituzionale dell’organizzazione provinciale

Passando al secondo punto, ci si domanda se nella Costituzione vi sia un modello organizzativo necessario di Provincia o meglio se vi siano delle caratteristiche minime dell’ente su cui la legge non potrebbe intervenire. In particolare, il punto riguarda il carattere elettivo degli organi di governo (almeno del consiglio provinciale) che connota le Province, come visto, sin dal 1889. Sarebbe ammissibile, in altre parole, una riforma dell’amministrazione provinciale che ne facesse per esempio un ente rappresentativo di secondo grado (con rappresentanti nominati cioè dai Comuni o dalle Regioni) o addirittura un soggetto privo di rappresentanza politica vera e propria e quindi ente “amministrativo” in senso stretto?

Su questo vi è da notare anzitutto come il dibattito non sia particolarmente sviluppato. Ciò dipende probabilmente dal fatto che, da un lato, le disposizioni costituzionali sono poche e piuttosto generiche, dall’altro lato, che l’assetto fondamentale di questi enti è talmente radicato nella tradizione da non ritenersi necessario ricercare lo scudo della Costituzione per conferire un fondamento legale più elevato a tale assetto. Un ulteriore elemento da mettere in luce è che nell’affrontare problemi di questo tipo gioca un ruolo non secondario la ricordata assimilazione tra Province e Comuni.

Gli enunciati costituzionali sono i medesimi per tutte e due i livelli di governo locale, ma nessuno probabilmente sarebbe disposto a sottoscrivere la tesi (nel silenzio sul punto della Costituzione) secondo cui una legge ordinaria possa trasformare i Comuni in soggetti non direttamente espressivi – mediante l’elezione diretta dei componenti degli organi – delle collettività territoriali. Non a caso in uno dei pochi scritti in cui si è provato ad argomentare nel senso della possibilità di ridisegnare con la legge ordinaria le “Province come enti rappresentativi di secondo grado, espressioni cioè della rappresentatività diretta e di primo grado dei Comuni”²⁶, lo si è fatto rinvenendo una

(26) M. RENNA, *Brevi considerazioni su Province e altri enti “intermedi” o di area vasta*, in *Astrid Rassegna*, n. 36 del 2006, www.astrid-online.it/--le-trasf/Note-e-con/Renna_Area_vasta_15.9.06.pdf.

differente posizione costituzionale di queste (un diverso “rango”) rispetto a Regioni e Comuni, per i quali non viene, invece, posto in dubbio il carattere costituzionalmente necessitato di enti direttamente rappresentativi delle proprie comunità di riferimento. Nei confronti delle Regioni il raggio di azione è indubbiamente più ristretto, visto che le Province non hanno potestà legislativa²⁷, ma rispetto ai Comuni la differenza di rango viene fondata sul ruolo “assolutamente centrale” che l’art. 118, comma 1, Cost. riserverebbe ai Comuni, mentre l’equiordinazione *ex art.* 114 Cost. sarebbe soltanto un dato “formale”²⁸. Ma, come ben noto, l’art. 118, comma 1, Cost. si limita a stabilire che “le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l’esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza”. Sembra, pertanto, eccessivo trarne le conseguenze appena riferite.

In realtà se una conseguenza pratica può trarsi dalla nuova formulazione dell’art. 114 Cost., questa sembra proprio il necessario carattere direttamente rappresentativo degli enti in esso elencati, stante il riconoscimento di autonomia legato all’essere titolari di “poteri propri” in quanto soggetti politici costituenti la Repubblica. Se così non è (e possono sempre avanzarsi altre interpretazioni di questi enunciati), allora non è non solo per le Province ma anche per i Comuni.

In conclusione sembra di potere dire che ciò di cui al momento la legge ordinaria non può disporre è l’assetto della Provincia come ente direttamente rappresentativo, in cui, quindi, almeno l’organo di indirizzo politico-amministrativo sia eletto a suffragio universale²⁹.

(27) Soltanto le Regioni, inoltre, hanno accesso alla Corte costituzionale, sia mediante ricorso diretto per far valere l’illegittimità costituzionale di leggi dello Stato che invadano la propria competenza legislativa sia per sollevare conflitto di attribuzioni.

(28) *Op. ult. cit.*

(29) Su questo aspetto vi è una proposta di legge costituzionale, n. 2761, presentata alla Camera dal deputato Vietti il 10 ottobre 2009, recante “Modifiche al Titolo V della parte seconda della Costituzione e altre disposizioni per la trasformazione delle Province in organi amministrativi di secondo grado”, che tuttavia, a dispetto del titolo, mira anch’essa alla soppressione delle Province.

6. La garanzia costituzionale sul funzionamento e le funzioni delle Province

Posto quindi che per la Costituzione le Province debbano (quasi sempre) esservi e debbano essere enti direttamente rappresentativi di una collettività, resta da vedere quali altre garanzie questi enti eventualmente possiedano nei confronti degli altri livelli di governo.

Occorre ripartire dall'art. 114 Cost. secondo cui le Province, così come i Comuni, sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione. Si è già avvertito che questa formula non deve essere affatto presa alla lettera.

D) Cominciando dalle funzioni, l'esistenza di funzioni proprie è ribadita anche dall'art. 118, comma 2, Cost. secondo cui i "Comuni, le Province e le Città metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie" oltre che di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze.

In breve la Costituzione indica tre tipi di funzioni amministrative dal punto di vista della loro attribuzione agli enti locali:

- funzioni fondamentali (le deve individuare la legge statale);
- funzioni conferite (le devono individuare la legge statale o quelle regionali in base alla materia);
- funzioni proprie.

Queste ultime risultano, però, piuttosto misteriose: la Costituzione non dice né cosa sono né come potrebbero essere individuate.

Una possibilità è che queste funzioni proprie siano quelle che ciascun ente locale decide autonomamente di assumere in relazione alle specifiche esigenze della rispettiva collettività di cui è esponenziale³⁰. Si tratterebbe, quindi, di attività di vario genere né oggetto di una competenza riservata e doverosa né di veri e propri poteri, mancando una norma di conferimento idonea a soddisfare il principio di legalità³¹.

(30) Nello stesso senso L. DE LUCIA, *Le funzioni di Province e Comuni nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1, 2005, p. 54.

(31) Non si dubita, infatti, che le funzioni che richiedono l'esercizio di poteri autoritativi devono essere attribuite agli enti locali dalla legge. V. ad esempio G. FALCON, *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi artt. 118 e 117 della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, p. 388.

Di fatto esiste un'area di azione degli enti locali non riferibile all'esercizio di una precisa competenza attribuita da leggi ma riconducibile a quella cura di interessi e promozione dello sviluppo delle comunità di cui parla il TUEL e in qualche modo correlata all'autonomia politica degli enti locali. Non sembra, però, che il fatto di chiamarle "funzioni proprie" previste dalla Costituzione abbia un significato giuridico di qualche tipo, poiché – non essendo tipizzate – non possono che essere identificate in via generica e residuale rispetto alle funzioni fondamentali e conferite.

Un'altra possibilità è che sia lo statuto, in quanto "legge fondamentale" dell'ente, a individuare queste "funzioni proprie"³². In questo caso lo statuto entrerebbe in concorrenza con le leggi statali e regionali, ma questo è difficilmente compatibile con la disposizione contenuta nell'art. 118, comma 2, Cost., secondo cui sono le leggi concernenti le diverse materie che conferiscono le funzioni amministrative. A ogni modo, né la prassi delle amministrazioni locali, né la giurisprudenza costituzionale, né la legislazione hanno investito gli statuti delle Province e dei Comuni di tale compito. Si vedrà tra breve quale sia lo spazio piuttosto esiguo che gli statuti occupano nel sistema delle fonti.

In fin dei conti sono le leggi statali e regionali che stabiliscono quali funzioni e compiti attribuire alle Province³³. Vero è che non possono farlo del tutto a piacimento, poiché incontrano il limite del criterio di sussidiarietà previsto dall'art. 118, comma 1, Cost. La garanzia costituzionale si risolve, peraltro, nel fatto che alle Province devono

(32) In questo senso L. DE LUCIA, *Le funzioni di Province e Comuni nella Costituzione*, cit., p. 67 ss., con una certa enfasi sulle scelte di "valori fondativi" dell'identità collettiva locale cui collegare l'individuazione di tali funzioni.

(33) Su questo punto netta è la posizione della Corte costituzionale, che afferma: "Quale che debba ritenersi il rapporto fra le 'funzioni fondamentali' degli enti locali di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera p, e le 'funzioni proprie' di cui a detto articolo 118, secondo comma, sta di fatto che sarà sempre la legge, statale o regionale, in relazione al riparto delle competenze legislative, a operare la concreta collocazione delle funzioni, in conformità alla generale attribuzione costituzionale ai Comuni o in deroga ad essa per esigenze di 'esercizio unitario', a livello sovracomunale, delle funzioni medesime" (sentenza n. 43 del 20-27 gennaio 2004).

essere attribuite/conferite tutte le funzioni amministrative per le quali i Comuni non siano ritenuti adeguati, sempre che le Province siano, a loro volta, ritenute tali, poiché diversamente si “sale” alle Regioni e in ultimo alle amministrazioni statali. Come si vede, di là dall’enfasi con cui in genere si parla del principio di sussidiarietà, si tratta di previsioni piuttosto vaghe e che quindi lasciano ampi margini di discrezionalità al legislatore. Tant’è che di fatto le funzioni amministrative delle Province sono previste in testi legislativi anteriori all’introduzione nel nostro ordinamento dei criteri di sussidiarietà e adeguatezza per l’allocazione delle funzioni amministrative.

Secondo gli artt. 19 e 20 del TUEL alla Provincia spettano compiti di pianificazione e programmazione sia economica e sia territoriale di area vasta nonché di realizzazione di opere di rilevante interesse provinciale sia nel settore economico, produttivo, commerciale e turistico, sia in quello sociale, culturale e sportivo. In materia urbanistica, in particolare, la Provincia in attuazione della legislazione e dei programmi regionali, predispone e adotta il piano territoriale di coordinamento che determina gli indirizzi generali di assetto del territorio. Questa funzione provinciale appare in particolare legata alla natura politica della Provincia, se si condivide il principio, non scritto, ma in qualche modo inerente alla disciplina della conformazione degli usi dei suoli, secondo cui i poteri di pianificazione del territorio devono essere attribuiti a soggetti democraticamente legittimati.

Alla Provincia sono inoltre attribuite numerose altre funzioni in materia di protezione e gestione dell’ambiente, beni culturali, viabilità e trasporti, servizi sanitari, istruzione secondaria di secondo grado e artistica e formazione professionale, compresa l’edilizia scolastica, assistenza tecnico-amministrativa agli enti locali. A queste se ne aggiungono altre previste ad esempio nei decreti legislativi di attuazione della legge 59/1997. Possono essere ricordate per la loro importanza le funzioni connesse ai servizi per il lavoro e alle politiche per l’impiego³⁴.

(34) Il disegno di legge approvato dalla Camera dei Deputati il 30 giugno 2010, recante “Individuazione delle funzioni fondamentali di Province e Comuni, semplificazione dell’ordinamento regionale e degli enti locali, nonché delega al Governo in materia di

Vanno menzionate, infine, le funzioni amministrative conferite alle Province dalle Regioni, che evidentemente determinano un panorama differenziato in ciascun ordinamento regionale.

La tendenza nella legislazione negli anni recenti è stata, in definitiva, in direzione della valorizzazione e non del ridimensionamento del ruolo provinciale. Il governo provinciale si caratterizza per una serie di funzioni sia di programmazione e di pianificazione sia di gestione operativa in molti e rilevanti settori materiali.

Una conferma dell'accresciuto ruolo della Provincia proviene anche dalle analisi della finanza delle Province, che a partire dal 1997, per effetto dei trasferimenti di nuove funzioni, ha fatto registrare un aumento consistente delle risorse, e – dato molto significativo – una crescita delle entrate tributarie sul complesso delle entrate correnti con una netta diminuzione dei trasferimenti dallo Stato³⁵.

In definitiva, come sembra dimostrare anche l'evoluzione più recente delle proposte di riforma costituzionale, il tema delle funzioni proprie di un ente intermedio è difficilmente eludibile.

II) Veniamo ora al problema dell'eventuale autonomia normativa riconosciuta alle Province (anche qui il discorso è speculare per i Comuni). L'art. 114 parla di "statuti propri" secondo i principi della Costituzione. Il ruolo dello statuto è in pratica, però, assai modesto. Si è già visto che lo statuto non ha pressoché alcuna competenza su compiti e funzioni dell'ente, ma non ha alcuna competenza neppure sulla forma di governo, che spetta alla legge statale ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. *p*), Cost. Il solo spazio che residua è quello della organizzazione che non tocchi l'articolazione e la composizione degli organi di governo³⁶. Si tende a pensare in dottrina che la posizione

trasferimento di funzioni amministrative, Carta delle autonomie locali. Riordino di enti ed organismi decentrati" individua diciassette tipologie di "funzioni fondamentali della Provincia" grossomodo riconducibili a quelle menzionate nel testo.

(35) V. rapporto ISAE (Istituto di Studi e Analisi Economica), *Finanza pubblica e Istituzioni*, maggio 2008, p. 81 ss., www.isae.it/Rapporto_ISAE_maggio_2008.pdf.

(36) Questo spazio è a sua volta piuttosto indeterminato, anche perché la dottrina considera comunque di rango costituzionale (anche sulla scorta di alcune sentenze della Corte costituzionale) alcuni principi propri della legislazione statale, quali ad esempio la distinzione tra politica e amministrazione. In ogni caso si osserva giustamente che

dello statuto nel sistema delle fonti del diritto debba essere concepita in termini di competenza e non di gerarchia, tuttavia dallo scarno enunciato costituzionale non si evince quale sarebbe la materia riservata alla competenza statutaria.

In realtà è ancora una volta la legge ordinaria a stabilire qual è il contenuto normativo dello statuto. Secondo l'art. 6 del TUEL lo statuto stabilisce le norme fondamentali dell'organizzazione dell'ente e, in particolare, specifica le attribuzioni degli organi e le forme di garanzia e di partecipazione delle minoranze, i modi di esercizio della rappresentanza legale dell'ente, anche in giudizio. Oltre a questo, le forme di collaborazione fra Comuni e Province, della partecipazione popolare, del decentramento, dell'accesso dei cittadini alle informazioni e ai procedimenti amministrativi, lo stemma e il gonfalone.

La legge "La Loggia" (5 giugno 2003, n. 131, art. 4, comma 2) aggiunge a questi oggetti la previsione delle forme di controllo, anche sostitutivo. Questo dei controlli è un ambito effettivamente importante a seguito dell'abolizione di tutte le forme di controllo esterno sugli atti degli enti locali³⁷. La disposizione statale sembra qui avere il ruolo di riconoscere che la materia dei controlli deve essere disciplinata necessariamente in atti fondamentali degli stessi enti territoriali.

Questo sia pure limitato spazio normativo che si ritiene riservato agli statuti degli enti locali³⁸, gioca necessariamente a scapito delle Re-

l'uso che è stato fatto del potere statutario sinora non ha comportato particolari innovazioni in materia di organizzazione amministrativa (v. F. MERLONI, *Riflessioni sull'autonomia normativa degli enti locali*, in *Le Regioni*, n. 1, 2008, p. 100).

(37) Sul problema dei controlli sugli enti locali mi permetto di rinviare a S. CIVITARESE MATTEUCCI, *I controlli di legalità negli enti locali*, in AA. Vv., *Democrazia Amministrazione Controlli*, Napoli, 2008, p. 107 ss.

(38) Spesso citata è la sentenza della Corte di Cassazione, sez. un. civ., 16 giugno 2005, n. 12868, in *Foro it.*, 2005, c. 3033 ss., la quale ha ritenuto che lo statuto possa disporre deroghe alla normativa statale in materia di organizzazione (in particolare si trattava delle regole relative alla rappresentanza in giudizio dell'ente), purché nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, implicitamente quindi considerando il rapporto tra legge statale e statuto locale in termini di "competenza" e non di gerarchia. Si tratta, evidentemente, di aspetti attinenti alla micro-organizzazione, ma comunque il fatto che l'autonomia statutaria sia prevista oggi in Costituzione agevola la ricostruzione dei rapporti con le fonti statali e regionali in termini di competenza.

gioni, alle quali non rimane in questo quadro alcun margine per la normazione in materia di organizzazione, funzionamento e controlli sugli enti locali.

Questo problema si ripropone anche sul versante della potestà regolamentare delle Province. Qui la Costituzione, all'art. 117, comma 6, dice qualcosa di meno generico: "I Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite". Non pochi interpreti hanno rinvenuto in questo enunciato una norma attributiva di una precisa competenza normativa riservata agli enti locali³⁹. Non vi è qui, infatti, come nel caso della potestà statutaria, un generico riferimento alla potestà regolamentare, sulla cui spettanza agli enti locali non si è mai dubitato, ma vi è l'indicazione specifica di un ambito materiale su cui questa potestà deve svolgersi e non sembra casuale che la disposizione sia stata inserita nell'art. 117 Cost., i cui enunciati hanno come scopo proprio quello di ripartire le competenze legislative e regolamentari tra Stato e autonomie territoriali: questo ambito materiale è quello relativo all'organizzazione e svolgimento delle funzioni amministrative che le leggi (statali e regionali di cui sopra) attribuiscono a Province e Comuni.

Naturalmente anche in questo caso si tratta di un ambito tutt'altro che semplice da delimitare in concreto, ma, essendo qualcosa che ha a che vedere con il modo di svolgere le funzioni amministrative, certamente riguarda in qualche misura il procedimento amministrativo e gli atti attraverso cui si organizzano i singoli servizi. Parte di questo ambito è ovviamente oggetto di altre norme (basti pensare alla legge generale sul procedimento amministrativo, legge 241/1990), che a

(39) V., ad esempio, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *L'autonomia istituzionale e normativa degli enti locali dopo la revisione del Titolo V, parte II della Costituzione. Il caso dei controlli*, in *Le Regioni*, n. 2/3, 2002, p. 464 ss.; A. PIRAINO, *Introduzione*, in A. PIRAINO (a cura di), *La funzione normativa di Comuni, Province e città nel nuovo sistema delle autonomie*, Palermo, 2002, p. 14 ss.; S. MANGIAMELI, *La funzione statutaria e regolamentare della istituzioni locali*, in A. PIRAINO (a cura di), *La funzione normativa di Comuni*, cit., p. 151 ss. Per una interessante posizione intermedia, che ipotizza una "presunzione relativa di competenza dei regolamenti locali", v. R. TOSI, *Sui rapporti tra fonti regionali e fonti locali*, in *Le Regioni*, n. 5, 2002, p. 967. In tema v. anche S. PARISI, *Il "posto" delle fonti locali nel sistema*, in *Le Regioni*, n. 1, 2008, p. 155 ss.

loro volta riempiono spazi di competenza riservati a diverse autorità normative. È, dunque, oltre questi ultimi spazi – concernenti la disciplina generale e “orizzontale” dell’azione amministrativa – che va collocata la potestà regolamentare delle Province e dei Comuni con riguardo alla disciplina dei singoli tipi di procedimenti. Questo ha una conseguenza molto rilevante, e cioè che norme di settore di livello statale o regionale se eccessivamente dettagliate divengono “cedevoli” nei confronti della potestà normativa degli enti locali.

Non tutti gli studiosi sono d’accordo nel considerare la disposizione in esame come contenente una riserva di potestà normativa in favore degli enti locali ed è un peccato che non vi sia qui lo spazio per dare conto degli argomenti utilizzati e più in generale dell’accesso dibattito che questo tema ha suscitato⁴⁰.

La legge 131/2003 sembra peraltro confermare l’ipotesi della riserva di potestà regolamentare – nell’ambito del quadro generale fissato dalla legislazione – quando all’art. 4, comma 4, dice che la “disciplina dell’organizzazione, dello svolgimento e della gestione delle funzioni dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane è riservata alla potestà regolamentare dell’ente locale, nell’ambito della legislazione dello Stato o della Regione, che ne assicura i requisiti minimi di uniformità, secondo le rispettive competenze, conformemente a quanto previsto dagli articoli 114, 117, sesto comma, e 118 della Costituzione”. Questa legge conferma anche la cedevolezza delle norme statali e regionali, le quali secondo un’altra disposizione (contenuta nel sesto comma del suddetto art. 4) si applicano solo “fino all’adozione dei regolamenti degli enti locali”⁴¹.

(40) Per opinioni di questo tipo (non è chiaro se gli autori citati sono a favore o contro la riserva) v. ad esempio G. GUZZETTA, *Problemi ricostruttivi e profili problematici della potestà regolamentare dopo la riforma del Titolo V*, in questa *Rivista*, 2001, p. 1129 ss.; A. BARBERA, *Un “ribaltone” nel sistema delle fonti?*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, p. 803 ss.; M. MANCINI, *I regolamenti degli enti locali tra riserva di competenza e “preferenza” in un multilevel system of government*, in *Le Regioni*, n. 1, 2008, p. 113 ss.

(41) Disposizioni analoghe sono contenute nello Statuto dell’Emilia-Romagna: “I regolamenti regionali in materie di competenza degli enti locali si applicano sino alla data di entrata in vigore dei regolamenti degli enti locali” (art. 49, comma 3), ed in quello della Toscana: “1. L’organizzazione e lo svolgimento delle funzioni conferite agli enti locali è disciplinato da autonomi regolamenti degli stessi enti locali. 2. La legge, nei

La stessa Corte costituzionale, almeno in un caso, ha aderito alla tesi della riserva di potestà regolamentare sostenendo che se una legge regionale, nell'ambito delle materie di propria competenza, conferisce una certa funzione di autorizzazione in materia energetica agli enti locali ai sensi dell'art. 118 Cost., non può allo stesso tempo affidare a un organo della Regione, neppure in via suppletiva, la potestà regolamentare relativa all'organizzazione e svolgimento di quella stessa funzione amministrativa, che, in virtù dell'art. 117, comma 6, Cost., spetta invece a Province e Comuni in quanto affidatari della funzione⁴².

7. Le proposte di abolizione e revisione costituzionale

In base a quanto osservato sinora, le Province, quindi, non solo sono oggetto di protezione costituzionale sotto vari profili, ma ricoprono di fatto un ruolo non secondario nel concreto assetto istituzionale del governo locale consolidatosi negli anni più recenti. A partire dagli anni novanta del secolo scorso, il fenomeno del cosiddetto federalismo amministrativo ha determinato di fatto una nuova centralità della Provincia, che – come accennato in precedenza – ha visto progressivamente irrobustirsi il proprio corredo di compiti sia di amministrazione puntuale sia di programmazione e coordinamento nei riguardi dei Comuni. Questo processo è stato favorito dal fatto che – nonostante il criterio di sussidiarietà sia riferito principalmente ai Comuni – è difficile pensare che un sistema in cui la maggior parte dei compiti amministrativi voglia essere collocato il più vicino possibile ai cittadini possa funzionare in presenza di una miriade di amministrazioni comunali piccole e piccolissime. Né, salvo isolate eccezioni, ha funzionato la contromisura del cosiddetto associazionismo comunale, prevista nella legislazione sugli enti locali⁴³.

casi in cui risultino specifiche esigenze unitarie, può disciplinare l'organizzazione e lo svolgimento delle funzioni conferite per assicurare requisiti essenziali di uniformità. 3. Le fonti normative regionali, fuori dei casi previsti al comma precedente, possono disciplinare in via transitoria lo svolgimento delle funzioni conferite, in attesa di autonoma regolamentazione da parte degli enti locali" (art. 63).

(42) Corte cost., n. 246/2006.

(43) Né da questo punto di vista rappresenta un cambiamento incidente sul governo locale di area quanto prevede l'art. 16 del d.l. 138/2011 che fa obbligo ai Comuni con

Sotto questo profilo non può che confermarsi una certa schizofrenia tra le effettive misure legislative e l'apparente popolarità in ampi settori dell'opinione pubblica della soluzione di abolire le Province⁴⁴.

Del resto, come si osservava in apertura, l'idea di eliminare le Province viene da lontano. Si è già detto del dibattito in seno all'Assemblea costituente. Verso la fine degli anni sessanta del secolo scorso, in prossimità dell'istituzione delle Regioni nel 1970, si aprì un nuovo fronte favorevole all'abolizione delle Province, guidato in particolare dal Partito Repubblicano che presentò un disegno di legge in tal senso, e tra i motivi vi era, come oggi, anche quello dell'innalzamento della spesa pubblica che la contemporanea presenza di Province e Regioni avrebbe comportato⁴⁵. Anche nell'ambito della discussione che precedette la promulgazione della legge sull'ordinamento delle autonomie locali (la 142/1990) non poche voci si levarono contro il mantenimento delle amministrazioni provinciali. Alla fine anche in quel caso prevalse il partito favorevole alla permanenza di un governo provinciale e come si è detto dagli anni novanta in avanti la posizione della Provincia si è andata, anzi, rafforzando.

popolazione fino a 1.000 abitanti di esercitare in forma associata tutte le funzioni amministrative e tutti i servizi pubblici loro spettanti mediante un'unione di Comuni che abbia una popolazione di almeno 5.000 abitanti o 3.000 nelle zone montane.

(44) Si tratta di un movimento di opinione che non è esclusivo dell'Italia. In Francia, ad esempio, il famoso rapporto del 2008 della *Commission pour la libération de la croissance française*, presieduta da Jacques Attali (www.liberationdelacroissance.fr), nell'ambito del capitolo dedicato all'obiettivo di semplificare l'organizzazione territoriale, attraverso il potenziamento delle Regioni e delle forme di associazionismo intercomunale, con la *décision* 260 mira a far scomparire in dieci anni il livello dipartimentale, tra l'altro anche per ridurre i costi dell'amministrazione: "*Ces intercommunalités renforcées doivent pouvoir attirer vers elles certaines des compétences actuellement exercées par les départements. Ce transfert sera de droit si l'intercommunalité en fait la demande. L'objectif est de constater à dix ans l'inutilité du département, afin de clarifier les compétences et réduire les coûts de l'administration territoriale*" (p. 197).

(45) I punti essenziali della discussione di allora sono riassunti da M.S. GIANNINI, *La Provincia nell'ordinamento regionale*, cit., p. 458 ss. Interessante è segnalare che oltre alla tesi "estrema", quella della soppressione, ve ne era una tendente a ridurre la Provincia a organo della Regione con personalità giuridica al fine di evitare il ricorso alla legge di revisione costituzionale. Giannini non mostra di ritenere impercorribile questa via, pur criticandola per altre ragioni.

Negli ultimi anni il movimento favorevole all'abolizione delle Province sembra nuovamente avere guadagnato terreno tra le forze parlamentari. Nel corso della corrente legislatura sono state presentate in Parlamento già dieci proposte di legge di revisione costituzionale aventi a oggetto la soppressione delle Province (sei alla Camera dei Deputati⁴⁶ e quattro al Senato). A fondamento della scelta di sopprimere questi enti si rinvengono fondamentalmente due ordini di motivi. Il primo è costituito dall'argomento della "riduzione dei costi della politica"⁴⁷. Il secondo è quello più tradizionale della scarsa identificazione tra Provincia e collettività di riferimento, ossia la percezione, in alcuni casi argomentata anche attraverso la scarsa partecipazione alle elezioni degli organi provinciali, di un ente poco "sentito" dai cittadini, "astrattamente ancorato a un impianto ordinamentale burocratico di stampo ottocentesco, privo di radicamento territoriale, con competenze e funzioni agevolmente devolvibili alle Regioni o ai Comuni o alle aree metropolitane o a più dinamiche realtà di consorzi volontari tra Comuni legati da medesimi interessi"⁴⁸.

Le soluzioni ipotizzate in queste proposte per l'assunzione dell'esercizio delle funzioni di area vasta che rimarrebbero "orfane" delle amministrazioni provinciali sono riconducibili a tre: la costituzione di

(46) Si può consultare il dossier di documentazione 20 maggio 2009, n. 167/0 in http://documenti.camera.it/leg16/dossier/testi/AC0308_0.htm.

(47) Si calcola che le Province costino 16 miliardi di euro all'anno. Naturalmente con la loro abolizione non si otterrebbe un corrispondente risparmio, poiché rimarrebbe comunque in essere il "costo delle funzioni", in gran parte assorbito dalle spese per il personale, da allocare presso qualche altra pubblica amministrazione. Assai diverso però appare il "peso" delle Province sulla spesa pubblica se raffrontato con quello degli altri livelli di governo. Negli ultimi anni in media, esaminando le Relazioni unificate sull'economia e la finanza pubblica predisposte annualmente dal Ministero dell'economia e delle finanze e i dati resi disponibili dall'Unione Province Italiane, si scopre che circa il 60% pertiene allo Stato centrale, il 23% alle Regioni, il 15% ai Comuni e poco più del 2% alle Province.

(48) Proposta di legge costituzionale n. 2264 presentata il 9 marzo 2009 d'iniziativa del deputato Pisicchio "Modifiche al Titolo V della parte seconda della Costituzione, nonché agli Statuti speciali della Regione siciliana e delle Regioni Sardegna e Friuli-Venezia Giulia, in materia di soppressione delle Province, e disposizioni per la destinazione delle risorse rese disponibili al finanziamento di iniziative per promuovere l'occupazione giovanile".

agenzie intercomunali, il rinvio a spontanee aggregazioni tra Comuni, un successivo intervento del legislatore ordinario per la riorganizzazione complessiva del sistema del governo locale.

Proprio la vaghezza e indeterminatezza di questi scenari “post-provinciali” tradiscono l'improprietà dell'impostare la questione in termini meramente “abolizionisti”, eludendo così il tema del ruolo di un ente intermedio di area vasta e del complessivo riassetto delle autonomie territoriali. Non sarà casuale, per fare un esempio, che un livello di governo provinciale esiste pressoché in tutti i paesi europei e quasi sempre contestualmente a un governo regionale (Province in Belgio, Dipartimenti o Province in Francia, Circondari o Province in Germania, Deputazioni in Olanda, Province in Spagna, ecc.).

Sono anche considerazioni di questo tipo che devono avere indotto ancora più di recente le principali forze politiche di governo e opposizione a orientarsi verso forme più o meno accentuate di revisione delle circoscrizioni provinciali abbandonando la prospettiva abolizionista⁴⁹.

Di questo si può trovare riscontro nelle proposte di revisione costituzionale presentate nel corso del 2011.

(49) Si legga, per esempio, il seguente brano tratto da una mozione diretta a sospendere l'esame di alcune proposte di legge in materia di soppressione delle Province: “[...] il disegno di riordino del sistema delle autonomie – finora assente negli interventi tesi a promuovere il decentramento delle funzioni amministrative – non può essere efficacemente perseguito attraverso la soppressione pura e semplice dell'ente provinciale dal testo costituzionale, lasciando inalterato, per il resto, il testo dell'art. 114 e del Titolo V della Costituzione, nonché la miriade di enti funzionali a base territoriale; d'altro canto, il dibattito sulla soppressione o sul mantenimento delle Province rischia di essere fittizio dal momento che è difficile immaginare un sistema di governo privo di un livello intermedio tra Comuni e Regioni, così come avviene, del resto, negli altri paesi europei, sia ad assetto federale che centralista; nel quadro del riordino complessivo del sistema delle autonomie e della drastica riduzione della miriade di enti funzionali a base territoriale, le Province potrebbero anche essere utilmente ripensate e trasformate; il governo ha annunciato l'imminente presentazione di un disegno di legge recante la “Carta delle autonomie locali”, volto al riordino complessivo del sistema e la decisione in ordine alla soppressione o al mantenimento o alla trasformazione delle Province potrà essere utilmente assunta solo alla luce e nell'ambito del dibattito su tale disegno di legge del governo” (Atti Camera dei Deputati 1989-2264, Allegato A, seduta n. 230 di lunedì 12 ottobre 2009 – proposta di legge costituzionale: Donadi ed altri: modifiche agli articoli 114, 117, 118, 119, 120, 132 e 133 della Costituzione, in materia di soppressione delle Province (A.C. 1990) ed abbinate proposte di legge: Casini ed altri; Pisicchio).

Due di queste ultime sono quelle riferibili, rispettivamente, al Popolo della libertà (PDL) e al Partito democratico (PD).

Nella proposta A.C. n. 4493 (Pastore e altri), da un lato, si stabilisce che l'istituzione, la soppressione e la modificazione delle circoscrizioni e delle denominazioni delle Province sono stabilite con legge della Regione, dall'altro, si introducono limiti demografici e territoriali per il dimensionamento delle Province. Nessuna Provincia potrebbe avere una popolazione inferiore a trecentomila abitanti o un'estensione territoriale inferiore a tremila chilometri quadrati. Inoltre, nelle aree metropolitane, le Regioni dovrebbero costituire città metropolitane con almeno 500.000 abitanti, che assorbono tanto la Provincia quanto le funzioni metropolitane del Comune capoluogo. Si stabilisce, infine, che le Regioni debbano adeguare la propria legislazione a queste previsioni entro tre mesi dalla loro entrata in vigore, a pena dell'intervento in via sostitutiva di una legge statale.

La proposta A.C. n. 4439 (Bersani e altri) ha in comune con la precedente soltanto la scelta di affidare alle Regioni il mutamento delle circoscrizioni provinciali o la soppressione delle Province. Per il resto è incline ad affidare alle stesse Regioni la concreta conformazione del governo provinciale. In particolare il meccanismo è fondato sulla identificazione da parte dello Stato delle funzioni fondamentali delle Province (con una sorta di duplicazione di quanto già prevede l'art. 117 Cost.), rispetto alle quali le Regioni, entro il termine di un anno dall'emanazione della legge statale, dopo aver verificato l'adeguatezza della dimensione territoriale delle Province stesse, provvedono alla revisione della circoscrizione territoriale ovvero alla soppressione delle Province esistenti. Decorso questo termine, sarebbe il governo a dover provvedere in via sostitutiva. Un meccanismo analogo è previsto per le città metropolitane, salvo che qui è la legge statale che individua le relative aree. Anche in questa proposta l'istituzione della Città metropolitana da parte della legge regionale comporta la soppressione della Provincia.

Come si accennava all'inizio, a queste proposte di revisione costituzionale viene in qualche modo a sovrapporsi il disegno di legge costituzionale approvato dal governo l'8 settembre 2011 e rubricato "soppressione di enti intermedi". Vi è da supporre, vale a dire, che

essendo tale proposta parte della serie di misure adottate nello stesso periodo per fronteggiare la crisi economico-finanziaria che ha investito il paese, la stessa dovrebbe beneficiare di un canale preferenziale rispetto alle altre.

Come già altre proposte presentate negli anni scorsi, la tecnica impiegata è quella di eliminare il riferimento alla Provincia ovunque esso ricorra nel testo costituzionale. Allo stesso tempo si affida però alla potestà legislativa regionale esclusiva⁵⁰ il compito di disciplinare “forme associative quali enti locali regionali” per l’esercizio delle funzioni di governo di area vasta. Il risultato, pertanto, sarebbe che l’assetto del “governo di area vasta”, di cui rimarrebbe comunque menzione nella Costituzione, diverrebbe oggetto di una (inedita) potestà ordinamentale regionale.

Potestà che incontra però una serie di limiti. Il primo è costituito dalla “forma associativa” di tali enti locali regionali, anche se stranamente non si dice nel testo che i soggetti da associare sono i Comuni, come invece si precisa nella relazione illustrativa. Ci si può chiedere quanto questo requisito condizioni l’autonomia regionale, di là dal fatto che la proposta prevede debba essere acquisito il parere dei consigli delle autonomie locali. Non sembra, vale a dire, che si possa desumere dal testo una qualche preferenza per i modelli associativi sin qui conosciuti nella legislazione sugli enti locali. La forma associativa potrebbe, dunque, risolversi nella mera riferibilità del nuovo ente a una qualche base costitutiva locale. Come per esempio la nomina di un componente nell’organo di indirizzo politico-amministrativo.

Il carattere di ente territoriale vero e proprio (a base associativa ma non associazione) è confermato dal fatto che il disegno di legge stabilisce che l’ente abbia un presidente, del quale si può anche prevedere l’elezione a suffragio diretto e universale. Dal testo si evince che la diretta rappresentatività è, peraltro, un carattere eventuale attribuibile al solo presidente, gli altri organi, pertanto, essendo al massimo espressione delle componenti elettive comunali. A quest’ultimo riguardo, e spingendo ancora più in là l’assunta relatività del concetto

(50) La disposizione è aggiunta al quarto comma dell’art. 117 Cost. prima della clausola sulla spettanza alle Regioni della potestà legislativa residuale nelle materie innominate.

di “forme associative”, dovrebbe considerarsi ammissibile che le Regioni si ispirino, nel disegnare la forma di governo dei nuovi enti, al modello spagnolo delle *diputaciones provinciales*, che, parlando di rappresentatività di secondo grado, ha il vantaggio di essere molto più vicino a un criterio di scelta democratica del personale politico-amministrativo e allo stesso tempo non riproduce una specifica classe politica tipicamente provinciale. Esso prevede, infatti, che i componenti degli organi della *diputación* siano espressi attraverso l’attribuzione ai partiti candidatisi per le elezioni dei consigli comunali del diritto di designare, tra i componenti delle proprie liste, un numero di “deputati” provinciali proporzionale al risultato ottenuto nella competizione elettorale medesima⁵¹.

Altri due limiti posti al legislatore regionale dal disegno di legge costituzionale riguardano la “razionalizzazione” del livello di governo di area vasta e sono, rispettivamente, la dimensione demografica minima di 300.000 abitanti ovvero la superficie minima di 3.000 chilometri quadrati, e il divieto di sovrapposizione tra il territorio dei nuovi enti e quello delle Città metropolitane.

Obiettivi di razionalizzazione e di riduzione della spesa sono poi direttamente indicati nella disciplina transitoria del disegno di legge costituzionale attraverso tre misure. L’obbligo a carico di Stato e Regioni di sopprimere enti, agenzie e organismi comunque denominati che svolgano funzioni di governo di area vasta. L’obbligo gravante sulle Regioni di conseguire comunque attraverso il suddetto riassetto una riduzione dei costi degli organi politici e amministrativi. La prescrizione che il numero degli enti intermedi sia comunque inferiore in ciascuna Regione a quello delle Province esistenti.

Soprattutto l’attuazione della prima misura comporterebbe un concreto beneficio in termini di costi ed efficienza e quindi automaticamente il raggiungimento del secondo obiettivo. Ma vi è il problema della indeterminatezza della nozione di “funzioni di governo di area vasta”. Non è difficile prevedere che le Regioni tenderebbero a considerarle

(51) V. artt. 205, 206 della *Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General*. Nel caso delle Province spagnole il presidente è a sua volta eletto nell’ambito del consiglio dei deputati.

altra cosa rispetto alle funzioni assegnate alla pletera di enti e agenzie regionali, in quanto di dimensione regionale e non “di area vasta”.

A parte la questione del conseguimento della riduzione della spesa, su cui si tornerà tra un momento, sul piano dell’assetto del governo locale questa proposta si distacca dalle precedenti per aprire la strada a un modello a geometria variabile e per porre fine alla storica uniformità di tutti gli enti locali in Italia. I Comuni rimarrebbero, infatti, enti locali “statali” ai sensi dell’art. 117, comma 3, lett. *p*), le ex Province diventerebbero invece enti locali regionali modellati diversamente in ogni Regione ma con la comune duplice caratteristica, in negativo, di non potere avere organi collegiali direttamente rappresentativi delle comunità locali, e in positivo di dovere essere in qualche modo espressione di un gruppo di Comuni.

Nonostante le critiche molto severe che questo disegno di legge ha ricevuto all’indomani della sua presentazione, non è detto che la sintesi tra possibilità per le Regioni di adattare alle proprie diverse esigenze la struttura dei nuovi enti, maggiore collegamento con i Comuni, e presenza di un presidente con una forte legittimazione politico-istituzionale, non possa produrre un assetto del livello di governo in questione maggiormente rispondente alle esigenze del territorio. Il fatto che possa configurarsi un ente i cui organi di governo non siano tutti eletti direttamente non sembra di per sé un *vulnus* al principio democratico. La giustificazione dell’apparente anomalia di un presidente eletto che si trovi a dirigere un personale politico di estrazione comunale potrebbe ricercarsi nell’esigenza di riequilibrare, mediante la legittimazione popolare, la possibile eccessiva influenza delle istanze locali su quelle di area vasta. Il punto è però che il presidente eletto potrebbe esprimere un orientamento politico diverso da quello della maggioranza dei Comuni che concorrono, in qualunque modo, alla formazione degli organi collegiali dell’ente intermedio⁵². La *naïveté* di chi scrive e una certa diffidenza per le suddivisioni partitiche nell’ambito della politica locale, non consentono di vedere in questa ipotesi,

(52) Il rischio della cosiddetta “anatra zoppa”, che peraltro è presente anche nell’attuale legislazione elettorale degli enti locali, diminuirebbe adottando il modello spagnolo di designazione dei consiglieri dell’ente intermedio.

vale a dire quella della “coabitazione”, necessariamente un male. Ma mi rendo conto che questo può essere considerato, invece, un grosso problema da risolversi semplicemente eliminando la facoltà della diretta elettività del presidente.

Il modello ora descritto non è così lontano da quanto si propone in un’ulteriore recente proposta di legge di revisione costituzionale, avente come primo firmatario il deputato del PD Salvatore Vassallo (A.C. 4506 del 13 luglio 2011), che è più vicina alla prospettiva abolizionista di quella sostanzialmente conservativa della proposta del PD. Anche questa non si limita a intervenire sull’art. 133 Cost., ma investe numerosi articoli del Titolo V della Costituzione, a partire dall’art. 114, in cui tra i soggetti costituenti la Repubblica rimangono le città metropolitane ma scompaiono le Province. Queste ultime divengono un soggetto eventuale, potendo essere istituite con legge regionale in territori con una popolazione superiore a cinquecentomila abitanti e nei quali non sia istituita una Città metropolitana.

Anche qui la struttura dell’ente provinciale viene differenziata da quella dei Comuni, essendo il consiglio provinciale concepito sostanzialmente come un collegio rappresentativo di secondo grado, vale a dire composto dai sindaci con voto ponderato in base alla popolazione dei rispettivi Comuni. E anche qui il presidente della Provincia potrebbe rimanere elettivo se così disponesse la legge dello Stato cui è affidata la disciplina della formazione degli organi di governo delle Province. Oltre che per la questione del nome (le Province continuano a chiamarsi così in questo testo), la differenza sostanziale con il disegno di legge governativo sta nell’attribuire allo Stato e non alle Regioni la potestà ordinamentale sul governo di area vasta. Questo è naturalmente un punto su cui si possono avere idee molto diverse e che non può essere affrontato in questa sede. Esso rimanda, infatti, alla annosa disputa tra i fautori di una centralità regionale nella disciplina dell’ordinamento degli enti locali e coloro che invece vedrebbero in questo il pericolo di un “neo-imperialismo” regionale⁵³.

(53) Conviene, però, sottolineare il fatto che in tutte e due le proposte discusse nel testo si corre il rischio di ingenerare confusione e conflittualità tra le fonti abilitate a disciplinare organizzazione e funzionamento degli enti locali. Nel disegno di legge go-

Lasciando quindi da parte tale questione, pare utile richiamare infine l'attenzione sul fatto che il profilo su cui sembra registrarsi in ogni caso un certo accordo è che le funzioni di governo di area vasta (intermedia) devono riferirsi a un consistente ambito demografico-territoriale. Ebbene, un fattore interessante per valutare l'adeguatezza delle circoscrizioni provinciali in rapporto all'esercizio delle funzioni amministrative è proprio quello finanziario. Gli studi economici rivelano che le amministrazioni provinciali di dimensioni più piccole godono di un ammontare di risorse maggiori (in termini *pro capite*) rispetto agli enti più grandi e presentano un'attività di spesa, *pro capite*, più elevata. Ciò dipende dal fatto che le amministrazioni di maggiori dimensioni riescono a ottenere una più efficiente gestione finanziaria grazie alle economie di scala⁵⁴. L'analisi del rapporto tra gestione finanziaria e struttura demografica mostra che una dimensione ottimale per un'amministrazione provinciale sarebbe in media di

vernativo, in particolare, al tradizionale modello che continua ad assegnare allo Stato e non alle Regioni la potestà legislativa in materia di enti locali se se sostituisce uno che individua un nuovo livello di governo locale intermedio di competenza regionale, lasciando invariato il livello primario, quello comunale, nonché quello super-primario (le Città metropolitane) che restano di competenza statale. Questo non accade nella proposta Vassallo che si limita ad assegnare alle Regioni il potere di "attivare" la Provincia il cui ordinamento rimane però oggetto di disciplina statale. Certamente entrambi questi orientamenti si allontanano dalla visione di quella dottrina che giudica un'occasione mancata della riforma del 2001 il non aver riconfigurato in capo alle Regioni la disciplina dell'ordinamento degli enti locali, come si ritiene sia proprio dei sistemi federali (V. G. GARDINI, *Dalla "questione meridionale" alla "questione settentrionale": l'amministrazione regionale in cerca di identità*, in questa *Rivista*, n. 1/2, 2010, p. 30.). Si può, d'altra parte, osservare che potrebbe valere la pena correre questo rischio. In fondo la ragione del sospetto per un sistema delle autonomie locali a guida regionale è il municipalismo, croce e delizia dell'esperienza italiana. Il diretto rapporto Stato-Comuni è sempre stato considerato una garanzia per questi ultimi nei confronti di possibili ingerenze regionali e non è realistico pensare che le cose siano destinate a cambiare. Non è detto, però, che il municipalismo debba necessariamente implicare il "provincialismo". In altre parole l'idea che il governo di area vasta sia in qualche modo un'articolazione regionale, e non abbia le medesime garanzie dell'ente che è la diretta emanazione delle comunità locali, potrebbe consentire alle Regioni di esercitare con maggiore autorevolezza il proprio ruolo di indirizzo politico-amministrativo. Come probabilmente è emerso nel testo, chi scrive è, pertanto, incline a fornire un'interpretazione delle future disposizioni del disegno di legge governativo in cui l'accento sia posto più sulla locuzione "enti locali regionali" che non sul carattere associativo degli stessi.

(54) V. rapporto ISAE, *Finanza pubblica e Istituzioni*, cit., p. 76.

450.000 abitanti⁵⁵, laddove circa settanta Province in Italia si trovano al di sotto di questa quota.

Risparmi di spesa sarebbero, quindi, possibili attraverso una ristrutturazione delle Province – che investirebbe anzitutto quelle piccole – per far tendere la loro dimensione verso quella ottimale, fermo restando che per il tipo di funzioni che questi enti sarebbero chiamati a svolgere – programmazione e pianificazione di area vasta in attuazione delle direttive regionali e coordinamento e collaborazione tra i Comuni soprattutto per la gestione dei servizi a rete – l'opzione per il carattere non direttamente esponenziale della collettività degli organi di governo appare certamente plausibile.

Per le Province di grandi dimensioni (dieci Province presentano attualmente una popolazione superiore al milione di abitanti), questo obiettivo dovrebbe essere perseguito, invece, mediante l'istituzione, finalmente, delle Città metropolitane e l'attribuzione alle stesse delle funzioni di programmazione e indirizzo degli attuali Comuni e Province, dislocando le funzioni tecnico-operative a istituzioni municipali più snelle⁵⁶.

In questo modo il fattore finanziario è declinato in termini di efficienza ed è uno di quelli di cui tenere conto nella riforma dei livelli di governo. Diverso è impostare il riassetto del governo locale con il solo fine di fare cassa. Anche perché, paradossalmente, in assenza di un disegno organico, il rischio è che neanche l'obiettivo della riduzione dei costi sia raggiunto. D'altra parte, salvo casi rarissimi, l'esperienza italiana recente insegna che è assai improbabile che le riforme vengano fuori da serie e meditate riflessioni, essendo piuttosto il frutto di improvvise accelerazioni imposte da eventi straordinari. Proprio come

(55) *Ibidem*, p. 82.

(56) L'annosa questione delle Città metropolitane meriterebbe un lavoro a parte. Si tratta di enti che dal 2001 hanno la stessa dignità costituzionale di ogni altro livello di governo ma che esistono solo sulla carta. Occorrerebbe, peraltro, che lo Stato esercitasse per questi la potestà legislativa di cui all'art. 117, comma 2, lett. *p*), Cost. mancando appunto la disciplina della loro forma di governo. Se si condivide l'assunto secondo cui la menzione nell'ambito dell'art. 114 Cost. (soggetti costituenti la Repubblica) implica la natura politica dell'ente si deve ritenere che per le città metropolitane non sia disponibile l'opzione della rappresentatività di secondo grado.

dimostra la più ampia vicenda della “manovra di Ferragosto”, il male del corporativismo è talmente radicato nel nostro paese da rendere velleitari ampi e organici disegni di riforma. Non so se è un caso, ma la stessa parola “riformismo”, un tempo di moda, è quasi uscita dal lessico politico e istituzionale. Questa è la ragione per cui, sebbene la “manovra di Ferragosto” alla fine sia passata, è assai improbabile che una delle suddette proposte di revisione costituzionale della disciplina delle Province veda mai la luce.

La semplificazione amministrativa tra esigenze di uniformità ed effettività delle politiche. Alla ricerca di un coordinamento stabile tra Stato e Regioni

Marta De Giorgi

Abstract

La semplificazione amministrativa ha acquisito nel tempo una rilevanza tale da determinare, specie nei settori del c.d. sviluppo economico, uno svuotamento delle prerogative legislative regionali, del tutto evidente se si guarda alla disciplina generale del procedimento amministrativo. Il saggio, pertanto, critica sia la tendenza del legislatore statale ad intervenire con misure trasversali e disorganiche in tema di semplificazione amministrativa, sia l'assenza di una visione unitaria e di un centro di coordinamento stabile tra centro e territori, oramai imprescindibili.

1. Premessa

Nel trattare di semplificazione, in particolare di quella amministrativa¹, ci si deve domandare innanzitutto se sia più corretto considerarla una nozione giuridica o una *public policy*². Volendo utilizzare i ca-

(1) Come noto, di semplificazione si parla in riferimento a due macro-categorie: quella *normativa* (riduzione del numero delle leggi e delle norme "ad esaurita efficacia temporale", razionalizzazione delle norme vigenti per settori omogenei, valutazione della legislazione e dei suoi effetti); e quella *amministrativa* (riorganizzazione delle attività amministrative, degli uffici, delle competenze, dei flussi procedurali, istituti procedurali e misure acceleratorie). Per una breve classificazione, P.M. VIPIANA PERPETUA, *Il procedimento amministrativo nella legge n. 241 del 1990 riformata dalla legge n. 69 del 2009*, Padova, Cedam, 2010, p. 116 ss.

(2) In questo senso, M.A. SANDULLI, *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, Giuffrè, 2005; A. SCIORTINO, *Oltre i testi unici verso la neocodificazione*, in *Nuove Autonomie*, n. 3-4, 2008, p. 353 ss.; G. COINU, *Il SUAP nel riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni nella sentenza Corte cost. n. 15 del 2010: la semplificazione come nuova materia trasversale?*, in *Le Regioni*, n. 4, 2010, pp. 975-976. Dalla fine degli anni novanta, secondo gli autori, la semplificazione ha assunto la natura di vera e propria "politica pubblica". Questo è vero con precipuo riferimento alla semplificazione

noni costituzionali sulla competenza, inoltre, notiamo che la semplificazione non è neppure una “materia” e in questo, come vedremo, presenta tratti di similitudine con il “procedimento amministrativo”, dal quale ha ereditato molti caratteri e altrettanti problemi. Primo fra tutti: stabilire i criteri interpretativi per la determinazione del soggetto competente alla relativa regolamentazione. A *chi* spetta quindi fissare le regole in punto di semplificazione e di procedimento?

La semplificazione rappresenta certamente un tassello delle più ampie e complesse politiche di riforma amministrativa degli ultimi vent’anni, ma ciò non esime chi si approccia ad essa a porsi una serie di interrogativi. Quant’è reale, ad esempio, il rischio che la semplificazione, in particolare quella amministrativa, determini una deresponsabilizzazione³ delle pubbliche amministrazioni e, quindi, l’incapacità di rispondere adeguatamente alle esigenze dei propri amministrati? Quali possono essere gli strumenti approntati per scongiurare tale rischio? Conseguentemente, è corretto immaginare soluzioni standard che, definite una volta per tutte, siano davvero efficaci?

Parlare oggi di semplificazione amministrativa implica, innanzitutto, la consapevolezza che si sta attraversando una fase di graduale erosione delle competenze legislative regionali, specie nelle materie del c.d. “sviluppo economico”⁴ e che si pone, in questo caso come in altri,

normativa che, a partire dalla legge 50/1999 (prima legge annuale di semplificazione) ha conosciuto una considerevole evoluzione.

(3) In questo senso, R. GAROFOLI, *Semplificazione e liberalizzazione dell’attività amministrativa nel contesto del riformismo amministrativo italiano degli ultimi decenni*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010.

(4) La giurisprudenza costituzionale è ferma nel sostenere che si tratta di una locuzione meramente esemplificativa. Lo sviluppo economico, pertanto, non è una *materia* in senso stretto, ma rinvia piuttosto ad una pluralità di materie tanto regionali quanto statali (così sentt. 165 e 430/2007, 63/2008). Allo stesso modo, la Corte costituzionale nega che sia configurabile – come invece più volte sostenuto dalle Regioni – un’autonoma materia “impresa” disgiunta dal settore in cui opera. La competenza sulla disciplina delle attività di impresa, o dei diversi profili ad essa afferenti, infatti, segue sempre la competenza legislativa collegata all’ambito materiale nel quale l’impresa opera. Inoltre, alcuni profili relativi all’oggetto “impresa” sono ricondotti a competenze statali “piene” in materia di “ordinamento civile”, “tutela della concorrenza” (così sentt. 14/2004, 64 e 430/2007) e di “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni” (sent. 322/2009). Queste ultime sono tutte materie definite in base al loro contenuto “finalistico” e “va-

un problema di coordinamento tra livelli di governo, in particolare tra Stato e Regioni.

Se questo è vero, le entusiastiche aspirazioni regionaliste che la riforma del Titolo V, parte seconda, della Costituzione, aveva suscitato, risultano in buona parte tradite⁵. A dieci anni di distanza, ci si domanda quanto sia ancora possibile puntare sulla maggiore autonomia regionale per rilanciare la valorizzazione dei territori come contro-valore all'ineluttabile processo di globalizzazione dell'economia. E ciò, non per una riluttanza ideologica nei confronti di tale processo, ma perché localizzazione e globalizzazione sono elementi necessariamente destinati a convivere al suo interno. Nel contesto socio-economico globalizzato i territori sono in forte e crescente concorrenza tra di loro, sia all'interno dello Stato che al livello comunitario e internazionale, tanto che si parla oramai di "concorrenza tra ordinamenti giuridici"⁶. In quest'ottica si spiega la tendenza ad accentrare in capo allo Stato la realizzazione di una politica uniforme e in essa trova parziale giustificazione anche la recente giurisprudenza costituzionale nelle materie afferenti ai settori economici⁷.

loriale", quindi "trasversale", determinando una dilatazione delle potestà statali "oltre qualsiasi ragionevole considerazione" e tale da giustificare ogni sorta di interferenza. Così, R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 160.

(5) Il prof. U. De Siervo, in qualità di Presidente della Corte costituzionale, non ha mancato di sottolineare come i legislatori regionali si stiano dimostrando pavidi e riluttanti di fronte all'ipertrofia normativa statale ad opera per lo più della decretazione d'urgenza e, in generale, della normazione primaria del governo che ha determinato uno spostamento dell'asse della produzione legislativa dal Parlamento al Governo (così nella *Relazione annuale sull'attività della Consulta 2010*). Nel solo 2010, i decreti legislativi risultano più numerosi delle leggi e più di due terzi delle leggi approvate sono leggi di conversione dei decreti-legge o di autorizzazione alla ratifica di trattati internazionali. Per contro, come emerge dal *Quinto rapporto sullo stato del regionalismo in Italia*, ISSIRFA-CNR, 2008 (consultabile sul sito www.issirfa.cnr.it), nel settore dello "sviluppo economico e delle attività produttive", durante il 2006, sono state approvate 117 leggi regionali e, nel 2007, 123, più dell'80% delle quali nell'esercizio della competenza residuale di cui al quarto comma dell'art. 117 Cost. Anche guardando agli anni 2009-2010, il numero delle leggi regionali nei settori economici è tendenzialmente calato.

(6) Sul passaggio dalla "concorrenza tra normative di settore" alla "concorrenza tra ordinamenti giuridici", sia infra-statali che sovranazionali, F. MERUSI, *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo?*, in *Nuove Autonomie*, n. 3-4, 2008, p. 340.

(7) Sul punto si vedano, senza pretesa di esaustività, le sentt. 14/2004, 29, 80, 214/2006, 94/2008, 76/2009, 15/2010.

Se, tuttavia, si considera la semplificazione amministrativa una vera e propria *public policy* e non invece un ambito materiale specifico, perciò stesso ascrivibile alla potestà regolativa di questo o quel soggetto istituzionale, si pone il problema di come realizzare una politica uniforme.

Un'ultima premessa si rende opportuna. Vi è una relazione molto stretta, quasi esclusiva, tra la tematica della semplificazione amministrativa e gli interessi di tipo economico e produttivo. Sullo sfondo del nostro tema, infatti, viene in rilievo una problematica tradizionale del diritto amministrativo: il rapporto tra autorità e attività economiche.

Tanto più in un momento di profonda crisi economica come quello che attraversa oggi l'Europa, il tema della regolazione amministrativa "multilivello" assume valore sostanziale. La presenza di molteplici centri di potere non può rappresentare una giustificazione alle storture di un sistema che, per molti aspetti, risente del venir meno di un centro unitario di guida e indirizzo. La riforma "federalista", infatti, perseguiva il miglioramento delle prestazioni amministrative attraverso la valorizzazione delle istituzioni territoriali che meglio avrebbero rappresentato le istanze delle comunità di riferimento. A distanza di anni, però, il decentramento pare abbia perduto l'*allure* iniziale, non tanto e non solo per lo scarso impegno da parte delle amministrazioni territoriali, ma soprattutto per la mancanza di un effettivo coordinamento tra centri di potere. Tale carenza è dovuta certamente ad una congiuntura economica sfavorevole, che ha incentivato la tendenza al riaccentramento di certe politiche (stante la crescente necessità di rispondere ad esigenze di rilevanza macroeconomica), ma anche all'incapacità dello Stato di assicurare forme di collaborazione efficaci e stabili che meglio si adattano ad un sistema policentrico come il nostro.

2. Il modello istituzionale italiano e la necessità di una politica integrata di semplificazione amministrativa

In un sistema fondato sul pluralismo istituzionale⁸, la parola d'ordi-

(8) Sul punto, uno per tutti M. CAMELLI, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 6, 2001, pp. 1273-1304.

ne diventa allora “coordinamento”. E non vi è coordinamento senza quella “leale collaborazione” che, secondo l’insegnamento della Corte costituzionale, è principio necessario per il governo dei rapporti tra Stato e Regioni (già sent. 341/1998 e, post-riforma, sent. 308/2003). Anche in tema di semplificazione amministrativa, ci si deve chiedere se in Italia sia possibile parlare di politiche organiche e coordinate, informate al principio della leale collaborazione tra centro e territori. Fino al 2001, l’impostazione tradizionale in materia attribuiva allo Stato un ruolo guida dell’intero processo attraverso l’imposizione di direttive vincolanti anche per Regioni ed enti locali. Il nuovo assetto delle competenze ha comportato una radicale modificazione di tale sistema, tanto che, ad esempio, la semplificazione normativa e la qualità della regolazione (che abbiamo già detto costituire una parte rilevante della semplificazione normativa) è divenuta sempre più appannaggio regionale⁹, in particolare nei settori delle attività produttive. Tale aspetto è evidente, per fare alcuni esempi, sia che si guardi anche solo all’introduzione negli Statuti regionali di norme in materia di AIR e VIR (analisi e impatto della regolamentazione), come il caso delle *clausole valutative*¹⁰, sia che si guardi alle varie sperimentazioni regionali in tema di MOA (misurazione degli oneri amministrativi)¹¹.

(9) È stato sottolineato che in materia di qualità della regolazione, l’esperienza regionale degli ultimi anni risulta addirittura più avanzata di quella statale. In tal senso, G. TIBERI, *La qualità della regolazione in un sistema di governance multilivello tra Unione europea, Stati membri e Regioni*, in A. NATALINI e G. TIBERI (a cura di), *La tela di Penelope*, Primo rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa e burocratica, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 46. L’esempio più brillante è certamente rappresentato dalla Regione Toscana, una delle prime ad aver sperimentato molti degli strumenti di *better regulation*, al punto da definire una politica organica in materia. Per un’analisi dettagliata dell’esperienza toscana, G. TIBERI, *La qualità della regolazione in Toscana*, reperibile su www.astrid-online.it.

(10) Per la Regione Emilia-Romagna, si veda l’art. 53 l.r. 13/2005 (Statuto regionale).

(11) Ci si riferisce al progetto coadiuvato dal Foromez *Semplificazione e qualità della regolazione*, che ha visto la partecipazione di Emilia-Romagna, Toscana, Liguria, Friuli-Venezia-Giulia. Attualmente, lo stesso Foromez ha in corso un altro progetto, dal titolo *Misurazione e riduzione degli oneri amministrativi e di tempi, semplificazione amministrativa e reingegnerizzazione dei processi di servizio*, al quale partecipano le Regioni del c.d. “obiettivo convergenza” (Calabria, Campania, Puglia e Sicilia).

La semplificazione normativa ha, ovviamente, una sostanziale ricaduta anche nella regolazione dei procedimenti amministrativi. Il tema della regolazione dei procedimenti si inserisce in un quadro che, da un lato, ha visto rafforzarsi l'idea (invero già caldeggiata dalla Corte costituzionale prima della revisione costituzionale¹²) che la competenza sulla disciplina procedimentale segue la competenza a regolare la materia e ciò nonostante il venir meno del parallelismo tra funzione legislativa e funzione amministrativa; dall'altro, ha visto perdere allo Stato l'egemonia sulla regolazione procedimentale in tutta una serie di materie, anche perché, generalmente, la disciplina del procedimento è ricondotta alla materia dell'organizzazione amministrativa, ascritta alla potestà legislativa regionale "residuale". Come vedremo, tale interpretazione non trova conferma nella recente revisione della legge 241/1990 che ha riaccentrato in capo al legislatore statale la disciplina uniforme del procedimento amministrativo. Pur tuttavia, non manca¹³ chi considera adeguatamente rispettata l'autonomia normativa di Regioni ed enti locali¹⁴.

(12) Il riferimento è alla sent. 465/1991 in cui la Corte ha sostenuto che: *a*) il procedimento amministrativo non coincide con uno specifico ambito materiale, in quanto "modo di esercizio" delle diverse competenze; *b*) la disciplina dei vari procedimenti è affidata a fonti statali o regionali, a seconda che gli stessi attengano all'esercizio di competenze materiali proprie dello Stato o delle Regioni; *c*) vi è una connessione naturale tra la disciplina del procedimento e la materia dell'organizzazione, tale da individuare nella regolamentazione dei procedimenti amministrativi di spettanza delle Regioni un corollario della competenza regionale, richiamata nell'art. 117 Cost. (v.t.), concernente l'"ordinamento degli uffici e degli enti dipendenti dalle Regioni". Oggi, a ben vedere, dopo la riforma del 2001, l'art. 123, comma 1, Cost., affida allo statuto regionale la disciplina dei principi fondamentali di organizzazione e funzionamento della pubblica amministrazione, disposizione che – secondo l'insegnamento della Corte (così sent. 372/2004) – riguarda precipuamente le regole sul corretto esercizio della funzione amministrativa.

(13) F. MERUSI, *Per il ventennale della legge sul procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4, 2010, p. 950. Secondo l'autore, Regioni ed enti locali possono in ogni caso "autonomamente disciplinare i loro procedimenti amministrativi rispettando i principi fissati dalla legge statale".

(14) Non va dimenticato che, ai sensi dell'art. 117, comma 6, Cost., anche a Province e Comuni è riconosciuta autonomia regolamentare "in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite".

La semplificazione amministrativa è stata uno dei principali *leit motiv* degli ultimi vent'anni di legislazione statale in tema di attività amministrativa¹⁵. Crediamo perciò utile concentrare la nostra attenzione sugli interventi normativi più recenti, anche al fine di misurare la loro capacità di rispondere alle esigenze del coordinamento istituzionale. Prima è tuttavia opportuno evidenziare le criticità esistenti in relazione a quello che è possibile definire come il “modello organizzativo” della semplificazione statale e che consideriamo aspetto fondante per realizzare una politica integrata e coesa di *better regulation*.

Lo Stato, come sottolinea la Corte costituzionale (sentt. 274/2003 e 322/2009), anche dopo la riforma del 2001, conserva una posizione del tutto peculiare nell'ordinamento repubblicano, che trova giustificazione non solo nell'art. 5 Cost. ma anche nell'esigenza di tutelare l'unità giuridica ed economica dell'ordinamento stesso. Si pongono al riguardo alcuni problemi. Stante la funzione di garanzia statale, che assurge a limite per l'esercizio di qualsiasi potestà legislativa regionale, assumono rilevanza strategica gli strumenti della leale collaborazione (intese, accordi, convenzioni, pareri), le sedi in cui essa si esplica (il c.d. “sistema delle conferenze”) ma anche il modello organizzativo adottato a livello nazionale. Tale modello appare disomogeneo e macchinoso rendendo di difficile realizzazione un sistema di coordinamento stabile con Regioni ed enti locali¹⁶. Infatti, le strutture

(15) Si parla di semplificazione amministrativa almeno a partire dalla legge 241/1990 che ha disciplinato alcuni dei più importanti e ancora attuali istituti quali la conferenza di servizi, la dichiarazione di inizio attività, il silenzio-assenso, l'autocertificazione (già introdotta con la legge 15/1968), ecc. Poco dopo, la legge 537/1993 individuava un numero limitato di procedure da semplificare mediante regolamenti di delegificazione, mentre con la legge 59/1997 veniva introdotta la legge annuale di semplificazione. Dopo una breve battuta d'arresto, venivano emanate la legge 229/2003 e la legge 246/2005, che introduceva il c.d. “taglia-leggi”. Si arriva così all'adozione del d.l. 4/2006 che istituisce il *Comitato interministeriale per l'indirizzo e la guida strategica della semplificazione* (organismo che approva ogni anno il *Piano d'azione per la semplificazione e la qualità della regolazione*) e all'introduzione del c.d. “taglia-oneri” (art. 25 d.l. 112/2008). Per una disamina completa, rinviamo a S. PAPARO, *Per una semplificazione di risultato*, in *La tela di Penelope*, Primo rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa e burocratica, cit., pp. 235-246.

(16) Tanto che provocatoriamente si è parlato della necessità di “semplificare la semplificazione”: v. C. PAPPAGALLO, *Semplificare la semplificazione*, in *La tela di Penelope*, cit.,

statali preposte alla concreta realizzazione di politiche “concordate” di semplificazione sono plurime e constano di due Ministeri, uno per la semplificazione normativa e uno per la semplificazione amministrativa (*rectius*: “Ministero per le riforme e l’innovazione nella pubblica amministrazione”); di un Comitato interministeriale¹⁷ con funzioni di indirizzo, pianificazione, verifica, coordinamento e impulso (presieduto dal Presidente del Consiglio dei ministri, che può delegare le relative funzioni al Ministro per le riforme e l’innovazione nella pubblica amministrazione¹⁸); di un’Unità tecnica di supporto al Comitato – l’Unità per la semplificazione e la qualità della regolazione¹⁹ – (presieduta dal sottosegretario alla Presidenza del Consiglio e coadiuvata da un ennesimo organismo, la Conferenza permanente); di un Tavolo permanente di raccordo con Regioni ed enti locali (presieduto dal Ministro per gli affari regionali)²⁰.

Ad un quadro così frastagliato, si affianca un altro significativo elemento. Proprio in ragione dell’utilizzo di strumenti di leale collaborazione, nel 2007, Stato, Regioni ed enti locali avevano siglato un

pp. 85-95. L’autore osserva che, oltre alla circostanza che uno dei due Ministri si occupa anche di riforme istituzionali, affievolendo così la committenza politica già compromessa dall’esistenza di una doppia delega in materia di semplificazione, l’impostazione appare assai criticabile per una serie di ragioni. Innanzitutto, crea confusione la doppia sede – *Comitato* e *Tavolo* – in cui possono essere rappresentati gli interessi e, inoltre, tale rappresentanza, sbilanciata a favore delle forze economiche, alimenta il rischio di una politica *business oriented* già eccessivamente diffusa. Al contrario, gli obiettivi della semplificazione devono avere natura “sistemica”: essi andrebbero cioè desunti da un bilanciamento degli interessi in gioco, tale da far emergere anche le ragioni per non procedere alla semplificazione (nella misura in cui esigenze di tutela dei diritti prevalgano sulle esigenze del mondo economico).

(17) D.P.C.M. 12 settembre 2006, in G.U. 2 novembre 2006, n. 255.

(18) Con il d.P.C.M. 13 giugno 2008, la relativa delega è stata attribuita al Ministro per la semplificazione normativa.

(19) L’Unità, prevista dall’art. 1, commi 22-*bis* e 22-*ter*, del d.l. 181/2006 e costituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, è oggi presieduta dal Ministro per la semplificazione normativa (d.P.C.M. 10 novembre 2008, in G.U. 6 marzo 2009, n. 54).

(20) È costituito presso la Conferenza Stato-Regioni e presieduto dal Presidente del Consiglio dei ministri che, con d.P.C.M. 15 giugno 2006, ha delegato le relative funzioni al Ministro per gli affari regionali. Tali funzioni sono in particolare quelle definite dall’art. 5, comma 2, legge 246/2005 e dall’art. 20-*ter* legge 59/1997.

accordo²¹ il quale, coerentemente con il *Piano d'azione per la semplificazione e la qualità della regolazione*²² predisposto dal governo lo stesso anno, aveva la precipua finalità di definire *principi comuni* per una semplificazione amministrativa e normativa “multilivello”. Nonostante l'istituzione presso la Conferenza Unificata del *Tavolo di coordinamento per la semplificazione*²³, l'accordo – che, tra le altre, contemplava (art. 9) anche un'azione comune per la “misurazione e riduzione del 25% degli oneri amministrativi a carico delle imprese entro il 2012”²⁴ – è rimasto sostanzialmente lettera morta. Da allora, i provvedimenti statali susseguiti sono stati fortemente contestati dalle amministrazioni regionali e locali in quanto non di rado adottati senza che fosse adeguatamente rispettato il principio di leale collaborazione.

È in questo contesto che vanno analizzate le azioni promosse dall'attuale governo per rilanciare le politiche di semplificazione amministrativa, che si esplicano prevalentemente attraverso interventi di tipo legislativo. Al loro interno convivono due diverse *modalità d'azione*: una *puntuale*, che si concentra su bersagli limitati, l'altra *trasversale*, riferita ad ambiti molto più ampi. Sono “trasversali” gli interventi sulla riduzione dei termini procedurali di cui alla legge 69/2009; sono “puntuali” quelli concernenti l'insieme delle norme volte alla regimentalizzazione della c.d. “misurazione e riduzione degli oneri amministrativi”. Tra gli interventi trasversali di maggior impatto sul rapporto

(21) L'Accordo Stato-Regioni ha recepito in larga parte i contenuti del *Programma d'azione per la riduzione degli oneri amministrativi*, adottato dalla Commissione Europea nel novembre 2006.

(22) Il Piano è stato previsto per la prima volta dall'art. 1, comma 2, del d.l. 4/2006. Si tratta di uno strumento, predisposto dal Comitato interministeriale con il supporto dell'Unità per la semplificazione, che persegue una strategia unitaria di semplificazione; ha valore di atto programmatico che traduce in indirizzi generali, per singoli Ministeri, la strategia del governo in materia di qualità della regolazione (Cons. St., sez. consultiva, Ad. 21 maggio 2007, n. 2024).

(23) Istituito con d.P.C.M. 8 marzo 2007.

(24) Obiettivo che, come noto, era stato fissato dal Consiglio Europeo nelle Conclusioni in materia di *better regulation* del 23-24 marzo 2001 (si veda anche la Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni COM (2007) 23 del 24 gennaio 2007).

tra centro e territori, la disciplina dei termini procedurali assume una rilevanza per certi aspetti autonoma rispetto a quella, forse ancor più significativa, che investe specifici istituti di semplificazione, quali la SCIA (*segnalazione certificata di inizio attività*), il silenzio-assenso e la conferenza dei servizi. La revisione ultima della legge 241/1990 ad opera della legge 69/2009, infatti, ha prodotto un forte sbilanciamento a favore della competenza statale in materia di semplificazione amministrativa, segnando un sostanziale ritorno all'impostazione *ante* riforma costituzionale²⁵.

Infine, un'ulteriore primazia della normazione statale in tema di semplificazione amministrativa pare affermarsi anche in relazione all'emanazione della direttiva 2006/123/CE, più nota come "direttiva Servizi", che lo Stato italiano ha formalmente recepito con il d.lgs. 59/2010, il quale espressamente riconduce le disposizioni della *Parte prima* alla competenza *ex art.* 117, comma 2, lett. *e*) (e lett. *m*) Cost. Di fronte all'evidente connessione tra principi di semplificazione amministrativa, ai quali la stessa normativa comunitaria fa espresso riferimento, e di tutela della concorrenza, oggetto specifico della direttiva sul mercato comune, sembra automatica la riconduzione alla competenza statale in materia di "tutela della concorrenza" della disciplina di tutti gli ambiti di intervento che afferiscono alla regolazione delle attività economiche. Questa equazione autorizza, forse troppo semplicisticamente, interventi statali di eccessivo dettaglio, come dimostrano anche le recentissime revisioni alla disciplina generale in materia di "segnalazione certificata di inizio attività", di cui all'art. 19 della legge 241/1990, la cui estensione all'ambito edilizio vede ulteriormente vulnerate le prerogative regionali già fortemente compromesse. A ciò si aggiunga che lo stesso d.lgs. 59/2010 – posto il disinteresse della normativa comunitaria rispetto all'organizzazione dei poteri interna a ciascuno Stato membro – contempla (art. 84) una particolare clausola di cedevolezza a favore della legislazione regionale. Ove le disposizioni contenute nel decreto incidano nelle materie concorrenti e/o

(25) A. NATALINI, intervento al seminario su *La Segnalazione certificata di inizio attività (SCIA) e le politiche di semplificazione*, Roma, 11 ottobre 2010, pubblicato su *Astrid on-line*.

residuali, pur trovando esse piena applicazione solo fino all'entrata in vigore delle leggi regionali di attuazione della direttiva 2006/123/CE, si prevede che queste ultime siano adottate nel rispetto dei principi fondamentali desumibili dallo stesso decreto 59 (oltre che, naturalmente, "dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario").

Del resto, vero è che la direttiva Servizi obbliga i legislatori interni a stabilire principi di semplificazione amministrativa (con ciò tracciando una viva relazione tra regolazione amministrativa, quindi procedimentale, e sviluppo della concorrenza)²⁶ non solo limitando fortemente il ricorso ai tradizionali regimi autorizzatori ma, più in generale, promuovendo la definitiva affermazione del principio di *non aggravio* dei procedimenti amministrativi.

Parimenti vero è che, ad avviso di chi scrive, da tale obbligo non sembra desumibile un'azione statale che prescindendo dall'assetto delle competenze costituzionalmente previsto.

Al contrario, però, dal quadro della legislazione statale di riferimento, qui solo in parte richiamata, l'orientamento appare del tutto diverso. Anche per il tramite del graduale allineamento ai dettami comunitari in tema di mercato comune, dunque, assistiamo ad una drastica riduzione della sfera di autonomia sia regionale che locale in tema di regolazione amministrativa e questo tanto che rilevino direttamente norme e principi comunitari, quanto misure statali improntate a darne attuazione nell'ottica del perseguimento di una maggiore concorrenza delle attività economiche²⁷.

(26) Come sottolineato in dottrina, il sistema del procedimento amministrativo volge verso una convergenza delle normative nazionali "superando, in parte, la precedente condizione che vedeva gli Stati membri liberi di fissare le regole procedurali nel rispetto dei principi di efficacia ed efficienza". Così P. LAZZARA, *La semplificazione dell'azione amministrativa ed il procedimento tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Nuove Autonomie*, n. 3/4, 2008, pp. 476-477.

(27) Un ulteriore chiaro esempio è dato dall'art. 38 del d.l. 112/2008 che, finalizzato a garantire la piena affermazione del diritto di iniziativa economica ex art. 41 Cost. per il tramite della competenza statale in materia di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni (e non solo), detta una disciplina tanto complessa e tanto dettagliata da determinare un radicale svuotamento delle prerogative regionali sulla disciplina delle procedure amministrative nelle materie delle attività produttive. Disciplina che ha trovato l'avallo, a dire il vero, dello stesso giudice costituzionale con la sent. 10/2010.

In questa sede, pur consapevoli della rilevanza che riveste il collegamento tra semplificazione amministrativa e interventi statali in materia di “tutela della concorrenza”, dedicheremo particolare attenzione alle modifiche statali da ultimo apportate alla disciplina generale sui termini procedurali. Al tema della riduzione in chiave semplificatoria e acceleratoria dei tempi procedurali il nostro legislatore statale ha collegato e collega la sua competenza in materia di “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni” che, come per la “tutela della concorrenza” e grazie anche all’avallo del giudice costituzionale, sembra giustificare in maniera crescente la compressione delle aspirazioni regionali e locali ad un’autonoma declinazione dei principi di semplificazione amministrativa.

3. Gli interventi statali di natura trasversale: la nuova disciplina dei termini dei procedimenti amministrativi

La disciplina dei termini per la conclusione dei procedimenti amministrativi è stata riscritta dall’art. 7, comma 1, lett. *b*), legge 69/2009²⁸, che sostituisce interamente l’art. 2 della legge 241/1990 riducendo significativamente il termine generale di conclusione dei procedimenti amministrativi da novanta a trenta giorni. Si tratta di un termine che ha carattere generale-residuale: esso opera esclusivamente nei casi in cui i singoli procedimenti non siano disciplinati con norme *ad hoc*, mediante leggi o regolamenti di settore che, come già accadeva in passato, possono prevedere termini diversi²⁹. Le previsioni richiamate hanno come destinatarie le sole amministrazioni statali e gli enti pubblici nazionali, senza alcun cenno a Regioni ed enti locali.

(28) Recante “Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile”.

(29) Si tratta di d.P.C.M., adottati ai sensi dell’art. 17, comma 3, della legge 400/1988, che possono stabilire termini non superiori a novanta giorni (art. 2, comma 3), e, in caso di particolare complessità procedimentale, non eccedenti i centottanta (comma 4). Decorso un anno dall’entrata in vigore della novella, i termini vigenti superiori a novanta giorni cessano di avere efficacia (così prevede l’art. 7, comma 3, secondo periodo del disegno di legge). I termini superiori a trenta giorni, ma inferiori a novanta, continuerebbero invece ad applicarsi (così il terzo periodo della disposizione da ultimo richiamata).

Per quanto concerne i termini superiori, tuttavia, in base alla norma transitoria contenuta nella legge 69/2009³⁰, anche Regioni ed enti locali “si adeguano” ai termini di cui ai nuovi commi 3 e 4 dell’art. 2, legge 241/1990. Tale adeguamento sarebbe dovuto avvenire entro un anno dall’entrata in vigore della stessa legge 69/2009 ma questo non sembra configurarsi né come termine perentorio, né come termine sanzionatorio³¹.

Ad onor del vero, la previsione non è chiara. Parrebbe, infatti, che ai procedimenti delle amministrazioni statali che entro un anno non abbiano adottato i regolamenti previsti dai commi 3 e 4 dell’art. 2 richiamato, si applichi conseguentemente il termine generale-residuale di trenta giorni, mentre nulla è detto per Regioni ed enti locali. Una lettura puntuale ed organica induce comunque a ritenere, da un lato, che sia le amministrazioni statali, sia quelle regionali e locali possano sempre, benché decorso il termine di un anno, fissare termini più lunghi; dall’altro, che, nelle more, *tutti* i procedimenti debbano concludersi entro trenta giorni.

Sono opportune alcune considerazioni. Rispetto agli enti statali, la previsione transitoria ha natura di norma primaria e di dettaglio, ma non produce alcun effetto “abrogativo” nei confronti di quelle norme di pari grado che già prevedono un termine superiore a trenta giorni³². In linea di principio, tuttavia, ci si dovrebbe domandare se, alla luce di una lettura di insieme della riforma, sia più corretto ritenere che la norma obblighi le amministrazioni statali a “rideterminare” i termini, oppure no³³. Sembrerebbe di sì, se è vero che la riforma

(30) Si tratta dell’art. 7, comma 3.

(31) Al contrario, per le amministrazioni statali si tratta di un termine “sanzionatorio”: scaduto il termine di un anno, perdono efficacia i termini – previsti da precedenti regolamenti – superiori a 90 giorni. Alla stessa data, si applicano le disposizioni contenute nel nuovo art. 2 della legge 241/1990, quindi tutti i procedimenti si concludono entro 30 giorni, salvo diversamente previsto dalla legge o dai regolamenti di cui ai successivi commi 3 e 4.

(32) Non va, infatti, dimenticato che l’art. 2, comma 1, legge 241/1990 autorizza “le disposizioni di legge” a prevedere termini diversi da quello generale di 30 giorni e dunque produce l’effetto di fare salve le norme primarie vigenti (anche quelle regionali).

(33) Molte amministrazioni hanno invece adottato i regolamenti previsti dai richiamati

persegue l'obiettivo di valorizzare il *tempo* nell'ambito dei rapporti tra privati e pubblica amministrazione³⁴. Sul versante delle fonti secondarie, al contrario, per espressa previsione dell'art. 7, comma 3, legge 69/2009, cessano di avere effetto le norme regolamentari che indicano termini superiori a novanta giorni. Pare evidente come il legislatore abbia voluto individuare nei "novanta giorni" il termine per così dire di "equilibrio" tra esigenze semplificatorie e acceleratorie e continuità normativa. Del resto, la previsione dell'allungamento dei termini fino a centottanta giorni è circondata dalla garanzia della verifica circa "la sostenibilità dei tempi sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, della natura degli interessi pubblici tutelati e della particolare complessità del procedimento"³⁵. Ragionamento analogo va condotto rispetto alle amministrazioni territoriali, *in primis* alle Regioni. Ciò comporta che una volta che le Regioni e gli enti locali avranno anch'esse adeguato i propri regolamenti alle nuove disposizioni, non potrà esistere un procedimento di durata maggiore a novanta o centottanta giorni, se non direttamente previsto da specifiche leggi di settore.

Se questo sembra il quadro ad una lettura testuale delle norme richiamate, nel merito dell'impatto prodotto sul riparto tra Stato e Regioni, va attentamente considerato il nuovo art. 29 della legge 241/1990³⁶ ed in particolare i commi da *2-bis* a *2-quinquies*. Cosa accadrebbe alle norme regionali di rango primario che oggi dovessero stabilire termini superiori a trenta giorni?

Secondo le nuove disposizioni contenute nel richiamato art. 29, le Regioni possono, nell'ambito delle rispettive competenze, regolare

commi 3 e 4, fissando termini più lunghi (90 e 180 giorni) e hanno provveduto a farlo anche dopo la scadenza del termine di un anno previsto dalla norma transitoria. Infatti, si deve assumere che questo è sì un termine sanzionatorio, ma assolutamente non perentorio.

(34) In questo senso, T. DI NITTO, *La tutela del tempo nei rapporti tra i privati e le pubbliche amministrazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 11, 2009, p. 1151 ss.

(35) Art. 2, comma 4, legge 241/1990.

(36) Sul punto, si veda E. LAMARQUE, *L'ambito di applicazione della legge sul procedimento amministrativo*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 1234 ss.

autonomamente le materie disciplinate dalla legge 241/1990, ma sono vincolate al rispetto del sistema costituzionale e dei principi – di cui alla medesima legge – posti a garanzia del cittadino nei confronti delle pubbliche amministrazioni³⁷.

Inoltre, ai sensi dei commi 2-*bis* e 2-*quater*³⁸ alcune disposizioni della legge – tra cui quelle concernenti l’obbligo di concludere il procedimento entro un termine prefissato e quelle relative alla durata massima dei procedimenti – “attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all’articolo 117, secondo comma, lettera *m*), della Costituzione”³⁹. Le Regioni, nel disciplinare i procedimenti amministrativi di loro competenza, non possono stabilire garanzie inferiori a quelle assicurate ai privati dalle disposizioni sui “minimi presta-

(37) Si è detto in proposito che tale previsione comporta la necessità di individuare quali sono le “materie” contenute nella legge 241/1990 da ricondurre in via immediata al rispetto del sistema costituzionale, intravedendosi la connessione con l’art. 97 Cost. Le disposizioni della legge 241/1990 si configurerebbero come norme di diretta applicazione dei principi costituzionali di buon andamento e trasparenza dell’attività amministrativa. È la lettura che della norma in esame ha dato la dottrina sin dai primi commenti alla legge 69/2009. Per una ricostruzione dell’interpretazione delle norme sotto il profilo costituzionale, si rinvia a B.G. MATTARELLA, *I procedimenti delle Regioni e degli enti locali*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 11, 2009, pp. 1139-1142; per una ricostruzione delle diverse interpretazioni dell’art. 29, si rinvia a G. MORBIDELLI, *In tema di art. 29 l. 241/1990 e di principi generali del diritto amministrativo*, in *Giustamm.it*, n. 3, 2010. Morbidelli esclude che tutti i principi della legge 241/1990 siano riconducibili alla Costituzione. Pertanto, detta legge conterrebbe una disciplina di derivazione costituzionale ma non è una legge a contenuto costituzionalmente vincolato. Secondo la giurisprudenza costituzionale, infatti, le leggi di detto tipo alludono ad una disciplina che è l’unica possibile per concretare le corrispondenti previsioni costituzionali (sent. 16/1978).

(38) In particolare, sul diverso tenore del comma 2-*bis* rispetto ai commi 2-*ter* e 2-*quater*, si veda ancora E. LAMARQUE, *L’ambito di applicazione della legge sul procedimento amministrativo*, cit., pp. 1235-1236. Invece, sulla diversa giustificazione costituzionale dei medesimi commi, si veda B.G. MATTARELLA, *I procedimenti delle Regioni e degli enti locali*, cit., pp. 1139-1142.

(39) Tra chi ha ricondotto il limite dei “livelli essenziali” al principio di eguaglianza, A. ROMANO TASSONE, *Legge n. 241 del 1990 e competenze regionali: osservazioni sulla posizione di A. Celotto e M.A. Sandulli*, in *Federalismi.it*, n. 5, 2006. Analogamente, E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 352; in senso contrario, A. CELOTTO, M.A. SANDULLI, *Legge n. 241 del 1990 e competenze regionali: “nodo di Gordio”*, in *Federalismi.it*, n. 16/2005.

li". Conseguentemente, ci si deve interrogare sulla reale portata della previsione di cui all'art. 2, comma 1, legge 241/1990, che fa salva la possibilità che singole disposizioni legislative deroghino al termine generale, senza fissare un "tetto limite". Vale la pena, cioè, domandarsi se sia corretto considerare come livello minimo di prestazione il *quantum* del termine (trenta giorni), in quanto tale inderogabile per le Regioni, o se sia invece possibile una lettura tesa a salvaguardare scelte legislative diverse. In poche parole, non è affatto chiaro, come invece si è sostenuto largamente in dottrina circa la nuova formulazione dell'art. 29, come si coordinano le previsioni ivi contenute con il comma 1 dell'art. 2 (che, come detto, fa salve disposizioni legislative derogatorie).

È stato evidente sin da subito che queste previsioni incontravano il problema di una loro lettura costituzionale ai sensi dell'art. 117 Cost. Si sono date al riguardo diverse interpretazioni senza giungere ad alcuna soluzione del tutto soddisfacente. Resta un solo incontestabile dato: le norme costituzionali sulla competenza non contemplano una materia "procedimento amministrativo".

In circostanze analoghe, utile sarebbe stato il ricorso al giudice costituzionale che, tuttavia, in questo caso, non è stato direttamente investito della questione. Al contrario, la dottrina si è interrogata sulla natura della "materia" e a quale delle competenze *ex art. 117 Cost.* potesse ricondursi. Da una parte, ci si è soffermati sulla portata chiarificatrice⁴⁰ della novella, dall'altra, sulle difficoltà di carattere costituzionale che le scelte effettuate in tale sede sollevano, pur registrandosi nel merito un generale apprezzamento. Seguendo l'orientamento del giudice costituzionale sul nesso tra disciplina del procedimento e disciplina dell'organizzazione amministrativa, ci si sarebbe aspettati la riconduzione della regolamentazione dei procedimenti alla potestà regionale in materia di organizzazione e funzionamento della pubblica amministrazione. Ma così non è stato. Molte delle norme della legge 241/1990 sono state ricondotte alla potestà esclusiva statale

(40) A. CELOTTO, *Il riscritto art. 29, legge n. 241/1990*, in R. GAROFOLI (a cura di), *La nuova disciplina del procedimento e del processo amministrativo*, Molfetta, Neldiritto editore, 2009, pp. 110 ss.

in materia di “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni” (LEP), sollevandosi forti critiche nel senso dell’incapacità delle predette norme di definire vere e proprie “prestazioni”.

A tale posizione, c’è chi ha contestato che le prestazioni alle quali si riferisce la disposizione costituzionale sui LEP siano necessariamente solo quelle di tipo materiale, ben potendosi considerare come prestazione, in generale, tutta l’attività burocratica⁴¹. Questa lettura, a nostro avviso, entra in collisione con quella giurisprudenza costituzionale in materia di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni che è molto rigorosa e restrittiva nell’individuare le norme che vi possono essere ricondotte⁴², al di là delle *autoqualificazioni*, di per sé poco significative⁴³. V’è da dire che, l’art. 29 non è mai stato impugnato dalle Regioni, neanche in passato, e se anche ciò fosse avvenuto, la Corte con tutta probabilità non sarebbe entrata nel merito della correttezza dell’autoqualificazione, tenuto conto del fatto che simili

(41) G. MORBIDELLI, *In tema di art. 29 l. 241/1990 e di principi generali del diritto amministrativo*, cit.

(42) Nella giurisprudenza della Corte, la fissazione dei livelli essenziali si identifica esclusivamente nella “*determinazione degli standard strutturali e qualitativi delle prestazioni, da garantire agli aventi diritto su tutto il territorio nazionale*”, non rientrando in tale categoria le norme volte ad altri fini, quali, ad esempio, “*l’individuazione del fondamento costituzionale della disciplina, da parte dello Stato, di interi settori materiali*” (sentt. 383 e 285/2005) o “*la regolamentazione dell’assetto organizzativo e gestorio degli enti preposti all’erogazione delle prestazioni*” (così sent. 371/2008; cfr. sentt. 120/2005 e 237/2007). La competenza in questione si riferisce alla determinazione degli standard strutturali e qualitativi di prestazioni che devono essere garantiti, “*con carattere di genericità*”, a tutti gli aventi diritto. Non determinano, ad esempio, alcun “livello di prestazione” i meri finanziamenti di spesa (sent. 50/2008). Ancora, la Corte ha ricondotto alla predetta competenza “*la determinazione dell’offerta minima degli alloggi destinati a soddisfare le esigenze dei ceti meno abbienti*” (sentt. 94/2007 e 166/2008). Infine, per la Corte tra i “diritti civili e sociali” rientrano anche quelli connessi al sistema dell’istruzione, “*con riferimento ai quali deve essere garantito agli utenti del servizio scolastico un adeguato livello di fruizione delle prestazioni formative sulla base di standard uniformi applicabili sull’intero territorio nazionale*” (sent. 200/2009).

(43) La Corte costituzionale ha sottolineato in più occasioni che l’operazione del legislatore statale di autoqualificare le norme al fine di renderle vincolanti per il legislatore regionale non è precettiva, né decisiva, poiché il rispetto delle competenze normative da parte delle disposizioni impuginate deve essere misurato di volta in volta sulla base delle sole norme costituzionali (sentt. 10/2010, 322/2009, 1/2008, 6 e 430/2007, 447/2006).

previsioni sono solitamente considerate prive di contenuto lesivo per le Regioni in virtù del loro carattere non vincolante⁴⁴. Secondo questa interpretazione, la Corte accerta la violazione o meno delle competenze regionali solo con riferimento a norme statali che disciplinino concreti ambiti materiali riservati alle Regioni, ma non con riferimento a disposizioni come quelle contenute nell'art. 29 della legge 241/1990. Se questo è vero, tuttavia, non pare meno rilevante il fatto che per la giurisprudenza costituzionale, affinché si possa parlare di “livelli essenziali delle prestazioni” occorre, innanzitutto, che vi siano prestazioni⁴⁵, benché si sia parlato, nel caso di specie, di prestazioni “procedimentali” o “strumentali” (ad esempio, la tempestività dell'azione amministrativa)⁴⁶. In ogni caso, la disciplina dei livelli essenziali è una materia, tra quelle trasversali, molto particolare. Essa si sovrappone alle discipline regionali che continuano a regolare i propri ambiti materiali e, anzi, lo Stato, nell'esercizio della potestà *ex art. 117, comma 2, lett. m)*, Cost., non può sottrarre alle Regioni interi settori materiali (cfr. sentt. 285/2005 e 248/2006).

Inoltre, per quanto concerne specificamente la “materia non-materia” del procedimento amministrativo, la Corte⁴⁷ ha potuto incidentalmente sostenere, da una parte, che non si tratta di una materia vera e propria, atteso che lo stesso – con riferimento agli aspetti di volta in

(44) In questo senso, E. LAMARQUE, *L'ambito di applicazione della legge sul procedimento amministrativo*, cit., p. 1238.

(45) Il titolo di competenza in questione è legittimamente invocabile dallo Stato solo in relazione a prestazioni specifiche delle quali il legislatore definisce i livelli di erogazione e non laddove la legge concerna la disciplina stessa di una serie di diritti personali attribuiti al singolo interessato (così sent. 271/2005).

(46) B.G. MATTARELLA, *I procedimenti delle Regioni e degli enti locali*, cit., p. 1140. L'autore sembra considerare la natura di tali prestazioni in maniera analoga a G. MORBIDELLI, *In tema di art. 29 l. 241/1990 e di principi generali del diritto amministrativo*, cit.

(47) I giudici non sono stati chiamati a sindacare nello specifico sulle norme sopra richiamate. I ricorsi delle Regioni hanno riguardato l'estensione della SCIA a tutte le pubbliche amministrazioni, censurando in realtà l'art. 49 del d.l. 78/2010 e contestando la riconducibilità del predetto istituto all'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. Dal pronunciamento della Corte potrebbero trarsi, quindi, spunti significativi anche sul tema dei “termini”. Critico verso la lettura estensiva della lettera m), secondo comma, art. 117 Cost., G. BERGONZINI, *Legge dello Stato sull'azione amministrativa e potestà legislativa regionale*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2006, pp. 32 ss.

volta disciplinati – può rientrare in più ambiti materiali di competenza statale o regionale⁴⁸ e, dall'altra, che è attribuito al legislatore statale il dovere di regolare “in modo uniforme i diritti dei cittadini nei confronti delle pubbliche amministrazioni” (sent. 401/2007). Sicché, è dubitabile che la Corte avrebbe accolto una prospettazione quale quella contenuta nell'art. 29, comma 2-ter, della legge 241/1990, ma è pur vero che sembra emergere un'attitudine dello stesso giudice costituzionale ad estendere l'ambito oggettivo della disciplina dei LEP⁴⁹. D'altro canto, è stato sostenuto⁵⁰ che, attraverso una lettura “sostanziale” della potestà statale più volte richiamata, le situazioni giuridiche soggettive siano sempre riconducibili a ciò che il cittadino si aspetta dall'amministrazione. Pertanto, secondo tale lettura, le posizioni soggettive tutelate dalla legge 241/1990 assurgono a “diritti” (anche se relativi ad una fase intermedia o endoprocedimentale) e sono collegate a livelli minimi di prestazione inderogabili dalle Regioni in quanto “idonei ad esprimere l'identità dello Stato democratico”⁵¹.

Dalle norme richiamate, in ogni caso, le Regioni devono ricavare principi e livelli essenziali come “base” per la regolazione dei procedimenti di propria spettanza, divenendo del tutto evidente lo svuotamento della competenza legislativa regionale tanto che, con riferimento alla revisione del 2009, si è parlato di “svolta centralista”⁵².

Una volta che le prestazioni burocratiche sono inquadrate come LEP, la conseguenza è quella tipica delle materie “trasversali” che non possono però essere limitate alla fissazione di meri principi, anche se al contrario è stato sostenuto proprio che la riconducibilità alla deter-

(48) In questo senso, già la nota sent. 465/1991.

(49) Per esempio, per quanto concerne la trasparenza amministrativa garantita con il diritto di accesso, sembra esservi stata, da parte dei giudici, una certa apertura, data la riconduzione della disciplina delle informazioni ambientali alla competenza statale in materia di LEP per il tramite dell'art. 22 della legge 241/1990.

(50) G. MORBIDELLI, *In tema di art. 29 l. 241/1990 e di principi generali del diritto amministrativo*, cit.

(51) L. ANTONINI, *Art. 117, commi 2, 3, 4*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, *Commentario alla Costituzione italiana*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 2236.

(52) E. LAMARQUE, *L'ambito di applicazione della legge sul procedimento amministrativo*, cit., p. 1239.

minazione dei LEP è più accettabile per discipline di “principio” che per discipline di dettaglio⁵³. La giurisprudenza costituzionale (sent. 285/2005) afferma che la legislazione statale non può invocare tale competenza trasversale per avocare a sé l'intera disciplina materiale eventualmente di competenza regionale, costituendo questo il vero controlimito alla pervasività di detta competenza statale anche in tema di procedimento amministrativo.

In sintesi, la legge 69, riscrivendo l'art. 29 della legge 241/1990, non ha certo condiviso le critiche mosse alla qualificazione come LEP dei capisaldi della disciplina sul procedimento ma ne avrebbe circoscritto la portata che resterebbe quella finalizzata ad invocarne garanzie verso il cittadino⁵⁴.

Del resto, se alcuni principi contenuti nella legge fossero stati ricondotti ai “principi fondamentali” anziché ai LEP, per il fatto che assicurano il soddisfacimento di garanzie fondamentali dei cittadini, sarebbero stati ugualmente vincolanti per le Regioni in molti settori. Molti, ma non tutti. Ove, infatti, il legislatore regionale intervenisse a disciplinare la propria azione amministrativa in materie di sua potestà esclusiva, i richiamati principi fondamentali della legge 241/1990 non avrebbero alcun effetto prescrittivo, neppure in caso di una loro qualificazione come “principi fondamentali”⁵⁵. Infine, non va dimenticato che le Regioni conservano una potestà esclusiva nella materia dell'organizzazione amministrativa e quindi nella determinazione delle “regole sul corretto esercizio delle loro funzioni amministrative”.

4. Gli interventi puntuali: la riduzione degli oneri burocratici

Tra gli interventi statali di tipo “puntuale” in materia di semplificazione amministrativa è da annoverare senz'altro l'art. 25 del d.l. 112/2008 in tema di “riduzione degli oneri amministrativi a carico delle imprese”. Si tratta dello strumento meglio conosciuto come “taglia-oneri”

(53) B.G. MATTARELLA, *I procedimenti delle Regioni e degli enti locali*, cit., p. 1141.

(54) In questo senso, G. MORBIDELLI, *In tema di art. 29 l. 241/1990 e di principi generali del diritto amministrativo*, cit.

(55) In questo senso, G. BERGONZINI, *Legge dello Stato sull'azione amministrativa e potestà legislativa regionale*, cit., p. 34.

che, sin dalla sua originaria versione e fermo restando le modifiche apportate dall'art. 6 del d.l. 70/2011⁵⁶, prevede l'approvazione di un programma per la misurazione degli oneri amministrativi – derivanti da obblighi informativi – nelle materie affidate alla competenza statale. L'obiettivo è di ridurre tali oneri del 25%, entro il 31 dicembre 2012, attraverso un meccanismo che affida il coordinamento delle relative attività al Dipartimento della funzione pubblica e all'Unità per la semplificazione e la qualità della regolazione. Ciascun Ministero competente deve adottare un piano di riduzione degli oneri amministrativi nel quale sono definite le misure normative, organizzative e tecnologiche finalizzate al raggiungimento dell'obiettivo suddetto. I singoli piani⁵⁷ dovrebbero avere un naturale sbocco nel *Piano d'azione per la semplificazione e la qualità della regolazione* (di cui al comma 2 dell'art. 1, d.l. 4/2006)⁵⁸, il quale assicura la coerenza generale del processo della complessiva riduzione degli oneri.

Ultima fase di detto meccanismo è l'adozione di regolamenti governativi volti a ridurre gli oneri amministrativi gravanti sulle imprese nei settori misurati e a semplificare e riordinare la relativa disciplina. Si badi bene: sono interventi che devono confluire nel processo di "riassetto" di cui all'art. 20 della legge 59/1997. Anzitutto, occorre dire che il citato art. 25, comma 1, ultimo periodo, prevede che per le materie di competenza regionale si proceda alla misurazione degli oneri ai sensi dell'art. 20-ter della legge 59/1997, quindi tramite accordi e intese. Tali forme di collaborazione sono finalizzate al miglioramento comune della qualità normativa. Ad oggi, nessun accordo nuovo, diverso o conseguente a quello – già sopra ricordato – del marzo 2007 è stato sottoscritto. È evidente che, con l'intervento normativo del 2008, il meccanismo della misurazione, oggetto di una larga sperimentazione anche da parte di alcune Regioni⁵⁹, è stato "positivizzato"

(56) Recante "Semestre Europeo – Prime disposizioni urgenti per l'economia".

(57) Del raggiungimento dei risultati indicati nei singoli piani ministeriali si tiene conto nella valutazione dei dirigenti responsabili (art. 25, comma 7, d.l. 112/2008).

(58) L'ultimo è stato presentato dal Ministro Renato Brunetta nel mese di ottobre 2010.

(59) Si tratta dei territori dell'area convergenza, Campania, Puglia, Calabria e Sicilia, con le quali i tecnici di Palazzo Vidoni hanno effettuato una mappatura delle aree di

dal governo allo scopo di dare effettiva esecuzione alla strategia di Lisbona e all'obiettivo contenuto nello *Small Business Act*⁶⁰ di creare un ambiente favorevole alle piccole e medie imprese.

La situazione, tuttavia, è in parte mutata a seguito della recentissima adozione del c.d. decreto Sviluppo (d.l. 70/2011). Se fino a pochi giorni fa, infatti, non pareva sussistere alcun obbligo per le Regioni di dotarsi di un proprio piano di semplificazione, né di condurre una misurazione degli oneri amministrativi – se non per il tramite dell'art. 117, comma 1, Cost. – oggi non è più così. Ora il d.l. 70/2011, con l'art. 6⁶¹, scrive una nuova pagina.

Allo scopo precipuo di ridurre gli oneri burocratici gravanti sulle piccole e medie imprese, la norma estende la riduzione degli oneri amministrativi alle amministrazioni territoriali e introduce una serie di previsioni, anche di natura sanzionatoria, che obbligano le pubbliche amministrazioni a rendere effettiva la trasparenza dell'azione amministrativa e a ridurre gli oneri "informativi" gravanti non solo sulle imprese ma in generale anche sui cittadini⁶².

Per quanto concerne più propriamente il tema della riduzione degli oneri informativi, il provvedimento contiene due significative previsioni. Una, che rivolgendosi esclusivamente alle amministrazioni statali, riprende la definizione comunitaria di "onere amministrativo"⁶³ e

regolazione in cui è alta la concentrazione degli adempimenti a carico delle imprese. Grazie a questo lavoro, è stato redatto un manuale di misurazione e riduzione degli oneri amministrativi che anche le altre Regioni potranno utilizzare ai medesimi fini.

(60) Il provvedimento (COM (2008) 394), è stato riveduto ed aggiornato lo scorso 23 febbraio (COM (2011) 78).

(61) Rubricato "Ulteriori riduzioni e semplificazioni degli adempimenti burocratici".

(62) Entro un certo termine, tutte le amministrazioni devono pubblicare sul proprio sito internet l'elenco degli atti e dei documenti necessari ad ottenere un determinato provvedimento amministrativo. All'eventuale inadempimento è collegata una singolare previsione sanzionatoria ed inibitoria: per mera carenza documentale, in tal caso, l'atto di diniego è nullo. Va ricordato che già il d.lgs. 150/2009 in materia di ottimizzazione del lavoro pubblico ha introdotto, ai fini di buon andamento e imparzialità, il concetto di trasparenza come "accessibilità totale", prescrivendo l'obbligo per le amministrazioni di pubblicare sui propri siti internet tutta una serie di informazioni. Anche tale forma di accessibilità costituisce un LEP.

(63) Nell'accezione di *onere informativo*, cioè di qualunque adempimento che com-

dispone che gli atti generali dello Stato aventi ad oggetto l'esercizio di poteri autorizzatori, concessori o certificativi, nonché la concessione dei benefici, dovranno allegare l'elenco di tutti gli oneri informativi gravanti sui privati⁶⁴; l'altra che, modificando l'art. 25 d.l. 112/2008, estende il c.d. "taglia-oneri" a Regioni ed enti locali, i quali adottano – nei propri ambiti di competenza – *programmi* a ciò finalizzati. Per il coordinamento delle metodologie della misurazione e riduzione degli oneri, inoltre, la disposizione istituisce – presso la Conferenza Unificata – un Comitato paritetico formato da dodici membri tra rappresentanti di Ministeri, Regioni, Province e Comuni⁶⁵.

Infine, a completare il quadro statale – ma anche a testimoniare la disomogeneità e disorganicità degli interventi, nonché la mancanza di un esplicito coordinamento tra le varie norme – occorre ricordare l'introduzione con il d.l. 78/2010 (c.d. manovra estiva) dell'art. 49, commi 4-*quater* e 4-*quinqües* e la previsione di regolamenti statali finalizzati a semplificare e ridurre gli adempimenti amministrativi gravanti sulle piccole e medie imprese "*anche sulla base delle attività di misurazione degli oneri amministrativi*". Nell'adozione dei predetti regolamenti, il governo è chiamato ad attenersi ad una serie di principi e criteri direttivi. In particolare, per gli interventi relativi ai settori di competenza regionale, da un lato, rileva ancora una volta quanto stabilito all'art. 20-*ter* della legge 59/1997, dall'altro, di notevole portata appare l'introduzione – o meglio l'esplicitazione⁶⁶ – del criterio di *proporzionalità* che in questa nuova veste non è – per così dire – "limitato" alla natura di principio generale dell'agire amministrativo,

porti la raccolta, l'elaborazione, la trasmissione, la conservazione e la produzione di informazioni e documenti alla pubblica amministrazione.

(64) Tale norma era già contenuta nel d.d.l. A.S. 2626 (c.d. Statuto per le imprese), all'art. 7.

(65) Con un'ulteriore integrazione all'art. 25 cit., la disposizione estende la misurazione e riduzione anche agli oneri gravanti sui cittadini (e non solo sulle imprese), dando più compiuto recepimento ai dettami comunitari in materia di *better regulation*.

(66) Basti ricordare il rinvio operato dal comma 1 dell'art. 1, legge 241/1990 ai "principi dell'ordinamento comunitario", tra i quali spicca proprio quello di "proporzionalità". Sul tema, D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 111 ss.

ma è elevato a criterio sostanziale per l'esercizio del potere amministrativo nell'adozione di specifici atti a rilevanza esterna.

Al momento, pertanto, in tema di semplificazione amministrativa, va annotata la concorrenza di due elementi: da una parte, si prevede che il potere statale – informato al principio di proporzionalità – vada esercitato secondo i criteri di cui al richiamato art. 20-ter della legge 59/1997; dall'altra, nelle materie di competenza concorrente e residuale, viene espressamente richiamato il coordinamento in Conferenza Unificata, assicurato attraverso il Comitato paritetico, recentemente previsto dall'art. 6 del d.l. 70/2011. Quest'ultima previsione potrebbe assicurare a norma di chiusura in un sistema che vede fatte salve, solo in una certa misura, le prerogative regionali e locali, anche laddove si versi in ambiti di competenza regionale "esclusiva".

È apprezzabile, tuttavia, che il legislatore statale, nei casi da ultimo richiamati, piuttosto che intervenire con modifiche trasversali – come abbiamo visto a proposito del nuovo art. 29 della legge 241/1990 – abbia adottato una tecnica selettiva e puntuale. In generale, però, non sembra più possibile pensare alla semplificazione amministrativa come ad un obiettivo che può essere perseguito prevalentemente attraverso la produzione legislativa. Al contrario, occorre insistere su un approccio diverso, di tipo amministrativo, attraverso l'esercizio di una pluralità di funzioni pubbliche che vanno dalla pianificazione delle attività, al coordinamento tra livelli istituzionali e tra soggetti pubblici e privati, alla valutazione dei risultati. A tale cambiamento sta gradualmente adattandosi il nostro ordinamento per effetto proprio degli interventi da ultimo visti, ma si tratta di un approccio ancora privo di un'adeguata sistemazione. Al riguardo, ad esempio sono di difficile inquadramento le proposte di legge *in itinere*⁶⁷, in parte stralciate e fatte confluire in alcuni dei provvedimenti sopra ricordati.

(67) Si tratta della *Carta dei doveri delle pubbliche amministrazioni* (A.S. 2243) e dello *Statuto delle imprese* (A.S. 2626). Quest'ultimo mira a recepire lo *Small Business Act*, ma ai nostri fini meritano attenzione l'art. 7 in materia di "MOA regionale" (stralciato e confluito nell'art. 6 d.l. 70/2011), l'art. 16 che prevede l'adozione di una legge annuale in materia di tutela e sviluppo delle micro, piccole e medie imprese, l'art. 20 che, rivolgendosi alle Regioni, prevede che si impegnino a promuovere – in sede di Conferenza Stato-Regioni – la stipula di accordi e intese per il coordinamento delle competenze

5. *La semplificazione amministrativa tra esigenze di uniformità e autonomia regionale*

Alla luce di quanto fin qui detto, è possibile tentare una valutazione della recente evoluzione dell'ordinamento in tema di semplificazione. In questo senso paiono emblematiche le modifiche alla legge 241/1990 introdotte dalla legge 69/2009: la scelta di ricondurre all'ambito materiale dei livelli essenziali delle prestazioni la disciplina dei termini per la conclusione dei procedimenti amministrativi non ha risolto i problemi legati al ruolo regionale nella determinazione dei termini procedurali, e anche per questo la riforma non risulta così apprezzabile come si vorrebbe⁶⁸.

Si considerino due aspetti.

Innanzitutto, si deve registrare, almeno sulla carta e, fermo restando il "limite" delle autoqualificazioni, una "menomazione" di quelle prerogative regionali che la riforma costituzionale del 2001 sembrava voler garantire. La legge 69/2009, infatti, rappresenta il tentativo di riaffermare la necessaria superiorità della legge statale, anche in ambiti di legislazione regionale esclusiva, chiamando in causa non una competenza qualunque ma quella attinente ai "doveri prestazionali" di tutela "uniforme" da garantire a tutti sull'intero territorio nazionale. Questa scelta è perfettamente calata in una nuova dimensione del rapporto tra potere statale e potere locale, che, per molti versi, negli ultimi anni ha incontrato il *favor* della giurisprudenza costituzionale⁶⁹.

normative in materia di adempimenti amministrativi e il conseguimento di ulteriori livelli di liberalizzazione delle attività economiche. Per quanto concerne invece il d.d.l. A.S. 2243, significative sono le disposizioni di cui agli artt. 20, 21 e 29 in materia di semplificazione degli obblighi informativi, riduzione degli oneri amministrativi e da regolazione e delega al governo per l'emanazione della Carta dei doveri delle pubbliche amministrazioni.

(68) Sebbene la dottrina si sia sempre dimostrata critica nei confronti delle scelte via via operate dal legislatore nelle continue modifiche alla legge 241/1990, non c'è un orientamento prevalente, tanto che la riforma del 2009 è stata accolta positivamente per lo più in ragione del fatto che ha troncato con un taglio netto tutti "i ragionamenti in cui necessariamente gli interpreti si erano trovati avviluppati". In questo senso, E. LAMARQUE, *L'ambito di applicazione della legge sul procedimento amministrativo*, cit., p. 1238.

(69) Si vedano in particolare le seguenti decisioni: sentt. 15/2010, 76/2009, 80/2006, 14/2004.

Nel nostro ordinamento, la semplificazione pare abbia acquisito una rilevanza tale “da meritare *ex se* la qualifica di materia trasversale”⁷⁰. Di particolare rilievo in tal senso è la sent. 322/2009 avente ad oggetto l’impugnazione dell’art. 30 del d.l. 112/2008 relativo alle certificazioni di qualità. La pronuncia rappresenta, nel panorama giurisprudenziale recente, una sorta di spartiacque che ha anticipato il nuovo successivo orientamento della Corte⁷¹. È stato sottolineato⁷², infatti, che la decisione del 2009, legittimando un intervento statale in materia di semplificazione amministrativa sulla base del titolo di competenza *ex art. 117, comma 2, lett. m)*, Cost., si pone in linea con la progressiva attrazione degli istituti propri del procedimento amministrativo alla sfera dei LEP (fatta propria in via definitiva con la legge 69/2009) e finisce col valorizzare il profilo teleologico di tale competenza statale, a discapito della definizione normativa di standard prestazionali. In questo modo, la Corte fa assumere a tale competenza una portata “totalizzante”⁷³.

Il secondo aspetto riguarda il *procedimento* che non dovrebbe costituire una “materia” intesa ai sensi dell’art. 117 Cost. Eppure, quello del procedimento, può essere considerato uno degli ambiti di intervento privilegiati attraverso cui misurare, in termini di responsabilità e di qualità, l’azione amministrativa delle istituzioni territoriali, in un’ottica di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.

In effetti, la disciplina del procedimento ha da sempre una finalità di tutela dei privati amministrati: la legge 241/1990 nasceva con il

(70) G. COINU, *Il SUAP nel riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni nella sentenza Corte cost. n. 15 del 2010*, cit., p. 975. Quella della trasversalità sembra essere oramai la chiave per leggere le più recenti decisioni costituzionali incidenti su materie di competenza regionale “piena” (sent. 76/2009 sul “turismo”, sentt. 29/2006 e 325/2010 sui “servizi pubblici locali”, sent. 64/2007 sulle “medie e grandi strutture di vendita”).

(71) Il riferimento è alla sent. 10/2010 in cui la Corte salva le disposizioni statali facendo perno sulla competenza *ex art. 117, comma 2, lett. m)*, Cost. e determinando una significativa riduzione della sfera di autonomia legislativa regionale in materia di assistenza sociale.

(72) G. TARLI-BARBIERI, *La sentenza 322/2009 della Corte costituzionale: cosa rimane dell'autonomia regionale?*, in *Le Regioni*, n. 4, 2010, p. 839.

(73) *Ibidem*.

precipuo obiettivo di circoscrivere la notoria posizione di supremazia dell'amministrazione pubblica nei confronti del singolo cittadino. Tuttavia, la regolamentazione del procedimento è regolamentazione del modo in cui una funzione amministrativa va esercitata ed è, in tale misura, strettamente connessa alla materia cui è ascritta e al suo titolare. Non sembra questo lo spirito della riforma recata dalla legge 69/2009, dove il problema è risolto grazie alla riconduzione della quasi totalità degli istituti procedurali ai livelli essenziali delle prestazioni, con un radicale capovolgimento sistemico. Ne deriva uno sbilanciamento a favore dello Stato di notevoli spazi di intervento strutturalmente connessi alla legislazione regionale, accolto favorevolmente anche per via della crescente richiesta di certezza e uniformità nella regolazione amministrativa dei settori economici. La scelta di estromettere il legislatore regionale dalla titolarità del potere di determinare la misura dei termini per la conclusione dei propri procedimenti si giustificerebbe in virtù del principale dovere di uniformità delle prestazioni amministrative, che lo Stato conserva anche dopo la revisione costituzionale del 2001. Tuttavia, si deve assumere quale garanzia fondamentale la capacità di fornire prestazioni certe ed effettive⁷⁴. Se dovere delle pubbliche amministrazioni è condurre i procedimenti in "un certo modo", non di meno v'è un obbligo per il legislatore di porre regole che rendano effettiva la possibilità di garantire all'agire amministrativo risultati "di qualità". Il concetto di *qualità* non coincide sempre con quello di celerità dell'azione amministrativa.

Se negli anni si è sviluppato un nuovo modo di intendere il rapporto "autorità-libertà", assegnando al cittadino un ruolo centrale e segnando il declino dell'amministrazione "formalista" e "autoritaria" a vantaggio di un'amministrazione "di risultato", questa stessa circostanza non può trasformarsi nello snaturamento della funzione pubblica che consiste primariamente nella tutela dell'interesse pubblico, inteso come interesse della collettività e non del singolo.

(74) Inoltre, come osservato da B.G. MATTARELLA, *I procedimenti delle Regioni e degli enti locali*, cit., p. 1141, il rispetto del termine può essere considerato un livello essenziale di prestazione da garantire all'interessato nei procedimenti ad iniziativa di parte, mentre sarebbe molto più difficile da sostenere nel caso di procedimenti d'ufficio, per esempio in quelli di tipo sanzionatorio.

Riteniamo che il *risultato* non debba limitarsi ed esaurirsi nella mera fissazione di un termine breve. Nel risultato trova dimora la capacità di pervenire a determinazioni certe e “giuste”, cioè tali da tracciare la linea di equilibrio tra interesse privato e interessi generali. Ciò implica il dovere dell’amministrazione di ponderare gli interessi in gioco attraverso un processo di valutazione nel quale l’elemento temporale non è che una delle componenti rilevanti. Ove il rispetto di un termine consentisse all’amministrazione di rigettare una richiesta “legittima”, sarebbe evidente il fallimento di un sistema di regole comunque sbilanciato in senso formalista. In questo modo, verrebbe tradita la logica stessa che ispira i canoni della semplificazione e della certezza nelle determinazioni amministrative.

Non di meno, è possibile un’interpretazione tesa a tutelare di più le legittime aspirazioni regionali e ciò nella misura in cui la predeterminazione statale dei termini non sia rappresentata come un “livello minimo prestazionale” definito una volta per tutte. Il legislatore statale sfortunatamente non è giunto alle medesime conclusioni. La scelta di ricondurre la disciplina dei termini procedurali all’art. 117, comma 2, lett. m), Cost., non solo rappresenta in assoluto il tentativo di offrire un contenuto alla clausola dei LEP⁷⁵, ma ne dà altresì un’interpretazione talmente estensiva da rischiare di esautorare del tutto le competenze regionali in materia di organizzazione. L’obbligo di rispettare il termine generale fissato dallo Stato ben può essere tuttavia inteso nel senso di riconoscere al legislatore statale la potestà di garantire, a livello unitario, la soddisfazione del diritto del singolo ad un procedimento “celere” e “congruo”, ma non come individuazione di livelli minimi di organizzazione vincolanti in assoluto per il legislatore regionale. La potestà statale, in questo modo, si esplicherebbe preservando la facoltà per le leggi regionali di fissare termini e procedure tali da assicurare e conseguire il medesimo risultato sotto il profilo delle garanzie del cittadino. Concordiamo con chi ha ricordato che “dove la Costituzione ha voluto riconoscere allo Stato la potestà

(75) M. COCCONI, *Il giusto procedimento fra i livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, n. 5, 2010, p. 1038.

di predeterminare specifiche soluzioni organizzative e procedurali, ha utilizzato la diversa soluzione della riconduzione di un'intera materia alla competenza statale esclusiva⁷⁶.

Al contrario, si è visto, il *procedimento amministrativo* non è una *materia*. Stante quella “connessione”, di cui parla la giurisprudenza costituzionale, con la materia dell'organizzazione amministrativa regionale, la sua disciplina dovrebbe appartenere di volta in volta a fonti statali o regionali a seconda dell'ambito materiale interessato, purché soddisfi le garanzie fondamentali del cittadino. In quest'accezione, la connessione fra la disciplina dei termini e i livelli essenziali delle prestazioni non collide con l'art. 123 Cost. che affida allo Statuto regionale la disciplina dei principi fondamentali di organizzazione e funzionamento della pubblica amministrazione regionale.

Conclusivamente, quindi, se la logica della “tempestività” del procedimento va letta in chiave di “tutela” del cittadino allo scopo di controbilanciare il rapporto tra amministrazione e amministrati, ciò ha *tre* fondamentali conseguenze: *a*) l'esigenza di assicurare una valutazione delle misure di semplificazione (tra cui il termine procedimentale) in un'ottica di congruità e di sostenibilità, sotto il profilo organizzativo, dell'attività amministrativa e, sotto il profilo sostanziale, della cura dell'interesse pubblico; *b*) la necessità di interpretare le misure di semplificazione come livelli essenziali delle prestazioni e la conseguente attribuzione delle stesse alla potestà statale esclusiva (come largamente previsto dal legislatore statale e avallato dalla giurisprudenza costituzionale); *c*) la necessità che, tuttavia, tali livelli siano determinati nel rispetto dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione tra Stato e territori⁷⁷. Solo in questo modo è garantito, da un lato, un equilibrio accettabile fra la tutela di fondamentali garanzie del cittadino e la tutela degli interessi generali, dall'altro, fra le esigenze di uniformità e il rispetto dell'autonomia regionale (e locale).

(76) *Ibidem*, p. 1040.

(77) Sentt. 88/2003, 134/2006, 124/2009. È stato sottolineato come il principio di *leale collaborazione* sia l'unico e il vero contrappeso pratico alla perdita di competenza regionale; v. C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni fra sussidiarietà e collaborazione*, in *Le Regioni*, n. 4, 2010, p. 944.

Affinché ciò si realizzi, resta ancora molta strada da fare. Tanto per cominciare, manca un effettivo centro di coordinamento stabile tra centro e territori. Sia consentito dire che sembra assente in Italia una visione globale, seria e puntuale della semplificazione amministrativa, che è invece un orizzonte auspicabile, non essendo più sufficienti – oltre che poco condivisibili nel metodo – frastagliati e ambigui interventi legislativi.

I servizi pubblici locali di rilevanza economica dopo il referendum: le novità e le conferme della legge 148/2011

Antonella Azzariti

Abstract

Il contributo analizza le principali novità e cambiamenti intervenuti nelle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica a seguito del referendum del 12 e 13 giugno 2011 e della legge 148/2011. Vengono altresì messe in luce le principali problematiche emerse in relazione al servizio idrico e gestione rifiuti.

1. Il quadro normativo “di risulta” ed i dubbi di legittimità costituzionale dell’art. 4 del d.l. 138/2011 convertito in legge 148/2011

Tra i tratti distintivi maggiormente caratterizzanti la materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica vi è, senz’altro, la mutevolezza e l’instabilità del nucleo di regole che ne governano l’affidamento e la gestione, costantemente rilevata dal pensiero scientifico sia attuale che più risalente¹.

(1) Già negli anni novanta, autorevole dottrina si esprimeva così in relazione alla materia dei servizi pubblici. Sul punto, F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, che nell’introduzione dello scritto, afferma: “Chi si accingesse a studiare oggi i pubblici servizi in Italia rimarrebbe subito colpito dal carattere instabile della loro disciplina. Leggi che si succedono nell’arco breve di pochi anni; continui progetti di legge; variazioni annunciate che non trovano realizzazione; materie che entrano ed escono dalla definizione di pubblico servizio; pronunce giurisprudenziali che mutano radicalmente, e più volte, indirizzo nel giro di pochi mesi”. Nel pensiero scientifico attuale, si veda G. Rossi, *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, in www.astrid-online.it, luglio 2011, ove si afferma: “Ciò che colpisce, in una considerazione di insieme di queste vicende, è l’assenza di coordinate coerenti di medio-lungo periodo, che è alla base della contraddittorietà delle politiche legislative”.

Pur senza volersi soffermare su tutti gli interventi normativi susseguiti in materia², si richiamano i noti cambiamenti intervenuti negli ultimi anni.

Dapprima, vi è stata la riforma attuata con l'art. 23-*bis* del d.l. 112/2008, convertito in legge 133/2008 e modificato dall'art. 15 del d.l. 15 settembre 2009, n. 135, convertito in legge 11 novembre 2009, n. 166 e s.m.i., nel testo risultante dalla sentenza 325/2010 della Corte costituzionale.

Successivamente, la consultazione referendaria svoltasi in data 12 e 13 giugno 2011 ha determinato l'abrogazione della norma predetta, unitamente all'art. 154, comma 1, del d.lgs. 152/2006 e s.m.i.

All'indomani della consultazione referendaria, il decreto legge 138/2011, convertito in legge 148/2011, nell'ambito della manovra finanziaria aggiuntiva, introduce all'articolo 4, "Disposizioni di adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali all'esito referendario ed alla normativa comunitaria"³.

(2) Si richiamano in particolare, l'art. 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142, in G.U. 12 giugno 1990, n. 135 e successivamente abrogata dal d.lgs. 267/2000; il d.lgs. 267/2000, Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, TUEL, in G.U. 28 settembre 2000, n. 227, art. 113, comma 5, come modificato dalla legge 448/2001, art. 35, commi 8 e 9 e dal d.l. 269/2003, convertito nella legge 326/2003, art. 14. Sotto il profilo interpretativo, la letteratura in materia di servizi pubblici locali è particolarmente ampia. *Ex multis*, si richiamano, anteriormente all'intervento legislativo avutosi con il c.d. "decreto Ronchi": G. CAIA, *Organizzazione dei servizi pubblici locali. Figure, regime e caratteristiche*, in *Foro amm.*, 1991, p. 3173; M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 2001; ID., *I servizi pubblici locali: incertezze qualificative e tipicità delle forme di gestione*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 11, 2002; M. CAMELLI, *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: le due riforme*, in *Riv. trim. appalti*, 2003, p. 513; G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it/studiecontributi; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici locali*, Bologna, 2005. Successivamente all'entrata in vigore della disciplina *ex art. 23-bis* del d.l. 112/2008, convertito in legge 133/2008 e s.m.i.: M. DUGATO, *La manovra finanziaria prevista dalla legge n. 133 del 2008. I servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, p. 1219; G. CAIA, S. COLOMBARI, *Servizi pubblici locali di rilevanza economica (prime note sulla nuova disciplina)*, testo dattiloscritto; A. VIGNERI., *La riforma dei servizi pubblici locali*, in www.astrid-online.it, 2010.

(3) Art. 4 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, recante "Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo", in G.U. 13 agosto 2011, n. 188, convertito in legge 14 settembre 2011, n. 148, in G.U. 16 settembre 2011, n. 216.

Senza pretesa di esaustività, il presente contributo mira a puntualizzare quali siano, a fronte del descritto processo evolutivo, le modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, evidenziando i principali effetti sulle discipline di settore, ed, in particolare, sull'assetto del servizio idrico integrato e gestione rifiuti.

Per quanto concerne il quadro normativo "di risulta", conseguente all'abrogazione dell'art. 23-*bis* del d.l. 112/2008, sancita con i d.P.R. 113 e 116/2011⁴, ed all'entrata in vigore dell'art. 4 della legge 148/2011, va osservato che, secondo un orientamento consolidato della giurisprudenza costituzionale, il referendum abrogativo produce effetto *ex nunc*, con conseguente delimitazione dell'efficacia temporale delle norme interessate ed applicazione del principio *tempus regit actum* alle situazioni definite antecedentemente alla consultazione referendaria⁵. Con riferimento ad atti di affidamento adottati nel vigore dell'art. 23-*bis* del d.l. 112/2008 in relazione al servizio di gestione dei rifiuti, la giurisprudenza pare pronunciarsi nel senso della non incidenza del referendum abrogativo sulle valutazioni relative alla loro legittimità in base al principio *tempus regit actum*, ferma restando la necessità di rispetto della normativa e dei principi europei in tema di gare pubbliche ed affidamento *in house*⁶.

Diversamente, l'abrogazione dell'inciso "dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito" nel disposto dell'art. 154, comma 1, del d.lgs. 152/2006, pur mantenendo ferma la nozione di tariffa del SIR (Servizio idrico integrato) che, come precisato dalla Corte costituzionale nella sentenza 26/2011, resta intesa come corrispettivo e determinata in modo tale da assicurare "la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio 'chi inquina paga'"⁷, pone il problema dell'ade-

(4) D.P.R. 18 luglio 2011, n. 113, e d.P.R. 18 luglio 2011, n. 116, entrambi in G.U. 20 luglio 2011, n. 167.

(5) In generale, G. CIAN, A. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile*, commento all'art. 15 delle Disposizioni sulla legge in generale (parte III, *L'effetto abrogativo*, p. 15) nonché la dottrina e la giurisprudenza ivi richiamate.

(6) TAR Abruzzo, sez. I, 13 luglio 2011, n. 431, in www.giustizia-amministrativa.it, punto 3.

(7) Corte cost., 26 gennaio 2011, n. 26, in www.giurcost.org, di ammissibilità del que-

guamento delle tariffe con riferimento ai rapporti in corso (per cui si rinvia al par. 2.1).

A fronte della *vacatio iuris* determinatasi all'indomani della consultazione referendaria e del venir meno dell'imposizione normativa del ricorso alla gara quale modalità ordinaria di affidamento rispetto al modello gestorio *in house*, diverse voci istituzionali hanno posto l'accento sulla valorizzazione del ruolo dell'ente locale nelle scelte relative alle modalità di erogazione dei servizi pubblici locali, nei limiti del rispetto delle regole concorrenziali minime di ascendenza comunitaria, come espressamente affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza 24/2011⁸.

Così si è espressa l'ANCI, in una nota interpretativa del 14 giugno 2011, che ha invocato il concetto di "*libertà responsabile*" nella scelta delle formule organizzative da parte degli enti locali e l'AGCM che, nella Relazione annuale per il 2011, ha posto l'accento sulla necessità del rispetto delle regole concorrenziali nell'affidamento dei servizi pubblici locali, affermando l'obbligatorietà del ricorso al mercato e l'osservanza delle norme del Trattato UE prevedenti la gara per la scelta del miglior affidatario⁹.

Come è noto, il legislatore è intervenuto a colmare la lacuna normativa con le disposizioni contenute nell'art. 4 del d.l. 138/2011, come convertito in legge 148/2011.

La norma in questione – in particolare nel disposto dei commi 1-2,

sito referendario n. 2, ove si afferma: "[...] La normativa residua, immediatamente applicabile, data proprio dall'art. 154 del d.lgs. n. 152 del 2006, non presenta elementi di contraddittorietà, persistendo la nozione di tariffa come corrispettivo, determinata in modo tale da assicurare la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e 'Chi inquina paga'".

(8) Corte cost., 26 gennaio 2011, n. 24, in www.giurcost.org, in ordine all'ammissibilità del quesito referendario n. 1.

(9) In particolare, ANCI, Nota interpretativa del 14 giugno 2011, recante *Prime osservazioni sull'affidamento dei servizi pubblici locali e sulla tariffa del servizio idrico integrato in esito al referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011* ove si afferma: "All'esito del referendum, i Comuni sono più liberi di scegliere la formula organizzativa che ritengono più opportuna, ivi compresa la gara, e sempre in ossequio ai principi europei in materia di tutela della concorrenza. I Comuni sono investiti di una nuova 'libertà responsabile' che responsabilmente utilizzeranno e del cui utilizzo saranno chiamati a rispondere".

8-13 – reintroduce il principio della gestione concorrenziale come possibilità privilegiata di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, alternativa rispetto al regime di esclusiva.

Nell'originaria versione dell'art. 4 del d.l. 138/2011, il ricorso al regime di esclusiva era reso possibile soltanto all'esito di un'istruttoria da cui risulti il fallimento del sistema concorrenziale, da effettuarsi a mezzo di un'analisi di mercato da trasporre in una c.d. "delibera quadro", già prevista nel vigore della disciplina precedente.

La disposizione, così formulata, avrebbe imposto all'ente locale una prova disagiata, implicante uno studio approfondito delle esternalità di produzione e consumo, delle situazioni di monopolio e delle possibilità regolative dei servizi, con notevoli difficoltà di adeguamento per gli enti locali minori¹⁰.

In sede di conversione, tale inciso è stato abolito, introducendo, in sostituzione, l'obbligo, meno stringente, per l'ente locale di motivare "le ragioni della decisione e i benefici per la comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio", ora previsto dall'art. 4, comma 2, della legge 148/2011¹¹.

Nell'ipotesi inversa di conferimento del servizio in regime di esclusiva, i moduli organizzativi ammessi sono:

- l'affidamento a società in qualsiasi forma costituite a mezzo di gara nel rispetto dei principi comunitari e nazionali in materia di contratti pubblici;
- l'affidamento a società miste pubblico-private per le quali viene reintrodotta l'obbligo di conferimento del 40% delle quote al soggetto privato e precisata la natura di quest'ultimo come socio operativo lungo tutta la durata dell'affidamento;

(10) S. STAIANO, *I servizi pubblici locali nel decreto legge n. 138 del 2011. Esigenze di stabile regolazione e conflitto ideologico immaginario*, in www.federalismi.it, p. 5.

(11) Sul punto, si vedano: Nota ANCI, 16 settembre 2011, legge 14 settembre 2011, n. 148 – Nota di lettura sulle norme di interesse dei Comuni; D. PASSIGLI, *Le novità dei servizi pubblici locali: scompare, in sede di legge di conversione del DL 138/2011, la necessità di dimostrare il "fallimento" al ricorso del mercato concorrenziale ed è sufficiente motivare le ragioni della decisione e i benefici per la comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio – La disciplina dei servizi pubblici locali in Provincia di Trento e Bolzano*, in www.appaltiecontratti.it del 21 settembre 2011.

– l'affidamento diretto a società c.d. *in house providing* costituite nel rispetto dei dettami comunitari in materia di controllo analogo ed attività prevalente e per servizi di importo pari od inferiore ad euro 900.000,00.

Rispetto alla formulazione dell'art. 23-*bis*, in cui l'affidamento a mezzo di gara veniva indicato quale modalità ordinaria e l'*in house* come modello derogatorio, tale rapporto di regola-eccezione viene meno e la scelta dell'affidamento diretto viene collegata unicamente al mancato raggiungimento di una determinata soglia economica, in assenza dei presupposti sostanziali e procedurali precedentemente previsti.

Il recente intervento normativo interviene, dunque, a tipizzare nuovamente i moduli organizzatori cui l'ente locale può ricorrere nell'erogazione dei servizi pubblici locali, pur ampliando le possibilità di ricorso all'affidamento diretto.

La norma ha suscitato dubbi di legittimità costituzionale, da un lato, in relazione al "divieto di formale e sostanziale ripristino della normativa abrogata" discendente dagli artt. 5 e 75 Cost., nell'interpretazione resa dal giudice costituzionale, e, dall'altro, in relazione ai principi di autarchia ed autodeterminazione degli enti locali nello svolgimento delle funzioni di affidamento dei servizi pubblici locali, discendenti dagli artt. 5, 114 e 118 Cost.¹².

Sotto il primo profilo, va osservato, sia pur incidentalmente, che il problema della legittimità costituzionale della legislazione successiva all'abrogazione referendaria è stato declinato dalla Corte costituzionale da "divieto di reviviscenza della normativa abrogata in chiave retroattiva"¹³ a "divieto di formale e sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare"¹⁴ con effetto *pro futuro*, ammet-

(12) In chiave particolarmente critica in relazione alla costituzionalità dell'art. 4 del d.l. 138/2011, si pone A. LUCARELLI, *Prmissime considerazioni a margine degli articoli 4 e 5 del decreto legge n. 138 del 13 agosto 2011 e relativo impatto sui servizi pubblici locali*, reperibile sulla *Rivista telematica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 3, 2011.

(13) Corte cost., sentenza 468/1990, relativa ad alcune disposizioni della legge 117/1988 in materia di responsabilità civile dei magistrati.

(14) Corte cost., sentenze 32 e 33/1993, relative ad interventi normativi nella materia elettorale, nelle quali, affermando la possibilità per il legislatore di correggere possibili

tendo la possibilità di un intervento normativo successivo in quella determinata materia con tale limite, i cui contorni restano comunque non esattamente precisati e rimessi a valutazioni successive, frutto di un sindacato di legittimità costituzionale *ex post*.

Tenuto fermo, pertanto, che l'art. 4 della legge 148/2011 non sancisce alcuna applicazione retroattiva della norma abrogata, si pone il problema di stabilire se la norma violi il divieto di ripristino sostanziale dell'art. 23-*bis* del d.l. 112/2008 e dei principi ad esso sottesi che la consultazione referendaria ha inteso eliminare.

La disposizione *de qua*, nella parte in cui limita le possibilità di affidamento diretto dei spl di rilevanza economica al raggiungimento della soglia economica di 900.000,00 euro potrebbe porsi in contrasto con tale divieto nella misura in cui la *ratio* del quesito referendario risiedeva proprio "Nell'intento di escludere l'applicazione delle norme, *ex art. 23-bis*, che limitavano le ipotesi di affidamento diretto e segnatamente in house per tutti i servizi di rilevanza economica", in base al *dictum* espresso dalla Corte costituzionale nella sentenza 24/2011. Tuttavia, nella ricostruzione del contesto interpretativo e di principio in cui è maturata l'emanazione del d.l. 138/2011, come convertito in legge 148/2011, bisogna tener conto, quantomeno, di due fattori.

In primo luogo, l'interpretazione della norma fatta propria dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che ha espresso un generale *favor* per la scelta legislativa di reintrodurre il ricorso a sistemi di affidamento pro-concorrenziali come modalità di affidamento ordinaria dei servizi pubblici locali, ed ha stigmatizzato l'ampliamento delle possibilità di utilizzo del modulo gestorio *in house* e l'introduzione

"inconvenienti" connessi all'esito positivo del referendum abrogativo, viene inserita, come *obiter dictum*, la precisazione: "Nei limiti del divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare, il legislatore potrà correggere, modificare o integrare la disciplina residua". In dottrina, si richiamano, *ex multis*: M. LUCIANI, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 2005; S.P. PANUNZIO, *Chi è il "custode" del risultato abrogativo del referendum?*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 1997 ss.; A. BARBERA, A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, Bologna, 2003; T.F. GIUPPONI, *Il "giudizio di legittimità" sull'esito referendario e i limiti al legislatore*, Intervento al Seminario "Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo", Università di Modena e Reggio Emilia, 13 ottobre 2006.

del sistema della soglia economica, auspicando un intervento correttivo volto alla reintroduzione della “regola della gara obbligatoria salvo particolari situazioni locali”¹⁵.

In secondo luogo, l’interpretazione della disciplina *ex art. 23-bis* avalata dalla Corte costituzionale nelle sentenze 325/2010 e 24/2011, nelle quali è stata ritenuta in linea col dettato costituzionale e comunitario l’introduzione da parte del legislatore nazionale di limiti ulteriori per l’affidamento diretto dei servizi pubblici locali secondo la modalità *in house*.

Considerati tali elementi, la norma potrebbe porre maggiori dubbi sotto il profilo della ragionevolezza e proporzionalità della scelta effettuata che rispetto alla violazione dell’esito referendario.

Diversamente, in ordine ai principi di autarchia ed autodeterminazione dell’ente locale, discendenti dagli artt. 5, 114 e 118 Cost., cui viene fatto riferimento in sede dottrinale¹⁶, va rammentato che la Corte costituzionale, nella citata sentenza 325/2010, ha ritenuto comunque compatibile con il quadro costituzionale la tipizzazione normativa delle modalità di gestione, in linea con la precedente pronuncia 272/2004, statuendo che la materia della tutela della concorrenza ricomprenda anche la disciplina amministrativa delle modalità di organizzazione e gestione dei servizi pubblici locali¹⁷.

Tanto precisato, vanno evidenziati gli ulteriori ambiti d’incidenza dell’art. 4 della legge 148/2011, con particolare riferimento alla latitudine applicativa, al regime giuridico delle società di gestione dei pub-

(15) Autorità garante della concorrenza e del mercato, Segnalazione del 26 agosto 2011 avente ad oggetto *A.S. 864 – Disegno di legge A.S. n. 2887 di conversione del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, recante “Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e lo sviluppo”*, Bollettino n. 32 del 29 agosto 2011, p. 101, nella quale, in relazione all’art. 4 del d.l. 138/2011, viene affermato: “[...] Il sistema ora introdotto appare dunque meno efficace di quello in vigore in precedenza, né sembra possa essere migliorato con modifiche al ribasso della soglia, data l’arbitrarietà con cui qualsiasi valore verrebbe eventualmente determinato. L’Autorità ritiene, a tale proposito, opportuna la regola della gara obbligatoria salvo particolari situazioni locali di cui dimostrare l’esistenza da parte dell’ente affidante”.

(16) A. LUCARELLI, *Prmissime considerazioni*, cit.

(17) Corte cost., sentenza 17 novembre 2010, n. 325, in www.giurcost.org, in particolare punti 11.2.2. e 12.3.16.

blici servizi, nonché alle disposizioni di diritto transitorio, cogliendo analogie e differenze rispetto al complesso normativo discendente dall'art. 23-*bis* del d.l. 112/2008 e dal d.P.R. 168/2010.

1.1. *Analogie e differenze tra disciplina vigente e normativa anteriore*

Come è noto, l'abrogazione referendaria dell'art. 23-*bis* ha determinato, quale effetto conseguente, la caducazione del regolamento attuativo – d.P.R. 168/2010 – e la non reviviscenza delle disposizioni da esso abrogate, come affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza di ammissione del quesito referendario¹⁸.

Il regolamento di attuazione disciplinava, tra l'altro, l'ambito applicativo della disciplina, le modalità di affidamento dei servizi di rilevanza economica, il regime giuridico applicabile alle società miste ed *in house*, la distinzione tra funzioni di regolazione e gestione e cessione dei beni in caso di subentro, nonché l'abrogazione di norme incompatibili.

L'art. 4 della legge 148/2011 interviene in parte a reintrodurre le disposizioni sancite dal d.P.R. 168/2010 ed, in parte, a modificarne il contenuto, non senza dare adito a dubbi interpretativi.

Per quanto concerne l'ambito applicativo, rispetto all'art. 1 del d.P.R. 168/2010, viene escluso il servizio idrico integrato, in ossequio all'esito referendario, fatta eccezione per le disposizioni in materia di incompatibilità di cui ai commi 19-27, nonché i servizi di distribuzione del gas naturale, di distribuzione di energia elettrica, trasporto ferroviario regionale nonché di gestione delle farmacie comunali.

La norma si applica, quindi, a tutti gli altri servizi pubblici di rilevanza economica, tra cui quelli aventi un'apposita disciplina settoriale, come

(18) Sulla base del principio enunciato dalla Corte costituzionale, nell'ordinamento attuale continuano a non trovare applicazione, con riferimento alla disciplina generale, le disposizioni di cui all'art. 113 del d.lgs. 267/2000, commi 5, 5-*bis*, 6, 7, 8, 9, 14, 15-*bis*, *ter* e *quater*, e, per quanto interessa in questa sede, le disposizioni in materia di affidamento del servizio idrico integrato e gestione rifiuti dettate dagli artt. 150 e 202, comma 1, del d.lgs. 152/2006 e s.m.i., eccezion fatta per la parte in cui viene individuata la competenza dell'Autorità d'ambito per l'affidamento e l'aggiudicazione del servizio, anch'essa investita dalle rilevanti modifiche di cui alla legge 42/2010.

il servizio gestione rifiuti ed il trasposto pubblico locale, e quelli privi di una propria regolamentazione di settore, come servizi cimiteriali, illuminazione pubblica e servizi minori (gestione soste, mercati locali). In relazione alla prima tipologia di servizi, va osservato che l'attuale norma non contiene un'espressa clausola di prevalenza rispetto alla normativa di settore così come, invece, disponeva l'art. 23-bis, comma 1, in deroga al principio generale *lex posterior generalis non derogat priori specialis*.

Attesa la notevole rilevanza economica di tali servizi e considerate le significative differenze cui si giungerebbe, in applicazione del principio di prevalenza della legge speciale rispetto a quella generale, in ordine all'affidamento diretto secondo la modalità *in house*, si auspica un intervento chiarificatore sul punto.

Infatti, demandando ad un'apposita disamina le riflessioni relative ai servizi idrico e gestione rifiuti, la problematicità di tale aspetto si coglie facilmente con riferimento al trasporto pubblico locale se si pensa che la relativa disciplina di settore – costituita dal d.lgs. 422/1997, dall'art. 61 della legge 99/2009 e dall'art. 5 del Regolamento CE 1370/2007/CE – ammette senza limitazioni il ricorso alla modalità di affidamento *in house*, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario.

Diversamente, in relazione alle condizioni di operatività delle società chiamate alla gestione dei servizi pubblici locali, l'art. 4 della legge 148/2011 – ai commi 14-17 – riproduce un nucleo di disposizioni già dettate nel d.P.R. 168/2010.

In particolare, con riferimento alle società *in house* e miste viene sancita l'osservanza delle procedure ad evidenza pubblica per l'acquisizione di beni e servizi e di meccanismi concorsuali, nonché, per le sole società *in house*, l'applicazione dei divieti e limitazioni in materia di patto di stabilità interno ed assunzioni di personale.

Benché quest'ultima disposizione si ponga in linea con la nozione di *spesa di personale* recentemente avallata dalla giurisprudenza contabile¹⁹, la stessa suscita dubbi di legittimità costituzionale in quanto il patto di stabilità interno rientra nella materia di competenza con-

(19) Corte dei Conti, Sezioni Riunite in sede di Controllo, 12 maggio 2011, n. 27, reperibile in www.dirittodeiservizi pubblici.it.

corrente del coordinamento della finanza pubblica, con conseguente rimessione dell'adozione della disciplina di dettaglio ai legislatori regionali.

Tale aspetto è stato già, infatti, investito da censure di illegittimità costituzionale nella pronuncia 325/2010, in cui, in ragione di ciò, è stato stralciato, dall'art. 23-*bis*, comma 10, il riferimento dell'assoggettamento delle società *in house* al patto di stabilità²⁰.

Diversamente, con riguardo al regime transitorio, l'art. 4, comma 32, della legge 148/2011 effettua una rimodulazione delle date di cessazione degli affidamenti non conformi alla disciplina comunitaria ed al dettato normativo attuale, alla luce dell'esito referendario.

In particolare, per gli affidamenti diretti di valore superiore ad euro 900.000,00 o non conformi ai principi di derivazione comunitaria, è prevista la cessazione alla data del 31 marzo 2012.

Nella recente segnalazione del 26 agosto 2011, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato appare critica in ordine al riferimento al valore del servizio quale criterio per giustificare la prosecuzione degli affidamenti diretti, poiché in tal modo si rischia di determinare un ulteriore ampliamento della platea dei soggetti che gestiscono servizi pubblici locali al di fuori di meccanismi concorrenziali²¹.

Diversamente, per le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblico-privata, nelle quali la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, è stabilito che le stesse cessino, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 30 giugno 2012, qualora la gara non abbia avuto ad oggetto, al tempo stesso, la

(20) G. Guzzo, *I spl di rilevanza economica dopo il restyling del d.l. n. 138/2011: "nuove" regole e vecchie questioni*, in www.lexitalia.it, n. 7-8, 2011. Così è stato statuito dalla Corte costituzionale nella sentenza 17 novembre 2010, n. 325, in www.giurcost.org, al punto 12.4, ove si afferma "L'ambito di applicazione del patto di stabilità interno attiene alla materia del coordinamento della finanza pubblica (sentenze n. 284, n. 237 del 2009 e n. 267 del 2006) di competenza legislativa concorrente e non a materie di competenza legislativa esclusiva statale, per le quali soltanto l'articolo 117, sesto comma, Cost., attribuisce allo Stato la potestà regolamentare".

(21) Autorità garante della concorrenza e del mercato, Segnalazione del 26 agosto 2011, cit.

qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio; le medesime gestioni possono invece proseguire fino alla scadenza prevista nel contratto di servizio nell'ipotesi inversa di gara a doppio oggetto.

Per le società quotate in borsa, viene invece riprodotto il sistema fissato dall'art. 23-bis, comma 8, concernente la progressiva cessione delle quote in mano pubblica a soggetti privati a mezzo di procedure ad evidenza pubblica, utilizzando gli stessi criteri e gli stessi parametri impiegati dalla norma anteriore, con differenze che riguardano semplicemente le date di cessazione del servizio.

2. Modalità di affidamento dei servizi pubblici locali alla luce dell'attuale quadro normativo e dei principi di derivazione giurisprudenziale

Tenuto conto della disciplina dettata dall'art. 4 della legge 148/2011, appare utile, a parere di chi scrive, puntualizzare i principi enunciati in sede comunitaria e nazionale in relazione ai modelli organizzativi della società mista e dell'affidamento *in house providing*, ponendoli in rapporto con la normativa vigente.

Successivamente, si tenterà di focalizzare quali siano i principali effetti sull'affidamento del servizio idrico, settore escluso dall'ambito applicativo della nuova disciplina e del servizio gestione rifiuti.

Per quanto concerne la formula organizzatoria della società mista, l'art. 4, comma 12, della legge 148/2011 delinea, come già osservato, un modello gestorio in cui, al pari dell'abrogato art. 23-bis, il socio privato, detentore del 40% delle quote societarie, viene selezionato a mezzo di gara "a doppio oggetto" inerente la scelta del socio e l'attribuzione dei compiti operativi per tutta la durata dell'affidamento, prevedendo al contempo criteri e modalità di liquidazione del socio privato al momento della cessazione della gestione.

Il dettato normativo cristallizza principi da tempo enunciati dalla giurisprudenza amministrativa, anche sulla scorta dell'indirizzo interpretativo comunitario in materia di partenariati pubblico-privati (c.d. Ppp)²².

(22) *Ex multis*, Commissione UE, *Comunicazione interpretativa della Commissione*

In primo luogo, rispetto alle procedure di affidamento ordinario, ciò che contraddistingue la società mista è l'oggetto della gara, che non consiste unicamente nell'affidamento del servizio ma anche nella scelta del partner privato cui assegnare la gestione dello stesso, da cui discende la possibilità di effettuare un'unica procedura ad evidenza pubblica.

Si noti che la giurisprudenza da tempo sottolinea il divieto di costituire una società aperta o generalista cui affidare in via diretta, dopo la sua costituzione, un numero indeterminato di appalti o servizi²³.

Per quanto concerne la natura giuridica del socio privato, la definizione normativa resa nell'art. 4, comma 12, lett. *b*), e nella normativa abrogata di cui all'art. 23-*bis*, riflette una profonda evoluzione interpretativa maturata sul punto.

Infatti, già nel vigore della disciplina di cui all'art. 22, comma 3, lett. *e*), della legge 142/1990, la giurisprudenza amministrativa tratteggiava, in relazione al modello di società mista con partecipazione maggioritaria del soggetto pubblico, la posizione del socio privato come socio imprenditore, dotato di significativi requisiti tecnico-finanziari e strutturali e di competenze gestionali tali da contrapporsi alla figura del socio finanziatore²⁴.

Nel vigore dell'art. 113, comma 5, lett. *b*), del d.lgs. 267/2000 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali – TUEL), come

sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (Ppp), n. 6661 del 5 febbraio 2008. Da ultimo, Risoluzione del Parlamento europeo del 18 maggio 2010, punto 15, in G.U.C.E. 31 maggio 2011.

(23) Si richiamano le pronunce giurisprudenziali più significative a cui si deve la definizione dei caratteri giuridici del modello organizzativo della società mista, rinvenibili in www.giustizia-amministrativa.it: Consiglio di Stato, sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5587; Consiglio di Stato, sez. V, 13 dicembre 2009, n. 824; Consiglio di Stato, sez. V, 15 ottobre 2010, n. 7533.

(24) Così si è espresso il Consiglio di Stato nella nota pronuncia della sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192, in *Giur. it.*, n. 6, 1998, p. 1257. Per un inquadramento del ruolo del socio privato nella società mista anteriormente alla riforma attuata con l'art. 23-*bis* del d.l. 112/2008 e ricostruzione dei principi giurisprudenziali affermati in materia, si rinvia a: M. CAMELLI, M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008 e, *ivi*, G. PIPERATA, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*.

modificato dall'art. 14 del d.l. 30 settembre 2003, n. 326, il Consiglio di Stato, riconducendo il modello della società mista ad una "forma di collaborazione tra pubblica amministrazione e privati imprenditori nella gestione di un pubblico servizio", in ossequio ai canoni comunitari, ha precisato che la peculiarità di tale tipologia di affidamento risiede nel tipo di controllo che l'amministrazione esercita sul privato esecutore, consistente in una forma di vigilanza più pregnante da parte del socio pubblico rispetto all'esercizio di funzioni tipiche di committenza²⁵.

Infine, in ordine alle modalità di liquidazione del socio privato al termine della gestione, il dato normativo odierno sottende l'elaborazione giurisprudenziale in ordine alla clausola di *exit* del privato, secondo cui è insufficiente la sola delimitazione temporale dell'affidamento, essendo necessaria la previsione, nel bando di gara, dell'obbligo di cessione della quota del socio privato a condizioni predeterminate all'eventuale nuovo socio, da individuarsi comunque con gara²⁶.

Diversamente, per quanto riguarda la formula organizzatoria *in house providing*, tenendo a mente i rilievi precedentemente effettuati in ordine alla disciplina *ex art.* 4 della legge 148/2011, appare utile focalizzare gli aspetti salienti dell'istituto nelle più recenti interpretazioni comunitarie.

È noto che, nell'ordinamento europeo, il ricorso all'affidamento c.d. *in house providing* viene coniato come sistema derogatorio rispetto all'affidamento a mezzo di procedure ad evidenza pubblica, ammesso soltanto in presenza dei requisiti del controllo analogo a quello svolto sui propri servizi da parte dell'ente pubblico sull'impresa affidataria e del rapporto di stretta strumentalità tra l'attività svolta da quest'ultima e le finalità dell'ente (c.d. "attività prevalente").

(25) Consiglio di Stato, sez. II, parere n. 456 del 18 aprile 2007, in www.giustizia-amministrativa.it; Consiglio di Stato, ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Giorn. dir. amm.*, n. 11, 2008, p. 1131, con commento di R. CARANTA, *Ancora in salita la strada per le società miste*, e di G. PIPERATA, *Modelli societari e compiti pubblici: un connubio all'insegna dell'incertezza*. In sede comunitaria, *ex multis*, si richiama la pronuncia: Corte di Giustizia CE, sez. III, 15 ottobre 2009, sentenza C-196/08.

(26) Da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 30 settembre 2010, n. 7214.

Questo metodo costituisce una forma di manifestazione della potestà autorganizzatoria delle pubbliche amministrazioni, riconosciuta a livello istituzionale e normativo²⁷, attraverso la quale il servizio da erogare viene autoprodotta mediante strutture gerarchicamente collegate all'amministrazione che, pur rivestendo forma societaria, non si pongono in posizione di terzietà rispetto a quest'ultima.

La Corte di Giustizia, a partire dal *leading case* Teckal²⁸ ha progressi-

(27) A far data dal 1997 la descritta modalità viene espressamente riconosciuta dalla Commissione europea nella comunicazione avente ad oggetto *I servizi d'interesse generale in Europa*, in G.U.C.E. 19 gennaio 1998, n. 14, p. 74, ove si ammette che "in ossequio al principio di sussidiarietà, venga riconosciuto il diritto degli enti locali e regionali di 'auto produrre' in modo autonomo servizi di interesse generale a condizione che l'operatore addetto non eserciti una concorrenza al di fuori del territorio interessato". Sul punto si vedano anche: Parlamento europeo, Risoluzione del 14 gennaio 2004, concernente *Libro Verde sui Servizi di interesse generale* [COM (2003) 270 – 2003/2152 (IND)], punto 35; Commissione europea, *Comunicazione Interpretativa sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati* [C (2007) 6661 del 5 febbraio 2008]. A livello normativo l'espressa codificazione dell'*in house providing* si rinviene, per la prima volta, nell'art. 5, comma 2, del Regolamento (CE) n. 1370 del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia in G.U.C.E. 3 dicembre 2007, 315/1.

(28) Corte di Giustizia CE, 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*, in *Racc.*, I-8121, che individua, quali elementi sintomatici del "controllo analogo" e della "destinazione prevalente dell'attività":

- il capitale interamente pubblico e divieto di apertura a capitali privati;
- la dipendenza economica e finanziaria della società nei confronti dell'ente affidante;
- la riserva in capo ai soci pubblici di poteri di designazione degli organi sociali;
- l'esercizio da parte dell'ente controllante di un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni importanti della società mediante poteri di indirizzo rafforzati rispetto ai diritti attribuiti ai soci dal diritto comune – sub specie di direzione, coordinamento e supervisione;
- l'assenza in capo agli organi sociali di ampi poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione;
- l'oggetto sociale limitato al servizio affidato;
- l'assenza di vocazione commerciale nell'attività svolta.

Sul punto vanno altresì richiamate le seguenti pronunce: Corte di Giustizia CE, 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle e RPL Lochau*, in *Racc.*, I-1, punto 49; 21 luglio 2005, causa C-231/03, *Coname*, in *Racc.*, I-7287, punto 26; 11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo*, in *Racc.*, I-4137, punto 37; 19 aprile 2007, causa C-295/0, *Asemfo*, in *Racc.*, I-2999, punto 57; 18 dicembre 2007, causa C-357/06, *Frigerio*; 17 luglio 2008, causa C-71/07, *Campoli*; 13 novembre 2008, causa C-324/07, *Coditel*; 10 settembre 2009, causa C-573/07, *Set.Co.*, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

vamente delineato una serie di indici sintomatici integranti i requisiti del controllo analogo e dell'attività prevalente, successivamente recepiti e sviluppati, in ambito nazionale, dalla giurisprudenza costituzionale ed amministrativa²⁹ ed approfonditi in sede dottrinale³⁰.

I più recenti sviluppi giurisprudenziali in ordine alle nozioni di "controllo analogo" ed "attività prevalente" denotano un approccio "funzionale" in luogo del precedente approccio "dominicale" nella ricostruzione della *governance* pubblica.

Nel caso Coditel³¹, viene ritenuto, infatti, conforme agli artt. 43 e 49 del Trattato CE l'esercizio congiunto del controllo analogo da parte di una pluralità di enti locali all'interno di una cooperativa intercomunale attraverso l'esercizio di poteri deliberativi di maggioranza, a condizione che il controllo da parte di ognuno degli enti sia effettivo ed il peso decisionale della maggioranza superi quello dei singoli soci. Tale orientamento viene recepito dal Consiglio di Stato nella sentenza 29 dicembre 2009, n. 8970, nella quale si ammette chiaramente la possibilità di esercizio "frazionato" del controllo analogo a condizione che ognuno degli enti locali associati sia in grado di indirizzare l'attività sociale con poteri pubblicistici o di derivazione civilistica, senza richiedere in capo ai soci la sussistenza del controllo individuale di cui all'art. 2359 c.c.³².

(29) Nella giurisprudenza costituzionale si vedano, *ex pluribus*: Corte cost., 4 maggio 2009, n. 148 in www.giurcost.org; *ivi*, altresì, Corte cost., 1° agosto 2008, n. 326; Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 439.

(30) La letteratura in materia di società *in house* è ampia. Si richiamano a tale proposito: D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003; G. BASSI, *Le determinanti del controllo analogo "in forma collettiva" nell'istituto dell'in house providing*, in *Riv. trim. appalti*, 2009, p. 407; S. DELIA, *In house e servizi pubblici locali: breve storia della capitolazione di un modello*, in www.giustamm.it, n. 7, 2009; G. GUZZO, *La nuova disciplina degli affidamenti in house e delle società miste alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale nazionale e comunitaria più recente e dell'articolo 23-bis del d.l. n. 112/2008, convertito, con modifiche, nella legge n. 133 del 6 agosto 2008*, in www.giustizia-amministrativa.it.

(31) Corte di Giustizia, 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel*, cit.

(32) Consiglio di Stato, sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8970, in www.dirittodeiservizi-pubblici.it; Consiglio di Stato, sez. V, 9 marzo 2009, n. 1365; Consiglio di Stato, sez. V, 30 aprile 2009, n. 2765; Consiglio di Stato, sez. V, 28 settembre 2009, n. 5808, in www.giustizia-amministrativa.it.

Nel caso *Set.Co.*³³ la Corte di Giustizia, rivisitando parzialmente il corollario Teckal del capitale pubblico totalitario, configura il controllo analogo nell'ipotesi in cui lo statuto societario contempra la possibilità di ingresso di capitali privati, rilevando che, in assenza di elementi concreti in ordine all'apertura del capitale societario ad investitori privati, non si possa escludere la sussistenza del controllo analogo.

Per quanto riguarda la condizione dell'attività prevalente, essa viene intesa come svolgimento della parte più importante dell'attività della società *in house* a beneficio degli enti locali controllanti e limitatamente al loro territorio.

Sotto il profilo soggettivo, il requisito della "prevalenza" è stato interpretato estensivamente, ricomprendendovi non soltanto l'attività espletata per conto del soggetto affidatario ma anche quella rivolta a favore della collettività.

Nel caso *Carbotermo*, la Corte di Giustizia ha giudicato indifferente a tal fine il dato che il destinatario dell'attività posta in essere dal gestore del servizio sia la stessa amministrazione o l'utente.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 439 del 23 dicembre 2008, ha chiarito che la destinazione delle prestazioni a favore dell'utenza non rappresenta un ostacolo alla riconduzione dell'attività all'autorità pubblica³⁴.

Dal punto di vista oggettivo, la condizione di prevalenza viene ritenuta soddisfatta quando l'affidatario non fornisce i servizi a soggetti diversi dall'ente affidante ed al di fuori della competenza territoriale di quest'ultimo, ovvero ciò avvenga in misura qualitativamente e quantitativamente irrisoria rispetto alle strategie aziendali.

Così ricostruiti i più recenti principi interpretativi affermati in ordine ai moduli organizzatori società mista pubblico-privata ed *in house providing*, vanno analizzati i principali effetti derivanti dall'abrogazione dell'art. 23-*bis* del d.l. 112/2008 e dall'applicazione dell'art. 4

(33) Corte di Giustizia CE, sez. III, 10 settembre 2009, n. C-573/07, *Set.Co.*, cit.

(34) Corte di Giustizia CE, 11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo*, cit.; Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 439, in www.giurcost.org. In dottrina: G. PIPERATA, *Modelli societari e compiti pubblici: un connubio all'insegna dell'incertezza*, nota a Consiglio di Stato, ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1, cit.

della legge 148/2011 nei settori del servizio idrico e della gestione dei rifiuti.

La tematica appare di non poco momento, anche alla luce del fatto che la legge 26 marzo 2010, n. 42, all'art. 1, comma 1-*quinquies*, nell'apportare modifiche alla legge finanziaria per il 2010 – legge 191/2009 – prevede, infatti, entro un anno dall'entrata in vigore di quest'ultima, la soppressione delle Autorità d'ambito di cui agli artt. 148 e 202 del d.lgs. 152/2006 e s.m.i., rimettendo ai legislatori regionali il potere di attribuire le funzioni esercitate da tali soggetti, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. Per ragioni di completezza, si precisa che la tematica verrà trattata eminentemente con riguardo alla modalità di affidamento dei servizi, senza affrontare le problematiche, sia pur di primario rilievo, connesse alla regolazione, scaturenti, in particolare, dalla istituzione ad opera dell'art. 10, comma 11, del d.l. 70/2011, convertito in legge 106/2011, dell'Autorità di vigilanza per le risorse idriche e dalla declinazione delle competenze ad essa assegnate dalla norma, in sostituzione del Co.Vi.Ri. (Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche).

2.1. L'affidamento del servizio idrico integrato e la determinazione delle tariffe

In relazione al settore idrico, tra i principali problemi che si pongono nel contesto normativo attuale, vi sono senz'altro la tematica dell'affidamento del servizio idrico integrato e la determinazione delle tariffe³⁵.

Sotto il primo profilo, va osservato che la tematica delle forme di gestione del servizio idrico integrato risulta investita da un ampio dibattito in sede interpretativa già nel vigore della disposizione di cui

(35) Per un inquadramento della problematica, in relazione agli effetti della consultazione referendaria del 12 e 13 giugno 2011 sul servizio idrico integrato, V. AVALTRONI, *L'assetto della disciplina del Su dopo il referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011. Note d'approfondimento*, in www.dirittodeiservizipubblici.it. Anteriormente, si vedano: A. VIGNERI, *La riforma dei servizi pubblici locali; valutazione e prospettive*, p. 56, in www.astrid-online.it; Federutility-Confservizi, *Rafforzare le funzioni pubbliche in una nuova regolazione per il settore idrico; il quadro comunitario e nazionale*, Seminario di studio, Roma 22 aprile 2010.

all'art. 113, comma 5, del d.lgs. 267/2000, come modificato dall'art. 14 del d.l. 269/2003, convertito in legge 326/2003.

Mentre, infatti, il profilo dell'organizzazione del servizio secondo il modello c.d. "integrato" ed in base ad ambiti territoriali ottimali è disciplinato dalla legge Galli (legge 36/1994), successivamente trasfusa nell'art. 150 del d.lgs. 152/2006 e s.m.i., le forme di gestione, in base al citato art. 113, comma 5, consistevano nell'affidamento a società di capitali a mezzo di procedura ad evidenza pubblica, nell'affidamento a società mista pubblico-privata e nella gestione secondo il modello *in house providing*.

In ordine all'utilizzo dei modelli organizzativi a gestione diretta e semi-diretta per il servizio in questione, il Ministero dell'ambiente, con due note circolari del 2004, si esprimeva già in chiave restrittiva, affermando il carattere residuale della formula *in house* e, in relazione alla società mista, puntualizzava la necessità del previo espletamento di procedure ad evidenza pubblica per la selezione del socio privato e la sua natura di "socio operativo"³⁶.

Successivamente, il d.lgs. 152/2006, nel disposto dell'art. 150, comma 2, mediante il richiamo espresso al solo art. 113, comma 7, del TUEL, ha inteso applicare all'affidamento del servizio in questione unicamente le procedure di selezione ad evidenza pubblica, espungendo così la possibilità di affidamento *in house*.

Tuttavia, la perdurante diffusione nella prassi di tale formula organizzativa viene chiaramente rilevata dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici nelle deliberazioni n. 16 del 7 maggio 2008 e n. 16 del 24 marzo 2010, nelle quali si richiama l'attenzione sull'eccezionalità di tale modello gestorio³⁷.

(36) Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio, Circolari recanti "Affidamento *in house* del servizio idrico integrato" e "Affidamento del servizio idrico integrato a società a capitale misto pubblico-privato", entrambe del 6 dicembre 2004, in G.U. 13 dicembre 2004, n. 291.

(37) Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, Deliberazione n. 16 del 7 maggio 2008, avente ad oggetto *Avvio di procedimento volto ad accertare l'eventuale inosservanza della normativa per l'affidamento del servizio idrico integrato* e Deliberazione n. 16 del 24 marzo 2010, avente ad oggetto *Procedimento volto ad accertare l'osservanza della normativa per l'affidamento del servizio idrico integrato*, entrambe reperibili in www.aulis.it.

In tale contesto regolatorio ed interpretativo, la riforma attuata col c.d. “decreto Ronchi”, nel testo dell’art. 23-*bis* modificato dall’art. 15, comma 1-*ter*, del d.l. 135/2009, come convertito in legge 166/2009, con prevalenza rispetto alle discipline di settore, mantiene ferme per l’affidamento del servizio idrico integrato “l’autonomia gestionale del soggetto gestore, la piena ed esclusiva proprietà delle risorse idriche nonché la spettanza esclusiva alle istituzioni pubbliche del governo delle risorse stesse”.

Inoltre, il d.P.R. 168/2010, all’art. 12, abroga l’art. 150, comma 2, del d.lgs. 152/2006 e s.m.i., nella parte in cui prevede l’affidamento del servizio a mezzo di gara, attraverso il richiamo all’art. 113, comma 7, del TUEL.

In sostanza, il sistema di affidamento del SII delineato dal decreto Ronchi è incentrato su una generale attenuazione della regola dell’eccezionalità del ricorso all’*in house providing*, basata su una presunzione di legittimità che viene collegata alla sussistenza delle seguenti condizioni:

- a) chiusura in utile del bilancio di esercizio;
- b) reinvestimento nel servizio di almeno l’80% degli utili;
- c) applicazione di una tariffa media inferiore alla media di settore.

Tanto premesso, a fronte della consultazione referendaria e della rilevata “non reviviscenza” della normativa abrogata dal d.P.R. 168/2010, in conformità ai principi enunciati della Corte costituzionale nella sentenza 24/2011, si pone il problema di comprendere quali principi debbano presiedere l’affidamento del servizio in oggetto.

In primo luogo, la Corte costituzionale, nella pronuncia del 15 giugno 2011, n. 187, ribadisce la rilevanza economica del SII e ritiene affetta da vizio di legittimità costituzionale la difforme qualificazione giuridica contenuta nell’art. 40, comma 2, della legge regionale Marche 16/2010³⁸.

Ciò posto, la scelta in ordine alle forme di gestione del servizio idrico integrato viene rimessa all’ente locale affidante, come espressamente

autoritalavoripubblici.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/Delibera-
zioni.

(38) Corte cost., 15 giugno 2011, n. 187, in www.giurcost.org.

affermato nella richiamata nota interpretativa dell'ANCI all'indomani della consultazione referendaria³⁹.

Tale scelta, come statuito dalla Corte costituzionale nella sentenza 24/2011, va comunque ricondotta al quadro regolativo comunitario inerente la gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica.

Pertanto, pur essendovi, in sede di affidamento del servizio idrico integrato, una sostanziale equiparazione delle possibilità di ricorrere sia a moduli organizzativi basati sull'espletamento di procedure ad evidenza pubblica – affidamento a società di capitali ed a società miste – che al modello gestionale *in house providing*, la decisione da parte dell'ente locale va accompagnata da un'adequata ed approfondita motivazione in ordine al rigoroso rispetto dei parametri comunitari.

In tal senso, possono soccorrere, seppur maturati in diverso contesto regolatorio, i principi enunciati nelle richiamate circolari del Ministero dell'ambiente del 6 dicembre 2004.

In relazione all'affidamento a società mista del SII, sembra potersi affermare che vadano comunque rispettati i criteri della selezione del socio privato a mezzo di gara ad evidenza pubblica a doppio oggetto e della sussistenza in capo ad esso di requisiti tecnico-gestionali, in aggiunta a quelli finanziari.

Tanto si desume dai principi enunciati a livello comunitario.

A tale proposito, si richiama la pronuncia della Corte di Giustizia del 15 ottobre 2009, C-196/08, in cui la legittimità dell'affidamento del servizio idrico integrato ad una società a capitale misto pubblico-privato viene subordinata alla condizione che “la società venga costituita specificamente al fine di fornire e gestire il servizio idrico integrato, e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato per le concessioni”.

(39) ANCI, nota interpretativa del 14 giugno 2011, citata alla nota 9.

Diversamente, a fronte dell'abrogazione parziale dell'art. 154 del d.lgs. 152/2006 e della caducazione del comma relativo alla "adeguata remunerazione del capitale investito", si pone il problema della determinazione delle tariffe per il servizio idrico integrato e della regolamentazione delle gestioni esistenti, entrambi aspetti di assoluto rilievo pratico.

In primo luogo, si precisa che la tariffa del servizio in questione è definita, allo stato attuale, oltre che in base ai principi della copertura integrale dei costi di investimento e "chi inquina paga" desumibili dall'art. 154 del codice ambientale, in ottemperanza al "metodo normalizzato per definire le componenti di costo e determinare la tariffa di riferimento" di cui al decreto ministeriale 1° agosto 1996.

In base alla disposizione contenuta nell'art. 10, comma 14, lett. d), del decreto legge 70/2011, convertito, con modificazioni, in legge 12 luglio 2011, n. 106, istitutivo della Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua, sostitutiva del Co.Vi.Ri., a tale nuovo organismo spetta il compito di predisporre il nuovo metodo tariffario, in conformità ai principi comunitari ed alla luce dell'esito referendario.

Nelle more di adeguamento alla norma ed adozione del nuovo metodo tariffario, è stato avanzato un orientamento interpretativo favorevole all'applicazione all'utenza delle tariffe approvate ai sensi del "metodo normalizzato" di cui al d.m. 1° agosto 1996, tuttora in vigore ai sensi dell'art. 170 comma 3, lett. d), del d.lgs. 152/2006, che appare già recepito da parte di alcune Autorità d'ambito⁴⁰.

2.2. Spunti problematici in relazione all'affidamento del servizio gestione dei rifiuti

A differenza di quanto osservato in relazione al servizio idrico integrato, il servizio gestione rifiuti non viene escluso dall'ambito applicativo dell'art. 4 della legge 148/2011.

(40) Associazione nazionale degli enti e delle Autorità d'ambito, ANEA, Circolare del 20 giugno 2011, avente ad oggetto *Nota sugli effetti dei referendum abrogativi del 12 e 13 giugno 2011 sull'organizzazione del servizio idrico integrato*, in www.anea.it; in relazione all'applicazione del metodo normalizzato, in base al d.m. 1° agosto 1996, ai rapporti in corso, si veda, in via esemplificativa: Deliberazione n. 5 del 25 luglio 2011 dell'AtO n. 2 Toscana, in www.ato2acqua.toscana.it/newscom.

Fermi restando i rilievi già effettuati in ordine alla mancata affermazione dell'espressa prevalenza della disciplina attuale rispetto alle normative di settore incompatibili, la mancata reviviscenza della disciplina di cui all'art. 202, comma 2, del d.lgs. 152/2006 e s.m.i., anch'esso abrogato dall'art. 12 del d.P.R. 168/2010 e, travolto dunque dall'esito referendario, pone il problema di stabilire quali siano i principi e le norme che presidono l'affidamento del servizio di gestione dei rifiuti. Qualora si affermasse l'applicabilità dell'art. 4 della legge 148/2011 a tale settore, le forme di gestione ammissibili sarebbero:

- l'affidamento a società in qualsiasi forma costituite a mezzo di gara nel rispetto dei principi comunitari e nazionali in materia di contratti pubblici;
- l'affidamento a società miste pubblico-private con obbligo di conferimento del 40% delle quote al soggetto privato, avente natura di socio operativo lungo tutta la durata dell'affidamento;
- l'affidamento diretto a società *in house* costituite nel rispetto dei dettami comunitari in materia di controllo analogo ed attività prevalente e per servizi di importo pari od inferiore ad euro 900.000,00.

Con riferimento al settore indagato, l'applicazione di un sistema regolatorio siffatto che, sostanzialmente, equipara le forme di gestione a mezzo di gara all'affidamento diretto *in house*, con l'unico correttivo della soglia economica, appare forse ancor più problematica di quanto messo in luce a livello generale dall'AGCM nella richiamata segnalazione del 26 agosto 2011, poiché i principi informatori espressi nel codice ambientale – cristallizzati nell'art. 202 – apparivano più avanzati sotto il profilo della tutela della concorrenza.

Già in passato, infatti, nel parere n. 3838 del 5 novembre 2007, in ordine al terzo correttivo al codice dell'ambiente⁴¹, il Consiglio di Sta-

(41) D.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4, in G.U. 29 gennaio 2008, n. 24 su cui si veda: Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, ad. plen. del 5 novembre 2007, n. 3838, in www.giustizia-amministrativa.it, punto 29, ove si dice: "Il ripristino del sistema *in house* non è in linea con il diritto comunitario, secondo cui, laddove vi è un mercato contendibile in cui gli operatori privati sono in grado di assicurare il servizio pubblico, la riserva del servizio pubblico all'amministrazione mediante gestione diretta o *in house* non è giustificabile. Il sistema *in house* deve essere pertanto considerato eccezionale, consentito laddove vi sono oggettive esigenze di svolgimento di un servizio pubblico in regime di privata [...]".

to si è espresso negativamente in ordine al tentativo di reintrodurre sistemi alternativi di affidamento rispetto alla modalità concorrenziale del servizio di gestione dei rifiuti statuendo che “la modifica mediante rinvio generalizzato all’art. 113 TUEL, consente anche, in luogo della gara, l’utilizzo del sistema *in house* che invece il decreto legislativo 152 aveva inteso, in questo settore, eliminare”.

Più di recente, il rilievo degli interessi concorrenziali nel settore della gestione dei rifiuti è stato evidenziato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 314 del 4 dicembre 2009 relativa alla legge regionale campana in materia di gestione dei rifiuti, ove si afferma l’inderogabilità dell’art. 202, comma 1, del d.lgs. 152/2006 nella parte in cui prevede il tassativo espletamento di procedure ad evidenza pubblica da parte dell’Autorità d’ambito, attribuendo a tale norma “la finalità di disciplinare le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali a tutela della concorrenza”.

Viene così sancita l’illegittimità costituzionale di disposizioni regionali restrittive dell’ambito applicativo di regole concorrenziali “dirette a consentire la piena esplicazione del mercato nel settore degli appalti pubblici nei confronti di tutti gli operatori economici”⁴².

Inoltre, già a fronte della riforma operata col decreto Ronchi, erano stati espressi dubbi in ordine all’applicazione della disciplina in esso contenuta al settore della gestione dei rifiuti, proprio in relazione alla possibilità di reintroduzione dell’affidamento diretto *in house*, sia pure a condizioni particolarmente restrittive⁴³.

Dall’esame dei pareri resi dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato ai sensi dell’art. 23-*bis*, comma 3, della legge 133/2008 e s.m.i., pur non evincendosi elementi in ordine ad una inapplicabilità

(42) Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 314, in www.giurcost.org.

(43) Sul punto, si veda Confindustria, audizione parlamentare sul d.l. n. 135/2009, art. 15, nella parte in cui si dice: “Con riferimento al settore dei rifiuti, si pone il problema del mancato coordinamento con la legislazione specifica, che presenta contenuti più avanzati sotto il profilo dell’apertura del mercato e dell’organizzazione integrata del servizio. Nella gestione dei rifiuti, infatti, ai sensi della legislazione di settore, gli affidamenti dovrebbero avvenire previa definizione degli ATO (Ambiti territoriali ottimali) e a seguito di procedura di gara; con la nuova disciplina si reintroduce invece l’affidamento diretto, sia pure con condizioni restrittive”.

assoluta della modalità derogatoria *in house*, si rileva la pressoché totale assenza di pareri favorevoli, dovuta alla mancata dimostrazione delle condizioni sostanziali normativamente previste⁴⁴, benché nel pensiero giurisprudenziale vi siano state lievi aperture in ordine all'ammissibilità della modalità di affidamento c.d. "in deroga"⁴⁵.

Così ricostruito il contesto interpretativo previgente sull'affidamento del servizio gestione dei rifiuti, dovrà essere prestata una particolare attenzione ad esso in sede applicativa, circoscrivendo comunque le possibilità di ricorso alla modalità di affidamento diretto *in house providing*, anche alla luce delle criticità che connotano tale settore⁴⁶.

3. Il valore dell'autonomia degli enti locali nella scelta dei modelli di gestione dei servizi pubblici locali

Sullo sfondo dell'evoluzione della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, di cui si è tentato di dare conto nel presente scritto, si staglia la tematica più ampia dell'autonomia degli enti locali nell'esercizio della scelta dei modelli gestori e dei limiti che ad essa può imporre la fonte normativa.

Tale profilo d'indagine investe, a livello costituzionale, il rapporto tra la sfera di autonomia organizzativa riconosciuta in capo all'ente locale *ex artt. 5, 114 e 118 Cost.*, e la tutela della concorrenza che, *ex art. 117, comma 1, Cost.* fonda l'esercizio della potestà legislativa statale e regionale.

Infatti, già nel vigore dell'originaria disciplina delle modalità di affidamento dei servizi pubblici espressa nell'art. 22 della legge 142/1990, la giurisprudenza amministrativa aveva avuto modo di pronunciarsi in

(44) I pareri resi dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai sensi dell'art. 23-bis, comma 3, della legge 133/2008 e s.m.i., in relazione ai servizi afferenti la gestione dei rifiuti, quasi tutti di segno negativo, sono reperibili in www.agcm.it.

(45) TAR Veneto, sez. I, 2 febbraio 2009, n. 236 e 8 febbraio 2010, n. 336, in www.giustizia-amministrativa.it.

(46) Si richiama l'attenzione ai dati riportati ed alle problematiche evidenziate in relazione all'affidamento dei servizio legati al ciclo di gestione dei rifiuti, riportati nella deliberazione 53/2009 dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, in www.autoritalavoripubblici.it.

merito, ritenendo che “la tutela comunitaria del mercato non interferisce sino a disconoscere ai singoli apparati istituzionali ogni margine di autonomia organizzativa nell'approntare la produzione e l'offerta dei servizi e delle prestazioni di rispettiva competenza”⁴⁷.

Anteriormente all'enunciazione comunitaria del principio di autorganizzazione delle autorità pubbliche, la giurisprudenza interna riteneva già che l'organizzazione autonoma delle stesse rappresentasse un modello distinto ed alternativo rispetto al mercato.

Invero, il principio affermato ha radici più profonde nel pensiero di autorevoli studiosi del diritto amministrativo che, sin dagli inizi del Novecento, insegnavano che la disciplina delle forme di erogazione e gestione dei servizi pubblici locali vede nella legge statale uno strumento deputato a dettare le linee-guida della materia, lasciando libere le singole amministrazioni locali di scegliere le specifiche forme di gestione, *secondo le concrete condizioni nelle quali dovrebbero svolgersi i servizi che possono esserne oggetto*⁴⁸.

I successivi sviluppi normativi e, in particolare, i più recenti interventi che hanno investito la materia dei servizi pubblici locali sembrano ispirati, alternativamente, all'estensione ovvero alla compressione dell'autonomia organizzativa degli enti locali⁴⁹.

L'apparato regolatorio delineato dal previgente art. 113 del TUEL, come modificato dall'art. 14 del d.l. 269/2003, convertito nella legge 326/2003, sia pure predeterminando a monte le forme di gestione, era incentrato sulla sostanziale equiordinazione ed alternatività dei modelli organizzativi previsti, tra cui l'*in house providing*⁵⁰.

(47) Consiglio di Stato, sez. V, 23 aprile 1998, n. 477 in www.giustizia-amministrativa.it.

(48) U. BORSI, *Le funzioni del Comune italiano*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, II, pt. II, Milano, 1915, pp. 281-286.

(49) G. ROSSI, *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, cit., ove si afferma, in relazione ai recenti interventi normativi: “L'autonomia degli enti locali non è stata mai tanto enfatizzata quanto contemporaneamente compressa”.

(50) Sul punto, si veda A. VIGNERI, *I servizi pubblici locali dopo l'art. 15 del d.l. n. 135/2009*, in www.astrid-online.it, nota 4, ove si afferma: “La possibilità di scelta garantita agli enti locali fra tre modalità alternative (la gestione *in house*, l'affidamento diretto con gara ad un imprenditore terzo o ad una società mista), accompagnata da un

Sul punto, la Corte costituzionale, nella pronuncia 272/2004, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 113, comma 7, secondo e terzo periodo, ha statuito che, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. e), la fissazione dei principi fondamentali nella materia dei pubblici servizi di rilievo economico rientra nella competenza legislativa esclusiva dello Stato in quanto ascrivibile alla materia inerente alla tutela della concorrenza, pur ponendo dei limiti all'esercizio "espansivo" della potestà legislativa statutale, che non può tradursi in una eccessiva compressione dell'autonomia regionale e locale in materia di disciplina dei servizi pubblici locali.

Diversamente, la riforma attuata dal decreto Ronchi, attraverso l'indicazione tassativa delle forme di gestione dei servizi pubblici locali e riconduzione del modulo organizzativo *in house providing* ad un ambito derogatorio, preclude all'ente locale ogni determinazione in ordine alla scelta di rivolgersi al mercato o gestire in proprio il servizio. Come già osservato, nella pronuncia 325/2010, tale norma è stata giudicata comunque compatibile con il quadro costituzionale reso negli artt. 117, comma 1, 114 e 118 Cost., ascrivendo la disciplina amministrativa delle modalità di organizzazione e gestione dei spl alla materia della tutela della concorrenza, in linea con gli orientamenti precedenti, e ritenendo che il diritto comunitario non vieti agli stati membri di porre condizioni più restrittive all'affidamento diretto dei servizi pubblici rispetto ai canoni comunitari⁵¹.

In tale scenario interpretativo, la consultazione referendaria del 12 e 13 giugno 2011 ed il successivo intervento normativo avutosi con la legge 148/2011 hanno rimesso in discussione i principi in precedenza affermati.

A fronte dell'abrogazione referendaria dell'art. 23-*bis*, sembra riespandersi l'autonomia organizzativa degli enti locali nelle scelte dei modelli di gestione.

sufficientemente rigoroso regime delle società *in house*, escluse dal mercato, appariva la più coerente con l'orientamento delle forze politiche prevalenti, restie a togliere agli enti locali la possibilità di una gestione diretta dei servizi pubblici, come da tradizione".

(51) Corte cost., sentenza 17 novembre 2010, n. 325, in www.giurcost.org, in particolare punti 11.2.2. e 12.3.16.

Non a caso, in sede istituzionale, si è invocato il concetto di “libertà responsabile” per descrivere l’ampiezza della sfera discrezionale rimessa agli enti locali⁵².

Il successivo intervento normativo è intervenuto, invece, a tipizzare nuovamente i moduli organizzativi cui ricorrere nell’erogazione dei servizi pubblici di rilievo economico, pur ampliando le possibilità di ricorso al modello della delegazione interorganica.

Fermi restando i rilievi già effettuati circa i possibili profili di illegittimità costituzionale della scelta effettuata dal legislatore, per l’interprete si pone il dubbio se, a fronte della disciplina introdotta dall’art. 4 della legge 148/2011, residuino spazi di autonomia per gli enti locali in ordine all’utilizzo di forme di gestione “non codificate”.

Si pensi, ad esempio, alla gestione in economia, il cui legittimo utilizzo in relazione a servizi di scarso rilievo economico è stato di recente ribadito dal giudice amministrativo, che richiama con decisione il concetto di autonomia organizzativa dell’ente locale.

In tale ottica, possono altresì venire in considerazione soluzioni organizzative che prendono nome di *Non profit utilities* (NPU)⁵³.

Pur non potendosi fornire, in questa sede, una risposta esaustiva a tale interrogativo, è utile rammentare che la giurisprudenza comunitaria ritiene legittime forme di cooperazione tra enti locali per l’esercizio di pubblici servizi nell’ambito del concetto di “potestà autorganizzatoria”, come di recente ammesso dalla Corte di Giustizia⁵⁴.

Con ciò, il diritto comunitario sembra avallare un’interpretazione am-

(52) ANCI, nota interpretativa del 14 giugno 2011, citata alla nota 9.

(53) Per il cui inquadramento ed analisi delle possibilità di utilizzo nell’ordinamento nazionale, si rinvia a C. IAIONE, *L'alba del giorno dopo nei servizi pubblici locali. Nei servizi pubblici locali ripartiamo dalla sussidiarietà orizzontale*, in *Labsus*, giugno 2011.

(54) Corte di Giustizia CE, Grande Sezione, 9 giugno 2009, C-480/06, in *Urbanistica e Appalti*, n. 10, 2009, p. 1176, punti 44-45-47, ove si dice che: “La Corte ha ricordato che un’autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e che può farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche”; “il diritto comunitario non impone in alcun modo alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico”.

pia ed estensiva dell'autonomia organizzativa spettante agli enti territoriali nella gestione dei servizi a rilevanza economica e della libertà di scelta in ordine alle forme di gestione cui ricorrere nell'affidamento dei servizi pubblici.

Tanto sembra potersi affermare anche sulla base della richiamata sentenza Coditel nella quale viene riconosciuto che "Un'autorità pubblica ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici, e di altro tipo, senza essere obbligata a fare ricorso ad entità esterne, non appartenenti ai propri servizi".

Sotto questo angolo visuale, la normativa di recente entrata in vigore può ingenerare dubbi di compatibilità con il quadro regolativo di ascendenza comunitaria.

L'intervento pubblico nell'economia delle Regioni e degli enti locali tra aiuti di Stato e tutela della concorrenza (*)

Francesco Bilancia e Andrea Filippini

Abstract

Il contributo affronta, a partire dalla ricostruzione del significativo ciclo di riforme avviate negli anni novanta, il tema dell'intervento pubblico nell'economia da parte delle Regioni e degli enti locali. In particolare, l'attenzione si concentra sugli strumenti di cui, pur nel contesto del nuovo regime di compatibilità finanziaria imposto dall'Unione economica e monetaria (c.d. patto di stabilità interno), le autonomie locali dispongono per incidere effettivamente su sviluppo economico ed attività produttive, territorio, ambiente ed infrastrutture, servizi alla persona ed alla comunità, ruolo delle società miste locali. Una parte finale dell'analisi è infine dedicata alla tematica dei limiti comunitari dell'intervento pubblico nell'economia, con specifico riferimento alle deroghe alla disciplina comunitaria degli aiuti di Stato, a sostegno dello sviluppo delle piccole e medie imprese.

1. Prospettive dell'indagine

Nel linguaggio politico contemporaneo e nella conseguente vulgata giornalistica è sempre più frequente il rinvio allusivo alla questione della c.d. "competitività dei territori"¹, con riferimento alla capacità del sistema istituzionale pubblico e privato e delle reti di infrastrutture

(*) Il saggio è frutto di una riflessione comune condotta su un progetto di ricerca elaborato e discusso congiuntamente dai due autori, mentre la stesura è l'esito di una divisione dei compiti. A Francesco Bilancia vanno imputati i parr. 1, 1.1, 2, 3, 3.1, 3.2 e 3.3, mentre ad Andrea Filippini i parr. 3.4 e 4.

(1) Così, ancora, di recente M. CAMMELLI, *Istituzioni pubbliche e sviluppo economico locale*, in questa *Rivista*, n. 2, 2009, p. 213 ss., spec. p. 217 ss., 224 ss.; nonché C. BARBATI, *Territori e interessi economici: le "politiche dei luoghi" per lo sviluppo locale*, *ivi*, p. 243 ss., 257 ss. con riferimento critico altresì al connesso rischio di nuovi protezionismi localistici.

presenti, oltre alla qualità delle vie di comunicazione per l'accesso ai mercati, di attrarre investimenti e imprese, creando occupazione e sviluppo economico. A monte della reale consistenza degli strumenti e dei servizi funzionali a tale disegno potrebbe allora discutersi, in tale prospettiva, degli istituti giuridici su cui fondare un'ipotesi ricostruttiva di autonome categorie relative all'*intervento nell'economia degli enti locali*², in un'ottica di ridefinizione del contesto teorico per una seria analisi dei rapporti tra *territorio e mercati globali*³. Gli sviluppi di queste tematiche hanno cominciato ad assumere rilievo, come è noto, a far data dalle riforme avviate con le leggi 59 e 127/1997, sulla linea evolutiva tracciata dai radicali processi di riforma dell'intervento pubblico nell'economia avviati agli inizi degli anni novanta del secolo scorso. Questa breve riflessione ha, dunque, lo scopo di proporre una ricognizione degli strumenti normativi atti a definire il possibile ruolo delle Regioni e degli enti locali nella gestione degli interventi di promozione e sostegno dello sviluppo economico, in funzione dei processi di "internazionalizzazione del proprio territorio", per via di

(2) In qualche modo ci si porrà in linea di continuità con gli interessanti esiti delle riflessioni già raccolte nel citato fascicolo di questa *Rivista*, n. 2/2009 in cui furono pubblicati gli atti del convegno su "Poteri pubblici e sviluppo economico locale" svoltosi a Udine il 14 novembre 2008. Una sintesi completa, anche se non aggiornata alle ultime novità legislative, dei luoghi relativi al ruolo degli enti regionali e locali nell'intervento pubblico nell'economia era contenuta già in G. DI PLINIO, *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1998, spec. p. 407 ss., 588 ss. Più di recente, si consultino utilmente: E. CARDI, *Mercati ed Istituzioni in Italia*, Torino, 2005, segnatamente il cap. IV, par. 3 (*I servizi pubblici locali*); R. CAPUNZO, *Argomenti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2005, in particolare i capp. IV, V e VI, rispettivamente dedicati a *La programmazione ed il decentramento regionale, L'attuazione della programmazione. Evoluzione storica in materia statale e regionale, Il rapporto tra programmazione statale e regionale* ed infine A. CARULLO, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Roma, 2005, in special modo la parte V, concernente *L'offerta pubblica. I beni. I servizi pubblici*. Per un inquadramento generale delle problematiche oggetto della presente indagine, cfr. altresì S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bologna, 2004.

(3) Nella prospettiva che mi sembra fatta propria da C. PINELLI, *Mercati, amministrazioni e autonomie territoriali. Dilemmi e proposte per un impianto costituzionale*, in ID., *Mercati, amministrazioni e autonomie territoriali*, Torino, 1999, p. 251 ss., spec. p. 281 ss. Assai stimolante, sullo stravolgimento di "tradizionali certezze di rango costituzionale", anche la bella riflessione di F. MERUSI, *Le leggi del mercato: innovazione comunitaria ed autarchia nazionale*, Bologna, 2002, in particolare per la parte dedicata a *Verso lo Stato Europa e La nuova disciplina dei servizi pubblici*.

attrazione di nuovi investimenti esteri e di incentivazione all'insediamento di nuove realtà imprenditoriali. A questo riguardo si proverà a procedere, da un lato, alla ricognizione delle competenze, dei mezzi (pubblici e privati), e delle concrete possibilità a disposizione delle Regioni e degli enti locali allo scopo di governare gli sviluppi dell'economia del territorio per favorire la realizzazione di nuovi insediamenti; e dall'altro ad un'analisi di compatibilità di tali *nuove forme di intervento pubblico nell'economia* con il quadro normativo comunitario di riferimento, soprattutto in relazione allo sviluppo economico ed alla tutela della concorrenza.

In tale contesto avrebbe avuto un senso soffermarsi altresì, per quanto sinora effettivamente possibile, sul processo di riforma avviato con l'approvazione della legge 42/2009 "Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione", in origine destinato ad incidere in maniera profonda sull'odierno assetto della fiscalità locale e, conseguentemente, sulla concreta definizione del ruolo, delle funzioni e delle responsabilità delle Autonomie Locali nell'ordinamento della Repubblica⁴. Tale complesso intervento normativo mirava, nelle intenzioni del governo, ad attuare, almeno nominalmente – e conformemente al disposto del novellato art. 119 della Costituzione⁵ – il passaggio da una finanza regionale e locale

(4) Per una riflessione di sistema si rinvia, almeno, ad A. D'ATENA, *A proposito di "taxation" e "representation". Finanza regionale e "federalismo fiscale" nel nuovo art. 119*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, II, Napoli, 2011, p. 1181 ss.

(5) Sulle prospettive di attuazione dell'art. 119 Cost., con riferimento anche alle complessità indotte dal contesto europeo, cfr., tra gli altri, già F. BASSANINI, G. MACCIOTTA, *Il federalismo fiscale tra autonomia e convergenza europea: una proposta*, in ID., *Il federalismo fiscale. L'attuazione del federalismo fiscale. Una proposta*, Bologna, 2003, p. 25; A. ZANARDI (a cura di), *Per lo sviluppo. Un federalismo fiscale responsabile e solidale*, Bologna, 2006. Del resto, la stessa Corte costituzionale aveva a più riprese richiamato l'esigenza di una "doverosa e prioritaria" implementazione dell'art. 119 Cost. (ad es., nella nota sent. 37/2004, in *Giur. cost.*, 1, 2004, p. 517 ss., con i commenti di A. MORRONE, *Principi di coordinamento e "qualità" della potestà tributaria di Regioni ed enti locali*, *ivi*, p. 541 ss., e di G. BIZIOLI, *I principi statali di coordinamento condizionano l'efficacia della potestà tributaria regionale. La Corte costituzionale aggiunge un altro elemento alla definizione del nuovo "federalismo fiscale"*, *ivi*, p. 550 ss.; si veda, altresì, M. BARBERO, *Dalla Corte costituzionale un vademecum per l'attuazione dell'art. 119 della Costituzione*, in www.federalismi.it, 2004; e ancora nella più recente sent. 193/2007).

di carattere essenzialmente *derivato* ad una sistema connotato dai caratteri dell'*autonomia*⁶ e della *territorialità*⁷. Non sfugge del resto la ormai diffusa consapevolezza circa la problematicità di questo snodo: dalle concrete opzioni che saranno praticate nella realizzazione del federalismo fiscale discenderanno, infatti, considerevoli conseguenze circa l'effettività della tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (*ex art. 117, comma 2, lett. m, Cost.*), e – in ultima istanza – sulla declinazione e l'effettiva portata del principio di uguaglianza dei cittadini della Repubblica⁸. Ma l'incombere della crisi economica e finanziaria in atto in una con le più recenti misure di correzione dei conti pubblici lasciano prevedere un forte rallentamento, se non addirittura una regressione, del processo di attuazione di tale importante riforma.

(6) Già C. MORTATI riteneva che "l'autonomia finanziaria delle Regioni è la pietra angolare del sistema regionale" e, più in generale, di ogni autonomia (in *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, pp. 906-907).

(7) Sul carattere necessariamente territoriale degli interventi nell'economia hanno da sempre fortemente insistito le stesse autonomie locali. Si veda, a titolo meramente esemplificativo, il documento dell'Associazione Nazionale Comuni Italiani (ANCI), *Decidere il presente progettando il futuro – II DPEF dei Comuni e delle Città Metropolitane*, in www.anci.it, giugno 2007. Il governo non pare di certo aver tenuto conto delle rischiose implicazioni derivanti dal principio di territorialità (in base al quale tutte le risorse dovrebbero essere direttamente gestite nei territori nei quali vengono prodotte) ben presenti alla letteratura straniera sull'argomento: M.L. MARLOW, *Fiscal Decentralization and Government*, in *Public Choice*, 1988, p. 259 ss.; M.V. PAULY, *Income Redistribution as a Local Public Good*, in *Journal of Public Economics*, 1973, p. 45 ss.; R.A. MUSGRAVE, *Devolution, Grants and Fiscal Competition*, in *Journal of Economic Perspectives*, 1997, p. 67 ss.; H.W. SINN, *Subsidiarity, Centralization and Fiscal Competition*, in *Scottish Journal of Political Economy*, 1994, p. 85 ss. Ma si vedano l'approccio critico e le interessanti osservazioni di cui al recente saggio di G. Nori, *Tutela della concorrenza e federalismo fiscale*, in questa *Rivista*, n. 2, 2009, p. 359 ss.

(8) R. BIFULCO, *Osservazioni sulla legge n. 42 del 2009 in materia di federalismo fiscale*, in www.astrid.eu, 2010, ha espressamente parlato di "ricadute dirette ed indirette sullo statuto della cittadinanza". Sulla profonda differenza incoerente tra la previsione di cui all'art. 117, comma 2, lett. m) e quella di cui all'art. 3 Cost., si rinvia alla riflessione critica di G. FERRARA, *Federalismo ed eguaglianza (ovvero del federalismo virtuoso e di quello perverso)* (2001), ora in Id., *L'altra riforma, nella Costituzione*, Roma, 2002, p. 149 ss.; Id., *Perché difendere la Costituzione del 1948?*, in AA.Vv., *Scelgo la Costituzione*, Roma, 2006, p. 15. Valutazioni diverse quelle di A. BRANCASI, *Uguaglianze e disegua-*

1.1. *Alcune premesse*

Nel ribadire il carattere necessariamente parziale e frammentario di questa breve ricognizione, può non apparire del tutto inutile indicare anche le direttrici lungo le quali qui, per ragioni di economia del presente lavoro, si ritiene di non poter indagare. Così, almeno in linea di massima, le questioni su cui varrebbe forse la pena di soffermarsi potrebbero essere raccolte lungo le seguenti direttrici tematiche: il potere estero delle Regioni⁹ secondo i luoghi classici degli istituti

glianze nell'assetto finanziario di una Repubblica federale, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 925 per il quale "la determinazione dei livelli delle prestazioni è rivolta a garantire l'uguaglianza mediante una disciplina unitaria in tutto il territorio nazionale" e di F. GALLO, *Il nuovo art. 119 della Costituzione e la sua attuazione*, in F. BASSANINI, G. MACCIOTTA, *L'attuazione del federalismo fiscale*, cit., p. 198, per il quale la previsione ex art. 117, comma 2, lett. m) Cost. "risponde alla (ed è anzi imposta dalla) norma fondamentale dell'art. 3 della Costituzione".

(9) Si veda, almeno, F. PALERMO, *Il potere estero delle Regioni*, Padova, 1999, spec. p. 16 ss., 108 ss., 170 ss., 210 s., oltre a R. PILIA, "Potere estero" delle Regioni e cooperazione transfrontaliera nell'Unione europea, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2000, p. 1400 ss., utile anche per la grande quantità di riferimenti bibliografici; V.E. BOCCI, *Il "potere estero" delle Regioni. Il caso dell'ufficio di collegamento della Regione Toscana*, in questa *Rivista*, 2000, p. 63 ss.; L. BADIELLO, *Ruolo e funzionamento degli uffici regionali europei a Bruxelles*, *ivi*, p. 89 ss.; M. VELLANO, *Cooperazione transeuropea e Interreg III: nuove soluzioni e alcuni problemi irrisolti*, in *Dir. com. sc. internaz.*, 2000, p. 789 ss. Più di recente, cfr. E. CANNIZZARO, *Gli effetti degli obblighi internazionali e le competenze estere di Stato e Regioni*, in questa *Rivista*, n. 1, 2002; A. D'ATENA, *L'Europa delle autonomie. Le Regioni e l'Unione europea. Contenuti, esperienze e prospettive*, Milano, 2003, *passim* ed ancora lo stesso F. PALERMO, *Titolo V e potere estero delle Regioni. I vestiti nuovi dell'imperatore*, in questa *Rivista*, n. 5, 2002; O. SPATARO, *Il potere estero delle Regioni*, Soveria Mannelli, 2007. In un ambito in parte diverso si veda, comunque, l'interessante analisi di M. DANI, *Gli strumenti di politica economica regionale e i loro limiti comunitari: il caso dei marchi collettivi territoriali*, in *Le Regioni*, 2000, p. 1057 ss., utile al fine di orientarsi nella comprensione dei problemi di compatibilità, con la normativa comunitaria a tutela del mercato aperto e delle libertà di circolazione, delle politiche locali a sostegno del commercio dei prodotti di specifica provenienza territoriale, a partire dal celebre pronunciamento della Corte di Giustizia delle Comunità europee sul caso *Eggers Sohn et Co. contro la Città di Brema* (sentenza 12 ottobre 1978, causa C-13/78). Più di recente, si veda l'esauritivo contributo predisposto dall'IRER (Istituto regionale di ricerca della Lombardia), su *I marchi territoriali pubblici in campo agro-alimentare: situazione attuale e prospettive di sviluppo*, Milano, 2005, disponibile online all'indirizzo: www.ierer.it/Rapporti, utile anche per i ricchissimi riferimenti ivi richiamati. Si veda, infine, la nota sent. 238/2004 della Corte costituzionale, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2487 ss. con un commento redazionale di F. DEL CANTO, p. 2502 ss. ricco di riferimenti utili. Ancora G. SERGES nel commento all'Art. 117, 5° comma, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Torino, 2006, p. 2274 s.

connessi ed i rinvii ad essi dedicati fin dalle c.d. leggi Bassanini; le politiche economiche pubbliche nel contesto del nuovo regime di compatibilità finanziaria imposto dall'Unione economica e monetaria: in particolare, i riflessi sulla manovra di bilancio del c.d. patto di stabilità interno; con le cautele già segnalate in apertura, il processo di attuazione del federalismo fiscale; il rapporto tra territori locali e mercati, per un'analisi degli strumenti di intervento nell'economia secondo le più o meno recenti riforme amministrative; i limiti comunitari dell'intervento pubblico nell'economia; le deroghe alla disciplina comunitaria degli aiuti di Stato, a sostegno dello sviluppo delle piccole e medie imprese.

Le compatibilità economiche e giuridiche di qualsiasi forma di intervento pubblico nell'economia sono, oramai, imprescindibili elementi condizionanti qualsiasi analisi giuridica del fenomeno, visti i processi di integrazione comunitaria dei mercati e degli stessi strumenti di governo dell'economia, nell'ottica di realizzazione dei fondamentali obiettivi di "stabilità monetaria" e di sostegno di un'"economia di mercato aperta ed in libera concorrenza". In tale prospettiva non possono non tenersi sullo sfondo, inoltre, gli imprevedibili esiti dell'attuale crisi finanziaria e dei bilanci connessa alla difficile sostenibilità del debito pubblico di molti paesi europei, Italia compresa. Come vedremo già a partire dal prossimo paragrafo le condizioni materiali di sostenibilità della finanza pubblica sui mercati determinano effetti ancora più incisivi del consueto, circa l'impiego delle risorse pubbliche a sostegno dell'economia reale a fronte della necessità di risanare i conti pubblici ai fini del contenimento del debito e dell'abbattimento dei costi del relativo *servizio*. In riferimento all'oggetto della presente analisi non può, intanto, non segnalarsi che tra le misure tuttora in corso di discussione al momento di licenziare queste note¹⁰ si prevede altresì di abolire l'ente locale "Provincia" mediante apposita riforma costituzionale di iniziativa governativa, all'esito della quale molta parte della presente indagine meriterebbe una necessaria rivisitazione. Ma al di là di simili ipotesi, non si sa bene quanto seriamente

(10) Settembre 2011.

perseguibili in concreto, non va dimenticato che in regime di crisi finanziaria globale molta parte delle politiche c.d. anticongiunturali, di sostegno all'economia reale nella prospettiva di innalzare il Prodotto interno (nazionale) lordo possono determinare un radicale assorbimento delle risorse finanziarie e delle politiche pubbliche verso lo Stato e le sue istituzioni – se non addirittura verso le istituzioni sovranazionali – riducendo ancora di più il potenziale ruolo di Regioni ed enti locali nello sviluppo delle politiche anticongiunturali¹¹. Basti il rinvio al precedente occasionato dalle note vicende istituzionali connesse all'implementazione delle politiche del *New Deal*¹² a partire dalla metà degli anni trenta del secolo scorso.

2. Le politiche economiche pubbliche nel contesto del nuovo regime di compatibilità finanziaria imposto dall'Unione economica e monetaria: in particolare, i riflessi sulla manovra di bilancio del c.d. patto di stabilità interno

I limiti dell'indagine suggeriscono, anche qui, di tracciare soprattutto le linee di fondo al fine di avviare una riflessione circa i forti condizionamenti gravanti sulle politiche finanziarie e di bilancio non soltanto più dello Stato, ma anche delle Regioni e degli enti locali derivanti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione economica e monetaria. In tesi generale si ritiene di essenziale rilievo valutare la compatibilità della gestione delle politiche di spesa pubblica a tutti i livelli dell'ordinamento interno con gli obblighi di rispetto di specifici parametri definiti ad opera delle istituzioni comunitarie allo scopo di garantire gli equilibri di finanza pubblica funzionali alla difesa della stabilità della moneta unica¹³. Quanto spazio residua, cioè, alle decisioni in

(11) Si veda, infatti, quanto osservato da S. BARTOLE, *Conclusioni*, in questa *Rivista*, n. 2, 2009, p. 369 ss., 372 con specifico riferimento alle tematiche del "rientro del debito pubblico" e della "soluzione della questione meridionale".

(12) La nota vicenda, che oppose la Presidenza Roosevelt alla Corte Suprema è ben ricostruita da G. NEGRI, voce *New Deal*, in *Noviss. dig. it.*, XI, 1965, p. 268 ss. Interessante, altresì, l'approccio critico che con riferimento all'attualità italiana è ora proposto da C. BARBATI, *Territori e interessi economici*, cit., p. 243 ss., 257 ss.

(13) Su tali vicende la letteratura è ormai sterminata. Per una buona ricostruzione delle procedure e degli istituti di vincolo della manovra finanziaria e di bilancio da parte

materia di spesa pubblica nel momento in cui è imposto un bilancio sostanzialmente in pareggio?¹⁴ Il punto di fondo è rappresentato dalla circostanza che le politiche di intervento diretto nell'economia da parte di Regioni ed enti locali sono fortemente condizionate – oltre che dalle regole a tutela delle libertà di circolazione su tutto il territorio dell'Unione e della concorrenza, come vedremo – dalla misura delle risorse che si rendano via via disponibili a seguito delle politiche di risanamento dei bilanci, laddove producano effetti virtuosi sull'andamento del rapporto tra debito pubblico e Pil. L'espansione della spesa pubblica e la sua riqualificazione, che potrebbero comportare un innalzamento del prodotto interno lordo, infatti, rischiano di non riuscire a compensare i riflessi delle relative politiche, se non sul livello, sulla sostenibilità del debito pubblico.

Già l'art. 34, comma 2, del d.lgs. 76/2000, prevede che il mancato adeguamento della legislazione regionale ai contenuti dello stesso decreto ridondi in vizio di legittimità costituzionale della legge regionale di approvazione del bilancio da far valere, da parte dei competenti organi statali, ai sensi dell'art. 127 Cost. Quale forma di federalismo – anche nella sua declinazione sul versante delle entrate fiscali – è, insomma, ipotizzabile con il rigoroso quadro di compatibilità finanziarie e di bilancio imposto dalla legislazione statale in funzione della politica monetaria europea? La stessa estensione degli ambiti di spesa ricadenti nel patto di stabilità interno (introdotto dalla legge finanziaria per il 1999, art. 28, legge 488/1998) che – dopo successivi ripensamenti – è tornato a prevedere un regime differenziato per le Regioni da un lato, e gli enti locali dall'altro¹⁵, tende sempre di più a

delle prescrizioni del Trattato di Maastricht e del successivo Patto di stabilità del 1997 (oltre al mio *La crisi dell'ordinamento giuridico dello stato rappresentativo*, Padova, 2000, p. 192 ss., e dottrina ivi citata), si vedano almeno G. DELLA CANANEA, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Bologna, 1996, p. 37 ss., G. GUARINO, *La grande rivoluzione: l'Unione europea e la rinuncia alla sovranità*, in *Riv. dir. pubbl. e sc. pol.*, n. 8, 1998, p. 193 e A. MUSUMECI, *La legge finanziaria*, Torino, 2000, spec. p. 90 ss., 99 ss.

(14) Sul tema altresì A. BRANCASI, *I nuovi principi fondamentali in materia di bilancio e contabilità delle Regioni*, in questa *Rivista*, 2000, p. 957 ss.; C. PINELLI, *Patto di stabilità interno e finanza regionale*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 514 ss.

(15) Significativamente, la Ragioneria Generale dello Stato dirama – sempre con caden-

circoscrivere l'autonomia decisionale lasciata in capo alle autonomie locali. Basterà qui rilevare come per gli enti locali¹⁶, il patto di stabilità per il triennio 2009-2011 assuma come obiettivo programmatico la riduzione del disavanzo finanziario degli enti medesimi in ciascun anno del triennio, mentre per le Regioni il concorso al perseguimento degli obiettivi del patto è genericamente basato sul contenimento della spesa (in conto corrente ed in conto capitale) finale¹⁷.

Ancorché non possa essere formalmente posto in dubbio il rispetto del principio sancito dalla giurisprudenza costituzionale nella celebre sent. 417/2005¹⁸, secondo cui il legislatore statale può legittimamente imporre agli enti locali vincoli alle politiche di bilancio, ma solo con disciplina di principio e per ragioni di coordinamento della finanza pubblica connesse ad obiettivi nazionali, stabilendo quindi solo limiti di carattere complessivo che lascino agli enti stessi ampia libertà di allocazione delle risorse fra i diversi ambiti e obiettivi di spesa, cionondimeno appare opportuno interrogarsi circa la effettiva disponibilità di tale diritto all'elaborazione di autonome politiche di spesa, vieppiù alla luce dei consistenti tagli ai trasferimenti operati dallo Stato verso le autonomie territoriali, in attesa dell'attuazione del c.d. federalismo fiscale.

3. Territorio locale e mercati: analisi degli strumenti di intervento nell'economia previsti dalle riforme amministrative degli anni novanta

È del tutto ovvio che il significato del sintagma "intervento pubblico nell'economia" non può avere, oggi, il medesimo portato di senso con

za annuale – una circolare (la ultima è la n. 15 del 30 marzo 2010), che contiene i criteri interpretativi per l'applicazione del patto di stabilità interno da parte degli enti locali. Si rinvia, altresì, alle riflessioni di cui al recente contributo di L. BISIO, M. NICOLAI, *Patto di stabilità e federalismo fiscale*, Roma, 2010.

(16) Comuni superiori ai 5.000 abitanti, Province, Città metropolitane.

(17) La migliore ricostruzione dell'evoluzione normativa del patto mi sembra quella predisposta dall'Ufficio studi della Camera dei Deputati, http://legxv.camera.it/cartelle-comuni/leg14/RapportoAttivitaCommissioni/testi/05/05_cap16_sch01.htm.

(18) La dottrina ha adeguatamente analizzato questa importante pronuncia. Si veda, ad esempio, il numero monografico elaborato da questa *Rivista*, n. 5/2006, appunto dedicato a *L'autonomia finanziaria e tributaria delle Regioni*.

cui tale espressione era utilizzata fino alle soglie degli anni ottanta del secolo scorso¹⁹. Ciò nondimeno l'uso della formula può essere tuttora utile a comprendere, almeno in termini descrittivi, forme e ruoli contemporanei di intervento dei pubblici poteri nel sistema economico, con riferimento non esclusivamente limitato alla disciplina ed alla *regolazione* dei mercati medesimi. Nel contesto dei complessi intrecci competenziali tra lo Stato e le Regioni che seguono i tentativi giurisprudenziali di sistemazione dei limiti delle rispettive attribuzioni, successivamente all'entrata in vigore della revisione costituzionale del 2001, la comprensione di tale nozione si è tra l'altro ulteriormente complicata per via della rilevanza assunta dal diritto comunitario. Prova ne sia, per citare l'esempio più eclatante, la confusione tra l'espressione *concorrenza dinamica* e la nozione di *aiuti di Stato*, prodotta nel tentativo di individuare i confini tra le sfere di intervento nel sistema economico dello Stato e delle Regioni, al primo rimanendo riservata la disciplina della concorrenza in funzione di tutela del mercato, laddove alle seconde potrebbe residuare la potestà di intervenire nell'economia mediante forme di sostegno che la giurisprudenza qualificherebbe come strumenti a tutela della concorrenza, ma in senso *dinamico*²⁰.

Comunque, a partire dai primi articoli della legge 59/1997 emerge con

(19) Per evocare la parabola della stessa nozione di "diritto pubblico dell'economia" è sufficiente richiamare, in ordine cronologico, la manualistica di riferimento: ci limitiamo a M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia* (1977), nuova ed. Bologna, 1995; G. DI PLINIO, *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1998; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2004; E. CARDI, *Mercati e Istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2005.

(20) A partire dalla sent. 14/2004, in *Giur. cost.*, 2004, p. 237 ss. con il commento di A. PACE, *Gli aiuti di Stato sono forme di "tutela" della concorrenza?*, *ivi*, p. 259 ss. Si vedano, altresì, G.P. DOLSO, *Tutela dell'interesse nazionale sub specie di tutela della concorrenza*, *ivi*, p. 265 ss.; C. BUZZACCHI, *Principio della concorrenza e aiuti di Stato tra diritto interno e diritto comunitario*, *ivi*, p. 277 ss.; e L.F. PACE, *Il concetto di tutela della concorrenza, l'art. 117 Cost. e il diritto comunitario: la "costituzionalizzazione" della figura dell'"imprenditore sovvenzionato"*, *ivi*, p. 4678 ss. Si vedano, ancora le sentt. 430 e 431/2007, 283/2009, 232 e 288/2010 e da ultimo, la sent. 150/2011, laddove l'intervento nell'economia delle Regioni viene ritenuto conforme a Costituzione in quanto produca "effetti pro-concorrenziali". Ma sulla questione si tornerà nel paragrafo conclusivo.

estrema chiarezza l'intento del legislatore di trasferire alle Regioni ed agli enti locali, prima ancora della riforma costituzionale del Titolo V, "tutte le funzioni e i compiti amministrativi relativi alla cura degli interessi ed alla promozione dello sviluppo delle rispettive comunità, nonché tutte le funzioni e i compiti amministrativi localizzabili nei rispettivi territori..."²¹, fatte salve le eccezioni rappresentate dall'elenco delle materie individuate dai successivi commi 3 e 4.

La legge in questione era, come noto, strutturata sulla base di diverse deleghe *ex art.* 76 Cost. al fine di procedere al *conferimento*²² di tali funzioni alle Regioni ed agli enti locali per via di successivi decreti legislativi. Naturalmente in questa sede si prescindere da ogni riferimento al metodo della riforma ed agli strumenti normativi utilizzati, focalizzando l'attenzione esclusivamente sugli ambiti materiali²³ della stessa, alla ricerca degli elementi più sopra individuati quali prospettive della presente indagine. Come pure si eviterà di proporre una verifica, sul piano della concreta attuazione, della resa di tali strumenti negli ambiti territoriali riferibili alle diverse Regioni.

Il più importante strumento normativo di conferimento di funzioni e competenze alle Regioni, agli enti locali e "nei casi espressamente previsti", alle autonomie funzionali, è stato in origine il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112²⁴. In esso sono programmate imponenti formule di

(21) Art. 1, comma 2, legge 59/1997, anche se, peraltro, le funzioni relative alla progettazione, esecuzione e manutenzione straordinaria di tutte le opere pubbliche relative alle stesse materie di cui al comma 3 citato sono delegate anch'esse alle Regioni ai sensi - e con le ulteriori eccezioni ivi indicate - dell'art. 94, comma 1, del d.P.R. 112/1998.

(22) Sulla cui nozione si rinvia allo stesso art. 1, comma 1, della legge 59/1997.

(23) Il che consente di evitarsi una lettura dettagliata dell'enorme messe di principi e criteri direttivi, come pure di principi relativi agli strumenti di delegificazione previsti nei vari luoghi della riforma, salvi i casi in cui ciò non sia strettamente necessario alla definizione di specifici ambiti materiali, giusta la recente scorretta prassi legislativa di confondere, in concreto, la definizione degli oggetti delle deleghe legislative, secondo il disposto dell'art. 76 Cost., con l'elencazione, appunto di tali principi e criteri, la cui lettura si manifesta spesso indispensabile, in sostanza, per la concreta comprensione della materia oggetto della delega stessa. Per un esempio concreto si veda infatti quanto previsto dall'art. 4, comma 4, della legge 59/1997, e dall'art. 20, comma 5 della medesima legge.

(24) A commento del quale si vedano, almeno, G. FALCON (a cura di), *Lo Stato auto-*

devoluzione di attribuzioni agli enti indicati anche se in realtà, come accennato, la lettura delle disposizioni relative al *conferimento di funzioni in materia di intervento pubblico nell'economia* apre il campo a più ampie considerazioni in relazione agli sviluppi dei processi di liberalizzazione e alle conseguenti valutazioni in ordine alle compatibilità delle nuove forme di incentivazione dell'economia locale con le categorie del mercato e della tutela della concorrenza. Alla luce di tali premesse, perciò, ed in considerazione, altresì, dell'obiettivo di qualificare le nuove forme di sostegno del sistema economico locale in un'ottica di apertura del territorio verso l'ingresso di nuovi investimenti e per il sostegno all'insediamento di nuove attività produttive²⁵, l'analisi procederà – per quanto possibile – selettivamente, nell'individuare, per il momento al solo scopo di procedere alla programmata “mappatura” delle stesse, almeno alcune delle attribuzioni delle istituzioni locali strettamente funzionali a tali processi di integrazione con i mercati globali. Unica considerazione di metodo, la circostanza per cui le formule ricognitive contenute nel presente studio sono meramente classificatorie di istituti e luoghi disciplinati dal legislatore in astratto, per cui si sospende ogni giudizio – come già ricordato più sopra – circa la realizzabilità pratica dell'ambizioso progetto contenuto già in origine nella riforma, dipendente in gran parte dalla quantità di risorse che si dovessero rendere disponibili in concreto per ciascuna iniziativa, ivi compresa una adeguata risposta del mercato e dei capitali privati a sostegno delle stesse.

3.1. *Sviluppo economico e attività produttive*²⁶

Il Titolo II del decreto legislativo 112/1998²⁷ è dedicato al trasferimen-

nomista. Funzioni statali, regionali e locali nel decreto legislativo n. 112 del 1998 di attuazione della legge Bassanini n. 59 del 1997, Bologna, 1998, già in *Le Regioni*, 1998, p. 453 ss.; M. TIPO (a cura di), *Commento al d.lgs. 112/98. Il nuovo modello di autonomie territoriali*, Rimini, 1998.

(25) Si vedano, ancora, M. CAMMELLI, *Istituzioni pubbliche e sviluppo economico*, locc. citt.; C. BARBATI, *Territori e interessi economici*, locc. citt.;

(26) Qui il riferimento non può non andare agli atti del convegno di Udine del 14 novembre 2008, già citati alla precedente nota 2.

(27) Qui si fa riferimento alla formulazione del d.lgs. 112 vigente, a seguito quindi de-

to alle Regioni ed agli enti locali (e, laddove previsto, alle autonomie funzionali) di tutte le funzioni ed i compiti²⁸ relativi alle materie²⁹ *artigianato, industria, energia, miniere e risorse geotermiche, ordinamento delle camere di commercio, fiere e mercati e commercio, turismo ed industria alberghiera*. Rinviando alle specifiche disposizioni del decreto per i dettagli della disciplina, qui ci si limita a richiamare alcune più rilevanti previsioni, utili ai nostri fini³⁰.

In materia di *industria*, così, si segnala quanto previsto dagli artt. 18 e 19 in ordine alle attribuzioni relative ad ogni forma di agevolazioni, contributi, sovvenzioni, incentivi, benefici di qualsiasi genere all'industria, comprese le funzioni relative ad ogni tipo di intervento per agevolare l'accesso al credito³¹. La determinazione dei criteri generali per il controllo e per la revoca di tutte tali forme di incentivazione

gli incisivi interventi di modifica e riforma succedutisi negli anni: si vedano in particolare le numerose novità di cui al d.lgs. 443/1999, recante "Disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, recante conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle Regioni ed agli enti locali"; alla legge 388 del 2000, recante "Disposizioni per la formazione annuale e pluriennale del bilancio dello Stato. Legge Finanziaria per il 2001"; al d.l. 223/2006, recante "Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale", poi convertito con modificazioni nella legge 248/2006; e da ultimo all'art. 1, comma 194, della legge 296/2006 "Disposizioni per la formazione annuale e pluriennale del bilancio dello Stato. Legge Finanziaria per il 2007".

(28) Ai sensi dell'art. 1 della legge 59/1997.

(29) Di estremo interesse l'approccio critico di recente suggerito da R. BIN, *Primo comandamento: non occuparsi delle competenze, ma delle politiche*, in questa *Rivista*, 2/2009, p. 203 ss., cui accede l'ampia e stimolante riflessione critica proposta da M. CAMMELLI, *Istituzioni pubbliche e sviluppo economico*, cit., spec. p. 214 ss.

(30) Salvo rinviare alle cospicue ricerche condotte presso l'ISSIRFA-CNR sulle attività produttive a far data dal 1998, su cui si vedano i Rapporti ISSIRFA-CNR, *Regioni e attività produttive, Rapporto sulla legislazione e sulla spesa, 1998-2004: un bilancio*, Milano, 2005; Id., *Regioni e attività produttive, Rapporto sulla legislazione e sulla spesa: 2005-2007, Il punto sulle materie*, Milano, 2008. Si vedano altresì i numerosi riferimenti contenuti in G. SAPUTELLI, *Differenziazione e uniformità nelle politiche regionali in materia di servizi al sistema produttivo*, in www.astrid-online.it/rassegna/01-07-2011/Saputelli_Activit-productive.pdf.

(31) Art. 49, con i limiti e le qualificazioni di dettaglio ivi previste, commi 1 e 4. Ma si veda, appunto, quanto richiamato alla precedente nota 20).

è riservata allo Stato³², come pure l'esercizio ed i compiti di cui al secondo comma dello stesso articolo³³, ma alle Regioni vengono delegate tutte le altre funzioni amministrative statali in materia, comprese le funzioni concernenti l'attuazione di interventi dell'Unione europea. Così vengono trasferiti alle Regioni i compiti inerenti alla concessione di agevolazioni, contributi, sovvenzioni, incentivi e benefici di qualsiasi genere all'industria, ivi compresi quelli per le piccole e medie imprese, per le aree ricomprese in programmi comunitari, per programmi di innovazione e trasferimento tecnologico, per singoli settori industriali, per il sostegno all'investimento per gli impianti ed acquisto di macchine, per il sostegno allo sviluppo della commercializzazione e dell'internazionalizzazione delle imprese, per l'attuazione degli strumenti della programmazione negoziata, ecc.³⁴. Interventi tutti compatibili con la nuova disciplina costituzionale del riparto di attribuzioni Stato-Regioni, sempre che si svolgano nel rispetto della disciplina costituzionale del mercato e di tutela della concorrenza (che l'art. 117, comma 2, lett. e) riserva espressamente allo Stato) che abbiano cioè, come più sopra ricordato, un'attitudine *pro-concorrenziale*³⁵. Tali pre-

(32) Art. 18, comma 1, lett. n). È altresì riservata allo Stato la concessione di tali strumenti di finanziamento nei casi espressamente elencati nelle successive lett. o) ss., come ad esempio nei casi di sostegno per le aree depresse o di coordinamento, programmazione e vigilanza delle grandi infrastrutture a carattere interregionale o di interesse nazionale.

(33) Agevolazioni riguardanti i crediti all'esportazione, la costituzioni di società miste partecipate da imprese italiane, le iniziative di penetrazione commerciale di imprese italiane, la partecipazione delle imprese italiane a gare internazionali, l'attività promozionale di rilievo internazionale, oltre alle funzioni già attribuite alla cabina di regia nazionale in materia di fondi strutturali.

(34) Si veda quanto previsto dall'art. 19, commi 2 ss., d.lgs. 112/1998. Tra l'altro, i fondi che le leggi dello Stato destinano a tali forme di agevolazione ed incentivo saranno erogati direttamente dalle Regioni, cui viene altresì delegata la competenza a provvedere in materia con legge regionale.

(35) R. BIN, *Primo comandamento*, cit., p. 208 ss.; M. CAMMELLI, *Istituzioni pubbliche*, cit., p. 214 ss.; C. BARBATI, *Territori e interessi economici*, cit., p. 251 ss. Come è, peraltro, noto la materia è a volte soggetta ad improvvisi sussulti. Si pensi alla vicenda Alitalia, su cui si veda Corte cost., sent. 270/2010, con l'argomentato commento di M. LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del "decreto Alitalia"*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 3296 ss.

visioni sono destinate ad assumere, comunque, una rilevanza centrale nella disciplina dei nuovi assetti istituzionali dell'intervento pubblico nell'economia se solo si consideri che, proprio con riferimento alle politiche di sostegno economico-finanziario alle piccole e medie imprese, l'Unione europea ha da tempo previsto, come descritto nell'ultimo paragrafo del presente contributo, una disciplina derogatoria delle previsioni del Trattato CE in materia di aiuti di Stato, allo scopo di favorire tali forme di intervento pubblico, rendendole compatibili anche con le norme comunitarie, seppur alle condizioni prescritte.

In materia di *energia*, ferme le competenze statali dettagliatamente definite nell'art. 29, le funzioni amministrative sono delegate alle Regioni, comprese quelle relative a fonti rinnovabili, elettricità, energia nucleare, petrolio e gas non espressamente riservate allo Stato³⁶, ma la più recente e costante giurisprudenza costituzionale sul punto induce ad assumere maggiori cautele in ordine ai possibili futuri sviluppi di un ruolo delle Regioni in tale settore economico³⁷.

In materia di *fiere e mercati*, come pure in materia di *turismo*³⁸, sono trasferite alle Regioni e, nel primo caso, anche ai Comuni, tutte le funzioni ed in materia di *commercio* le funzioni amministrative concernenti, tra le altre cose, la promozione dell'associazionismo e della cooperazione nel settore, nonché l'assistenza integrativa alle piccole e medie imprese, la concessione e l'erogazione di ogni tipo di ausilio finanziario, la citata formazione professionale per gli operatori com-

(36) Art. 30.

(37) La materia è in costante tensione e la giurisprudenza costituzionale davvero copiosa. Per una prima ricognizione problematica si veda il commento di N. RANGONE alla sent. 124/2010 della Corte cost., *Fonti rinnovabili di energia: stato della regolazione e prospettive di riforma*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1490 ss., nonché, con riferimento all'energia nucleare, A. COLAVECCHIO, *La Corte e l'atomo*, *ivi*, p. 3491 ss., a commento della sent. 278/2010. In argomento, cfr. anche il recente contributo di A. FILIPPINI, *La collaborazione "irrituale". Esercizio della delega legislativa, leale collaborazione ed intese Stato-Regioni in materia di energia nucleare. Cronaca di Corte costituzionale n. 33/2011*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 3, 2011.

(38) Secondo l'art. 43 la materia comprende "ogni attività pubblica o privata attinente al turismo, *ivi* incluse le agevolazioni, le sovvenzioni, i contributi, gli incentivi, comunque denominati, anche se per specifiche finalità, a favore delle imprese turistiche". Si veda, però, anche qui, quanto riferito *supra*, alla nota 20).

merciali con l'estero. Per quanto riguarda le forme di incentivazione alle imprese vale anche qui quanto più sopra osservato in merito alla loro compatibilità con la normativa comunitaria.

3.2. *Territorio, ambiente e infrastrutture*

In materia di urbanistica, pianificazione territoriale e bellezze naturali³⁹ sono conferite alle Regioni ed agli enti locali tutte le funzioni amministrative non mantenute allo Stato dalle disposizioni relative alla specifica sezione⁴⁰. Quanto alle opere di edilizia residenziale pubblica, l'art. 60 affida alle Regioni ed agli enti locali le funzioni relative alla programmazione degli interventi e delle risorse finanziarie, alla relativa gestione ed attuazione, comprese le modalità di incentivazione, ed ai programmi di recupero urbano e di riqualificazione urbana. Dalla lettura degli artt. 68 ss. del decreto, dedicati alla disciplina dei conferimenti alle Regioni ed agli enti locali in materia di ambiente e territorio, emerge con chiara evidenza che i criteri di discriminazione tra le funzioni mantenute in capo allo Stato e quelle, viceversa, trasferite agli enti autonomi⁴¹ sono soggetti a modulazioni interpretative improntate all'applicazione del principio di sussidiarietà, quanto mai utile in un settore nel quale la dimensione territoriale e la dipendenza dal livello amministrativo di intervento sono essenziali alla individuazione delle istituzioni più idonee per l'esercizio delle connesse attribuzioni⁴². La stessa giurisprudenza costituzionale è, del resto, intervenuta sul punto proprio al fine di riordinare, in conformità con il nuovo sistema di riparto delle competenze definito dall'art. 117 Cost., la complessa materia qualificata come "edilizia residenziale pubbli-

(39) Il Titolo III del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 è dedicato, per espressa previsione dell'art. 51, a tutte le funzioni ed i compiti amministrativi in tema di territorio ed urbanistica, protezione della natura e dell'ambiente, tutela dell'ambiente dagli inquinamenti e gestione dei rifiuti, risorse idriche e difesa del suolo, opere pubbliche, viabilità, trasporti e protezione civile.

(40) Artt. 53-58.

(41) Artt. 69 e 70 ss. Ma il discorso potrebbe ripetersi anche per le successive disposizioni in materia di parchi e riserve naturali e di inquinamento.

(42) Sul punto si rinvia al contributo di P. URBANI, *L'edilizia residenziale pubblica tra Stato e autonomie locali*, in questa *Rivista*, n. 3/4, 2010, 249 ss.

ca”⁴³ nei diversi aspetti che la compongono. A giudizio della Corte, infatti, dai profili più propriamente urbanistici vanno distinti quelli legati alla programmazione e realizzazione delle costruzioni, quelli attinenti ai lavori pubblici, e quelli relativi alla prestazione e gestione del “servizio della casa” connessi alla edilizia residenziale pubblica “in senso stretto”⁴⁴. Come già riferito in un precedente lavoro⁴⁵, quindi, la materia “edilizia residenziale pubblica” “si estende oggi su tre livelli normativi. Il primo riguarda la determinazione dell’offerta minima di alloggi destinati a soddisfare le esigenze dei ceti meno abbienti – che, qualora esercitata, rientra nella competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell’art. 117, secondo comma, lett. *m*), Cost. –. In tale competenza si inserisce la riserva allo Stato della determinazione dei criteri di assegnazione degli alloggi, in vista della loro necessaria uniformità su tutto il territorio nazionale. Il secondo livello normativo riguarda la programmazione degli insediamenti di edilizia residenziale pubblica, che ricade nella materia ‘governo del territorio’, ai sensi del terzo comma dell’art. 117. Il terzo livello normativo, rientrando nel quarto comma dell’art. 117, riguarda la gestione del patrimonio immobiliare di edilizia residenziale pubblica di proprietà degli istituti autonomi case popolari o degli altri enti” secondo quanto oggi previsto dalla legislazione regionale⁴⁶. Quest’ultimo dato ha, così, condotto alla dichiaratoria di illegittimità costituzionale dell’art. 11, comma 3, lett. *e*) del d.l. 112/2008, contenente il c.d. “piano casa”⁴⁷, laddove presupponeva l’esercizio di potestà legislativa statale per programmi di edilizia

(43) Art. 117, commi 2, 3 e 4, Cost.

(44) Corte cost., sent. 94/2007, punti 4 ss. della motivazione “in diritto”.

(45) F. BILANCIA, *Brevi riflessioni sul diritto all’abitazione*, in questa *Rivista*, n. 3/4, 2010, p. 231 ss., spec. p. 238 s.

(46) Corte cost., sent. 94/2007, punto 4.3 della motivazione “in diritto”. Più in dettaglio si veda quanto osservato da S. CIVITARESE MATTEUCCI, *L’evoluzione della politica della casa in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, spec. 178 ss., con riferimento anche alla giurisprudenza successiva. Si veda, da ultimo, Corte cost., sent. 121/2010.

(47) Sul tema ancora, diffusamente, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *L’evoluzione della politica della casa*, cit., spec. p. 187 ss. Si veda, inoltre, S. AMOROSINO, *Politiche pubbliche e regolazione dell’edilizia e delle infrastrutture nella “costituzione economica”*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, II, Napoli, 2010, p. 1283 ss.

residenziale pubblica aventi *anche* carattere sociale, incostituzionalità ritenuta, però, “limitatamente alla parola *anche* premessa a sociale”.

Di rilievo sembrano altresì i conferimenti alle Regioni delle funzioni amministrative in materia di gestione di rifiuti, salve le eccezioni espressamente richiamate dall’art. 85, ma in questa sede non è possibile approfondire l’analisi sul punto.

In materia di risorse idriche e difesa del suolo, l’art. 89 del d.lgs. 112/1998 affida alla cura delle Regioni tutte le funzioni relative alla progettazione, realizzazione e gestione delle opere idrauliche di qualsiasi natura; alle dighe⁴⁸, alle concessioni di estrazione di materiali, di spiagge lacuali, superfici e pertinenze dei laghi, alla gestione del demanio idrico.

Discorso a parte va riservato ai successivi capi del Titolo III del decreto legislativo, dedicati alle *opere pubbliche*, alla *viabilità*, ai *trasporti*, settori questi in cui l’intervento pubblico può avere effetti radicali nella promozione del territorio in chiave di competizione internazionale, favorendo lo sviluppo e l’insediamento delle imprese forse più di qualsiasi altra forma di incentivazione.

Così in materia di opere pubbliche il decreto prevede che, fatte salve le attribuzioni espressamente mantenute in capo allo Stato, quali ad esempio le opere di programmazione, progettazione, esecuzione e manutenzione di grandi reti infrastrutturali dichiarate di interesse nazionale con legge statale, siano delegate alle Regioni le funzioni relative⁴⁹ alla programmazione, progettazione, esecuzione e manutenzione di tutte le opere relative alle materie che l’art. 1, comma 3, della legge 59/1997 riserva alla competenza dello Stato – compresi gli interventi di ripristino in seguito ad eventi bellici o a calamità naturali – oltre a tutte le altre funzioni relative ad opere pubbliche non riservate allo Stato dallo stesso art. 93. Quanto alla viabilità vengono trasferite alle Regioni ed agli enti locali le funzioni di programmazione, progettazione, esecuzione e manutenzione e gestione delle strade non rientranti

(48) Escluse quelle di cui al successivo art. 91, comma 1.

(49) Art. 93, comma 1. L’esempio richiamato nel testo è previsto dalla lett. c) di tale articolo.

nella rete autostradale e stradale nazionale, compresa la nuova costruzione o il miglioramento di quelle esistenti. Le strade non comprese in tale rete nazionale sono, pertanto, trasferite al demanio delle Regioni ovvero, con legge regionale, al demanio degli enti locali⁵⁰.

Su queste basi l'analisi meriterebbe, poi, un più adeguato approfondimento traendo spunto dalle riflessioni scientifiche orientate alla valorizzazione di tutte le funzioni idonee ad incidere sui processi di cooperazione, integrazione, interrelazione e interconnessione territoriali⁵¹ e, soprattutto, istituzionali tra i diversi livelli di governo anche nell'ottica di un più accentuato "raccordo fra territori"⁵², al fine di rendere più efficienti i processi di effettiva, concreta realizzazione di un sistema⁵³ di politiche per lo sviluppo economico, così traendo il massimo beneficio dalla pluralità delle competenze obiettivamente rilevanti a tali fini.

3.3. *Servizi alla persona e alla comunità*

La Corte costituzionale ha, di recente, assunto una posizione apparentemente di forte chiusura circa le prospettive di intervento regionale in un settore che pure sembrerebbe assai rilevante per le prospettive di cura delle comunità territoriali, seppur nel rigoroso rispetto del principio di eguaglianza in relazione alle concrete modalità di attuazione delle specifiche misure. Il riferimento va alla sentenza 10/2010 con cui la Corte ha ridefinito i limiti delle competenze regionali in materia di "servizi sociali" e di "assistenza" a vantaggio di una corrispondente espansione delle attribuzioni statali, non evitando di stimolare

(50) Si veda, infatti, quanto già riferito *supra*, al par. 3.

(51) Rinvio, pertanto, all'ampio respiro tematico di cui alla già richiamata riflessione di M. CAMMELLI, *Istituzioni pubbliche*, cit., spec. p. 220 ss. Ma si vedano anche M. DUGATO, *Gli strumenti territoriali come strumenti di programmazione economica*, in questa *Rivista*, n. 2, 2009, spec. p. 267 ss.; L. COEN, *La cooperazione territoriale come risorsa economica*, *ivi*, spec. p. 269 ss.

(52) C. BARBATI, *Territori e interessi economici*, cit., spec. p. 256 ss.

(53) M. CAMMELLI, *Istituzioni pubbliche*, cit., p. 220 ss. con riferimento ad esempio al ruolo delle "città", delle aziende sanitarie, delle università, delle fondazioni di origine bancaria, ecc., nella prospettiva di composizione di veri e propri "sistemi locali".

un'attenta reazione critica di parte della dottrina⁵⁴. Ma la legislazione ordinaria aveva da tempo concorso a definire un quadro di possibili sviluppi per una gestione di politiche pubbliche di sicuro rilievo in materia. Si pensi, ad esempio, alla previsione di fondi integrativi sanitari istituiti e gestiti a livello regionale o infraregionale affidati alla vigilanza delle Regioni⁵⁵. Il decreto legislativo 112/1998 aveva già previsto, infatti, disposizioni relative al conferimento alle Regioni ed agli enti locali di funzioni in materia di *servizi sociali*⁵⁶ e di *istruzione scolastica*⁵⁷. Ma di sicuro rilievo ai fini della presente indagine sono le attribuzioni che gli artt. 140 ss. del decreto legislativo 112/1998 conferiscono alle Regioni in materia di *formazione professionale*⁵⁸, e di istituti professionali, conseguentemente trasferiti alle Regioni con lo stesso status di autonomia funzionale spettante alle istituzioni scolastiche statali. In tale ambito assumono, pertanto, specifica importanza gli obiettivi di formazione tecnico professionale superiore, perfezionamento, riqualificazione ed orientamento professionale, formazione continua anche in situazioni di alternanza formazione-lavoro, potendo incidere in maniera assai significativa su fattori quali la mobilità, la riconversione, la flessibilità e conseguentemente nel medio periodo, sul costo del lavoro, seppur nel quadro delle opportunità offerte dalla più recente legislazione statale sul tema.

3.4. *Il ruolo delle società miste locali*

La materia dei *servizi pubblici locali* presenta una folta congerie di

(54) Si vedano, infatti, le interessanti riflessioni di C. PINELLI, "Social card", o *del ritorno alla carità di Stato*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, Napoli, 2009, p. 1177 ss.; A. ANZON DEMMIG, *Potestà legislativa regionale residuale e livelli essenziali delle prestazioni*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 155 ss.; E. LONGO, *I diritti sociali al tempo della crisi. La Consulta salva la social card e ne ricava un nuovo titolo di competenza statale*, *ivi*, p. 164 ss.; F. SAITTO, *Quando l'esigenza di tutela della dignità fonda, nell'emergenza economica, la competenza statale*, *ivi*, p. 182 ss.

(55) Art. 122 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112.

(56) Artt. 128-134.

(57) Artt. 135-139.

(58) Ambito materiale in cui sono ricompresi tutti gli interventi dettagliatamente individuati dall'art. 141.

problematiche, forse tra le più complesse in seno alle forme di articolazione delle ipotesi di intervento pubblico nell'economia⁵⁹. Al di là delle specifiche questioni emergenti dalla scelta del modulo di gestione di tali servizi, infatti, restano comunque sullo sfondo le tipiche difficoltà di inquadrarle nell'ambito delle formule ricognitive delle ipotesi di deroga ai regimi normativi a tutela della concorrenza previste dalle legislazioni europea e nazionale⁶⁰.

Nell'impossibilità pratica di esaurire, perciò, la presentazione di tutti gli argomenti connessi a tali attività ci si limiterà, ora, alla mera descrizione degli strumenti di intervento previsti dalla attuale legislazione di riforma soltanto accennando, ove possibile, ad alcuni dei problemi posti sul piano generale dalla relativa disciplina⁶¹: nello studio si tralasceranno, pertanto, le precedenti due fasi che – da un punto di vista

(59) Si veda, per la complessa ricognizione di tali problematiche, G. MORBIDELLI, *Società miste, servizi pubblici e opere accessorie* (1997), ora in ID., *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, p. 41 ss. Ma già, in parte, F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000, spec. p. 187 ss.; G. PIPERATA, *Tipicità ed autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005.

(60) Ci si riferisce, in breve, alle questioni legate alla interpretazione del concetto di "missione" ai sensi dell'art. 86 (ex 90) del Trattato CE in relazione alle possibili ipotesi di deroga alla disciplina comunitaria della concorrenza, ed al disposto di cui all'art. 8 della legge 287/1990, che esclude dall'applicazione delle norme in materia di concorrenza "le imprese che, per disposizione di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati". Anche tale ultima disposizione, infatti, pone il problema di qualificare il regime cui sottoporre tutte le attività in un certo qual modo estranee al servizio pubblico, comunque svolte dalle imprese in questione. Ma su tali complesse questioni non è, possibile, in questa sede, soffermarsi più a lungo. Si veda, almeno, G. PIPERATA, *Tipicità ed autonomia*, cit., spec. p. 223 ss.

(61) Per un inquadramento generale del tema dei servizi pubblici locali, avendo a riferimento la disciplina "consolidata", si consultino *ex plurimis*: F. MERUSI, *Servizio pubblico* (voce), in *Nov. dig. it.*, Torino, 1970, 1; G.E. BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, Milano, 2003, *passim*, ma specialmente p. 223 ss.; M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, 2003, III, p. 2581 ss.; G. PIPERATA, *Tipicità ed autonomia nei servizi pubblici locali*, cit., spec. capp. II e IV, rispettivamente dedicati a *La tipicità nei servizi pubblici locali in particolare* e *La tipicità nella recente riforma dell'ordinamento generale dei servizi pubblici locali*; ed infine S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004, *passim*, interessante anche per molti dei profili che proprio in questo contributo si indagano (cfr. segnatamente il par. 6).

dell'evoluzione ordinamentale – hanno contraddistinto lo sviluppo dei servizi pubblici locali in Italia e cioè quella primigenia, relativa alla loro c.d. “municipalizzazione”⁶², e quella successiva legata alla riforma del sistema delle Autonomie Locali vigente per un decennio e durata fino alla fine degli anni novanta⁶³.

Il Titolo V del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali⁶⁴ è dedicato ai servizi e interventi pubblici locali. L'art. 112 prevede l'affidamento agli enti locali, secondo le rispettive competenze, della gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali. Le forme di gestione di tali servizi previste dalla legge avrebbero potuto essere quelle descritte, alternativamente, dal successivo art. 113, che rappresenta la disposizione in assoluto più volte modificata a partire dal 2000, anno di adozione del TUEL, e dall'aggiunto art. 113-*bis*⁶⁵. Il discrimine tra i differenti moduli organizzatori potenzialmente adottabili da parte dell'ente locale avrebbe dovuto essere rinvenuto nella c.d. “rilevan-

(62) Ci si riferisce, in particolare, alla risalente legge 29 marzo 1903, n. 103, su cui, per tutti, cfr. G. BOZZI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 363, oltre che M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, specialmente pp. 267-270.

(63) Legge 8 giugno 1990, n. 142, recante “Ordinamento delle autonomie locali” che ha inciso profondamente sull'assetto dei servizi pubblici. Anche in questo caso, specie per il valore ricostruttivo, nell'ambito di una letteratura sterminata ci si limita a segnalare G. CAIA, *Organizzazione dei servizi pubblici locali. Figure, regime e caratteristiche*, in *Foro amm.*, 1991, p. 3167.

(64) D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

(65) Tra i molteplici interventi succedutisi nel tempo, merita di essere segnalato quello recato dall'art. 35, legge 448/2001, che ha integralmente riscritto la disciplina dei servizi pubblici locali, innovando radicalmente il sistema previgente (contemplato dall'originario art. 113 TUEL e – prima ancora – dall'art. 22 legge 142/1990). In particolare, si deve proprio all'intervento del 2001 la riscrittura integrale dell'art. 113 e l'introduzione del nuovo art. 113-*bis*. Su questo importante passaggio ci si limita a segnalare, *ex multis*: G. CAIA, *Le società con partecipazione maggioritaria di Comuni e Province per la gestione dei servizi pubblici locali dopo la legge finanziaria 2002*, in www.giustiziaamministrativa.it, 2002; C. SANMAURO, *L'art. 35 della legge finanziaria 2002. Prime note sui nuovi principi in tema di regolazione dei servizi pubblici locali*, in *Cons. Stato*, 2002, II, p. 2119; E. Scotti, *Osservazioni a margine di società miste e servizi pubblici locali*, in *Foro it.*, 2002, III, p. 553.

za economica” (e prima ancora nella c.d. “rilevanza industriale”) dei servizi pubblici locali da gestire. A seconda che il servizio pubblico locale avesse o meno tale rilevanza economica, avrebbero dovuto trovare applicazione le differenti disposizioni recate, rispettivamente, dai già citati artt. 113 e 113-*bis*. Sennonché la Corte costituzionale – a seguito di un complesso giudizio nella cui economia non sembrano essere stati del tutto alieni alcuni pesanti rilievi critici alla disciplina italiana mossi in sede comunitaria – con la sentenza 27 luglio 2004, n. 272 ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 113-*bis* del d.lgs. 267/2000⁶⁶, ritenendo che la disciplina dei servizi pubblici privi di rilevanza economica – individuati dalla presenza di determinati requisiti (quali l’assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, dalla mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche dall’eventuale finanziamento pubblico dell’attività in questione) – sia da ritenersi attualmente di competenza regionale e locale⁶⁷.

A seguito di tale prima pronuncia della Corte, la disciplina di rango statale è contenuta oggi nel solo art. 113 del TUEL, e va riferita ai soli servizi pubblici di rilevanza economica. Il resto della materia è pertanto affidato, dall’ordinamento, proprio all’autonomia degli enti locali⁶⁸, tenuto conto altresì del più recente indirizzo della Corte costituzionale di cui alla sentenza 3 novembre 2010, n. 325⁶⁹.

(66) Una ricostruzione della vicenda può rinvenirsi in T. TESSARO, *Miti e no: l’Idra di Lerna ed i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica*, in www.lexitalia.it, 2004. Tra gli altri: G.F. FERRARI, *Servizi pubblici locali e forme miste di gestione pubblico-privati*, *ibidem*; G. SCIULLO, *Stato, Regioni e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/04 della Consulta*, *ibidem*; L. OLIVIERI, *È esclusiva la competenza legislativa dello Stato sulla materia dei servizi pubblici a rilevanza economica?*, *ibidem*; C. DEODATO, *Luci ed ombre sul riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni in materia di servizi pubblici locali*, in www.federalismi.it, 2004 e F. CASALOTTI, *La Corte costituzionale e i criteri di riparto delle competenze con riferimento ai servizi pubblici locali dopo la riforma del Titolo V Parte II della Cost.: la sentenza n. 272 e l’ordinanza n. 274 del 2004*, in *Le Regioni*, 2005, p. 137.

(67) Su tale distinzione si veda G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia*, cit., spec. p. 232 ss.

(68) Si rinvia, ancora, a G. PIPERATA, *op. cit.*, p. 451 ss.

(69) Tale pronuncia, pur con alcune ambiguità, avvalorata e corrobora il precedente orientamento giurisprudenziale per cui l’ordinamento dei servizi pubblici locali è da ascrivere alla competenza residuale delle Regioni, ferma restando la potestà (esclusi-

L'erogazione dei servizi, secondo le discipline specifiche di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, può pertanto avvenire con il conferimento della titolarità del servizio medesimo:

- a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;
- b) a società a capitale misto pubblico e privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;
- c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano⁷⁰.

Di recente, tale complessa disciplina è stata ulteriormente modificata a seguito dell'abrogazione – risultante dall'esito del referendum del 12 e 13 giugno 2011 – dell'art. 23-*bis*, comma 10, lett. *d*) del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 e dell'art. 15, comma 1-*ter*, d.l. 135/2009 convertito, con modificazioni, dalla legge 166/2009⁷¹. Abrogate le restrizioni alle

va) del legislatore statale di intervenire dettando autonomamente la disciplina quando questa sia da ricondurre entro la materia "tutela della concorrenza". In dottrina: A. LUCARELLI, *Le primissime considerazioni a margine della sentenza n. 325 del 2010*, in www.ibcommuns.org, 2010; G. FORTUNA, *L'in house providing tra diritto interno e diritto dell'Unione europea. Nota a margine alla sent. Corte cost. n. 325/2010*, in *Giustamm.it*, 2010 e S. MUSOLINO, *La riforma dei servizi pubblici locali è costituzionalmente legittima e compatibile con l'ordinamento comunitario*, in *Urb. e App.*, 2011, p. 48.

(70) Quello descritto è il quadro risultante dagli ultimi incisivi interventi normativi: ci si riferisce, in particolare, all'art. 23-*bis*, comma 11, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133 e all'art. 15 d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 novembre 2009, n. 166. In dottrina: G. FISCIONE, *Brevi riflessioni sulla riforma "in corso" dei servizi pubblici locali (art. 15 d.l. n. 135/2009)*, in *Giustamm.it*, 2010 e S. TARULLO, *Il restyling nella gestione dei servizi pubblici locali: osservazioni minime sull'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, come riformato dal d.l. n. 135/2009*, *ibidem*.

(71) Sugli effetti di tale referendum sulle società partecipate dagli enti locali si veda, da ultimo, S. POZZOLI, *Manovra finanziaria (DL 98/2011) e società partecipate dagli enti*

ipotesi di affidamento diretto e di gestione *in house* dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, acquisisce così efficacia diretta la normativa comunitaria di riferimento⁷² e dunque la potestà (a questo punto in capo alle Regioni) di scegliere tra i diversi modelli di gestione dei servizi pubblici (modello privato, modello misto, affidamento diretto, *in house providing*)⁷³.

In questo contesto, la situazione di “anomia” (quantomeno relativa, attesa la richiamata diretta applicabilità della normativa comunitaria di riferimento), gli ampi margini di discrezionalità esplicitamente riconosciuti dall’UE in capo al legislatore nazionale, nonché (è lecito pensare) alcuni autorevoli moniti lanciati dalle *authorities* di regolazione di diversi settori⁷⁴, hanno da ultimo indotto il governo a proporre l’ennesima (nuova?) riforma dei servizi pubblici locali.

Essa è contenuta nel d.l. 13 agosto 2011, n. 138 che, maturato in un quadro di crisi economica probabilmente senza precedenti per l’Italia, caratterizzato dalla costante fibrillazione dei mercati finanziari e dalla pressione della Banca centrale europea, non a torto preoccupata per l’effettiva sostenibilità a lungo termine dell’ingente debito pubblico italiano, è appunto intitolato “Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo”.

In particolare del decreto, convertito con modificazioni nella legge 14 settembre 2011, n. 148, interessa in questa sede soprattutto l’art. 4, rubricato “Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare ed alla normativa dell’Unione europea”⁷⁵ che,

locali, in *Astrid Rassegna*, n. 14 del 2011, spec. par. 4. L’abrogazione referendaria ha conseguentemente travolto anche il d.P.R. 168/2010, cioè il regolamento con cui si era provveduto a dare attuazione all’art. 23-bis.

(72) Cfr. sent. Corte cost., 26 gennaio 2011, n. 24, con cui è stato dichiarato ammissibile il quesito concernente la gestione dei servizi pubblici locali.

(73) Per gli effetti dell’abrogazione disposta con il referendum, rimando ai contributi di G. AZZARITI, G. FERRARA *et al.*, *Invertire la rotta. Per un governo pubblico dell’acqua. Relazione introduttiva ai quesiti referendari*, in www.acquabenecomune.org, 2011.

(74) Si veda, ad es., la segnalazione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato A.S. 857 del 21 luglio 2011, in AGCM, *Bollettino settimanale*, anno XXI, n. 28, p. 98.

(75) Si veda S. POZZOLI, *Servizi pubblici: novità o ritorno al passato?*, in *Diritto e pratica amministrativa*, n. 9, 2011, p. 10.

sostanzialmente, ripropone con minime modificazioni (ma – questa la sola vera novità – con esclusione del servizio idrico dall’ambito oggettivo di applicabilità) la disciplina già oggetto di abrogazione referendaria⁷⁶. Per tacere della questione del “divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare”⁷⁷, basti qui osservare che, proprio per questo carattere essenzialmente ripristinatorio, sulla normativa richiamata è lecito ritenere si addensino seri dubbi di legittimità costituzionale.

Dopo aver richiamato il principio generale dell’obbligo di gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, quindi “liberalizzando tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità ed accessibilità del servizio e limitando, negli altri casi, l’attribuzione di diritti di esclusiva”, le disposizioni “operative” di fatto ripropongono – come si è anticipato – l’impianto caratterizzante il già abrogato art. 23-*bis*, prevedendo in via ordinaria che l’affidamento dei servizi avvenga tramite procedura ad evidenza pubblica in favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituiti, nel rispetto dei principi del Trattato dell’Unione europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici.

Tornando infine al testo unico degli enti locali, l’art. 120 disciplina le c.d. *società di trasformazione urbana*⁷⁸, che le Città metropolitane ed i Comuni possono costituire, con la partecipazione della Provincia

(76) Convergono esplicitamente con questa valutazione M. LOMBARDO, *La governance delle società a controllo pubblico: riflessioni a margine della nuova disciplina normativa dei servizi pubblici locali*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2011 e F. SCURA, *La “nuova” disciplina dei servizi pubblici locali nella “Manovra di Ferragosto”*, *ibidem*.

(77) Cfr., tra le altre, Corte cost. 468/1990 e 32/1993. In dottrina, si vedano almeno: G.M. SALERNO, *Alcune considerazioni in tema di effetti consequenziali del referendum “di principio” in materia elettorale*, in *Giur. it.*, 1996, IV, p. 285; P. VERONESI, *Voto referendario, divieto di ripristino della normativa abrogata e ruolo della Corte*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 55; F. LANCHESTER, *Quesiti referendari ed esiti pratici*, in *Quad. cost.*, 1998, p. 311; S. PANUNZIO, *Problemi della legislazione successiva alla abrogazione referendaria: chi è il “custode” del risultato abrogativo del referendum?*, in *Scritti in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, II, p. 1173; M. LUCIANI, *Art. 75*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2005, spec. p. 661 ss.

(78) Un’aggiornata disamina delle possibilità offerte da questo strumento è ora in G.A. INZAGHI, F. VANETTI, *Il recupero e la riqualificazione delle aree urbane dismesse*, Roma, 2011.

e della Regione, nelle forme della società per azioni “per progettare e realizzare interventi di trasformazione urbana, in attuazione degli strumenti urbanistici vigenti”. Anche in questo caso gli azionisti privati devono essere scelti con procedure ad evidenza pubblica⁷⁹. Le società di trasformazione urbana provvedono alla preventiva acquisizione delle aree, se del caso tramite ricorso alle procedure di esproprio da parte del Comune, alla loro trasformazione e successiva commercializzazione. Le aree di proprietà degli enti locali possono essere attribuite alle società a titolo di concessione. Per la realizzazione di opere e lavori pubblici o di pubblico interesse, compresi gli interventi di edilizia residenziale pubblica e quelli necessari per i servizi pubblici locali, l'amministrazione comunale può disporre l'occupazione d'urgenza degli immobili necessari.

Come si vede le ipotesi di intervento degli enti locali sugli assetti socio-economici legati al proprio territorio nelle forme delle società miste sono particolarmente significative del peso che ad essi viene attribuito nel perseguimento delle politiche di sviluppo economico e di incentivazione all'insediamento di nuove attività produttive. Attraverso le politiche di sostegno allo sviluppo dei servizi pubblici locali, infatti, finanziando le opere pubbliche e le infrastrutture la cui realizzazione sia necessaria per la relativa gestione dei servizi, con il ricorso alle società miste è possibile attrarre gli investimenti privati necessari alla loro realizzazione con ciò contribuendo inoltre, ad accrescere in misura considerevole la competitività internazionale del territorio di riferimento, arricchito e reso più appetibile ai nuovi insediamenti proprio grazie alle opere ed infrastrutture realizzate.

Da queste poche e parziali considerazioni riemerge il già accennato problema della compresenza di moduli di intervento degli enti locali nell'economia del proprio territorio ispirati ad opposti modelli teorici. Le formule del mercato e della concorrenza, da un lato, e l'intervento diretto degli enti locali per il tramite di società miste, dall'altro, senza

(79) In questo caso non si prevede se le società debbano essere a prevalente partecipazione pubblica o a partecipazione minoritaria, dal che si potrebbero dedurre argomenti a favore della necessità di utilizzare procedure ad evidenza pubblica anche per la scelta dei soci privati.

che si prospetti alcuna soluzione di compatibilità, se si escludono il carattere transitorio di questa seconda formula e l'ipotesi che essa sia resa compatibile con i principi comunitari soltanto a causa della necessità di riorganizzazione del settore dei servizi pubblici locali proprio in chiave della sua successiva liberalizzazione. Anche perché, nel lungo periodo, non è prevedibile se gli effetti sui mercati locali di tali forme di intervento diretto non cessino di avere un carattere positivo in termini di sviluppo economico e di agevolazione all'insediamento di nuove attività produttive per divenire, piuttosto, un ostacolo all'accesso di nuove imprese sui relativi mercati. In prospettiva, quindi, sembra trovare ampia conferma la tendenza (cui si è accennato in apertura del presente paragrafo, pur nell'incertezza dei quadri finanziari sottostanti) al trasferimento dallo Stato centrale agli enti locali di un complesso di funzioni e di attribuzioni sempre più rilevanti per lo sviluppo economico e sociale dei territori e, più in generale, del paese⁸⁰.

4. I limiti comunitari dell'intervento pubblico nell'economia: le deroghe alla disciplina comunitaria degli aiuti di Stato, a sostegno dello sviluppo delle piccole e medie imprese

Il dato di partenza è costituito dall'ovvia considerazione, più volte richiamata nel presente schema di lavoro, secondo la quale ogni forma di intervento pubblico nell'economia rappresenta un rischio per la concorrenza potendone falsare il libero svolgimento, mettendo a repentaglio comunque la responsabilità dei pubblici poteri, e quindi dello Stato, nei confronti dell'Unione europea⁸¹. Il problema, come è noto, si è già più volte posto in passato anche con specifico riferimento agli aiuti alle imprese disposti dalle Regioni⁸².

(80) Una valutazione analoga sulle tendenze di sviluppo future dell'intervento (pubblico) nell'economia di Regioni ed enti locali in E. CARDI, *Mercati e Istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2005, segnatamente p. 160 ss.

(81) Per le valutazioni in merito alla naturale resistenza degli enti locali in ordine ai processi di liberalizzazione e privatizzazione si veda M. CAMMELLI, *Istituzioni pubbliche*, cit., spec. p. 217; C. BARBATI, *Territori e interessi economici*, cit., spec. p. 250 ss.

(82) Si pensi, a titolo di mero esempio, alla sent. 85/1999 della Corte costituzionale in

Ora un interessante elemento di analisi è, invece, rappresentato dalle forme di apertura assunte dalla legislazione comunitaria⁸³ a sostegno delle piccole e medie imprese con misure che esentano le autorità pubbliche, entro limiti ed a condizioni definiti, dall'obbligo di preventiva comunicazione e notificazione alla Commissione degli aiuti di Stato ad esse concessi. Del resto, è da rilevare come, fatti salvi alcuni isolati eventi (l'organizzazione – nel 1983 – dell'Anno europeo delle piccole e medie imprese e dell'artigianato) una vera e propria politica comunitaria per le PMI sia invero mancata fino alla fine degli anni ottanta. Un fondamentale impulso si è avuto solo con l'adozione dell'Atto unico europeo, da cui è scaturita la decisione del Consiglio del 28 luglio 1989 sul “miglioramento del contesto aziendale e la promozione dello sviluppo delle imprese, in particolare delle piccole e medie imprese nella Comunità”. Da allora l'interesse della Comunità per le PMI è stato sempre crescente e si è concretizzato, tra l'altro, nella creazione dell'Osservatorio europeo per le piccole e medie imprese, nel

materia di concessione di contributi a cooperative di produzione del pescato o loro consorzi per la gestione dei mercati ittici previsti da una legge della Regione Abruzzo, in *Giur. cost.*, 1999, p. 856 ss. A commento della decisione si vedano le osservazioni di T. GROPPI, *Disciplina comunitaria degli aiuti alle imprese e leggi regionali*, in *Le Regioni*, 1999, p. 568 ss., anche per i precedenti in materia. Su questi temi, si rinvia a quanto già osservato *supra*, nota 20) con riferimento all'importante sentenza della Corte cost. 14/2004, commentata, tra gli altri, altresì da: L. CASSETTI, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, in www.federalismi.it, 2004; R. CARANTA, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 4, 2004 e F. PIZZETTI, *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma?*, in www.forumcostituzionale.it, 2004. Si vedano inoltre: G. FRANSONI, *Gi aiuti di Stato tra autonomia locale e capacità contributiva*, in *Riv. dir. trib.*, 2006, p. 249; L. DEL FEDERICO, *Agevolazioni fiscali nazionali ed aiuti di Stato, tra principi costituzionali ed ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. trib. internaz.*, n. 3, 2006, p. 19 ss. e A. CARINCI, *Autonomia impositiva degli enti substatali e divieto di aiuti di Stato*, in *Rass. trib.*, 2006, p. 1760. Per una dettagliata analisi del problema, ancora, C. BARBATI, *Territori e interessi economici*, cit., p. 251 ss.; nonché E. LANZA, *Trasversalità ed uniformità della tutela della concorrenza nel rapporto fra Stato e Regioni*, in www.issirfa.cnr.it/5991_908html, con riferimento alle “vicende giurisprudenziali legate alla definizione della materia ‘tutela della concorrenza’”.

(83) Si vedano il Regolamento CE n. 994/98 del Consiglio e il Regolamento CE 1998/2006 della Commissione.

lancio di apposite azioni comunitarie, nella creazione di un'apposita Direzione generale responsabile dell'attuazione delle politiche in loro favore, ecc. Il culmine di tale processo potrebbe, forse, essere rinvenuto nell'adozione, da parte della Commissione, dello *Small Business Act for Europe* del giugno 2008⁸⁴ che – come è evidenziato nell'atto medesimo – “riflette la volontà strategica della Commissione di riconoscere il ruolo centrale delle PMI nell'economia europea e costituisce, per la prima volta, un quadro politico articolato, a livello di UE e di singoli Stati membri”.

Proprio in tale contesto di accresciuto interesse, il Regolamento n. 994/98 del Consiglio aveva già autorizzato la Commissione europea a dichiarare con proprio regolamento che determinate categorie di aiuti sono compatibili con il mercato comune (art. 92, ora 87, parr. 2 3) e sono dispensate dalla procedura di cui all'art. 93 (ora 88), par. 3 del Trattato⁸⁵. Tra le forme di aiuto esentate l'art. 1 del regolamento indica espressamente gli aiuti a favore delle piccole e medie imprese⁸⁶ e gli aiuti che rispettano la mappa approvata dalla Commissione per ciascuno Stato membro per l'erogazione di aiuti a finalità regionale. Con Regolamento n. 1998/2006 del 15 dicembre 2006⁸⁷ – con validità fino al 31 dicembre 2013 – la Commissione europea ha dato quindi attuazione al citato regolamento del Consiglio, nell'intento di ridurre le difficoltà che le piccole e medie imprese incontrano nell'accesso al capitale ed al credito con l'obiettivo di facilitare lo sviluppo delle attività economiche delle stesse. Per la disciplina delle esenzioni dall'ap-

(84) Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Una corsa preferenziale per la piccola impresa – Alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la piccola impresa (uno “Small Business Act” per l'Europa)*, del 25 giugno 2008.

(85) Regolamento CE n. 994/98 del Consiglio, cit., art. 2, intitolato appunto *De minimis*.

(86) Una prima definizione di PMI nel diritto comunitario fu fornita con la raccomandazione del 3 aprile 1996, n. 280, resa dalla Commissione europea su richiesta del Consiglio. Un rinnovato sforzo definitorio è stato poi intrapreso con la più recente raccomandazione della Commissione del 6 maggio 2003, n. 361, intento ripreso nel decreto 18 aprile 2005 del Ministero delle attività produttive, che ha provveduto ad adeguare i criteri di individuazione delle PMI alla disciplina comunitaria.

(87) Disponibile *online* all'indirizzo: <http://eur-lex.europa.eu/>.

plicazione degli artt. 87 e 88 del Trattato CE si rinvia al testo del nuovo Regolamento (sostituisce una precedente versione del 2000) che si applica ora ad imprese di tutti i settori di attività diversi da produzione agricola, pesca e acquacoltura (è invece inclusa la trasformazione e commercializzazione di prodotti agricoli) – che hanno un proprio specifico regime *de minimis*⁸⁸ – e industria carboniera. Limitazioni specifiche sono inoltre previste per il trasporto di merci su strada, con l'esclusione degli aiuti destinati all'acquisto di veicoli⁸⁹. In linea generale, sia sufficiente rilevare come l'attuale Regolamento *De minimis* consideri che le misure di aiuto (qualsiasi esse siano, a prescindere dalla forma che assumano o dall'obiettivo perseguito) di importo fino a 200.000 euro per impresa nell'arco di tre esercizi finanziari non costituiscono aiuto di Stato ai sensi del Trattato, il che significa – come si è già evidenziato – che gli Stati membri possono concedere aiuti di tale importo senza oneri procedurali di comunicazione o notificazione alla Commissione.

Alla luce di tali disposizioni, pertanto, molte Regioni stanno già attivamente procedendo a dare immediata attuazione al Regolamento della Commissione, in particolare agendo in forma di incentivazione, agevolazione, contribuzione, ecc., nei confronti delle piccole e medie imprese, locali e non, purché insediate sul proprio territorio, in tutte le ipotesi nelle quali tali strumenti di sostegno allo sviluppo siano previsti dalle leggi di riforma fin qui esaminate, sfruttando a pieno

(88) Per la pesca, cfr. il Regolamento della Commissione 24 luglio 2007, n. 875/2007; per le "imprese attive nella produzione primaria dei prodotti di cui all'allegato I del Trattato CE", cfr. il Regolamento della Commissione 20 dicembre 2007, n. 1535/2007. Anche questi regolamenti recano una disciplina da considerarsi valevole fino al 31 dicembre 2013.

(89) Si sottolinea, per completezza di trattazione, come di recente sia stata emanata la direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri del 23 dicembre 2010, con cui è stata recepita a livello nazionale la proroga per il 2011 disposta con la Comunicazione della Commissione europea del 1° dicembre 2010, del "Quadro di riferimento temporaneo dell'Unione per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi economica e finanziaria". Tale "Quadro", originariamente adottato dalla Commissione europea con la Comunicazione 2009/C 83/01, aveva previsto alcune deroghe temporanee alla normativa sugli aiuti di Stato al fine di facilitare l'uscita dell'Europa dalla fase di recessione iniziata sul finire del 2008.

il potenziale di tali previsioni ai fini di apertura dei mercati locali a nuovi insediamenti produttivi⁹⁰.

(90) Sulla sostanziale indifferenza, per l'ordinamento comunitario, dell'organizzazione amministrativa degli Stati si rinvia, per tutti, a G. FALCON, *Regionalismo e federalismo di fronte al diritto comunitario*, in *Le Regioni*, 1992, p. 1231 ss. Più di recente, si veda la riflessione proposta da M. CARTABIA, V. ONIDA, *Le Regioni e l'Unione europea*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, I, p. 991, anche per l'ampia rassegna bibliografica. Tra le Regioni che per prime si sono attivate, merita di essere citata ad esempio la Regione Piemonte, la cui Giunta regionale – al di là degli specifici programmi periodicamente varati – ha fornito stabilmente alle Direzioni regionali le linee guida e gli orientamenti applicativi del predetto regolamento con la Deliberazione n. 43-6907 del 17 settembre 2007.

Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione

Silvia Pellizzari

Abstract

L'articolo si propone di analizzare il ruolo dei giudici amministrativi nell'attuazione e applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale così come definito dall'art. 118, comma 4 della Costituzione. Nonostante la giurisprudenza in materia sia quantitativamente piuttosto esigua, l'analisi svolta dimostra come rimanga spesso ancora incerto l'ambito di applicazione della disposizione costituzionale. Inoltre, si è via via fatta strada una tendenza nuova e piuttosto peculiare nella giurisprudenza amministrativa: quest'ultima, infatti, ha spesso richiamato il principio di sussidiarietà orizzontale quale criterio rafforzativo di altri valori che regolano l'esercizio delle attività amministrative, come, per esempio, nel caso dei principi di trasparenza e partecipazione dei privati al processo decisionale pubblico. Sulla base di queste premesse, in sede di conclusioni verranno svolte alcune considerazioni e in merito ai problemi e alle prospettive legate alla giustiziabilità e all'attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale.

1. Introduzione

Il presente contributo è inteso a svolgere alcune riflessioni sulle modalità con cui il principio di sussidiarietà orizzontale trova applicazione da parte della giurisprudenza amministrativa.

L'obiettivo presenta qualche criticità, anche perché, nonostante siano ormai trascorsi dieci anni dal riconoscimento in Costituzione del principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, comma 4, Cost.) e molte autorevoli opinioni dottrinali¹ siano intervenute in materia, rimango-

(1) La dottrina in materia di sussidiarietà orizzontale è molto vasta. Si citano qui senza pretesa di esaustività M. ABRESCIA, *Il principio costituzionale di sussidiarietà*, Bologna,

no ancora piuttosto incerti i confini, la portata e gli effetti della disposizione costituzionale.

Bonomo 2005; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 51 ss.; A. ALBANESE, C. MARZUOLI (a cura di), *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, Bologna, 2003; L. ANTONINI, *Il principio di sussidiarietà nel processo di riforma della pubblica amministrazione*, in *Non profit*, 2000, pp. 5-7; ID., *Il lento cammino della sussidiarietà tra convergenze teoriche e ostacoli di fatto*, *ivi*, pp. 41-53; G. ARENA, G. COTTURRI (a cura di), *Il valore aggiunto. Come la sussidiarietà può salvare l'Italia*, Carocci, 2010; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, vol. I, pp. 179-221; ID., *Sussidiarietà e solidarietà*, in *Impresa sociale*, 2005, p. 140 ss.; ID., *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare l'Italia*, Roma-Bari, 2006; E. BALBONI, *Sussidiarietà, libertà sociali, coerenza della normazione e disciplina delle fondazioni di origine bancaria*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 3149 ss.; A.M. BALESTRIERI, *Sussidiarietà, territorio, cooperazione tra mano pubblica e soggetti privati. Spunti per un inquadramento giuridico*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 615 ss.; G. BERTI, *Sussidiarietà e organizzazione dinamica*, in *Jus*, 2004, p. 171 ss.; ID., *Considerazioni sul principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 1994, p. 405 ss.; C. BERTOLINI, *La sussidiarietà amministrativa, ovvero la progressiva affermazione di un principio*, in *Dir. amm.*, n. 4, 2007, pp. 895-958; F. BILANCIA, *Sussidiarietà (il principio di)*, in M. AINIS (a cura di), *Dizionario costituzionale*, Roma-Bari, 2000, p. 455 ss.; R. BIN, *Sussidiarietà o diritti dei cittadini?*, in questa *Rivista*, 1998, p. 185 ss.; ID., *La sussidiarietà "orizzontale": alla ricerca dei soggetti "privati"*, in questa *Rivista*, 1999, p. 5 ss.; E. BLASI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nelle culture giuridiche tedesca e italiana dopo la riforma del Titolo V*, *Labsus Paper*, n. 18/2010; M. CAPUTI JAMBRENGHI, *Volontariato, sussidiarietà, mercato*, Bari, 2008; B. CAVALLO, *Sussidiarietà orizzontale e legge n. 241 del 1990 nel governo del territorio*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 3, 2006, pp. 395-408; V. CERULLI IRELLI, voce *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, agg. XII, 2004; M.P. CHITI, *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 505 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La funzione amministrativa oggi. Tra sussidiarietà orizzontale e nuovi compiti di polizia amministrativa*, in *Enti pubblici*, 2001, p. 582 ss.; M. CONSITO, *Sussidiarietà e terzo settore*, *Labsus Paper*, 19/2010; D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004; A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, p. 603 ss.; G.C. DE MARTIN (a cura di), *Sussidiarietà e democrazia. Esperienze a confronto e prospettive*, Padova, 2008; B. DI GIACOMO RUSSO, *Il cittadino consumatore e la sussidiarietà orizzontale*, *Labsus Paper*, 20/2011; ID., *La democrazia sussidiaria*, in *Quaderni regionali*, 2009, p. 105; D. DONATI, A. PACI (a cura di), *Sussidiarietà e concorrenza. Una nuova prospettiva per gestione dei beni comuni*, Bologna, 2010; D. DONATI, I. COLOZZI, *La sussidiarietà. Cosa è e come funziona*, Roma, Carocci, 2005; D. DONATI, R. SOLCI, *I beni relazionali. Che cosa sono e quali effetti producono*, Torino, 2011; P. DURET, *Sussidiarietà orizzontale, radici e suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, p. 95 ss.; ID., *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004; G. FALCON, *Autonomia amministrativa e principio di sussidiarietà*, in *Dir. soc.*, 1998, p. 279; L. GRIMALDI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Bari, 2006; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003; G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidia-*

Come la dottrina ha spesso messo in evidenza², le difficoltà interpretative e definitorie sono inevitabili, perché derivano dal carattere *polisenso* e *atemporale* del principio di sussidiarietà, che si traduce in una pluralità di possibili manifestazioni dello stesso. La sussidiarietà orizzontale appare cioè spesso come un principio giuridico di sintesi rispetto ad altri principi o, meglio, come una impostazione generale dell'ordinamento che nel suo complesso è tenuto alla sua attuazione. Ciò determina chiaramente notevoli problemi anche sul piano della giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale, analogamente a quanto del resto avviene per le altre declinazioni della sussidiarietà, vale a dire quella di derivazione comunitaria *ex art. 5* del Trattato sull'Unione europea e quella c.d. "verticale" prevista dall'art. 118, comma 1, Cost.

rietà orizzontale, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Milano, 2005, pp. 1749-1762; A. POGGI, *Le autonomie funzionali "tra" sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, 2001; N. POLITO, *Articolo 118 u.c. della Costituzione. Un approfondimento sul "favoriscono"*, contributo reperibile su www.astrid-online.it; G. RAZZANO, *Le fonti del diritto e il principio di sussidiarietà nel quadro dei più recenti interventi legislativi per la "semplificazione"*, in *Dir. amm.*, 2001; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 5 ss.; A. RINELLA, L. COEN, R. SCARCIGLIA, *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Padova, 1999; A. ROMANO TASSONE, *Sussidiarietà orizzontale e tutela della salute*, in *Sanità pubblica e privata*, n. 6, 2003; G.C. SALERNO, *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione europea*, Torino, 2010.

(2) Così P. DURET, *Sussidiarietà e auto amministrazione dei privati*, Padova, 2004, in particolare pp. 4 e 5, il quale riconosce al principio di sussidiarietà una natura di atemporalità. Ciò consente sempre nuove letture dello stesso disvelando profili nuovi che mutano al mutare della prospettiva in cui vengono collocati e dalla quale vengono visti. Analoghe suggestioni possono rinvenirsi anche in S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, V, p. 373 ss. L'Autore afferma infatti che il principio di sussidiarietà è un "principio ambiguo, con almeno trenta diversi significati, programma, formula magica, alibi, mito, epitome della confusione, foglia di fico: così è stata giudicata l'idea della sussidiarietà. Ciò non ha impedito che su di essa si esercitasse una riflessione ricchissima". Nello stesso senso F. BILANCIA, voce *Sussidiarietà (principio di)*, in M. ANIS, *Dizionario costituzionale*, Roma-Bari, 2000, p. 455 e A. RINELLA, *Il principio di sussidiarietà: definizioni, comparazioni e modello di analisi*, in A. RINELLA, L. COEN, R. SCARCIGLIA (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali*, Padova, 1999 il quale sottolinea il carattere "polisenso" del significato della formula linguistica "sussidiarietà". In questa ottica il principio sarebbe caratterizzato da molte variabili con la conseguenza che a fronte di un principio teoricamente unitario vi sono una pluralità di manifestazioni.

La prospettiva d'analisi prescelta impone quindi alcune precisazioni di carattere preliminare: innanzitutto l'indagine avrà ad oggetto la dimensione giuridica del principio di sussidiarietà³, così come riconosciuto dall'ordinamento positivo e inteso quale possibile criterio di regolazione dei rapporti tra poteri pubblici e cittadini nell'esercizio delle funzioni amministrative; in secondo luogo si cercherà di evidenziare i profili legati alla rilevanza della sua violazione nell'ambito del giudizio promosso di fronte al giudice amministrativo⁴.

Tale impostazione permetterà poi, in sede di considerazioni conclusive, di operare un confronto tra la sussidiarietà orizzontale e le altre due ipotesi di sussidiarietà riconosciute dal diritto positivo comunitario e nazionale, oltre che di impostare alcune più ampie riflessioni sulla natura del principio di sussidiarietà nella sua accezione orizzontale e sulle possibili misure di attuazione dello stesso nell'ambito delle funzioni pubbliche.

2. I significati della sussidiarietà orizzontale

Come è noto, il principio di sussidiarietà affonda le sue origini nel pensiero classico della filosofia e della scienza politica e, soprattutto, nella dottrina sociale della Chiesa cattolica⁵, nonostante abbia poi avuto una serie di sviluppi talvolta parzialmente diversi fra loro.

In primo luogo, il principio opera in una duplice dimensione di rapporti, quelli tra lo Stato e l'individuo e quelli tra le collettività inferiori e superiori. In entrambi i casi esso mira a valorizzare l'autonomia, la

(3) Sul punto P. DURET, *Sussidiarietà e auto amministrazione dei privati*, cit., p. 36 che richiama sul punto l'opinione di E. TOSATO, *Sul principio di sussidiarietà dell'intervento statale*, in *Nuova ant.*, 1959, p. 453.

(4) Sul tema oggetto del presente contributo si vedano anche F. GIGLIONI, *La sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza*, in G. ARENA, G. COTTURRI, *Il valore aggiunto*, Roma, 2010, p. 159 ss. e L. ANTONINI, *Sulla giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Quad. cost.*, 2003, p. 635 ss.

(5) In questo senso il riferimento è alla *Quadragesimo anno* del 1931 di Pio XI dove si parla della funzione sussidiaria dei poteri pubblici rispetto alle formazioni sociali naturali. In questa sede non è possibile ripercorrere puntualmente le dottrine che hanno costituito il sostrato teorico della nozione di sussidiarietà nella sua dimensione orizzontale. Ci si limiterà, quindi, a richiamare alcuni tratti ricorrenti nella elaborazione delle diverse tesi ricostruttive.

libertà e la responsabilità dei singoli e dei gruppi con cui il potere – inteso in generale come organizzazione di vertice dell'ordinamento – si deve confrontare.

In tal senso la sussidiarietà è innanzitutto principio di autonomia del singolo e delle articolazioni sociali all'interno dello Stato.

Il riconoscimento del valore dell'autonomia comporta in estrema sintesi almeno quattro differenti implicazioni per i livelli di aggregazione superiori e, in ultima istanza, per l'autorità pubblica dotata di sovranità: in primo luogo, questi ultimi devono riconoscere e rispettare l'autonomia dell'individuo e dei livelli inferiori; in secondo luogo, devono porre le condizioni di stabilità e sicurezza affinché questa ultima possa realizzarsi; in terzo luogo, devono garantire le forme e i mezzi attraverso cui alla società è consentito partecipare alla espressione della sovranità⁶; infine, devono porre le basi affinché le manifestazioni di autonomia si sviluppino e si rafforzino nel corso del tempo.

Di qui derivano due opposte valenze del principio di sussidiarietà: una di segno negativo che, in armonia con il pensiero liberale, afferma la necessaria non ingerenza dell'apparato pubblico negli ambiti della società civile – fatta eccezione per le esigenze di convivenza strettamente necessarie – e una di segno positivo secondo cui ai pubblici poteri è affidata la missione di favorire tutte le diverse articolazioni presenti nella società garantendo loro di operare autonomamente.

Una volta che il principio di sussidiarietà ha trovato riconoscimento nell'ordinamento italiano esso è stato inizialmente misurato sulla base di queste impostazioni teoriche.

Già a partire dalla fine degli anni novanta del secolo scorso – ancora prima di ottenere copertura costituzionale – la sussidiarietà orizzontale era divenuta uno degli elementi chiave per la attuazione di riforme amministrative tese a ridefinire i rapporti tra istituzioni pubbliche e cittadini nel senso di una maggior vicinanza delle prime ai secondi nell'ambito degli interventi di rinnovamento e semplificazione degli apparati pubblici.

(6) P. DURET, *Sussidiarietà e auto amministrazione dei privati*, cit., p. 26 secondo cui nella ottica solidaristica la dignità personale e l'autonomia individuale hanno come naturale corollario il diritto di partecipazione piena alla vita sociale cosicché il principio di sussidiarietà si declina altresì come principio della "potestà partecipata".

Tuttavia, come è stato autorevolmente sostenuto, sia l'art. 4, comma 3, lett. a) della legge 15 marzo 1997, n. 59 che l'art. 3, comma 5, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, finivano per assorbire l'idea della "sussidiarietà orizzontale" entro il processo di attuazione della c.d. "sussidiarietà verticale", come se l'apporto dei privati e delle loro formazioni fosse "sussidiario" rispetto alle funzioni pubbliche e non viceversa⁷.

Con la riforma del Titolo V della Costituzione e con il riconoscimento del principio di sussidiarietà orizzontale all'art. 118, comma 4, Cost., i nodi problematici, anziché sciogliersi, si sono ulteriormente complicati.

La generica formulazione della disposizione costituzionale per cui "Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà" ha, infatti, aggiunto nuovi quesiti ai già complessi rapporti tra sfera pubblica e sfera privata.

Tendenzialmente concorde nel riconoscere al principio valore giuridico e non meramente politico⁸, la dottrina non ha mancato di interrogarsi, da un lato, sull'ambito di applicazione della disposizione – e quindi sulla individuazione delle ipotesi di iniziativa privata autonoma per lo svolgimento di attività di interesse generale – e, dall'altro, sulla natura e sui caratteri del compito che la Costituzione assegna agli apparati pubblici che compongono la Repubblica a norma dell'art. 114 Cost., volto a *favorire* tali iniziative garantendone la piena realizzazione.

Quanto al primo aspetto, le interpretazioni dottrinali precisano, per un verso, che le attività di cui al quarto comma dell'art. 118 Cost. non possono comprendere "funzioni amministrative in senso tecnico" e quindi esercizio di poteri amministrativi di natura autoritativa⁹,

(7) In questo senso, G. PASTORI, *La sussidiarietà "orizzontale" alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, in A. RINELLA, L. COEN, R. SCARCIGLIA (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali*, cit., p. 171 ss.

(8) V. CERULLI IRELLI, voce *Sussidiarietà (dir. amm.)*, cit.

(9) Sul punto V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, per cui le attività di cui all'ultimo comma dell'art.

per altro verso, collegano “l’interesse generale” cui le attività private tendono alle molteplici forme, più o meno organizzate, dirette a realizzare finalità non meramente egoistiche, ma di “inclusione sociale” attraverso una autonoma assunzione dell’onere di “contribuire al difficile compito di creare le condizioni per la piena realizzazione di ciascuna persona”¹⁰.

Sul punto va senz’altro ricordata la decisione del Consiglio di Stato in sede consultiva per gli atti normativi del 25 agosto 2003, n. 1440, secondo la quale i fenomeni ricompresi nell’ultimo comma dell’art. 118 Cost. sarebbero riconducibili al modulo formale della “cittadinanza societaria” quale “aspetto relazionale che ai soggetti, prevalentemente comunitari (famiglie, associazioni), è conferito per il solo fatto di porsi nel contesto sociale e di operarvi al di fuori di regole preconfezionate da autorità munite di poteri pubblici”.

Di qui non solo il collegamento con altre disposizioni costituzionali – in primo luogo gli artt. 2 e 3, comma 2, Cost. – ma anche il riconoscimento della sussidiarietà orizzontale quale principio ispiratore implicito di molta legislazione vigente in materia di cooperazione e impresa sociale, volontariato e associazionismo di promozione sociale a livello sia nazionale che comunitario.

Proprio al valore di inclusione sociale, infatti, è ormai assegnato un ruolo fondamentale in ambito europeo, basti pensare alle iniziative contenute nella recente strategia *Europa 2020* e a quanto previsto nel testo definitivo dell’*Atto per il mercato unico* licenziato nell’aprile del 2011 in merito alla imprenditoria sociale¹¹.

118 Cost. non possono comprendere funzioni amministrative in senso tecnico, comportanti l’esercizio di poteri amministrativi che invece devono essere riservate alla pubblica amministrazione. Allo stesso tempo dovrebbero ritenersi escluse dall’ambito di applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale le attività di servizio pubblico a carattere industriale e commerciale. In questo senso le attività di interesse generale consisterebbero essenzialmente in operazioni e prestazioni materiali, supportate da attività negoziali e caratterizzate in principio dalla non essenzialità del fine di lucro.

(10) G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell’art. 118, u.c. della Costituzione*, in AA.Vv., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Milano, 2005, p. 178 ss. spec. p. 185.

(11) Il testo definitivo del *Single Market Act* (aprile 2011) prevede (p. 14) che “il mercato interno si fonda su ‘un’economia sociale di mercato altamente competitiva’, che

Quanto al secondo profilo relativo all'obbligo posto in capo a Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni di favorire questi fenomeni di cura dell'interesse generale sorti spontaneamente nella società civile, sono emerse opzioni interpretative di segno variabile.

Da un lato si sottolinea come, pur non impedendo l'intervento pubblico nei settori in cui questo è ritenuto necessario, il principio di sussidiarietà orizzontale escluda essenzialmente di pubblicizzare – sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo – quei settori in cui l'iniziativa autonoma dei soggetti privati sia presente nella gestione di attività di interesse generale¹². Queste ultime, che possono identificarsi sia come prestazioni a favore della collettività che come interventi di tutela su beni di rilevanza comune, devono però essere sottoposte a interventi di controllo che ne misurino l'efficienza e la capacità di soddisfare le esigenze della collettività¹³.

Dall'altro lato è stato, invece, acutamente messo in evidenza come la comunanza tra interessi generali perseguiti dai soggetti privati e interessi pubblici imporrebbe un radicale cambiamento di prospettiva nei rapporti tra pubbliche amministrazioni e amministrati¹⁴. Al tradizionale modello bipolare si contrappone un modello multipolare

riflette l'evoluzione verso una crescita inclusiva, socialmente più giusta ed ecologicamente sostenibile. Si affermano nuovi modelli economici, in cui tali considerazioni di responsabilità nei confronti della società prevalgono sulle logiche di puro profitto finanziario”.

(12) Le attività oggetto della autonoma iniziativa dei privati, singoli e associati, possono tradursi in attività di prestazione ma anche in attività di tutela di beni comuni. Per quanto riguarda il primo caso si pensi alle attività di assistenza alle persone svantaggiate, un esempio del secondo caso può essere rappresentato invece dalle attività poste in essere dalle associazioni di protezione ambientale. Sul punto appare opportuno richiamare anche quanto detto dalla Corte costituzionale in merito alle Fondazioni di origine bancaria, considerate quali soggetti espressione della sussidiarietà orizzontale in qualità di “enti privati, senza fine di lucro con piena autonomia statutaria e gestionale [...] soggetti dell'organizzazione delle libertà sociali” (Corte cost., sentenza 29 settembre 2003, n. 301).

(13) Così V. CERULLI IRELLI, voce *Sussidiarietà (dir. amm.)*, cit. il quale ritiene possibile applicare alla attività privata svolta per il perseguimento di un interesse generale il principio della legge 7 agosto 1990, n. 241 così come previsto dall'art. 1, comma 1-ter.

(14) Per tutti, G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, cit., *passim*.

in cui l'amministrazione dovrebbe, ove opportuno e sulla base di un principio di flessibilità della forma nel perseguimento degli interessi pubblici, ricorrere a strumenti regolatori e consensuali consentiti dalla disciplina generale e di settore e non di rado spesso già utilizzati per gestire vicende amministrative in cui insistono interessi di natura economica e imprenditoriale¹⁵.

Non mancano, infine, posizioni che vedono nel principio di sussidiarietà orizzontale un'ulteriore conferma di istituti entrati a far parte del nostro ordinamento a seguito delle riforme che nei decenni più recenti hanno interessato la pubblica amministrazione: stretto sarebbe in questo senso il collegamento tra sussidiarietà e autonomie funzionali oltre che il legame con gli interventi di privatizzazione, liberalizzazione e semplificazione procedimentale¹⁶.

3. L'accezione specifica del principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo

Il legame che, pur con diversa intensità, le ricostruzioni dottrinali individuano tra sussidiarietà ed esercizio della funzione amministrativa comporta che tra i "soggetti protagonisti" della attuazione del principio nella sua dimensione orizzontale vi sia anche il giudice amministrativo cui va riconosciuto un ruolo certamente non secondario nella garanzia e nella attuazione della previsione costituzionale.

Come è stato bene messo in evidenza dalla dottrina che si è occupata del tema oggetto del presente scritto¹⁷, la giurisprudenza ammini-

(15) Si veda sul punto il saggio di S. CASSESE, *L'arena pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, 2001, p. 601 ss.

(16) In questo senso R. BIN, *La funzione amministrativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, p. 365 ss., spec. p. 374, riconduce il principio di sussidiarietà orizzontale al settore delle autonomie funzionali. Nello stesso senso in parte anche G. PASTORI, PASTORI, *La sussidiarietà "orizzontale" alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, cit., *passim*, il quale richiama tuttavia anche alcuni istituti di semplificazione procedimentale come esempio di attuazione del principio. Su questo ultimo profilo si veda, inoltre, L. MARTINEZ, *La dichiarazione di inizio attività: natura e regime giuridico*, Torino, 2008. Con riferimento all'autoamministrazione, P. DURET, *Sussidiarietà e auto amministrazione dei privati*, cit., *passim*.

(17) Per tutti sul punto F. GIGLIONI, *La sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza*, cit., p. 160.

strativa sul principio di sussidiarietà orizzontale è quantitativamente piuttosto esigua.

Non solo, ma la cornice entro cui le argomentazioni sull'applicazione del principio costituzionale sono inserite dimostra chiaramente la conferma di un modello "bipolare" quale tradizionale espressione delle dinamiche e dei rapporti tra pubbliche amministrazioni e privati. Tuttavia occorre considerare che ciò è in parte dovuto alla natura impugnatoria del giudizio di fronte al giudice amministrativo e al comportamento processuale delle parti, le quali molto raramente richiamano il principio di sussidiarietà orizzontale a sostegno delle proprie argomentazioni. Ne consegue che nella maggior parte dei casi il principio è utilizzato con criterio essenzialmente argomentativo e retorico. Se si guarda alla giurisprudenza che ha dato applicazione al principio di sussidiarietà orizzontale al fine, da un lato, di individuarne, l'ambito di utilizzo e, dall'altro, di definire i principi e le regole connesse all'obbligo di favorire, inteso quale funzione pubblica in senso oggettivo, i risultati sono decisamente poco significativi.

Per quanto riguarda l'individuazione dell'ambito di applicazione della disposizione di cui all'art. 118, comma 4, Cost. e il tentativo di chiarire i casi di "autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale", il problema assume in linea generale una duplice dimensione. Per un verso, comporta il confronto tra le attività di interesse generale e le attività economiche di natura commerciale e imprenditoriale; per altro verso, affronta il rapporto tra l'interesse generale e l'interesse pubblico.

Su entrambi i versanti la analisi della giurisprudenza amministrativa esprime un quadro dai confini poco definiti.

Il Consiglio di Stato, in sede consultiva sullo schema di un decreto ministeriale avente ad oggetto l'istituzione di un Fondo per la tutela e lo sviluppo economico e sociale delle Isole minori¹⁸, aveva escluso non solo che l'attività di impresa potesse rientrare nel fenomeno della sussidiarietà orizzontale, ma anche che gli interessi generali perseguiti dalle formazioni sociali (quale espressione della cittadinanza societaria) potessero coincidere del tutto con gli interessi pubblici connessi

(18) Cons. Stato, 25 agosto 2003, n. 1440.

alle funzioni istituzionalmente svolte dalle pubbliche amministrazioni. Tuttavia, con riferimento al primo aspetto, i giudici amministrativi (in particolare di primo grado) hanno in più di una occasione finito per ricondurre nell'ambito dell'art. 118, comma 4, Cost. anche attività di natura puramente imprenditoriale come quelle di vigilanza privata in virtù della loro stretta connessione con la materia della polizia di sicurezza e agli evidenti riflessi sulla sicurezza e ordine pubblico¹⁹.

Sul punto appare, tuttavia, opportuno ricordare che il collegamento tra l'iniziativa di cui all'art. 118, comma 4, Cost. e quella di cui all'art. 41 Cost. ha trovato conferma nello spirito riformatore unitario espresso nel recente disegno di legge costituzionale recante modifiche agli artt. 41, 97 e 118, comma 4, Cost. approvato dal Consiglio dei ministri il 9 febbraio 2011.

Con riferimento al secondo aspetto individuato, che rimane poco approfondito dalla giurisprudenza, si segnala la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3711 la quale esprime un approccio piuttosto rigido nel determinare i confini tra attività di interesse generale e funzioni pubbliche. Il caso di specie, peraltro del tutto peculiare, riguardava il conferimento da parte di una amministrazione comunale a una parrocchia di un terreno di proprietà pubblica mediante atto di donazione.

Il Consiglio di Stato, nell'individuare l'interesse pubblico necessario ai fini della assunzione dell'atto di liberalità, ha sostenuto che questo non potesse coincidere con una sorta di *favor* verso le finalità perseguite dall'ente ecclesiastico.

(19) TAR Campania, Napoli, sez. V, 11 novembre 2008, n. 19507. Nello stesso senso va anche la sentenza del TAR Lazio, Roma, sez. I-ter, 10 marzo 2006, n. 1890, secondo cui "le imprese private operanti nel settore della sicurezza svolgono una attività 'complementare e sussidiaria' a protezione di beni di valore ed importanza meramente individuale, rispetto a quella svolta dall'autorità pubblica a tutela della sicurezza della generalità dei consociati, consentendo a quest'ultima di concentrare la propria azione su obiettivi di importanza prioritaria e di interesse veramente generale, secondo il modello di interazione di operatori pubblici e privati in cui si concretizzano i principi di sussidiarietà orizzontale, adeguatezza, efficacia, efficienza della azione amministrativa, che hanno ormai trovato riconoscimento anche nella nostra Carta costituzionale". Sul punto potrebbe rivelarsi suggestivo il collegamento tra queste attività private e il richiamo al "disagio sociale" così come interpretato da ultimo dalla Corte costituzionale con la decisione 21 giugno 2010, n. 226.

In altre parole, nonostante l'ente ecclesiastico svolga attività che "esprimono valori connessi alla comunità di base" attraverso modalità proprie della "peculiare cultura e sensibilità di riferimento" e destinate alla crescita morale, sociale e culturale della stessa, queste attività devono considerarsi estranee, in linea di principio, all'esercizio delle potestà pubbliche; anche nel caso in cui i pubblici poteri ne riconoscano la coerenza con l'interesse collettivo, le eventuali forme di ausilio che da parte delle istituzioni potrebbero scaturire non avrebbero "l'effetto di captar[e] [queste attività] nel contesto degli interessi pubblici".

In questo quadro tutt'altro che chiaro, derivano indicazioni piuttosto timide e poco articolate anche in merito alla individuazione dei contenuti della funzione amministrativa, sintetizzata nell'obbligo, posto in capo alla Repubblica nelle sue differenti articolazioni, di favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini.

In primo luogo, si può dire che la posizione giuridica dei cittadini singoli o associati rispetto all'esercizio della funzione *de qua* è ascrivibile, per la giurisprudenza, alla tradizionale categoria degli interessi legittimi. In secondo luogo la pubblica amministrazione mantiene una ampia discrezionalità in merito alle modalità e ai contenuti di esercizio delle sue funzioni.

Sul punto è di particolare interesse la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 6 giugno 2009, n. 6094 riguardante una proposta presentata da una società di mutuo soccorso locale, rappresentativa di molte imprese sociali, cooperative, associazioni, fondazioni, *onlus* e comitati presenti sul territorio, per l'utilizzo a fini sociali e culturali di un'area in disuso di proprietà comunale.

In questa sede il giudice amministrativo ha sottolineato che, nonostante le trattative avviate con l'amministrazione comunale, la società non potesse dirsi titolare di una posizione giuridica qualificata di legittimo affidamento rispetto al bene; inoltre rimaneva comunque in capo alla pubblica amministrazione la possibilità di scegliere sulla base di valutazioni ampiamente discrezionali le modalità di gestione del proprio patrimonio²⁰.

(20) Analoga considerazione si ritrova nella decisione del TAR Sardegna, sez. I, 21 dicembre 2007, n. 2407, per cui: "l'art. 118, comma 4, Cost. [...] afferma le necessità

Alcuni tentativi da parte dei ricorrenti di far valere direttamente la violazione del principio di sussidiarietà si rinvengono, infine, in materia di gestione dei servizi pubblici locali.

Per un verso, infatti, il principio di sussidiarietà orizzontale è stato invocato, tra gli altri motivi, per contrastare le scelte dell'amministrazione comunale di gestire *in house* alcuni servizi. In questi casi la giurisprudenza ha, però, affermato che la disposizione costituzionale si limita a prevedere la necessità che i soggetti pubblici "favoriscano l'autonoma iniziativa dei privati" senza fornire ulteriori indicazioni interpretative. Di qui deriva la permanenza in capo a ogni ente pubblico della potestà politico-amministrativa di valutare e decidere quali siano le modalità più adeguate e opportune per garantire e soddisfare gli interessi pubblici coinvolti nelle attività che rispondono a un bisogno della sua collettività di riferimento²¹.

Per altro verso, e in senso parzialmente contrario, la sussidiarietà è stata associata alla scelta compiuta da un comune di concludere una convenzione con un soggetto privato per la costituzione di una società di trasformazione urbana, senza ricorrere a una procedura di evidenza pubblica per la scelta dell'azionista privato.

In questo secondo caso, il rischio che il richiamo alla sussidiarietà orizzontale potesse portare ad una elusione delle norme sulla evidenza pubblica poste a garanzia del mercato e della concorrenza tra privati, ha indotto il giudice amministrativo a sottolineare che in ogni caso "il principio va letto ed applicato in coerenza con l'ordinamento giuridico costituzionale inteso nella sua complessità". Ciò comporta che il principio di sussidiarietà non possa essere disgiunto dagli altri

di un intervento della pubblica amministrazione a sostegno e promozione dell'attività dei privati. La disposizione costituzionale si limita infatti a prevedere la necessità che i soggetti pubblici ivi contemplati favoriscano l'autonoma iniziativa dei privati, senza, peraltro, contenere ulteriori indicazioni ermeneutiche che consentano di ritenere sottratto ai primi il potere di intervento nell'area delle 'attività di interesse generale'. A ciascun ente pubblico, nell'ambito delle proprie attribuzioni, deve riconoscersi la potestà di valutare quali siano le modalità più consone al soddisfacimento degli interessi pubblici coinvolti nelle attività cui la norma fa riferimento".

(21) In questo senso ancora TAR Sardegna, sez. I, 21 dicembre 2007, n. 2407 e TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 1° luglio 2008, n. 2842.

principi costituzionali che regolano l'attività della pubblica amministrazione, vale a dire il principio di legalità, imparzialità e buon andamento²².

Più favorevole alla giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale è la decisione del TAR Liguria, sez. II, 18 novembre 2003, n. 1479. Oggetto di impugnazione era un atto di indirizzo regionale con cui veniva sostanzialmente precluso agli enti pubblici e privati preposti alla vigilanza e al controllo delle disposizioni sulla protezione degli animali il ricorso a forme di collaborazione con le guardie zoofile volontarie messe a disposizione da associazioni autorizzate operanti in materia di protezione degli animali e dei beni naturali. In particolare la delibera della Giunta regionale prevedeva che l'attività delle guardie volontarie non dovesse essere esercitata su quelle parti del territorio dove i Comuni, le Province e le Aziende sanitarie locali potessero contare su personale proprio ovvero su volontari specializzati nell'espletamento dei compiti di vigilanza.

Il giudice amministrativo, in questo caso, ha provveduto ad annullare la deliberazione per violazione della legge regionale di rango primario, così come interpretata alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale, la quale prevedeva che le guardie zoofile fossero utilizzabili dagli enti locali per essere addette, previo corso di qualificazione e di formazione, alle attività di vigilanza e controllo.

Tuttavia, l'aspetto forse più interessante della sentenza è la ricostruzione che il giudice di primo grado propone con riferimento alla discrezionalità dell'organo regionale e ai limiti che a questo derivano dalla garanzia del principio di sussidiarietà orizzontale nell'attuazione della fonte primaria. In sintesi, la decisione riconosce al potere regolamentare e di indirizzo la possibilità di individuare discrezionalmente le diverse modalità di utilizzo delle guardie zoofile e di graduare i compiti e le funzioni che le stesse andranno a compiere in collaborazione agli enti preposti alla vigilanza. Rimane tuttavia preclusa la previsione di una modalità di esercizio del servizio la quale abbia l'effetto di estromettere di fatto i volontari delle associazioni prote-

(22) Così TAR Umbria, 17 dicembre 2003, n. 987.

zionistiche da qualunque attività di co-gestione nel perseguimento dell'interesse pubblico dalle stesse condiviso (si potrebbe, a tal proposito, parlare di una sorte di impraticabilità della c.d. opzione zero).

4. Le altre dimensioni del principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo

Se il profilo relativo alla rilevanza del principio di sussidiarietà orizzontale nell'ambito della funzione pubblica specifica diretta a promuovere le diverse manifestazioni di iniziativa privata per lo svolgimento di attività di interesse generale rimane poco approfondito, nella giurisprudenza amministrativa analizzata emergono invece con maggiore frequenza altre accezioni del principio, cui viene dato uno spazio maggiore.

4.1. Sussidiarietà orizzontale e libertà di iniziativa economica

In primo luogo, il principio di sussidiarietà orizzontale viene spesso astratto dal suo collegamento con il compito di favorire le attività private di interesse generale per divenire una sorta di criterio generale della azione amministrativa in chiave rafforzativa di altri principi.

Un primo esempio di quanto appena detto riguarda il già accennato rapporto tra sussidiarietà e garanzia della libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost.

Attraverso l'interpretazione estensiva dell'ambito di applicazione della disposizione costituzionale, alcune sentenze dei Tribunali amministrativi regionali di primo grado hanno finito per richiamare l'art. 118, comma 4, Cost. a sostegno del principio di concorrenza e di libero accesso al mercato nei settori della vigilanza e delle investigazioni private, ove l'iniziativa economica è subordinata al necessario previo ottenimento di provvedimenti di natura autorizzatoria disciplinati dal TULPS.

L'intento è qui quello di limitare la discrezionalità amministrativa connessa al potere amministrativo di autorizzare o meno le attività private, in modo tale da ridurre le barriere all'entrata e gli oneri amministrativi che si frappongono alla libera iniziativa dei privati nello svolgimento delle loro attività economiche.

Emblematica al riguardo è la decisione del TAR Lazio, Roma, sez. I-ter, 10 marzo 2006, n. 1890 relativa all'impugnazione di un diniego

prefettizio alla richiesta di estensione dell'oggetto dell'autorizzazione, già resa a una impresa per lo svolgimento di vigilanza antitaccheggio, alle attività di investigazione privata motivato in considerazione della situazione di "saturazione" del mercato dei servizi in questione.

Il giudice amministrativo annulla il provvedimento impugnato sulla base di una lunga e articolata motivazione.

Muovendo le fila dalla necessità di rileggere le disposizioni del TULPS alla luce dei principi della nuova costituzione economica riassunti dalla tutela della concorrenza e dalla libertà di accesso al mercato dei servizi, il collegio riconosce che i limiti allo svolgimento di una attività economica devono essere interpretati in senso rigorosamente restrittivo nella misura in cui si tratti di attività che partecipano, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri, ovvero che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica.

Per questi motivi, l'eventuale diniego del provvedimento di autorizzazione deve mettere in evidenza nell'ambito della motivazione circostanze fondate su una attività istruttoria particolarmente approfondita, che dimostrino particolari esigenze di ordine pubblico e di sicurezza tali da rendere inopportuno l'accesso al mercato dei servizi in parola ad un nuovo operatore del settore.

A tal fine, per il giudice di primo grado occorre interpretare le disposizioni di rango primario proprio alla luce dei principi costituzionali espressi nell'art. 118, comma 4, Cost., nel senso di garantire che anche nelle funzioni di "sicurezza a tutela dei beni materiali dei singoli privati" la attività svolta dagli istituti investigativi e di vigilanza sia vista con particolare favore, dal momento che si pone in una posizione complementare e sussidiaria rispetto a quella delle istituzioni pubbliche, rispondendo a un'esigenza particolarmente sentita dall'utenza di difendersi dal dilagante fenomeno della microcriminalità.

Sul punto occorre tuttavia osservare che, se la riduzione delle barriere e degli oneri amministrativi all'entrata di nuovi operatori sui mercati è ormai un valore e un obiettivo fondamentale della "nuova costituzione economica" interpretata alla luce del diritto comunitario²³,

(23) Si veda, per esempio, la direttiva CE n. 2006/123/CE.

il richiamo del principio di sussidiarietà orizzontale appare in tale contesto poco utile e inappropriato, essendo sufficiente, ai fini che interessano, il richiamo al principio di tutela della concorrenza, di libertà di iniziativa economica e di proporzionalità nell'esercizio della funzione autorizzatoria²⁴.

4.2. Sussidiarietà orizzontale e partecipazione al procedimento amministrativo

Un secondo esempio di richiamo del principio di sussidiarietà orizzontale in chiave rafforzativa si ritrova con riferimento alla partecipazione dei privati, singoli e associati ai procedimenti amministrativi.

In questo senso sono stati, di volta in volta, considerati attuazione dell'art. 118, comma 4, Cost.: I) l'istituto della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di cui all'art. 10-*bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241²⁵; II) la partecipazione di una associazione di categoria al procedimento per la definizione degli orari degli esercizi commerciali e per la disciplina delle deroghe alle chiusure domenicali e festive²⁶; III) le osservazioni presentate dal privato proprietario nell'ambito di un procedimento di approvazione di progetto preliminare per lavori di riqualificazione urbana, con conseguente apposizione di un vincolo preordinato all'espropriazione del bene culturale di interesse storico artistico di sua proprietà²⁷.

Secondo questa impostazione le pubbliche amministrazioni devono preferire quei modelli procedurali che consentano il coinvolgimento diretto e attivo dei singoli e dei gruppi sociali. Questi ultimi sono infatti chiamati a co-gestire la funzione amministrativa secondo il principio costituzionale della sussidiarietà orizzontale.

La conseguenza che la giurisprudenza trae è nel senso della valorizzazione della posizione giuridica di tutti i soggetti coinvolti nell'eser-

(24) In questo senso anche F. GIGLIONI, *La sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza*, cit., p. 178.

(25) TAR Lazio, Roma, sez. II-*bis*, 16 marzo 2009, n. 2690.

(26) TAR Puglia, Bari, sez. III, 12 novembre 2009, n. 2713.

(27) TAR Campania, Napoli, sez. V, 14 febbraio, 2008, n. 820.

cizio procedimentale della azione amministrativa non solo “in termini di mera collaborazione nell’adozione dei provvedimenti che incidano direttamente sulla loro sfera giuridica, ma anche ai più generali fini della gestione stessa della funzione amministrativa per renderla più adeguata rispetto agli interessi pubblici perseguiti”²⁸.

Alla partecipazione del privato proprietario di un immobile oggetto di un procedimento diretto alla apposizione di un vincolo preordinato all’esproprio, la giurisprudenza ha quindi ricollegato l’obbligo in capo alla pubblica amministrazione di porre particolare attenzione e cura nella motivazione del provvedimento, specificando le ragioni che la inducono a disattendere l’eventuale progetto presentato dal privato il quale potrebbe consentire un utile recupero del bene e una sua apertura alla pubblica fruizione mantenendo la proprietà privata dello stesso.

Particolare rilevanza è stata riconosciuta alle associazioni di categoria in un procedimento di disciplina delle aperture domenicali degli esercizi commerciali di cui alla legge regionale con la previsione di un obbligo di concerto o, in alcuni casi, di previo accordo tra queste e l’amministrazione comunale.

Tale partecipazione è infatti considerata dal giudice amministrativo quale momento fondamentale e irrinunciabile al fine di “determinare scelte rispondenti alle peculiarità socio culturali della Regione”.

Non si può, quindi, negare che l’indirizzo in parola possa condurre a una benefica e spesso auspicata revisione della portata di molte impostazioni tradizionali circa il valore e il senso degli istituti di partecipazione procedimentale soprattutto quando questi permettano il confronto tra amministrazione e amministrati secondo una sorta di pari dignità procedimentale che consenta ai secondi di incidere in modo significativo anche sul contenuto delle decisioni.

Tuttavia questa assimilazione tra principio di sussidiarietà orizzontale e partecipazione ai processi decisionali, la quale pare fondarsi anche sull’implicito collegamento tra l’iniziativa di cui all’art. 118, comma 4, Cost. e l’iniziativa costituzionale intesa quale partecipazione demo-

(28) Così TAR Liguria, sez. I, 18 marzo 2004, n. 267.

cratica di cui, tra gli altri, agli artt. 3, 71 e 123 Cost. non convince del tutto²⁹.

Come è stato autorevolmente sostenuto³⁰, infatti, la sussidiarietà orizzontale non può essere confusa con il principio partecipativo-democratico; la partecipazione è infatti uno strumento fondamentale della sussidiarietà, non la sua unica ed esclusiva declinazione.

4.3. *Sussidiarietà orizzontale e controllo diffuso della legittimità della azione amministrativa*

Il terzo ambito in cui il principio di sussidiarietà orizzontale ha trovato applicazione è legato alla esigenza di assicurare un controllo democratico e diffuso sulla legittimità della azione amministrativa quando questa incida su determinati beni comuni, primo fra tutti l'ambiente. Questa esigenza è affrontata secondo due differenti vie.

La prima riguarda una interpretazione estensiva dei requisiti integranti la legittimazione a ricorrere, consentendo ai cittadini e alle loro formazioni sociali una ampia possibilità di sindacare in sede giurisdizionale l'esercizio della funzione amministrativa³¹.

In altre parole, il principio di sussidiarietà orizzontale finisce per trovare nella giurisprudenza diretta applicazione – quasi fosse quest'ultima a favorire direttamente l'autonoma iniziativa dei cittadini – attraverso un ampio riconoscimento della legittimazione processuale per

(29) In questo senso il principio di sussidiarietà orizzontale può essere assimilato ai contenuti di alcune tesi politologiche che associano il termine *horizontal subsidiarity* ai processi decisionali ispirati al modello della *multilevel governance*. S. SMISMANS, *The Eu's Schizophrenic Constitutional Debate: Vertical and Horizontal Decentralism in European Governance*, EUI Working Papers n. 32/2004 e M. MASCHERINI, A. SALTELLI, D. VIDONI, *The Characteristics of Social Participation in Europe: Evidence from ESS2002*, JRC Scientific and Technical Reports 2007.

(30) Così U. ALLEGRETTI, *Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti*, in *Democrazia e diritto*, n. 3, 2006. Cfr. inoltre ID., *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 01, 2011. Sul tema della democrazia partecipativa si vedano inoltre U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa: esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010 e A. VALASTRO (a cura di), *Le regole della democrazia partecipativa: itinerari per la costruzione di un metodo di governo*, Napoli, 2010.

(31) Così, per esempio, TAR Puglia, Lecce, sez. I, 12 maggio 2006, n. 2573.

sindacare la legittimità dell'esercizio della funzione amministrativa da parte degli enti pubblici soprattutto territoriali³².

La seconda passa, invece, attraverso la valorizzazione del diritto di accesso agli atti e documenti amministrativi.

In questo secondo caso si afferma, per esempio, che le associazioni che si ripropongono finalità non lucrative di interesse generale, secondo un principio di sussidiarietà orizzontale e di pubblicità/trasparenza della funzione pubblica, possono validamente affiancare la pubblica amministrazione nel doveroso controllo sociale sulla efficacia dei servizi pubblici quando questi siano erogati dai privati per conto della p.a. nel perseguimento dei fini coincidenti con quelli statutariamente perseguiti³³.

Anche su questo punto, appaiono evidenti alcune perplessità di ordine generale circa il ricorso alla sussidiarietà orizzontale per ampliare la sfera dei legittimati al ricorso o all'accesso ai documenti amministrativi. Lo stesso Consiglio di Stato, nella decisione della sez. V, 19 febbraio 2007, n. 826 ha criticato almeno la prima di queste due linee interpretative, affermando che "l'art. 118 Cost. attiene a forme più evolute di esercizio di potestà amministrativa e come tale non può incidere sui cardini della funzione giurisdizionale".

Parimenti, la circostanza che questa tendenza si sia sviluppata soprattutto in materia di tutela di beni ambientali fa sorgere un interrogativo circa l'opportunità di richiamare il principio di sussidiarietà orizzontale e non, invece, altre fonti e altri principi che sono parte dell'ordinamento; si pensi, a titolo esemplificativo, alla Convenzione di Aarhus del 25 giugno 1998 ratificata nel nostro ordinamento con la legge 16 marzo 2001, n. 108 relativa proprio all'accesso alle informazioni, alla partecipazione ai processi decisionali e all'accesso alla giustizia in materia ambientale.

(32) Si vedano anche TAR Liguria, sez. I, 18 marzo 2004, n. 267 e 11 maggio 2004, n. 747. Sul punto, in dottrina, M. BARBERO, *Sussidiarietà orizzontale e legittimazione processuale amministrativa*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

(33) TAR Campania, sez. V, 12 febbraio 2007, n. 124, riguardante una istanza di accesso presentata a un Comune da una associazione animalista avente ad oggetto tutti gli atti attinenti alla costruzione e risanamento dei canili.

5. Conclusioni

L'analisi svolta nei precedenti paragrafi ha messo in evidenza le difficoltà connesse alla giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale nell'ambito del giudizio amministrativo.

La giurisprudenza esaminata ha espresso un atteggiamento piuttosto ondivago, richiamando sovente la disposizione costituzionale in senso rafforzativo rispetto ad altri principi e valori tra loro disomogenei, quali il principio di concorrenza e libero accesso ai mercati, di partecipazione ai processi decisionali pubblici, di trasparenza e di controllabilità "diffusa" della azione amministrativa in sede giurisdizionale.

Questa impostazione, che finisce per indebolire il principio anziché valorizzarlo, consente di svolgere alcune riflessioni.

In primo luogo, il giudice amministrativo pare rivolgere la sua attenzione ad elementi che indirettamente si collegano al principio di sussidiarietà, ma che, tuttavia, non ne costituiscono specifica attuazione: questo vale nelle ipotesi in cui vengono richiamati gli istituti di partecipazione e di trasparenza o si procede a interpretare in maniera estensiva il requisito della legittimazione a ricorrere. L'identificazione operata tra i valori appena menzionati e la sussidiarietà orizzontale appare infatti impropria, dal momento che essi potrebbero al massimo porsi come possibili mezzi di realizzazione di quest'ultima, ma non come sua diretta, né ancor meno esclusiva, espressione.

In secondo luogo, il collegamento con la tutela della libertà di iniziativa economica e con la garanzia delle istanze partecipative fa emergere il tentativo di utilizzare la sussidiarietà quale limite e vincolo all'esercizio della discrezionalità amministrativa, imponendo di conseguenza di svolgere più rigorosamente la funzione procedimentale e di considerare in modo più stringente le posizioni espresse dai soggetti privati nell'ambito della motivazione del provvedimento.

In generale si può osservare che le difficoltà legate alla giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale sono strettamente legate alla natura indeterminata dello stesso, ai differenti significati che ad esso possono essere associati e ai diversi strumenti che di fatto possono costituirne attuazione.

In questo senso i problemi posti dalla sussidiarietà orizzontale non sono del tutto dissimili da quelli emersi con riferimento alle altre due

forme di sussidiarietà applicabili al riparto di competenze e poteri tra istituzioni e autorità pubbliche omogenee: quella prevista a livello comunitario³⁴ e quella “verticale” di cui all’art. 118, comma 1, Cost. Pur tenendo conto delle significative differenze³⁵, è da notare come

(34) Previsto inizialmente in materia ambientale, il principio di sussidiarietà viene riconosciuto con portata generale dal Trattato di Maastricht sull’Unione europea che lo inserisce all’art. 5 (ex art. 3B, comma 2) del Trattato che istituisce la Comunità europea. Con il Trattato di Amsterdam viene introdotto il protocollo n. 30 sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Nell’ambito del protocollo viene disciplinata l’operatività del principio nel caso in cui le istituzioni comunitarie intendessero svolgere una azione rientrante nell’ambito delle competenze non esclusive (oggi art. 3 del Trattato sul funzionamento dell’Unione). Sul punto J. ZILLER (*La sussidiarietà come principio del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, p. 285 ss.) sottolineava che uno degli esiti del protocollo sarebbe stato quello di generare una importante attività amministrativa in sede di formulazione e proposta degli atti comunitari prevedendo da un lato la motivazione di ciascuna proposta di normativa comunitaria e dall’altro l’avvio di un procedimento di ampie consultazioni (p. 288). Una volta messi a punto i nuovi metodi di analisi di impatto adottati dalla Commissione nel 2004, con il Trattato che adotta una costituzione per l’Europa si prevedeva una revisione anche delle modalità attuative dei principi di sussidiarietà e proporzionalità. Abbandonato il progetto volto a dare una Costituzione all’Europa i contenuti delle modifiche al Protocollo n. 30 sono stati portati nel Protocollo n. 2 al Trattato di Lisbona sull’Unione europea. Quest’ultimo prevede all’art. 1, comma 2, che “il presente Trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di una unione sempre più stretta tra i popoli dell’Europa, in cui le decisioni siano prese nel modo più trasparente possibile e il più vicino possibile ai cittadini” e all’art. 5, comma 3, che “in virtù del principio di sussidiarietà nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l’Unione interviene solo se e in quanto gli obiettivi dell’azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri né a livello centrale né a livello regionale e locale ma possono a motivo della portata o degli effetti della azione in questione essere conseguiti meglio a livello europeo”. Il secondo protocollo dispone in sintesi che: *i*) ciascuna istituzione vigili in modo continuo sul rispetto del principio di sussidiarietà; *ii*) la Commissione, salvo casi di straordinaria urgenza, effettui sugli atti di iniziativa ampie consultazioni le quali devono tener conto della dimensione regionale e locale delle azioni previste; *iii*) i progetti legislativi debbano essere motivati con riguardo anche al principio di sussidiarietà e accompagnati da una scheda contenente elementi circostanziati che consentano di valutare il rispetto del principio nonché l’impatto finanziario e le conseguenze sulla legislazione nazionale e regionale; *iv*) vi siano procedure di monitoraggio e controllo le quali consentano ai Parlamenti nazionali di emettere pareri motivati sui progetti di atti legislativi dell’Unione. Infine viene prevista la possibilità di un ricorso di annullamento alla Corte di Giustizia per violazione del principio di sussidiarietà da parte degli Stati o del Comitato delle Regioni nel caso di atti per cui fosse richiesta la consultazione di quest’ultimo.

(35) Per una analisi approfondita circa le differenze tra sussidiarietà comunitaria e sussidiarietà verticale si rinvia a L.P. VANONI, *Fra Stato e Unione europea: il principio di*

sia con riferimento al principio di sussidiarietà comunitaria, sia con riferimento a quella verticale, si siano posti due analoghi ordini di problemi: per un verso, è stata discussa la loro natura giuridica o politica³⁶, per altro verso si è posto il problema della loro tutelabilità attraverso meccanismi e rimedi giurisdizionali.

Come è noto, l'obiettivo del principio di sussidiarietà di cui all'art. 5 del Trattato sull'Unione europea è quello di regolare e limitare l'esercizio da parte delle istituzioni comunitarie delle azioni connesse alle competenze non esclusive dell'Unione³⁷.

Sebbene fin dai primi anni novanta la Corte di Giustizia delle Comunità europee si sia espressa a favore della tutelabilità in sede giurisdizionale del principio³⁸, in un primo momento tale controllo si è limitato a un sindacato di mera ragionevolezza in relazione all'accertamento dei soli casi di errore manifesto³⁹. Successivamente, invece, si è registrato un atteggiamento meno rigido⁴⁰ volto a considerare non solo

sussidiarietà sotto esame della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, p. 1457 ss. più in generale sul principio di sussidiarietà comunitaria cfr. F. IPPOLITO, *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto della Comunità e dell'Unione europea*, Milano, 2007.

(36) Sulla natura giuridica del principio di sussidiarietà comunitaria, J. ZILLER, *La sussidiarietà come principio del diritto amministrativo europeo*, cit., p. 285.

(37) In estrema sintesi, in virtù di quanto previsto oggi dal secondo Protocollo allegato al Trattato sul funzionamento dell'Unione, la Commissione è tenuta a consultare gli Stati (in particolare i parlamenti nazionali), a dimostrare che l'azione non sarebbe sufficientemente svolta a livello nazionale e a verificare che il livello comunitario garantisce i mezzi migliori e più adeguati per realizzare gli obiettivi prefissati. Il test previsto consiste, quindi, nella prova del presupposto della azione, delle ricadute dimensionali della stessa, dell'insufficienza dell'azione degli Stati a raggiungere l'obiettivo particolare individuato e della miglior soddisfazione dello stesso a livello comunitario. Su questi profili si svolge il sindacato del giudice comunitario che già in passato ha affrontato alcuni nodi problematici legati alla giustiziabilità del principio di sussidiarietà. Occorre tuttavia notare che la violazione del principio di sussidiarietà non è mai fatta valere in via autonoma e difficilmente porta all'annullamento degli atti comunitari.

(38) G. DELL'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'Unione europea*, Padova, 1998, p. 155.

(39) G. ZILLER, *La sussidiarietà come principio del diritto amministrativo europeo*, cit., p. 292 il quale richiama la giurisprudenza Corte di Giustizia, sent. 20 ottobre 1977, *Rouquette frères*, in *Raccolta*, 1977, p. 1835 ss.

(40) Nonostante la Corte di Giustizia non si spinga a sindacare il merito della decisione, essa può comunque esercitare un controllo puntuale sull'osservanza degli aspetti

l'an dell'azione comunitaria, ma anche il *quomodo* della stessa⁴¹, fino a verificare, per esempio, la previsione o meno di strumenti di coordinamento tra istituzioni comunitarie e nazionali in sede di disciplina di dettaglio⁴².

Nell'ordinamento nazionale, la sussidiarietà verticale rappresenta, invece, – accanto ai principi di adeguatezza e differenziazione – il criterio in base al quale il legislatore statale e regionale deve provvedere al riparto delle funzioni amministrative tra i vari livelli di governo privilegiando, ove possibile, la dimensione comunale⁴³.

formali legati al rispetto del principio di sussidiarietà che deve risultare chiaramente dalla motivazione degli atti legislativi. Interessante sul punto è la sentenza *Nutrilik* (Corte giust., sent. 12 luglio 2005, in cause riunite C-154/04, *The Queen, ex parte Alliance for Natural Health, Nutri-link Ltd c. Secretary of State for Health e The Queen, National Association of Health Stores, Health Food Manufacturers Ltd c. Secretary of State for Health, National Assembly for Wales*, in *Raccolta*, 2005).

(41) Così S. CASSESE, *L'aquila e le mosche*, cit., p. 375 e A. RINELLA, *Il principio di sussidiarietà*, cit., *passim*.

(42) Si è discusso in dottrina se il principio di sussidiarietà si applicasse solo agli atti comunitari a contenuto normativo. In senso contrario, S. CASSESE, *L'aquila e le mosche*, cit., p. 375. Sul punto di vedano da ultimo le conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak presentate il 25 maggio 2011 nella Causa C-539/09 *Commissione c. Repubblica federale di Germania*. La vicenda riguarda un procedura di infrazione contro la repubblica di Germania la quale ha opposto un rifiuto alla Corte dei Conti europea per la verifica di alcuni adempimenti inerenti la cooperazione transfrontaliera delle autorità amministrative nazionali prevista dal Regolamento CE n. 1798/2003 del 7 ottobre 2003 nel settore dell'imposta sul valore aggiunto in Germania. Nel caso di specie la Germania lamenta, tra gli altri motivi, la violazione del principio di sussidiarietà da parte della istituzione comunitaria. Su questo profilo, contestato dalla Commissione in quanto il principio di sussidiarietà previsto dal Trattato si applicherebbe solo agli atti normativi, l'avvocato generale dà una interpretazione in senso favorevole sulla base di quanto previsto dall'art. 1 del secondo Protocollo allegato al Trattato. Così, in astratto, "qualsiasi delega di competenze alle istituzioni dell'Unione nella sistemática complessiva del Trattato CE opera necessariamente a condizione che tali competenze possano essere esercitate esclusivamente nel rispetto del principio di sussidiarietà".

(43) L'affidamento a un soggetto di una funzione amministrativa è in generale esercizio di funzioni legislative sulla base di quanto disposto dall'art. 117 della Costituzione. Di conseguenza l'art. 118 contiene regole e principi sulla distribuzione delle funzioni amministrative ma tali principi sono da attuare nell'ambito del riparto di potestà legislative già disposto dall'art. 117 della Costituzione. Ne consegue che i principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza appaiono quali criteri di esercizio della potestà legislativa ex art. 117 Cost. Così G. FALCON, *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi artt. 118 e 117 della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, p. 383 ss. Cfr. inoltre, O.

Difficilmente, tuttavia, la violazione del principio di sussidiarietà ha trovato spazio all'interno del giudizio di costituzionalità delle leggi attributive delle funzioni amministrative, stante la difficoltà di riconoscere, seppur indirettamente, un obbligo di motivazione da parte del legislatore circa il livello territoriale ritenuto più adeguato per svolgerle⁴⁴. Gli unici casi in cui la Corte costituzionale ha di fatto valorizzato il principio sono quelli in cui, a partire dalla celebre sentenza 1° ottobre 2003, n. 303, è stato concesso al legislatore nazionale di avocare a sé il potere legislativo conseguente all'assunzione di funzioni amministrative regionali per esigenze di preminente interesse nazionale in materie che, a norma del criterio di riparto di cui all'art. 117 Cost., sarebbero rientrate nei casi di competenza concorrente o residuale regionale.

Affinché l'avocazione delle funzioni regionali (sia amministrative che legislative) possa essere considerata legittima diventano, quindi, rilevanti i seguenti presupposti: I) la valutazione dell'interesse nazionale deve essere proporzionata, ragionevole e sorretta da adeguata motivazione sulla base di un giudizio di stretta costituzionalità; II) la deroga rispetto all'ordinario sistema di attribuzione delle funzioni deve essere oggetto di un'intesa con la Regione interessata; III) le disposizioni statali devono prevedere meccanismi procedurali specifici che consentano in concreto un esercizio integrato delle funzioni⁴⁵.

Anche in questo caso va posto l'accento sulla c.d. "procedimentalizzazione" del principio di sussidiarietà e sul legame tra questo e i

CHESSA, *Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto*, in *Le Regioni*, 2004, p. 941 ss.; F. COSTANTINO, *La dimensione ascendente del principio di sussidiarietà verticale*, Roma, 2008.

(44) Teoricamente le Regioni potrebbero in nome della sussidiarietà impugnare una legge statale rivendicando non la violazione della loro competenza legislativa quanto della sola competenza amministrativa. Vi sarebbe infatti sia l'interesse che la pretesa fondata sulla costituzione. Tuttavia ad oggi lo stato di precisazione del parametro porterebbe a un sindacato condotto sul filo della manifesta ragionevolezza. In questo senso G. FALCON, *L'autonomia amministrativa e regolamentare*, in *Le Regioni*, 2004, p. 410.

(45) Sempre G. FALCON, *op. ult. cit.*, p. 403, sottolinea tuttavia che la partecipazione non è intesa "come potere di codecisione, non è esercizio congiunto della funzione quanto piuttosto partecipazione a garanzia del rispetto dei limiti del potere statale".

meccanismi partecipativi, tanto che questa dimensione del principio ha talvolta trovato spazio anche nell'ambito del contenzioso amministrativo⁴⁶.

I principi di sussidiarietà comunitaria e verticale, quindi, non sono così differenti. Innanzitutto entrambi esprimono una analogica dinamica: a fronte della distribuzione e dell'esercizio di competenze astrattamente concorrenti tra più istituzioni, la sussidiarietà comporta la preferenziale attribuzione delle stesse al livello più adeguato che è, tendenzialmente, il più vicino alla realtà da regolare. In secondo luogo, la violazione del principio non è di fatto sempre giustiziabile, se si escludono quei casi in cui l'autorità superiore (rispettivamente l'Unione europea o lo Stato) decida di avocare a sé funzioni che sarebbero in teoria assegnate agli Stati membri o agli ambiti territoriali regionali o locali. In altre parole, a fronte di una azione direttamente "lesiva" della sfera di azione del soggetto posto al livello inferiore, la violazione del principio di sussidiarietà può essere fatta valere mediante un sindacato che è essenzialmente di legittimità. Il controllo si spinge a verificare la presenza o meno di alcuni adempimenti quali, in sintesi, la giustificazione dell'avvenuta avocazione delle funzioni e il rispetto di strumenti partecipativi sia in sede di decisione che di conseguente disciplina della materia.

Appare quindi opportuno chiedersi se analogo meccanismo possa essere applicato anche ai casi in cui venga fatta valere la violazione del principio di sussidiarietà orizzontale, così come disciplinato dalla Costituzione. In realtà la risposta risulta difficilmente di segno positivo dal momento che, in base a quanto disciplinato dall'art. 118, comma 4, Cost., la lesione corrispondente alla violazione del principio di sussidiarietà si verificherebbe nel caso in cui i soggetti pubblici non provvedessero a "favorire" le autonome iniziative dei privati per lo svolgimento di attività di interesse generale; circostanza che sarebbe in realtà alquanto ardua da provare e accertare sia nel giudizio di legittimità costituzionale che nell'ambito del contenzioso amministrativo⁴⁷.

(46) Si veda per esempio TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 8 febbraio 2010, n. 618.

(47) In senso analogo, V. CERULLI IRELLI, voce *Sussidiarietà (dir. amm.)*, cit., per cui

Torna quindi a proporsi il problema della attuazione del principio, che pare limitarsi ad enunciare una generale valorizzazione della società civile per lo svolgimento delle attività pubbliche⁴⁸.

Tuttavia quella che pare una debolezza potrebbe finire per essere un indubbio punto di forza, basti pensare a tutte le diverse azioni pubbliche che il principio può nel concreto ispirare; anche a voler riconoscere nello stesso una componente fortemente politica, la conseguenza sarebbe, infatti, quella di stimolare tutti i livelli di governo cui compete l'espressione di un indirizzo politico autonomo e quindi non solo lo Stato, ma anche le Regioni e gli enti locali⁴⁹.

Non solo, ma anche gli strumenti di attuazione del principio possono costituire una ricchezza per i soggetti pubblici i quali potrebbero raggiungere gli obiettivi prefissati, garantendo in misura più intensa i principi di effettività, efficacia e efficienza della azione.

Si prenda, per esempio, la erogazione di finanziamenti pubblici considerata spesso uno degli strumenti cui ricorrere per realizzare quanto previsto dall'art. 118, comma 4, Cost. e quanto sostenuto di recente dalla giurisprudenza contabile per cui tali contributi non rientrano nel divieto di spese per sponsorizzazioni di cui all'art. 6, comma 9, del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78 (convertito nella legge 30 luglio 2010, n. 122) a patto che l'ente (locale) "palesi in modo inequivoco nella motivazione del provvedimento" la destinazione delle contribuzioni al sostegno dell'associazionismo presente sul territorio per lo

dalla operatività del principio deriva la sussistenza di un specifico obbligo di motivazione a carico degli enti pubblici in caso di assunzione diretta di attività di interesse generale qualora questa sia già esercitata da un soggetto privato o questo dichiararsi di volerla svolgere.

(48) Cfr. A. RINELLA, *Il principio di sussidiarietà*, cit., *passim*, il quale, nonostante il riconoscimento costituzionale, attribuisce al principio una forte valenza politica data la difficoltà di individuarne il campo di applicazione e le condizioni di attuazione.

(49) Sul punto si veda G.C. DE MARTIN, *Disciplina dei controlli e principi di buon andamento*, relazione presentata al 52° Convegno di studi amministrativi, Varenna, 21-23 settembre 2006, secondo cui "lo sviluppo del principio autonomistico comporta anche un potenziamento dell'applicazione del principio del buon andamento, con una pluralità di prospettive nuove per l'agire amministrativo (v. semplificazioni procedurali nei regolamenti locali, meccanismi di accesso e di trasparenza e di *accountability*, sussidiarietà orizzontale ecc.)".

“svolgimento da parte del privato di una attività propria del Comune in forma sussidiaria”⁵⁰.

Volendo poi passare ad un modello di amministrazione *multipolare*, sembra che uno dei settori in cui la sussidiarietà orizzontale possa trovare puntuale espressione sia dato dagli strumenti che realizzano una sorta di progettazione condivisa degli interventi pubblici come in parte accade già oggi con riferimento alle politiche sociali o ambientali⁵¹. Questo è il terreno delle c.d. decisioni amministrative complesse⁵² e dei moduli decisionali di tipo convenzionale⁵³ i quali acquistano in epoca attuale sempre maggior rilevanza grazie al frequente e complesso rapporto tra interessi privati di diversa natura e di diverso spessore, scelte politiche e misure amministrative.

In questo contesto la sussidiarietà orizzontale potrebbe diventare sia sul piano procedimentale che su quello sostanziale della scelta degli obiettivi, delle modalità organizzative, oltre che del bilanciamento di interessi, un principio cardine per l'individuazione di decisioni che riconoscano, promuovano e favoriscano le autonome iniziative della società civile aventi ad oggetto attività di interesse generale attraverso la graduazione di fini specifici e concordati.

Certo il ricorso a questo tipo di meccanismi convenzionali imporrà alle pubbliche amministrazioni un rigoroso rispetto del principio di

(50) Così Corte dei Conti, sez. reg. Lombardia, 23 dicembre 2010, n. 1075 e Corte dei Conti, sez. reg. Liguria 21 febbraio, 2011, n. 11.

(51) Si pensi, a titolo esemplificativo, agli interventi di pianificazione e programmazione in materia ambientale o al sistema dei piani sociali di zona. Sui rischi connessi ai processi decisionali concordati o concertativi nel settore dei servizi sociali si veda P. MICHARA, *I “servizi sociali privati senza scopo di lucro” e i principi del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, p. 1051 ss.

(52) Sulle decisioni amministrative complesse, R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, p. 233 ss.

(53) Sulla natura delle convenzioni pubblicistiche si vedano G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984; ID., *Convenzioni e accordi amministrativi*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, 1; A. PIZZI, *Le convenzioni amministrative: considerazioni sul regime pubblico applicabile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, p. 288 ss.; G. SANVITI, *Convenzioni e intese nel diritto pubblico*, Milano, 1978 e in materia sociale P. MICHARA, *Le convenzioni tra pubblica amministrazione e terzo settore. Considerazioni sulle procedure selettive a concorrenza limitata nell'ambito dei rapporti a collaborazione necessaria*, Roma, 2005.

legalità, motivando puntualmente la scelta effettuata e garantendo la parità di trattamento nel coinvolgimento dei possibili soggetti privati interessati.

Ciò nonostante la scelta di impostare la azione amministrativa nei termini sopra descritti contribuirebbe a dimostrare – non solo agli amministrati ma anche agli altri soggetti pubblici – che le decisioni amministrative sono il frutto di una approfondita ponderazione degli interessi coinvolti e sono misurate in termini di adeguatezza, democraticità, efficienza e efficacia al livello di governo che effettivamente si dimostra il più adeguato per assumerle.

Gli organi di garanzia statutaria, i metodi della legislazione e i Consigli regionali (*)

Nicola Lupo

Abstract

L'Autore analizza gli organi di garanzia statutaria, proponendone un eventuale ruolo di "consulenza" e valorizzandone ruolo e funzioni soprattutto con riferimento alla crescente complessità e articolazione dei procedimenti legislativi. In questo senso gli organi di garanzia potrebbero trovare un più pieno sviluppo delle proprie potenzialità rafforzando il rapporto con i Consigli regionali.

1. Introduzione: a favore del "dialogo" tra gli organi di garanzia

È di gran moda, in questi anni, parlare di "dialogo" fra organi giurisdizionali appartenenti a diversi ordinamenti, in Europa ma non solo¹. È ben noto, ad esempio, il dibattito sollevato, anche a livello istituzionale, dalla sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona², come era del resto giusto

(*) Rielaborazione dell'intervento nella tavola rotonda conclusiva del convegno su "Gli organi di garanzia nelle Regioni italiane", organizzato, il 4 dicembre 2009, a Bologna, presso la sede dell'Assemblea legislativa regionale, dalla Consulta di garanzia statutaria dell'Emilia-Romagna e dalla Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome.

(1) Sul "dialogo tra i giudici" cfr., tra i tanti, M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inveniva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006, spec. p. 121 s.; S. CASSESE, *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli, 2009, spec. p. 41 s.; G. MARTINICO, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di Giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, Jovene, 2009, spec. p. 201 s.; G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, Il Mulino, 2010, spec. p. 17 s.

(2) Cfr., per tutti, a proposito dei commenti "a caldo", 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 costruzione dell'Unione eu-

visti i potenti effetti che tale sentenza ha originato sulle tappe successive del processo di integrazione europea. Negli ultimi due decenni è parso in costante, vigoroso sviluppo anche il “dialogo” tra Parlamenti (che include quella che in genere si chiama “diplomazia parlamentare”), il quale pure, se comparato con quello che si svolge tra i giudici o tra i Governi (la vera e propria “diplomazia”), risulta assai più complesso e faticoso³.

Credo che il “dialogo” interistituzionale che in occasione di questo convegno si è realizzato fra gli organi di garanzia statutaria – che non sono né giudici in senso proprio, né legislatori, ma che condividono alcuni caratteri degli uni e degli altri – e che ha opportunamente coinvolto anche altri organismi di carattere consultivo, operanti anch’essi a livello regionale, sia da considerarsi assolutamente positivo, tra l’altro perché incoraggia la circolazione dei modelli e delle buone pratiche sperimentate dalle singole Regioni, e perciò meritevole di essere stabilizzato (e altresì supportato e stimolato dall’opera degli studiosi, che sarebbe bene iniziassero a studiare e, perché no, ad annotare anche le pronunce più significative rese dagli organi di garanzia statutaria). Rispetto a quest’ultima considerazione parte della dottrina ha sollevato un’obiezione, avanzando il dubbio che, se si decidesse di stabilizzare o di istituzionalizzare il “dialogo” tra organi di garanzia, si rischierebbe di violare, o quantomeno di eludere una previsione costituzionale: quella contenuta in particolare nell’art. 117, penultimo comma, della Costituzione, dove si disciplinano le “intese” tra Regioni per l’esercizio di funzioni comuni, richiedendo che esse siano ratificate con leggi regionali. Secondo questa obiezione, in sostanza, anche le intese che dovessero intercorrere tra le Regioni riguardo agli organi

ropea”, Roma, 21 settembre 2009 (in www.astrid.eu): “sono passati appena 80 giorni: e la sentenza del 30 giugno, come nella fantasia di Giulio Verne, ha fatto il giro del mondo. Nel senso che ha fatto il pieno dei commenti internazionali, politici e giuridici: insieme”.

(3) Cfr., volendo, *Il “dialogo” tra parlamenti: obiettivi e risultati*, a cura di C. DECARO e N. LUPO, Roma, Luiss University Press, 2009, ove cfr., per un parallelo, il contributo di M.R. FERRARESE, *Il dialogo tra parlamenti e il dialogo tra corti: nuove tendenze del costituzionalismo*, *ivi*, p. 325 s.

di garanzia statutaria e fors'anche quelle che intervengano tra tali organi andrebbero necessariamente ratificate con legge regionale. Non credo che questa obiezione, pur acuta, possa essere accolta.

In particolare, si può evocare, da un lato, il principio di leale collaborazione, come è noto da tempo ricavato dalla giurisprudenza costituzionale quanto ai rapporti tra Stato e Regioni⁴, in nome del quale si sono realizzate incisive forme cooperative tra lo Stato e i diversi livelli di autonomie territoriali (i cosiddetti raccordi verticali, che fanno capo al "sistema delle Conferenze"), ma anche tra le autonomie regionali, tra quelle provinciali, quelle comunali, e così via (i cosiddetti raccordi orizzontali, peraltro più sviluppati in altri sistemi istituzionali)⁵. Ci si può richiamare, dall'altro, altresì al principio fondamentale enunciato dall'art. 5 della Costituzione, in particolare laddove richiede, con formula lungimirante ma rimasta purtroppo in larga parte inattuata, che i metodi della legislazione siano adeguati alle esigenze dell'autonomia⁶. E questo anche perché, a mio avviso, come cercherò di mostrare nel prosieguo del mio contributo, gli organi di garanzia statutaria, per come configurati nella giurisprudenza costituzionale, esercitano funzioni che concernono soprattutto i metodi della legislazione regionale.

In questa duplice chiave si legittimano, dunque, anche le forme di cooperazione tra i legislatori, che attualmente esistono sia tra i legislatori regionali (il riferimento è, sul piano politico, alla Conferenza dei

(4) Su cui cfr., per tutti, S. AGOSTA, *La leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Milano, Giuffrè, 2008.

(5) Cfr., tra gli altri, R. CARPINO, *Evoluzione del sistema delle conferenze*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2006, p. 13 s.; I. RUGGIU, *Contro la Camera delle Regioni. Istituzioni e prassi della rappresentanza territoriale*, Napoli, Jovene, 2006, G. CARPANI, *La Conferenza Stato-Regioni. Competenze e modalità di funzionamento dall'istituzione ad oggi*, Bologna, Il Mulino, 2006, R. BIFULCO, *Il modello italiano delle conferenze Stato-autonomie territoriali (anche) alla luce delle esperienze federali*, in *Le Regioni*, 2006, p. 239 s. e G. RIVOCSECHI, *Consigli regionali e raccordi intergovernativi*, in *Il Filangieri. Quaderno 2009. Nuove regole per nuovi Consigli regionali*, a cura di E. GIANFRANCESCO, V. LIPPOLIS, N. LUPO, Napoli, Jovene, 2010, p. 263 s., spec. p. 277 s.

(6) Per un tentativo di valorizzazione dell'art. 5 Cost. cfr., in dottrina, A. MANZELLA, *I metodi della legislazione parlamentare*, in *Il Parlamento tra crisi e riforma*, Milano, Angeli, 1985, p. 23 s.

presidenti dei Consigli regionali, e, sul piano tecnico, all'Osservatorio legislativo interregionale), sia tra il legislatore statale e i legislatori regionali (cooperazioni sancite, nell'ultimo decennio, da una serie di protocolli interistituzionali)⁷.

2. *Organi di garanzia, ma anche di "consulenza"*

L'asse principale intorno al quale vertono le mie argomentazioni è quello della dinamica istituzionale tra tecnica e politica. Del resto, è proprio sul crinale tra tecnica e politica che, a mio avviso, si collocano gran parte delle difficoltà e degli ostacoli che in molte Regioni hanno fin qui impedito una rapida e agevole partenza degli organi di garanzia statutaria, pur previsti nei rispettivi statuti.

Una sensazione siffatta mi sembra confortata da alcune riflessioni che scaturiscono dal diritto comparato: in particolare dal confronto con l'esperienza spagnola emerge con chiarezza come in Italia dobbiamo fare i conti con una sensibile sottovalutazione della funzione consultiva, che risulta non solo non adeguatamente valorizzata, ma il più delle volte mal sopportata dagli organi politici destinatari dei pareri e delle consulenze emesse da soggetti a forte connotazione tecnica. Eppure, forse è proprio attraverso tale funzione che gli organi politici, e nella specie le assemblee elettive, possono introiettare i tanti vincoli esterni che sempre più incisivamente condizionano l'operato del legislatore, quello statale e ancor più quello regionale. In altri termini, per esemplificare con riferimento al Parlamento nazionale, con riferimento alla fase dell'istruttoria legislativa, è attraverso i pareri delle Commissioni affari costituzionali o di quelli delle Commissioni politiche dell'Unione europea che Camera e Senato sono chiamati a fare i conti con i vincoli posti dal legislatore costituzionale o da quello dell'Unione europea.

In questa chiave, mi domando se, accanto alla funzione di consulenza

(7) Cfr., come primo esempio, il documento approvato da un Gruppo di lavoro interistituzionale Camera-Senato-Assemblee regionali il 7 marzo 2001, dal titolo *Indirizzi per migliorare i metodi della legislazione tra Stato e Regioni* e, da ultimo, il Protocollo di intesa fra il Senato della Repubblica, la Camera dei deputati e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome sottoscritto il 21 luglio 2009 (entrambi reperibili su www.parlamentiregionali.it).

“privata” non sia enucleabile altresì una funzione di consulenza che possa essere intesa come funzione pubblica. La tradizione spagnola e la tradizione francese sono parecchio diverse rispetto alla tradizione italiana, nella quale sia la Corte dei conti sia il Consiglio di Stato hanno teso a privilegiare, praticamente da sempre, le loro funzioni giurisdizionali rispetto a quelle consultive. Ed è sintomatico notare, in proposito, come il Consiglio di Stato, nell’esercizio della sua funzione consultiva, benché tale organo sia, com’è noto, caratterizzato da una composizione fortemente centralistica, si sia auto-qualificato come organo non dello Stato apparato, ma dello Stato ordinamento⁸: nella terminologia impiegata dal nuovo art. 114 della Costituzione, si potrebbe dire, con un qualche paradosso anche alla luce della denominazione dell’organo in questione, come organo non “dello Stato”, bensì “della Repubblica”. In definitiva, dunque, da un lato, il Consiglio di Stato non sembra aver adeguatamente valorizzato le proprie funzioni consultive, dall’altro, ha inteso togliere spazio a organi che pretendessero di svolgere a livello decentrato la medesima funzione (e analogo obiettivo sembra avere altresì la proposta di attribuire funzioni consultive ai Tribunali amministrativi regionali, recentemente avanzata dal neopresidente del Consiglio di Stato De Lise, che pare invero rischiare, ove attuata, di dare origini a non poche duplicazioni rispetto all’operato degli organi di garanzia statutaria)⁹.

Mi collego in questo modo alla questione terminologica riguardo alla denominazione più corretta da adottare per riferirsi ai componenti degli organi di garanzia statutaria. È chiaro, in proposito, che le espressioni “consiglieri” o “consulenti” risultano essere meno inive ai

(8) Cfr. Cons. St., sez. I, 12 gennaio 2005, 12036/2004 (relativo allo statuto della Regione Emilia-Romagna) e Cons. St., sez. I, 12 gennaio 2005, 12054/2004 (relativo allo statuto della Regione Umbria), nelle cui premesse il Consiglio di Stato ritiene che i pareri in questione si configurino come pareri consultivi, richiesti direttamente dalle Regioni, mediante i quali il medesimo Consiglio di Stato esercita la propria “funzione consultiva quale organo dello Stato-ordinamento e non dello Stato-apparato”.

(9) Cfr. P. DE LISE, *Intervento nella cerimonia di insediamento*, 22 settembre 2010, in www.giustizia-amministrativa.it, p. 12 s., ove si sottolinea l’“esigenza che le accresciute competenze regionali (amministrative, ma anche normative) siano dotate di un sostegno tecnico e neutrale, in grado di assicurare la legittimità dell’esercizio di tali poteri autonomi: il che potrebbe avvenire estendendo le funzioni consultive ai TAR”.

politici, perché tendono a mettere in rilievo la loro funzione servente rispetto alla decisione politica. Più felice mi sembra la scelta di adottare la terminologia di “garanti”, alla luce di una classificazione estremamente accurata. Del resto, anche la Corte costituzionale, nelle sue due sentenze sul tema (12/2006 e 200/2008), fa espresso riferimento agli “organi di garanzia”. Ecco perché tenderei ad optare per quest’ultima espressione, pur nella consapevolezza che tali organi esercitano anche e fors’anche in prevalenza una funzione di tipo consultivo.

3. Organi di garanzia e sistema delle fonti

La funzione svolta dagli organi di garanzia statutaria risulta una funzione estremamente utile al legislatore regionale, anzi necessaria. Rispetto alle recenti evoluzioni del sistema delle fonti occorre considerare, infatti, che l’attività legislativa è cambiata assai profondamente negli ultimi decenni: è un’attività che è diventata incredibilmente più complessa rispetto a prima, assai più delimitata e vincolata. Si pensi, in particolare, agli elementi di complessità derivanti dal trovarsi all’interno di un sistema “multilivello”, dal fatto cioè che contestualmente svolgono la loro attività molteplici legislatori a diversi livelli; per cui ciascun legislatore, lungi dall’essere libero nella scelta dei fini e dei contenuti della sua attività, è profondamente condizionato da questa. Invece, le regole del procedimento legislativo nelle Camere come nei Consigli regionali sono rimaste grosso modo immutate; e la stessa articolazione in commissioni permanenti dei deputati è sostanzialmente rimasta, nelle sue linee di fondo, quella del 1920 e, nelle competenze materiali, quella del 1987 (prima, cioè, della ri-articolazione dei Ministeri operata dal decreto legislativo 300/1999 e, soprattutto, della revisione del Titolo V della Costituzione entrata in vigore nel 2001). Rispetto a questi potenti fattori evolutivi, che hanno reso assai più complessa l’attività legislativa, le risposte finora date quanto ai metodi della legislazione risultano molto parziali e insoddisfacenti. Si pensi, tra l’altro, al sostanziale fallimento dell’istruttoria legislativa nel procedimento legislativo statale¹⁰. In questo quadro, il livello regionale

(10) Su cui cfr., volendo, N. LUPO, *Il procedimento legislativo parlamentare dal 1996 ad oggi: ovvero, del fallimento di una “rivitalizzazione”*, in Osservatorio sulle fonti 2006.

mostra un maggiore tasso di innovatività, fors'anche perché meno legato alla retorica della sovranità, e gli organi di garanzia statutaria possono costituire uno strumento indubbiamente indiretto, anche perché agisce necessariamente *a posteriori*, ma comunque assai utile per rafforzare gli elementi tecnici che vengono evidenziati nel corso dei procedimenti legislativi regionali.

Da questo punto di vista, trovo emblematico il fatto che da parte di alcuni tra coloro che stanno svolgendo il ruolo di garanti sia emerso il dubbio sul fatto se sia giusto che gli organi di garanzia statutaria si occupino anche del rispetto della normativa costituzionale e delle norme dell'Unione europea: in qualche modo, questo dubbio ci palesa che l'esigenza del legislatore e di chi sta svolgendo la funzione di garanzia in questo momento è proprio questa. Tenderei, perciò, a sciogliere tale dubbio in senso positivo e ad incoraggiare un'evoluzione in questa direzione del ruolo degli organi di garanzia statutaria. Se il ruolo di tali organi è interpretato così, tra l'altro, ci si avvede che le resistenze indubbiamente riscontrabili nei soggetti che attualmente operano nel procedimento legislativo e a fianco di esso non hanno poi grande ragion d'essere: i "tecnici", infatti, hanno la possibilità di leggere gli organi di garanzia statutaria come un'occasione di rafforzamento della loro funzione.

Per esemplificare, è risaputo che la prospettiva del possibile rinvio di una legge alle Camere da parte del Presidente della Repubblica riverbera i suoi effetti nel corso del procedimento legislativo: nel senso che, ad esempio, i pareri delle Commissioni bilancio di Camera e Senato, specie allorquando – sulla base di un'accurata istruttoria svolta dagli uffici tecnici delle Camere e del Governo – segnalano possibili violazioni dell'obbligo di copertura finanziaria di cui all'art. 81, quarto comma, della Costituzione, tendono ad essere rispettati anche perché si teme che altrimenti vi sia un'elevata probabilità che la legge in questione venga poi rinviata alle Camere dal Presidente della Repubblica. Altra questione è se tale influenza preventiva debba essere utilizzata

dalla Presidenza della Repubblica, attraverso canali informali di confronto con il Parlamento e con il Governo o se non sia più opportuno che il Capo dello Stato si riservi una valutazione a testo ormai chiuso: si discute a lungo sulla questione¹¹, non a caso riaffacciatasi con forza nell'ultima fase della storia repubblicana, in cui le istituzioni di garanzia sono state sottoposte a pressioni e tensioni assai significative, ma non è questo il punto, almeno in questa sede.

Oppure si pensi all'esperienza del Comitato per la legislazione, operante dal 1998 alla Camera dei deputati, che, se non altro, costituisce una sede in cui le esigenze tecniche, legate alla qualità della legislazione, possano essere messe in circolo all'interno del procedimento legislativo¹². O ancora, forse in maniera ancora più convincente, può ricordarsi che a partire dal 2001 le Camere, seppure in via dichiaratamente sperimentale, senza avere mai codificato questo procedimento nei regolamenti parlamentari (una sperimentazione che si avvia a raggiungere, ormai, il decennio), hanno introdotto una sede in cui i parlamentari – anche qui, sulla scorta di un lavoro tecnico svolto soprattutto con riferimento alla giurisprudenza costituzionale – si pongono espressamente il problema del titolo in base al quale stanno esercitando la funzione legislativa in quel momento: lavoro che conduce all'espressione di pareri da parte delle Commissioni affari costituzionali, sia della Camera che del Senato, che tendono naturalmente ad individuare, perlopiù, argomenti volti a giustificare l'esercizio della funzione legislativa¹³. Questi argomenti, a loro volta, trovano spesso

(11) Cfr., per tutti, A. PUGIOTTO, "Veto players" e dinamiche istituzionali nella vicenda del "lodo Macchiano", in *Quaderni costituzionali*, 2004, p. 255 s., spec. p. 264 s., e I. PELLIZZONE, *Il potere di rinvio come istanza di riflessione*, in *Quaderni regionali*, 2010, p. 589 s., spec. p. 594 s.

(12) Su questa esperienza cfr., per tutti, L. LORELLO, *Funzione legislativa e Comitato per la legislazione*, Torino, Giappichelli, 2003, spec. p. 207 s.

(13) Cfr., tra gli altri, C. DI ANDREA, *L'attuazione del nuovo Titolo V in Parlamento: la verifica della "competenza legislativa" nel procedimento di approvazione delle leggi statali*, in *Le Regioni*, 2002, p. 249 s.; U. ZAMPETTI, *Potere legislativo e giustizia costituzionale con riferimento al rapporto Stato-Regioni*, in *Rassegna parlamentare*, 2006, p. 141 s. e G. RIZZONI, *Il "seguito" parlamentare della giurisprudenza costituzionale sul riparto di competenze Stato-Regioni dopo il nuovo Titolo V: il punto prospettico delle Commissioni affari costituzionali*, in "Effettività" e "seguito" delle tecniche decisorie

un'eco nella giurisprudenza costituzionale: è infatti più che comprensibile che la Corte costituzionale, quando si tratta di individuare una "etichetta" materiale all'interno del catalogo di cui all'art. 117 della Costituzione, vada a guardare anzitutto quale etichetta si è dato il legislatore stesso.

In qualche misura, gli organi di garanzia statutaria potrebbero incoraggiare lo sviluppo di processi analoghi, e fors'anche più incisivi, da parte del legislatore regionale, garantendo loro quel rafforzamento *a posteriori* che gli orientamenti della Corte costituzionale sulla sindacabilità del procedimento legislativo rendono assai difficile a livello nazionale. Da ultimo, si pensi alla sentenza 246/2010, in cui la Corte si è guardata bene dal valorizzare il disposto dell'art. 132, secondo comma, Cost., laddove richiede che siano "sentiti i Consigli regionali" ai fini del passaggio di Province o Comuni da una Regione all'altra¹⁴. Quindi, ne dovrebbero uscire soddisfatti sia i tecnici, che hanno più sedi e argomenti più forti per introdurre queste limitazioni, sia gli stessi politici, posto che in qualche modo ne risultano decisioni più solide, sia nel contenuto sia, in senso ampio, nella legittimazione. Anche qui per esemplificare, forse un po' brutalmente: se i giudici costituzionali si trovano a supporto di una legge regionale un'argomentazione favorevole espressa, nel corso del suo procedimento formativo, da un autorevole giurista che sia anche membro di un organismo di garanzia è plausibile immaginare che siano più restii a dichiararne la illegittimità costituzionale. Ad averla avallata, infatti, non è solo un

della Corte costituzionale, a cura di R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO e P. VERONESI, Napoli, ESI, 2006, p. 473 s.

(14) In particolare, la Corte ha negato che gli organi parlamentari debbano rendere "conoscibili le specifiche ragioni in forza delle quali si siano eventualmente determinati in senso difforme rispetto ai punti di vista espressi dalle Regioni interessate, o che abbiano, in proposito, oneri motivazionali, in quanto ciò "equivarrebbe ad inserire un ulteriore aggravamento della procedura non richiesto dalla disposizione che si assume violata". E, con formulazione piuttosto netta, ha affermato che "le modalità di predisposizione della documentazione relativa ai lavori delle Commissioni e dell'Aula rientrano pienamente negli *interna corporis* delle Assemblee parlamentari" (così Corte cost., 246/2010, su cui cfr., criticamente, *La perdurante insindacabilità del procedimento legislativo e la sua impermeabilità alle istanze esterne: i pareri dei Consigli regionali ex art. 132, comma 2, Cost. "sentiti" ma non... ascoltati*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2969 s.).

anonimo legislatore regionale, ma uno studioso, che ha previamente valutato, in base a criteri logico-giuridici, la conformità allo statuto (o, eventualmente, alla normativa dell'Unione europea) di quella norma che è l'oggetto di giudizio della Corte costituzionale.

È vero che il ruolo degli organi di garanzia non è tutto qui: c'è anche una funzione in qualche misura necessariamente "anti-maggioritaria". C'è, in altri termini, una funzione che è a disposizione pure delle minoranze, e pure degli enti locali in alcuni ordinamenti regionali; a tali organi spetta, quindi, non solo una funzione consultiva, ma altresì una qualche funzione di garanzia intesa in senso forte (anche se, evidentemente, non certo paragonabile a quella esercitata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, che è considerata, da molti, l'istituzione *counter-majoritarian* per eccellenza)¹⁵.

In proposito, credo comunque che negli ordinamenti regionali ci sia, oggi, assolutamente bisogno di una funzione siffatta. L'organo di garanzia statutaria può rappresentare uno degli elementi di riequilibrio della forma di governo regionale, essendo una delle novità che sembra andare nella giusta direzione, in un sistema di tipo maggioritario o bipolare: sia nelle Regioni che sperimentano un'alternanza fra diverse maggioranze, sia nelle Regioni che registrano meno frequentemente tale alternanza (o che finora non l'hanno mai registrata). In entrambi i casi c'è bisogno di momenti e istituti di riequilibrio rispetto ad un Presidente assistito da una forte e diretta legittimazione popolare. Forse, da questo punto di vista, le Regioni possono persino risultare "più avanti" dell'ordinamento statale: perché da un lato vi sono nuovi statuti regionali in molti casi assai attenti a dettare regole precise sul procedimento legislativo e sui contenuti del prodotto legislativo; e perché, dall'altro, l'organo di garanzia statutaria può quantomeno fornire assicurazioni quanto al rispetto delle regole dettate dallo statuto sul procedimento legislativo, intervenendo necessariamente, secondo

(15) Sull'ampio dibattito tra i costituzionalisti statunitensi sulla c.d. *counter-majoritarian difficulty* cfr., in lingua italiana, C. PINELLI, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte suprema*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2006. La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, Jovene, 2010, p. 21 s.

quel che è stato richiesto dalla sentenza 200/2008 della Corte costituzionale, in un momento anteriore all'entrata in vigore della legge¹⁶. A mio avviso, la mancanza di un sindacato preventivo sulle leggi, in questa chiave, costituisce un punto di debolezza del nostro sistema di giustizia costituzionale, con specifico riferimento al sindacato sul procedimento legislativo. È infatti noto, ad esempio, che – diversamente dal Conseil Constitutionnel, che invece sul potere di emendamento è andato elaborando una giurisprudenza molto stringente, almeno in parte a causa del fatto che il Conseil può essere chiamato ad esprimersi prima che la legge entri in vigore¹⁷ – la Corte costituzionale ha deciso di far finta di nulla, o quasi, su una palese violazione della Costituzione quale è quella determinata dai maxi-emendamenti, anche perché ha un'evidente difficoltà, pronunciandosi spesso a distanza di anni, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale, per esempio, di intere leggi finanziarie o di decreti-legge omnibus¹⁸. Ecco allora che un organo di garanzia che si situa a ridosso della conclusione del procedimento legislativo regionale può rappresentare un punto di forza del sistema regionale, e non un punto di debolezza, ove comparato alle limitate forme di accesso al sindacato della Corte costituzionale. Infine, sempre in questa logica, i Consigli regionali potrebbero avere interesse ad una piena valorizzazione, e non certamente ad una

(16) Secondo quanto affermato dalla Corte, con riferimento alla Regione Calabria, "le competenze della Consulta statutaria, per non invadere la sfera di attribuzioni del giudice delle leggi e degli organi giudiziari, devono avere soltanto carattere preventivo ed essere perciò esercitate nel corso dei procedimenti di formazione degli atti. Ogni valutazione sulla legittimità di atti, legislativi o amministrativi, successiva alla loro promulgazione o emanazione, è estranea alla sfera delle attribuzioni regionali" (così Corte cost., 200/2008).

(17) In proposito, cfr. G. PICCIRILLI, *I maxi-emendamenti alla prova della giustizia costituzionale in Italia e in Francia: tendenze opposte nel sindacato dei vizi del procedimento legislativo*, in *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, a cura di E. GIANFRANCESCO e N. LUPO, Roma, Luiss University Press, 2007, p. 363 s.

(18) Indicazioni al riguardo, volendo, in N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, cit., p. 45 s. e nei contributi ricompresi in *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, a cura di N. LUPO, Padova, Cedam, 2010.

marginalizzazione, degli organi di garanzia statutaria. Riscontro con grande piacere che, dopo anni di pressoché completa stasi, molti Consigli regionali hanno inaugurato una stagione di revisione o di riscrittura integrale dei propri regolamenti interni, alla ricerca di una riconfigurazione del loro ruolo nella forma di governo regionale e di un aggiornamento di procedure spesso obsolete, sagomate sul testo originario dei regolamenti parlamentari del 1971¹⁹. Segnalo, per esempio, che nell'ultimo anno sono stati approvati in Lombardia, in Piemonte e in Abruzzo regolamenti consiliari integralmente nuovi e non privi di elementi di notevole interesse²⁰. In questa chiave, non nella logica della concorrenza tra Giunta e Consiglio, ma della valorizzazione delle partecipazioni al procedimento legislativo regionale, oltre che in quella del rafforzamento del legame con la società civile, sia i Consigli delle Autonomie locali, sia gli organi di garanzia statutaria, sia ulteriori organi consultivi possono essere utilmente integrati nei procedimenti consiliari attraverso apposite previsioni regolamentari.

4. Conclusioni

La mia conclusione, che spero sia almeno in parte emersa da quel che si è osservato finora, è che vada privilegiato per quanto possibile il rapporto dei neonati organi di garanzia statutaria con i Consigli regionali. Credo che anche l'idea degli organi di garanzia statutaria come una seconda Camera "di garanzia" abbia un fondo di verità. Certo,

(19) Cfr., anche per ulteriori riferimenti, *Nuove regole per nuovi Consigli regionali. Il Filangieri. Quaderno* 2009, a cura di E. GIANFRANCESCO, V. LIPPOLIS, N. LUPO, cit.

(20) Il nuovo regolamento del Consiglio regionale della Lombardia è stato approvato il 9 giugno 2009 ed è entrato in vigore il 1° settembre 2009 (su di esso cfr., tra gli altri, E. GRIGLIO, *Il nuovo regolamento consiliare lombardo: la riscoperta del ruolo delle commissioni consiliari quale antidoto alla "crisi" delle assemblee elettive regionali?*, in www.osservatoriosullefonti.it, 1/2010). Quello del Piemonte è stato approvato il 24 luglio 2009 ed è entrato in vigore nel 2010, con la nuova legislatura. Per un quadro cfr. *Ordinamenti regionali: innovazioni dopo la riforma del Titolo V e attuazione dei nuovi statuti*, a cura dell'Osservatorio legislativo interregionale-gruppo di lavoro "Attuazione degli statuti", Consiglio regionale della Toscana, Firenze, febbraio 2009, spec. p. 13 s. e, ancor più di recente, *Le riforme dei regolamenti consiliari*, numero monografico di *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, a cura di E. GIANFRANCESCO e N. LUPO, 1°-2° trimestre 2010.

lungi da me lo sposare fino alle sue ultime conseguenze questa tesi, che sarebbe evidentemente scorretta e non rispondente alla realtà, ma è bene considerare che, tra le varie valenze presenti all'interno del DNA di tali organi, c'è anche questa.

In questo senso può essere letta, del resto, anche la giurisprudenza costituzionale, laddove afferma – nella già ricordata sentenza 12/2006 – che la previsione del parere degli organi di garanzia statutaria “rientra nella disciplina del procedimento legislativo regionale” (a sua volta “ricompresa indubbiamente nei ‘principi fondamentali di organizzazione e funzionamento’ attribuiti dall’art. 123, primo comma, Cost. alla potestà statutaria delle Regioni”). Se è così, allora evocare, come ho provato a fare all’inizio di questo intervento, l’articolo 5 della Costituzione sui “metodi della legislazione” non è, forse, del tutto improprio.

Los Consejos jurídicos consultivos en la experiencia regional española

Vicente Garrido Mayol

Abstract

L'Autore illustra origine, natura e funzioni dei Consejos jurídicos consultivos nell'ordinamento spagnolo. La natura di queste istituzioni è condizionata dal fatto che il Consejo de Estado, secondo la Costituzione e la legge di attuazione, ha una funzione consultiva che può essere espressa anche a favore delle Comunità autonome. Queste, tuttavia, possono istituire propri organi aventi funzioni consultive e, dagli anni ottanta in poi, le Comunità hanno istituito i Consejos jurídicos consultivos. I Consejos sono strutturati come istituzioni indipendenti che collaborano con l'Amministrazione con funzione consultiva, analizzandone l'operato in termini di compatibilità con il quadro giuridico esistente.

1. Algunas consideraciones sobre la función consultiva

En los últimos años ha proliferado en España la creación de órganos consultivos en distintos ámbitos y materias, con el objetivo siempre loable de que quien tiene la facultad de adoptar decisiones en el ejercicio de las funciones ejecutiva y legislativa cuente con elementos de juicio necesarios para acertar en su cometido.

A tal esquema responde, por ejemplo, el Consejo Económico-Social previsto en el art. 131 de la Constitución y los órganos similares constituidos en las Comunidades autónomas; los Consejos de Cultura autonómicos; y otros órganos asesores en sectores específicos como los relativos a Asuntos Europeos, Mujer, Voluntariado, Recuperación del derecho civil foral o especial, etc.

Pero la "función consultiva" suele identificarse, por antonomasia, con la que tradicionalmente ha venido ejerciendo el Consejo de Estado, que, con distinta configuración y competencias, cuenta con varios siglos de existencia, y que cumple una eficaz labor como garantía

para el interés general y la legalidad, procurando el acierto y la oportunidad en la toma de decisiones por parte del Gobierno del Estado. Hoy hablar de función consultiva, sin más calificaciones, nos lleva al ámbito de actuación de todos los órganos autonómicos que, con el Consejo de Estado, no se hallan integrados en la Administración activa y que desempeñan, en las respectivas Comunidades Autónomas, similares funciones a las del Consejo de Estado, circunscritas al ámbito de competencias de aquéllas.

Los órganos consultivos no “deciden”, sino que participan en el previo proceso que desemboca en la decisión, que corresponde a los correspondientes Organos de la Administración activa. Tampoco “controlan”, porque ésta es tarea que corresponde a los Juzgados y Tribunales una vez la decisión ha sido tomada. Son por tanto órganos de “garantía” con el objetivo de que la decisión administrativa sea conforme a derecho y de evitar, por tanto, su ulterior control judicial. Por eso se habla de “Administración Consultiva” contraponiéndola a la “Administración activa” que es aquella de la que se vale el Gobierno para el cumplimiento de sus fines y que tiene una naturaleza eminentemente instrumental. Ambas Administraciones ofrecen aspectos funcionales difuminados, localizados en unidades orgánicas separadas en la forma legalmente establecida, para el cumplimiento de los fines que al Poder Ejecutivo corresponden¹, y lo mismo cabe decir respecto de la “Administración judicial”, mediante la cual se ejerce la función de control de lo actuado por la Administración activa, como rasgo característico del Estado de Derecho.

2. La función consultiva: del monopolio estatal a la diversidad regional

Se ha hablado y escrito mucho sobre el mimetismo de las Comunidades autónomas con respecto al Estado, al momento de organizarse y de determinar sus instituciones de autogobierno.

Y así, se han proveído de instituciones equivalentes a las del Estado. Evidentemente, no se puede concebir una Comunidad autónoma sin

(1) L. LAVILLA ALSINA, *La Administración Consultiva del Estado*, en la obra colectiva *Administraciones Públicas y Constitución*, Madrid, INAP, 1998, p. 469.

gobierno o sin parlamento. El ejercicio de las funciones ejecutiva y legislativa es inherente al concepto de autonomía política. Pero junto a los órganos que ejercen tales funciones, previstas, por otro lado, en la Constitución, las Comunidades autónomas han creado órganos para cumplir funciones similares a las del Defensor del Pueblo, o al Tribunal de Cuentas en el Estado.

También es lógico que se hayan provisto de órganos consultivos, que han desplazado al Consejo de Estado en sus respectivos territorios.

La función consultiva goza de gran tradición en España y el Consejo de Estado que, en exclusiva la ha ejercido durante siglos, cuenta con un bien ganado prestigio, sin duda alguna debido a la calidad de sus dictámenes, a la honorabilidad de sus miembros y a la alta cualificación técnica de sus Letrados. También, porque ha dado probadas muestras de independencia respecto del poder político ejercido por gobiernos de diverso signo. No podía ser de otro modo, pues lo propio de la función consultiva es el consejo objetivo y prudente que se ofrece a quien consulta, como garantía del interés público, de la legalidad, y de los derechos de los ciudadanos.

Aunque el art. 107 de la Constitución se refiere al Consejo de Estado como el supremo órgano consultivo del Gobierno, la Ley Orgánica 3/1980² que lo regula lo faculta para “aconsejar” también a las Comunidades autónomas, que deberán recabar preceptivamente su dictamen en los mismos casos en que debe pedirlo el Estado, y cuando hayan asumido las competencias correspondientes.

Y es que, tal y como ha declarado el Tribunal Constitucional, Sentencia 56/1990, *“El Consejo de Estado, pese a la dicción literal del artículo 107 de la Constitución Española... tiene en realidad carácter de órgano del Estado con relevancia constitucional al servicio de la concepción de Estado que la propia Constitución establece. Así resulta de su composición y de sus funciones consultivas, que se extienden también a las Comunidades Autónomas, según prevén explícitamente, en el diseño competencial a que se remite la Norma Fundamental, los artículos 20 a 23 de Ley Orgánica del Consejo de Estado”*. Y aclara el Alto Tribunal que *“el concepto de Estado posee una naturaleza equívoca,*

(2) Art. 23.

por cuanto que puede usarse en diversos sentidos y, en concreto, bien como equivalente al conjunto de los poderes públicos, bien limitándose al conjunto de las instituciones centrales, o de ámbito nacional, en oposición a las Comunidades autónomas”.

De esta forma, como ha destacado Lopez Menudo³, la Ley Orgánica del Consejo de Estado acogió una interpretación mucho más amplia de lo que, a la luz de la Constitución, se presumía que podría ser el ámbito del Consejo de Estado. Interpretación que fue ratificada posteriormente, como se ha visto, por el Tribunal Constitucional⁴.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 204/1992, de obligada cita para comprender que la función consultiva no es exclusiva del Estado concebido en sentido estricto, afirmó que “*ningún precepto constitucional y menos aún el que se refiere al Consejo de Estado, impide que, en el ejercicio de la autonomía organizativa, las Comunidades Autónomas puedan establecer en su propio ámbito, órganos consultivos equivalentes al Consejo de Estado en cuanto a su organización y competencias, siempre que éstas se ciñan a la esfera de atribuciones y actividades de los respectivos gobiernos y administraciones autonómicas*”.

Tal criterio es lógico y coherente con la nueva estructura territorial del Estado, en la que el ejercicio del poder político se halla repartido entre aquel y las Comunidades autónomas. Si la función consultiva actúa como garantía de interés público y de la legalidad nada impide que dicha garantía pueda prestarse desde las Comunidades autónomas. Como ha señalado Bravo-Ferrer, el Estado, al amparo de lo dispuesto en el art. 149-1-18^a de la Constitución, puede imponer la garantía, pero no al garante⁵. Pero eso sí, el garante ha de estar revestido, como

(3) F. LÓPEZ MENUDO, *Presente y futuro competencial del Consejo de Estado y de los Consejos Consultivos autonómicos*, en *Constitución y el nuevo diseño de las Administraciones estatal y autonómica*, XIX Jornadas de Estudio de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, Madrid, 1996, pág. 674.

(4) Sobre esta cuestión vid. V. GARRIDO MAYOL, *La función consultiva en el sistema constitucional español: Consejo de Estado y Consejos Consultivos autonómicos*, en la obra colectiva *Administraciones Públicas y Constitución*, INAP.

(5) M. BRAVO-FERRER DELGADO, *Consejo de Estado y Estado de autonomías*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 60, pág. 584.

más adelante veremos, de similares rasgos a los que caracterizan al Consejo de Estado.

Por ello es lógico también que el Tribunal Constitucional indicara que en donde o en tanto semejantes órganos consultivos autonómicos, dotados de las características de organización y funcionamiento que aseguren su independencia, objetividad y rigurosa cualificación técnica, no existan, es decir, en aquellas Comunidades autónomas que no cuenten con esta especialidad derivada de su organización propia, la garantía que representa la función consultiva “*exige mantener la intervención preceptiva del Consejo de Estado*”.

3. La creación de los Consejos Consultivos autonómicos como órganos equivalentes al Consejo de Estado

Inicialmente, fueron pocos los Estatutos de autonomía que preveían la existencia de un órgano que ejerciera la función consultiva. Sólo los de Cataluña, Canarias y Extremadura contemplaban instituciones con competencias similares a las del Consejo de Estado.

Cataluña y Canarias crearon en 1981 y 1984, respectivamente, sus correspondientes Consejos Consultivos⁶. Pero fue tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 204/1992 cuando la mayor parte de las Comunidades autónomas crearon por ley⁷, aún sin que sus Estatutos contuvieran previsión alguna al respecto, sus correspondientes órganos consultivos⁸.

(6) Cataluña, además del Consejo Consultivo, creó en 1985 la Comisión Jurídica Asesora, que ejerce la función consultiva en relación con expedientes administrativos sobre las materias que su propia ley de creación determina, reservando al Consejo Consultivo el examen de la adecuación a su Estatuto de todos los proyectos y proposiciones de ley en la forma prevista en la ley que lo regula. El Consejo Consultivo de Cataluña ha sido sustituido por el Consejo de Garantías Estatutarias, creado por Ley 2/2009, de 12 de febrero, del Parlamento de Cataluña, que desarrolla el art. 76 del nuevo Estatuto de autonomía de Cataluña, aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio.

(7) Blanquer Criado opina que los órganos consultivos autonómicos deben estar previstos en los correspondientes Estatutos de autonomía. Vid. en *Consejo de Estado y autonomía*, Madrid, E. Técno, 1994, pág. 62 y ss.

(8) En 1993 fueron creados los Consejos Consultivos de las Islas Baleares y de Andalucía; un año después, el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana; en 1995, la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón, y los Consejos Consultivos de La Rioja, Galicia y Castilla-La Mancha; en 1997, fue creado el Consejo Jurídico de la

En la actualidad, todos los Estatutos de autonomía prevén órganos consultivos⁹, y, con la excepción de Cantabria, todas las Comunidades autónomas han creado su Consejo Consultivo.

Y es que, como ha señalado Embid Irujo¹⁰, el Consejo de Estado no tiene un encaje excesivamente afinado en la estructura del Estado autonómico desde su misma mención constitucional, que lo vincula decisivamente al Gobierno de la Nación, “desvirtuando *ab initio*, y se quiera lo que se quiera, el carácter de órgano consultivo general para cualquiera gobiernos y administraciones públicas autonómicas que posteriormente se le ha intentado dar”.

Cómo ya tuve ocasión de expresar en otro trabajo¹¹, las críticas que ha recibido la creación de Consejos Consultivos autonómicos suelen apoyarse en la opinión del Tribunal Constitucional que exige que aquellos participen de las mismas características y tengan idénticas o semejantes funciones a las del Consejo de Estado¹², y en la del Tribunal Supremo, que estima la necesidad de que dichos órganos consultivos sean homologables al Consejo de Estado¹³, dudando de que se observen tales criterios jurisprudenciales; pero es lo cierto que, en muchas ocasiones, se han vertido juicios apriorísticos que más que un

Región de Murcia; en 1998, el de Cantabria, aunque es la única Comunidad autónoma que no lo tiene constituido; en 1999, el Consejo de Navarra y la Comisión Jurídica Asesora del País Vasco; en 2001, el Consejo Consultivo de Extremadura; en 2002, el de Castilla-León; en 2004, el de Asturias; y, por último, en 2007, el de la Comunidad de Madrid.

(9) Un total de once Estatutos de autonomía se formaron entre 1996 y 1999, como consecuencia de los Pactos Autonómicos de 1992, con el objetivo fundamental de incrementar las competencias de las respectivas Comunidades autónomas. Pero se aprovechó la reforma para perfeccionar el sistema de autogobierno. En algunos Estatutos se incluyó la mención a instituciones ya constituidas o cuya creación se pretendía. Tal ocurrió en relación con los Consejos Consultivos autonómicos, en Baleares, Asturias o Castilla-La Mancha, dándole una nueva configuración en Canarias.

(10) Vid. A. EMBID IRUJO, *Los principios jurídicos necesarios en la organización y funcionamiento de los Consejos Consultivos autonómicos*, en *Documentación Administrativa*, n. 244-245, Madrid, INAP, 1996, pág. 339-340.

(11) Vid. V. GARRIDO MAYOL, *La función consultiva en el sistema constitucional español: Consejo de Estado y Consejos Consultivos autonómicos*, cit., pág 925 y ss.

(12) STC 204/1992.

(13) SSTS, Sala Especial, 24.11.89, y 16.01.93.

análisis de la concurrencia de tales requisitos, encierran una evidente antipatía hacia el hecho mismo de su existencia y una desconfianza ante una actuación que era pronto, cuando se vertieron dichas críticas, para poder ser valorada debidamente.

En la opinión de García De Enterría, para el que los órganos Consultivos no ofrecen frente al ciudadano, al menos *a priori*, ninguna garantía lejanamente comparable a la que el Consejo de Estado ha venido representando¹⁴, se une la de Parada, que supone que los órganos consultivos de las Comunidades autonómicas “sean más manejables y manipulables de lo que puede serlo el Consejo de Estado”¹⁵.

Hay que examinar, pues, la configuración de los Consejos Consultivos autonómicos para comprobar si cumplen con los presupuestos establecidos por el Tribunal Constitucional, para ejercer, con garantías, la alta función consultiva, cuestión que preocupa especialmente al Consejo de Estado¹⁶. Y todo ello sin caer en lo que Font i Llovet¹⁷ ha denominado “síndrome del Consejo de Estado”, que no es más que la obsesión por homologarse al alto Cuerpo Consultivo, pues la potestad de autoorganización de las Comunidades autónomas permite que puedan encontrarse soluciones adecuadas y convenientes a cada caso.

En cuanto a la necesidad de que los órganos consultivos autonómicos puedan equipararse y responder a las mismas características que

(14) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Un punto de vista sobre la nueva ley del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, en *Revista Española de Administración Pública*, n. 130, Madrid, 1993, pág. 216. Para el ilustre administrativista “... la experiencia común sobre el partidismo generalizado en todas las Comunidades autónomas no permite ser demasiado optimista sobre cualquier mínima independencia de los órganos de nueva planta respecto de los respectivos ejecutivos”.

(15) Cfr. J.R. PARADA, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*, Madrid, E. Marcial Pons, 1993, pág. 340.

(16) Vid. Memoria del Consejo de Estado de 1993, pág. 101 y ss. También lo pone de manifiesto su actual Presidente I. Cavero Lataillade, en *La alta función consultiva: Consejo de Estado, y órganos consultivos semejantes de las Comunidades Autónomas. Perspectiva actual y de futuro*, en *Constitución y el nuevo diseño de las Administraciones estatal y autonómica*, cit. pág. 597 y ss.

(17) Vid. FONT I LLOVET, *Función consultiva y Estado autonómico*, en *Revista de Administración Pública*, n. 138, Madrid, 1995, pág. 42.

el Consejo de Estado, hay que indicar que, en términos generales, los Consejos existentes en la actualidad, con alguna excepción que veremos, cumplen con los requisitos mínimos para ello, pese a los muchos recelos que en algunos sectores de la doctrina despertó su creación.

Un análisis de las distintas leyes que regulan la configuración, estructura y composición, competencia y funcionamiento de los Consejos autonómicos excede, por razones de espacio, del objeto de este trabajo; pero podemos afirmar que estamos ante unas Instituciones que ejercen sus funciones con autonomía orgánica y funcional y que no forman parte de la Administración activa ni se hallan integrados en ninguno de los Departamentos gubernamentales, aunque en algún caso concreto su vinculación con el Ejecutivo sea demasiado estrecha, lo que garantiza la objetividad e independencia en el ejercicio de sus funciones.

El ejercicio de la función consultiva por los correspondientes órganos autonómicos es, a mi juicio, satisfactoria, y va adquiriendo, progresivamente, prestigio y utilidad, lo que pone en entredicho las apresuradas críticas a las que me he referido.

4. *Configuración de los Consejos Consultivos*

1. La *denominación* de los órganos consultivos autonómicos es variada, aún cuando suele contener la calificación de “consultivo”. En la mayor parte de las Comunidades autónomas se denominan “Consejo Consultivo”: Cataluña¹⁸, Canarias, Andalucía, Galicia, Aragón, Asturias, La Rioja, Extremadura, Castilla-La Mancha, Castilla-León, e Islas Baleares; en la Comunidad Valenciana y en Cantabria, “Consejo Jurídico Consultivo”; en la Región de Murcia, “Consejo Jurídico”; en Navarra, simplemente “Consejo de Navarra”; y en País Vasco y Cataluña¹⁹, “Comisión Jurídica Asesora”.

(18) Aunque como ya he indicado, éste Consejo Consultivo ha sido sustituido por el Consejo de Garantías Estatutarias.

(19) Como es sabido, la función consultiva en Cataluña se ejerce tanto por el Consejo Consultivo como por la Comisión Jurídica Asesora, teniendo repartidas las competencias correspondientes.

Pero, obviamente, lo relevante no es el *nomen iuris* sino la configuración y funciones de la Institución.

Por regla general, todos los Consejos Consultivos existentes en la actualidad, con algunas excepciones, responden a la caracterización propia de los órganos de tal naturaleza con arreglo a los criterios señalados por el Tribunal Constitucional.

2. El primero de ellos es su *objetividad e independencia* garantizadas legalmente por su *autonomía orgánica y funcional*.

Quiere ello decir que los órganos consultivos no deben formar parte de la Administración activa, ni estar, por tanto, adscritos orgánicamente a ningún departamento de la Administración.

Así se expresa en la normativa reguladora de la práctica totalidad de los Consejos Consultivos, con la excepción del singularísimo caso del País Vasco donde la función consultiva se halla integrada en los servicios jurídicos de la Administración. Este órgano del País Vasco se aparta del modelo común al resto de Comunidades autónomas y del que constituye el Consejo de Estado. Dice la Parte Expositiva del Decreto que crea la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno Vasco, que “*Entre las diversas fórmulas mediante las que puede organizarse la función consultiva, este Gobierno ha considerado desde el principio que la más idónea es su integración en los servicios jurídicos de cada Administración, si bien cuidando de salvaguardar la objetividad e imparcialidad que requiere dicha función*”.

La configuración de su Comisión Jurídica Asesora es bien distinta al resto de los Consejos que ejercen la función consultiva. En primer lugar, ha sido creada por Decreto 187/1999 de su Gobierno, careciendo, por tanto, de garantía estatutaria o legal de la que gozan los demás órganos consultivos autonómicos. En segundo lugar, se halla integrada en la Secretaría General de Régimen Jurídico del Gobierno Vasco, como “*órgano colegiado superior consultivo de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi*”, aunque “*actúa con independencia jerárquica, orgánica y funcional, con respecto a los órganos de la Administración activa*”, lo que es difícil de entender a la luz de las disposiciones básicas que configuran el régimen jurídico de las Administraciones Públicas, contenidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Evidentemente, a mi juicio, no es éste el modelo de órgano consultivo al que se han referido tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, como sustitutivos del Consejo de Estado en las respectivas Comunidades autónomas.

3. La *autonomía orgánica y funcional* es, o debe ser, por tanto, una característica de los órganos consultivos. Para reforzarla, son convenientes algunas previsiones.

La primera es que los órganos consultivos deben gozar de la *potestad de autoorganización interna*, en el marco de las disposiciones legales que los configuran. Ello se traduce en la facultad de elaborar su propio Reglamento, que, obviamente, debe ser posteriormente aprobado por el Gobierno regional, que es el titular de la potestad reglamentaria con arreglo a lo dispuesto en los respectivos Estatutos de autonomía.

La segunda es la relativa a la *autonomía presupuestaria*. Si no estuviera reconocida, la autonomía orgánica y funcional quedaría mermada. Normalmente, los Consejo Consultivos elaboran su propio presupuesto, que debe figurar como una sección dentro del presupuesto general de la Comunidad autónoma. Quiere ello decir que el Gobierno, a quien compete la aprobación del proyecto de ley de presupuestos, debe abstenerse de introducir modificaciones en el elaborado por su órgano consultivo, quedando reservada tal posibilidad a los respectivos Parlamentos.

Esa autonomía presupuestaria se ve reforzada, además, si se evita la intervención de la gestión económica por parte de los órganos gubernamentales encargados de tal función. Naturalmente, la gestión económica debe estar sometida a control: pero para eso están los órganos autonómicos equivalentes al Tribunal de Cuentas. En tal sentido procedimos en el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana cuando, al redactar el proyecto de Reglamento, introdujimos un precepto en virtud del cual el Consejo somete su gestión económica a la Sindicatura de Cuentas, alto comisionado de las Cortes Valencianas que tiene como misión controlar las cuentas de la Generalitat Valenciana, quedando, de este modo, dispensado de intervención delegada.

Así, a la facultad del Presidente de autorizar el gasto y proponer los pagos se añade la de ordenar éstos, siendo de su exclusiva incumbencia las funciones relativas a la ejecución y liquidación del presupuesto del Consejo, previa deliberación del Pleno.

Este régimen presupuestario justificó que el Consejo Jurídico Consultivo fuera incluido, a petición propia, en la Disposición Adicional Primera de la Ley de Presupuestos para 1997, año en que comenzó a ejercer su función consultiva, que prescribía que las dotaciones presupuestarias de las Instituciones de la Generalitat se librarían por cuantas partes trimestrales en favor de las mismas y no estarían sujetas a justificación, pero sí a censura de la Sindicatura de Cuentas. Igual previsión se contiene en las posteriores Leyes de Presupuestos.

Todo ello no fue fruto de la casualidad ni del capricho injustificado: la elaboración del Reglamento y los primeros meses de vida del Consejo se aprovecharon al máximo al considerar que era el momento oportuno para reforzar la necesaria autonomía orgánica y funcional, y por tanto presupuestaria, de la Institución.

También hay que enmarcar en la autonomía orgánica de los Consejos Consultivos la facultad de éstos de seleccionar al personal a su servicio. Especial relieve adquiere la creación de un cuerpo de letrados específico, tal y como ocurre en el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, al que se accede previa superación de la correspondiente oposición.

4. La mayor parte de los Consejos consultivos autonómicos se han configurado como *órganos supremos* del Gobierno respectivo y de su Administración. La experiencia ha puesto de manifiesto que tal definición se ha quedado corta, pues en la práctica los Consejos Consultivos son algo más que eso: por prescripción legal deben emitir dictamen por consulta preceptiva de órganos ajenos al Gobierno autonómico y a su Administración. Tal ocurre en relación con las Corporaciones Locales, con las Universidades o con otros órganos que cabe encuadrar en la llamada Administración Institucional.

Piénsese, por ejemplo, en los procedimientos sobre responsabilidad patrimonial o sobre resolución, interpretación o nulidad de los contratos, con oposición del contratista; en las revisiones de oficio de

actos nulos; o en los recursos extraordinarios de revisión, entro otros muchos.

Las Corporaciones Locales y las Universidades y otros órganos de la Administración institucional están obligados a consultar al Consejo Consultivo autonómico, allí donde exista.

Por ello, debe tenerse en cuenta tal circunstancia a la hora de configurar los órganos consultivos.

Téngase en cuenta, además, que por lo general sólo el Gobierno autonómico y sus miembros están facultados para pedir dictamen, de tal forma que en las respectivas leyes de creación se suele prever que las Corporaciones Locales lo interesen a través del miembro del Gobierno que corresponda. Pero, curiosamente, no hay previsión similar en relación con las Universidades y otras Administraciones.

Precisamente por ello, determinadas Comunidades autónomas han dado una regulación distinta, y más acorde con la realidad, a sus Consejos Consultivos, configurándolos como órganos consultivos, no solo del Gobierno regional, sino de toda la Región o Comunidad autónoma.

Es común a todos los órganos consultivos el hecho de que, por prescripción legal, su dictamen sea el último trámite del procedimiento anterior a la resolución que deba adoptar la autoridad consultante y de que, en todo caso, los asuntos sobre los que haya dictaminado no pueden ser sometidos a informe de ningún otro órgano. Ello pone de manifiesto la superioridad de los Consejos Consultivos en sus respectivos ámbitos de actuación, como la tiene reconocida el Consejo de Estado en el suyo propio.

Téngase en cuenta además que es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que por unánime y constante no precisa de concreta cita, en el sentido de que los actos administrativos dictados sin la intervención preceptiva del Consejo de Estado o del órgano consultivo autonómico, allí donde exista, son nulos de pleno derecho, al haberse producido con omisión de una garantía esencial del procedimiento.

Es éste otro de los rasgos característicos de los órganos consultivos: la omisión de su dictamen preceptivo constituye un *vicio de nulidad* de la disposición aprobada o de la resolución dictada.

5. La *composición* de los órganos consultivos y el estatuto de sus miembros es otra circunstancia a tener en cuenta a efectos de constatar la independencia de criterio de tales órganos, y de verificar si se ajustan en su configuración, conforme a los condicionantes apuntados por los Tribunales Constitucional y Supremo.

Con la excepción, ya anotada, de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno Vasco, todos los Consejos Consultivos deben estar integrados, por regla general, por juristas de reconocida competencia a quienes se exige un tiempo mínimo de ejercicio de su profesión (entre siete y quince años), o por expertos en asuntos de Estado o autonómicos. De esta manera, se posibilita que formen parte de órganos que dictaminan en estrictos términos de legalidad personas ajenas al mundo del derecho. Tal ocurre, por ejemplo, en los Consejos que cuentan con miembros natos (Comunidad Valenciana, Extremadura, Castilla-La Mancha o Castilla-León).

Téngase en cuenta que, por lo general, los órganos consultivos autonómicos, contrariamente a lo que ocurre en el Consejo de Estado, no pueden pronunciarse, en ejercicio de sus funciones, sobre aspectos de oportunidad y conveniencia, a no ser que les sea expresamente pedido. Curiosamente, la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno Vasco, si que puede valorar, también desde la perspectiva del interés general, los aspectos de oportunidad y conveniencia “*cuando así lo exija la índole del asunto, o cuando lo solicite la autoridad consultante*”²⁰.

Desde el punto de vista de su composición, observamos que hay varios modelos de órganos consultivos.

Dejando aparte el caso del Consejo de Estado, con tres tipos de Consejeros (los permanentes, los electivos y los natos), la mayor parte de los Consejos Consultivos autonómicos están integrados por juristas elegidos bien por el Gobierno, bien parte de ellos por el Gobierno y parte por el Parlamento.

De procedencia sólo gubernamental son los miembros del Consejo Consultivo de Galicia (cinco, entre los que eligen a su presidente);

(20) Art. 4.2 del Decreto 187/1999, del Gobierno Vasco.

País Vasco (ocho miembros); Aragón (Presidente y ocho Consejeros), Andalucía (Presidente y un mínimo de 8 y máximo de 12 Consejeros electivos, aparte los miembros natos); Comisión Jurídica Asesora de Cataluña (un máximo de 25).

Por el contrario, en la designación de los miembros de sus respectivos Consejos participan tanto el Gobierno como el Parlamento en: Comunidad Valenciana (3 el Gobierno y 3 el Parlamento, por mayoría de 3/5); Islas Baleares (4 el Gobierno y 3 el Parlamento, por mayoría de 3/5); Navarra (2 el Gobierno y 5 el Parlamento); Murcia (2 el Gobierno y 3 la Asamblea, por 2/3); La Rioja (2 el Gobierno y 3 el Parlamento); Consell Consultiu de Cataluña (2 el Gobierno y 5 el Parlamento, por 3/5); Canarias (3 el gobierno y 4 el Parlamento, por 2/3); Castilla-La Mancha (1 el Gobierno y 2 por las Cortes, por 3/5, aparte los miembros natos); Castilla-León (2 por la Junta y 3 por las Cortes, además de los natos); y Extremadura (2 por el Gobierno y 3 por la Asamblea, por mayoría absoluta, aparte los natos).

Además, en cinco Consejos Consultivos se integran miembros natos:

- En Andalucía, lo son²¹:
 - el Presidente de una de las Reales Academias de Legislatura y Jurisprudencia, designado por el Instituto de las Academias de Andalucía;
 - el Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia;
 - un representante de los Colegios de Abogados, designados por los Decanos de dichos Colegios, en ellos;
 - el Director General de Administración Local y Justicia;
 - el Jefe del Gabinete Jurídico de la Consejería de Presidencia.
- En Castilla-La Mancha, son miembros natos:
 - los ex-Presidentes de la Junta de Comunidades;
 - los ex-Presidentes de las Cortes;
 - los ex-Presidentes del Tribunal Superior de Justicia.

Pero sólo si han ejercido sus respectivos cargos al menos durante seis años y si gozan de la condición de ciudadano de Castilla-La Mancha²².

(21) Art. 8 de la Ley 8/1993, de 19 de octubre, del Consejo Consultivo de Andalucía.

(22) Art. 41.3 de la Ley 7/1997, de 5 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

Posteriormente, se previó²³ que los miembros natos tendrán un mandato efectivo de duración igual a la mitad del tiempo en que desempeñaron el cargo por el que acceden al Consejo Consultivo, sin que exista plazo para su incorporación, la cual se producirá por solicitud escrita del titular del derecho. Además, si durante su mandato incurren las causas de incompatibilidad, tendrán derecho a reincorporarse cuando desaparezca la causa, por el tiempo que restara hasta la terminación del periodo reconocido.

• En Extremadura²⁴, conviven los Consejeros electivos con los Consejeros “permanentes”. Estos son aquellos que, residiendo en la Comunidad Autónoma de Extremadura y gozando de la condición política de extremeño, hayan desempeñado, durante al menos un mandato completo, alguno de los siguientes cargos:

- Presidente del Gobierno de la Nación;
- Presidente del Congreso de los Diputados;
- Presidente del Senado;
- Presidente del Tribunal Supremo;
- Presidente del Gobierno Autónomo;
- Presidente de la Asamblea de Extremadura;
- Presidente del Tribunal Superior de Justicia.

Estos Consejeros “permanentes” se incorporarán en el plazo de dos años una vez abandonado el cargo que les da acceso al Organismo Consultivo, previa comunicación escrita dirigida al Presidente de la Comunidad.

• En Castilla-León²⁵, son Consejeros natos los ex-Presidentes de la Junta que, habiendo ejercido el cargo durante al menos tres años, gocen de la condición de ciudadano de la Comunidad Autónoma. Tienen un mandato efectivo de igual duración a la mitad del tiempo en que desempeñaron el cargo, y aquel queda interrumpido si acceden

(23) Art. 41.5 y 6 de la Ley 7/1997, citada, según reclamación dada por la Ley 4/2000, de 7 de junio, de modificación de la anterior.

(24) Art. 4.3 de la Ley 16/2001, del Consejo Consultivo de Extremadura.

(25) Art. 7.4 y 6 de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León.

a un cargo público. Quienes tengan derecho a ello deben notificar su disposición a integrarse en el Consejo Consultivo.

- Por último, en la Comunidad Valenciana²⁶ son Consejeros natos los ex-Presidentes de la Generalitat Valenciana, durante un plazo de quince años, cuando hayan ejercido el cargo de Presidente por un periodo igual o superior a una legislatura completa. En los restantes casos lo serán por un periodo igual al tiempo que hayan ejercido el cargo de Presidente, con un mínimo de dos años²⁷.

Si incurrían en causa de incompatibilidad, el mandato queda en suspenso. Hay incompatibilidad con el ejercicio de funciones ejecutivas, pero no con el de la función representativa.

Ahora bien, los ex-Presidentes-Consejeros natos tienen voz pero no voto en el Consejo Jurídico Consultivo, no computándose su asistencia a efectos del *quorum* de constitución previsto en el art. 13.1 de la Ley 10/1994, de creación del Consejo.

- También en Galicia los ex-Presidentes del Gobierno se incorporan al Consejo Consultivo como miembros natos.

El *mandato* de los miembros de los órganos consultivos también varía en las distintas Comunidades autónomas. Dejando aparte el régimen especial de los Consejeros natos a que se ha hecho referencia, el mandato se extiende desde 2 años en la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, hasta 6 años en Castilla-León, Navarra o Murcia, pasando por 3 años en la Comisión Jurídica Asesora de Aragón; 4 años en Baleares, Canarias o Galicia; y 5 años en Castilla-La Mancha, Extremadura y Comunidad Valenciana.

Al respecto conviene precisar que no me parece óptimo un mandato excesivamente corto, pues la estabilidad es garantía de independencia. Quizás por ello, incluso es oportuno que el mandato del Consejo

(26) Art. 4 de la Ley 6/2002, de 2 de agosto, de Estatuto de los ex-Presidentes de la Generalitat Valenciana, según redacción dada por el art. 92 de la Ley 11/2002, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat Valenciana.

(27) Según la Ley 4/2002, de 2 de agosto, de Estatuto de los ex-Presidentes de la Generalitat Valenciana, en su redacción original, los ex-Presidentes pasaban a ostentar la condición de Consejeros “permanentes” desde el momento de su cese.

difiera del de la Legislatura, lo que suele conseguirse, por otra parte, cuando una vez constituidos los órganos consultivos se van renovando con arreglo a sus respectivas previsiones legales. No hace falta señalar que quizás el carácter vitalicio de los Consejeros de Estado los dota de una estabilidad e independencia necesarias en este tipo de Instituciones; opción que, curiosamente, no ha sido seguida para configurar ninguno de los Consejos Consultivos autonómicos²⁸.

Como curiosidad cabe apuntar que la Ley de creación del Consejo Consultivo de Extremadura fija en 72 años la edad máxima para ejercer la función consultiva, y que es prácticamente común a todos los Consejos que sus miembros sean inamovibles durante su mandato, lo que refuerza su independencia.

También el estatuto de los miembros de los órganos consultivos ofrece dos modelos: el de dedicación exclusiva, solo compatible con las funciones universitarias, docente e investigadora (como es el caso de la Comunidad Valenciana, Galicia, Canarias, Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña o Castilla-León); y el de la compatibilidad con el ejercicio de profesiones colegiadas y otro tipo de actividades profesionales (caso de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, Illes Balears, Navarra o Andalucía).

La bondad o no de uno u otro modelo va a depender, fundamentalmente, del número de miembros con que cuenta el órgano y del trabajo a que tiene que hacer frente. Desde mi experiencia en el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, opino que tratándose de un órgano tan reducido, con sólo seis Consejeros electivos²⁹,

(28) Martínez Sospedra, en referencia al Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, opina recomendable introducir un número de Consejeros permanentes a imagen y semejanza de los previstos en los arts. 7 y 11 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado. Vid. en *Les Institucions polítiques de la Comunitat Valenciana*, en la obra colectiva *La societat valenciana: estructura social e institucional*, Valencia, E. Bromera, 2000, pág. 455. Blanquer Criado estima que la garantía institucional que protege a los órganos que ejercen la función consultiva no tolera que el miembro de ese órgano sea nombrado por un breve espacio de tiempo, máxime cuando puede ser renovado en su cargo. Por ello sugiere la conveniencia de un mandato de, por ejemplo, siete años, y sin posibilidad de renovación. De esta forma se preservaría tanto la independencia como su apariencia. Vid. en *Consejo de Estado...*, cit., pág. 125-125.

(29) En su Memoria correspondiente a 2001 el Consejo Jurídico Consultivo de la Co-

difícilmente se podría ejercer debidamente la función consultiva sin exclusiva dedicación, cuando se reciben anualmente en torno a las mil consultas.

Hay que indicar que todos los órganos consultivos cuentan con un Secretario General, Consejero-Secretario o Letrado-Secretario General, que por lo regular, y a menos que sea miembro del Consejo, asiste a éste con voz pero sin voto, y desempeña importantes funciones en orden a la coordinación de los Letrados y de los servicios administrativos del órgano.

Por último, y en cuanto a los *Letrados*, que son un elemento personal de indudable relevancia, en algunas Comunidades autónomas como Galicia, Canarias o la Comunidad Valenciana se ha creado un específico cuerpo de Letrados, aunque no en todos los supuestos se ha celebrado oposición para acceder al mismo. En otros casos, la función letrada es ejercida por funcionarios de la respectiva Administración autonómica.

Opina Embid Irujo que no es imprescindible la existencia de un Cuerpo de Letrados de las características del propio del Consejo de Estado para que el juicio de homologación a que se refiere el Tribunal Constitucional pueda merecer un resultado positivo. La rigurosa cualificación técnica de los componentes de los Consejos a que apela la STC 204/1992 es referible, para este autor, a los miembros de éstos, a los Consejeros, y no a los elementos personales auxiliares de su función, por importantes que estos puedan ser³⁰.

En sentido contrario el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana se expresó en su Memoria correspondiente a 1997, en la que propuso, y logró, la modificación de su Ley de Creación a fin de que previera la existencia de un específico Cuerpo de Letrados, al estimar que una de las características para la equiparación y homologación al Consejo de Estado a que se refiere el Tribunal Constitucional, lo constituye el singular Cuerpo de Letrados con que cuenta.

munidad Valenciana se hacía eco de su composición excesivamente exigua para seguir manteniendo la puntualidad y celeridad con la que viene despachando los asuntos.

(30) Vid. en *Los principios jurídicos necesarios...*, cit., pág. 353.

Al respecto, Blanquer CRIADO³¹ señala que uno de los rasgos que perfilan el modelo reconocible de la función consultiva superior es el de contar con un cuerpo de funcionarios cuyo régimen estatutario esté adornado por los mismos caracteres de cualificación técnica e independiencencia que se predicen del órgano.

6. Pero lo mas relevante al hablar de los Consejos Consultivos autonómicos es, sin duda alguna, las *competencias* que tienen atribuidas. Obvio es decir que éstas han de estar referidas a las asumidas por las respectivas Comunidades autónomas, o a las previsiones de la normativa básica estatal. A estas últimas responde la preceptiva consulta en relación con los expedientes instruidos por las Administraciones en materia de responsabilidad patrimonial; de revisión de oficio de actos nulos; de recursos extraordinarios de revisión; de determinados supuestos de contratación pública; o de modificación de zonas verdes y espacios libres.

En estos asuntos la misión de los Consejos consiste, en primer lugar, en constatar la regularidad del procedimiento administrativo instruido, de suerte tal que se erigen en garantes de los derechos de los administrados, velando porque no se les genere indefensión (practica de pruebas, audiencia...).

Común a todos los Consejos es su dictamen preceptivo en relación con los *proyectos de reglamento* o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de leyes y sus modificaciones, tal cual ocurre con el Consejo de Estado.

Pero además, muchos de los Consejos autonómicos también tienen reconocida la competencia de dictaminar los *Anteproyectos de Ley* elaborados por sus respectivos Gobiernos. Tal ocurre en Canarias, Castilla-León, Extremadura, Illes Balears, Galicia, Comunidad Valenciana y Andalucía³².

La misión primordial de los Consejos Consultivos en el ejercicio de

(31) *Op. cit.*, pág. 141.

(32) En los casos de la Comunidad Valenciana y Canarias, con excepción del Anteproyecto de Ley de Presupuestos.

esta competencia consiste, esencialmente, también en constatar la regularidad del procedimiento establecido para la elaboración de los proyectos normativos, normalmente regulado en leyes autonómicas que establecen una serie de trámites (Informes Técnicos, Memoria económica, Informe sobre el impacto de género...); en la comprobación de que el proyecto normativo no resulta contrario a ninguna norma de jerarquía superior y, consecuentemente, que se ajusta a la Constitución, al Estatuto de autonomía y, en su caso, a la legislación básica estatal y al derecho comunitario; que su rango es el adecuado, según la materia que pretende regular; que no producirá consecuencias contrarias a las pretendidas; que su forma y redacción se atienen a las normas habituales de técnica normativa; y que la norma proyectada guarda la coherencia interna necesaria en aras de hacer efectivo el principio de seguridad jurídica.

De esta forma, los Consejos Consultivos, al dictaminar anteproyectos de ley, se erigen en órganos de garantía constitucional y estatutaria, ejerciendo un control preventivo – control de adecuación en el que no se impone la voluntad del controlador al controlado –, de indudable importancia al ser la consultiva una función pública neutral que representa el interés por la legalidad por encima de cualquier condicionante político, económico o social.

El dictamen en relación con los anteproyectos de ley, como el relativo a los recursos de inconstitucionalidad que el Gobierno autonómico pretenda formular contra leyes estatales, comporta una especial defensa del Estatuto de autonomía como norma institucional básica de la Comunidad. Y en el mismo sentido cabe considerar el preceptivo dictamen que los Consejos Consultivos deben emitir en los conflictos en defensa de la autonomía local previstos en los artículos 75-*bis* y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Es cierto que corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional la función jurisdiccional de pronunciarse sobre la adecuación a la Constitución de las leyes, a través de la resolución de los recursos o de las cuestiones de inconstitucionalidad o de los conflictos que en defensa de la autonomía local se le planteen, como también lo es que tiene asignada la labor de resolver los conflictos constitucionales de competencias que se susciten entre el Estado y las Comunidades

autónomas de éstas entre sí. Asimismo, la jurisdicción contencioso-administrativa es competente para conocer, entre otras pretensiones, de los recursos que se deduzcan contra las disposiciones generales de rango inferior a la ley.

Ahora bien, junto a la competencia del Tribunal Constitucional y de la jurisdicción contencioso-administrativa para el enjuiciamiento de las normas, el Consejo de Estado y los respectivos Órganos Consultivos autonómicos realizan una inestimable función preventiva en pro de la preservación del sistema de distribución territorial del poder, pues con su *autoritas* dotan a las Instituciones consultantes de una cierta seguridad jurídica en relación con sus propuestas, o bien las persuaden en innumerables ocasiones de la aprobación de preceptos que pueden resultar contrarios a la Constitución o al resto del ordenamiento jurídico, contribuyendo de este modo a reducir el posterior planteamiento de conflictos ante el Tribunal Constitucional o ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

De cualquier modo, en el caso de que no sean atendidas por las autoridades consultantes las observaciones formuladas respecto de las normas proyectadas y de que se judicialice el conflicto entre el ordenamiento estatal y autonómico, las consideraciones de los Consejos Consultivos sirven para fijar, centrar y orientar, desde un punto de vista estrictamente jurídico, las cuestiones de dudosa constitucionalidad, estatutoriedad y legalidad, constituyendo una opinión cualificada que puede servir al órgano judicial competente para la adecuada resolución del conflicto planteado.

El *panorama competencial* de los Consejos Consultivos *se completa* con la obligación de dictaminar los proyectos de legislación delegada; los convenios y acuerdos de cooperación con otras Comunidades autónomas; los conflictos de atribuciones entre los distintos departamentos de sus respectivos gobiernos, y los recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencia que los gobiernos pretenden formular ante el Tribunal Constitucional.

Por último, no podemos olvidar que, además de los asuntos de preceptiva consulta, los Gobiernos autónomos pueden someter a consideración de los órganos Consultivos cualquier cuestión, con *carácter facultativo*, para que se dictamine en términos de estricta legalidad,

asuntos en los que la función consultiva adquiere toda su significación.

5. *Conclusión*

En definitiva, la función consultiva comporta una colaboración con la Administración en muchos casos necesaria, por imperativo legal, en la conformación a derecho de sus actuaciones. No es que la Administración desarrolle su actividad inobservando voluntariamente el ordenamiento jurídico, pero dentro del complejo sistema de garantías establecido en favor del ciudadano y, obviamente, del interés general, se ha querido que un órgano externo a aquella, dotado de autonomía orgánica y funcional, integrado por profesionales de probada experiencia que ejercen su función con independencia, exprese su parecer sobre lo actuado por la Administración, analizándolo a la luz del ordenamiento jurídico aplicable. De esta forma se coopera a la consecución de una resolución acertada y, desde luego, ajustada a derecho. A mi juicio, la descentralización del ejercicio de la función consultiva operada en España en los últimos años merece una valoración muy positiva, con independencia de que pueda mejorarse la configuración de los órganos consultivos autonómicos, y también, por qué no, la del Consejo de Estado.

Si nos atenemos a la actuación de los Consejos Consultivos podemos llegar a la conclusión de que las críticas apriorísticas a las que antes me he referido caen por su propio peso.

Téngase en cuenta, en todo caso, que el prestigio, como la fama, se tiene o no se tiene y nadie lo puede adquirir, sea persona o institución, con el nacimiento o en el momento fundacional³³; ello es algo que sólo el tiempo y el consenso externo sobre la bondad o calidad del sujeto es capaz de crear.

(33) F. LÓPEZ MENUDO, *op. cit.*, pág. 272-273.

Coordinamento informativo e pubbliche amministrazioni

Francesco M. Lazzaro

Sommario

1. Il patrimonio informativo pubblico: la conoscenza come strumento di buon governo – 2. Profili ricostruttivi: la disciplina costituzionale e il sistema di raccolta delle informazioni – 3. Natura, potenzialità e limiti della potestà statale di coordinamento informativo statistico e informatico – 4. Nuove tecnologie e nuovo valore per il patrimonio informativo – 5. Stato, Regioni e patrimonio informativo: il contributo della giurisprudenza costituzionale – 6. Alcune osservazioni conclusive.

1. Il patrimonio informativo pubblico: la conoscenza come strumento di buon governo

Lo Stato, le Regioni, gli enti locali hanno un patrimonio in comune, quello informativo. Le informazioni concorrono al formarsi delle decisioni pubbliche, accompagnano l'evolversi delle politiche, si rivelano decisive per accrescere il consenso, costituiscono un parametro per la valutazione dell'efficacia dell'attività amministrativa. Dati e documenti alimentano un giacimento di conoscenza condivisa, perché propria della Repubblica e, quindi, della collettività nazionale¹.

(1) Per patrimonio informativo pubblico si indica l'insieme delle informazioni di cui sono in possesso le pubbliche amministrazioni, descrivendo in tal modo una realtà eminentemente fattuale. Categorie più dettagliate sono state elaborate sia dalla dottrina che dalle istituzioni. Secondo una prima classificazione occorre distinguere fra informazioni pubbliche perché classificate come tali dalla legge, e da chiunque conoscibili, dalle altre informazioni, che sono accessibili solo in virtù di specifiche disposizioni (V. AMBRIOLA, F. MARTINI, *Gestione e fruibilità del patrimonio informativo pubblico*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2002, p. 873 ss.). La Commissione europea, nel *Libro verde sull'informazione del settore pubblico nella società dell'informazione* (COM (1998) 585) tratteggia invece il confine fra informazioni amministrative, detenute per il corretto espletamento della funzione amministrativa, e informazioni raccolte dalla

L'esigenza per i pubblici poteri di disporre d'informazioni adeguatamente dettagliate ha radici antiche, ma solo negli ultimi secoli, avvalendosi della precisione delle rilevazioni scientifiche, ha dato vita a un compiuto apparato amministrativo: per la storia patria, è nel 1861 che viene fondata una prima articolazione burocratica presso il Ministero dell'agricoltura, la quale transita poco dopo presso il dicastero dell'economia nazionale. In questa fase pionieristica l'interesse "notiziale" del governo è quindi di tipo prettamente economico e modellato sulle caratteristiche del paese, ancora profondamente tributario del settore primario. L'avvento del fascismo innesca un radicale sovvertimento delle finalità informative, destinate ora a rafforzare il regime attraverso la repressione di ogni opposizione e l'incremento del consenso. La creazione nel 1926 dell'Istituto centrale di statistica sancisce la primazia pubblicistica sul piano dell'organizzazione istituzionale ed è fonte di un'apertura verso campi d'indagine diversi, sintomo di maggiore attenzione agli aspetti sociali. Natalità, nuzialità, speranza di vita divengono indici particolarmente cari alla dittatura, tanto che lo stesso Mussolini ne domanda periodici aggiornamenti per verificare i risultati della rincorsa alle potenze europee, che almeno sotto il profilo demografico si dimostrano positivi².

pubblica amministrazione sul mondo esterno, nonché tra informazioni fondamentali per il funzionamento della democrazia e non, tra informazioni d'interesse generale e d'interesse ristretto, tra informazioni con valore economico e informazioni che ne sono prive. L'istituto qui analizzato trova compiuta ricostruzione in F. MERLONI (a cura di), *L'informazione delle pubbliche amministrazioni*, Rimini 2002 (per il quale tutte le informazioni hanno un valore conoscitivo, che può possedere utilità strumentale ai fini d'istituto, mentre solo alcune di esse denotano un valore d'interesse generale in quanto connesso alla tutela di posizioni giuridiche o, ancora, un valore di rilievo economico) e in F. MARTINI, *Il sistema informativo pubblico*, Torino, 2006. È opportuno inoltre ricordare i contributi di M. CAMMELLI, M.P. GUERRA, *Informazione e funzione amministrativa*, Rimini, 1997, e (ancora) di F. MERLONI, *Funzione conoscitiva e pubblici poteri*, Milano, 1996, e *Attività conoscitive delle amministrazioni pubbliche e statistica ufficiale. Profili organizzativi e funzionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, p. 242 ss.

(2) Per una rivisitazione storica dell'attività e dell'organizzazione statistiche si segnalano le opere di L.L. RONDINI (a cura di), *La storia della statistica pubblica in Italia*, Milano, 2003; D. MARUCCO, *L'amministrazione della statistica italiana dall'unità al fascismo*, Torino, 1992, e *L'amministrazione della statistica nell'Italia unita*, Roma-Bari, 1996; ISTAT, *Cinquanta anni di attività*, Roma, 1978; L. PINTO, *Evoluzione dell'Istituto centrale di statistica*, in ISTAT, *Annali di statistica*, Roma, 1987; G. LETI, *L'ISTAT e il Con-*

Con l'affermazione dei valori costituzionali il capitale informativo diviene elemento cardine della democrazia, correlandosi alle garanzie personali, al diritto di manifestare il pensiero, alla libertà scientifica, ai parametri di legalità dell'azione amministrativa. Nel breve volgere di qualche decennio si registra un nuovo, epocale mutamento. La società pluriclasse e multilivello di fine millennio è anche la società dell'informazione, in cui le comunicazioni amplificano il ruolo dei singoli da semplici destinatari dei messaggi a creatori di flussi informativi e membri di reti sociali reali e virtuali.

Il tema della gestione pubblica di questo capitale si presenta quindi ricco di sfaccettature e, inevitabilmente, foriero di problemi ricorrenti: essi sono infatti insuscettibili di trovare una composizione definitiva, coniugandosi di volta in volta all'assetto di potere che interessa i gruppi sociali e i soggetti pubblici. Un assetto, come si è avuto modo di verificare per il secolo appena trascorso, estremamente variabile, e che presenta oggi caratteri del tutto peculiari.

In quanto "bene" le informazioni sono oggetto di una serie coordinata d'interventi: esse vanno raccolte, trattate, gestite, custodite e, soprattutto, ridistribuite, seguendo un ciclo che richiama quello aziendale, ma con una significativa differenza: l'utile societario si traduce in dividendi azionari a beneficio di pochi, mentre quello informativo si tramuta in ricchezza pubblica, presupposto per la creazione di benessere per l'intera collettività³. A svolgere l'intera serie di operazioni

siglio superiore di statistica dal 1926 al 1945, in ISTAT, *Annali di statistica*, Roma, 1996; e i contributi di F. SOFIA, *La statistica come scienza politica e dell'amministrazione*, in ISAP, *L'amministrazione nella storia moderna*, vol. II, Milano, 1985, p. 575 ss.; P. GARONNA, F. SOFIA, *Statistica e nazione nella storia europea*, in ISTAT, *Statistica, storia e nazione*, Annali di statistica, vol. 14, Roma, 1997, p. 15 ss.

(3) Sulla riconducibilità dei prodotti statistici alla categoria dei beni pubblici la normativa è chiara (il d.lgs. 322/1989 definisce l'informazione statistica "patrimonio della collettività") dottrina è concorde: ISTAT, *Statistica ufficiale. Bene pubblico*, Atti della VII Conferenza nazionale di statistica, Roma 2006; M.P. CHITI, *Istituzioni e regole della statistica ufficiale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 449 ss.; A. SANDULLI, A. BALDASSARRE, *Profili costituzionali della statistica in Italia*, in *Dir. soc.*, 1973, p. 121 ss.; R. TOMEI, *La statistica bene pubblico*, in *Il nuovo diritto*, 2005, p. 106 ss. Quanto alla valorizzazione monetaria del patrimonio informativo si veda D. MARONGIU, *I dati delle pubbliche amministrazioni come patrimonio economico nella società dell'informazione*, in *Informatica e diritto*, 2008, p. 355 ss.

sono chiamati gli enti pubblici, *in primis* lo Stato e le Regioni, che esprimono la funzione legislativa nei rispettivi ambiti di competenza. La “dorsale” operativa è il Sistema statistico nazionale (SISTAN), che riconduce a unità il patrimonio informativo – pubblico e, a certe condizioni, anche privato – per sottoporlo a elaborazioni che lo rendono produttivo di utilità per il decisore pubblico e per l’esecutore amministrativo. A livello sub-statale operano invece i sistemi statistici regionali che, integrandosi con quello nazionale, di fatto lo riproducono su scala ridotta. Questo quadro d’insieme è poi arricchito (e talvolta complicato) da diverse discipline di settore, come quelle sulla tutela dei dati personali, sull’amministrazione digitale, sull’informazione ambientale⁴.

(4) V. CERULLI IRELLI, *Statistica (sistema statistico nazionale)*, in *Enc. dir., ad vocem*; R. TOMEI, *Statistica (dir. pubbl.)*, in *Enc. giur., ad vocem*; S. CASSESE, *L’ordinamento statistico italiano: evoluzione e problemi attuali*, in R. PEREZ (a cura di), *Statistica e pubblica amministrazione*, Milano, 1983, p. 7 ss.; G. BIANCO, *Statistica nel diritto pubblico*, in *Dig. disc. pubbl., ad vocem*; M. CHITI, *Servizi statistici nazionali e pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1984, p. 576 ss.; G. ALFANO, *Statistica e pubblica amministrazione*, Milano, 1985; M. CARABBA, *La statistica per la pubblica amministrazione*, in ISTAT, *Informazione statistica a livello territoriale*, Atti della III Conferenza nazionale di statistica, Roma, 1999. Quanto al SISTAN, esso viene istituito con l’obiettivo di “realizzare l’unità di indirizzo, l’omogeneità organizzativa e la razionalizzazione dei flussi informativi a livello centrale e locale” (art. 1 d.lgs. 322/1989), in modo da poter fornire al paese e agli organismi internazionali la “informazione statistica ufficiale”. In dottrina: G. ENDRICI, *La riorganizzazione della statistica pubblica: il governo del sistema*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, p. 1092 ss.; M.P. GUERRA, *La riorganizzazione del sistema statistico pubblico: il sistema statistico nazionale*, *ivi*, p. 1021 ss.; R. MENNELLA, *Sistema statistico nazionale: normativa, funzioni e proposte di riorganizzazione*, in *Tributi*, 1990, p. 31 ss.; M. ARSÌ, *Il sistema statistico nazionale tra gli sviluppi dell’integrazione europea e le riforme amministrative e costituzionali*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2008, p. 3 ss.; G.M. REY, *Il sistema statistico nazionale*, in ISTAT, *Ufficialità e validazione del dato statistico. Qualità e flessibilità dell’informazione statistica*, Atti della I Conferenza nazionale di statistica, Roma, 1993. Per i profili di ufficialità del patrimonio informativo si vedano in particolare M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica*, in *Enc. dir., ad vocem*; B. COLOMBO, A. CORTESE, L. FABBRIS (a cura di), *La produzione di statistiche ufficiali*, Padova, 1994; V. CERULLI IRELLI, *Aspetti giuridici dell’ufficialità del dato*, in ISTAT, *Ufficialità e validazione del dato statistico*, *cit.*, p. 85 ss., e *Problemi di ufficialità del dato statistico*, in ISTAT, *Offerta pubblica di informazione statistica*, Atti della II Conferenza nazionale di statistica, Roma, 1995, p. 118 ss.; M. D’ALBERTI, *Verso una nuova ufficialità delle statistiche*, *ivi*, p. 121 ss.; G. ARENA, *Certezze pubbliche e semplificazione amministrativa*, in G. ARENA, M. BOMBARDELLI, M.P. GUERRA, A. MASUCCI, *La documentazione amministrativa*, Rimini, 2001.

Il patrimonio informativo pubblico è dunque policentrico per natura, coordinato per scelta, unitario per necessità.

La struttura di questo contributo ricalca il pensiero del premio Nobel per l'economia Richard Stone: la piena comprensione dei problemi della società è possibile se si dispone di dati in misura adeguata e di un efficace sistema che li connetta fra loro. Sarà quindi analizzata in primo luogo la produzione informativa e, in seconda battuta, il raccordo delle informazioni e la loro diffusione, segnatamente per mezzo delle tecnologie informatiche. Quale *fil rouge* ad attraversare le pagine che seguono si è scelto il rapporto fra Stato e Regioni, sotto la luce (e le molte ombre) della riforma costituzionale del Titolo V.

2. Profili ricostruttivi: la disciplina costituzionale e il sistema di raccolta delle informazioni

L'analisi delle relazioni fra Stato e Regioni in termini di flussi informativi muove necessariamente dal dettato costituzionale: l'art. 117, comma 2, lett. *r*), ascrive alla competenza legislativa esclusiva dello Stato il "coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione nazionale, regionale e locale". I soggetti pubblici sono titolari d'informazioni, ma la gestione di questo patrimonio non è esclusiva, bensì sottoposta al potere di coordinamento esercitato dallo Stato, che poggia sui principi di sussidiarietà⁵, leale collaborazione⁶ e doverosità⁷.

(5) Per A. CHIAPPETTI, presidente della Commissione per la garanzia dell'informazione statistica, le rilevazioni statistiche inserite nel SISTAN sono "in ragione della loro stessa dimensione complessiva, di competenza dello Stato, ai sensi dei principi di sussidiarietà e adeguatezza dettati dall'art. 118 Cost. per la distribuzione delle attribuzioni amministrative dei vari livelli territoriali di governo", in *L'attuazione del SISTAN a venti anni dalla sua istituzione*, intervento alla IX Conferenza nazionale di statistica, *paper*, p. 8, pubblicato sul sito istituzionale dell'ISTAT.

(6) R. BIN, *Il principio di leale collaborazione nei rapporti tra poteri*, in *Riv. dir. cost.*, 2001, p. 3 ss.; F. MERLONI, *La leale collaborazione nella Repubblica delle autonomie*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 827 ss.; L. TORCHIA, "Concorrenza" fra Stato e Regioni dopo la riforma del Titolo V: dalla collaborazione unilaterale alla collaborazione paritaria, in *Le Regioni*, 2002, p. 647 ss.; G. SOLA, *La rilevanza costituzionale del principio di leale collaborazione*, in *Quad. reg.*, 2009, p. 553 ss.

(7) Il principio di "doverosità" va assunto *cum grano salis*, in quanto sussiste all'interno del SISTAN e, comunque, nei limiti previsti dalla normativa, che esclude la possibilità per

Secondo il tenore letterale della norma si è in presenza di una “materia” costituzionale, ma una precisazione s’impone al riguardo. Aniché il legislatore definisca come materie i confini del riparto di competenze compiuto nell’art. 117 Cost. non sempre tale termine è usato in senso tecnico. La tematica è nota; rileva in questa sede che si è in presenza piuttosto di un’attività, quale appunto il coordinamento. Ricorrendo a un gioco di parole, nella fattispecie la “materialità dell’azione” si sostituisce alla “materia costituzionale”⁸.

Affidatario di questo ruolo è lo Stato, che legifera per assicurare ordine all’insieme dei dati, con ciò riconoscendo che il loro coordinamento ne facilita la circolazione e si traduce in condivisione, al fine di superare il frazionamento fra la pluralità di soggetti coinvolti nel circuito notiziale⁹. La qualificazione di questo coordinamento come

le Regioni di ottenere dati nominativi, individuali, o comunque disaggregati. Al di là di questi limiti opera il principio costituzionale del buon andamento, “il quale – imponendo una collaborazione fra le varie amministrazioni pubbliche, comprese quelle statali e quelle regionali nei loro reciproci rapporti, al fine di prevenire inutili duplicazioni o sprechi nelle attività delle predette amministrazioni pubbliche – comporta che le Regioni, non soltanto abbiano un “accesso diretto” al Servizio statistico nazionale... ma soprattutto possano utilizzare nel modo più produttivo possibile per le statistiche d’interesse regionale i dati informativi raccolti in attuazione dei programmi di rilevazione di interesse nazionale” (Corte cost., sent. 7-26 marzo 1990, n. 139). A fini di maggior chiarezza, è da escludersi che sussista un obbligo giuridicamente vincolante al completo scambio informativo fra i soggetti pubblici, in particolare laddove tali dati siano frutto di attività integralmente espletate nell’ambito di un autonomo sistema statistico, ma ciò vale solo in linea di principio, dovendosi verificare caso per caso se la titolarità sia realmente esclusiva nel senso anzidetto o debba invece essere condivisa con gli altri soggetti che hanno partecipato alla rilevazione e alla successiva elaborazione delle informazioni.

(8) In dottrina A. D’ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quad. cost.*, 2003, p. 15 ss., e R. DICKMANN, *Spetta allo Stato la responsabilità di garantire il pieno soddisfacimento delle “istanze unitarie” previste dalla Costituzione*, in *Federalismi.it*, rivista telematica.

(9) E, d’altronde, già l’art. 6 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, imponeva che i compiti conoscitivi e informativi connessi alle funzioni conferite a Regioni ed enti locali venissero esercitati in modo da assicurare la circolazione delle conoscenze e delle informazioni tra le amministrazioni, anche per consentirne l’eventuale fruizione sull’intero territorio nazionale, concetto ripreso dall’art. 50 del Codice per l’amministrazione digitale. Disposizioni analoghe sono contenute nella legge 15 maggio 1997, n. 127, in materia di stato civile e anagrafe, e nei coevi decreti legislativi 28 agosto 1997, n. 281, e 23

“informativo” potrebbe indurre a ritenere che il legislatore statale sia vincolato a disciplinare la sola divulgazione dei dati e non anche il ciclo produttivo retrostante, che si compone di fasi tra loro concatenate: rilevazione, elaborazione, presentazione, interpretazione. Una lettura così restrittiva appare comunque eccessiva ed è infatti rigettata dalla giurisprudenza costituzionale, come si avrà modo di apprezzare più oltre.

L'attività di produzione informativa, comunque sia effettuata, è quasi sempre strumentale rispetto ai compiti d'istituto affidati al singolo ente; essa, cioè, non integra un'ipotesi di amministrazione attiva e segue la titolarità della competenza amministrativa cui accede. Ciò contribuisce a spiegare come mai il legislatore abbia finora disciplinato la ricchezza informativa non in termini di categoria giuridica autonoma, bensì di funzionamento del sistema di circolazione dei dati. Alla necessità per gli enti della Repubblica di accedere all'insieme delle informazioni, in vista dell'ottimale perseguimento delle funzioni e dei servizi pubblici, fanno quindi da contraltare i canoni della doverosa e leale partecipazione al SISTAN, per i quali gli stessi enti sono tenuti in linea di massima a mettere parallelamente a disposizione i dati di cui sono detentori.

La lettura del confronto fra Stato e Regioni va in ogni caso arricchita con i contributi offerti dalla parte prima della Carta fondamentale. L'art. 5 Cost. pone l'accento sull'autonomia e il decentramento, che devono contraddistinguere i “principi e i metodi” della legislazione (ivi compresa quella relativa al patrimonio informativo), né appare del tutto superfluo richiamare i valori di unità e indivisibilità repubblicana per rafforzare quanto affermato circa l'ineludibile intreccio che lega i soggetti pubblici nella materia qui considerata. Quanto all'art. 9 Cost., posto che l'attività di produzione informativa è spesso il risultato della ricerca scientifica, compete agli enti che compongono la Repubblica promuoverne forme e contenuti, in quanto essa è pur sempre una manifestazione culturale e, anzi, proprio l'assenza nel

nostro paese di una diffusa cultura statistica produce effetti negativi di ampia portata all'atto dell'assunzione di molte scelte politiche. Il fenomeno in esame è inoltre permeabile da parte della normativa comunitaria, in misura sempre crescente¹⁰. Il processo d'integrazione resterebbe privo di contenuti se non fosse accompagnato da enormi scambi d'informazioni. Si pensi all'unione economica e monetaria: gli impegni assunti politicamente dagli Stati membri si traducono in valori numerici e il loro rispetto è asseverato da un imponente apparato che aggrega a livello europeo i dati raccolti dalle autorità nazionali. Ecco dunque che la convergenza istituzionale si dimostra inscindibile da quella informativa, circostanza che impone agli Stati di procedere all'armonizzazione delle procedure di raccolta ed elaborazione dei dati. A questa esigenza l'Unione risponde con strumenti di respiro diverso. A livello generale si ricorda il Codice delle statistiche europee, che informa tale attività a regole atte a garantire l'imparzialità scientifica (caratteristica che, sebbene non attribuisca alle autorità statistiche nazionali l'indipendenza istituzionale, è comunque indice di un'autonomia che ammantava la produzione informativa dell'aura della "verità"), cui si coniuga la normativa tecnica¹¹. A livello più specifico operano invece le discipline settoriali, come quella sulla società dell'informazione o sull'informazione ambientale¹².

(10) La disciplina di riferimento è contenuta nel *Regolamento (CE) n. 322/97 del Consiglio del 17 febbraio 1997 relativo alle statistiche comunitarie*, pubblicato sulla G.U.C.E. 22 febbraio 1997, n. L52, pp. 1-7. In dottrina: G. BELLITTI, R. FERRANTE, *Statistica*, in M.P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, p. 1977 ss.; A. ZULIANI, *La statistica pubblica tra diritto nazionale e diritto europeo*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 1997, p. 227 ss.; Y. FRANCHET, *Quale informazione statistica per l'Unione europea?*, in ISTAT, *Informazione statistica*, cit.; V. CERULLI IRELLI, *Diritto nazionale e diritto europeo nella nuova dimensione della statistica pubblica*, in R. PEREZ (a cura di), *Statistica e pubblica amministrazione*, Milano, 1998, p. 60 ss.

(11) Come per esempio la direttiva 2007/2/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, che "istituisce un'infrastruttura per l'informazione territoriale nella Comunità europea". Sul Codice delle statistiche europee, adottato dalla Commissione europea come *Raccomandazione relativa all'indipendenza, all'integrità e alla responsabilità delle autorità statistiche nazionali e dell'autorità statistica comunitaria* (COM (2005) 217 del 25 maggio 2005), si veda C. CINGOLANI, *Il Codice delle statistiche europee, strumento di governance della statistica nazionale*, in ISTAT, *Leggere il cambiamento del Paese*, Atti della IX Conferenza nazionale di statistica, *paper*, pubblicato sul sito www.istat.it.

(12) Con riferimento a quest'ultimo settore: S. CASSESE, *Diritto comunitario ambientale*,

Come anticipato, la raccolta dei dati è rimessa principalmente al Sistema statistico nazionale, che opera da centro unificante della produzione. Il modello prescelto dal legislatore, in anticipo rispetto alla revisione regionalista della Carta costituzionale, garantisce quindi agli operatori pubblici autonomia istituzionale e operativa, pur nel quadro delle direttive adottate dall'ISTAT. Ciò comporta l'emergere di una realtà statistica multiforme, ma non per questo ispirata dal verso di Fernando Pessoa: *tudo é disperso, nada é inteiro!* Con riguardo agli enti territoriali può affermarsi che ognuno è titolare di poteri finalizzati alla creazione di un'organizzazione statistica propria, recessivi però rispetto alle esigenze di complessivo coordinamento, evidenti nelle ipotesi che incidono sugli interessi della comunità nazionale.

La novella del Titolo V e l'inserimento del coordinamento informativo nell'art. 117 Cost. forniscono un primo ausilio alla ricerca dell'equilibrio fra tendenze centrifughe e centripete, ma per altro verso rendono improcrastinabile una soluzione al problema della sotto-rappresentatività delle autonomie regionali negli organi di governo del SISTAN, magari nel quadro della prospettata riforma del sistema.

3. Natura, potenzialità e limiti della potestà statale di coordinamento informativo statistico e informatico

A quasi dieci anni dalla sua formulazione l'art. 117, comma 2, lett. r), Cost. può oggi vantare un notevole arricchimento del suo portato grazie soprattutto all'opera ermeneutica della Consulta, che ne ha ricavato importanti declinazioni pratiche. La gestione del capitale informativo è infatti fonte di un continuo e ramificato contenzioso. Già la creazione del SISTAN era stata accompagnata da un susseguirsi

Milano, 1995; B. CARAVITA, *I principi della politica comunitaria in materia ambientale*, in *Riv. giur. amb.*, 1991, p. 207 ss.; A.L. DE CESARIS, *Informazione ambientale e accesso ai documenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, p. 851; G. MORANDI, *Informazione ambientale e accesso ai documenti amministrativi*, in *Riv. giur. amb.*, 1992, II, p. 805 ss.; G. e L. BUTTI, *Il diritto di accesso alle informazioni ambientali disponibili presso la Pubblica Amministrazione*, in *Riv. giur. amb.*, 1991, p. 461 ss.; E. FAMELLI, A. LO PRESTI, *Diritto all'informazione ambientale e sistemi aperti: nuove prospettive per il cittadino*, in *Inf. dir.*, 1994, p. 41 ss., e *Diritto all'informazione ambientale, trasparenza della pubblica amministrazione e tecnologie informatiche*, in *Inf. dir.*, 1996, p. 171 ss.

di pronunce della Corte costituzionale, occasione per una prima serie di precisazioni di ordine generale¹³, ma con la novella del Titolo V – e ancor più negli anni più recenti – i punti di frizione si sono moltiplicati, toccando numerosi ambiti di amministrazione attiva e a testimonianza del rilievo che il tema oggetto d'indagine ha assunto nel tempo.

I risultati cui è pervenuto il Giudice delle leggi sono fondamentali per comprendere appieno tale norma che, se mal interpretata rischia di comprimere indebitamente le posizioni regionali, operando in senso contrario all'afflato territoriale della riforma del 2001. Ci si riferisce, in particolar modo, alla diatriba fra “coordinamento forte” e “coordinamento debole”, o, per usare un contrasto meno ultimativo, alla *vis* applicativa di questo coordinamento e, dunque, della potestà statale dispiegata nei confronti delle Regioni e degli enti locali.

Secondo una prima linea di pensiero tale coordinamento sarebbe addirittura idoneo a disciplinare la formazione del dato, penetrando la normativa regionale fino a svuotarla di competenza¹⁴; a essa si oppone chi ritiene che lo Stato ben potrebbe limitarsi alla formulazione di

(13) Ci si riferisce alle pronunce della Corte costituzionale 13 aprile 1989, n. 242 (con *Nota* di P. COSTANZO, in *Foro it.*, 1989, I, c. 2067 ss.), 7-26 marzo 1990, n. 139 (annotata da R. TOMEI, *Regioni e statistica ufficiale*, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, p. 377 ss., da S. DE GÖTZEN, *La configurazione dei rapporti tra Stato e Regioni e i criteri discretivi tra i rispettivi ambiti di attività nella riforma del sistema statistico nazionale*, in *Le Regioni*, 1991, p. 543 ss., e da E. BUTTIGLIONE, *Sistema statistico nazionale e competenze regionali*, in *Giur. cost.*, 1991, II, p. 2880 ss.), e 11-18 luglio 1991, n. 359 (anch'essa annotata da R. TOMEI, *Ancora in tema di Regioni e statistica ufficiale: la Corte non perde l'occasione per riaffermare il principio di legalità*, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 1874 ss.). Più in generale cfr. M.P. CHITI, *Relazioni funzionali e tecniche fra i soggetti del SISTAN*, in ISTAT, *Offerta*, cit., e L. TORCHIA, *Autonomia dei soggetti e qualità della statistica pubblica*, in ISTAT, *Autonomia e qualità della statistica pubblica*, Atti della IV Conferenza nazionale di statistica, Roma, 1999. In ultimo sia consentito un rimando a F.M. LAZZARO, *Le Regioni e la statistica (sistema statistico nazionale e sistema istituzionale regionalizzato)*, in questa *Rivista*, 2008, p. 419 ss.

(14) In particolare cfr. A. STERPA, *La statistica tra Stato e Regioni*, in Commissione per la garanzia nell'informazione statistica, *Indagine sull'attività statistica delle Regioni*, vol. I, p. 21 ss., secondo il quale tale posizione sarebbe soprattutto da ricondurre alle conclusioni cui è giunta la Corte costituzionale, “fino a sostenere che ogni attività tesa ad ottenere il coordinamento ricade sotto la competenza statale, a prescindere dal fatto che, per quella materia-oggetto, sia competente il legislatore statale o regionale”, *ivi*, p. 33.

direttive e all'indicazione della finalità da perseguire, lasciando agli enti territoriali minori il compito di scegliere i modi concreti della loro attuazione.

Un primo argomento utilizzato a sostegno della tesi "forte" opera in maniera analogica rispetto a quanto determinato dalla Consulta in tema di coordinamento dell'autonomia finanziaria delle Regioni e degli enti locali: "l'attuazione di questo disegno costituzionale richiede però come necessaria premessa l'intervento del legislatore statale, il quale... dovrà non solo fissare i principi cui i legislatori regionali dovranno attenersi, ma anche... definire gli spazi e i limiti entro i quali potrà esplicarsi la potestà impositiva" (Corte cost., sent. 20 gennaio 2004, n. 37). In altra circostanza la Corte riconosce come il carattere finalistico dell'azione di coordinamento postuli che "a livello centrale si possano collocare non solo la determinazione delle norme fondamentali che reggono la materia, ma altresì i poteri puntuali eventualmente necessari perché la finalità di coordinamento [per sua natura eccedente le possibilità d'intervento dei livelli territoriali sub-statali] possa essere concretamente realizzata" (Corte cost., sent. 24 novembre 2003, n. 346)¹⁵.

Un secondo argomento, pure mutuato dalla giurisprudenza costituzionale, muove dall'afferenza del coordinamento statale a un'ampia gamma di ipotesi di amministrazione attiva (dalla finanza alla contabilità pubblica, al procedimento amministrativo su istanza di parte) la quale, nel rafforzare la validità di un'interpretazione finalistica della norma in esame, indurrebbe a ritenere che esso possa comprimere

(15) La Corte è ritornata sull'argomento a distanza di alcuni anni (sent. 18 aprile 2007, n. 169), per arricchire le argomentazioni con un'appendice sui riflessi che la disciplina di coordinamento della finanza pubblica inevitabilmente produce sugli assetti organizzativi delle comunità territoriali. Ora, essendo l'organizzazione degli uffici regionali e degli enti regionali una materia di competenza legislativa "residuale" regionale si pone il problema della legittimità delle norme statali nella parte in cui determinano la compressione delle scelte rimesse alle Regioni. Per la Consulta quello del coordinamento della finanza pubblica è un principio fondamentale, sicché le ricadute sul tessuto organizzativo degli enti sub-statali non assume rilevanza alcuna, "risolvendosi detta influenza in una mera circostanza di fatto, come tale non incidente sul piano della legittimità costituzionale".

l'attività regionale anche nelle materie in cui la Regione ha competenza esclusiva o concorrente.

Un terzo argomento si focalizza invece sulla qualificazione “nazionale” dell'attività statistica, la quale necessiterebbe di una guida centrale per attrarre i contributi forniti dai diversi soggetti coinvolti nelle attività di raccolta ed elaborazione dei dati: una guida “forte” per assicurare appunto la rispondenza di questa attività ai bisogni della comunità nel suo complesso e giustificata dalla trasversalità della lett. r) dell'art. 117 Cost.

Ora, pur se così articolatamente motivato, il coordinamento forte non appare del tutto compatibile con il disegno costituzionale, né *ante*, né tanto meno *post*-riforma del Titolo V, come si cercherà di dimostrare. Innanzi tutto la stessa Consulta si è pronunciata sul tema ancor prima della novella della Carta fondamentale, astringendo il coordinamento statale *de quo* alle ipotesi meramente tecniche¹⁶. Anche la recente giurisprudenza della Corte sembra ribadire tale posizione, limitando quello statistico e informatico a precipui scopi di funzionalità. Le sentenze 20 gennaio 2004, n. 36 e 12 gennaio 2005, n. 35, fanno leva sulla “predisposizione di modalità uniformi di rappresentazione, trasmissione di dati contabili che vengono resi omogenei al fine di aggregarli per poter così predisporre la base informativa necessaria al controllo delle dinamiche reali della finanza pubblica” e la succes-

(16) Come per esempio le già citate pronunce nn. 242/1989 e 139/1990: “mentre [l'indirizzo politico-amministrativo] esercitato dal legislatore statale o dal Governo, concerne l'indirizzo politico delle amministrazioni regionali (o delle Province autonome), quello ‘tecnico’, invece, consiste in indirizzi e criteri volti allo scopo di rendere omogenee le metodologie statistiche applicate dagli uffici di statistica delle Regioni (o delle Province autonome), la cui determinazione è riservata all'ISTAT”; l'Istituto può dunque “esercitare compiti d'indirizzo e di coordinamento meramente tecnici, con il precipuo scopo di unificare o di rendere omogenee le metodologie, e senza incidere sul potere spettante alle Regioni... di programmare, dirigere e gestire l'attività dei propri uffici statistici secondo i propri bisogni”. Cfr. anche Corte cost., sent. 9 novembre 2005, n. 417. In dottrina R. BIN, “Coordinamento tecnico” e poteri regolamentari del Governo: spunti per un'impostazione “posteuclidea” della difesa giudiziale delle Regioni, nota a Corte cost., sentt. 30 dicembre 1991, n. 517, 27 dicembre 1991, n. 483, 27 dicembre 1991, n. 482, 30 dicembre 1991, n. 507, in *Le Regioni*, 1992, p. 1449 ss.; M. GIGANTE, *Gli atti statali di coordinamento tecnico e la ripartizione di competenze Stato-Regioni*, nota a Corte cost., sent. 1° aprile 2003, n. 103, in *Giur. cost.*, 2003, p. 1744 ss.

siva pronuncia 14 luglio 2005, n. 336, sottolinea come “gli elementi, puntualmente indicati dalla norma in esame [relativa ai procedimenti iniziati ad istanza di parte], hanno, infatti, natura prevalentemente tecnica e sono destinati a confluire in una banca dati centralizzata”.

Né appare assentibile la propugnata analogia fra coordinamento informativo e coordinamento tributario. La diversità è innanzitutto ontologica: mentre il primo è attività di *back office*, il secondo è amministrazione attiva, svolgimento concreto dei pubblici poteri. Si potrebbe in merito affermare che senza coordinamento statistico non si ha coordinamento tributario, mentre non è altrettanto vero il contrario.

Il coordinamento tributario, poi, in quanto espressione della finanza pubblica e della potestà impositiva si lega direttamente ai principi fondamentali espressi nella prima parte della Carta; esso può quindi essere “forte” perché ad esso sono collegati canoni basilari dell’ordinamento.

È infine solo il caso di richiamare le conclusioni cui è pervenuta la stessa Corte costituzionale nella sentenza 23 giugno 2005, n. 271, ove è stato affermato, tra l’altro, che il mancato esercizio del potere legislativo di coordinamento in discorso “non preclude autonome iniziative delle Regioni aventi ad oggetto la razionale ed efficace organizzazione delle basi di dati che sono nella loro disponibilità ed anche il loro coordinamento paritario con le analoghe strutture degli altri enti pubblici o privati operanti sul territorio... D’altra parte questo esclusivo potere legislativo statale concerne solo un coordinamento di tipo tecnico che venga ritenuto opportuno dal legislatore statale e il cui esercizio, comunque, non può escludere una competenza regionale nella disciplina e gestione di una propria rete informativa”¹⁷.

(17) La Consulta ha d’altronde in più occasioni dichiarato costituzionalmente illegittime le disposizioni statali che, finalizzate a raggiungere obiettivi di carattere nazionale, segnatamente nel campo del coordinamento e del risanamento della finanza pubblica, avevano per effetto l’indebita compressione della sfera di autonomia regionale (*ex multis*: Corte cost., sentt. 17 giugno 2003, n. 370; 13 dicembre 2004, n. 390; 23 giugno 2005, n. 270; 6 marzo 2006, n. 88). Secondo la dottrina, gli spazi di autonomia regionale sarebbero ritagliati sulla strumentalità delle informazioni, nel senso che laddove tale carattere sia presente si concreta la possibilità per le amministrazioni di organizzarne la gestione e il trattamento, mentre laddove esse acquisiscano un valore conoscitivo

Conclusivamente, le modalità con cui realizzare la leale collaborazione fra Stato e Regioni nella disciplina qui considerata non possono che essere quelle espresse nei competenti *fora* cooperativi delle conferenze Stato-autonomie. Così, nelle ipotesi in cui la normativa di livello statale presenti un contenuto precettivo idoneo a determinare una forte incidenza sull'esercizio concreto delle funzioni degli enti substatali, questi ultimi dovranno essere aggregati al procedimento in maniera paritaria, attraverso lo strumento dell'intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni o Stato-autonomie¹⁸.

4. Nuove tecnologie e nuovo valore per il patrimonio informativo

La fase successiva alla raccolta delle informazioni è quella in cui il possesso dei dati genera utilità, in quanto impiegato per il perseguimento delle finalità pubbliche. Non si è in presenza di un passaggio automatico, giacché molto spesso le informazioni abbisognano di essere trattate: possono verificarsi cioè esigenze di elaborazione, d'interpretazione, di confronto, di aggregazione numerica... nonché di conservazione nel tempo, e quindi dell'immagazzinamento e della gestione archivistica.

In questo contesto è di primaria importanza l'apporto delle nuove tecnologie, le quali sviluppano le potenzialità della ricchezza informativa sotto ogni profilo. La stessa Costituzione coglie appieno tale valore aggiunto, non a caso inserendo il coordinamento informatico dei dati pubblici nella medesima lett. *r*) dell'art. 117. In una società moderna la circolazione delle informazioni non può infatti prescindere dalla piattaforma tecnologica e dalle sue inesauribili applicazioni per il trattamento dei dati, l'interconnessione delle fonti, l'accessibilità ai sistemi operativi, la diffusione dell'*output*¹⁹.

esorbitante rispetto alla sfera di competenza della Regione si espande la potestà d'intervento statale: F. MERLONI, *L'informazione*, cit., p. 6. Si veda anche A. PIOGGIA, L. VANDRELLI, (a cura di), *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale*, Bologna, 2006.

(18) Corte cost., sent. 12 gennaio 2005, n. 31.

(19) Una ricognizione esaustiva dell'amministrazione digitale può essere compiuta grazie ai lavori di M. AGLIATI, *Tecnologie dell'informazione e sistema amministrati-*

Consapevole dell'importanza dell'IcT il legislatore ha adottato nell'ultimo decennio provvedimenti atti a colmare almeno sulla carta la scarsa apertura alle nuove tecnologie che spesso affligge gli uffici pubblici italiani, da un lato attraverso un *corpus* normativo organico qual è il Codice dell'amministrazione digitale²⁰ e dall'altro con il "braccio" operativo del Sistema pubblico di connettività (SPC), di cui al d.lgs. 28 febbraio 2005, n. 42, ora trasfuso nel Codice stesso, agli artt. 72 e seguenti²¹. Il Codice definisce il modello di burocrazia tecnologica, mentre il SPC ne rappresenta la struttura portante. Nell'insieme, essi accompagnano il paese verso un traguardo evolutivo, quello della migliore realizzazione dei precetti costituzionali anche attraverso una più penetrante partecipazione democratica. Per quanto d'interesse in questa sede il SPC opera in particolare come

vo, Milano, 1996; M. MINERVA, *L'attività amministrativa in forma elettronica*, in *Foro amm.*, 1997, p. 1300 ss., e *L'atto amministrativo in forma elettronica e la sicurezza dei sistemi informativi pubblici*, in *Dir. informatica*, 1995, p. 939 ss.; M.I. BALLA, *ISTAT: innovazione tecnologica e qualità dell'informazione*, in *Informatica e doc.*, 1995, p. 43 ss.; F. MERLONI, *Introduzione all'eGovernment. Pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, Torino, 2005; D. MARONGIU, *Le fonti del diritto e l'amministrazione digitale: l'armonizzazione tra livelli di normazione nell'attuale sistema*, in *Dir. Internet*, 2006, p. 600 ss.

(20) Il Codice, adottato con d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, e recentemente modificato dal d.lgs. 30 dicembre 2010, n. 235, conosce numerosi commenti di carattere generale, fra i quali E. CARLONI (a cura di), *Codice dell'Amministrazione digitale*, Rimini, 2007; G. CASSANO, C. GIURDANELLA (a cura di), *Il Codice della Pubblica Amministrazione digitale*, Milano, 2005; G. STUMPO, *Il Codice della pubblica amministrazione digitale*, in *Riv. trim. app.*, 2005, p. 890 ss.; A. NATALINI, *Le riforme amministrative tra vincoli istituzionali e processo di cambiamento: il caso dell'informatizzazione*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, 2006, p. 105 ss.

(21) Adottato sulla scorta della delega contenuta nell'art. 10, legge 29 luglio 2003, n. 229, il Sistema pubblico di connettività e della rete internazionale della pubblica amministrazione è la "condizione abilitante perché l'e-governement e l'e-commerce diventino progressivamente, in Italia, un modo ordinario di funzionamento delle pubbliche amministrazioni e di svolgimento dei rapporti contrattuali tra privati": C. D'ORTA, *Il SPC: un approccio nuovo alle esigenze della rete delle pubbliche amministrazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 693 ss. (dello stesso autore si veda anche *Finalità, organizzazione e architettura del Sistema pubblico di connettività*, in *Dir. Internet*, 2005, p. 395 ss.). L'Istituto trova una compiuta analisi in *Il Sistema pubblico di connettività e cooperazione*, collana *I quaderni CNIPA*, n. 5/2004, ma si veda anche in senso critico il contributo di A. NATALINI, *Il SPC eredita i problemi della RUPA*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 702 ss.

infrastruttura di base per veicolare dati e informazioni, mettendo in rete le amministrazioni centrali e locali²². Due sono gli aspetti distintivi: il primo concerne appunto la platea dei destinatari e il secondo l'operatività del Sistema. Se la Rete unitaria della pubblica amministrazione, antesignana del SPC²³, prevedeva la partecipazione di Regioni ed enti locali su base volontaria, ora tale partecipazione è obbligatoria, sicché vengono meno i problemi legati all'adesione solo parziale dei soggetti pubblici. A ciò si aggiunge il secondo aspetto citato, nel senso che il SPC non si limita a facilitare la circolazione della sostanza informativa, ma lo renda fruibile in maniera tendenzialmente automatica e, pertanto, i dati immessi nel Sistema possono a certe condizioni essere utilizzati da tutti i partecipanti.

Fermo restando il principio di autonomia del patrimonio informativo della singola amministrazione, la condivisione dei dati resta un obiettivo fondamentale, tanto che al vertice del SPC si situa una Commissione di coordinamento composta in parti uguali da rappresentanti dell'amministrazione statale e regionale/locale, con il compito di definire le linee d'indirizzo e di sviluppo strategico, elemento che rende tangibile quel canone di collaborazione istituzionale paritaria che informa tutto il Sistema. Il d.lgs. 82/2005 ricorre all'espressione "cooperazione applicativa", intendendo con essa "la parte del sistema pubblico di connettività finalizzata all'interazione tra i sistemi informatici delle pubbliche amministrazioni per garantire l'integrazione

(22) Secondo il dettato normativo "il SPC è l'insieme di infrastrutture tecnologiche e di regole tecniche, per lo sviluppo, la condivisione, l'integrazione e la diffusione del patrimonio informativo e dei dati della pubblica amministrazione, necessarie per assicurare l'interoperabilità di base ed evoluta e la cooperazione applicativa dei sistemi informatici e dei flussi informativi, garantendo la sicurezza, la riservatezza delle informazioni, nonché la salvaguardia e l'autonomia del patrimonio informativo di ciascuna pubblica amministrazione" (art. 73, comma 2, d.lgs. 82/2005). In concreto, il SPC sviluppa il patrimonio informativo pubblico attraverso tre strumenti: i dati territoriali, l'indice nazionale delle anagrafi e le basi di dati di interesse nazionali.

(23) P. SANDULLI, *La rete unitaria della Pubblica Amministrazione*, in *Informatica e doc.*, 1995, p. 39 ss.; M. MINERVA, *Verso l'integrazione dei sistemi informativi pubblici: la rete unitaria della pubblica amministrazione*, in *Dir. inf.*, 1998, p. 623 ss., e M. IASELLI, *La rete unitaria della pubblica amministrazione*, in G. CASSANO (a cura di), *Diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell'internet*, Milano, 2002.

dei metadati, delle informazioni e dei procedimenti amministrativi”. Il paragone con il SISTAN evidenzia dunque una profonda differenza, dal momento che nella statistica pubblica la collaborazione in termini di regia dell’ordinamento è semmai un *punctum dolens*.

Il pluralismo amministrativo italiano può dunque trovare nell’azione di coordinamento esercitata dallo Stato un prezioso ausilio per la migliore circolazione dei dati, che significa anche maggiore possibilità di fruire delle informazioni detenute da altri soggetti pubblici. Quanto alle caratteristiche di tale coordinamento possono essere all’uopo richiamate le conclusioni cui si è pervenuti in ordine a quello statistico, sia per analogia, sia per comunanza di *sedes materiae*.

La società (pubblica) dell’informazione, eretta sulle fondamenta della rete unitaria della pubblica amministrazione e del sistema pubblico di connettività, produce positive e cospicue ripercussioni anche sul piano più strettamente economico: agevolazione delle transazioni, riduzioni di costo, possibilità di riuso, rispetto degli standard assunti nell’erogazione dei servizi²⁴. L’importanza delle applicazioni informatiche non deve quindi essere ristretta alla sola facilitazione dei flussi informativi, involgendo infatti ben più rilevanti aspetti istituzionali, in primo luogo quelli d’incremento del tasso democratico, senza dover

(24) Sui riflessi economici del patrimonio informativo digitale cfr. B. PONTI, *Il patrimonio informativo pubblico come risorsa. I limiti del regime italiano di riutilizzo dei dati delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. pubbl.*, 2007, p. 991 ss.; I. D’ELIA, *La diffusione e il riutilizzo dei dati pubblici. Quadro normativo comunitario e nazionale: problemi e prospettive*, in *Informatica e diritto*, 2006, p. 7 ss.; C. FLICK, G.A. CIGNONI, V. AMBRIOLA, *Il riuso del software nella pubblica amministrazione*, in *Dir. Internet*, 2008, p. 85 ss.; F. BARGELLINI, M. CHERUBINI, *Il riuso nella società dell’informazione: un’opportunità per l’innovazione di sistema nella P.A.*, in *Informatica e diritto*, 2006, p. 129 ss.; M.I. BALLA, *Internet e intranet per l’acquisizione e diffusione di informazioni statistiche: il caso ISTAT*, in *Informatica e doc.*, 1997, p. 7 ss. Una fattispecie paradigmatica può essere rappresentata dalla creazione della banca dati “Normattiva”. L’obiettivo di determinare con esattezza il patrimonio legislativo vigente si avvale infatti delle possibilità offerte dall’informatica, che agevola la ricognizione delle disposizioni, la loro sistematizzazione, la loro circolazione. Si noterà, semmai, come l’esigenza di conseguire economie di bilancio è proprio uno dei motivi che ha spinto il legislatore a proseguire nell’opera di riduzione dell’apparato normativo, con successivi e ravvicinati provvedimenti abrogativi: ecco un caso di risparmio delle spese pubbliche originato – sebbene in maniera del tutto inaspettata – dall’informatica giuridica!

per ciò ricorrere all'abusata espressione di "democrazia elettronica", spesso fuorviante e comunque ancora lontana da una reale compiutezza.

5. Stato, Regioni e patrimonio informativo: il contributo della giurisprudenza costituzionale

Alla ricostruzione dei rapporti fra Stato e Regioni ha fornito un rilevante supporto la giurisprudenza della Corte costituzionale, chiamata a dirimere in un crescendo di occasioni i conflitti da questi enti sollevati in via principale.

L'attività ermeneutica ha permesso all'art. 117, comma 2, lett. r), Cost., di esprimere una notevole *vis* espansiva, come nel caso degli atti ministeriali d'indirizzo in materia d'impiego ottimale delle risorse informatiche, assunti dal Ministro per l'innovazione e le tecnologie "sentita" la Conferenza Unificata (art. 29, comma 7, legge 28 dicembre 2001, n. 448). La Consulta riconduce la fattispecie proprio al coordinamento informatico *ex art. 117 Cost.*: "attengono al predetto coordinamento anche i profili della qualità dei servizi e della razionalizzazione della spesa in materia informatica, in quanto necessari al fine di garantire la omogeneità nella elaborazione e trasmissione dei dati" (Corte cost., sent. 10 gennaio 2004, n. 17)²⁵.

Il coordinamento informatico è infatti primariamente rivolto a realizzare una comunanza di linguaggi, affinché la moltitudine di soggetti toccati dal flusso informativo possa esprimersi con un unico idioma; esso postula altresì la formulazione di discipline idonee alla raccolta, elaborazione e trasmissione dei dati con identiche modalità e opera infine per creare condizioni di ottimale comunicabilità fra gli operatori e i sistemi da loro utilizzati.

(25) La pronuncia è commentata da D. MARONGIU, *La funzione di coordinamento informatico: autonomia delle Regioni e poteri del Ministro per l'innovazione e le tecnologie*, in *Dir. informazione e informatica*, 2005, p. 109 ss., ma cfr. anche, dello stesso autore, *Il governo dell'informatica pubblica: tra Stato, Regioni ed enti locali*, Napoli, 2007, nonché, più nel dettaglio: A.G. OROFINO, *L'informatizzazione dell'attività amministrativa nella giurisprudenza e nella prassi*, in *Giorn. dir. amm.* 2004, p. 1371 ss., e M. MINERVA, *La funzione di coordinamento e la definizione degli standards informatici*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 251 ss.

Poste queste basi, ecco allora che lo Stato può, sempre con decreti ministeriali, determinare le caratteristiche uniformi nella rappresentazione dei dati contabili, onde assicurare all'amministrazione finanziaria gli strumenti conoscitivi necessari per seguire le dinamiche della spesa e verificarne la compatibilità con gli obiettivi assunti in sede comunitaria, e che si riverberano sul patto di stabilità interno (Corte cost., sent. 12 gennaio 2005, n. 35). Con la pronuncia 18 aprile 2007, n. 169, i giudici hanno esaminato la disciplina statale con cui viene verificato il rispetto dei parametri di finanza pubblica: "essa non lede le attribuzioni delle Regioni a statuto ordinario, sia perché partecipa della natura di principio fondamentale di coordinamento della finanza pubblica... sia perché è espressione della competenza legislativa esclusiva dello Stato di cui all'art. 117, secondo comma, lettera r), Cost."

È solo il caso di notare che l'assunzione di nuovi modelli informativi imposta dalla normativa statale, come nelle fattispecie testé ricordate, comporta inevitabilmente dei costi: si tratta di un profilo di rilievo non certo secondario, tanto da essere stato in più occasioni sollevato dalle Regioni. La possibilità per gli enti substatali di ottenere risorse aggiuntive che compensino tali oneri è stata assentita dalla Consulta (pur con alcune cautele), in una logica di equilibrio generale del sistema che possa rafforzare lo spirito collaborativo (sentt. nn. 7 maggio 2008, n. 145, e 15 luglio 2009, n. 233). Per essere operativo, un meccanismo di compensazione economica richiede il verificarsi di una situazione che esuli dai normali compiti istituzionali, altrimenti lo scambio notiziale ricade nel consueto dovere cooperativo, nonché la "rilevanza" degli aggravii di spesa connessi all'adozione dei nuovi strumenti conoscitivi. Solo il maturare di un'adeguata casistica consentirà di determinare il valore pratico di tale rilevanza, ma può fin d'ora ritenersi che ci si riferisca a ipotesi in cui non sia fattibile ricorrere alle risorse economiche, organizzative e umane a disposizione (potrebbe trattarsi di rilevazioni in settori non presidiati dagli uffici statistici territoriali, o che comportino la costituzione di nuovi apparati, o che per la complessità delle operazioni necessarie richiedano uno sforzo insostenibile).

Il tema è meritevole di attenzione e pone il problema del concorso

degli enti territoriali alle spese per la gestione del capitale informativo. Nell'ipotesi in cui lo Stato si avvale di uffici regionali, per esempio, "il rispetto dell'autonomia delle Regioni, senza dubbio necessario anche sotto il profilo della provvista di mezzi finanziari per fronteggiare nuovi oneri, è assicurato dalla previsione circa l'attuazione di tale forma di collaborazione previa intesa con gli enti interessati o con gli organismi rappresentativi degli stessi" (sent. 15 luglio 2009, n. 233). Con la pronuncia da ultimo citata la Consulta ha sindacato la legittimità del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, recante "Norme in materia ambientale", impugnato dalle Regioni sotto diversi profili, fra i quali l'obbligo di assicurare la divulgazione delle informazioni sullo stato di qualità delle acque e di trasmettere all'Agenzia per la protezione dell'ambiente una serie di dati, rispettando le regole adottate con norme statali. Proprio il ruolo dell'Agenzia è stato contestato, posto che il legislatore delegato ha ad essa affidato il compito di costituire e gestire un imponente sistema informativo, formulando all'uopo criteri, metodi e standard di raccolta, elaborazione e consultazione dei dati, nonché modalità di coordinamento e collaborazione dei soggetti coinvolti. Il richiamo operato dai Giudici alla competenza esclusiva dello Stato e la natura tecnica della disciplina di coordinamento statale hanno però condotto al rigetto del ricorso²⁶. Analoga la posizione della Consulta circa l'obbligo di trasmissione dei bilanci delle Autorità d'ambito" al Ministero dell'ambiente: "lo Stato può fissare obblighi di trasmissione ai fini di eventuali controlli, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera r), Cost. ... obblighi di questo tipo devono essere ritenuti legittimi, perché espressione di un coordinamento meramente informativo" (sent. 16 luglio 2009, n. 246).

Per tornare al legame fra informazioni e finanza pubblica è quanto mai opportuno sottolineare la biunivocità di questo rapporto. La legge delega sul federalismo fiscale, infatti, presuppone che la deter-

(26) "Va escluso che il principio di leale collaborazione imponga nella fattispecie una forma di coinvolgimento delle Regioni. Si aggiunga che obblighi costituenti espressione di un coordinamento meramente informativo gravanti sulle Regioni non sono di per sé idonei a ledere sfere di autonomia costituzionalmente garantite" (Corte cost., sent. 15 luglio 2009, n. 232).

minazione del fabbisogno degli enti territoriali sia determinato con tecniche statistiche, utilizzando il patrimonio informativo esistente. Anche in una materia così presente nel dibattito politico degli ultimi anni il valore delle informazioni storiche è dunque centrale²⁷.

6. Alcune osservazioni conclusive

Nelle pagine che precedono si è cercato di delineare i contorni del patrimonio informativo pubblico, un fenomeno profondamente radicato nella vita sociale, ma la cui afferenza a campi di studio diversi (la statistica, il diritto di accesso, la circolazione delle informazioni, la pubblicità degli atti, l'archivistica...) ostacola spesso un'analisi di ampio respiro. La ricostruzione operata ne fa emergere soprattutto il carattere unificante: le informazioni pubbliche realizzano i principi espressi dall'art. 5 Cost. e costituiscono una ricchezza direttamente riconducibile alla comunità nazionale.

Si pone allora il problema di definire i rapporti che s'instaurano fra gli enti territoriali per effetto di questa "comunione" e dei poteri che possono esercitare su di essa. Lo Stato è in una posizione sufficientemente chiara, grazie all'art. 117 Cost., che gli assicura la funzione di coordinamento in regime di potestà legislativa esclusiva, mentre la Regione può vantare piena competenza legislativa per le ipotesi residuali, principalmente per la disciplina dei propri possedimenti informativi (si è però constatato quanto i confini di questo riparto siano sfumati). L'autonomia degli enti pubblici è apprezzabile nella gestione delle informazioni di cui sono titolari, ma resta pur sempre cedevole di fronte all'emergere di istituti di carattere nazionale, o di esigenze di condivisione dei dati.

(27) Come sottolineato da C. CINGOLANI i decreti legislativi attuativi della delega in materia di federalismo fiscale dovranno avvalersi di "statistiche pertinenti, affidabili, rappresentative e territorialmente dettagliate", sicché "si prospetta con forza l'esigenza di costruire un sistema informativo che raccolga in modo coerente e coordinato i dati di bilancio delle amministrazioni, i dati di contesto e i dati descrittivi delle determinanti delle singole funzioni", in *Relazione* al seminario USCI del 5 maggio 2009, *paper*, pubblicato sul sito www.usci.it. Si veda anche L. BIGGERI, *Informazione statistica e conoscenza del territorio: le strategie di sviluppo della statistica ufficiale*, in ISTAT, *Informazione statistica e conoscenza del territorio*, Atti della VI Conferenza nazionale di statistica, Roma, 2002, p. 13 ss.

Il disegno normativo solo tratteggiato rende difficile stabilire a priori i limiti di esercizio del potere di coordinamento statale e il contributo della giurisprudenza costituzionale non risolve tutti i dubbi posti dalla formulazione dell'art. 117 Cost. Un intervento del legislatore sarebbe dunque auspicabile, in special modo se finalizzato a redigere un *corpus* organico; *de iure condendo* è importante che sia posto l'accento sull'importanza del patrimonio informativo ai fini del corretto dispiegarsi dei pubblici poteri²⁸.

All'impegno istituzionale deve necessariamente accompagnarsi un adeguato investimento economico, destinato in primo luogo a migliorare le dotazioni informatiche; non è un obiettivo facile, in tempi di contrazione della spesa pubblica, ma indispensabile per sviluppare le potenzialità della burocrazia. Le nuove tecnologie moltiplicano le possibilità produttive delle informazioni, facilitano la circolazione e la fruibilità dei dati, accrescono la portata delle elaborazioni e delle applicazioni pratiche. Soprattutto, nel predisporre una piattaforma interconnessa, esse aiutano a superare la frammentazione informativa e a valorizzare l'apporto dei singoli soggetti del SISTAN.

La tesi di un patrimonio informativo imprescindibilmente nazionale è viepiù avvalorata dall'intreccio con diversi istituti che tale carattere possiedono *naturaliter*. Si pensi al diritto di accesso, che la legge 241/1990 collega ai "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" e che rappresenta una delle più comuni fattispecie per il concreto utilizzo delle informazioni detenute dai pubblici apparati, quanto meno in via propedeutica al soddisfacimento di correlate posizioni giuridiche²⁹. Si pensi ancora al diritto all'informazione, sia in

(28) La necessità della riforma del SISTAN, o quantomeno di una sua rivisitazione, è prospettata da più parti. Preziosi contributi al dibattito sono offerti da R. TOMEI, *Il sistema statistico nazionale. Un bilancio a quasi vent'anni dalla sua istituzione*, in *Riv. amm.*, n. 12, 2004, p. 1239 ss.; M.P. GUERRA, *L'ordinamento*, cit., p. 161; V. CERULLI IRELLI, *Diritto nazionale*, cit., p. 60 ss.; M.P. CHITI, *Istituto nazionale di statistica tra norme europee e cambiamenti costituzionali*, in AA.Vv., *Sistema statistico nazionale, modifiche costituzionali ed Europa*, Roma, 1995, p. 85 ss.

(29) Sul rapporto fra attività statistica e diritto di accesso: G. ARENA, *Accesso all'informazione statistica e problemi di riservatezza*, in ISTAT, *Offerta pubblica*, cit., p. 354 ss.;

termini generali che di discipline speciali, azionabile dal singolo o dalle formazioni sociali per accrescere la conoscenza circa determinati fatti e situazioni³⁰.

Il patrimonio informativo pubblico è una grande risorsa per il paese, sia quando assume forma tangibile, sia quando è immateriale. Esso può diventare una risorsa economica, perché le informazioni non di rado assumono un valore di mercato, ed è sempre una risorsa sul piano civile: nel contribuire a rendere effettivi i diritti di cittadinanza e le libertà costituzionali questo patrimonio rafforza infatti le basi dell'ordinamento sociale e ne sostiene l'impianto democratico.

C. FATTA, *Patrimonio informativo pubblico e accesso ai documenti amministrativi*, in *Federalismi.it*, rivista telematica; G. BELLITTI, R. TOMEI, *L'accesso ai dati statistici*, in *Quaderni di ricerca*, n. 2, 1992; G. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza*, Milano, 1997. Sul diritto di accesso e l'amministrazione digitale: M.P. GUERRA, *Circolazione dell'informazione e sistema informativo pubblico: profili giuridici dell'accesso interamministrativo telematico*, in *Dir. pubbl.*, 2005, p. 525 ss.

(30) Non solo: le informazioni sfuggono progressivamente al legame proprietario con l'ente che ne è detentore, quale conseguenza dell'accentuata propensione del nostro ordinamento alla compenetrazione dei ruoli e al pluralismo amministrativo. Esse acquisiscono in tal modo un valore autonomo e, pertanto, non esauriscono il loro ruolo all'interno di una singola realtà, ma si rendono utilmente condivise da parte dell'amministrazione in senso generale (F. MERLONI, *Coordinamento*, cit., p. 7).

L'inattuabile referendum per l'aggregazione della Provincia di Belluno alla Regione Trentino-Alto Adige (*)

Fabio Ratto Trabucco

Con la pronuncia in commento l'Ufficio centrale per il referendum ha definitivamente reciso le velleità "secessioniste" portate avanti dalla Provincia bellunese al fine del distacco dalla Regione Veneto e la conseguente aggregazione al Trentino-Alto Adige, dichiarando inammissibile la relativa richiesta referendaria deliberata dal predetto Consiglio provinciale¹.

L'istanza nasce nell'ambito del più ampio e complesso dibattito legato all'inadeguatezza dell'attuale assetto dell'ordinamento degli enti locali con Comuni e Province che si sentono "intrappolati" in determinate Regioni. In particolare, fra queste, si può certamente parlare di un "caso Veneto" ove ben sedici Comuni hanno intrapreso positivamente la procedura *ex art. 132, comma 2, Cost.*, per trasferirsi in confinanti Regioni a Statuto speciale, con motivazioni che possono ricondursi all'ovvia possibilità di beneficiare del più favorevole regime finanziario, cui s'aggiungono implicazioni connesse ad aspetti storico-culturali e alla posizione geografica che ne impedisce lo sviluppo².

(*) Nota a ord. Ufficio centrale per il referendum 31 marzo-11 aprile 2011, in *Gazzetta Ufficiale* del 12 aprile 2011, n. 84.

(1) La richiesta referendaria è stata adottata con deliberazione del Consiglio provinciale di Belluno dell'11 gennaio 2011, n. 4 e depositata presso la Cancelleria dell'Ufficio centrale per il referendum il 19 gennaio 2011, come da annuncio pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* del 19 gennaio 2011, n. 14.

(2) Si pensi al caso dei tre Comuni ladini del Sella storicamente legati a Bolzano e aggregati d'imperio nel 1923 alla Provincia di Belluno oppure agli otto Comuni dell'Altopiano di Asiago ove è insediata la minoranza linguistica cimbra e ai Comuni di Sappada e Cinto Caomaggiore che costituiscono rispettivamente un'area linguistica tedesca e friulana. Similmente si ricordano i casi dei Comuni di Pedemonte, Magasa e Valvestino, tutti storicamente legati a Trento ma distaccati forzatamente negli anni Trenta per essere aggregati, il primo alla Provincia di Vicenza e i restanti due a quella di Brescia. La

Al fine di contrastare il dilagare delle iniziative di migrazione regionale non sono peraltro mancate iniziative al fine del sostegno finanziario ai Comuni di confine, sia dal punto di vista legislativo da parte della stessa Regione Veneto³, sia nella forma dell'intesa interregionale fra quest'ultima e le Province autonome di Trento e Bolzano⁴, nonché da parte dello Stato centrale che, fin dal 2007, ha costituito un apposito fondo per le aree svantaggiate di confine con le Regioni speciali⁵, peraltro di dubbia legittimità costituzionale per violazione dell'art. 119, comma 5, Cost., atteso che le Regioni non sono coinvolte nelle procedure di programmazione del Fondo, se non marginalmente *a posteriori*⁶. Infine, da ultimo, lo Stato ha previsto che le due Province

particolare posizione geografica svantaggiata all'interno della Regione Veneto appare invece rilevare nel caso dei Comuni di Lamon e Sovramonte.

(3) Si veda la legge regionale Veneto 26 ottobre 2007, n. 30, recante "Interventi regionali a favore dei Comuni ricadenti nelle aree svantaggiate di montagna e nell'area del Veneto orientale", con lo scopo di promuovere interventi funzionali al "miglioramento della qualità della vita dei cittadini residenti" nei Comuni delle aree svantaggiate di montagna, nei Comuni ubicati nell'area del Veneto orientale *ex art.* 1, comma 2, l.r. Veneto 16/1993 e nei Comuni della Provincia di Treviso confinanti con la Regione Friuli-Venezia Giulia (art. 1, comma 1).

(4) Si tratta dell'Intesa di Recoaro siglata il 4 luglio 2007 fra la Provincia autonoma di Trento e la Regione Veneto e rispettivamente ratificata con leggi 21/2007 e 31/2007, al fine di migliorare l'esercizio delle funzioni amministrative di competenza dei due enti (art. 1), con riguardo ad un elenco di complessivi 61 Comuni veneti e trentini di confine e ad altri a questi ultimi funzionalmente collegati, attraverso la creazione di un'apposita Commissione per la gestione dell'Intesa che adotta un programma triennale contenente "linee d'indirizzo, direttive e priorità per l'adozione delle misure d'integrazione territoriale" (art. 5, comma 2), per la cui realizzazione è prevista l'istituzione di un fondo alimentato dai bilanci dei due enti (artt. 8 e 9). Cfr. C. FRAENKEL-HAEBERLE, *La "secessione" dei Comuni: una chimera o una via percorribile?*, in *www.federalismi.it*, 2, 2008, p. 9.

(5) L'art. 6 del d.l. 81/2007, convertito in legge 127/2007, ha istituito il "Fondo per la valorizzazione e la promozione delle aree territoriali svantaggiate confinanti con le Regioni a statuto speciale" (c.d. Fondo Letta), con l'obiettivo di finanziare "progetti finalizzati allo sviluppo economico e sociale" proposti dai Comuni interessati e valutati da una Commissione ministeriale a composizione mista tecnico-politica. Per il 2007 è stata assegnata al Fondo una dotazione di 25 milioni di euro ripartiti fra le macroaree corrispondenti alle tre Regioni speciali del Nord, ma l'art. 35 del d.l. 159/2007, convertito in legge 222/2007, ne ha ridotto l'importo. Il d.P.C.M. 28 dicembre 2007 ha poi dettato le prescritte disposizioni attuative del Fondo.

(6) Così, M. BARBERO, *Come (non) si risolve la questione delle "secessioni" dei Comuni di confine (e dei privilegi finanziari delle autonomie speciali)*, in *www.federalismi.it*, 9, 2008, pp. 4-5.

autonome di Trento e Bolzano provvedano al finanziamento di progetti in favore dei Comuni delle Regioni ordinarie di confine⁷.

Tuttavia, le iniziative *de qua* non sono certo riuscite a risolvere *de plano* anni di disagi e insofferenze verso la Regione di appartenenza e stante il diritto costituzionale di attivare la procedura di cambio Regione, rafforzato dalla riforma del Titolo V e dalla Consulta con la sentenza 334/2004, dopo il caso di singoli Comuni veneti di confine è stata la volta dell'intera Provincia di Belluno che ha attivato, prima in Italia, la procedura per addivenire all'aggregazione con la limitrofa Regione Trentino-Alto Adige, attesa la sua particolare conformazione di Provincia montana del Veneto stretta fra due Regioni autonome.

L'iniziativa ha però trovato lo stop da parte dell'Ufficio centrale per il referendum e il nodo cruciale individuato dai giudici di Piazza Cavour al fine del diniego referendario appare focalizzato non solo e non tanto sul fatto che l'aggregazione attiene a una Regione a Statuto speciale, qual è per l'appunto il Trentino-Alto Adige, bensì per la sua strutturazione biprovinciale, costituzionalizzata *ex art.* 116, comma 2, Cost., a seguito della riforma del Titolo V del 2001.

Del resto, occorre in questa sede richiamare anche l'ordinanza interlocutoria del 2-8 marzo 2011, in cui il collegio, pronunciandosi sull'inammissibilità di un intervento *ad opponendum* formulato dal delegato comunale e rappresentante di comitato locale per una procedura comunale *ex art.* 132, comma 2, Cost., portatore di interessi contrapposti a quelli dei promotori della consultazione provinciale⁸,

(7) L'art. 2, commi 107, lett. *b*) e 117 ss., legge 191/2010 (Finanziaria 2011), ha previsto che la Regione Trentino-Alto Adige e le due Province autonome concorrono al "finanziamento di progetti, di durata anche pluriennale, per la valorizzazione, lo sviluppo economico e sociale, l'integrazione e la coesione dei territori dei Comuni appartenenti alle Province di Regioni a statuto ordinario confinanti rispettivamente con la Provincia autonoma di Trento e con la Provincia autonoma di Bolzano" attraverso l'impegno annuale di 40 milioni di euro ciascuna.

(8) Si tratta dell'intervento *ad opponendum* depositato dal delegato comunale effettivo del Comune di Lamon, nonché presidente del locale Comitato, che nel 2005 ha attivato la procedura referendaria di aggregazione alla Regione Trentino-Alto Adige e attualmente, a seguito dell'approvazione del relativo quesito referendario, ha in corso l'*iter* legislativo, peraltro di natura costituzionale (Atto Camera n. 455-1698, approvato dalla Commissione affari costituzionali di Montecitorio il 28 ottobre 2008 e in attesa di ca-

nonché sull'ammissibilità dell'intervento *ad adiuvandum* di un Comune ricompreso nella Provincia interessata⁹, aveva chiaramente richiamato la necessità di scrutinare l'ammissibilità della richiesta con riferimento al disposto di cui all'art. 116, commi 1 e 2, Cost.

La particolare conformazione della Regione in argomento risulta anzitutto dallo Statuto speciale di cui alla legge cost. 5/1948, poi trasfuso nel testo unico approvato con d.P.R. 670/1971, a seguito della riforma resa necessaria per far fronte al contenzioso avviato dall'Austria nel 1960, avanti la Corte internazionale di giustizia de L'Aja, circa il denunciato mancato rispetto italiano dell'Accordo De Gasperi-Gruber del settembre 1946 finalizzato ad assicurare autonomia alla Provincia di Bolzano a maggioranza etnica tedesca, atteso che su scala regionale la componente italiana risulta invece predominante. Tale vertenza si è poi chiusa nel giugno 1992 con il rilascio all'Italia, da parte austriaca, della c.d. "quietanza liberatoria", per l'effetto della quale è stata dichiarata conclusa la questione sudtirolese a suo tempo attivata. Con l'adeguamento dello Statuto regionale si è quindi pervenuti all'attribuzione della potestà legislativa ad entrambe le Province, con relativa rideterminazione degli ambiti di competenza normativa provinciale a scapito di quelli regionali, conseguentemente ristretti, e dunque sino a creare una sorta di due Regioni *sui generis* all'interno della stessa Regione Trentino-Alto Adige.

Perciò, partendo dall'assunto che la Provincia di Belluno risulta priva di qualsivoglia potestà legislativa, la sua aggregazione alla Regione

lendarizzazione in Assemblea). Tale intervento è stato dichiarato inammissibile perché i poteri rappresentativi del delegato sarebbero da ritenersi esauriti, mentre il Comitato non sarebbe un ente esponenziale dei diritti di autodeterminazione dell'autonomia locale, rilevanti agli effetti dell'art. 132 Cost.

(9) Il citato Comune di Lamon, in contrapposizione al suo stesso delegato, con deliberazioni di Giunta comunale del 25 febbraio 2011, n. 13 e del 19 marzo 2011, n. 14, ha disposto di spiegare intervento *ad adiuvandum* nel giudizio dell'Ufficio centrale per il referendum, ritenendo che il potere del delegato sia ormai esaurito e che il referendum provinciale non rechi pregiudizio al procedimento di variazione territoriale intrapreso dallo stesso ente locale attualmente in fase di decisione legislativa. L'intervento è stato dichiarato ammissibile in quanto proveniente da ente istituzionalmente rappresentativo delle situazioni soggettive in causa e portatore di interessi convergenti con quelli della proposta referendaria in esame.

in argomento necessiterebbe non solo della modifica dello Statuto regionale, laddove sancisce la composizione territoriale, bensì viepiù dell'art. 116, comma 2, Cost., per cui dovrebbe necessariamente adottarsi una legge costituzionale, mentre l'art. 132, comma 2, per le aggregazioni di Comuni e Province ad altre Regioni prescrive la sola "legge della Repubblica".

Peraltro, se per i giudici il riferimento alla legge ordinaria di variazione territoriale "risulta inequivoco", in contrapposizione alla legge costituzionale richiesta *ex art.* 132, comma 1, per la creazione di nuove Regioni e la fusione di quelle esistenti, giova ricordare in questa sede che la dottrina permane comunque divisa circa la natura dell'atto legislativo di variazione territoriale regionale allorquando la modifica territoriale inerisca Regioni autonome.

Nel complesso l'interpretazione più convincente in materia resta quella connessa all'indifferenziata costituzionalizzazione dell'originaria estensione territoriale sia delle Regioni a Statuto speciale, che di quelle di diritto comune, poiché l'art. 131 Cost. enumerando le entità regionali fa riferimento a realtà territoriali definite dai rispettivi confini geografici e inoltre, elencando anche le stesse Regioni autonome, determina necessariamente che le disposizioni statutarie speciali rivolte a identificare i territori delle rispettive Regioni (ad es. art. 1, comma 1, Statuto Trentino-Alto Adige) assumano un carattere meramente ricognitivo e non costitutivo, non distinguendosi dalle corrispondenti disposizioni statutarie ordinarie in tema di estensione spaziale regionale (ad es. art. 1, comma 2, Statuto Veneto). Il fatto quindi che la costituzionalizzazione del territorio regionale non sia una prerogativa esclusiva delle Regioni a Statuto speciale, ma una condizione in comune con le Regioni ordinarie, fa venir meno l'esigenza che le prime siano escluse dalla regola di cui all'art. 45, comma 4, legge 352/1970, di attuazione dell'art. 132, comma 2, Cost., che riserva ad atti legislativi ordinari le variazioni territoriali che non modificano l'elenco delle Regioni contenuto nell'art. 131 Cost.¹⁰.

(10) In tal senso, si vedano: M. BARBERO, *Enti locali "in fuga": questioni di "forma" e di "sostanza"*, in *www.federalismi.it*, 9, 2007, p. 3; A. D'ATENA, *Profili procedurali della migrazione dei Comuni nei territori regionali speciali*, in *Giurisprudenza costituzio-*

D'altro canto, neppure deve obliterarsi nel panorama dottrinale la presenza di posizioni per cui la fattispecie del distacco-aggregazione *ex art.* 132, comma 2, Cost., si applica anche alle Regioni ad autonomia speciale, o in forza della “costituzionalizzazione” del territorio regionale differenziato¹¹ o per la presenza di una disciplina statutaria che regola la ripartizione territoriale interna¹², per cui le eventuali modifiche sarebbero possibili solo attraverso una legge costituzionale, peraltro modificativa, nel secondo caso, dello Statuto speciale.

Inoltre, con particolare riguardo al territorio provinciale di Bolzano che nel caso di specie viene ad esame, si sostiene la tesi del suo rilievo costituzionale in quanto fissato direttamente dall'art. 3 dello Statuto speciale¹³, quale adempimento di un obbligo internazionale *ex art.* 2 del citato Accordo De Gasperi-Gruber¹⁴: di talché nessuna variazione territoriale sul territorio bolzanino potrebbe essere dispo-

nale, 2007, pp. 661-662; Id., *Costituzionalismo multilivello e dinamiche istituzionali*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 177; M. PEDRAZZA GORLERO, *Le variazioni territoriali delle Regioni*, Padova, Cedam, 1991, p. 33.

(11) Cfr. D. TRABUCCO, *Variazioni territoriali: una strada tutta in salita*, in www.diritto.it/docs/30274-variazioni-territoriali-una-strada-tutta-in-salita?page=1, 2010, che richiama una “presunta ‘costituzionalizzazione’” del territorio regionale speciale. Da notare che il medesimo autore propende invece per la legge ordinaria in precedenti contributi: *Il problema della costituzionalizzazione del territorio delle Regioni a Statuto speciale*, in www.forumcostituzionale.it, 2008, pp. 2-3; *È costituzionale la proposizione di un quesito referendario unico per i Comuni di Cortina d'Ampezzo, Livinallongo e Colle S. Lucia che intendono passare dalla Regione Veneto alla Provincia autonoma di Bolzano/Bozen?*, in www.federalismi.it, 2, 2008, pp. 3-4.

(12) In tal senso, M. MALO, *Forma e sostanza in tema di variazioni territoriali regionali (a margine della pronuncia 66/2007 della Corte costituzionale)*, in *Le Regioni*, 3-4, 2007, p. 644 e M. OROFINO, *Il territorio di Regioni, Province e Comuni*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 257.

(13) L'art. 3, commi 1 e 2, dello Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige così dispone: “La Regione comprende le Province di Trento e di Bolzano. I Comuni di Proves, Senale, Termeno, Ora, Bronzolo, Valdagno, Lauregno, San Felice, Cortaccia, Egna, Montagna, Trodena, Magré, Salorno, Anterivo e la frazione di Sinablana del Comune di Rumo della Provincia di Trento sono aggregati alla Provincia di Trento”.

(14) L'art. 2 dell'Accordo De Gasperi-Gruber riconosce agli abitanti di lingua tedesca della Provincia di Bolzano e dei vicini Comuni bilingui di quella di Trento “l'esercizio di un potere legislativo ed esecutivo regionale autonomo” (“*the exercise of an autonomous legislative and executive regional power*”).

sta a mezzo di legge ordinaria e per quanto ciò superi solo l'ostacolo statutario, ma non anche la violazione dell'art. 6 Cost. in tema di limitazione della tutela minoritaria, nonché del Trattato di Parigi che intende assicurare l'autonomia a tutta l'area abitata dal gruppo etnico tedesco e dunque vietando qualsivoglia diluizione o riduzione, attraverso un rispettivo ampliamento o frazionamento dell'area in cui l'autonomia è applicabile¹⁵. Per conseguenza, nel caso di procedimenti di aggregazione alla Provincia di Bolzano si ipotizza la necessità di procedere attraverso un negoziato internazionale, coinvolgendo le parti interessate, a partire dalla Repubblica di Austria, onde evitare ricadute sul piano della violazione degli obblighi internazionali italiani¹⁶, salvo che la popolazione della Provincia di Bolzano decidesse comunque di opporsi alla modifica territoriale.

Diversamente, per quanto concerne le Regioni Valle d'Aosta e Friuli-Venezia Giulia il tema della tutela minoritaria non appare idoneo a limitare i procedimenti di variazione territoriale regionale, avendo come unico obiettivo la garanzia di una parità di trattamento fra i cittadini e senza aver dato luogo a forme di autogoverno territoriale a protezione di una certa minoranza.

Sul tema della fonte che deve regolare il distacco comunale da una Regione ordinaria ad altra speciale è poi intervenuta, ma solo indirettamente, la stessa Corte costituzionale con la sentenza 66/2007, laddove – in un conflitto di attribuzioni sollevato dalla Regione Valle d'Aosta a seguito dell'ammissibilità della richiesta referendaria formulata dal Comune piemontese di Noasca per l'aggregazione alla medesima – si è anzitutto pronunciata sull'applicabilità alle Regioni a Statuto speciale dell'art. 132 Cost.

Non a caso, l'ordinanza in commento richiama, in fine, tale pronuncia, laddove la Consulta rigetta il gravame affermando che l'art. 132 Cost. “si riferisce pacificamente a tutte le Regioni (quelle indicate nel

(15) Così A. PIZZORUSSO, *Le minoranze nel diritto pubblico interno*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 472-473.

(16) Cfr. M. MOTRONI, *La migrazione dei Comuni di frontiera verso le Regioni a Statuto speciale: la problematica scelta della fonte idonea a produrre l'effetto di variazione territoriale*, in *www.federalismi.it*, 4, 2008, pp. 18-19.

precedente art. 131)”, per cui il coinvolgimento di una Regione autonoma non giustifica deroghe alla disciplina generale di cui all’art. 132, comma 2, Cost. e aggiungendo come “nessuna procedura normativa interna ad un singolo ordinamento regionale potrebbe produrre effetti su due diversi enti regionali”, posto che la Regione ricorrente lamentava come l’eventuale aggregazione di nuovi Comuni alla stessa doveva avvenire esclusivamente seguendo il procedimento di revisione del suo Statuto di autonomia, stante la necessità di salvaguardare l’equilibrio linguistico-culturale nella comunità valdostana, da ritenere inalterabile attraverso un’ordinaria legge statale¹⁷.

Pur in assenza di un chiaro e definitivo *obiter dictum* della Consulta¹⁸, ciò potrebbe anche leggersi nel senso di negare la costituzionalizzazione del territorio regionale autonomo e dunque acconsentire all’utilizzo della legge ordinaria in sede di valutazione della congruità della proposta di variazione territoriale all’interesse generale¹⁹.

Inoltre, come non obliterare che ogniqualvolta il legislatore costituente ha previsto la legge costituzionale quale fonte per la regolamentazione di specifiche situazioni giuridiche, lo ha sempre espressamente indicato come, per esempio, nel caso di fusione e creazione di Regioni *ex art. 132, comma 1, Cost.* Così, se nella disposizione costituzionale in materia di distacco-aggregazione comunale si parla semplicemente di “legge della Repubblica”, ciò è dovuto al fatto che ogni migrazione territoriale non comporta modifica alcuna all’elenco delle autonomie regionali *ex art. 131 Cost.* e con l’avvertenza che la *ratio* fondante del-

(17) Cfr. M. MALO, *Forma e sostanza*, cit., pp. 641-650.

(18) La Consulta, dopo la sentenza 66/2007, ha avuto un’altra possibilità di pronunciarsi sul tema della natura della legge di distacco-aggregazione *ex art. 132*, secondo comma, Cost., e cioè in occasione del conflitto di attribuzioni sollevato dal Comune di Livinallongo del Col di Lana contro il Governo, il Parlamento e alcuni parlamentari avverso, fra l’altro, il deposito di tre disegni di legge costituzionali, anziché ordinari, per la sua aggregazione alla Regione Trentino-Alto Adige. Il ricorso è stato però dichiarato inammissibile con l’ordinanza 264/2011, senza alcun riferimento in punto di diritto alla problematica sollevata. In tema, sia consentito rinviare a F. RATTO TRABUCCO, *Enti locali e conflitto di attribuzioni nella procedura di cambio Regione*, in *Nuova Rassegna di Legislazione, Dottrina e Giurisprudenza*, 19-20, 2010, pp. 2014-2018.

(19) Cfr. L. FERRARO, *Art. 132*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 2539.

la norma è unicamente quella di non cristallizzare l'assetto territoriale quale stabilito dal Costituente²⁰, il tutto salva l'eventuale ipotesi di realizzare successivamente la revisione statutaria per l'adeguamento dello stesso al nuovo territorio regionale²¹.

Tuttavia, *a contrariis*, si rimarca anche il fatto che la "legge della Repubblica" può essere tanto costituzionale quanto ordinaria, trattandosi di formulazione normativa che in contesti diversi si presta a interpretazioni differenti e che, a prescindere dalla costituzionalizzazione o meno del territorio regionale speciale, rileva che la concessione delle condizioni particolari di autonomia ad enti locali prima soggetti allo *ius commune* necessita di una fonte che abbia la forza di derogare alla Costituzione²².

A tacere poi dell'errata indicazione, da parte del collegio di Piazza Cavour, circa il fatto che tale richiamata iniziativa atteneva all'aggregazione di un Comune "all'unica Provincia costituente la Regione Valle d'Aosta", allorquando quest'ultima difetta totalmente dell'ente intermedio provinciale, l'ordinanza in esame ritiene che i principi espressi dalla Consulta nel 2007 "mal si conciliano col caso specifico" incidendo sul "particolarissimo *status*, di Regione 'binaria', previsto (anche in attuazione di trattati internazionali) nella stessa Costituzione, per il Trentino-Alto Adige".

Il richiamo alle norme internazionali appare *sine dubio* dirimente al riguardo, stante il fatto che le Province di Trento e di Bolzano, dopo la riforma dell'art. 116 nel 2001, sono le uniche costituzionalizzate, cui s'aggiunge la differente tipologia di aggregazione che viene in esame: comunale per la Valle d'Aosta e provinciale per il Trentino-Alto Adige, per cui l'aggregazione di una terza Provincia a quest'ultima Regione potrebbe realizzarsi esclusivamente modificando l'art. 116, secondo

(20) Cfr. M. BERTOLISSI, *Art. 132*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 1990, p. 770.

(21) Così A. D'ATENA, *Costituzionalismo multilivello*, cit., p. 177.

(22) In tal senso, cfr. C. FRAENKEL-HAEBERLE, *La "secessione" dei Comuni*, cit., p. 7 e A. FERRARA, *Questione settentrionale. Dalla grande alla piccola secessione: la migrazione territoriale dei Comuni come istanza di specializzazione in deroga ai principi del federalismo fiscale*, in *www.federalismi.it*, 15, 2007, p. 4.

comma, Cost., nonché ponendo in essere la conseguenziale revisione statutaria, in evidente deroga a quanto stabilito dall'art. 132, comma 2, Cost.

Di certo, con tale pronuncia, l'Ufficio centrale amplia lo spettro della verifica di ammissibilità della richiesta referendaria quale prevista dal tenore letterale dell'art. 43, comma 1, legge 352/1970, laddove si precisa che la verifica della richiesta referendaria deve vertere sulla conformità alle "norme dell'articolo 132 della Carta costituzionale e della legge" e dunque sostanzialmente quanto al quesito da formulare agli elettori, la nomina dei delegati per il formale deposito della delibera presso la Cancelleria dell'Ufficio e il termine di tre mesi dall'adozione per l'effettuazione del deposito stesso.

Orbene, in tale sede s'eccede palesemente il mero scrutinio con riguardo all'art. 132, comma 2, Cost. e alla legge attuativa, ma si giunge a richiamare l'art. 116, comma 2, Cost., in nome di un imprescindibile coordinamento, attesa la peculiare natura della Regione in argomento, per cui se la legge ordinaria risulta insufficiente allo scopo, la consultazione popolare sarebbe del tutto fine a se stessa.

Si avrebbe cioè una sorta di referendum "ad oggetto impossibile", secondo l'arguta definizione già coniata in dottrina per l'unica consultazione popolare propositiva svoltasi nel nostro Paese, qual è stato il referendum di indirizzo indetto nel 1989, avente ad oggetto la "trasformazione delle Comunità europee in un'effettiva Unione dotata di un Governo responsabile di fronte al Parlamento" onde conferire allo stesso un mandato costituente per "redigere un progetto di Costituzione europea da sottoporre direttamente alla ratifica degli organi competenti degli Stati membri"²³. Tale esperienza referendaria fu del tutto deprecabile in quanto non poteva far valere alcuna efficacia giuridica vincolante nei confronti di un organo appartenente a un diverso ordinamento, qual è il Parlamento europeo, così come nei confronti dei rappresentanti italiani nel suo seno, ostandovi il principio del divieto

(23) Così G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bologna, Monduzzi, 1997, p. 463, nonché si veda B. CARAVITA, *Il referendum sui poteri del Parlamento europeo: riflessioni critiche*, in *Politica del diritto*, 2, 1989, pp. 319-327.

di mandato imperativo. Ne derivava quindi un'assoluta irrealizzabilità dell'oggetto stesso alla base del quesito, esclusivamente dettato da intenti demagogici supportati da una volontà politica trasversale e attesi gli esiti "bulgari" della partecipazione e del voto²⁴.

Perciò, appare pienamente apprezzabile il realismo dell'Ufficio centrale per il referendum nel non voler dare il via ad un'operazione referendaria del tutto priva di giuridica attuabilità, a sua volta caratterizzata da una forte valenza politica e plebiscitaria come già di base appariva configurarsi l'iniziativa per la procedura di variazione territoriale attivata dalla Provincia di Belluno.

Tuttavia, non vi è chi non veda come questo *test* addizionale posto in essere dal collegio di Piazza Cavour attenga pacificamente alla fase legislativa, del tutto successiva ed eventuale, in quanto rimessa all'esclusiva valutazione del Parlamento ai fini dell'approvazione del cambio di Regione, rispetto a quella dell'iniziativa demandata invece al corpo elettorale locale quale espressione del diritto di autodecisione della comunità direttamente interessata alla mutazione territoriale.

Si ha quindi un palese ampliamento dei criteri di legittimità della richiesta referendaria, per cui, volendo effettuare un parallelo con il referendum abrogativo, sia pure ferma restando la distinzione fra il giudizio di legittimità e quello di ammissibilità, può comunque ricordarsi che per i referendum *ex art. 75 Cost.*, a partire dalla sentenza 16/1978, la Corte costituzionale ha esteso lo spettro dei requisiti di ammissibilità oltre quelli esplicitamente indicati all'art. 75 Cost., deducendoli dall'intero testo costituzionale stante l'esistenza di cause inesprese inerenti alle caratteristiche essenziali e necessarie dell'istituto. In parte tale opzione interpretativa è stata rivolta anche al fine di porre un freno ad iniziative referendarie indiscriminate, lanciate quale vera e propria forma di protesta. Similmente se ne potrebbe dedurre che ora l'Ufficio centrale per il referendum, nell'ambito del

(24) La consultazione è stata prevista dalla legge cost. 1/1989 e i voti favorevoli hanno raggiunto l'88,03% a fronte di una partecipazione al voto dell'80,68%, percentuale che, nella storia referendaria italiana, risulta fra le più elevate, per quanto la votazione fosse stata abbinata con le elezioni del Parlamento europeo.

giudizio di legittimità demandato al medesimo *ex art.* 43, comma 1, legge 352/1970, abbia voluto intraprendere questa strada anche per i referendum di variazione territoriale regionale²⁵.

Peraltro, il collegio sottolinea la particolare inutilità dell'invocato referendum in ragione del fatto che "il legislatore potrebbe comunque, senza la necessità di una preventiva consultazione referendaria, adottare una legge costituzionale allo scopo in questione", il che inevitabilmente solleva dubbi circa il fatto che il Parlamento possa disporre d'imperio l'aggregazione di una Provincia ad altra Regione senza lo svolgimento della consultazione della popolazione interessata *ex art.* 132, comma 2, Cost., che in ossequio al citato principio di autodeterminazione delle comunità locali rimette esclusivamente alle stesse il potere d'iniziativa per il cambiamento della circoscrizione regionale d'appartenenza.

Del resto, non può omettersi di sottolineare che ciò implicherebbe la violazione del disposto dell'art. 11 della Carta europea dell'Autonomia locale, sottoscritta a Strasburgo dagli Stati membri del Consiglio d'Europa il 15 ottobre 1985 e ratificata in Italia *ex legge* 439/1989, laddove si prevede espressamente che: "Per ogni modifica dei limiti locali territoriali, le collettività locali interessate dovranno essere preliminarmente consultate, eventualmente tramite referendum, qualora ciò sia consentito dalla legge". Di talché, il trasferimento forzoso di entità locali autonome, a prescindere dalla previa consultazione popolare, appare contrario non solo alla Costituzione ma altresì agli obblighi internazionali assunti dallo Stato attraverso la ratifica della predetta Convenzione a tutela delle autonomie locali.

Da ultimo, il provvedimento dei giudici della Cassazione potrebbe

(25) Con ordinanza del 1°-3 febbraio 2011, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* del 4 febbraio 2011, n. 28, è stata dichiarata l'illegittimità della richiesta referendaria per la creazione della nuova Regione Salento *ex art.* 132, comma 1, Cost., in quanto il quesito inserito nelle deliberazioni comunali non contiene "la richiesta dei Consigli volta alla creazione della Regione Salento, ma solo la richiesta che le popolazioni interessate siano chiamate a referendum per decidere se distaccarsi dalla Regione Puglia e istituire la Regione Salento". In tal caso la motivazione appare quindi direttamente connessa con le prescrizioni della legge 352/1970 in tema di quesito referendario da sottoporre agli elettori.

forse far sorgere qualche dubbio circa le iniziative di aggregazione alla medesima Regione attivate negli ultimi anni da alcuni Comuni ora inclusi nel Veneto e in Lombardia²⁶, tutte a suo tempo dichiarate legittime dall'Ufficio centrale per il referendum. Tuttavia, la mera aggregazione comunale appare del tutto compatibile con lo *status* di autonomia della Regione di destinazione, salva l'ipotesi, del tutto teorica, che attraverso la variazione territoriale – la cui implementazione legislativa resta comunque rimessa alla sovrana valutazione del Parlamento – risultasse compromesso l'equilibrio etnico della Provincia di Bolzano ove l'etnia tedesca è maggioritaria e alla cui tutela sono finalizzati gli impegni internazionali assunti dall'Italia, mentre quella di Trento si caratterizza per l'omogeneità etnica italiana, fatte salve le minoranze ladina e cimbra, e il suo *status* è, anzi, in concreto una mera conseguenza dell'applicazione del principio della parità di trattamento rispetto a quello assicurato all'altra Provincia nell'ambito della medesima Regione di appartenenza.

Del resto, con la predetta sentenza del 2007, la Corte ha avuto modo di rigettare la censura valdostana per cui la piena tutela di una particolare comunità etnico-linguistica può essere garantita solo da procedure interne allo speciale ordinamento regionale, dal momento che a questo fine sono previste e concretamente utilizzate a livello statale anche altre fonti, ordinarie e costituzionali.

Di talché, la Consulta si è concentrata soprattutto sul fatto che nessuna norma statutaria di autonomia possa ritenersi quale deroga rispetto alla generale regolazione delle modificazioni territoriali regionali per distacco-aggregazione di Comuni, contenuta nell'art. 132.

In ogni caso, appare evidente che con tale ordinanza d'illegittimità della richiesta referendaria attivata dalla Provincia di Belluno è stato indubabilmente sottratto alla relativa collettività il diritto di autodeterminazione in nome di un disposto costituzionale che se da un lato non pare lasciare spazi di manovra, dall'altro appare ancora una volta

(26) Si tratta dei Comuni di Lamon e Sovramonte (Belluno), Pedemonte (Vicenza), Magasa e Valvestino (Brescia), destinati all'aggregazione alla Provincia di Trento, nonché quelli di Cortina d'Ampezzo, Livinallongo del Col di Lana e Colle Santa Lucia (Belluno), interessati al trasferimento nella Provincia di Bolzano.

conseguenza di quel retaggio storico che sono le specialità regionali le quali, a oltre sessant'anni dalla loro attivazione, appaiono quanto mai un inutile desueto orpello, venute ormai patentemente meno le ragioni che ne resero necessaria l'attivazione all'indomani dell'ultimo conflitto mondiale. Non è peraltro un caso che, in alcuni specifici frangenti della storia italiana, si è assistito alla cristallizzazione di vere e proprie *lobbies* parlamentari delle autonomie speciali finalizzate a perpetuare inalterata tale differenziazione di regime giuridico regionale²⁷.

Appare infatti ormai evidente dedurre dalla Costituzione vigente una tendenza alla c.d. "specialità diffusa", cioè a regimi regionali diversi non soltanto sul piano delle discipline legislative nelle materie di competenza, ma anche in alcuni fondamentali profili organizzativi, senza una vera distinzione fra Regioni ordinarie e speciali. Tuttavia, a fronte di un'esigenza di autonomia trasversale occorre realisticamente prendere atto che persistono ostacoli di fatto insormontabili per la cancellazione delle autonomie speciali forti ormai di decenni di esperienza e privilegi e per quanto non siano mancati interventi legislativi volti a correggere la distorsione che privilegia le Regioni autonome a danno di quelle ordinarie²⁸.

Nel caso del procedimento di distacco-aggregazione attivato dalla Provincia di Belluno emerge perciò evidente come la stessa archi-

(27) Così, per esempio, è sufficiente richiamare i lavori parlamentari che hanno condotto all'approvazione della legge cost. 2/2001 di riforma degli Statuti speciali laddove, da un lato, emerge un conservatorismo trasversale a favore delle autonomie differenziate e, dall'altro, una decontestualizzazione del dibattito rispetto alla parallela riforma del Titolo V che nello stesso periodo il Parlamento stava discutendo con riferimento alle Regioni ordinarie, come se i due tipi di entità fossero del tutto separati e destinati a seguire ciascuno un percorso autonomo. Cfr. M. GORLANI, *Articolazioni territoriali dello Stato e dinamiche costituzionali*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 320 e ID., *Le riforme costituzionali in materia regionale*, in A. D'ANDREA (a cura di), *Lo sviluppo bipolare della forma di governo italiana*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 151 ss.

(28) L'art. 1, comma 661, legge 296/2006 (Finanziaria 2007), ha previsto il completamento del decentramento alle Regioni speciali di funzioni per le quali sono state già trasferite loro le corrispondenti risorse, il coinvolgimento delle Regioni autonome "ricche" del Nord nel finanziamento della perequazione, dal momento che in precedenza ricadeva integralmente sulle Regioni ordinarie, e ha decentralizzato alle stesse una parte del debito pubblico.

tettura dell'autonomia speciale trentino-altoatesina abbia impedito financo di consentire alla collettività locale bellunese di esprimersi in merito alla propria autoidentificazione territoriale regionale, atteso che anche qualora la consultazione si fosse svolta il suo esito sarebbe stato fine a se stesso.

Ciò appare deprecabile allorquando si rammenti come il principio cardine sotteso all'art. 132, comma 2, Cost. – di fatto congelato per l'aggregazione provinciale alla Regione in esame – miri proprio a garantire un ruolo significativo alle popolazioni locali, nel complesso rapporto fra interessi locali, regionali e nazionali nei processi di distacco-aggregazione di un Comune da una Regione all'altra, con conseguente ridisegno del territorio regionale.

La stessa parziale modificazione di questa disposizione ad opera della legge cost. 3/2001 ha ancora meglio messo in evidenza, nella fase iniziale del procedimento configurato, il ruolo fondamentale della collettività del singolo ente locale interessato dal distacco-aggregazione e la stessa Consulta, nella sentenza 334/2004, ha fatto riferimento al "diritto di autodeterminazione dell'autonomia locale"²⁹, ribadito nella pronuncia 66/2007³⁰ e, ancor prima della riforma del Titolo V, oggetto di richiamo nella sentenza 453/1989, ove già si evoca il "principio di partecipazione delle comunità locali a talune fondamentali decisioni che le riguardano", quale principio di portata generale "ricevuto dalla tradizione storica, perché già presente nella legislazione comunale e provinciale anteriore alla Costituzione della Repubblica"³¹.

Conclusivamente, se ne deduce come con l'articolo in esame si valorizza un principio che, pur sempre guardato con sospetto nell'ambito costituzionale italiano per i rischi di derive più o meno separatiste,

(29) Punto 2.1 del *Considerato in diritto*. A commento si vedano, T.F. GIUPPONI, *Le "popolazioni interessate" e i referendum per le variazioni territoriali, ex articoli 132 e 133 della Costituzione: territorio che vai, interesse che trovi*, in *Le Regioni*, 3, 2005, pp. 417-430 e R. PINARDI, *L'iniziativa del referendum per distacco-aggregazione dopo la riforma del Titolo V*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, pp. 3782-3788.

(30) Punto 3 del *Considerato in diritto*.

(31) Punto 4.1 del *Considerato in diritto*, riguardante lo scorporo di alcune frazioni del Comune di Noto trasferite con legge regionale siciliana, senza previa consultazione popolare, a quello di Palazzolo Acreide.

e in quanto tale raramente espressamente evocato, acconsente a che una collettività possa autodeterminare le scelte che competono al suo territorio, anche sotto forma di trasferimento da un'entità all'altra³². Il bilanciamento parlamentare in sede di eventuale approvazione della legge di distacco-aggregazione realizza poi la tutela degli interessi unitari fugando perciò qualsivoglia ventilato pericolo, spesso evocato più per ragioni politiche che costituzionali³³.

(32) Sul diritto di autodeterminazione locale ex art. 132 Cost., cfr. T.E. FROSINI, *Da una Regione all'altra. Il percorso costituzionale dei Comuni*, in *Rassegna parlamentare*, 1, 2010, p. 19.

(33) Cfr. M. MALO, *Forma e sostanza*, cit., p. 647.

TABLE OF CONTENTS AND ABSTRACTS

Essays and articles

Constitutional Safeguards for Italian Provinces and Prospects for Their Reform (p. 467)

Stefano Civitarese Matteucci

This work aims to provide a general account of the role of provinces in the Italian legal system, especially as regards constitutional safeguards. After analysing the development of provinces firstly in the pre-republican regime and then in the post-war Constitution, the author addresses the following issues: if and to what extent provinces are a necessary level of local government; the kinds of autonomy and powers, as compared to other local authorities, the Constitution confers to provinces; the impact of the 2001 constitutional reform concerning regional and local government on the duties and role of provinces in the new quasi-federal order. This account helps frame the ongoing discussion about scrapping provinces as a way to cut public expenditure. In fact the mere elimination of provinces would not solve the problem of how to secure an efficient and effective governance for so-called “vast area” duties and services, that are neither municipal nor regional. The analysis of recent legislation shows that most powers transferred from the central to local government are indeed of the “vast area” type; ironically, despite their bad reputation, provinces have been granted many significant new administrative tasks.

Administrative Simplification and the Need for Policy Uniformity and Effectiveness. The Search for Stable Coordination between State and Regions (p. 501)

Marta De Giorgi

Administrative simplification has progressively achieved so much importance that, especially in the field of so-called “economic development”, regions’ legislative prerogatives have lost all significance. This deprivation process is particularly evident if one examines the general rules governing “administrative procedures”. Thus the author offers a critique of both the national legislators’ tendency to intervene in the field of administrative simplification with cross-sectional, disjointed measures and the lack of a sorely needed unified vision and stable coordination centre between the “centre” and “territories”.

Economically Relevant Local Public Services after the Referendum: Novel Features and Confirmations in Law No. 148/2011 (p. 531)

Antonella Azzariti

The article analyzes the innovations and the main changes in procedures for awarding local public utilities as a result of the referendum held June 12-13, 2011 and the approval of law no. 148 of 2011. The author also highlights selected issues concerning water distribution services and waste management.

The Intervention in the Economy by Regions and Local Authorities between State Aid and Protection of Competition (p. 561)

Francesco Bilancia, Andrea Filippini

After outlining the reform cycle initiated in the 1990s, this short essay deals with the issue of public intervention in the economy by regions and local authorities. In particular, attention is focused on the tools local governments can use to actually influence economic development, production activities, land use, the environment, infrastructure, and welfare services, within the new financial regime introduced by the Economic and Monetary Union (known as the Internal Stability Pact). The final part of the analysis is devoted to the topic of the EU limits on public intervention in the economy, with specific reference to exceptions to the Community guidelines on state aid aiming to support the development of small and medium-sized enterprises.

The Principle of Horizontal Subsidiarity in the Jurisprudence of Administrative Courts: Justiciability Issues and Implementation Prospects (p. 593)

Silvia Pellizzari

The article aims to analyze the role of Italian administrative courts in the implementation of the principle of "horizontal subsidiarity" as defined by the Italian Constitution (art. 118, para. 4). Although the relevant judgments are quantitatively quite scant, the analysis suggests that many difficulties still remain in clarifying the scope of the constitutional principle. Moreover, in some cases a new tendency has recently emerged. Administrative courts often refer to the principle of "horizontal subsidiarity" in order

to strengthen other fundamental values governing public administrative activities such as the principles of transparency and private's participation in the administrative decision-making process. On these premises, the author offers some conclusive considerations concerning problems and prospects of justiciability and implementation of the principle of "horizontal subsidiarity" in the Italian legal system.

Statutory Guarantee Bodies, Legislative Methods, and Regional Councils (p. 623)

Nicola Lupo

The author analyzes statutory guarantee bodies, proposing that they perform an "advisory" role and emphasizing their functions relating to increasing complexity and intricacy of legislative processes. In this sense statutory guarantee bodies may find a fuller development of their potential by strengthening their relationship with regional councils.

Consultive Juridical Councils and the Spanish Regional Experience (p. 637)

Vicente Garrido Mayol

The author analyzes origins, nature and functions of the Consejos jurídicos consultivos in Spain. The nature of these institutions is influenced by the fact that the Consejo de Estado, according to the Constitution and its implementation law, has an advisory function that can also be performed in favor of the Comunidades autonomas. The latter, however, can establish their own advisory bodies and, since the 1980s, the Community Councils have established the Consejos jurídicos consultivos. The Councils are structured as independent institutions that cooperate with the Administration in an advisory capacity, analyzing their performance in terms of compatibility with the existing legal framework.

Notes and comments

Information Coordination and Public Administrations (p. 659)

Francesco M. Lazzaro

Regional Observatory

The Inadmissible Referendum on the Aggregation of the Provincia of Belluno to the Regione Trentino-Alto Adige (p. 683)

Fabio Ratto Trabucco

Antonella Azzariti

Avvocato, Dottore di ricerca in diritto pubblico, Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

Francesco Bilancia

Professore ordinario di diritto costituzionale, Università degli studi di Chieti-Pescara

Stefano Civitarese Matteucci

Professore ordinario di diritto amministrativo, Università degli studi di Chieti-Pescara

Marta De Giorgi

Dottore di ricerca in diritto amministrativo, Alma Mater Studiorum - Università di Bologna. Funzionaria della DG Affari istituzionali e legislativi, Regione Emilia-Romagna

Andrea Filippini

Dottore di ricerca in "Tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza delle corti costituzionali nazionali e delle alte corti europee", Università di Cassino

Gianluca Gardini

Professore ordinario di diritto amministrativo, Università degli studi di Ferrara

Vicente Garrido Mayol

Presidente del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia

Francesco M. Lazzaro

Dirigente del Ministero degli affari esteri. Dottore di ricerca in diritto amministrativo, Università degli studi di Milano

Nicola Lupo

Professore ordinario di diritto delle assemblee elettive nella Facoltà di Scienze politiche della Luiss Guido Carli di Roma

Silvia Pellizzari

Ricercatrice a progetto di diritto amministrativo, Facoltà di economia, Università degli studi di Trento

Fabio Ratto Trabucco

Dottore di ricerca in diritto pubblico, Università degli studi di Verona

Istituzioni del Federalismo – articolata nella Rivista e nei Quaderni – pubblica contributi scientifici sulle autonomie territoriali, espressione di diverse aree disciplinari, con una naturale preferenza per l'ambito giuridico e politico. IdF accetta solo contributi originali inediti. In base a specifici accordi con l'Autore e in casi particolari potranno essere pubblicati anche lavori già editi o in corso di pubblicazione in altra sede, fatto salvo apposito richiamo in nota da parte dell'Autore. Si accettano contributi redatti su file di testo in italiano, inglese, spagnolo, francese, che verranno pubblicati in lingua originale. Una volta accettato, il lavoro è coperto dal *copyright* della Rivista e non può essere riprodotto senza autorizzazione.

Criteri di revisione. Tutti i contributi da pubblicare sono sottoposti ad una doppia revisione effettuata direttamente dai componenti del Comitato Scientifico oppure affidata a esperti esterni individuati dallo stesso Comitato Scientifico, che resta comunque l'organo competente a decidere in via definitiva sulla pubblicazione o meno di un articolo. La revisione è effettuata attraverso il metodo del referaggio anonimo a "doppio cieco" (che esclude la conoscenza reciproca tra Autore e referees) al termine del quale viene comunicato all'Autore l'esito della valutazione. Per i contributi redatti da Autori individuati dal Comitato scientifico almeno uno dei due referaggi sarà comunque anonimo. I principali criteri per la selezione dei contributi sono: rigore e coerenza metodologica; struttura e impianto dell'articolo; originalità e no-

vità dell'apporto scientifico; fondatezza delle argomentazioni a sostegno della tesi; correttezza/completezza delle fonti e della bibliografia.

La Rivista si divide in varie Sezioni, articolate in Saggi e articoli, Note e commenti, Osservatorio regionale, Segnalazioni bibliografiche.

Saggi e articoli. La parte prevalente della Rivista è dedicata alla pubblicazione di saggi e articoli che pervengono spontaneamente alla Rivista oppure vengono commissionati *ad hoc* ad Autori individuati dal Comitato scientifico. Questi contributi hanno una dimensione orientativa compresa tra le 20.000 e le 70.000 battute, note a piè di pagina e spazi inclusi, e devono essere corredati da un *abstract*.

Note e commenti. In questa sezione vengono pubblicati contributi più brevi, commenti a fonti normative, note a sentenza. Ai fini della pubblicazione i contributi, di dimensione di norma non eccedente le 40.000 battute, vengono valutati secondo un criterio di attualità del tema trattato e di attinenza agli argomenti di interesse della Rivista.

Osservatorio regionale. La sezione è dedicata a rassegne di giurisprudenza, legislazione regionale, analisi di buone prassi territoriali, notizie provenienti dalla Unione europea e altre notizie tratte dai materiali pubblicati online sul sito della Regione Emilia-Romagna e sul sito della Rivista.

Segnalazioni bibliografiche. In questa sezione si pubblicano recensioni a lavori monografici e segnalazioni bibliografiche.