

ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

Rivista di studi giuridici e politici

4

2011 · ANNO XXXII
ottobre/dicembre

SICUREZZA PUBBLICA E MISURE
D'URGENZA: UNO SGUARDO ALL'EUROPA

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

SAGGI E ARTICOLI

- 707 La sicurezza urbana e i suoi incerti confini, tra ordinanze sindacali e “ronde”
Tommaso F. Giupponi
- 743 Las nuevas y discutibles ordenanzas municipales de convivencia
Miguel Casino Rubio
- 773 The Conflict between Liberty and Security in the United Kingdom since 9.11
Sebastian Payne

NOTE E COMMENTI

- 801 Le consulte di garanzia statutaria tra amministrazione e giurisdizione
Bernardo Giorgio Mattarella
- 809 Le consulte di garanzia come organi giurisdicenti
Giandomenico Falcon
- 817 Le consulte statutarie nella giurisprudenza della Corte costituzionale
Silvio Gambino
- 835 Osservazioni sulle prime esperienze della Commissione di garanzia della Regione Piemonte
Jörg Luther
- 851 La Consulta di garanzia statutaria della Regione Emilia-Romagna
Marzio Maccarini

- 861 L'esperienza della Consulta di garanzia statutaria della Regione Liguria
Giuseppe Casale
- 877 Spunti e suggerimenti in tema di organi di garanzia (e in particolare delle consulte regionali di garanzia statutaria)
Giuseppe Ugo Rescigno

OSSERVATORIO REGIONALE

- 887 Focus sulla giurisprudenza costituzionale in materia di sicurezza pubblica
Federica Paolozzi
- 913 Focus sulla giurisprudenza amministrativa in materia di pari opportunità nell'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive
Alfredo Amato

LETTURE E SEGNALAZIONI

- 935 Cesure e continuità nelle vicende dello Stato italiano. In particolare, il corporativismo fascista e quello cattolico (a proposito del libro di S. Cassese, *Lo Stato fascista*, Bologna, Il Mulino, 2010)
Leonardo Ferrara
- 947 Table of contents and abstracts
- 951 Note sugli autori

La sicurezza urbana e i suoi incerti confini, tra ordinanze sindacali e “ronde”

Tommaso F. Giupponi

Abstract

L'articolo affronta il problematico ruolo delle autonomie regionali e locali nella gestione della sicurezza, con particolare riferimento ai più recenti provvedimenti legislativi statali in materia di sicurezza urbana (dalle ordinanze sindacali alle c.d. ronde) e alla relativa giurisprudenza della Corte costituzionale, nel tentativo di individuare le necessarie forme di coordinamento tra i diversi livelli di governo coinvolti alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione

1. Premessa

I più recenti provvedimenti legislativi in materia di sicurezza pubblica, con particolare riferimento alla ridefinizione del ruolo del sistema delle autonomie regionali e locali nella gestione integrata delle relative politiche, hanno portato al centro dell'attenzione la controversa nozione di “sicurezza urbana”, ridefinendo il tradizionale potere di ordinanza sindacale e prevedendo nuove forme di partecipazione dei cittadini singoli e associati nella gestione della sicurezza (la sicurezza “sussidiaria” o “partecipata”).

Appare quindi utile ripercorrere le tappe più significative di questo recente percorso, che ha aperto nuovi problemi (riproponendone al contempo di vecchi) e che ha visto un contributo importante della stessa Corte costituzionale, chiamata più volte a giudicare della legittimità costituzionale dei citati provvedimenti legislativi (i c.d. pacchetti sicurezza), nel tentativo di trovare il giusto punto di equilibrio tra le garanzie di unità degli interventi statali in materia di sicurezza e le esigenze di differenziazione delle relative politiche sul territorio da parte dei governi regionali e locali.

2. Ordine pubblico e sicurezza dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, tra legislazione statale e regionale

La riforma attuata dalla legge cost. 3/2001 ha significativamente modificato il sistema costituzionale delle autonomie regionali e locali. Volto (almeno nelle intenzioni) ad un sostanziale rafforzamento degli ambiti di autonomia normativa, amministrativa e finanziaria dei livelli territoriali di governo, il nuovo Titolo V della Costituzione interviene anche in materia di sicurezza, confermando ancora una volta la natura plurale di tale nozione costituzionale¹.

Se, infatti, in relazione a quella che può essere definita come sicurezza in senso “stretto”, quale necessaria tutela degli individui e delle istituzioni (in una parola, della comunità) rispetto a comportamenti lesivi o a situazioni di pericolo, è affermata una competenza legislativa esclusiva dello Stato², in relazione alla c.d. sicurezza in senso “lato”, con riferimento alla necessaria previsione di strumenti atti a garantire (sotto diversi aspetti) una piena realizzazione della persona e della sua dignità, condizioni ottimali di vita e lavoro, nonché una maggiore coesione e integrazione sociale attraverso specifici interventi da parte delle diverse pubbliche amministrazioni³, è invece riconosciuta una variegata possibilità di intervento legislativo regionale, sia di tipo concorrente sia di tipo residuale (a partire dalla generale competenza in materia di polizia amministrativa regionale e locale)⁴.

(1) Sul punto, più ampiamente, sia consentito un rinvio a T.F. GIUPPONI, *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Bologna, Bonomo, 2010. Da ultimo, vedi anche M. DI RAIMONDO, *Ordine pubblico e sicurezza pubblica: profili ricostruttivi e applicativi*, Torino, Giappichelli, 2010.

(2) A partire dalle più volte evocate competenze in materia di “sicurezza dello Stato” e di “ordine pubblico e sicurezza”, di cui all’art. 117, comma 2, lett. *d*) e *b*), Cost.

(3) Cfr. B. CARAVITA DI TORITTO, *Sicurezza e sicurezze nelle politiche regionali*, in *Federalismi.it*, all’indirizzo www.federalismi.it. Significativa, in questo senso, anche la tradizionale distinzione tra i concetti di *security* e *sécurité*, da un lato, e quelli di *safety* e *sureté*, dall’altro. Sul punto si veda anche la ricostruzione di M. RUOTOLO, *La sicurezza nel gioco del bilanciamento*, relazione presentata al Convegno “I diversi volti della sicurezza”, Università di Milano-Bicocca, 4 giugno 2009, per ora disponibile nel sito AIC, all’indirizzo www.associazionedeicostituzionalisti.it.

(4) Si ricordano, in particolare: i riferimenti costituzionali alla “profilassi internazionale”, alla “tutela della salute” e alla “alimentazione”, in relazione alla c.d. sicurezza sani-

Contemporaneamente, sul piano dell'attività amministrativa, l'affermazione del principio di sussidiarietà verticale ha spezzato l'uniformità che caratterizzava il precedente principio del parallelismo, riconoscendo in capo al governo locale la generalità delle funzioni amministrative, salvo la necessità di una loro attribuzione ad un livello superiore di governo al fine di garantirne l'indispensabile esercizio unitario, in conformità con i principi di differenziazione e adeguatezza.

Sembra, allora, evidente che in materia di sicurezza in senso "stretto" ricorrano proprio quelle inevitabili esigenze di uniformità che spingono ad un riconoscimento *in primis* del livello statale quale livello in grado di assicurare una gestione unitaria delle relative funzioni amministrative. Tale conclusione, sostanzialmente raggiunta già in occasione dell'adozione del d.lgs. 112/1998⁵, appare comunque confermata anche dopo la riforma costituzionale del 2001 per tutta una serie di motivi. Uno su tutti: la stretta connessione di tali funzioni amministrative con la tutela dei diritti fondamentali, da un lato, e l'esercizio della giurisdizione, dall'altro.

In particolare, le funzioni di pubblica sicurezza evocano proprio quelle possibilità di intervento, a volte anche di tipo preventivo, riconosciute dalla Costituzione quali legittime limitazioni a determinati

taria, art. 117, comma 2, lett. q), Cost. e art. 117, comma 3, Cost.; le disposizioni relative alla "tutela e sicurezza del lavoro", alla "previdenza sociale" e alla "previdenza complementare e integrativa", con riferimento alla c.d. sicurezza sociale, art. 117, comma 3, Cost.; alle competenze in materia di "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema", di "protezione civile" e di "governo del territorio", in riferimento alla c.d. sicurezza ambientale, art. 117, comma 2, lett. s), Cost. e art. 117, comma 3, Cost.; nonché alle disposizioni relative alla "tutela del risparmio e mercati finanziari", alla "tutela della concorrenza" e alle "casche di risparmio, casche rurali, aziende di credito a carattere regionale", per quanto riguarda la c.d. sicurezza economica e dei mercati, art. 117, comma 2, lett. e), Cost. e art. 117, comma 3, Cost.

(5) Che, come noto, riserva in capo allo Stato le funzioni di ordine pubblico e pubblica sicurezza, intese quali i compiti che "concernono le misure preventive e repressive dirette al mantenimento dell'ordine pubblico, inteso come il complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale, nonché alla sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e dei loro beni" (così l'art. 159, comma 2, del d.lgs. 112/1998). Tali compiti, sulla base del successivo art. 160, comma 2, sono affidate all'amministrazione della pubblica sicurezza così come disciplinata dalla legge 121/1981 "che individua, ai fini della tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, le forze di polizia".

diritti fondamentali; mentre il tradizionale compito di repressione dei reati evidenzia il nesso con l'esercizio della funzione giurisdizionale, di competenza esclusiva dello Stato. Se questo è vero, la necessità di garantire il generale principio di eguaglianza impedisce quindi di ipotizzare un'eccessiva frammentazione territoriale delle funzioni amministrative in materia⁶. Tuttavia, come vedremo, la consapevolezza dell'opportunità di un margine di flessibilità operativa che consenta di adattare l'azione amministrativa alle diverse realtà territoriali, ha spinto il legislatore di revisione ad individuare la necessità di disciplinare, con legge statale, forme di coordinamento tra Stato e Regioni in materia di ordine pubblico e sicurezza⁷.

Diverso, invece, il caso della sicurezza in senso "lato". In questo caso, infatti, è sicuramente possibile (ed anzi necessaria) una maggiore articolazione, sul piano territoriale, di funzioni che corrispondono a competenze assai diverse e variegate tra loro, alcune delle quali tradizionalmente in capo alle autonomie territoriali. Così, ad esempio, in relazione ai già citati casi della c.d. sicurezza ambientale o della c.d. sicurezza sociale è la stessa definizione del loro composito ambito di intervento a mettere in evidenza la necessaria rilevanza dei connessi contesti territoriali o comunitari, prefigurando interventi in grado di adattarsi alle diverse realtà regionali e locali, ma sempre nel rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, comma 2, lett. m), Cost.

In questo senso, anche prima della riforma del Titolo V della Costituzione le Regioni risultavano comunque titolari di alcune funzioni in materia di sicurezza, o perché delegate dallo Stato, o perché strettamente connesse con funzioni di cui erano già titolari, o perché il d.lgs. 112/1998 "aveva riservato allo Stato la sola competenza in mate-

(6) Cfr. P. BONETTI, *Ordine pubblico, sicurezza, polizia locale e immigrazione nel nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, in particolare p. 506 ss.; F. FAMIGLIETTI, *La sicurezza pubblica come interesse unitario. Aspetti problematici di un'organizzazione federalistica della pubblica sicurezza*, in V. BALDINI (a cura di), *Sicurezza e Stato di diritto: problematiche costituzionali*, Cassino, Edizioni dell'Università degli studi di Cassino, 2005, in particolare p. 290 ss.

(7) Cfr., in questo senso, l'art. 118, comma 3, Cost.

ria di *standard* minimi, riconoscendo implicitamente una competenza regionale nella definizione di *standard* ulteriori⁸. In ogni caso, tali funzioni statali attinenti alla sicurezza in senso “lato” possono facilmente intrecciarsi con altre funzioni regionali, motivo per cui si è sottolineata una loro potenziale trasversalità.

Tale consapevolezza sembra emergere anche dalla legislazione regionale in materia di sicurezza adottata dopo l'entrata in vigore della legge cost. 3/2001, che delinea tendenzialmente forme di gestione integrata sul territorio di diverse politiche della sicurezza⁹. Le disposizioni regionali, infatti, spaziano dalle attività di prevenzione e contrasto di fenomeni criminali veri e propri (come la droga o la prostituzione), attraverso forme di controllo e vigilanza del territorio volte ad assicurare la fruibilità dei luoghi pubblici e a dissuadere forme di microcriminalità, fino all'attivazione di politiche che mirino alla riqualificazione urbana, all'integrazione sociale del disagio, all'educazione alla legalità, volte alla garanzia di un'ordinata e civile convivenza nelle città e nel territorio regionale¹⁰.

Il tutto, attraverso la predisposizione di strumenti di coordinamento e di monitoraggio, che mirano a garantire le necessarie forme di colla-

(8) Così B. CARAVITA, *Sicurezza e sicurezze nelle politiche regionali*, cit., *passim*. In particolare, si ricordano le disposizioni di cui agli artt. 69 (sicurezza ambientale), 98 (sicurezza stradale), 104 (sicurezza dei trasporti) e 107 (protezione civile). In tutti questi settori, infatti, compito del legislatore statale era quello di individuare norme generali, valori limite, *standard* di qualità o norme tecniche in grado di garantire una disciplina di base uniforme su tutto il territorio nazionale. Per una disamina di tali aspetti, si veda AA.VV., *Politiche per la sicurezza*, Rapporto finale IRER, Milano, 2004, in particolare p. 29 ss.

(9) Per un'analisi della legislazione regionale in merito si vedano, da ultimo, L. MEZZETTI, *Ordine pubblico, sicurezza e polizia locale: il ruolo delle autonomie territoriali*, in *Percorsi costituzionali*, 2008, in particolare p. 90 ss.; A. MUSUMECI, *Sicurezza e ordinamento regionale: una analisi comparata della legislazione regionale*, in A. PAJNO (a cura di), *La sicurezza urbana*, Rimini, Maggioli, 2010, p. 111 ss. Da ultimo, vedi anche M. BELLETTI, *La “sicurezza urbana” tra fonti statali e fonti regionali*, in T.F. GIUPPONI (a cura di), *Politiche della sicurezza e autonomie locali*, Bologna, Bononia University Press, 2010, p. 73 ss.

(10) Con riferimenti che spaziano fino a ricomprendere la sicurezza stradale, la sicurezza ambientale, la protezione civile, la formazione professionale, l'assistenza sociale e il collocamento lavorativo.

borazione con lo Stato, da un lato, e il sistema delle autonomie locali, dall'altro; ma che vogliono coinvolgere anche i cittadini, singoli e associati, le istituzioni religiose e il c.d. terzo settore in genere, sia sul piano dello studio dei fenomeni e dell'elaborazione delle politiche, sia sul piano della loro concreta attuazione e gestione sul territorio¹¹. Strumento principale di tali forme di coordinamento risultano essere specifici accordi o intese, promossi dalla Regione con lo Stato o gli enti locali¹².

Da ultimo, particolare rilevanza assume la legislazione regionale in materia di polizia amministrativa locale, oggi valorizzata dallo stesso dettato costituzionale¹³. In questo settore, infatti, il ruolo di coordinamento regionale appare particolarmente significativo, anche alla luce della tradizionale funzione regolamentare in materia da parte degli enti locali¹⁴. Come noto, infatti, già il previgente testo dell'art. 117 Cost. attribuiva alla competenza legislativa concorrente delle Regioni la materia "polizia locale urbana e rurale"; nell'attuazione legislativa, si era poi specificato che le relative funzioni amministrative "concernono

(11) Significativa, in questo senso, l'individuazione di sedi di programmazione, valutazione e monitoraggio variamente individuati e nominati (ad esempio, Conferenze o Comitati regionali per la sicurezza).

(12) Sulle forme di collaborazione istituzionale, tra gli altri, si vedano P. BONETTI, *L'allocatione delle funzioni amministrative e le forme di coordinamento per le materie dell'ordine pubblico, della sicurezza e dell'immigrazione nel nuovo art. 118 della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, p. 1121 ss.; M. DI RAIMONDO, *Ordine pubblico e sicurezza pubblica*, cit., in particolare p. 157 ss.; nonché, sull'esperienza dei c.d. patti per la sicurezza, V. ANTONELLI, *L'esperienza dei "patti per la sicurezza" nel triennio 2007-2009*, in A. PAJNO (a cura di), *La sicurezza urbana*, cit., p. 133 ss.

(13) Cfr. L. MEZZETTI, *Tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza e ruolo della polizia locale*, in T.F. GIUPPONI (a cura di), *Politiche della sicurezza e autonomie locali*, cit., p. 37 ss.

(14) Sul punto, si vedano le osservazioni di P. BONETTI, *Ordine pubblico, sicurezza, polizia locale e immigrazione nel nuovo art. 117 della Costituzione*, cit., p. 512 ss., secondo il quale l'esclusione della polizia amministrativa locale dalla competenza legislativa esclusiva dello Stato può significare cose assai diverse tra loro: a) assegnazione alla competenza legislativa residuale regionale; b) riconduzione alle "funzioni fondamentali" degli enti locali, comunque di competenza legislativa esclusiva dello Stato; c) connessione strumentale alle altre materie oggetto di riparto di competenza tra Stato e Regioni, nell'ambito dell'esercizio delle relative funzioni amministrative riconosciuto a livello statale, regionale o locale sulla base dell'art. 118 Cost.

le attività di polizia che si svolgono esclusivamente nell'ambito del territorio comunale e che non siano proprie delle competenti autorità statali¹⁵. Dunque, un ruolo delle autonomie territoriali che risultava limitato all'ambito della vigilanza e del controllo relativamente alle funzioni amministrative di propria competenza, volto ad "evitare danni o pregiudizi che possono essere arrecati alle persone o alle cose" nello svolgimento di attività ricomprese nelle materie sulle quali si esercitano le loro competenze, ma "senza che ne risultino lesi o messi in pericolo i beni o gli interessi tutelati in nome dell'ordine pubblico"¹⁶. Tale assetto, anche sulla scia di quanto stabilito dalla legge-quadro 65/1986¹⁷, è stato poi sostanzialmente confermato dal d.lgs. 112/1998, secondo il quale "le funzioni e i compiti amministrativi relativi alla polizia amministrativa regionale e locale concernono le misure dirette ad evitare danni o pregiudizi che possono essere arrecati ai soggetti giuridici ed alle cose nello svolgimento di attività relative alle materie nelle quali vengono esercitate le competenze, anche delegate, delle Regioni e degli enti locali, senza che ne risultino lesi o messi in pericolo i beni e gli interessi tutelati in funzione dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica"¹⁸.

(15) Così l'art. 18 del d.P.R. 616/1977. Il successivo art. 19 indicava nel dettaglio le specifiche funzioni attribuite ai Comuni in materia di polizia amministrativa. La giurisprudenza costituzionale, in ogni caso, ha differenziato le nozioni di "polizia locale urbana e rurale" e di "polizia amministrativa", considerando la prima come una parte della seconda, vero e proprio patrimonio storico delle amministrazioni comunali, consolidato già prima dell'entrata in vigore della Costituzione del 1948 (cfr. la sentenza 77/1987, in relazione agli allora vigenti artt. 91, lett. c, n. 1 del TULCP di cui al r.d. 383/1934 e 109-110 del precedente regolamento di esecuzione di cui al r.d. 297/1911).

(16) Così la sentenza 218/1988. In senso analogo, si vedano anche le successive decisioni 740/1988, 1013/1988, 162/1990, 115/1995 e 290/2001.

(17) Si ricordano, in particolare, gli artt. 4 e 6 della legge 65/1986, riguardanti rispettivamente i regolamenti comunali sulla polizia municipale e la legislazione regionale in materia. Sul punto, tra gli altri, cfr. A. BARDUSCO, *Polizia locale*, in *Enciclopedia giuridica*, XXIII, Roma, 1990; G. ROLLA, *Federalismo e polizia municipale. Considerazioni in margine alla legge costituzionale di revisione del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, p. 853 ss.

(18) Cfr. l'art. 159, comma 1, del d.lgs. 112/1998, sul quale si vedano le osservazioni critiche di L. MEZZETTI, *Polizia locale*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Dizionario giuridico delle autonomie locali*, Padova, Cedam, 1999, in particolare p. 857 ss.

Alla luce della riforma costituzionale del 2001, in ogni caso, le competenze regionali e locali in materia di polizia amministrativa dovrebbero risultare sostanzialmente rafforzate, alla luce della loro sostanziale strumentalità all'esercizio delle differenti funzioni amministrative di competenza dei rispettivi livelli di governo, e in conformità con il generale principio di sussidiarietà. Tuttavia lo Stato sembra poter mantenere un'importante possibilità di intervento in materia di polizia locale attraverso la valorizzazione di due importanti strumenti: *a*) da un lato, l'individuazione delle funzioni fondamentali degli enti locali, di cui all'art. 117, comma 2, lett. *p*), Cost.; *b*) dall'altro, le disposizioni in materia di coordinamento delle funzioni amministrative in materia di ordine pubblico e sicurezza, di cui all'art. 118, comma 3, Cost.

Dal primo punto di vista, infatti, le funzioni di polizia amministrativa locale potrebbero essere individuate quale funzione fondamentale dei Comuni da parte della legislazione dello Stato, in questo modo aggirando i poteri di intervento normativo regionale¹⁹. Dal secondo punto di vista, invece, la legge statale, pur intervenendo in un ambito formalmente differente dalla polizia amministrativa (e cioè quello dell'ordine pubblico e della sicurezza), potrebbe in ogni caso incidere su rilevanti profili organizzativi e funzionali dei corpi di polizia locale. In entrambi i casi, poi, con il rischio di un eccessivo sacrificio delle forme di autonomia organizzativa in materia da parte degli stessi enti locali.

(19) Cosa che, da ultimo, appare in qualche modo confermata non solo dall'art. 21, comma 3, della legge 42/2009 nell'ambito dell'attuazione del c.d. federalismo fiscale, che (seppure in via provvisoria) individua tra le funzioni fondamentali quelle di "polizia locale"; ma anche dall'art. 2, comma 1, del d.d.l. di attuazione dell'art. 117, comma 2, lett. *p*), Cost., deliberato dal Consiglio dei ministri il 17 novembre 2009, approvato dalla Camera dei deputati il 30 giugno 2010 e attualmente in discussione al Senato (AS 2259), in base al quale risultano funzioni fondamentali dei Comuni, oltre all'attuazione delle "misure relative alla sicurezza urbana" (lett. *u*), anche "l'accertamento, per quanto di competenza, degli illeciti amministrativi e l'irrogazione delle relative sanzioni" (lett. *v*), nonché "l'organizzazione delle strutture e dei servizi di polizia municipale e l'espletamento dei relativi compiti di polizia amministrativa e stradale, inerenti ai settori di competenza comunale, nonché di quelli relativi ai tributi di competenza comunale" (lett. *z*).

3. La sicurezza urbana e i poteri sindacali di ordinanza nel nuovo art. 54 del d.lgs. 267/2000. Le sentenze 196/2009 e 115/2011

In base all'art. 54, comma 4, del d.lgs. 267/2000 (modificato dalla legge 125/2008), "il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta con atto motivato provvedimenti, anche contingibili e urgenti, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana"²⁰. La specificazione degli ambiti operativi di intervento del sindaco, insieme alla concreta definizione di "incolumità pubblica" e "sicurezza urbana" è, come noto, stata affidata dal legislatore ad un apposito decreto del Ministro dell'interno, adottato il successivo 5 agosto 2008. Ebbene, in base a tale d.m., per incolumità pubblica "si intende l'integrità fisica della popolazione", mentre per sicurezza urbana si intende "un bene pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa, nell'ambito delle comunità locali, del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità nei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale"²¹.

Come subito evidenziato in dottrina, due appaiono i profili maggiormente problematici connessi alla ricostruzione dei nuovi poteri sindacali in materia di "sicurezza urbana": *a*) da un lato, l'esatta configurazione degli strumenti operativi attribuiti al sindaco (i già citati "provvedimenti, anche contingibili e urgenti"); *b*) dall'altro, la precisa individuazione dei settori di incidenza delle nuove forme di intervento del sindaco, con particolare riferimento al concetto di "sicurezza urbana", termine assai sfuggente sul piano del linguaggio giuridico²².

(20) In base a tale disposizione, i provvedimenti in questione devono essere preventivamente comunicati al prefetto "ai fini della predisposizione degli strumenti ritenuti necessari alla loro attuazione", anche attraverso l'adozione delle "misure ritenute necessarie per il concorso delle forze di polizia"; lo stesso prefetto, d'altronde, "può intervenire con proprio provvedimento" in caso di inerzia dello stesso sindaco, oltre che disporre ispezioni per accertare il regolare svolgimento dei compiti affidati; il Ministro dell'interno, infine, può adottare "atti di indirizzo" per l'esercizio da parte del sindaco di tali funzioni (in questo senso, da ultimo, si vedano le modifiche apportate dalla legge 217/2010).

(21) Cfr., in particolare, l'art. 1 del d.m. 5 agosto 2008.

(22) Da ultimo, per una ricostruzione di questi e altri problemi, si vedano A. LOREN-

Dal primo punto di vista, il problema centrale è quello dell'esatta individuazione del significato dell'inciso "anche", inserito in sede di conversione del decreto legge: diverse, infatti, appaiono le letture possibili. In base ad una prima lettura della norma, tale inciso avrebbe codificato la possibilità per il sindaco, "al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana", di adottare due diverse tipologie di provvedimenti in qualità di ufficiale del Governo. Alle tradizionali ordinanze sindacali contingibili e urgenti, vero e proprio strumento *extra ordinem*²³, sembrerebbe infatti aggiungersi oggi la possibilità di adottare provvedimenti (per così dire) ordinari, dalla difficile configurazione ma, in base al dettato normativo, estranei ai limiti che caratterizzano in generale le ordinanze contingibili e urgenti²⁴.

ZETTI, S. ROSSI (a cura di), *Le ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana. Origini, contenuti, limiti*, Napoli, Jovene, 2009; V. ITALIA, *La sicurezza urbana. Le ordinanze dei sindaci e gli osservatori volontari*, Milano, Giuffrè, 2010, in particolare p. 3 ss.; C. DRIGO, *Il potere di ordinanza dei sindaci in materia di sicurezza*, in T.F. GIUPPONI (a cura di), *Politiche della sicurezza e autonomie locali*, cit., p. 87 ss.; M. MANETTI, R. BORRELLO (a cura di), *Sicurezza urbana: poteri e garanzie*, Rimini, Maggioli, 2011.

(23) Oggi specificamente confermate, tra l'altro, di fronte a "casi di emergenza, connessi con il traffico o con l'inquinamento atmosferico o acustico, ovvero quando a causa di circostanze straordinarie si verificano particolari necessità dell'utenza o per motivi di sicurezza urbana", con particolare riferimento alla possibilità di modificare gli orari degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi, dei servizi pubblici e degli uffici pubblici localizzati nel territorio comunale (cfr. l'art. 54, comma 6, del d.lgs. 267/2000).

(24) Come noto, infatti, la giurisprudenza costituzionale ed amministrativa ha, nel corso degli anni, circondato l'adozione di questi ultimi provvedimenti (sempre definiti di natura amministrativa) di tutta una serie di presupposti e limitazioni: *a*) la straordinarietà dello specifico evento da affrontare, che non consente l'utilizzo degli ordinari strumenti a disposizione dell'amministrazione; *b*) l'urgenza di provvedere, di fronte ad un pericolo o un danno imminente; *c*) la possibilità di derogare a disposizioni di legge; *d*) il rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e dei principi costituzionali; *e*) l'adeguata motivazione dell'atto e la sua conoscibilità; *f*) la temporaneità dell'intervento. Per una ricostruzione delle origini e dell'evoluzione legislativa in materia di ordinanze contingibili e urgenti (a parte i classici contributi di Giannini, Galateria, Rescigno, Bartolomei e Cavallo Perin), si vedano, da ultimo, V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 155 ss.; A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza, tra storia e diritto*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano,

Tuttavia, solo nel primo caso si può ritenere legittimo il ricorso ad atti sostanzialmente atipici e in grado di derogare a vigenti disposizioni di legge o di integrare eccezionalmente l'ordinamento giuridico (e, quindi, *extra ordinem*), in parziale deroga al principio di legalità dell'azione amministrativa che emerge dal combinato disposto degli artt. 23, 97 e 113 Cost. Diverse, invece, le conclusioni sul piano dei provvedimenti sindacali di natura ordinaria, apparentemente sottratti alle limitazioni suddette in quanto non contingibili e urgenti, ma pur sempre atipici, in quanto non disciplinati espressamente da norme di legge; in questo caso, infatti, si sarebbe di fronte ad un paradossale potere ordinario... ma in qualche modo *extra ordinem*²⁵. Di conseguenza, un potere in qualche modo "libero", ma anche tendenzialmente stabile, perché non legato ai presupposti emergenziali tipici degli interventi necessitati e temporanei, e che potrebbe assumere dunque le caratteristiche di un atto a contenuto normativo, generale e astratto.

Proprio per evitare tali inammissibili conseguenze, si potrebbe immaginare allora che l'inserimento dell'inciso "anche" non sia stato altro che un caso di svista redazionale del legislatore, e considerare sul piano sistematico l'esistenza di un'unica tipologia di provvedimenti sindacali, pur dopo la riforma dell'art. 54 del d.lgs. 267/2000: quelli di natura contingibile e urgente²⁶. La soluzione, pur ispirata alla volontà di superare le problematiche prospettive sopra evidenziate, sembra però forzare troppo il dato testuale (oltre che le intenzioni del legislatore), non tenendo conto di una modifica espressamente inserita sulla base di un emendamento governativo, volto ad arricchire e a rendere maggiormente flessibile lo strumentario a disposizione del sindaco in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana. In questo senso,

Giuffrè, 2009, p. 133 ss.; nonché A. CARDONE, *La normalizzazione dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, Giappichelli, 2011.

(25) Sottolinea questo paradosso G. MELONI, *Il potere "ordinario" dei sindaci di ordinanze extra ordinem*, in AA.VV., *Oltre le ordinanze. I sindaci e la sicurezza urbana*, Anci-Cittalia, Roma, 2009, p. 55 ss.

(26) In questo senso, ad esempio, A. PAJNO, *La "sicurezza urbana" tra poteri impliciti e inflazione normativa*, in A. PAJNO (a cura di), *La sicurezza urbana*, cit., p. 27 ss., e in particolare p. 30.

tra l'altro, sembra andare anche la concreta prassi attuativa e sembra indirizzarsi, pur in maniera problematica, la prima giurisprudenza amministrativa²⁷. Da ultimo, significativamente, tale consapevolezza è stata in qualche modo fatta propria anche dalla Corte costituzionale la quale, anche se di sfuggita e nell'ambito di un giudizio di costituzionalità in via principale, con la sentenza 196/2009²⁸ ha espressamente affermato che "tra le maggiori novazioni introdotte [...] nella previgente legislazione vi è la possibilità riconosciuta ai sindaci dall'attuale comma 4 dell'art. 54 [...] non solo di emanare ordinanze contingibili e urgenti, ma anche di adottare provvedimenti di ordinaria amministrazione a tutela di esigenze di incolumità pubblica e sicurezza urbana"²⁹.

Secondo un altro punto di vista, allora, l'unica possibilità sarebbe quella di tentare un'interpretazione che, pur non smentendo il dato letterale innovativo, risulti conforme ai principi costituzionali, e in particolare alla legalità dell'azione amministrativa³⁰. In questo senso,

(27) Si vedano, in particolare, i dati della già citata ricerca Anci-Cittalia, dalla quale emerge un utilizzo alquanto variegato e a volte "fantasioso" del potere di ordinanza sindacale in questione, attraverso la frequente imposizione di obblighi o divieti generalizzati e senza alcuna limitazione territoriale o temporale, in chiave essenzialmente paranormativa. La natura innovativa, sul piano che qui si discute, della legge 125/2008 è ora confermata anche da TAR Lazio, sez. II, sentenza 12222/2008, secondo la quale i poteri oggi attribuiti al sindaco in materia di sicurezza urbana sono non solo straordinari, ma anche ordinari, anche al fine di "rispondere, in modo più rapido e flessibile, alla domanda di vita ordinata e socialmente non degradata che le collettività locali rivolgono anzitutto ai loro enti esponenziali".

(28) Relativa ad un giudizio promosso dalla Provincia autonoma di Bolzano, a tutela delle competenze in materia di sicurezza riconosciute alla Provincia stessa dallo Statuto speciale del Trentino-Alto Adige.

(29) Allo stesso tempo, la Corte ha comunque ricordato che rimane fermo "il sempre possibile controllo giurisdizionale, caso per caso, da parte del giudice comune o di questa stessa Corte in sede di conflitto fra gli enti". Su tale decisione si vedano le osservazioni di P. BONETTI, *La prima interpretazione costituzionalmente conforme (e restrittiva) dei provvedimenti (anche ordinari) dei sindaci in materia di sicurezza urbana e l'opinabile sopravvivenza dei sindaci quali "ufficiali di Governo"*, nonché, volendo, di T.F. GIUPPONI, "Sicurezza urbana" e ordinanze sindacali: un primo (e inevitabilmente parziale) vaglio del Giudice delle leggi, entrambi in *Le Regioni*, 2009, rispettivamente p. 1403 ss. e p. 1421 ss.

(30) Sia consentito, sul punto, un rinvio a T.F. GIUPPONI, "Sicurezza urbana" e ordinamento costituzionale, in *Le Regioni*, 2010, p. 49 ss., e in particolare p. 73 ss.

però, l'unico tentativo esperibile sarebbe quello di una distinzione tra le due tipologie di provvedimenti costruita intorno alle specifiche finalità di ciascuna. Se, infatti, compito generale di tali provvedimenti è quello sia di "prevenire" sia di "eliminare" i più volte citati gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana, potrebbe ipotizzarsi che, mentre sul piano più generale della prevenzione i provvedimenti generalmente adottabili dovrebbero essere quelli di natura ordinaria, conseguentemente dotati di una maggiore stabilità³¹, sul piano specifico dell'eliminazione e del contrasto puntuale ai fenomeni di insicurezza urbana possano trovare applicazione più confacente le ordinanze contingibili e urgenti, limitate ad affrontare una specifica situazione di disagio, definita nel tempo e nello spazio. Chiare, sul punto, anche le conseguenze: nel primo caso i provvedimenti del sindaco dovrebbero trovare un limite invalicabile nelle vigenti norme di legge e di regolamento (essendone, di fatto, specifica attuazione); nel secondo, con tutte le specificazioni e i limiti già evidenziati, potrebbero anche derogare temporaneamente a vigenti disposizioni di legge³².

Sul punto, come noto, è intervenuta di recente la sentenza 115/2011 della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità costituziona-

(31) E potendo ovviamente esprimersi in interventi inerenti non solo le competenze del sindaco quale ufficiale di Governo, ma anche connessi alle ordinarie competenze di governo dell'ente locale, nell'ottica di quella gestione partecipata e condivisa delle politiche della sicurezza intese in senso ampio che in parte sembra trasparire dall'attuale disciplina legislativa. Tale lettura, come vedremo, sembra però in parte scontrarsi con la previsione di un generalizzato potere di intervento sostitutivo (e, sulla base della costante giurisprudenza amministrativa, anche di annullamento) da parte del prefetto, oltre che con l'espressa indicazione della possibilità del Ministro dell'interno di adottare "atti di indirizzo" nei confronti dei sindaci (cfr. l'attuale art. 54, commi 11 e 12, del d.lgs. 267/2000).

(32) Sul punto, problematicamente, si veda anche quanto sostenuto da A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza, tra storia e diritto*, cit., p. 181, secondo il quale, però, comune a entrambe le ipotesi sarebbe il presupposto, consistente nell'esistenza "di una situazione di urgente necessità", mentre sarebbe diversa, invece, "la valutazione di questa necessità qualificata in relazione allo scopo [...] essendo riferibile, di volta in volta, a casi normali e a casi straordinari". Proprio l'urgenza o meno dell'intervento, invece, sembra a chi scrive dover essere valorizzata quale elemento di distinzione tra le due differenti tipologie di provvedimenti.

le del nuovo art. 54, comma 4, del d.lgs. 267/2000 limitatamente alla locuzione “anche” inserita prima delle parole “contingibili e urgenti”³³. Secondo il Giudice delle leggi, infatti, i nuovi poteri sindacali “ordinari” in materia di sicurezza urbana non sono in nulla assimilabili alle tradizionali ordinanze contingibili e urgenti e, di conseguenza, non consentono alcuna deroga alle norme legislative o regolamentari vigenti. Tuttavia, alla luce della formulazione della norma in questione, tali ordinanze “si presentano come esercizio di una discrezionalità praticamente senza alcun limite, se non quello finalistico, genericamente identificato dal legislatore nell’esigenza di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l’incolumità pubblica e la sicurezza urbana”.

Tale previsione, secondo la Corte, contrasta però con il principio di legalità in senso sostanziale che, “base dello Stato di diritto”, non consente l’attribuzione da parte del legislatore di poteri amministrativi assolutamente indeterminati. Una conferma in questo senso si avrebbe dallo stesso tenore dell’art. 23 Cost., che non consente l’imposizione di obblighi da parte dell’autorità se non sulla base di preve disposizioni di legge, alla luce della loro incidenza sulla sfera generale di libertà dei singoli cittadini. L’ormai consolidata ricostruzione della citata riserva di legge come riserva relativa, infatti, “non relega [...] la legge sullo sfondo, né può costituire giustificazione per un rapporto con gli atti amministrativi concreti ridotto al mero richiamo formale ad una prescrizione normativa in bianco [...], senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell’azione amministrativa”. A sanare l’indeterminatezza della disposizione in questione, tuttavia, non può intervenire nemmeno il già citato d.m. 5 agosto 2008, dal momento che esso appare espressione della stessa discrezionalità amministrativa che si vorrebbe limitare, non potendo in alcun modo soddisfare la riserva di legge³⁴. Dunque, il potere sindacale di ordinanza

(33) Per un primo commento a tale decisione, si vedano M. CARRER, *Le ordinanze dei sindaci e la scorciatoia della Corte*, nonché S. PARISI, *Dimenticare Zagrebelsky? Brevi note su legalità sostanziale e riserva relativa nella sentenza 115/2011*, entrambi in *Forum di Quaderni costituzionali*, all’indirizzo www.forumcostituzionale.it.

(34) Solo se le limitazioni e gli indirizzi contenuti nel decreto ministeriale fossero stati

non contingibile e urgente introdotto dalla legge 125/2008 “viola la riserva di legge relativa di cui all’art. 23 Cost.”, espressione di un vero e proprio “principio supremo dello Stato di diritto”³⁵.

La questione, allora, sembra spostarsi dal piano della configurazione della tipologia di provvedimenti adottabili da parte del sindaco a quello, non meno problematico, dell’esatta individuazione legislativa degli ambiti di intervento locale in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana. È, ancora, il principio di legalità dell’azione amministrativa che deve orientare le nostre riflessioni, a partire dalle definizioni di “incolumità pubblica” e “sicurezza urbana”. Da questo punto di vista il dibattito, con particolare riferimento all’innovativo concetto di “sicurezza urbana”, sembra essere stato altrettanto vivace, essendosi però sostanzialmente incentrato attorno a due letture differenti: *a*) sicurezza urbana come parte dell’ordine pubblico³⁶; *b*) sicurezza urbana come intreccio e punto di coordinamento tra competenze diverse, statali e non statali, volto non solo alla prevenzione e repressione criminale, ma anche alla promozione e coesione sociale³⁷.

Dal primo punto di vista, a ben vedere, i poteri del sindaco in materia di sicurezza urbana non sarebbero altro che una specificazione, sul piano dell’amministrazione locale, della già citata competenza legisla-

inserirli nell’ambito di “un atto di valore legislativo”, continua la Corte, sarebbe stato possibile “valutare la loro idoneità a circoscrivere la discrezionalità amministrativa dei sindaci [...] senza incorrere in un vizio logico di autoreferenzialità”.

(35) A tali motivazioni la Corte costituzionale aggiunge anche la violazione del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) e dell’imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), in assenza di una “matrice legislativa unitaria” di riferimento, a garanzia dei cittadini. Si apre, quindi, il problema di valutare la sorte delle ordinanze sindacali di ordinaria amministrazione sin qui adottate, che sembrano aver perso il loro fondamento legislativo e (conseguentemente) appaiono esposte a profili di illegittimità.

(36) Cfr. G. CAIA, *L’amministrazione della pubblica sicurezza e le forze di polizia: l’assetto delle competenze ed il coordinamento in relazione ai recenti interventi normativi*, in AA.Vv., *Nuovi orizzonti della sicurezza urbana dopo la legge 24 luglio 2008, n. 125 ed il decreto del Ministro dell’interno*, Bologna, Bononia University Press, 2009, p. 77 ss.

(37) Così, in particolare, L. VANDELLI, *I poteri del sindaco in materia di ordine e sicurezza pubblica nel nuovo art. 54 del TUEL*, in AA.Vv., *Nuovi orizzonti della sicurezza urbana dopo la legge 24 luglio 2008, n. 125 ed il decreto del Ministro dell’interno*, cit., p. 51 ss.; nonché A. PAJNO, *La “sicurezza urbana” tra poteri impliciti e inflazione normativa*, cit., p. 19 ss.

tiva statale in materia di ordine e sicurezza pubblica (art. 117, comma 2, lett. *b*, Cost.). Per tali motivi, e coerentemente, il legislatore statale avrebbe riconosciuto al sindaco un ruolo in qualità di ufficiale del Governo, e non come rappresentante della comunità locale; sempre in quest'ottica, dunque, andrebbero letti i rapporti del sindaco con il prefetto nonché il potere del Ministro di adottare atti di indirizzo nei confronti dei sindaci. Nell'ambito dell'esercizio di una competenza amministrativa che, per le sue peculiarità, richiede comunque un esercizio unitario, pur articolandosi sul territorio, tali forme di coordinamento e vigilanza appaiono infatti del tutto coerenti con l'intento di evitare eccessive difformità di azione sul territorio nazionale. In quest'ottica, dunque, il sindaco andrebbe a qualificarsi come vera e propria Autorità locale di pubblica sicurezza, assumendo un ruolo centrale nell'organizzazione e nel coordinamento sul territorio delle connesse politiche³⁸.

Una tale ricostruzione, però, presta il fianco alle obiezioni fondate sul rispetto, ancora una volta, del principio di legalità dell'azione amministrativa, anche in relazione a funzioni che, fondamentali o conferite che siano, devono trovare comunque nella legge la loro fonte di disciplina e generale organizzazione (artt. 117 e 118 Cost.)³⁹. Legge che, invece, nel caso specifico appare come una sorta di norma in bianco, rimettendo completamente ad un decreto ministeriale l'indicazione degli ambiti di intervento del sindaco in materia di sicurezza urbana⁴⁰,

(38) Significativo, in questo senso, è quanto previsto dall'art. 54, comma 2, del d.lgs. 267/2000, in base al quale "il sindaco [...] concorre ad assicurare anche la cooperazione della polizia locale con le forze di polizia statali, nell'ambito delle direttive di coordinamento impartite dal Ministro dell'interno - Autorità nazionale di pubblica sicurezza".

(39) Così, in particolare, A. PAJNO, *La "sicurezza urbana" tra poteri impliciti e inflazione normativa*, cit., p. 15 ss., il quale sottolinea come anche le già citate forme di coordinamento sul piano amministrativo tra Stato e Regioni in materia di ordine pubblico e sicurezza devono essere individuate con "legge statale" (cfr. l'art. 118, comma 3, Cost.).

(40) Decreto che, come in parte già accennato, di poco sembra poter orientare l'interprete, limitandosi a prevedere, più dal punto di vista teleologico che sul piano oggettivo, alcune specifiche azioni volte a prevenire e contrastare: 1) le situazioni urbane di degrado e isolamento che favoriscono l'insorgere di fenomeni criminosi; 2) le situazioni di danneggiamento al patrimonio pubblico e privato; 3) l'incuria, il degrado e l'occupazione abusiva di immobili; 4) le situazioni di intralcio alla pubblica viabilità o contrarie

in assenza della garanzia di un'efficace gestione sul territorio degli inevitabili profili di unitarietà che devono caratterizzare le funzioni di ordine pubblico e sicurezza, potenzialmente incidenti sui diritti fondamentali dei singoli individui, anche alla luce del generale principio di eguaglianza⁴¹.

Secondo altri, invece, per sicurezza urbana non dovrebbe intendersi una vera e propria materia, quanto piuttosto una finalità da perseguire nell'intreccio di diverse funzioni pubbliche, non solo statali ma anche di competenza delle autonomie territoriali. La stessa definizione proposta dal d.m. 5 agosto 2008 sembra offrire spunti in questo senso, laddove si fa riferimento alla necessità di "migliorare le condizioni di vivibilità nei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale". Tali finalità, infatti, non risultano certo il *proprium* del concetto classico di ordine pubblico (materia di consolidata competenza statale), ma evocano anche tradizionali competenze di governo delle realtà territoriali, quali i servizi sociali, l'assistenza sanitaria o l'urbanistica, in cui vige (tra l'altro) una competenza legislativa regionale residuale, analogamente a quanto accade in materia di polizia amministrativa locale⁴². Una concezione, dunque, che all'idea di una tutela di interessi

al decoro urbano; 5) i comportamenti che possono recare offesa alla pubblica decenza o turbare il libero utilizzo degli spazi pubblici (cfr. l'art. 2 del d.m. 5 agosto 2008).

(41) Si interrogano, in particolare, sulla possibile incidenza di tali nuovi poteri di ordinanza sulle situazioni giuridiche soggettive dei singoli P. CAVALERI, *Diritti fondamentali e ordinanze dei sindaci*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, Napoli, Jovene, 2009, p. 939 ss.; nonché, problematicamente, C. CARUSO, *Da Nottingham a La Mancha: l'odissea dei sindaci nell'arcipelago dei diritti costituzionali*, in *Le Regioni*, 2010, p. 15 ss.

(42) Sul punto si vedano le osservazioni di L. VANDELLI, *I poteri del sindaco in materia di ordine e sicurezza pubblica nel nuovo art. 54 del TUEL*, cit., p. 60 ss., il quale sottolinea come risulti improprio il riferimento, nel preambolo del d.m., alla necessità di assicurare "uniformità su tutto il territorio nazionale dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali fondamentali" in relazione all'esercizio di una competenza esclusiva statale, quale quella in materia di ordine pubblico e sicurezza. I livelli essenziali, infatti, "sono assicurati comunque, in ogni materia dell'ordinamento [...]: la materia può essere anche pienamente regionale, ma i livelli essenziali sono comunque stabiliti dallo Stato". Una malcelata consapevolezza del Ministro di incidere anche su materie diverse dall'ordine pubblico, pur ricomprese nel concetto di "sicurezza urbana"?

pubblici primari⁴³ sembra affiancare quella di una promozione della complessiva qualità della vita e dei servizi all'interno dei centri urbani, nell'ambito di un esercizio coordinato delle diverse competenze di governo regionale e locale.

Anche tale visione, però, si presta ad alcune obiezioni. Se, infatti, sul piano della legalità dell'azione amministrativa, il riferimento del d.m. alle attività poste a difesa "del rispetto delle norme che regolano la vita civile" potrebbe (almeno teoricamente) recuperare a fondamento di tali poteri sindacali tutta la disciplina, legislativa e regolamentare, rilevante nell'ambito del già citato intreccio funzionale di competenze (risultando in qualche modo "riempita" quella pagina bianca che prima veniva evidenziata)⁴⁴, non altrettanto coerente con tale visione sembra essere la già citata disciplina concernente i rapporti tra sindaco, prefetto e Ministro dell'interno. Se, infatti, nell'ambito dell'esercizio di una competenza sostanzialmente attinente ai profili dell'ordine pubblico e della sicurezza, tale assetto appare in qualche modo coerente, valorizzando invece un'interpretazione funzionalista del concetto di "sicurezza urbana" i poteri sostitutivi o di indirizzo già citati appaiono in qualche modo da rileggere (essendo, ad esempio, difficile immaginare profili di supremazia gerarchica tra prefetto e sindaco quando questi agisce in qualità di responsabile dell'ente territoriale e nell'esercizio di competenze locali)⁴⁵.

Sul punto, da ultimo, la Corte costituzionale sembra però aver valorizzato la prima delle citate prospettive. Seppure nell'ambito di quello che sembra un mero *obiter dictum*, nella già citata sentenza 196/2009,

(43) Tradizionale campo operativo delle classiche funzioni di ordine pubblico e sicurezza (cfr. il già citato art. 159 del d.lgs. 112/1998).

(44) Così, in particolare, L. VANDELLI, *I poteri del sindaco in materia di ordine e sicurezza pubblica nel nuovo art. 54 del TUEL*, cit., p. 68 (ma vedi ora la diversa impostazione seguita dalla Corte costituzionale nella già citata sentenza 115/2011).

(45) Anche G. CAIA, *L'amministrazione della pubblica sicurezza e le forze di polizia*, cit., p. 93, sottolinea la peculiarità di un sindaco quale figura "non paritaria rispetto al prefetto, temperata dalla circostanza che [...] cumula in sé una doppia funzione di amministratore locale e di organo statale, realizzando una vera unione reale (e personale) di uffici", leggendo però tali rapporti alla luce della necessaria garanzia di forme di coordinamento in tale delicato settore.

e relativamente ad un conflitto di attribuzione sollevato dalla Provincia autonoma di Bolzano, la Corte ha affermato chiaramente che, alla luce della legge 125/2008 e del d.m. 5 agosto 2008, “i poteri esercitabili dai sindaci, ai sensi dei commi 1 e 4 dell’art. 54 del d.lgs. 267/2000, non possono che essere quelli finalizzati alla attività di prevenzione e repressione dei reati, e non i poteri concernenti lo svolgimento di funzioni di polizia amministrativa”, facendo la norma espressamente riferimento alle competenze statali di cui all’art. 117, comma 2, lett. *b*), Cost. Il tutto, in ogni caso, a prescindere da una “valutazione del merito del decreto impugnato e in particolare dal profilo concernente l’ampiezza della definizione del concetto di sicurezza urbana in relazione ai suoi potenziali riflessi sulla sfera di libertà delle persone”⁴⁶. Pur nella consapevolezza delle problematiche già evidenziate, che dal punto di vista istituzionale e organizzativo sembrano configurare la “sicurezza urbana” come una sorta di sicurezza pubblica minore⁴⁷, sembra invece possibile accedere ad una sua diversa interpretazione, valorizzando una lettura sistematica della nuova disciplina legislativa, in coerenza con le funzioni e le competenze riconosciute ai diversi livelli di governo dopo la riforma del Titolo V del 2001, e alla luce delle specifiche finalità evidenziate dallo stesso d.m. 5 agosto 2008, con particolare riferimento al miglioramento delle condizioni di vivibilità nei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale. Ci si riferisce, in particolare, ad una lettura che, in relazione alla sicurezza urbana, metta insieme sicurezza in senso “stretto” e sicurezza in senso “lato”, valorizzando le specifiche finalità delle diverse funzioni e competenze coinvolte da tale sintetica nozione, e nell’ambito dell’indispensabile individuazione delle necessarie forme di coordinamento tra i diversi livelli di governo.

(46) Secondo la Corte, infatti, “in questa sede [...] il sindacato che la Corte è chiamata a svolgere è circoscritto al profilo concernente l’area delle competenze dello Stato e della Provincia autonoma ed alla verifica di un’eventuale menomazione di queste ultime da parte del provvedimento impugnato”. In ogni caso, continua la Corte, “il rispetto del confine nei vari casi e ambiti potrà essere oggetto di controlli giurisdizionali ad opera del giudice comune o di questa stessa Corte in sede di conflitto fra gli enti”.

(47) Così, espressamente, A. PAJNO, *La “sicurezza urbana” tra poteri impliciti e influenza normativa*, cit., p. 33 ss.

Tutto ciò, allora, non fa che rendere particolarmente evidente la necessità di una rapida individuazione, da un lato, delle funzioni fondamentali degli enti locali e, dall'altro, delle forme di coordinamento tra Stato e Regioni in materia di ordine pubblico e sicurezza, di cui all'art. 118, comma 3, Cost. Con tali provvedimenti, infatti, si potrà trovare il giusto equilibrio tra esigenze di prevenzione e repressione criminale, in cui un ruolo centrale da parte dell'amministrazione statale è innegabile ed anzi necessario e dovuto alla luce del dettato costituzionale (pur nelle necessarie forme di coordinamento operativo a livello locale), e gestione delle politiche di inclusione e coesione sociale, in cui un ruolo centrale è invece rivestito dai livelli di governo regionali e locali, pur nell'ambito di una tutela dei livelli essenziali delle prestazioni che deve essere garantita in modo uniforme su tutto il territorio nazionale (art. 117, comma 2, lett. *m*, Cost.).

4. La sicurezza "sussidiaria" e "partecipata": il caso delle c.d. *ronde* e le sentenze 226/2010 e 274/2010

Da ultimo, anche in relazione al principio di sussidiarietà orizzontale (di cui all'art. 118, comma 4, Cost.) si è posto il problema della partecipazione dei cittadini e delle loro associazioni alla gestione delle funzioni in materia di sicurezza, con particolare riferimento all'ambito locale⁴⁸. Come noto, infatti, sono intervenute sul punto dapprima la legge 41/2007, in relazione al personale incaricato dei servizi di controllo all'interno degli impianti sportivi in occasione di manifestazioni pubbliche (i c.d. *steward*)⁴⁹, nonché, più di recente, la legge 94/2009,

(48) Cfr., da ultimo, M. DI RAIMONDO, *Ordine pubblico e sicurezza pubblica*, cit., in particolare p. 205 ss.

(49) Si vedano, in particolare, l'art. 2-ter della citata legge, nonché la disciplina di attuazione contenuta nel d.m. di attuazione 8 agosto 2007. In particolare, come noto, il personale in questione (cui l'art. 6-*quater* della legge 401/1989 estende la tutela riconosciuta dagli artt. 336 e 337 c.p. per i pubblici ufficiali e gli incaricati di pubblico servizio) è individuato, previo nulla osta del questore, dalle stesse società sportive, o nell'ambito del proprio personale oppure anche "avvalendosi di istituti di sicurezza privata autorizzati" a norma dell'art. 134 del TULPS del 1931 (art. 2, comma 2, del d.m. 8 agosto 2007). Sempre al questore, inoltre, spetta la tenuta di un apposito elenco "dei referenti, delle agenzie di somministrazione e delle altre società appaltatrici" autorizzati

sia in relazione agli addetti ai servizi di controllo delle attività di intrattenimento o spettacolo in luoghi aperti al pubblico (i c.d. buttafuori)⁵⁰, sia con riferimento alle associazioni di osservatori volontari in materia di sicurezza urbana (le c.d. ronde)⁵¹.

Particolare attenzione merita, però, la disciplina relativa agli osservatori volontari⁵², quale sintomo del consolidamento di forme di sicurezza c.d. sussidiaria in ambito locale⁵³. Con tale espressione, in via

ad organizzare e gestire il servizio in questione, anche al fine di verificare la permanenza dei requisiti richiesti (art. 2, comma 2-ter, del d.m. 8 agosto 2007). Il personale addetto, infatti, deve essere in possesso di tutta una serie di requisiti soggettivi, oltre che essere avviato a specifici corsi di formazione (art. 3 del d.m. 8 agosto 2007, anche in relazione ai successivi allegati A e B). In ogni caso, l'elenco nominativo del personale selezionato per le attività in questione è tenuto a cura del questore, che verifica periodicamente la permanenza dei già citati requisiti soggettivi, proponendo al prefetto, in caso di esito negativo, il divieto di impiego dei soggetti che ne risultino privi (art. 4 del d.m. 8 agosto 2007). Alla luce delle recenti modifiche introdotte dalla legge 217/2010, sono state significativamente ampliate le funzioni degli *steward*, dal momento che “ferme restando le attribuzioni e i compiti dell'autorità di pubblica sicurezza” ad essi ora “possono essere affidati, in aggiunta ai compiti [già] previsti [...], altri servizi, ausiliari dell'attività di polizia, relativi ai controlli nell'ambito dell'impianto sportivo, per il cui espletamento non è richiesto l'esercizio di pubbliche potestà o l'impiego operativo di appartenenti alle forze di polizia” (vedi ora il d.m. 28 luglio 2011).

(50) Cfr. l'art. 3, commi 7-14, della legge 94/2009, nonché il successivo d.m. di attuazione 6 ottobre 2009, modificato con d.m. 30 giugno 2011.

(51) Cfr. l'art. 3, commi 40-44, della legge 94/2009, nonché il successivo d.m. di attuazione 8 agosto 2009, modificato con d.m. 4 febbraio 2010, con d.m. 23 dicembre 2010 e con d.m. 30 giugno 2011.

(52) Analogamente a quanto già detto in merito ai c.d. *steward*, infatti, anche in relazione ai c.d. buttafuori non è previsto alcun coinvolgimento delle amministrazioni locali, mentre è espressamente fatta salva la possibilità di un utilizzo del personale degli istituti di vigilanza privata, di cui all'art. 134 del TULPS del 1931 (il quale prevede la necessità di un'apposita licenza prefettizia). In particolare, l'attuale disciplina prevede la necessaria iscrizione ad un apposito albo tenuto dal prefetto del personale addetto ai servizi di controllo delle attività di intrattenimento o spettacolo in luoghi aperti al pubblico, mentre è specificato che i gestori di tali attività “possono provvedere ai servizi di controllo direttamente con proprio personale o avvalendosi di personale dipendente di istituti autorizzati” ai sensi del già citato art. 134 del TULPS del 1931 (cfr. l'art. 1 del d.m. 6 ottobre 2009). Infine, in base all'art. 3, comma 7, della legge 94/2009 è specificato che “l'espletamento di tali servizi non comporta l'attribuzione di pubbliche qualifiche”, stabilendo al contempo un generale divieto di uso delle armi, di strumenti atti ad offendere e di qualunque strumento di coazione fisica”.

(53) Cfr. G. BRUNELLI, *L'inquietante vicenda delle ronde: quando la “sicurezza parteci-*

generale, si vuole indicare la tendenza ad un progressivo coinvolgimento dei privati nello svolgimento di attività di pubblica sicurezza che “non presuppongono l’esercizio di speciali poteri autoritativi o coercitivi (quali le misure dirette alla prevenzione e alla repressione dei reati e al mantenimento dell’ordine pubblico [...]) e che possono, per tale ragione, essere, a certe condizioni, affidati non agli organi di polizia, ma a soggetti privati”⁵⁴. Si è parlato, in questo senso, anche di sicurezza “sussidiaria” o “partecipata”, in relazione alla constatazione che “non esistono più attività istituzionali da vivere in solitudine o da rivendicare in modo esclusivo, soprattutto quando riguardano beni essenziali per lo sviluppo e il progresso della società”, come avviene nel caso della sicurezza⁵⁵.

La questione centrale, allora, risulta quella di definire a quale nozione di sicurezza ci si debba riferire quando si evocano forme di sicurezza sussidiaria o partecipata: alla c.d. sicurezza in senso “stretto” o alla c.d. sicurezza in senso “lato”? Sul punto la disciplina delle c.d. ronde

pata” mette a rischio la legalità costituzionale, in *Le istituzioni del federalismo*, 2009, p. 5 ss.; M. CECCHETTI, S. PAJNO, *Quando una “ronda” non fa primavera. Usi e abusi della funzione legislativa*, in *Federalismi.it*, all’indirizzo www.federalismi.it; M. MASSA, *I vigilanti privati e il volto pubblico della sicurezza*, in *Costituzionalismo.it*, all’indirizzo www.costituzionalismo.it; A. PAJNO, V. ANTONELLI, *La sicurezza urbana tra editti e ronde*, in A. PAJNO (a cura di), *La sicurezza urbana*, cit., p. 169 ss.; V. ITALIA, *La sicurezza urbana. Le ordinanze dei sindaci e gli osservatori volontari*, cit., in particolare p. 83 ss.; C. CARUSO, *La legge, la Corte e le “ronde”: le associazioni di osservatori volontari per la sicurezza urbana*, in T.F. GIUPPONI (a cura di), *Politiche della sicurezza e autonomie locali*, cit., p. 105 ss.; nonché, volendo, T.F. GIUPPONI, *Legge 15 luglio 2009, n. 94 - Art. 3, commi 40-44*, in G. DE FRANCESCO, A. GARGANI, D. MANZIONE, A. PERTICI (a cura di), *Commentario al “pacchetto sicurezza”. Legge 15 luglio 2009, n. 94*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 467 ss.

(54) Così A. PAJNO, V. ANTONELLI, *La sicurezza urbana tra editti e ronde*, cit., p. 198 ss. i quali ricordano non solo il già citato caso delle guardie giurate e degli istituti di vigilanza privata (artt. 133 e 134 TULPS del 1931), ma anche la disciplina legislativa in materia di affidamento dei servizi di controllo e vigilanza aeroportuali (art. 5 della legge 217/1992; d.m. 85/1999) e di vigilanza venatoria (art. 27 della legge 157/1992). Da ultimo, si veda anche la disciplina in materia di servizi di sicurezza sussidiaria nell’ambito di porti, stazioni ferroviarie, metropolitane e di trasporto urbano (art. 18 del d.l. 144/2005, convertito con modificazioni dalla legge 155/2005; d.m. 154/ 2009).

(55) Così, in particolare, I. PORTELLI, *Gli intrecci della sicurezza tra Stato, autonomie locali e società civile*, in *Amministrazione in cammino*, all’indirizzo www.amministrazioneincammino.luiss.it, p. 11.

non appare del tutto chiara. In base all'art. 3, comma 40, della già citata legge 94/2009, infatti, "i sindaci, previa intesa con il prefetto, possono avvalersi della collaborazione di associazioni tra cittadini non armati al fine di segnalare alle forze di polizia dello Stato o locali eventi che possano arrecare danno alla sicurezza urbana ovvero situazioni di disagio sociale". A tal fine, è istituito un apposito albo presso ciascuna prefettura, cui i sindaci possono attingere, sulla base di apposita ordinanza, attivando specifiche convenzioni operative con le singole associazioni⁵⁶. Queste ultime, a loro volta, "devono avere tra gli scopi sociali [...] quello di restare attività di volontariato con finalità di solidarietà sociale nell'ambito della sicurezza urbana [...], ovvero del disagio sociale, o comunque riferibili alle stesse"⁵⁷.

Alla luce di tale disciplina, le associazioni di osservatori volontari appaiono per alcuni versi pienamente inserite nell'ambito delle politiche di sicurezza in senso "stretto". In questo senso, tra l'altro, sembrano spingere: il ruolo centrale assunto dal prefetto, in collaborazione con il Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica⁵⁸; l'evocazione dei poteri di ordinanza in materia di sicurezza urbana dei sindaci in qualità di ufficiali del Governo⁵⁹; l'individuazione delle forze di polizia quali destinatari delle eventuali segnalazioni; la priorità assegnata alle associazioni costituite da "appartenenti, in congedo, alle forze dell'ordine, alle forze armate e agli altri corpi dello Stato"⁶⁰. Parallelamente, il richiamo insistito a finalità di intervento rispetto a situazioni di disagio sociale, oltre che l'espressa indicazione del fine di volontariato sociale necessario ai fini della richiesta di iscrizione nell'apposito albo, sembrano invece evocare la c.d. sicurezza in senso

(56) Cfr. l'art. 3, comma 41, della legge 94/2009; nonché gli artt. 3 e 4 del d.m. 8 agosto 2009.

(57) Così l'art. 1, comma 2, del d.m. 8 agosto 2009.

(58) Comitato che deve essere previamente sentito dal prefetto in occasione dell'iscrizione delle associazioni nell'apposito albo (art. 3, comma 41, della legge 94/2009; art. 1, comma 4, del d.m. 8 agosto 2009), oltre che in occasione della stesura, concordata con il sindaco interessato, delle citate convenzioni (art. 4, comma 2, del d.m. 8 agosto 2009).

(59) Sui quali, più ampiamente, vedi però *infra*.

(60) Cfr. l'art. 3, comma 42, della legge 94/2009.

“lato”, con particolare riferimento all’ambito delle politiche sociali e di assistenza. Evidenti, naturalmente, le conseguenze nell’uno e nell’altro caso, con particolare riferimento all’esatta individuazione della competenza legislativa in merito.

Più in generale, anche volendo valorizzare il principio di sussidiarietà in senso “orizzontale” di cui all’art. 118, comma 4, Cost., va comunque valutata la possibilità di ammettere un coinvolgimento del c.d. terzo settore nella gestione delle politiche della sicurezza⁶¹. Tale prospettiva, sicuramente ammissibile nell’ambito della sicurezza in senso “lato” (si pensi, ad esempio, al settore dei servizi sociali), risulta invece quanto meno dubbia se riferita all’ambito della sicurezza in senso “stretto”, con particolare riferimento alla tradizionale funzione di prevenzione e repressione dei reati⁶².

Tali ambiguità, da ultimo, hanno spinto alcune Regioni (Toscana, Emilia-Romagna, Umbria) ad impugnare le citate disposizioni legislative davanti alla Corte costituzionale, oltre che a sollevare conflitto di attribuzione in relazione al decreto ministeriale di attuazione (Toscana, Emilia-Romagna), con particolare riferimento all’asserita invasione delle competenze legislative regionali in materia di polizia amministrativa locale e assistenza sociale (art. 117, comma 4, Cost.) e, in ogni caso, alla luce della mancanza di ogni forma di coinvolgimento delle Regioni da parte dello Stato, in violazione del principio di leale collaborazione (art. 11, comma 3, Cost.).

Con le recenti sentenze 226/2010 e 274/2010, però, la Corte ha accolto solo in parte i rilievi delle Regioni, limitandosi a dichiarare l’il-

(61) Sul punto, si vedano anche le perplessità di A. PAJNO, V. ANTONELLI, *La sicurezza urbana tra editti e ronde*, cit., p. 204 ss., i quali sottolineano i penetranti vincoli organizzativi da parte dell’autorità pubblica.

(62) Cfr., in questo senso, le osservazioni di Q. CAMERLENGO, *Art. 118*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario della Costituzione*, III, Torino, Utet, 2006, p. 2352, secondo il quale “le funzioni di prevenzione e repressione dei reati non sono certo dismissibili a favore della comunità: la strumentalità rispetto all’esercizio della funzione giurisdizionale e la legittimazione delle forze di polizia ad adottare provvedimenti restrittivi delle libertà fondamentali sono elementi al fine di suffragare l’esclusione”. Lo stesso Autore, tuttavia, riconosce che in relazione al mantenimento dell’ordine pubblico in occasione di manifestazioni sportive o culturali “non è così scontato il monopolio delle autorità di polizia”.

legittimità della disciplina normativa impugnata esclusivamente in riferimento ai compiti degli osservatori volontari in materia di “disagio sociale”⁶³. Richiamandosi alla di poco precedente decisione in merito alle ordinanze sindacali in materia di sicurezza urbana⁶⁴, e nella consapevolezza delle peculiarità del giudizio in via principale⁶⁵, il Giudice costituzionale ha stabilito che la stretta connessione delle previsioni normative ora impuginate con i citati poteri di ordinanza⁶⁶ conferma che il concetto di sicurezza urbana utilizzato in entrambi i casi deve avere la medesima interpretazione e, pertanto, deve essere ricondotto all’attività di prevenzione e repressione dei reati, ad esclusione dei compiti di polizia amministrativa locale.

Tali conclusioni, secondo la Corte, sono confermate dall’esplicito coinvolgimento, da parte della disciplina in questione, del prefetto⁶⁷, del Comitato provinciale per l’ordine e la sicurezza pubblica⁶⁸ e delle for-

(63) Per un primo commento a tali decisioni si veda S. Rossi, *Ronde e disagio sociale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, all’indirizzo www.forumcostituzionale.it; nonché, volendo, T.F. GIUPPONI, *La Corte “dimezza” le ronde*, in *attesa dell’attuazione dell’art. 118, comma 3, Cost.*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, p. 2590 ss.

(64) Cfr. la sentenza 196/2009, su cui, però, vedi più ampiamente *supra*.

(65) Motivo per cui, a ben vedere, la Corte precisa subito che le sue decisioni non investono in alcun modo “il diritto di associazione dei cittadini ai fini dello svolgimento dell’attività di segnalazione descritta dalle disposizioni censurate: diritto che, ai sensi dell’art. 18, comma 1, Cost., resta affatto impregiudicato”.

(66) Confermata, tra l’altro, non solo dalla previsione dell’art. 3, comma 40, della legge 94/2009, che affida al sindaco la decisione di avvalersi o meno della collaborazione delle associazioni di osservatori volontari, ma anche dalla specificazione di cui all’art. 3 del d.m. 8 agosto 2009, secondo il quale lo stesso sindaco deve adottare un’apposita ordinanza “con la quale formalizza la propria volontà di ricorrere alle associazioni di osservatori volontari, identificando gli ambiti per i quali intenda utilizzarle”. Espresso, poi, il riferimento al precedente d.m. 5 agosto 2008, che ha fornito una prima definizione della sicurezza urbana e dei suoi ambiti applicativi, da parte dell’art. 1, comma 2, del già citato d.m. 8 agosto 2009.

(67) Di intesa col quale il sindaco può decidere di avvalersi degli osservatori volontari, concordare il contenuto delle successive convenzioni operative e a cui spetta, tra l’altro, la tenuta e l’aggiornamento del già citato elenco delle associazioni (art. 3, commi 40-41, della legge 94/2009; artt. 1, comma 4, 4, comma 2, 6 e 7 del d.m. 8 agosto 2009).

(68) Organo che deve esprimere il proprio parere sulla presenza dei requisiti per l’iscrizione nel già citato elenco, oltre che sul contenuto delle già citate convenzioni operative (art. 3, comma 41, della legge 94/2009; artt. 1, comma 4, e 4, comma 2, del d.m. 8 agosto 2009).

ze di polizia, statali e locali⁶⁹; circostanza che, ancora una volta, conferma che il sindaco viene qui in considerazione nella sua veste di ufficiale del Governo, e non quale rappresentante della comunità locale. Diverse, invece, le conclusioni in relazione agli interventi di segnalazione di “situazioni di disagio sociale”. Secondo la Corte, infatti, l’elencazione in chiave disgiuntiva (“ovvero”) dei due ambiti di intervento degli osservatori “anche alla luce del generale canone ermeneutico del legislatore non ridondante” rende impraticabile un’interpretazione della “formula in questione in senso fortemente limitativo, tale da ridurne l’inquadramento nell’ambito dell’attività di prevenzione dei reati: ossia di ritenerla riferita a quelle sole situazioni di disagio sociale che, traducendosi in fattori criminogeni, determinino un concreto pericolo di commissione di fatti penalmente rilevanti. In questa accezione, essa risulterebbe, infatti, già interamente inclusa nel preliminare richiamo agli eventi pericolosi per la sicurezza urbana”.

La locuzione “disagio sociale”, infatti, nella sua genericità “si presta [...] ad abbracciare una vasta platea di ipotesi di emarginazione o di difficoltà di inserimento dell’individuo nel tessuto sociale, derivanti dalle più varie cause (condizioni economiche, di salute, età, rapporti familiari e altre): situazioni, che reclamano interventi ispirati a finalità di politica sociale, riconducibili segnatamente alla materia dei servizi sociali”, appartenente alla competenza legislativa residuale regionale *ex art. 117, comma 4, Cost.* Tutto ciò, continua la Corte, a prescindere dall’erogazione di specifici servizi; anche il monitoraggio e la segnalazione di “situazioni critiche”, infatti, possono ben rappresentare “la necessaria premessa conoscitiva degli interventi intesi alla rimozione e al superamento del disagio sociale”, motivo per cui “la determinazione delle condizioni e delle modalità con le quali i Comuni possono avvalersi, per tale attività di monitoraggio, dell’ausilio di privati volontari rientra anch’essa nelle competenze del legislatore regionale”. Quanto al rispetto del principio di leale collaborazione, la Corte esclude che, “una volta circoscritta l’attività delle associazioni di volontari

(69) Alle quali solo è previsto si debbano rivolgere gli osservatori volontari per le loro segnalazioni (art. 3, comma 40, della legge 94/2009; art. 2, comma 1, del d.m. 8 agosto 2009).

alla segnalazione dei soli eventi pericolosi per la sicurezza urbana [...], il legislatore statale sia tenuto comunque a prevedere forme di coordinamento” di tale attività con le connesse attività di competenza regionale. L’art. 118, comma 3, Cost., infatti, “prevede una riserva di legge statale ai fini della disciplina di forme di coordinamento fra Stato e Regioni” in materia, tra l’altro, di ordine pubblico e sicurezza, “ma non implica che qualunque legge dello Stato che contenga disposizioni riferibili a tali materie debba sempre e comunque provvedere in tal senso”.

Infine, la Corte respinge anche i dubbi sollevati in merito all’affidamento di funzioni di ordine pubblico a soggetti privati, rilevando che “le associazioni di volontari svolgono una attività di mera osservazione e segnalazione e che qualsiasi privato cittadino può denunciare i reati, perseguibili di ufficio, di cui venga a conoscenza (art. 333 c.p.p.) e addirittura procedere all’arresto in flagranza nei casi previsti dall’art. 380 c.p.p., sempre quando si tratti di reati perseguibili d’ufficio (art. 383 c.p.p.)”⁷⁰.

A prescindere dalla ricostruzione da ultimo offerta dalla Corte, la vicenda delle c.d. ronde fa emergere con evidenza il ruolo centrale assunto anche dal governo locale in materia di politiche della sicurezza, alla luce del consolidamento normativo di un concetto, quale quello di “sicurezza urbana”, di derivazione sociologica⁷¹ e dagli incerti confini, e che chiama in causa una pluralità di interventi sul territorio comunale da parte dello Stato, delle Regioni e degli stessi enti locali,

(70) Secondo il Giudice delle leggi tali conclusioni sarebbero confermate anche dall’art. 24 della legge 121/1981 che nel descrivere i compiti istituzionali della polizia di Stato, prevede che essa eserciti le proprie funzioni al servizio delle istituzioni democratiche e dei cittadini, “sollecitandone la collaborazione”. Tuttavia, il riferimento alle eccezionali ipotesi di intervento da parte dei singoli cittadini previste dal nostro ordinamento penale, pur significativo, non risolve definitivamente la delicata questione della loro eventuale attivazione da parte dei singoli componenti dei nuclei di osservatori volontari (che, tuttavia, sembra doversi escludere alla luce delle limitate attività che la disciplina legislativa in questione prevede).

(71) Cfr. R. SELMINI (a cura di), *La sicurezza urbana*, Bologna, Il Mulino, 2004; F. BATTISTELLI, L. FAY LUCIANETTI, *La sicurezza urbana tra politics e policy*, in A. PAJNO (a cura di), *La sicurezza urbana*, cit., p. 75 ss.

nel quadro di una sistema di coordinamento che risulta ormai non più rinviabile.

5. La più recente giurisprudenza costituzionale in materia di ordine pubblico e sicurezza, tra conferme e innovazioni

Come in parte già anticipato, la giurisprudenza costituzionale in materia di sicurezza è apparsa a lungo ferma nel distinguere l'area della sicurezza in senso "stretto", con particolare riferimento alla prevenzione e repressione dei reati, dai diversi ambiti di intervento (statali, regionali e locali) in materia di polizia amministrativa e di sicurezza in senso "lato". Tale impostazione, a ben vedere, sembra sostanzialmente confermata anche dopo la revisione costituzionale del Titolo V del 2001, la quale ha rappresentato l'ingresso in Costituzione della stessa categoria dell'ordine pubblico.

Particolarmente rilevante, in questo senso, la nota sentenza 407/2002⁷², con cui la Corte ha chiaramente affermato che la nozione di ordine pubblico e sicurezza di cui all'art. 117, comma 2, lett. *b*), Cost. "è da configurare, in contrapposizione ai compiti di polizia amministrativa regionale e locale, come settore riservato allo Stato relativo alle misure inerenti alla prevenzione dei reati o al mantenimento dell'ordine pubblico", e questo anche alla luce di quello che viene definito un tradizionale indirizzo della stessa giurisprudenza costituzionale in materia di sicurezza pubblica. Appare conseguentemente escluso che tale nozione possa invece assumere "una portata estensiva, in quanto distinta dall'ordine pubblico, o collegata con la tutela della salute, dell'ambiente, del lavoro e così via"⁷³.

(72) Relativa, come noto, ad alcune disposizioni della legge 19/2001 della Regione Lombardia, in materia di attività a rischio di incidenti rilevanti.

(73) Emerge, in ogni caso, la consapevolezza di un utilizzo del termine da parte della legislazione, ma anche della stessa giurisprudenza costituzionale, non sempre coerente, se è vero che lo stesso Giudice delle leggi premette che ai fini del giudizio in questione "non sembra [...] necessario [...] accertare, in una prospettiva generale, se nella legislazione e nella giurisprudenza costituzionale la nozione di sicurezza pubblica assuma un significato restrittivo [...] o invece assuma una portata estensiva". In senso sostanzialmente conforme, si vedano anche le successive sentenze 6/2004, 162/2004, 95/2005, 383/2005, 129/2009, 196/2009, 72/2010, 167/2010, 226/2010, 274/2010, 35/2011.

Tuttavia, più di recente, la giurisprudenza della Corte sembra aver assunto una concezione in parte diversa della competenza legislativa statale in materia di ordine pubblico e sicurezza. I primi segni di tale percorso, in realtà, possono essere colti fin dalla sentenza 428/2004, in materia di disciplina statale della circolazione stradale⁷⁴. In quella occasione, infatti, la Corte ha ritenuto di individuare, sulla base di argomentazioni di tipo sistematico, una sorta di competenza esclusiva statale “innominata”, in quanto riconducibile a diverse competenze esclusive espresse. Tra queste, come noto, anche quella in materia di ordine pubblico e sicurezza, sulla base dell’esigenza di assicurare l’incolumità delle persone coinvolte nella circolazione e di prevenire i connessi reati ipotizzabili⁷⁵. Evidente, in questo senso, il rilievo centrale assunto dall’incolumità delle persone che, come noto, può però essere messa in discussione anche al di fuori del tradizionale ambito di intervento relativo alla prevenzione e repressione dei reati⁷⁶.

In maniera ancora più evidente, nella successiva sentenza 222/2006, in relazione all’allora vigente regolamentazione statale del possesso di razze canine pericolose⁷⁷, la Corte ritiene che tale disciplina sia stata adottata “per fronteggiare evenienze involgenti interessi strettamente collegati alla difesa della sicurezza pubblica e, alla luce di tale finalizzazione [...] in base al criterio della prevalenza deve essere ricondotta alla materia ordine pubblico e sicurezza di cui all’art. 117, comma 2, lett. b), della Costituzione, di competenza esclusiva dello Stato”⁷⁸. E

(74) Cfr. la legge 214/2003, di modifica del Codice della strada, impugnata dalla Provincia autonoma di Bolzano.

(75) Cfr., in questo senso, le affermazioni della Corte, che sottolinea la “strutturale pericolosità dei veicoli a motore”. Dunque, “in quanto funzionale alla tutela dell’incolumità personale, la disciplina della circolazione stradale mira senza dubbio a prevenire una serie di reati ad essa collegati, come l’omicidio colposo e le lesioni colpose”.

(76) Solo qualche mese prima, come abbiamo già ricordato, la stessa Corte aveva invece escluso che, in materia di “sicurezza dell’approvvigionamento di energia elettrica”, potessero porsi problemi di ordine pubblico e sicurezza, richiamando solo la possibilità di un intervento sostitutivo, ex art. 120 Cost., in relazione all’esistenza di eventuali gravi pericoli per l’incolumità e la sicurezza pubblica (cfr. la sentenza 6/2004).

(77) Cfr. l’ordinanza del Ministro della salute del 9 settembre 2003.

(78) E non, come prospettato, alla differente competenza concorrente in materia di tutela della salute, ex art. 117, comma 3, Cost.

questo alla luce della considerazione in base alla quale, “in quanto funzionale alla salvaguardia dell’incolumità pubblica dal rischio di aggressione da parte di animali addestrati all’aggressività, la disciplina mira a prevenire reati contro la persona”.

Analogo ragionamento, a ben vedere, è al centro della quasi coeva sentenza 237/2006, relativa ad alcune disposizioni di una legge provinciale in materia di installazione di macchine da gioco all’interno degli esercizi pubblici⁷⁹. La previsione di limitazioni alla loro installazione, infatti, secondo la Corte non attiene alla disciplina dei pubblici esercizi, dal momento che “anche la disciplina relativa al numero massimo di apparecchi che possono essere installati in un determinato esercizio non attiene tanto alla sicurezza riferita allo svolgimento dell’attività da parte degli esercenti di un pubblico servizio”, ma rientra nella materia ordine pubblico e sicurezza. Tutto ciò, “considerati i caratteri dei giochi cui sono predisposte tali apparecchiature (aleatorietà e possibilità di vincite, seppur modeste, in denaro), la conseguente forte capacità di attrazione e concentrazione di utenti e l’altrettanto elevata probabilità di usi illegali degli apparecchi medesimi”. Come è stato sottolineato, da tale ultima giurisprudenza emerge la progressiva capacità di penetrazione della potestà legislativa statale in materia di ordine pubblico e sicurezza nei confronti di ambiti materiali potenzialmente riconducibili alla competenza legislativa regionale, sulla scia del consolidato modello delle c.d. competenze trasversali⁸⁰.

Successivamente, con la sentenza 51/2008, in materia di “sicurezza aeroportuale”, la Corte ha riconosciuto che le impugnate norme statali relative alla “sicurezza dei passeggeri e degli operatori in ambito aeroportuale” rientrano nell’ambito di una pluralità di materie di sua competenza esclusiva, quali “sicurezza dello Stato”, “ordine pubblico”, ma anche “protezione dei confini nazionali”. Pertanto non può

(79) Cfr. gli artt. 12 e 13 della legge 3/2005 della Provincia autonoma di Trento.

(80) Così, in particolare, P. BONETTI, *La giurisprudenza costituzionale sulla materia “sicurezza” conferma la penetrazione statale nelle materie di potestà legislativa regionale*, in *Le Regioni*, 2007, p. 124 ss., con particolare riferimento alle connessioni con la materia “ordinamento penale”.

essere evocata dalle Regioni alcuna competenza in materia, nemmeno nell'ambito della legislazione concorrente su "porti e aeroporti civili"⁸¹. In senso sostanzialmente analogo sembra andare anche la sentenza 18/2009, in materia di disciplina regionale delle procedure di assegnazione delle bande orarie di trasporto aereo e del rilascio delle connesse concessioni aeroportuali⁸², in cui il Giudice delle leggi ha escluso ogni possibile riconduzione alla competenza legislativa concorrente "porti e aeroporti civili"⁸³. Secondo la Corte, infatti, "la disciplina dell'assegnazione delle bande orarie negli aeroporti [...] risponde, da un lato, ad esigenze di sicurezza del traffico aereo, e, dall'altro, ad esigenze di tutela della concorrenza, le quali corrispondono ad ambiti di competenza esclusiva dello Stato".

L'analisi, pur rapida, di tali decisioni conferma la progressiva estensione della nozione di sicurezza, oltre i confini dell'originaria lettura restrittiva operata dalla Corte, in relazione alle attività di prevenzione e repressione dei reati. Il riferimento alla più generale categoria dell'incolumità delle persone, infatti, può aprire prospettive potenzialmente espansive alla legislazione statale esclusiva, capaci di incidere su ogni competenza legislativa regionale in grado di intervenire in settori potenzialmente esposti a rischi. Questa tendenza, accanto all'utilizzo del criterio della prevalenza o della concorrenza tra diverse potestà legislative (statali e regionali), ci consegna i tratti di una competenza statale mai espressamente definita come trasversale, ma di fatto dotata di rilevanti possibilità di incidenza.

(81) Si trattava in ogni caso di disposizioni, da emanarsi mediante decreto ministeriale, e relative al controllo dei bagagli e dei passeggeri, alla ripartizione di tali attività fra gestori aeroportuali e vettori, nonché inerenti alla determinazione degli importi dovuti all'erario dai concessionari dei servizi esistenti in ambito aeroportuale e di quelli posti a carico dell'utenza (art. 11-*duodecies* della legge 248/2005).

(82) Cfr. la legge 29/2007 della Regione Lombardia.

(83) "La legge regionale impugnata nel presente giudizio, pur riguardando sotto un profilo limitato ed in modo indiretto gli aeroporti, non può essere ricondotta alla materia porti e aeroporti civili, di competenza regionale concorrente. Tale materia [...] riguarda le infrastrutture e la loro collocazione sul territorio regionale, mentre la normativa impugnata attiene all'organizzazione ed all'uso dello spazio aereo, peraltro in una prospettiva di coordinamento fra più sistemi aeroportuali".

Forse anche per questo, da ultimo, la Corte sembra aver definitivamente abbandonato la sua originaria impostazione. Con la sentenza 21/2010, infatti, il Giudice delle leggi ha per la prima volta, ed espressamente, affermato che “la materia della sicurezza, ai sensi dell’art. 117, comma 2, lett. *b*), Cost., [...] non si esaurisce nell’adozione di misure relative alla prevenzione e repressione dei reati, ma comprende la tutela dell’interesse generale alla incolumità delle persone, e quindi la salvaguardia di un bene che abbisogna di una regolamentazione uniforme su tutto il territorio nazionale”⁸⁴.

Forse consapevole della sostanziale svolta⁸⁵, i giudici costituzionali cercano in qualche modo di ricondurre ad unità la loro pregressa giurisprudenza, anche se con evidenti difficoltà, ricordando che “la giurisprudenza di questa Corte [...] ha chiarito che la materia sicurezza, di cui all’art. 117, comma 2, lett. *b*), Cost., riguarda gli interventi finalizzati alla prevenzione dei reati e al mantenimento dell’ordine pubblico. Ma ha anche precisato che rientrano in tale ambito di competenza esclusiva dello Stato la definizione delle attività necessarie a garantire la sicurezza aeroportuale relativa al controllo bagagli e passeggeri (sentenza 51/2008) e la disciplina dell’assegnazione delle bande orarie negli aeroporti coordinati (sentenza 18/2009)”.

La disposizione statale in questione, impugnata sul punto dalla Regione Emilia-Romagna, prevede una disciplina generale in materia di installazione, manutenzione e gestione degli impianti relativi agli edifici, nell’ambito di un complessivo riordino delle relative normative tecniche, rinviato a successivi decreti interministeriali⁸⁶. Secondo la

(84) Per un primo commento a tale decisione, sia consentito un rinvio a T.F. GIUPPONI, *Nascita e trasfigurazione di una materia trasversale: il caso della “sicurezza”*, in *Le Regioni*, 2010, p. 1118 ss.

(85) Ancora più evidente, a ben vedere, se si pensa che solo qualche mese prima aveva ribadito la tradizionale lettura della sicurezza quale ambito connesso alla prevenzione e repressione dei reati (cfr. le già citate sentenze 129/2009 e 196/2009).

(86) Cfr. l’art. 35, comma 1, della legge 133/2008: “Entro il 31 dicembre 2008 il Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro per la semplificazione normativa, emana uno o più decreti, ai sensi dell’art. 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400, volti a disciplinare: *a*) il complesso delle disposizioni in materia di attività di installazione degli impianti all’interno degli edifici prevedendo semplificazioni di adempimenti per i proprietari di abitazioni ad uso privato e per le imprese; *b*) la definizione di un reale

Corte, tale disciplina “attenendo a profili di sicurezza delle costruzioni, collegati ad aspetti di pubblica incolumità” è conseguentemente riconducibile alla materia della sicurezza, di cui all’art. 117, comma 2, lett. *b*), Cost., escludendo quindi ogni possibile spazio di intervento legislativo in capo alle Regioni⁸⁷. È possibile che, sul punto, abbia influito la particolare natura delle norme in materia di sicurezza degli impianti all’interno degli edifici, che la stessa Corte definisce come norme tecniche, inevitabilmente dettagliate. Tuttavia, il principio affermato appare particolarmente rilevante.

Secondo la decisione da ultimo evidenziata, infatti, la sicurezza sembra assumere (di fatto) le caratteristiche riconosciute dalla Corte alle già citate materie c.d. trasversali, pur senza che ciò venga espressamente evidenziato. In questo senso, appare ormai evidente come la Corte identifichi nella sicurezza non più un determinato ambito materiale di intervento statale, sostanzialmente delimitato alla sfera della prevenzione e repressione dei reati, quanto una più complessiva finalità connessa alla tutela dell’incolumità delle persone su tutto il territorio nazionale, a prescindere dalle attività e dai settori rilevanti. Tale “interesse generale”, infatti, abbisogna di una disciplina uniforme su tutto il territorio nazionale, motivo per cui non può essere messo in discussione dal riconoscimento dei diversi ambiti di competenza materiale su cui può incidere il sistema delle autonomie territoriali.

A differenza dei casi relativi alle decisioni citate in precedenza, infatti, in questa occasione la Corte costituzionale non ha tentato nemmeno di ricondurre l’intervento legislativo statale impugnato alla materia “ordine pubblico e sicurezza” intesa quale “prevenzione e repressione dei reati”⁸⁸, magari utilizzata congiuntamente ad altre materie di com-

sistema di verifiche di impianti di cui alla lett. *a*) con l’obiettivo primario di tutelare gli utilizzatori degli impianti garantendo una effettiva sicurezza; *c*) la revisione della disciplina sanzionatoria in caso di violazioni di obblighi stabiliti dai provvedimenti previsti alle lett. *a*) e *b*)”.

(87) Come, ad esempio, il governo del territorio e la tutela della salute, espressamente invocate dalla Regione ricorrente.

(88) Come avvenuto nei casi decisi con le già citate sentenze 428/2004, 222/2006 e 237/2006.

petenza statale esclusiva⁸⁹. Dunque, sembrerebbe affacciarsi all'orizzonte una sorta di dissociazione tra i termini "ordine pubblico" e "sicurezza", utilizzati dall'art. 117, comma 2, lett. *b*), Cost., costantemente considerati dalla precedente giurisprudenza costituzionale come una sorta di endiadi. Accanto alla tradizionale concezione dell'ordine pubblico quale attività di prevenzione e repressione dei reati, compare ora una concezione della sicurezza quale "tutela dell'interesse generale alla incolumità delle persone, e quindi [...] salvaguardia di un bene che abbisogna di una regolamentazione uniforme su tutto il territorio nazionale".

Tuttavia, anche se rispetto alla consolidata interpretazione restrittiva più volte citata era già ipotizzabile un funzionamento dell'ordine pubblico e della sicurezza secondo i canoni delle c.d. materie trasversali (con particolare riferimento alla loro stretta connessione con un'altra competenza esclusiva trasversale, quale quella in materia di ordinamento penale), con l'ultima decisione citata le potenzialità di incidenza della legislazione statale sulle competenze legislative regionali ne escono significativamente ampliate. Basti solo pensare a quante attività (e nell'ambito di quanti settori) possano essere considerate potenzialmente pericolose, tali da mettere a rischio l'incolumità delle persone, ben oltre il campo della eccezionale previsione di fattispecie penali in relazione alle condotte considerate più gravemente antisociali.

Successivamente a tale importante decisione, però, non sono mancate altre prese di posizione da parte della Corte che, ignorando la quasi coeva sentenza 21/2010, appaiono ancora chiaramente ispirate alla precedente interpretazione restrittiva in materia di sicurezza⁹⁰; è dunque possibile che, sul punto, abbia influito la particolare natura delle norme in materia di sicurezza degli impianti all'interno degli edifici, che la stessa Corte definisce come norme tecniche, inevitabilmente.

(89) Come nei casi di cui alle già citate sentenze 51/2008 e 19/2009, in materia di "sicurezza aeroportuale".

(90) Cfr. le già citate sentenze 72/2010, 167/2010, 226/2010, 274/2010, 35/2011. In coerenza con la sentenza 21/2010, invece, appare la successiva ordinanza 51/2011.

Si rende ancora più evidente, allora, la necessità di formalizzare le necessarie forme di coordinamento in materia, a partire dall'attuazione di quanto previsto dall'art. 118, comma 3, Cost., anche per evitare che una questione così delicata possa essere lasciata al naturale, occasionale e mutevole comporsi sul piano politico dei diversi interessi in gioco, attraverso meccanismi consensuali o di intesa che la stessa giurisprudenza della Corte successiva alla riforma del Titolo V ha sicuramente valorizzato, ma che, non adeguatamente disciplinati, rischiano di non poter garantire appieno la tutela di quell'interesse generale all'incolumità delle persone che, a detta della Corte, richiede una disciplina uniforme su tutto il territorio nazionale.

Las nuevas y discutibles ordenanzas municipales de convivencia

Miguel Casino Rubio

Abstract

La quasi totalità dei Comuni spagnoli ha approvato negli ultimi anni, sulla scia del Comune di Barcellona, proprie "Ordinanze di convivenza", ideate per combattere quei comportamenti che portano degrado negli spazi pubblici e che compromettono la convivenza nelle città. Queste nuove ordinanze, che prevedono infrazioni e relative sanzioni, sono state sostanzialmente bene accolte dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativa. Ciononostante questo articolo sottolinea alcuni dei loro principali punti di debolezza. In particolare si sofferma sulla loro opportunità e ragion d'essere e mette in dubbio la competenza normativa dei Comuni a vietare specifiche condotte personali.

1. Introducción

De un tiempo a esta parte son bien visibles los signos de creciente inquietud ciudadana por el deterioro de la convivencia en las ciudades. Desde el célebre fenómeno juvenil del "botellón" o los actos vandálicos que destrozan, afean o simplemente ensucian el mobiliario urbano y los espacios públicos, hasta el ejercicio de la prostitución o la mendicidad en la vía pública, pasando por el uso de ciertas prendas vinculadas a determinadas creencias religiosas o, en general, la indumentaria de los viandantes, las pintadas y *graffitis* o incluso, en fin, la práctica de determinados juegos infantiles en calles y parques públicos son, en efecto, conductas que preocupan cada vez más a los ciudadanos, que ven en este tipo de comportamientos una amenaza, cuando no un atentado directo contra la convivencia ordenada.

Las causas de este progresivo deterioro de la convivencia en las ciudades y de la creciente degradación del espacio público son seguramente múltiples y en explicarlas los sociólogos y filósofos han em-

peñado esfuerzos considerables¹. Sin necesidad ahora de aspirar a tanto, es fácil adivinar de todas formas en este fenómeno un descenso llamativo en la educación y el compromiso cívico de los ciudadanos. En este contexto, marcadamente individualista, no pueden extrañar las constantes llamadas de atención sobre la urgente necesidad de recuperar las virtudes cívicas y se comprende mejor también la creciente reivindicación ciudadana que reclama de los poderes públicos una respuesta más contundente.

Sea como fuere, esta reclamación ciudadana, junto con el considerable reguero de gastos de reparación que buena parte de las conductas incívicas que antes se han resumido dejan irremediadamente a su paso², han terminado por llamar la atención de los responsables municipales, que han comenzado a fijarse en este fenómeno, tradicionalmente huérfano, salvo en sus manifestaciones más groseras y graves³, de una respuesta pública específica⁴, y en sus posibles soluciones.

(1) Juan Antonio MARINA, *Aprender a convivir*, Ariel, Barcelona, 2006; J. RUBIO CARRICEDO, J.M. ROSALES y M. TOSCANO MÉNDEZ (directores), *Democracia, ciudadanía y educación*, Universidad Internacional de Andalucía/AKAL; Madrid, 2009; Javier GOMÁ, *Ejemplaridad pública*, Taurus, Madrid, 2009; Victoria CAMPS, *El declive de la ciudadanía. La construcción de la ética pública*, PPC, Madrid, 2010; Rafael JIMÉNEZ ASENSIO, *Convivir en la ciudad. La Convivencia ciudadana en el espacio público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2011.

(2) Buena parte de las Ordenanzas de convivencia consultadas subrayan precisamente esta circunstancia como una de las principales motivaciones de la regulación que incorporan. Conforme testimonia Juan PEMÁN GAVÍN, "La política de civismo en los Ayuntamientos españoles. Entre policía, acción social y educación cívica", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 36, 2010, p. 18; por nota, sólo en la ciudad de Barcelona el Ayuntamiento dedica una media de un millón de euros anuales a la reparación y reposición del mobiliario urbano. Un gasto que, por otra parte, solo para el año 2006 y el conjunto de los Municipios, la propia Federación Española de Provincias y Municipios calculó en diecisiete millones de euros. Por su parte el Ayuntamiento de Madrid gastó durante los primeros diez meses de 2009 más de siete millones y medio de euros en limpiar las paredes y fachadas de pintadas y grafitos.

(3) Probablemente el asunto del botellón juvenil sea el que mejor ha testimoniado hasta ahora la preocupación municipal. No en vano, ha merecido la atención también de los juristas. Cfr. Manuel BEATO ESPEJO, "El medio ambiente urbano y la convivencia ciudadana: el ruido por el consumo de bebidas alcohólicas", *RAP*, núm. 139 (1996), pp. 171 y ss.; y María ALMODOVAR IÑESTA, *El consumo de alcohol en las vías públicas: régimen jurídico y competencias administrativas*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2003.

(4) Juan PEMÁN GAVÍN ha explicado muy bien las circunstancias socio-jurídicas que han

Con este propósito la mayoría de los Ayuntamientos españoles han aprobado en los últimos años su correspondiente Ordenanza reguladora de la *Convivencia Ciudadana*, en un proceso mimético, como ha de verse, que ha sido anunciado además a bombo y platillo por sus respectivos responsables políticos como la solución al comentado proceso de deterioro de la convivencia en las ciudades, y que bien merece ahora algún comentario.

2. *El contenido típico de las nuevas Ordenanzas municipales de convivencia*

En lo que conozco, y con el significado antecedente de la Ordenanza de Valladolid de 2004, es seguramente la *Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona* de 2006⁵ y en la que es fácil ver el peso de las ideas del Prof. Jiménez Asensio⁶, a la sazón director de los servicios jurídicos del Ayuntamiento de Barcelona, la primera y más significada norma municipal, y cuyas huellas, de hecho, son fácil de ver en otras muchas de las Ordenanzas que simplemente luego la han seguido⁷. Con alguna excepción, pero que ahora no nos interesa tanto, entre las varias docenas de Ordenanzas municipales que he consultado apenas sí hay diferencias relevantes. Todas, en efecto, tienen idéntica o parecida estructura y contienen prácticamente las mismas previsiones.

propiciado este impulso municipal y que cifra en las tres siguientes: *i*) la retirada del legislador, sobre todo penal, en esta materia; *ii*) el avance de la potestad normativa local y *iii*) el aumento del número y la gravedad de los comportamientos incívicos [cfr. "Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana. Reflexiones a propósito de la Ordenanza de civismo de Barcelona", *REALA*, núm. 305 (2007), en especial pp. 12 y ss.].

(5) Aprobada por acuerdo plenario del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona de 25 de diciembre de 2005 y publicada en el Boletín Oficial de la Provincia del 24 de enero de 2006.

(6) Rafael JIMÉNEZ ASENSIO, *Convivir en la ciudad. La Convivencia ciudadana en el espacio público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2011.

(7) Así lo certifica también Juan PEMÁN GAVÍN, "La política de civismo en los Ayuntamientos españoles...", cit., p. 20, y lo prueba la *Ordenanza tipo de seguridad y convivencia ciudadana* elaborada por la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), y que puede consultarse en www.femp.es.

Después, en algunos casos, de unas breves consideraciones sobre el comentado deterioro de la convivencia en la ciudad y sus causas, todas comienzan sus respectivas Exposiciones de Motivos notando el fundamento jurídico de la regulación que luego incorporan y que también en forma unánime colocan en la autonomía local que garantiza la Constitución (arts. 137 y 140 CE) y, de modo particular, en el Título XI de la Ley 7/1985, de 7 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL), sobre “tipificación de infracciones y sanciones por las Entidades locales en determinadas materias” (arts. 139 a 141), introducido por la ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas de modernización del Gobierno local.

El citado art. 139 LRBRL establece que, “para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, los entes locales podrán, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas”, de acuerdo con la clasificación de las infracciones y dentro de los límites sancionadores que respectivamente señalan los siguientes arts. 140 y 141 LRBRL.

Con este fundamento jurídico, que suelen aclarar es el que presta la imprescindible cobertura legal a la potestad sancionadora municipal que reclama el principio de legalidad del art. 25.1 CE, el objetivo principal de este tipo de Ordenanzas es confesadamente, en expresión poco menos que normalizada, pero que, según mis cuentas, está tomada de la Exposición de Motivos de la citada Ordenanza de Barcelona de 2006, “preservar el espacio público como lugar de convivencia y civismo, en el que todas las personas puedan desarrollar en libertad sus actividades de libre circulación, de ocio, encuentro y recreo con pleno respeto a la dignidad y a los derechos de los demás y a la pluralidad de expresiones y de formas de vida diversas de la [correspondiente ciudad]”.

Junto a este objetivo principal abundan también las declaraciones que subrayan su propósito de la prevención de cualesquiera actuaciones que perturben la convivencia ciudadana y la protección tanto de los bienes públicos de titularidad municipal, como de las instalaciones y

elementos que forman parte del patrimonio urbanístico y arquitectónico del correspondiente Municipio, frente a las agresiones, alteraciones y/o usos indebidos que puedan sufrir. Y menudean igualmente las referencias a la sensibilización ciudadana y a la educación cívica como instrumentos adecuados para fomentar la convivencia ciudadana.

Para lograr todos estos objetivos las Ordenanzas de convivencia, que acostumbra también a reconocer su naturaleza transversal, por atravesar buena parte de las materias de competencia municipal, hasta entonces dispersas por otras ordenanzas municipales, arrancan comúnmente con unas pocas disposiciones generales sobre su objeto, fundamento y ámbito de aplicación objetivo y subjetivo. Para a continuación, en títulos y capítulos separados en función de cada uno de los bienes jurídicos tutelados, establecer las normas generales de conducta que han de ser observadas por los ciudadanos.

Estas normas de conducta están formuladas normalmente en forma de prohibiciones, todas ellas contrarias a cualquier conducta que pueda alterar la normal convivencia, y están divididas por títulos y capítulos separados en función, según se ha advertido, del bien jurídico a proteger en cada caso. De forma que resumiendo y por seguir ahora el esquema más frecuente, las hay con muy pequeñas variantes sobre: *i)* “degradación visual del paisaje o entorno urbano”; *ii)* “apuestas y prestación de servicios no autorizados”; *iii)* “uso inadecuado del espacio público para juegos”; *iv)* “mendicidad” y “ofrecimiento y demanda de servicios sexuales” en la vía pública; *v)* “necesidades fisiológicas”; *vi)* “consumo de bebidas alcohólicas”; *vii)* “uso impropio de los bienes y espacios públicos” y “actos vandálicos”; *viii)* “contaminación acústica” o, en fin, *ix)* “limpieza viaria”.

Siguiendo este esquema la lista de conductas prohibidas es ciertamente muy larga y de hecho, en sus formulaciones más detalladas, comprende varios centenares de prohibiciones, en algunos casos tan extravagantes como tumbarse en el césped o en un banco; regar las plantas de los balcones; alzar la voz, dar portazos o mover los muebles durante la hora de la siesta; escupir y arrojar cualquier clase de desperdicio al suelo; jugar a la pelota o con un avión de aeromodelismo o circular con monopatín; hacer exhibición de prácticas sexuales

o, en fin también, caminar en bikini o con el torso desnudo, y cuyo interés notaremos más adelante.

Esta larga lista de conductas prohibidas, que comprende naturalmente otras muchas que nadie discute, está respaldada por el correspondiente cuadro de infracciones y sanciones. Las infracciones por incumplir cualquiera de las prohibiciones que antes se han resumido se clasifican en leves, graves y muy graves, en función de los criterios de antijuridicidad que establece el art. 140 LRBRL, y son sancionadas con multa que va desde los setecientos cincuenta euros (750 €) en el caso de infracciones leves a los tres mil (3.000 €) para las muy graves. Aunque estas nuevas Ordenanzas, en lo que conozco, han sido recibidas con aplauso de la doctrina⁸ y han sido confirmadas también por los Tribunales, según más adelante podrá comprobarse, en mi opinión, sin embargo, suscitan a simple vista unos pocos aunque serios interrogantes. Son los que apunto a continuación.

3. La discutible oportunidad de las Ordenanzas de convivencia

Por lo pronto, es razonable dudar de la oportunidad de este tipo de Ordenanzas. Algunos datos, en los que importa ahora reparar, así al menos lo sugieren.

Conforme antes se ha adelantado, tumbarse en el césped o en un banco, arrojar al suelo las cáscaras de pipas, un papel o un cigarrillo, escupir en la vía pública, patinar o simplemente jugar a la pelota, tocar el piano o el trombón en casa, cambiar los muebles de lugar o hacer reparaciones domésticas a la hora de la siesta o por la noche, dar un portazo o un grito, correr por el pasillo, regar las plantas del balcón, pasear en bikini o sin camiseta o, en fin, sacudir la ropa o las zapatillas por la ventana son ahora efectivamente conductas que, con las nuevas Ordenanzas de convivencia en la mano, pueden ser sancionadas.

(8) Valentín MERINO ESTRADA, "Las nuevas Ordenanzas municipales reguladoras de la convivencia ciudadana", *REALA*, núms. 300-301 (2006), pp. 485 y ss.; Juan PEMÁN GAVÍN, "Las Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana. Reflexiones a propósito de la Ordenanza de civismo de Barcelona", *REALA*, núm. 305 (2007), pp. 9 y ss.; y "La política de civismo en los Ayuntamientos españoles...", cit., pp. 11 y ss.

A poco que se observe podrá verse enseguida que el repertorio de ilícitos es efectivamente tan amplio y comprende comportamientos tan cotidianos, y hasta en ocasiones puramente reflejos, que no hay ciudadano, por escrupuloso que sea, capaz de no tropezar con alguno de ellos. De modo que nadie después de leer este tipo de Ordenanzas puede estar seguro de no cometer alguna infracción y, llegado el caso, de no ser sancionado por ello.

En estas circunstancias una segunda consecuencia, no menos preocupante, salta igualmente a la vista. Al inundar literalmente de infracciones la vida ciudadana, las Ordenanzas han desarmado a los Ayuntamientos para perseguirlas puntualmente, pues, aunque pretendieran hacerlo, es inconcuso que ni dedicando a todos sus funcionarios darían abasto. Naturalmente en estas condiciones la discrecionalidad administrativa en la persecución de este tipo de infracciones, cuando no pura y simplemente la más descarnada arbitrariedad, campa a sus anchas y, lo que es más difícil de aceptar, sin reproche jurídico posible. Pues, como también es de sobra conocido, al ciudadano que es sancionado por arrojar una colilla al suelo, por tumbarse a descansar en un banco, por pasear sin camiseta o, en fin, por mover los muebles de sitio, de nada le ha de servir oponer que sus propios vecinos cometen diariamente esas mismas infracciones sin que sin embargo sean sancionados por ello. Como tampoco, pero por lo mismo, le valdrá de nada reclamar la igualdad en la aplicación de la Ley. La jurisprudencia, con el Tribunal Constitucional a la cabeza, lo ha repetido una y otra vez, zanjando por ahora cualquier discusión posible al respecto: el principio de igualdad del art. 14 CE no garantiza un “imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad” (entre otras muchas, SSTC 43/1982, de 6 de julio; 21/1992, de 14 de febrero; 186/2000, de 10 de julio; y 88/2003, de 19 de mayo).

Luego, si bien se mira, el hecho de que un ciudadano sea finalmente sancionado depende, además del azar de ser sorprendido, de la voluntad del funcionario que interviene. Un resultado que es muy difícil de aceptar y contra el que con razón clama el más elemental sentimiento de justicia de los ciudadanos, que con frecuencia muy poco o nada saben de semejantes arreglos técnicos. Y que termina, además, por dejar en mal lugar a las propias Ordenanzas de convivencia y a

sus autores. Pues, como se ha observado, aprobar unas normas que se sabe de antemano que no van a ser cumplidas solo sirve para acorralar a los ciudadanos y hacer de las Ordenanzas una coartada perfecta para el abuso y el capricho administrativos⁹.

De todas formas, para decir toda la verdad, hay que añadir que no mucho mejor es la situación en la que quedan los propios Ayuntamientos. Tal y como se ha señalado antes, las Ordenanzas, con su manía por tipificar hasta los comportamientos más habituales de la vida cotidiana, han colocado sobre los Ayuntamientos una carga que no están en condiciones de poder cumplir, de forma que todos los días deben consentir impotentes buena parte de los incumplimientos que detectan. Un déficit que, como también antes se ha observado, hace de la seguridad jurídica y de los ciudadanos sus primeras víctimas, pero que amenaza también con llevarse por delante a la propia Administración. Porque la tolerancia administrativa con las infracciones tiene su precio, y nunca mejor dicho. Pues, como muy bien ha notado el profesor Nieto, cuando se comete una infracción sin lesiones para terceros y la Administración no sanciona, comúnmente no hay ningún problema. Sin embargo, cuando, mediando una infracción, hay daños el asunto cambia y mucho, toda vez que el tercero lesionado tiene derecho a ser indemnizado. Naturalmente por el autor directo del daño, pero también por la Administración que, con su tolerancia o falta de diligencia, no ha controlado el cumplimiento de las prohibiciones que ha tipificado y, en consecuencia, ha permitido el daño, del que debe responder¹⁰.

Los supuestos que en la actualidad se ajustan a este guión menudean en la práctica: el edificio que incumple las condiciones legales de seguridad y se desploma o del que se desprende una teja, alcanzando a un viandante; los estragos causados en el interior de una discoteca abarrotada de público que carece de puertas de emergencia; las lesiones padecidas por un paciente en el curso de una operación de

(9) Cfr. Alejandro NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, en especial, pp. 28 y ss.

(10) *Ibidem*, p. 402.

cirugía estética practicada en una clínica privada clandestina son hoy, en efecto, daños que la jurisprudencia acaba en ocasiones cargando sobre las espaldas de la Administración, simplemente porque no ejerció con diligencia sus potestades de vigilancia y control y, en consecuencia, permitió que el edificio, la discoteca o la clínica incumplieran las normas correspondientes.

Si bien todos estos supuestos no son idénticos al asunto que ahora consideramos, testimonian muy bien en cualquier caso el riesgo que inevitablemente, como la sombra al cuerpo, sigue a la intervención pública en la vida cotidiana. De modo que, una vez que los Ayuntamientos han decidido ordenar la vida ciudadana, salpicando de prohibiciones y sanciones las actividades más habituales, no pueden ignorar luego que su apetito interventor puede acabar literalmente arruinándolos a golpe de condenas de indemnización.

Que no se trata, además, de una simple hipótesis lo certifica en forma inequívoca el asunto del ruido, por otra parte, como antes se ha recordado, uno de los capítulos que más páginas ocupan en todas las Ordenanzas de convivencia consultadas.

Las condenas indemnizatorias a los Ayuntamientos por no evitar las molestias y los ruidos que provocan en el vecindario bares, restaurantes y, en general, locales de ocio que incumplen las correspondientes normas municipales y, en particular, las limitaciones que derivan de la declaración municipal de zona acústicamente saturada menudean, en efecto, en los repertorios de la jurisprudencia¹¹. Tanto, de hecho, que esta jurisprudencia contenciosa, que toma pie en la STC 119/2001, de 8 de junio, y STEDH, 16 de noviembre de 2004 (caso *Gómez Moreno c. España*), y hunde sus raíces en el derecho constitucional a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE)¹², amenaza seriamente ya con

(11) Vid., por ejemplo, y por citar solo ahora alguna de las más recientes, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 11 de diciembre de 2009 y de 21 enero de 2011, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 17 de noviembre de 2010 o, en fin, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 2 de diciembre de 2010.

(12) La lista de sentencias contenciosas que condenan a la Administración por este motivo es ciertamente abundante y crece cada día al calor precisamente de la doctrina

volverse contra los propios Ayuntamientos, a los que de nada les sirve por ahora alegar su impotencia para vigilar y controlar eficazmente el cumplimiento de las propias normas municipales sobre contaminación acústica que han aprobado.

Aunque tengo por seguro que la Administración no puede resultar responsable cada vez que se incumple una norma de derecho público y que, por lo tanto, en la jurisprudencia sobre responsabilidad patrimonial en esta materia existe más de un cabo suelto que con vendría atar, los Ayuntamientos deben medir en todo caso muy bien sus fuerzas antes de embarcarse en aventuras de este tipo. Pues una vez que se ha comenzado a rodar por esta pendiente es muy difícil detener la caída y los jueces y tribunales, con las nuevas Ordenanzas de convivencia en la mano, pueden verse tentados de extender la jurisprudencia en materia de responsabilidad patrimonial por ruidos a otros capítulos de esas mismas Ordenanzas.

Sirva de ejemplo el caso de la limpieza de los espacios públicos, reconocidamente otro de los capítulos más habituales en este tipo de nuevas Ordenanzas, y sobre el que tampoco falta precisamente las sentencias contenciosas que condenan a los Ayuntamientos a indemnizar las lesiones sufridas por un ciudadano que cae al “*resbalar con deposiciones de perro existentes en la acera*” (STSJ del País Vasco de 20 de enero de 2000); los daños sufridos en un accidente de circulación motivado por la existencia “*de una mancha de aceite en la calzada derramada por un tercero*” (STSJ del País Vasco de 7 de septiembre de 2001), o “*por los restos de cera acumulados [a consecuencia] de la celebración de la procesión del Corpus Christi*” (STSJ de Andalucía, sede de Granada, de 12 de noviembre de 2007); o, en fin, las quemaduras de un niño “*al pisar las brasas escondidas en la arena de playa*” (STS de 24 de junio de 2008).

del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que desde luego no parecen por ahora dispuestos a dar ningún paso atrás en la protección constitucional que han otorgado a este tipo de reclamaciones ciudadanas de indemnización, según lo certifican las respectivas y muy recientes Sentencias 150/2011, de 29 de septiembre; y de 18 de octubre de 2011 (asunto *Martínez Martínez c. España*). Críticamente sobre esta jurisprudencia vid. Miguel CASINO RUBIO, “Más ruido sobre el ruido”, pendiente de publicación.

Ni que decir tiene que de seguir esta tendencia a exigir la responsabilidad de los Ayuntamientos, y nada por el momento indica que las cosas vayan a cambiar, las demandas de indemnización pueden multiplicarse ahora al calor de las nuevas Ordenanzas. Baste pensar, por ejemplo, en los supuestos de accidentes provocados por ciclistas o patinadores que circulan por zonas distintas de las habilitadas; en los daños materiales o personales causados como consecuencia de un pelletazo; o, incluso también, en los simples daños provocados por el riego exterior de plantas. Desde luego si alguien pretende continuar con la asfixia económica de los Ayuntamientos no tiene más que leer con cuidado estas Ordenanzas y acudir a cada ocasión propicia a la jurisdicción en demanda de una indemnización por el defectuoso funcionamiento de los servicios municipales, incapaces de asegurar el cumplimiento eficaz de las correspondientes prohibiciones.

De modo que, a fin de cuentas, a la inseguridad e injusticia que sienten los ciudadanos ante unas Ordenanzas que solo unos pocos conocen y que, en todo caso, comprenden prohibiciones en ocasiones realmente oscuras y tan repletas de conceptos jurídicos indeterminados que es muy fácil perderse¹³, hay que sumar ahora la indefensión de los propios Ayuntamientos que, aunque decidieran dedicar a todos sus funcionarios a controlar el cumplimiento de sus normas de convivencia, no darían abasto, franqueando de este modo el paso a las reclamaciones de responsabilidad por funcionamiento defectuoso. Todo lo cual prueba, por si alguna falta hacía, la conveniencia de reparar en las consecuencias de su decisión de aprobar este tipo de Ordenanzas.

(13) Este tipo de conceptos abundan en todas las Ordenanzas consultadas y su utilización, por la inseguridad que genera, ha justificado la interposición de los primeros recursos contenciosos, bien que debo decir que sin ningún éxito hasta ahora. Al respecto, vid., las Sentencias del Tsj de Cataluña, de 26 de marzo de 2009, y del Tsj de Cantabria, de 29 de junio de 2009.

4. *Las Ordenanzas de convivencia y el riesgo de acabar con el civismo que paradójicamente dicen defender y fomentar*

Por si fuera poco lo anterior, también la necesidad de estas Ordenanzas de convivencia es igualmente discutible.

De entrada conviene notar que, aunque en muchas de las prohibiciones que ahora tipifican las nuevas Ordenanzas es fácil seguir su rastro hasta las tradicionales *Ordenanzas de policía y buen gobierno*, características de la segunda mitad del siglo XX y todavía hoy vigentes en no pocos Ayuntamientos, comenzando por él de Madrid¹⁴, estas Ordenanzas suponen comúnmente un *plus* normativo que completa y renueva desde luego las previsiones hasta entonces dispersas por otras Ordenanzas locales. Tanto de hecho que, las más de las veces, la impresión de que los Ayuntamientos han decidido ordenar la vida ciudadana hasta en sus últimos detalles es poco menos que inevitable. Esta es precisamente una de las principales tachas que sus detractores han denunciado desde el primer momento, según más adelante podrá verse. Y de ahí también que no pocas Ordenanzas, anticipándose a ese reproche, desmientan expresamente en su preámbulo que su objetivo sea en rigor el afán desmedido por regular la vida privada de los vecinos.

Las hay incluso, en buen número además, que con notable dosis de exageración y escaso rigor técnico intentan justificar las prohibiciones que establecen en la protección de determinados bienes y derechos, incluso constitucionales¹⁵. Por ejemplo para justificar la prohibición de grafitos y pintadas se invoca el *derecho a disfrutar el paisaje urbano*. Para explicar las prohibiciones de arrojar basuras o residuos, orinar o escupir, se invoca el *derecho a disfrutar de un espacio público limpio y a un medio ambiente adecuado*. O, en fin, para justificar

(14) Juan PEMÁN GAVÍN, "La política de civismo en los Ayuntamientos españoles. Entre policía, acción social y educación cívica", cit., en especial pp. 14 y ss.

(15) Como muy bien ha notado Manuel REBOLLO PUIG (*Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 2214-2215), este tipo de justificaciones resulta extravagante, por innecesaria. La misma y desmedida invocación a derechos fundamentales luce también en la jurisprudencia. Vid., por todas, la Sentencia del Tsj de Cantabria de 29 de junio de 2009.

la prohibición de juegos y el uso de monopatinos y bicicletas en espacios públicos distintos de los expresamente habilitados, se invoca nada menos que *la libertad de circulación*.

De cualquiera manera que sea no hay duda de que las nuevas Ordenanzas, con su catálogo de prohibiciones, prestan un renovado impulso a la potestad sancionadora de los Ayuntamientos, y que no han dudado desde luego en aprovechar según certifican las últimas estadísticas, que dan cuenta, en efecto, de un notable aumento en el número de expedientes sancionadores abiertos desde su respectiva aprobación y entrada en vigor. Incluso por este motivo y para decir toda la verdad habría que añadir que, en rigor, lo único realmente nuevo que distingue a este tipo de Ordenanzas no es tanto el contenido dispositivo de las prohibiciones que tipifican, cuanto la lucha sin cuartel y a golpe de sanción que anuncian contra la falta de civismo de los ciudadanos, según sus respectivos responsables políticos se han encargado de airear y, como se ha advertido, prueban los números.

Este propósito, sobre el que más adelante volveré, pero en el que es fácil ver ya la preocupación por la seguridad y tranquilidad ciudadanas que de un tiempo a esta parte anima buena parte de las políticas públicas, gráficamente llamadas de *tolerancia cero*, tiene sin embargo algunos inconvenientes.

Para empezar importa advertir que algunos ciudadanos pueden encontrar en este tipo de Ordenanzas el impulso que buscaban para dar rienda suelta a su vocación de guardián de la ley, cuando no, lisa y llanamente, a su intolerancia. Naturalmente ni que decir tiene que contra la reivindicación del cumplimiento escrupuloso de la norma es muy difícil defenderse, de modo que, en ocasiones, por esta vía, usos y costumbres de tanta tradición vecinal y aceptados sin mucha preocupación, como el tañido de las campanas o del reloj de las iglesias, deben ceder ante el peso ciego de la correspondiente Ordenanza, que prohíbe la emisión de ruidos por encima de determinados niveles. Sirvan para testimoniar este riesgo las Sentencias del Tsj de Castilla y León de 1 de febrero de 2002, y del Tsj de Navarra de 22 de febrero de 2011.

Para terminar de complicar más las cosas también naturalmente suce-

de lo contrario, de manera que comportamientos tenidos socialmente hasta entonces por incívicos dejan de serlo desde el momento en el que la correspondiente Ordenanza los permite o, simplemente, no los prohíbe. Baste pensar, por ejemplo, en buena parte de los ruidos provocados por las obras domésticas o por las reuniones familiares y de amigos, y que ahora tienen señalado en las Ordenanzas un horario preciso. Lo que significa que no son las propias molestias ni, desde luego, el sentido común o en fin, como recientemente ha recordado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de julio de 2011, con cita de otras resoluciones judiciales, “lo normalmente consentido por la conciencia social”, sino el cumplimiento o no del correspondiente horario y, al cabo, el respeto a lo dispuesto en la Ordenanza la única vara de medir la convivencia.

De modo que, apurando este razonamiento, puede llegarse a un resultado realmente sorprendente y que tiene además una apariencia inquietante: con el pretexto de fomentar y garantizar la convivencia ciudadana se corre el riesgo de sacrificar precisamente el civismo. Pues, como es elemental, no es desde luego lo mismo comportarse con civismo por compromiso personal o conciencia cívica que hacerlo por miedo a la sanción. Como tampoco es indiferente actuar mirando exclusivamente a la Ordenanza, sin importar ni calibrar para nada si esa conducta es, además, molesta y causa perjuicios a terceros, que hacerlo reparando precisamente en sus consecuencias sobre la normal convivencia ciudadana.

En estas condiciones es lógico preguntarse hasta qué punto las Ordenanzas de convivencia son necesarias o, por el contrario, son simplemente fruto de una determinada ideología o, lo que es peor, manifestación de una simple moda de nuestros días, y que de poco han de servir, salvo para fomentar la inquina entre vecinos y la arbitrariedad administrativa y, de paso, aumentar la sensación de injusticia que por desgracia notan no pocos ciudadanos.

Frente a estos reproches podrá alegarse desde luego que solo la Administración, con su brazo sancionador, puede reprimir los comportamientos incívicos, sobre todo los más groseros, y frente a los que el ciudadano medio comúnmente, comportamientos heroicos aparte, no sabe ni puede defenderse por sí mismo. Algo así, en fin, como que “la

letra con sangre entra” y, en consecuencia, que la sanción es el mejor medio para promover el civismo.

Aunque ciertamente algún grano de verdad hay en esta forma de razonar conviene añadir, en cualquier caso, que para salir al paso de los comportamientos incívicos los Ayuntamientos no necesitan forzosamente echar mano de su potestad sancionadora. En buen número de casos será suficiente con activar la cláusula de “orden público” y ejercer las oportunas potestades de intervención para restablecer la tranquilidad ciudadana.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1990 resume muy bien esta última concepción. El caso entonces resuelto fue bastante simple. Un ciudadano solía activar de modo voluntario, normalmente a altas horas de la noche, la alarma instalada en su domicilio en réplica por los malos olores que decía provenían de la casa de uno de sus propios vecinos. Por este motivo fue repetidamente denunciado ante el Ayuntamiento que, luego de las oportunas comprobaciones, ordenó al propietario que procediera a desmontar el aparato de alarma en el plazo de diez días. Contra esta decisión municipal el interesado formuló recurso contencioso-administrativo denunciado, entre otros motivos de oposición, la incompetencia del Ayuntamiento para ordenar una medida semejante y su desproporción, puesto que, en el criterio del recurrente, para reprimir su comportamiento el Ayuntamiento debió imponerle, en su caso, la oportuna sanción de multa, pero nunca la obligación de desmontar el aparato de alarma, que es, además, una medida administrativa que no está prevista por el ordenamiento.

La respuesta del Tribunal es desde luego bien concluyente. De consuno con el razonamiento de instancia declara que, con arreglo a los arts. 84 LRBRL y 1, 5 y 8 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1956, los Ayuntamientos pueden y deben efectivamente intervenir, en el ejercicio de su función de policía, la actividad de los ciudadanos mediante órdenes individuales siempre que exista perturbación de la tranquilidad ciudadana con el fin precisamente de restablecerla y en beneficio de la población.

Y dicho esto añade que el carácter innominado o atípico de la orden municipal recurrida nada tiene de irregular ni habilita tampoco su anulación por supuesta infracción del principio de legalidad de la

Administración. Para empezar porque no constituye en rigor ninguna sanción administrativa, sino, como se ha observado, una simple medida de restablecimiento de la tranquilidad ciudadana indebidamente alterada por el recurrente. Pero sobre todo porque el principio de tipicidad no es exigible cuando el bien jurídico comprometido es el “orden público”, toda vez que, por su natural y lógica indeterminación, el catálogo de medidas destinadas a lograr su restablecimiento no se presta fácilmente a una descripción individual y cerrada, siendo en consecuencia suficiente con que la medida en cada caso considerada supere el principio de proporcionalidad.

Aunque esta Sentencia me parece impecable y resuelve de modo ejemplar el asunto, es fácil imaginar que no siempre será así. Entre otras razones porque la noción de orden público es posiblemente una de las más desatendidas entre nosotros, seguramente por culpa también de su odiosa carga histórica¹⁶. Sin ignorar además que ese tipo de respuestas administrativas no consigue saciar la sed de castigo de los vecinos, que por lo común reclaman de la Administración que el perturbador sea corregido con algo más de rigor.

5. La dudosa competencia municipal para ordenar por vía normativa determinadas conductas individuales

De todas formas, si de la oportunidad y necesidad de las Ordenanzas de convivencia que consideramos pasamos ahora al examen de su justificación jurídica-formal, debo adelantar que su valoración no mejora en nada. Muy al contrario confirma con carácter definitivo las serias dudas que con razón este tipo de normas han suscitado desde el primer momento, aunque debo decir que por ahora con escaso predicamento judicial, según más adelante habrá también ocasión de comprobar con algo más de detalle.

(16) Por todos, vid. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *Las sanciones de orden público en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1973; Javier BARCELONA LLOP, *Policía y Constitución*, Tecnos Madrid, 1997; José Carlos DE BARTOLOMÉ CENZANO, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2002; y más recientemente, Luciano PAREJO ALFONSO, *Seguridad pública y policía administrativa de seguridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

En particular, desde esta perspectiva, la cuestión no es solo ya si las Ordenanzas de convivencia son oportunas y necesarias o, incluso, si realmente sirven de algo. Lo que ahora está en tela de juicio es si, con independencia de las observaciones críticas que se han dejado apuntadas, los Ayuntamientos son jurídicamente competentes para aprobar este tipo de normas.

Ya he dicho antes que la mayoría de las Ordenanzas consultadas, por no decir todas, comenzando por la de Barcelona, se remiten a la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, como justificación competencial de las respectivas normas que incorporan. Esta Ley introdujo efectivamente en la LRBRL un nuevo Título XI (arts. 139 a 141), sobre “tipificación de las infracciones y sanciones por las Entidades locales en determinadas materias”, precisamente para, según es *communis opinio*¹⁷ y está anunciado además en la Exposición de Motivos de la propia Ley, cubrir las exigencias del principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE). Como también se ha recordado el art. 139 LRBRL establece que, “para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, los entes locales podrán, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas”.

Debo decir que esa justificación no es convincente y, de hecho, no sirve de mucho, salvo para probar el designio primordialmente sancionador de este tipo de Ordenanzas. En forma concluyente porque, según es consolidada y unánime doctrina constitucional, la potestad sancionadora no es ningún título de atribución de competencias, sino una potestad accesoria o instrumental respecto del ejercicio de

(17) Con entera independencia naturalmente de que la citada reforma legal haya logrado su objetivo y, en consecuencia, sea suficiente o no para satisfacer las exigencias constitucionales en materia sancionadora. Sobre esta cuestión, por todos, Francisco VELASCO CABALLERO y Silvia Díez SASTRE, “Ordenanzas municipales y reserva de ley sancionadora”, *Cuadernos de Derecho Local*, num. 5 (2004), pp. 50 y ss.

la correspondiente competencia sustantiva. Lo que en nuestro caso significa que los Ayuntamientos podrán dictar este tipo de ordenanzas siempre que tengan competencia sobre la materia sustantiva que ordenan (SSTC 227/1988 de 29 de noviembre, Fj 29; 96/1996 de 30 de mayo, Fj 7; 124/2003 de 19 de junio, Fj 8; y 331/2005 de 15 de diciembre, Fj 17). En resumidas cuentas es la competencia material la que determina el ejercicio de la potestad sancionadora, y no, lógicamente, al revés, so pena en otro caso de colocar la carreta delante de los bueyes.

Una precisión desde luego muy elemental, que figura también en la Carta Municipal de Barcelona, aprobada por la Ley 22/1998 de 30 de diciembre¹⁸, y que por lo mismo puede resultar superflua recordar ahora, pero que bien parece conveniente a la vista del acento que las Ordenanzas han puesto en la citada habilitación legal. Una justificación realmente sorprendente pero que en cualquier caso, debo añadir, ha recibido el favor de la doctrina y la jurisprudencia que, sin mucha preocupación, han admitido prácticamente de consuno que el art. 139 LRBRL habilita la aprobación de este tipo de Ordenanzas¹⁹. Sin embargo, según lo entiendo, este precepto sólo ha levantado la prohibición que, con arreglo al principio de legalidad en su vertiente formal que garantiza el art. 25.1 CE, impedía a los Ayuntamientos tipificar *ex novo* infracciones y sanciones. Pero en principio poco más. O por decirlo en otros términos, sin ampliar el círculo de competencias locales, porque su objetivo es cabalmente otro, según se ha observado, la citada Ley 57/2003 simplemente ha corregido el déficit que suponía el hecho de que las Entidades locales fueran competentes

(18) El artículo 29.1 de la citada Carta (modificada por la Ley 11/2006 de 19 de julio) establece que “las ordenanzas deben tipificar exactamente las obligaciones cuyo incumplimiento sea objeto de sanción. Esta tipificación debe limitarse a las materias en las que el Ayuntamiento tiene competencia de acuerdo con la presente Carta o la correspondiente Ley sectorial”.

(19) Valentín MERINO ESTRADA, “Las nuevas Ordenanzas municipales reguladoras de la convivencia ciudadana”, cit., pp. 487 y ss.; y Juan PEMÁN GAVÍN, “Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana...”, cit., en especial pp. 18 y ss. Del lado de la jurisprudencia véase lo que *infra* se señala en el texto.

para ordenar determinadas actividades privadas y no, en cambio, para sancionar los correspondientes comportamientos desviados²⁰.

No se ignora desde luego que, como antes se ha recordado, el citado art. 139 LRRL contempla la posibilidad de los Ayuntamientos de tipificar infracciones y sanciones para la adecuada ordenación de dos materias: *i*) “relaciones de vecindad”; y *ii*) “uso de los servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos”. Una precisión realmente significada, como ha de verse, pero que lamentablemente ha pasado por lo común inadvertida, pues, según se ha observado, todas las miradas se han puesto hasta ahora en la nueva potestad de los Ayuntamientos para tipificar infracciones y sanciones, y no, en cambio, como es lo razonable, en su círculo de competencias locales sustantivas.

De hecho, en lo que conozco, todas las Sentencias que han abordado este mismo núcleo de problemas lo han hecho, en efecto, fijándose exclusivamente en ver si la Ordenanza en cada caso cuestionada cumplía o no con las exigencias del principio de legalidad en materia sancionadora del art. 25.1 CE. Sirva de ejemplo la Sentencia del Tsj de Cataluña de 29 de marzo de 2009, cuando, a propósito de la impugnación de la Ordenanza de Convivencia de Barcelona, que ya conocemos, y luego de un larguísimo razonamiento, acaba negando que el Ayuntamiento sea incompetente para aprobarla, simplemente porque la misma “se ajusta a los parámetros legales y jurisprudenciales del principio de legalidad constitucionalmente consagrado en materia administrativa sancionadora, de acuerdo con las modulaciones que los Tribunales, primero, y el legislador, después, han introducido en el referido postulado constitucional a fin de hacerlo compatible

(20) Un déficit realmente muy difícil de explicar y sobre el que certeramente el Tribunal Constitucional había ya alertado al advertir que “la mera atribución por ley de competencias a los Municipios [...] no contiene en sí la autorización para que cada Municipio tipifique por completo y según su propio criterio las infracciones y sanciones administrativas en aquellas materias atribuidas a su competencia. No hay correspondencia, por tanto, entre la facultad [municipal] de regulación de un ámbito material de interés local y el poder para establecer cuándo y cómo el incumplimiento de una obligación impuesta por ordenanza municipal puede o debe ser castigada” (STC 132/2001 de 8 de junio, Fj 6).

con el principio de autonomía local consagrado también en la Norma Fundamental”.

O también él de la Sentencia del Tsj de Castilla y León (Sala de Valladolid) de 15 de diciembre de 2006, y que, en similares términos, rechaza la tacha de nulidad de la Ordenanza de Convivencia de Valladolid denunciada en el recurso por considerar al cabo que “el art. 139 de la citada LRBRL aporta la necesaria cobertura legal sancionadora”.

De modo que al final los árboles no dejan ver el bosque y el problema de la competencia de los Ayuntamientos para ordenar la convivencia ciudadana y, en particular, para ordenar determinados comportamientos personales sigue viviendo plácidamente entre las paredes de la potestad local para tipificar infracciones y sanciones.

Sin perjuicio de que luego diré algo más al respecto, adelanto ya en cualquier caso que, en mi opinión, las precisiones materiales del art. 139 LRBRL no son ningún título válido de atribución de nuevas competencias locales. Por lo pronto, es llano que “las relaciones de convivencia de interés local” es un concepto tan sumamente amplio y susceptible, en consecuencia, de albergar tantas hipótesis que, sin las debidas matizaciones, acaba apretando más bien poco, pues es difícil imaginar una norma que no tenga algo que ver, siquiera sea indirectamente, con las relaciones de convivencia. El Tribunal Supremo se ha dado cuenta también de esta dificultad y, por esta razón, se ha cuidado de advertir que “los criterios utilizados por el legislador en el art. 139 LRBRL remiten a bienes jurídicos de considerable extensión”. De ahí precisamente que a reglón seguido haya declarado también que “los conceptos a cuya protección remite el [citado] precepto legal deberán ser objeto de interpretación casuística en vía jurisdiccional, de forma que se pueda llegar al entendimiento de si, en cada caso, una determinada regulación municipal puede hallar encaje en los mismos” (Srs de 30 de noviembre de 2010).

Menor vigor tiene si cabe la mención al uso de los servicios y, en general, bienes y espacios públicos, salvo naturalmente que se considere, en contra de la doctrina del Tribunal Constitucional, que la titularidad local de esos bienes y servicios es, en sí misma, un criterio de atribución de competencias y, en consecuencia, que los Ayuntamientos son competentes para ordenar cualesquiera actividades privadas,

con tal que tengan algo que ver con un servicio, un bien o un espacio público de titularidad local²¹.

Si estas observaciones son correctas una conclusión salta inmediatamente a la vista: después de la citada Ley 50/2003, el fundamento competencial de este tipo de Ordenanzas municipales sigue prácticamente donde estaba hasta entonces, de manera que los Ayuntamientos serán competentes para sancionar el incumplimiento de las prohibiciones que han ideado en materia de convivencia ciudadana si antes lo son para ordenar jurídicamente la propia convivencia.

Antes de seguir adelante me parece oportuno precisar que no defiendo la incompetencia de los Ayuntamientos para mediar normativamente en este asunto de la convivencia ciudadana. Simplemente digo ahora que la cuestión competencial ha sido curiosamente la primera marginada en este debate sobre las Ordenanzas de convivencia. Y, en particular, que la Ley 57/2003 no atribuye a los Ayuntamientos competencias nuevas.

Por este motivo me parece mucho más sincera y, desde luego, interesante la propuesta formulada por el profesor Rebollo Puig²², que se ha preocupado por encontrar la imprescindible justificación competencial a este tipo de Ordenanzas municipales. Este autor, que parte de cuestionar que la cláusula general del art. 84 LRBRL sea suficiente para habilitar la competencia municipal para intervenir normativamente en la actividad de los ciudadanos²³, y que nota también la

(21) Aunque pensada primordialmente para definir las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, el Tribunal Constitucional ha afirmado efectivamente que “la titularidad del dominio público no es, en sí misma, un criterio de delimitación competencial” ni elimina tampoco “las competencias que sobre ese espacio corresponden a otros entes públicos que no ostentan esa titularidad” [STC 149/1991 de 14 de julio, FJ 1.c)]. Sobre esta jurisprudencia vid. Miguel CASINO RUBIO, “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas para la regulación de la propiedad privada y el régimen de los bienes demaniales y patrimoniales de las Administraciones públicas en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en *Derecho de los bienes públicos. Tomo I. Parte General* (dirs. Luciano PAREJO ALFONSO y Alberto PALOMAR OLMEDA), Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pp. 97 y ss.

(22) Manuel REBOLLO PUIG, “El art. 84 LRBRL”, en *Comentarios a la Ley Reguladora de las bases de Régimen Local*, Tomo II (dir. M. REBOLLO PUIG; coord. Manuel IZQUIERDO CARRASCO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 2153 y s.

(23) El citado art. 84 LRBRL establece que “las Corporaciones locales podrán interve-

fuerza de la opinión doctrinal que ha subrayado la singularidad de la potestad normativa local para alejarla de la potestad reglamentaria ejecutiva de la ley²⁴, pone certeramente el dedo en la llaga cuando se pregunta si efectivamente el principio de vinculación negativa²⁵ es el único límite que cabe oponer válidamente a la potestad normativa local, incluso cuando penetra en el ámbito de las materias reservadas constitucionalmente a la ley en sentido formal²⁶.

A poco que se observe muy difícil resulta no ver en buena parte de las prohibiciones que tipifican estas nuevas Ordenanzas de convivencia comprometido el ejercicio de determinados derechos y libertades individuales. Es el caso señaladamente de la prohibición de ejercer la mendicidad o la prostitución en la vía pública²⁷. Pero también él de la prohibición de pasear en bikini o con el torso desnudo o, en fin, él de la prohibición de vestir determinadas prendas vinculadas a

nir la actividad de los ciudadanos a través de los siguientes medios: a) ordenanzas y bandos; b) sometimiento a previa licencia y otros actos de control previo; y c) órdenes individuales constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo”.

(24) Sobre esta cuestión, entre otros, Luciano PAREJO ALFONSO, *La potestad normativa local*, Marcial Pons, Madrid, 1998; Alfredo GALÁN GALÁN, *La potestad normativa autónoma local*, Atelier, Barcelona, 2001; Antonio EMBID IRUJO, “Ordenanzas y reglamentos municipales”, en *Tratado de Derecho municipal*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2003; Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo II, Iustel, Madrid, 2005; y Francisco VELASCO CABALLERO, *Derecho local. Sistema de fuentes*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

(25) Últimamente, al respecto, Alfredo GALÁN GALÁN, “La consolidación del principio de vinculación negativa en el ámbito local”, en *Revista Electrónica CEMCI*, núm. 8, 2010.

(26) Manuel REBOLLO PUIG, “El art. 84 LRRL”, en *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, cit., p. 2181, en donde se cuestiona “si ese poder normativo local, sin necesidad de ley específicamente habilitante ni de regulación material que desarrollar, cabe en cualquier materia y con cualquier contenido, salvo que vulnere una ley. Porque afirmar que los reglamentos locales no precisan siempre e ineludiblemente una habilitación legal específica no significa que no la necesiten nunca”. Para seguidamente añadir que “lo que interesa saber es si [las Ordenanzas] tampoco necesitan una ley específica para intervenir o limitar la actividad privada de los ciudadanos ni siquiera cuando afecte a sus derechos, incluso a los reservados a la ley por la Constitución” (*Ibidem*, p. 2182).

(27) A propósito de la prostitución, véase Ricard GRACIA RETORTILLO, “Convivencia ciudadana, prostitución y potestad sancionadora municipal. El caso de Barcelona”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 17 (2008), pp. 99 y ss.

ciertas creencias religiosas²⁸. La conexión a simple vista de estas prohibiciones con el derecho fundamental a la libertad individual del art. 17.1, en relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad que garantiza el art. 10.1 CE, y con la libertad religiosa del art. 16 CE parece evidente y justifica de sobra la pregunta de si efectivamente tales conductas individuales pueden ser prohibidas por simple Ordenanza municipal o, por el contrario, solo el legislador orgánico puede hacerlo²⁹.

En las contadas ocasiones que una cuestión de este tipo ha llegado a los Tribunales, nuestra jurisprudencia la ha despachado por lo común sin mayor preocupación. Sirva de ejemplo la citada Sentencia del Tsj de Cataluña de 26 de marzo de 2009, que niega que la Ordenanza de Barcelona impugnada vulnere la reserva de ley orgánica en materia de derechos fundamentales, puesto que “una ordenanza sí puede incidir en la regulación municipal de los derechos fundamentales y libertades públicas, ya que el criterio general es que puede regular materias accesorias de esos derechos fundamentales [...]”.

Esta declaración judicial, hasta donde concluye que las ordenanzas municipales pueden colaborar con el legislador orgánico en la determinación normativa de aspectos meramente adjetivos del correspondiente derecho fundamental me parece irrefutable³⁰. Mucho

(28) Sobre la prohibición del uso de símbolos y prendas religiosas vid. últimamente, por todos, LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, “Símbolos religiosos en actos y espacios públicos”, *El Cronista*, núm. 16, 2010, pp. 54 y ss.

(29) Sobre el derecho a la libertad personal, en su dimensión de derecho a la autodeterminación de la propia conducta lícita, por todos, JOAQUÍN GARCÍA MORILLO, *El derecho a la libertad personal*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1995; y LUCIANO PAREJO ALFONSO, *Seguridad pública y policía administrativa de seguridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, en especial pp. 28 y ss. Sobre el principio general de libertad que toma pie en el preámbulo y en los arts. 1.1 y 10.1 CE, y la consecuente necesidad de que cualquier limitación a la libertad se fundamente en una ley previa véanse, entre otros, JAVIER JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 35 y ss.; y MARGARITA BELADIEZ ROJO, “La vinculación de la Administración al Derecho”, *RAP*, núm. 153 (2000), pp. 315 y ss.

(30) Como recuerda entre otras la STC 101/1991, de 13 de mayo, con cita de otras muchas resoluciones del Tribunal, la reserva de ley orgánica en materia de desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 81 CE) comprende “las normas que establezcan restricciones de esos derechos y libertades o las desarrollen de modo

más difícil es, sin embargo, poder compartir la conclusión de que la prohibición de la prostitución, la mendicidad o las reglas sobre la vestimenta de los ciudadanos sean, como afirma la citada Sentencia, una cuestión simplemente “accesoria, accidental o circunstancial” de la libertad individual y religiosa. Sobre todo porque esta conclusión está formulada además en la Sentencia sin pararse a argumentarla.

La misma idea, razonada incluso *expressis verbis* en forma idéntica, luce igualmente en la reciente Sentencia del Tsj de Cataluña de 7 de junio de 2011, y que la utiliza ahora para negar que la prohibición de usar el velo integral islámico introducida en 2010 en la Ordenanza de Civismo y Convivencia de Lleida de 2005 vulnere el derecho fundamental a la libertad religiosa. Sencillamente a juicio del Tribunal porque “el ocultamiento del rostro en la realización de actividades cotidianas produce perturbación en la tranquilidad [ciudadana]”.

En línea con esta forma de razonar, que pone el acento en la perturbación de la tranquilidad ciudadana, y habida cuenta en particular la discutida competencia municipal para intervenir por vía normativa en este asunto de la convivencia ciudadana, Rebollo Puig ha defendido que, sin perjuicio de otras habilitaciones legales expresas, la cláusula general de “policía” u “orden público” presta a este tipo

directo, en cuanto regulen aspectos consustanciales de los mismos, excluyendo, por tanto, aquellas otras que simplemente afecten a elementos no necesarios sin incidir directamente sobre su ámbito y límites [...]. De manera que “las peculiaridades de la Ley Orgánica [...] en modo alguno justifican el que, respecto a este tipo de fuente, se hayan de considerar alteradas las relaciones entre Ley y Reglamento ejecutivo, siendo, por ello, constitucionalmente legítimo que el legislador orgánico remita al Reglamento para completar el desarrollo normativo de las materias reservadas al mismo, lo cual en muchos casos será obligado y necesario, ya que no hay Ley en la que se pueda dar entrada a todos los problemas imaginables, muchos de los cuales podrán tener solución particular y derivada en normas reglamentarias”. Lo que no significa, no obstante, que esa remisión a la regulación reglamentaria “sea, en todo caso, constitucionalmente legítima, abstracción hecha de los términos en que se realice, puesto que, muy al contrario, es preciso que la delegación se formule en condiciones que no contraríen materialmente la finalidad de la reserva, de la cual se derivan, según la STC 83/1984, ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que pueden resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley”.

de Ordenanzas municipales la necesaria habilitación legal, de modo que los Ayuntamientos pueden dictar, “sin necesidad de ningún otro fundamento legal, las ordenanzas y órdenes individuales que sean necesarias para mantener y conservar el orden público”³¹.

Reconozco que esta tesis, sobre la que el propio autor ya había razonado antes con su habitual acierto³², es ciertamente sugerente y admito también que vale para explicar la potestad de los Ayuntamientos para, mediante órdenes individuales o resoluciones administrativas, salir al paso de determinadas perturbaciones de la tranquilidad y convivencia ciudadanas. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1990 que más arriba he recordado me parece que es un buen testimonio de esa concepción del orden público. Sin embargo, y aquí radica el motivo de mi principal discrepancia, según yo lo entiendo y he razonado en otro lugar³³, el concepto de orden público remite a la comprobación de una muy cualificada situación de hecho y, en consecuencia, sólo autoriza, a diferencia de lo que permite la materia “seguridad pública” del art. 149.1.29 CE, la adopción de medidas de policía estrictamente administrativas o ejecutivas, nunca normativas. Si se prefiere, por decirlo en otras palabras, no dudo que efectivamente los Ayuntamientos, sin necesidad de contar con una habilitación legal específica, pueden adoptar las medidas y dictar las resoluciones que sean necesarias a fin de evitar que se produzca una perturbación del orden público o que, una vez alterado, permitan restablecerlo, y siempre naturalmente bajo la atenta mirada del principio de proporcionalidad. Lo que no tengo ya por seguro es que la cláusula de

(31) Manuel REBOLLO PUIG, *Comentarios...*, cit., pp. 2189 y ss.; la cita del texto está tomada de la página 2196.

(32) Manuel REBOLLO PUIG, “La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 54 (1999), pp. 247 y ss.

(33) Miguel CASINO RUBIO, “El orden y la seguridad pública y privada”, en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, tomo VII, “servicios públicos” (COORD. T. CANO CAMPOS), Iustel, Madrid, 2009, pp. 13 y ss. También en “Seguridad ciudadana y orden público”, en *Lecciones de Derecho Administrativo. Orden económico y sectores de referencia* (dir. LUCIANO PAREJO ALFONSO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 103 y ss.

orden público consienta la intervención municipal en la libertad y derechos de los ciudadanos por vía normativa.

Principalmente porque el orden público, según certeramente ya advirtiera Hauriou, no es en efecto un orden meramente formal susceptible de ser definido libremente por los poderes públicos, sino un estado de hecho opuesto al desorden, un estado en el que está ausente la perturbación³⁴. Por lo mismo, entre nosotros, Santamaría de Paredes dirá también por entonces que “no hay perturbación del orden público, sino cuando aquella vida normal y tranquila de la población se altera”³⁵. Esta es justo, además, la comprensión que hoy maneja una consolidada jurisprudencia, tanto ordinaria como constitucional, y que usualmente advierte de consuno que para activar la cláusula de orden público no bastan las meras sospechas, sino que es preciso siempre “una real alteración del orden [material]” (Sts de 25 de noviembre de 1996), entendiéndose por tal la “que impide el normal desarrollo de la convivencia ciudadana en aspectos que ponen en peligro la integridad de las personas o de los bienes” (Stc 59/1990 de 29 de marzo).

Por estas razones, como advierte la Stc 46/2001 de 15 de febrero, “el orden público no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos [que en su expresión máxima son ciertamente infinitos], porque en tal caso ella misma se convierte en el mayor peligro para el ejercicio de[l] derecho de libertad. Un entendimiento de la cláusula de orden público coherente con el principio general de libertad que informa el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales obliga a considerar que, como regla general, sólo cuando se ha acreditado [en la realidad] la existencia de un peligro cierto para la seguridad, la salud o la moralidad pública, tal como han de ser entendidos en una sociedad democrática, es pertinente invocar el orden público como límite al ejercicio [del correspondiente derecho fundamental]”.

(34) Maurice HAURIUO, *Précis de Droit administratif et Droit public*, Sirey, París, 1919, pp. 562-563.

(35) VICENTE SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho Administrativo: según sus principios generales y la legislación actual de España*, 8ª ed., Imprenta española, 1914, Madrid, p. 257.

Si estas precisiones son correctas no hay duda entonces de que la cláusula general de orden público pierde buena parte de su utilidad, porque no sirve ya para legitimar constitucionalmente este tipo de Ordenanzas municipales y, en especial, las prohibiciones fundadas en la protección del orden y la seguridad ciudadana o, si prefiere, en la prevención de los comportamientos que puedan alterar la pacífica convivencia, y que es confesadamente el principal objetivo de estas nuevas Ordenanzas. Un objetivo, debo precisar, seguramente irreprochable desde el punto de vista sustantivo, pero para el que, en lo que ahora más importa, no es fácil encontrar justificación competencial sin acabar pensando en la ordenación de la “seguridad pública” que el art. 149.1.29 CE atribuye en exclusiva al Estado.

Importa notar este extremo porque, en el estado actual de nuestro ordenamiento y jurisprudencia constitucional, el protagonismo local en la protección de personas y bienes y en el mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, y que es, según conviene en definirlo el Tribunal Constitucional, lo que significa el concepto constitucional de “seguridad pública” del art. 149.1.29 CE, según declaró la temprana STC 83/1982, y a la que luego han seguido simplemente todas las demás (Sstc 117/1984, 123/1984, 104/1989, 54/1990, 313/1994, 179/1998, 175/1999, 148/2000, 235/2001 y 154/2005), es ciertamente muy reducido³⁶.

Probablemente ese limitado papel de los Ayuntamientos en materia de seguridad pública y ciudadana deba ser corregido por vía legislativa, dando entrada entre nosotros al concepto de *sicurezza urbana* que tan bien conocen en Italia³⁷. Pero mientras esto sucede y en tanto

(36) Miguel CASINO RUBIO, “Las funciones de las Policías Locales en materia de seguridad y orden públicos en la Comunidad de Madrid”, en *Régimen de la policía local en el Derecho estatal y autonómico* (COORD. JAVIER BARCELONA LLOP), Bosch, Barcelona, 2003, pp. 339 y ss.

(37) El concepto de *sicurezza urbana* de acuerdo con la definición dada al mismo por el art. 1 del Decreto del Ministerio del Interior de 5 de agosto de 2008, dictado en ejecución del art. 6 del Decreto-Ley n. 92 de 23 de mayo de 2008, de medidas urgentes en materia de seguridad pública (luego convertido en Ley n. 125 de 24 de julio de 2008), y que ha sido repetidamente confirmado por la doctrina de la *Corte costituzionale* (últimamente, por todas, *Sentenza* N. 220/2010 de 21 de junio), refiere “*un bene*

el Tribunal Constitucional no perfile algo mejor su doctrina sobre los conceptos constitucionales de “seguridad pública”, “seguridad ciudadana” y “orden público”³⁸, no hay duda de que, al final, tampoco desde esta perspectiva las Ordenanzas de convivencia se justifican fácilmente. Salvo que se decida atajar por la calle de en medio y afirmar, como hace por ejemplo la Sentencia del Tsj de Cataluña de 23 de noviembre de 2009, que la competencia municipal para sancionar “los actos contrarios al orden y la seguridad ciudadana” o que produzcan “desórdenes y daños graves a personas y bienes de dominio público” prevista en los arts. 128 y 129 de la Carta Municipal de Barcelona, nada tiene que ver con la materia de “seguridad pública” de competencia exclusiva del Estado. Lisa y llanamente porque “la seguridad ciudadana, espacio de actividad propio de la policía administrativa, no puede ser identificada con la seguridad pública” (*sic*).

Sin embargo, en mi opinión, como las cosas no son tan simples, es preciso rebuscar algo más en el fundamento constitucional de este tipo de Ordenanzas de convivencia, que sorprendentemente han sido bien recibidas por la doctrina y jurisprudencia, pero que, según he tratado de demostrar, suscitan serias dudas que, además, las explica-

pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa, nell'ambito delle comunità locali, del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità nei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale”. Sobre esta materia existe en Italia una abundante bibliografía. En cualquier caso, entre otros, vid. Luciano VANDELLI, *I poteri del sindaco in materia di ordine e sicurezza pubblica nel nuovo art. 54 del TUEL*, en *Atti della Giornata di studio “Nuovi orizzonti della sicurezza urbana dopo la legge 24 luglio 2008, n. 125 e il decreto del Ministro dell'interno”*, Bononia University Press, Bologna, 2009, pp. 51 y ss.; Tommaso F. GIUPPONI, “Sicurezza urbana e ordinamento costituzionale”, *Le Regioni*, núms. 1-2, 2010, pp. 49 y ss.; Giuseppe TROPEA, “La sicurezza urbana, le ronde e il disagio (sociale) della Corte”, *Diritto Amministrativo*, núm. 1, 2011, pp. 55 y ss.; y el volumen colectivo de la Fundación ASTRID, *La sicurezza urbana* (coord. Alessandro PAJNO), Maggioli, Rimini, 2010.

(38) Una tarea reconocidamente nada sencilla y que, de hecho, está salpicada de declaraciones constitucionales que dificultan su comprensión, según he razonado en otro lugar (*Seguridad pública y Constitución*, pendiente de enviar a imprenta). Por cierto, la misma o mayor confusión luce también en la jurisprudencia de la *Corte costituzionale* según lo prueba la, a mi juicio, sorprendente *Sentenza* N. 21/2010, de 25 de enero. Un comentario a la misma puede verse en Tommaso F. GIUPPONI, “Nascita e trasfigurazione di una materia trasversale: il caso della ‘sicurezza’ (nota a Corte costituzionale, *Sentenza* n. 21/2010)”, *Le Regioni*, núm. 5, 2010, pp. 1118 y ss.

ciones más habituales no logran aclarar por completo. En cualquier caso, demasiados interrogantes para una cuestión jurídicamente muy significada, en la que están comprometidos bienes y valores constitucionales de primer orden, y que resulta bastante discutible en efecto, y a la que, por lo mismo, es fácil pronosticar un futuro incierto y controvertido.

The Conflict between Liberty and Security in the United Kingdom since 9.11

Sebastian Payne

Abstract

Questo articolo analizza alcune delle risposte legislative che sono state formulate nel Regno Unito sulla scia degli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001, nonché la giurisprudenza emersa in merito a tali misure straordinarie. Le leggi e i casi proposti evidenziano il conflitto con la libertà determinatosi a seguito dell'adozione di queste misure. È stato analizzato l'Anti-terrorism, Crime and Security Act del 2001. Si esaminano due casi concreti: il primo caso riguarda la detenzione a tempo indeterminato senza processo presso il carcere di Belmarsh; il secondo caso riguarda l'ammissibilità di prove ottenute attraverso la tortura. Sono anche brevemente analizzati i "Control Orders". Sono inoltre analizzate la sentenza della Corte d'Appello Binyam Mohamed, che riguarda la divulgazione di informazioni sensibili relative alla sicurezza e la proposta del Governo nel suo Libro verde "Justice and Security" di rendere possibile in tutti i procedimenti civili tenere udienze a porte chiuse quando siano affrontate questioni relative alla sicurezza.

1. Introduction

Ten year after the events of 9.11 in the USA is an appropriate time to reflect on the impact to liberty of governmental reactions to those events. A constant refrain of government and the courts when addressing these issues and commentators more generally is the need to "strike the right balance between security and liberty". "Striking the right balance" is in one sense a reasonable term in that it reflects a serious and practical matter, namely, that government has to try and keep its people secure without turning the country into an authoritarian state which has undermined the rule of law and individual liberty. Nonetheless, the term tells us nothing about how that balance should be struck, nor does it establish what priority or weight the competing

considerations or values ought to have. It is also evident that when supposedly 'striking a balance' the term 'security' is used as a means to add credibility to a particular set of proposals. For instance, the UK Government states in its recent Greenpaper, "The first duty of government is to safeguard our national security"¹ and this assertion is used to indicate that all our liberties are dependent on this security, ergo, the security measures are justified.

This article aims to identify some of the conflicts between liberty and security that have arisen as a result of the government's security related measures in the last ten years and the response of the courts to those measures. This has to be assessed in the context of the UK constitution and the structural strengths and weaknesses that the constitution possesses. The absence of a written constitution gives ultimate legislative authority to Acts of Parliament. The Human Rights Act 1998 introduced into domestic law for the first time the European Convention on Human Rights. Because of the dualist position the UK takes with regard to international treaties, the Convention only became binding on domestic courts in 2000 when the Human Rights Act took effect. The Human Rights Act does not give the courts the power to strike down primary legislation made by Parliament. Instead, the Act gives the courts the power to identify or declare whether the primary legislation is compatible or not with the Convention rights that the UK has ratified. Although not directly rendering primary legislation invalid, declarations of incompatibility by the courts have led governments to change offending legislation, albeit in the security field with legislation that also offends those rights but in a slightly different way. Other important structural features that should be borne in mind are that the Westminster style of government means that the executive controls the majority in the lower chamber (the House of Commons) as this is a precondition for forming a government, and that the executive has the legislative authority through the Parliament Acts 1911 and 1949 to over-ride a legislative veto of the upper chamber (the House of Lords). The significance of this is both simple and reflected

(1) *Justice and Security, Cm 8194* (London: HMSO October 2011) at page XI.

in the course of events. In a strict separation of powers, the legislature would act as a check on the executive. In the UK, contentious legislation of the sort this article will be considering, has been subject to vigorous criticism in both chambers of each House and also by the Select Committees that have scrutinised the legislative proposals. Ultimately, the government has been able to enforce its will and pass its legislation². One consequence of the executive's dominance in the legislature is to have shifted challenges to retrospective ones, namely challenges through the courts once the legislation has been enacted. Those challenges have to be brought by affected individuals and fall within specific human rights breaches of the European Convention. Such challenges are much narrower than debates that question the good sense or desirability of proposed measures, in other words, the sort of arguments that should prevail when the policy is being debated in the context of legislative proposals.

2. The Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001

The UK Government's legislative response to the events of 9.11 was to introduce in Parliament the Anti-terrorism, Crime and Security Bill. It should be noted that the UK had prior to 2001 an extensive set of legislative provisions relating to terrorism. This was due to the UK's long history of attempting to combat Irish republican terrorism and the terrorism spawned in opposition to it. Indeed in 2000 an extensive Terrorism Act had been passed extending the definition of terrorism and the battery of powers that the government had at its disposal such as the power to detain under Schedule 8 of that Act and the power to arrest without warrant under Section 4(1). Similarly, the Regulation of Investigatory Powers Act 2000 reviewed and considerably enhanced powers of surveillance of suspects, powers that could be used by both the police and the intelligence and security services³.

(2) Although in one celebrated if untypical episode on the 9th of November 2005 the government was defeated in the House of Commons in its attempt to extend detention without charge of terrorist suspects from 28 to 90 days.

(3) A review of this legislation can be found in C. WALKER, *Blackstone's Guide to the Anti-Terrorism Legislation*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

The Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 (hereafter referred to as the Anti-terrorism Act 2001) is an omnibus act that covers diverse areas. Notwithstanding that it was highly contentious and vigorously opposed by many parliamentarians and all the major civil liberty and human rights organisations it was rushed through all its stages in Parliament in just three weeks. Alongside provisions for the detention of suspected international terrorists it is noteworthy that the government took advantage of the perceived emergency to push through a whole range of measures that had met with resistance in the past. For instance, with regard to retention of communication data, the 2001 Act enlarged the powers of government, notably the intelligence and security services and the police, to track the source, location and destination of *all* communications, mainly but not exclusively, electronic and telephonic communications⁴. Part XIII of the Act allowed the co-option by ministerial order of measures adopted under Title VI of the Treaty of European Union relating to police and judicial co-operation in criminal matters. This legislative device, called a Henry VIII clause, effectively by-passes the requirement to put the changes of law into primary legislation made by Parliament. The government tried to suggest it was just regularising an existing procedure relating to Community law obligations under Section 2(2) of the European Communities Act 1972. This was certainly not the view taken by the House of Lords Select Committee on Delegated Powers and Regulatory Reform which stated,

the fundamental issue ... is whether this procedure, which currently applies to economic and regulatory measures, should also apply to the most sensitive areas of policing and criminal justice, with the potential to impinge on individual rights and liberties. Such measures were undoubtedly not contemplated when the 1972 Act procedure was approved by Parliament⁵.

A third strand in the Anti-terrorism Act 2001, powers to disclose information held by public authorities, again demonstrates how a per-

(4) See Part XI, sections 102-107 of the Anti-terrorism Act 2001.

(5) House of Lords Select Committee on Delegated Powers and Regulatory Reform, *7th Report*, Hl. (Session 2001-2002) at paragraph 7.

ceived crisis can be exploited to extend state powers at the expense of civil liberties. Part III of the Act gives public authorities the powers to disclose information for the purpose of “any criminal investigation whatever”⁶, “any criminal proceedings whatever”⁷ and the “initiation or bringing to an end of any such investigation or proceedings”⁸. It is plainly obvious that these powers are not limited to terrorism. The Government had already tried to introduce similar measures in the Criminal Justice and Police Bill 2001 and had retreated on this⁹. The Anti-terrorism Act 2001 gives the Government and public authorities very wide powers to disclose information on individuals and organisations. Schedule 4 of the Act lists a vast array of existing statutory powers to collect information that these new powers permit disclosure of. The surveillance and intrusion of privacy that these combined powers create is very sinister given that the information is collected on the whole population in the course of everyday life and citizens interactions with the state. These provisions were strongly criticised by the Joint Committee on Human Rights. The Government by way of concession introduced a subsection into the Bill stating that a public authority could only make a disclosure of information if it was satisfied that that the disclosure was “proportionate to what is sought to be achieved”¹⁰. The Joint Committee was not impressed by the concession stating that it did not meet their fundamental concerns in relation to the “sharing of information between agencies for the purposes of an unlimited range of criminal investigations including potential investigations by foreign agencies”¹¹. The Joint Committee also thought that the disclosure powers would violate the right to respect for a

(6) Section 17 (2) (a) Anti-terrorism Act 2001.

(7) Section 17 (2) (b).

(8) Section 17 (2) (c).

(9) Joint Committee on Human Rights. 2nd Report, *Anti-terrorism, Crime and Security Bill*. HL 337 Hc 372 (Session 2001-2002) at paragraph 53.

(10) Section 17 (5) Anti-terrorism Act 2001.

(11) Joint Committee on Human Rights. 5th Report, *Anti-terrorism, Crime and Security Bill: Further Report*. HL 51 Hc 420 (Session 2001-2002) at paragraph 24.

private life under Article 8 of the European Convention as a consequence of the “range of offences covered, and the lack of statutory criteria to guide decisions and the lack of procedural guidelines to be followed”¹².

3. Part IV of the Anti-terrorism Act 2001: Immigration and Asylum

Part IV of the Act attracted the most publicity and criticism during the passage of the Bill through Parliament. It was entirely predictable that it would be subject to challenge in the courts. This part of the Act was disingenuously called ‘Immigration and Asylum’ whereas its true purpose was detention, deportation and the curtailing of asylum claims. For instance, the Home Secretary is empowered to exclude asylum claims where he certifies that the individual’s removal is for the public good and the person in question is not covered by the 1951 Refugee Convention¹³. The most alarming aspect of Part IV was the creation of indefinite detention without trial of individuals certified by the Home Secretary as international terrorists. The defining feature of those powers under Part IV was that they applied only to non-British nationals who were subject to immigration controls. The suspected international terrorists were not subjected to criminal charges in the classic sense of the term, namely charged with specified criminal offences which are tested in an open court in front of a judge and jury under the normal rules of evidence and burden and standard of proof: where the burden of proof is on the prosecution throughout the case and the standard of proof is whether the accused is guilty beyond all reasonable doubt. Under the new arrangements, the absence of a criminal trial was presumably motivated by the wish to detain those against whom there was no hard evidence of any specific criminal wrongdoing or because the intelligence and security services wish to conceal their sources and information or both. At the heart of the material to be used against individuals will be secret intelligence and security assessments of an individual’s alleged involvement with an

(12) *Ibid.* at paragraph 24.

(13) Section 33 Anti-terrorism Act 2001.

organisation. The assessment may be partial, speculative and subject to elements of hearsay that would be inadmissible in a criminal trial on the basis that they are prejudicial without being probative. Such overall assessments would, even if admissible in a criminal trial, most likely fail to attain the requisite standard of proof (even if individual pieces of evidence were probative) and indeed the assessment might fail to even identify a plot or specific set of actions pointing to a crime. Sections 21-23 of the Act gave the Home Secretary the powers referred to above, to certify and detain an individual that he suspected of involvement with international terrorism¹⁴.

Under Section 21(2) a terrorist was defined as a person who is or has been concerned in the commission, preparation or instigation of acts of international terrorism or is a member of or belongs to an international terrorist group or has links with an international terrorist group. A 'link' with a group only occurred if the named individual supported or assisted the group¹⁵. Terrorism as a term was given¹⁶ the expansive meaning created by Section 1(1) of the Terrorism Act 2000, that is: use or threat of action designed to influence the government or intimidate the public or a section of the public made for the purpose of advancing a political, religious or ideological cause.

Another defining feature of the group potentially subject to this indefinite detention procedure was that the Home Secretary would ordinarily have deported the individuals but could not, either because there was no country that would accept them or that the country that it would have been possible to deport them to might torture them. A legal challenge to the certification was subject to stringent limiting factors and procedures. A challenge to certification could only be made to the Special Immigration Appeals Commission (SIAC)¹⁷, a special tribunal which deals with sensitive security related matters

(14) The certificate may be issued if the Home Secretary reasonably believes that the person's presence in the UK is a risk to national security and suspects that the person is a terrorist. See Section 21 (a) and (b) Anti-terrorism Act 2001.

(15) Section 21 (4) Anti-terrorism Act 2001.

(16) Section 21 (5) Anti-terrorism Act 2001.

(17) Section 25 Anti-terrorism Act 2001.

that touch on those subject to immigration controls and are therefore potentially liable to deportation. SIAC had to cancel the certificate if it considered that there were no reasonable grounds for a belief or suspicion in involvement or links with international terrorist activity¹⁸ or it considered that for some other reasons the certificate should not have been issued¹⁹. There was to be a SIAC review of each certificate after the first six months of certification²⁰ and then at three monthly intervals²¹. The Act excluded judicial review or a writ of habeas corpus²². Section 21(8) of the Act specified that a legal challenge was limited to the provisions of Section 25 or 26; these required that challenges were only made to SIAC; thereafter there could be an appeal to the Court of Appeal but limited to a challenge on a point of law²³. SIAC was established by the Special Immigration Appeals Commission Act 1997. It is clearly an improvement on its forerunner, an Advisory Panel which the European Court of Human Rights had determined was not a court within the meaning of Article 5(4) of the Convention²⁴. SIAC has been described as, “the latest attempt to solve the perennial problem of squaring procedural safeguards for the individual with the national security interests of the State”²⁵. The extension of SIAC’s remit to deal with the Anti-terrorism Act 2001 detention cases led to SIAC being subjected to scrutiny as to its function and criticism as to the fairness of its procedures in particular the role of the special advocates and the lack of information supplied to detainees with regard to the substance of the secret case against them²⁶.

(18) Section 25 (2) (a) Anti-terrorism Act 2001.

(19) Section 25 (2) (b) Anti-terrorism Act 2001.

(20) Section 26 (1) Anti-terrorism Act 2001.

(21) Section 26 (3) Anti-terrorism Act 2001.

(22) An ancient right of challenge in the courts against unlawful detention.

(23) Section 27 (1) (b) Anti-terrorism Act 2001.

(24) *Chahal v UK* (1996) 23 EHRR 413 at paragraph 130.

(25) C. WALKER, *Blackstone’s Guide to the Anti-Terrorism Legislation*, Oxford, Oxford University Press, 2002 at page 223.

(26) See the House of Commons Constitutional Affairs Select Committee, 7th Report, *The operation of the Special Immigration Appeals Commission (SIAC) and the use of Special Advocates*. HC 323-1 (Session 2004-2005).

It is hardly surprising that the whole apparatus of indefinite detention, being a radical departure from the normal standards of justice, would be in breach of Article 5 of the European Convention, namely that everyone has the right to liberty and security of person. Nor would any of the permitted grounds under Article 5 of depriving an individual of his liberty apply to a scheme of indefinite detention without trial. Bearing in mind that to deport a person to a country where they might be tortured is a breach of Article 3 of the European Convention and that that article is non-derogable, the UK Government had three options: abandon the proposed scheme; withdraw from the Convention and attempt to re-enter with a Reservation against Article 3 or derogate from Article 5. The Government chose to derogate from Article 5 which is permitted under Article 15 which states that, "In time of war or other public emergency threatening the life of the nation", the country in question may take measures derogating from an obligation but only "to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law".

Because the obligations under the Convention had been enshrined in domestic law, the Human Rights Act 1998, to derogate the UK Government had to both comply with the Council of Europe requirements and produce a domestic measure to make the derogation effective in UK law. The Government produced an Order in Council to give effect to the derogation²⁷. The Derogation Order specified that the matter in issue was the "extended power to arrest and detain a foreign national" under the Anti-terrorism Act 2001²⁸.

There was immediate criticism of the Derogation Order. The organisation *Liberty* stated that there was "no imminent threat of the complete breakdown of the civil society in the UK". *Liberty* also pointed that of the "forty or so countries signed up to the Convention we are the

(27) The Human Rights Act 1998 (Designated Derogation) Order 2001, Statutory Instrument 2001 (No 3644).

(28) *Ibid.*

only country indicating that we want to opt out”²⁹. Of course, were the conditions of derogation not met this would provide a ground for challenge on a point of law quite apart from any appeal to SIAC against individual certification. Such an appeal could go from SIAC, to the Court of Appeal and on to the highest court, the House of Lords.

4. *The Belmarsh Case: A and others v Secretary of State for the Home Department*³⁰

This case has been described by an eminent public lawyer as, “widely regarded as being one of the most constitutionally significant ever decided by the House of Lords, as evidenced by the fact that it was heard by an unprecedented panel of nine judges rather than the usual five”³¹.

The nine non-British nationals who were detained under Part IV of the Anti-terrorism Act 2001 appealed to SIAC challenging the lawfulness of the scheme of detention (this challenge is to be distinguished from appeals against individual certification). In issue was whether the derogation was justified or not and whether the scheme of indefinite detention was consistent with Convention rights. SIAC had concluded that there was a public emergency threatening the life of the nation which entitled the Government to derogate under Article 15 from its obligations to the extent strictly required by the exigencies of the situation³². But SIAC quashed the 2001 Derogation Order and granted a declaration that Section 23 of the Anti-terrorism Act 2001 was incompatible with Articles 5 and 14 of the European Convention. The reason for this incompatibility was that the scheme was discriminatory because there were British nationals who posed a similar risk but who could not be detained in a similar fashion as the Act made no provision for this. The Court of Appeal reversed this

(29) *Anti-Terrorism, Crime and Security Bill: Briefing For The Second Reading In The House of Commons*. Liberty, London, November 2001.

(30) *A v Secretary of State for the Home Department (HL(E))* [2005] 2 AC 68.

(31) M. LOUGHLIN, *A v Secretary of State for the Home Department, Introduction*, *Modern Law Review*, Oxford, (2005) 68 (4) MLR 654-680 at 654.

(32) *A v Secretary of State for the Home Department (HL(E))* [2005] 2 AC 68, at page 68.

decision³³. Before the House of Lords the appellants (i.e. the detainees) argued, inter alia, that the characteristics of a public emergency threatening the life of the nation, “are that (a) the state of affairs relied on is temporary and exceptional (b) the circumstances are grave enough to threaten the organised life of the entire community (c) the emergency is actual or imminent in that the threatened danger is about to occur and (d) the threat is to the life of the nation that seeks to derogate”³⁴. Since those characteristics were not present the threshold for derogation was not met under Article 15³⁵. It was further argued that even if there were an emergency the scheme of executive indefinite detention without trial of foreign nationals was not strictly required by the exigencies of the situation³⁶. The test failed the proportionality test because there was not a rational link between the objective and the means employed³⁷. It was argued on behalf of *Liberty*, that the scheme failed on grounds of proportionality because it excluded those who constituted a risk (i.e. British nationals)³⁸ and, “In applying only to non-nationals the measures are under-inclusive, in that they do not meet the perceived threat; and they are over-inclusive in that they include those non-nationals who, although suspected of international terrorism and irremovable (See *Chahal v United Kingdom* 23 EHRR 413) do not represent a threat to the United Kingdom interests”³⁹. Counsel for *Liberty* added that there had been no derogation from Article 14, the article on non-discrimination. On an important constitutional point, it was submitted that, “the only proper justification for the courts declining to decide an issue is the relative institutional competence of the different branches of the state” where the executive but not the court has

(33) Ibid.

(34) Ibid., page 74 at H, Ben Emmerson Qc.

(35) Ibid., page 75 at A.

(36) Ibid., page 75 at E.

(37) Ibid., page 75 at F.

(38) Ibid., page 81 at F, David Pannick Qc.

(39) Ibid., page 82 at H.

the benefit of specific advice and expertise⁴⁰. “That does not apply to SIAC, which is a specialist tribunal with expertise in the relevant field or to the courts which have more expertise than the legislature or the executive on questions of due process, discrimination and proportionality”⁴¹. By contrast, the Attorney-General representing the Government argued that the Government was democratically accountable to Parliament and was responsible for the protection of the public and that assessing the risk to the public and formulating and implementing of protective measures was primarily for the Government and Parliament⁴². It was not for the court to substitute its view for that of the Government as to the effective measures to be taken⁴³. On the discrimination point the Attorney-General submitted that in the field of immigration control it was legitimate for the state to distinguish between United Kingdom nationals and others⁴⁴. The leading judgment is provided by Lord Bingham. With regard to whether the derogation met the conditions of a public emergency threatening the life of the nation, the court addressed a variety of factors before concluding that the conditions were met, and as indicated in the head note, “the absence of a specific threat of an immediate attack did not invalidate the assessment that there was a risk of a terrorist attack at some unspecified time”⁴⁵.

Lord Bingham stated that it had not been shown that SIAC and the Court of Appeal had misdirected themselves in accepting that there was a public emergency⁴⁶. His second reason was that the case law of the European Court of Human Rights on what constituted a public emergency would clearly encompass the factual scenario pertaining in the UK after the events of 9.11⁴⁷. On the third issue, relating to

(40) *Ibid.*, page 82 at D.

(41) *Ibid.*, page 82 at D.

(42) *Ibid.*, page 85 at A. Lord Goldsmith Qc.

(43) *Ibid.*, page 86 at D.

(44) *Ibid.*, page 86 at H.

(45) *Ibid.*, page 69 at A.

(46) *A v Secretary of State for the Home Department (Hi(E))* [2005] 2 Ac 68. Lord Bingham, paragraph 27.

(47) *Ibid.*, paragraph 28.

relative institutional competence (i.e. who should decide what), Lord Bingham stated that the more purely political a question is the more appropriate it is for political resolution rather than judicial. Similarly, the more the question was a legal one the greater the role of the court. Lord Bingham considered that the public emergency issue was very much a political question⁴⁸. The other judges agreed on this point apart from Lord Hoffman who dissented. Lord Hoffman thought that the Attorney-General's submissions and the judgments of SIAC treating "a threat of serious physical damage and loss of life as necessarily involving a threat to the life of the nation" showed a misunderstanding of what is meant by the term⁴⁹. In a turn of phrase that has been much quoted he stated,

The real threat to the life of the nation, in the sense of a people living in accordance with its traditional laws and political values, comes not from terrorism but from laws such as these. That is the true measure of what terrorism may achieve. It is for Parliament to decide whether to give the terrorists such a victory⁵⁰.

5. Proportionality

Lord Bingham accepted that the appellants were entitled to seek a review of proportionality and he firmly rebutted the Attorney-General's proposition that these were matters for the executive and not the courts. Lord Bingham stated that, "I do not in particular accept the distinction which he drew between democratic institutions and the courts... the function of independent judges charged to interpret and apply the law is universally recognised as a cardinal feature of the democratic state, a cornerstone of the rule of law itself"⁵¹. He went on to quote Professor Jowell who had said, "The courts are charged by Parliament with delineating the boundaries of a rights-based democracy"⁵².

(48) *Ibid.*, paragraph 29.

(49) *Ibid.*, Lord Hoffman at paragraph 95.

(50) *Ibid.*, Lord Hoffman at paragraph 97.

(51) *Ibid.*, Lord Bingham at paragraph 42.

(52) *Ibid.*, quoted at paragraph 42.

On the substance of the proportionality issue Lord Bingham accepted the argument of the appellants and their central complaint that, “the choice of an immigration measure to address a security problem had the inevitable result of failing adequately to address that problem (by allowing non-Uk suspected terrorists to leave the country with impunity and leaving British suspected terrorists at large) while imposing the severe penalty of indefinite detention on persons who, even if reasonably suspected of having links with Al-Qaeda, may harbour no hostile intention towards the United Kingdom”⁵³. Lord Bingham concluded that the Derogation Order and the Section 23 were disproportionate and that that such a conclusion was irresistible⁵⁴.

6. Discrimination and Article 14

The United Kingdom did not derogate from Article 14 of the European Convention on Human Rights and as Lord Bingham indicated, “The foreign nationality of the appellants does not preclude them from claiming the protection of their Convention rights”⁵⁵. Lord Bingham does not say that given the facts outlined with regard to lack of proportionality, discrimination clearly follows. Nonetheless, that is self evident and also implicit in his analysis. What Lord Bingham is at pains to point out is that the discrimination is not justified because the fundamental comparator for this particular policy should be the total class of people who pose a risk rather than distinguishing people on the grounds of their immigration status. In his judgment he states, “What has to be justified is not the measure in issue but the difference in treatment between one person and another. What cannot be justified here is the decision to detain one group of suspected international terrorists, defined by nationality or immigration status, and not another. To do so was a violation of Article 14”⁵⁶.

Lord Bingham and his fellow judges (Lord Walker dissenting) allowed

(53) *Ibid.*, Lord Bingham at paragraph 43.

(54) *Ibid.*

(55) *Ibid.*, paragraph 48.

(56) *Ibid.*, paragraph 68.

the appeals and quashed the Derogation Order. The court also issued a declaration under Section 4 of the Human Rights Act that Section 23 of the Anti-terrorism Act 2001 was incompatible with Article 5 and 14 of the ECHR in so far as it was disproportionate and permitted detention of suspected international terrorists in a way that discriminated on the grounds of nationality or immigration status⁵⁷.

7. *Comments on the Case*

Although one might have assumed that the decision of the House of Lords in this case would have been a cause for rejoicing amongst human rights lawyers the decision was subjected to criticism in some quarters. For instance, Tom Hickman described the approach of the court in accepting that there were valid grounds for designating a derogation on the basis of a public emergency as disappointing and that in particular “Lord Bingham’s approach essentially absolves the Government from advancing clear and convincing evidence to Parliament”⁵⁸. Hickman argues that all the steps of Lord Bingham’s reasoning were questionable and that he should not have applied the “extremely deferential Strasbourg case law on Article 15”⁵⁹. Hickman also criticises Lord Bingham for taking the view that the Government’s decision had to be shown to be wrong and unreasonable. Hickman suggests that the burden of proof should fall on the Government who “should be required to advance convincing evidence for derogating from its obligations to observe our human rights”⁶⁰.

By contrast David Dyzenhaus attacked Lord Hoffman’s approach in holding that there was no emergency that justified derogation⁶¹. Lord Hoffman’s apparent reliance on the common law and not providing a

(57) *Ibid.*, paragraph 73.

(58) T. HICKMAN, *Between Human Rights and the Rule of Law: Indefinite Detention and the Derogation Model of Constitutionalism* *Modern Law Review*, Oxford, (2005) 68 (4) MLR 655-668 at page 662.

(59) *Ibid.*, at page 663.

(60) *Ibid.*

(61) D. DYZENHAUS, *An Unfortunate Outburst of Anglo-Saxon Parochialism*, *Modern Law Review*, Oxford, (2005) 68 (4) MLR 673-676.

detailed analysis by way of the Human Rights Act and the European Convention was to be regarded as an “unfortunate outburst of Anglo-Saxon parochialism”⁶². Stephen Tierney comments on the light touch approach adopted by the Strasbourg court with regard to derogation and that the leeway accorded to democracies is based on “the presumption that within these states the designation decision [to derogate] will be subject to internal controls”⁶³.

Whatever the supposed imperfections of the judgments of the House of Lords (traditionally referred to as *opinions*) I would suggest that the decision taken as a whole constitutes a resounding rebuke to the executive for putting in place a scheme that was so far removed from the norms of justice. It is true that the decisions focus on proportionality and discrimination as the defects of the Government’s approach. Arguably, these were the most effective jurisprudential devices available to the court in rejecting the scheme. The courts are bound by prevailing norms to exercise a degree of restraint with regard to the will of Parliament and the Anti-terrorism Act 2001 was passed by Parliament embodying a belief that an emergency existed. Similarly, it is not easy for the courts to simply over-ride the executive’s assessments of security threats. It is wiser for the courts to deploy the legal devices that the executive and parliament have approved by way of the Human Rights Act 1998. In this fashion the court reached the right decision without appearing to over-step their authority relative to the other branches of government.

The *A* case ruling led to the Government abandoning the detention scheme embodied in Part IV of the Act. Since a declaration of incompatibility does not automatically render the domestic law invalid, the Government’s willingness to comply with the court’s declaration attests to the importance and weight of the judgments in this case. The fact that one would expect nothing less from the Government by way of respect and compliance should not lead one to overlook the existence of that respect.

(62) *Ibid.*, at page 673.

(63) S. TIERNEY, *Determining the State of Exception: What Role for Parliament and the Courts?* *Modern Law Review*, Oxford, (2005) 68 (4) MLR 668-672 at page 669.

8. *Control Orders*

The Prevention of Terrorism Act 2005 repealed⁶⁴ Sections 21-32 of the Anti-terrorism Act 2001. The later Act introduced control orders to replace the detention scheme. This article will not address the detail of the control order scheme other than to identify a few distinctive features. The control orders issued by the executive fall into two categories, derogating and non-derogating orders, the former being more restrictive. The Government has relied on non-derogating control orders but even those effect substantial restrictions and have been subject to criticism in the courts for being excessively restrictive⁶⁵. Section 1(4) of the Act provides for extensive restrictions on the individual. Although the individual is not detained in prison the conditions can be highly restrictive. In *Home Secretary v JJ*⁶⁶ Lord Bingham stated that an analogy with an open prison was apt. In this case the individual in question was subjected to an eighteen hour curfew requiring him to stay at home, wear an electronic tag, seek permission for any visitors and outside of the curfew period he was not permitted to go far from his home. The courts have dealt with a stream of control order cases and whether they breach Article 5 of the Convention⁶⁷.

More recently, the ruling in the AF (No 3)⁶⁸ case has led to a reconsideration of the viability of control orders from the point of view of the executive. The crucial point in that case was the absence of sufficient information provided to the 'controlee' so that he could challenge the basis of the control order. In *A v United Kingdom*⁶⁹ the European Court of Human Rights had ruled that whereas it was permissible to restrict the adversarial process on national security grounds, where disclosure was absent or lacking in substance there would be a breach of Article

(64) Prevention of Terrorism Act 2005 Section 16 (2) (a).

(65) C. WALKER, *Blackstone Guide to The Anti-Terrorism Legislation*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 2nd Edition, page 29.

(66) [2007] UKHL 45.

(67) For a careful review of the issues relating to control orders see C. WALKER cited at note 65 above, chapter 7.

(68) Secretary of State for the Home Department v AF and another [2009] UKHL 28.

(69) A v United Kingdom (App No 3455/05 19th February 2009).

6⁷⁰. The Strasbourg ruling led the House of Lords in the *AF* (No 3) case to rule that, “the controlee must be given sufficient information about the allegations against him to enable him to give effective instructions” to the special advocate in relation to those allegations⁷¹. In the Government’s recent Green Paper *Justice and Security*⁷² it states that as a result of the *AF* (No 3) case it faces a difficult choice, “as to how best to protect the public interest”⁷³. The Green Paper goes on to say that it will repeal the control order legislation and replace it with a new system of terrorism prevention and investigation measures (TPIM). It also adds that the disclosure requirements established in the *AF* (No 3) case will be applied to the new measures when they are introduced⁷⁴. It is clear that the decisions of the courts both in the UK and in Strasbourg have forced the Government to abandon two restrictive schemes that have breached the Convention⁷⁵.

9. *The A case No 2: and the Admissibility of Evidence Tainted by Torture*⁷⁶

The *A case* (No 2) is a continuation of the litigation in relation to the detainees held under Part IV of the Anti-terrorism Act 2001. The facts of the case are indicated in Lord Bingham’s judgment. The central question was whether SIAC, when hearing an appeal against certification and detention could “receive evidence which has or may have been procured by torture inflicted in order to obtain evidence, by officials of a foreign state without the complicity of the British authorities?”⁷⁷. In the case of one of the detainees it was alleged that the

(70) *Ibid.*, see paragraphs 205, 223 and 224.

(71) *Secretary of State for the Home Department v AF and another* [2009] UKHL 28 at paragraph 59.

(72) *Justice and Security* (October 2011 CM 8194 HMsO).

(73) *Ibid.*, page 54 at paragraph 2.

(74) *Ibid.*, page 54 at paragraph 4.

(75) At the time of writing the *Terrorism Prevention and Investigation Measures Bill 2011* is going through its stages in the House of Lords.

(76) *A and others v Secretary of State for the Home Department* (No 2) [2006] 2 AC 221.

(77) *Ibid.* Lord Bingham, paragraph 1 at A.

Home Secretary had relied upon evidence of a third party which had been extracted by torture by a foreign state. Should such evidence be admitted before SIAC? The appellants argued that it should not be admitted “relying on the common law of England, on the European Convention on Human Rights and on principles of public international law”⁷⁸. The respondent, the Secretary of State, agreed that this would be the correct answer where the torture had been inflicted by or with the complicity of the British authorities⁷⁹. The respondent went on to say that it was not his intention to “rely on, or present to SIAC or to the Administrative Court in relation to control orders, evidence which he knows or believes to have been obtained by a third country by torture”⁸⁰. Lord Bingham noted that such an intention was based on policy and not any acknowledged legal obligation and that such a policy could be altered by the Secretary of State⁸¹.

When the issues were heard before SIAC, on the central question, SIAC gave an affirmative answer, such evidence could be admitted and such third party conduct was relevant to the weight of the evidence but did not render it legally inadmissible⁸². The Court of Appeal went on to affirm that decision.

Seven Law Lords heard this appeal and they unanimously agreed that evidence, be it from a suspect or a witness, that had been obtained by torture was to be treated by the court as unfair, inherently unreliable and a transgression of ordinary standards of humanity and decency. Such evidence was also incompatible with the principles on which the courts should administer justice. Accordingly, such evidence could not lawfully be admitted against a party to a proceeding in a UK court regardless of who authorised or inflicted the torture⁸³.

(78) *Ibid.*

(79) *Ibid.*, paragraph 1 at B.

(80) *Ibid.*

(81) *Ibid.*, paragraph 1 at C.

(82) *Ibid.*, paragraph 8 at H.

(83) *A and others v Secretary of State for the Home Department (No 2)* [2006] 2 AC 221 at page 222.

The second aspect of this case is that whereas the courts cannot receive evidence obtained by torture what is the position of the Secretary of State? Is it improper for him to use this evidence in forming an opinion as to whether he should issue a certificate against a suspect? Here the court took the view that the Secretary of State did not act unlawfully if he used such evidence to form an opinion. For instance, Lord Hoffman stated,

It is not the function of the courts to place limits upon the information available to the Secretary of State, particularly when he is concerned with national security. Provided that he acts lawfully, he may read whatever he likes. In his dealings with foreign governments, the type of information that he is willing to receive and the questions that he asks or refrains from asking are his own affair. As I have said, there may be cases in which he is required to act urgently and cannot afford to be too nice in judging the methods by which the information has been obtained, although I suspect that such cases are less common in practice than in seminars on moral philosophy⁸⁴.

Although there is a difference of function between the executive and the judiciary the approach taken by Lord Hoffman throws up problems of principle, the most obvious being that if torture is morally wrong and taints the reliability of evidence and is a practice that should be stamped out, why should the 'evidence' be used at any stage at all? The second problem is that when the Home Secretary issues a certificate he is putting into effect the loss of liberty that is normally the function of a court. By acquiring this role it is arguable that he should be bound by judicial standards as he is weighing evidence with a view to depriving someone of their liberty. The third problem is the odd position of SIAC having to rule on certification whilst excluding evidence that the Home Secretary has been permitted to consider. How does SIAC assess the reasonableness of the Home Secretary's suspicion where they are excluding the very evidence that he is using to form his opinion?

(84) *Ibid.* Lord Hoffman, paragraph 93.

Be that as it may, the court also had to consider the issue of what the proper approach should be where there is uncertainty as to whether the evidence was obtained by torture or not. It was on this point that the court was split. The central problem here was that the detainee when appealing to SIAC would not have access to all the evidence as the secret material would be heard in a closed session albeit with the assistance of a special advocate. Lord Bingham dissented from the majority. After noting that, “The appellants contend that it is for a party seeking to adduce evidence to establish its admissibility if this is challenged. The Secretary of State submits that it is for a party seeking to challenge the admissibility of evidence to make good the factual grounds on which he bases his challenge”⁸⁵ he went on to observe that,

I do not for my part think that a conventional approach to the burden of proof is appropriate in a proceeding where the appellant may not know the name or identity of the author of an adverse statement relied on against him, may not see the statement or know what the statement says, may not be able to discuss the adverse evidence with the special advocate appointed (without responsibility) to represent his interests, and may have no means of knowing what witness he should call to rebut assertions of which he is unaware⁸⁶.

These observations make quite clear the substantial problems that exist if one bears in mind that the party in question may be innocent of wrong doing. Put another way, where the burden of proof is placed on the detainee the procedures before SIAC only work if one can assume the suspect’s guilt based on the suspicion of the Home Secretary, the very issue that SIAC is meant to be testing.

The test that Lord Bingham favoured was that it was for the appellant or his special advocate to advance a plausible reason why the evidence may have been procured by torture. It would then be for SIAC, with its expertise, to initiate or direct such inquiry “as is neces-

(85) *Ibid.* Lord Bingham at paragraph 54.

(86) *Ibid.* Lord Bingham at paragraph 55.

sary to enable it to form a fair judgment whether the evidence has, or whether there is a real risk that the evidence may have been obtained by torture or not”⁸⁷. Lord Bingham went on to say that if SIAC was unable to conclude that there is not a real risk that the evidence has been obtained by torture it should refuse to admit it. This was not the test adopted by the majority. Lord Hope, apparently relying on Article 15 of the Convention Against Torture stated that the test should be, “Is it established, by means of such diligent inquiries into the sources that it is practicable to carry out and on a balance of probabilities, that the information relied on by the Secretary of State was obtained under torture?”⁸⁸. If the answer is “yes”, then the evidence should be excluded. The majority ruling also included the view that where there was doubt as to whether the evidence had been obtained by torture or not, the evidence should be included. Lord Roger taking this approach stated, “SIAC can look at this statement but should bear its doubtful origins in mind when evaluating it”⁸⁹.

Lord Bingham in his judgment gives a devastating analysis of the shortcomings of the majority test on admissibility of evidence,

This is a test which, in the real world, can never be satisfied. The foreign torturer does not boast of his trade. The security services, as the Secretary of State has made clear, do not wish to imperil their relations with regimes where torture is practised. The special advocates have no means or resources to investigate. The detainee is in the dark. It is inconsistent with the most rudimentary notions of fairness to blindfold a man and then impose a standard which only the sighted could hope to meet⁹⁰.

This analysis speaks for itself with regard to the unfairness of the test applied by the majority.

(87) Ibid at paragraph 56.

(88) Ibid. Lord Hope at paragraph 121.

(89) Ibid. Lord Roger at paragraph 145.

(90) Ibid. Lord Bingham at paragraph 59.

10. *The Binyam Mohamed Saga*

There is a series of UK cases relating to Binyam Mohamed's attempts to have information disclosed that would go to show that he was systematically tortured by and at the behest of the US authorities whilst in captivity in the Americas, Pakistan, Afghanistan and Morocco. The evidence was needed by him for his defence to capital charges brought by the US. Binyam Mohamed wished to establish that the confessions that would be used against him in the capital charges were made as a result of lengthy torture. In this article I shall focus on the case in the Court of Appeal⁹¹. The judgments indicate the substance of the previous litigation. By the time that the Court of Appeal heard this case it was evident that a member of the UK Security Service, Agent B, had interviewed Binyam Mohamed whilst in captivity abroad and that the Security Service had supplied questions for his captors and interrogators to pose. At the heart of this appeal case is a protracted attempt by the Foreign Secretary to suppress seven paragraphs of the judgment of the court below, the Divisional Court. The Foreign Secretary had issued a Public Interest Immunity Certificate that stated that publication would lead to a real risk of serious harm to the national security of the UK⁹². The assertion was based on the so called 'control principle', a term used to describe the idea that the supplier of intelligence, country A, gets to determine or control who if anyone it is disclosed to even after that information has been disclosed to country B. The seven paragraphs which the Foreign Secretary wished to suppress were not the original documents but part of the judgment which contained an anodyne summary by the court gleaned from the documents sent by the US authorities to their counterparts in the UK and that related to Binyam Mohamed's treatment whilst directly under US custody. The Foreign Secretary stoutly maintained that disclosure of the paragraphs "would damage the intelligence sharing arrangements between this country and the USA, between this country and

(91) R (Binyam Mohamed) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs [2010] EWCA Civ 65.

(92) *Ibid.*, Lord Judge CJ at paragraph 2.

our allies, and the USA and its allies” and that the USA would review the intelligence sharing arrangements⁹³. Notwithstanding these assertions a US court had publicly recorded in the case of *Farbi Saeed Bin Mohamed* that the US Government “does not challenge or deny the accuracy of Binyam Mohamed’s story of brutal treatment”⁹⁴. The Court of Appeal sets out part of the US judgement:

(a) [Mr Mohamed’s] trauma lasted for 2 long years. During that time, he was physically and psychologically tortured. His genitals were mutilated. He was deprived of sleep and food. He was summarily transported from one foreign prison to another. Captors held him in stress positions for days at a time. He was forced to listen to piercingly loud music and the screams of other prisoners while locked in a pitch-black cell. All the while, he was forced to inculpate himself and others in various plots to imperil Americans. The Government does not dispute this evidence (p64)

(b) In this case, even though the identity of the individual interrogator changed (from nameless Pakistanis, to Moroccans, to Americans, and to special agent (the identity is redacted)), there is no question that throughout his ordeal Binyam Mohamed was being held at the behest of the United States (p68) ... The court finds that [Mr Mohamed’s] will was overborne by his lengthy prior torture, and therefore his confessions to special agent ... do not represent reliable evidence to detain petitioner⁹⁵.

In the light of the US court’s finding Sir Anthony May in his judgement stated that the Foreign Secretary sought to defend a principle entirely devoid of factual content on which to hang it and that “it would be quite absurd if the US Government itself decided to reduce intelligence sharing because a UK court had decided to publish summary material whose essential content has been found to be true in a US court”⁹⁶. The court dismissed the appeal of the Foreign Secretary.

(93) *Ibid.*, Lord Judge CJ at paragraph 12.

(94) *Ibid.*, paragraph 23.

(95) *Ibid.*, cited at paragraph 23. The page numbers within the quotation refer to the original US court judgment.

(96) *Ibid.* Sir Anthony May at paragraph 295.

There are many interesting features of this complex case⁹⁷ which this brief account cannot do justice to but a couple of further aspects relating to the litigation should be addressed. Prior to the judgment being handed down in the Court of Appeal, counsel representing the Government, having received an advanced copy of the judgment, wrote to Lord Neuberger persuading him to remove part of paragraph 168 of his judgment because it contained criticism of the Security Service. That criticism, which counsel argued was untrue and unfair, is contained in the judge's comment with regard to the Security Service's claim that they knew of no instance of ill treatment of prisoners detained by or on behalf of the Us Government, "in this case, that does not seem to have been true: as the evidence showed, some Security Services officials appear to have a dubious record relating to actual involvement, and frankness about any such involvement, with the mistreatment of Mr Mohamed when he was held at the behest of Us officials. I have in mind in particular witness B, but the evidence in this case suggests that it is likely that there were others"⁹⁸. The judge at first acquiesced in removing part of paragraph 168 when the judgment was first published on the 10th of February 2010. Meanwhile the contents of counsel's letter to the judge appeared in the Guardian newspaper becoming the subject of a national discussion⁹⁹. What was particularly interesting to observe was all the backstairs activity that is normally hidden from view. The full paragraph was finally published by the Court of Appeal on the 26th of February 2010. In this judgment the court gives a lengthy explanation of the context in which the paragraph was redacted and how and why the original version was reinstated subject to some limited amendments¹⁰⁰.

(97) For a detailed account of the protracted litigation see A. TOMKINS, *National Security and the Due Process of Law. Current Legal Problem* (2011) pages 1-39, Oxford, Oxford University Press.

(98) R (Binyam Mohamed) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs [2010] EWCA Civ 65, Lord Neuberger at paragraph 168.

(99) A. Tomkins cited in note 97 above, at page 20.

(100) R (Binyam Mohamed) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs [2010] EWCA Civ 158.

A further matter of interest is the campaign by the Government to portray the essence of the case as protecting the so called 'control principle'. Unusually, the Director-General of the Security Service published an article in *The Daily Telegraph* on the 11th of February 2010, the day after the redacted first judgment appeared, stating that the reason the British Government had taken the case to the Court of Appeal "was not to cover up supposed British collusion in mistreatment, but in order to protect the vital intelligence relationship with America"¹⁰¹.

The ramifications of the Binyam Mohamed case and the other cases such as *AF (No 3)* continue to play out. The current Foreign Secretary, William Hague, gave a speech at the Foreign Office¹⁰². In the audience were the heads of the three Intelligence and Security Agencies. Although the bulk of the speech was taken up praising the valuable work of the Agencies, the nub of the speech was to commend to the public the Government Green Paper *Justice and Security*. Mr Hague described the Green Paper in these terms, "At its heart are proposals to ensure that cases involving national security information can be heard fairly, fully and safely in our courts, and that we protect British interests by preventing the disclosure of genuinely sensitive material. This includes intelligence information shared with Britain by intelligence partners overseas". Clearly what is driving the 'reform' process is the implications of the *AF (No 3)* ruling that procedural fairness requires the applicant to be given the gist of the case against him in security related cases where the evidence is heard partly in secret and where the special advocate has limited or no means to communicate with the detainee or controlee. The Green Paper outlines broad proposals and invites comments from the public. Posed as a 'Question' the Green Paper states, "If feasible, the Government sees a benefit in introducing legislation to clarify the contexts in which the 'AF (No 3)' 'gisting' requirement does not apply. In what types of legal cases should there be a presumption that the disclosure requirement set out

(101) Quoted in A. TOMKINS, cited in note 97 above, at page 23.

(102) W. HAGUE, *Securing our Future: The Role of Secret Intelligence in Foreign Policy*, Whitehall, London, 16th November 2011.

in AF (No 3) does not apply?”¹⁰³. The Government wishes to extend to all civil proceedings, where a security matter arises, a Closed Material Procedure (CMP)¹⁰⁴. This technique was introduced originally in 1997 in the Special Immigration Appeals Commission Act 1997 and applied to deportation cases which had a security related element¹⁰⁵. In essence the Closed Material Procedure means that the secret material in the hearing is not revealed to the applicant but revealed to the court and the special advocate appointed by the Attorney-General¹⁰⁶. In contrast to the Foreign Secretary’s characterisation of these proposals as fair, the organisation *Liberty* said of the proposals, “The Green Paper’s proposals would allow a Government to defend accusations of complicity in torture without revealing information which may be crucial to a fair hearing for the victim and to the public interest in media scrutiny of alleged abuses of power”¹⁰⁷.

11. Conclusion

In the last ten years government responses to terrorist threats run the risk of creating a permanent security state in which liberty is gradually eroded and the norms of justice undermined. The scheme for indefinite detention without trial was just such a departure from the norms of justice. Extending the Closed Material Procedure to all civil proceedings would enshrine this transformation. I agree with those who argue that the danger with exceptional temporary measures is that they soon cease to be either temporary or exceptional much to the detriment of the political and legal culture of a society.

Those who attack the record of the Courts as inadequate have, I believe, misjudged the substantial contribution they have made to uphold the rule of law. By contrast, successive governments have im-

(103) *Justice and Security, Cm 8194* (London: HMSO October 2011) at 2.46, page 28.

(104) *Ibid.*, 2.3, page 21.

(105) *Ibid.*, 1.27, page 10.

(106) *Ibid.*, 1.28, page 10.

(107) *Liberty warns against “secret justice” in civil cases against the Government. Liberty Press Release*, London, 19th October 2011.

plied, and their legal representatives have stated, that the courts owe to the executive due deference. If due deference is owed anywhere it is owed by the executive to the courts. Lord Hoffman summed up perfectly the risk of over responding to terrorist threats by way of exceptional legal measures, the real threat came, “not from terrorism but from laws such as these. That is the true measure of what terrorism may achieve. It is for Parliament to decide whether to give the terrorists such a victory”¹⁰⁸.

(108) See note 50 above.

Le consulte di garanzia statutaria tra amministrazione e giurisdizione (*)

Bernardo Giorgio Mattarella

Rispetto alle consulte di garanzia statutarie, la sentenza 200/2008 della Corte costituzionale parrebbe chiudere una strada e aprirne un'altra, non meno importante. La strada che la sentenza chiude è quella della giurisdizione, la strada che essa apre è quella delle decisioni amministrative.

Le consulte di garanzia statutaria non possono essere giudici. Esse possono solo emanare pareri, non vincolanti, e il loro intervento deve essere preventivo e non successivo alla decisione altrui. Questo non sembra un grande problema, perché spesso la giurisdizione è nata dall'attività consultiva. Senza voler scomodare la indistinzione tra amministrazione e giurisdizione, che si è avuta fino al XVIII secolo, il Consiglio di Stato francese è nato come organo consultivo e lo è stato fino al 1872, per poi diventare un organo giurisdizionale, e qualcosa di simile è successo anche al Consiglio di Stato italiano. Certo, oggi la situazione è molto diversa da quella di fine Ottocento: il Consiglio di Stato francese, quando diventò un giudice, conquistò nuovi territori alla giurisdizione, territori che prima le erano sottratti; oggi non ci sono aree sottratte alla giurisdizione, perché c'è il principio della tutela giurisdizionale contro tutti gli atti della pubblica amministrazione, espresso in Italia dall'art. 113 della Costituzione; sulle stesse materie, sulle quali un organo consultivo si pronuncia, c'è già anche un organo giurisdizionale competente. La trasformazione di un organo consulti-

(*) Rielaborazione dell'intervento alla tavola rotonda conclusiva del convegno su "Gli organi di garanzia delle 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.

vo in giurisdizionale, a parità di competenze, è quindi preclusa. Però non conta solo l'effetto (la trasformazione), ma anche la causa. Il Consiglio di Stato francese e quello italiano diventarono giudici perché di fatto prendevano decisioni, risolvendo controversie: avevano acquisito una tale autorevolezza che il riconoscimento della natura giurisdizionale fu solo un fatto formale. Dunque, si può acquisire una grande autorevolezza pur non essendo giudici e si possono risolvere controversie pur non esercitando la giurisdizione. È quello che fa il Consiglio di Stato quando decide i ricorsi straordinari: formalmente emana un parere, ma quel parere viene sempre seguito. Ma si pensi anche a certi pareri e segnalazioni dell'Autorità antitrust.

Ciò dimostra che la distanza tra amministrazione e giurisdizione è spesso meno grande di quanto possa apparire. E qui si apre la strada che la Corte costituzionale lascia aperta, quando afferma che le decisioni degli organi di garanzia statutaria sono decisioni amministrative. Si tratta con tutta evidenza di una qualificazione piuttosto importante, se non altro perché è una citazione colta: l'autore citato è Mario Nigro, che è stato il teorico delle decisioni amministrative¹. Nella sentenza 200/2008 è possibile leggere che le decisioni amministrative di questi organi sono "atti amministrativi di accertamento, volti a risolvere conflitti, decidendo, in un caso concreto, sull'applicabilità di una norma o sulle modalità di applicazione della stessa". La definizione di decisione amministrativa data dal Giudice costituzionale ricalca quella data da Nigro nel 1962: "Atti amministrativi di accertamento, formati in modo contenzioso, con un procedimento che dia rilievo al conflitto di interessi o di opinioni, così accertando l'applicabilità della legge a un caso concreto e determinando, talvolta, anche le modalità di applicazione della legge stessa"². Le due definizioni sono sostanzialmente identiche, salvo che per il riferimento al procedimento contenzioso. La Corte costituzionale, dunque, ha fatto riferimento agli studi di Nigro sulle decisioni amministrative. Ha fatto bene, perché tale costruzione,

(1) M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Napoli, Jovene, 1953; Id., *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962; Id., *Deliberazione amministrativa*, ivi (ora entrambe in *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1996, p. 497 e p. 521).

(2) M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 815.

che ad avviso di chi scrive rimane insuperata, è un'ottima base per cercare di descrivere questi organismi. Nigro scriveva in un momento particolare, nei primi anni di attuazione della Costituzione, quando bisognava ancora applicare la disposizione transitoria sull'eliminazione dei giudici speciali. La sua ricerca, quindi, aveva anche un fine che oggi non è più rilevante, però essa rimane attuale come studio sui confini fra giurisdizione e amministrazione. Le decisioni amministrative sono descritte come atti di natura materialmente giurisdizionale, non discrezionali e, di conseguenza, irrevocabili (come le sentenze): caratteri molto peculiari per gli atti amministrativi.

L'ambito in cui si collocano questi atti è quello dell'applicazione del diritto da parte delle pubbliche amministrazioni. Gli organi che li emanano sono pubbliche amministrazioni che hanno una particolarità: la loro funzione fondamentale è quella di applicare il diritto. La dimensione dell'applicazione del diritto è sempre presente nell'attività amministrativa: tutte le pubbliche amministrazioni, quando emanano i loro atti, in una certa misura applicano il diritto. Per alcuni tipi di atti o per alcuni tipi di attività, però, questa dimensione è particolarmente forte: per esempio, per gli atti di autotutela, che – come diceva Benvenuti – sono atti materialmente giurisdizionali, ma amministrativi con riferimento all'interesse perseguito. Questo elemento dell'applicazione del diritto è ancora più forte quando ci sono autorità *ad hoc*, preposte a questa funzione, come il Consiglio di Stato in sede consultiva e la Corte dei conti in sede di controllo: quando svolgono queste funzioni, essi non sono giudici, ma non è un caso che queste funzioni vengano attribuite a organi composti da magistrati.

Nigro scrisse che ci sono amministrazioni o organi per i quali il principio di imparzialità è particolarmente accentuato, tanto che questi organi assumono una "coloritura giurisdizionale". Fra questi organi si possono collocare le consulte di garanzia statutaria, non molto diversamente da certe autorità indipendenti: come queste ultime, esse hanno il compito di tutelare un assetto di interessi definito dalle norme; la loro attività consiste nell'applicazione della legge (o degli Statuti) più che nell'esercizio della discrezionalità. Ma il quadro degli organi di garanzia è molto differenziato e, dal punto di vista organizzativo, le autorità indipendenti somigliano più a un ministero che a un giudice:

di conseguenza, quello della riconducibilità delle consulte di garanzia statutaria alle autorità indipendenti parrebbe un falso problema, perché non c'è un modello unico di autorità indipendente al quale eventualmente ricondurle.

A ogni modo, non bisogna preoccuparsi troppo del fatto che la Corte costituzionale abbia affermato che queste autorità non possono essere giudici. Esse svolgono comunque un controllo di legittimità, ponendo in essere attività materialmente, anche se non formalmente, giurisdizionale. D'altra parte, l'ordinamento offre vari esempi della mobilità del confine fra amministrazione e giurisdizione: non solo gli esempi classici, come la volontaria giurisdizione, ma anche le funzioni in materia di procedimenti elettorali, che a volte sono svolte da giudici e a volte da amministrazioni, e i fenomeni di depenalizzazione di certe sanzioni. Quindi, il fatto che la Corte costituzionale qualifichi come amministrativa la natura di queste autorità di garanzia non deve stupire né essere considerata una *deminutio*: l'amministrazione ha tante forme ed esistono amministrazioni che hanno essenzialmente funzioni contenziose. Potrebbe aggiungersi che è abbastanza naturale qualificare come amministrativo ciò che non può essere qualificato come giurisdizionale. Questa natura residuale è la conseguenza della "pienezza di competenza" originaria dell'amministrazione, di cui parlava ancora Benvenuti.

La Costituzione, per note ragioni storiche, pone un confine netto fra amministrazione e giurisdizione, costringendo ad ascrivere organi e atti all'una o all'altra. Dal punto di vista formale, le consulte e la loro attività si collocano sul versante dell'amministrazione, come è inevitabile per organi costituiti dalle Regioni: la disciplina della giurisdizione appartiene alla legge statale e il suo esercizio a organi statali. Dal punto di vista materiale, però, siamo in una zona grigia. Di conseguenza, anche quello della qualificazione dei loro atti come provvedimenti amministrativi mi sembra un falso problema: anche quello dei provvedimenti amministrativi è un *fuzzy set*, un insieme impreciso che ha tante zone grigie; ci sono tanti tipi di atto che vi rientrano solo in parte. Certo, gli atti delle consulte non sono atti discrezionali e forse non sono impugnabili di fronte al giudice amministrativo, ma davanti al giudice ordinario; ma queste caratteristiche sono proprie anche

di molte sanzioni amministrative, che vengono considerate provvedimenti amministrativi. Forse è solo un problema terminologico, poco importante.

Le consulte statutarie sono organi di garanzia, organi materialmente giurisdizionali. La loro funzione è ben espressa dall'idea del contrappeso che esse possono svolgere per le Regioni: possono svolgere funzioni che mancano allo Stato, per esempio il controllo preventivo di legalità costituzionale (o statutaria) delle leggi. La logica del contrappeso è importante perché queste autorità, come molte altre autorità di garanzia, come alcune autorità indipendenti, garantiscono nei confronti dello strapotere delle maggioranze politiche, quindi hanno un ruolo importante nell'ambito della forma di governo regionale.

Se queste autorità sono formalmente amministrative e materialmente giurisdizionali, allora ci si potrebbe chiedere – per ciascuna di esse – quanto le loro caratteristiche siano adeguate, quanto esse siano assimilabili a giudici. A ciò si potrebbe rispondere che la loro natura materialmente giurisdizionale possa essere in qualche modo misurata prendendo come termine di paragone altri tipi di organismi aventi le stesse caratteristiche ibride: amministrative per qualche aspetto, giurisdizionali per qualcun altro; ora applicazione del diritto, ora perseguimento di interessi pubblici determinati. Il termine di paragone potrebbe essere costituito, da un lato, dai tribunali di molte organizzazioni internazionali, dall'altro, da alcune autorità indipendenti.

Organizzazioni come la Banca mondiale e l'Organizzazione mondiale del commercio hanno tribunali con organi contenziosi, sui quali c'è ormai un'ampia letteratura. Essi hanno caratteristiche e poteri variabili, che sono stati valutati per "misurarne" la natura giurisdizionale, sotto tre diversi aspetti: quello della selezione e della durata in carica dei componenti; quello dell'accesso degli interessati alla "giustizia" da essi amministrata; e quello dell'efficacia delle loro decisioni³. Se si applicano questi tre criteri alle consulte statutarie, si può dire che, in base al primo, esse somigliano a giudici, perché i loro componenti

(3) R.O. KEOHANE, A. MORAVCSIK, A.M. SLAUGHTER, *Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational*, in *International Organization*, 54, 3, Summer 2000, p. 457.

non sono rappresentanti di interessi, anche se naturalmente le varie discipline vanno valutate analiticamente con riferimento a vari aspetti (nomina, durata in carica, requisiti, incompatibilità); in base al secondo, essi vi somigliano solo in parte, perché solo alcuni soggetti istituzionali – e non, per esempio, i cittadini – possono essere parti dinanzi a essi; in base al terzo, la loro assimilabilità a giudici varia da Regione a Regione, dato che gli atti di questi organi hanno natura ed efficacia variabili, ma incontra comunque limiti insormontabili, indicati dalla Corte costituzionale.

Per quanto riguarda le autorità indipendenti, sarebbe opportuno distinguere tra la struttura e il funzionamento. Da entrambi i punti di vista, vale la pena fare ancora riferimento a quanto scriveva Nigro a proposito degli organi che emanano decisioni amministrative.

Per quanto riguarda la struttura, per funzionare come giudici le autorità in questione devono innanzitutto essere tutelate dall'interferenza degli interessi su cui devono giudicare: il problema dell'imparzialità è decisivo. Nigro sosteneva l'esistenza di un principio generale per cui, tutte le volte che si verifica una situazione di deviazione di un atto dalle finalità che gli sono proprie, a causa di una particolare relazione di essi con il destinatario dell'atto, con il bene su cui cade l'attività dell'organo, si produce un vizio di legittimazione del soggetto agente: dunque, anche quando non ci sono norme scritte, ci sono principi generali che impongono una certa distanza dagli interessi su cui si deve giudicare. Ciò può valere per le autorità indipendenti e anche per le consulte di garanzia statutaria.

Per quanto riguarda il funzionamento, Nigro osservava che ciò che conta, nelle decisioni amministrative, è che ci sia il contraddittorio. Questo sembra l'aspetto veramente importante, che dovrebbe essere sviluppato da questi organi di garanzia: la possibilità di tutte le parti interessate di far sentire la propria voce, nel modo più formalizzato possibile. A questo riguardo, è necessario ricordare che alcune autorità indipendenti hanno formalizzato in modo estremamente garantista le proprie procedure, anche al di là delle previsioni di legge: i procedimenti che si svolgono davanti all'Antitrust o davanti all'autorità per l'energia elettrica o del gas, per esempio, prevedono molte forme di contraddittorio.

La conclusione di questo ragionamento potrebbe essere dunque quella di incoraggiare le consulte statutarie a fare altrettanto, organizzando lo svolgimento delle proprie funzioni nel modo più simile possibile a quello dei giudici. L'incoraggiamento deriva anche da un altro esempio: una delle attività principali che svolge il Garante per la protezione dei dati personali è quella consultiva: esso redige pareri, risponde ai quesiti posti da autorità pubbliche e soggetti privati. Tutto questo è *praeter legem*, perché la legge non ha mai attribuito al Garante una funzione consultiva: ma questa funzione serve ed è diventata una delle attività più importanti del Garante. È difficile dire se anche le consulte statutarie potranno esercitare poteri non attribuiti loro, ma sicuramente un po' di fantasia nell'organizzare lo svolgimento delle proprie funzioni, e soprattutto dei propri procedimenti, sarebbe utile.

Le consulte di garanzia come organi giurisdicenti (*)

Giandomenico Falcon

Sommario

1. Il possibile inquadramento delle consulte di garanzia statutaria – 2. Funzioni consulenziali o funzioni consultive? – 3. Le consulte di garanzia come organi giurisdicenti.

1. Il possibile inquadramento delle consulte di garanzia statutaria

Ho iniziato ad occuparmi degli organismi di garanzia statutaria alcuni anni fa, quando ho difeso davanti alla Corte costituzionale la legittimità dell'art. 82 dello Statuto della Regione Umbria, relativo alla *Commissione statutaria di garanzia*. Da quel punto di vista il risultato è stato felicemente raggiunto perché le censure avverso quella norma sono state dichiarate infondate con la sentenza 378/2004. Il che naturalmente non mi impediva allora, e non mi impedisce oggi, di percepire una scarsa focalizzazione, una forte ambiguità di quel tipo di norme e di istituti, che in effetti si presentavano, nella disciplina statutaria, appena abbozzati, e dunque aperti nei loro possibili sviluppi. Le diverse interpretazioni della dottrina concorrono tutte solidamente ad un inquadramento di questi istituti, di cui pure vorrei suggerire una differente analisi, che non coincide con quelle finora proposte. In linea generale mi pare emergano quattro diversi modi di intendere questi organismi.

(*) Rielaborazione dell'intervento alla tavola rotonda conclusiva del convegno su "Gli organi di garanzia delle 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.

Il primo è nel senso che questi organismi possano funzionare, almeno per una parte della loro attività, come una seconda Camera. Così si parla di *maggioranze* e *opposizioni*, e comunque uno degli esiti possibili dell'intervento di questi organismi è di costringere l'assemblea a rideliberare, producendo quindi un procedimento legislativo a due deliberazioni (questa suggestione coglie uno dei possibili risultati dell'intervento dell'organo di garanzia, più che la sua natura). Si tratterebbe di una seconda Camera "tecnica", priva di poteri deliberativi ma con potere di chiedere una deliberazione.

In secondo luogo, è stata affacciata l'idea dell'autorità amministrativa indipendente (ma, come poi dirò, gli organi di garanzia non sono affidatari di alcun interesse pubblico specifico).

Una terza impostazione è quella che li avvicina quasi a dei "Consigli di Stato" in sede locale, secondo il modello spagnolo. Questa secondo me è una via promettente, ma con molti "distinguo", che cercherò di chiarire.

Infine, essi potrebbero essere concepiti come una sorta di Corti costituzionali locali. La suggestione deriva dal "controllo di statutarietà" che essi svolgono. È una suggestione che forse contiene più problemi che soluzioni; ma se la si vuole perseguire, occorre farlo con estrema serietà.

Detto questo, sono rimasto colpito dall'idea (forse più propria dei costituzionalisti che degli amministrativisti) che, siccome queste autorità sicuramente non sono organi giurisdizionali e non producono sentenze, e siccome altrettanto sicuramente non fanno leggi né regolamenti, debbano di conseguenza produrre provvedimenti amministrativi. A me sembra al contrario che, se c'è una cosa che sicuramente questi organismi non fanno, è produrre provvedimenti amministrativi. È ovvio che non fanno provvedimenti amministrativi quando intervengono in una fase procedimentale che sta a monte dell'effettiva decisione. A volte poi non c'è nulla di "amministrativo" neppure nel procedimento in se stesso: quando intervengono nel procedimento legislativo, ad esempio, non si vede neppure come si possa dire che esercitino una funzione amministrativa. La loro interlocuzione in relazione alla legge in corso di approvazione sarà semmai un frammento di un procedimento legislativo, che di sicuro non ha a che fare con la funzione amministrativa.

Ma a mio avviso gli organi di garanzia non fanno “provvedimenti” amministrativi neanche quando assumono vere “decisioni”, esercitando poteri che nella tradizione italiana sono sempre stati esercitati da organi giurisdizionali, e che in effetti portano a determinazioni dotate di effetto giuridico (perché la legge glielo attribuisce), ma che non corrispondono per nulla allo schema del provvedimento come esercizio del potere di costituire rapporti *voluti* dal provvedimento. La terminologia della “decisione amministrativa” a suo tempo proposta da Nigro mi pare possa essere fonte di equivoco. Anche il normale *provvedimento* è in sé una decisione amministrativa. Addirittura, nel diritto dell’Unione europea e nei relativi Trattati quello che noi chiamiamo provvedimento ha il nome ufficiale di *decisione*. Ha senso usare la stessa parola per quello che non è un provvedimento né amministrazione, perché non è finalizzato alla cura dell’interesse pubblico, ma solo all’affermazione dell’ordinamento giuridico?

Tra l’altro, questi organi assumono determinazioni che riguardano diritti politici, che non sono comprimibili, per cui, salvo clausole speciali stabilite dal legislatore, la giurisdizione nei loro confronti spetta al giudice ordinario, contrariamente a quella che è la tradizione dei provvedimenti amministrativi.

Questa è anche una delle ragioni per cui mi sembra da escludere che questi organi siano delle autorità amministrative indipendenti: vuoi perché non fanno provvedimenti amministrativi, vuoi perché non hanno cura di interessi pubblici. È agevole infatti notare che le autorità amministrative indipendenti, abbiano o no discrezionalità nei poteri regolativi (a volte ne hanno, e molta), sono autorità che sono a capo di settori di amministrazione: l’antitrust, le assicurazioni, la Banca d’Italia (se la si considera facente parte del genere), l’autorità delle comunicazioni, tutte queste regolano *settori amministrativi*, hanno in cura, in modo oggettivo, l’*interesse pubblico*, il corretto svolgimento delle regole del gioco in certi settori.

Gli organismi di garanzia di cui parliamo si caratterizzano invece per non essere chiamati a perseguire interessi. Anzi, è *precluso* loro di perseguire interessi. Il loro unico interesse è l’affermazione dell’ordinamento giuridico in quello che esso regola e pretende, e questa caratteristica a me pare importante per definire la loro natura. Se noi chiamiamo un’istituzione autorità amministrativa indipendente,

inevitabilmente tendiamo ad assimilarla alle “classiche” autorità amministrative indipendenti rispetto alle quali, invece, gli elementi di differenziazione prevalgono rispetto a quelli che le accomunano. Pur essendoci elementi in comune (come l’indipendenza) ed elementi di distinzione, sono i secondi ad essere essenziali. Se dunque vogliamo utilizzare i nomi per sottolineare quello a cui vogliamo dare rilievo, e vogliamo dare rilievo al fatto che le consulte di garanzia non hanno da fare amministrazione attiva, non hanno da garantire il benessere pubblico, hanno solo da tutelare l’ordine amministrativo e giuridico, allora la loro classificazione tra le autorità amministrative indipendenti risulta fuorviante.

2. Funzioni consulenziali o funzioni consultive?

Per procedere oltre mi sembra necessario affrontare un altro tema. È stato più volte detto che questi organismi svolgono funzioni *consulenziali*. A me pare che questo sia da escludere. Potrebbero svolgere funzioni *consultive*, ma “consulenziale” e “consultivo” non sono la stessa cosa. La funzione consulenziale ha a che fare con la consulenza professionale, di cui un dato caratteristico è, ad esempio, un determinato grado di *confidenzialità* delle opinioni espresse. Prendiamo ad esempio la consulenza sulla funzione legislativa. Se al consulente viene chiesto se un certo progetto di legge è conforme o no a Costituzione, è chiaro che egli deve essere prudente, rendere avvertiti di ogni possibilità negativa. Senza essere “segreti”, è preferibile che questi momenti di riflessione interni ad una procedura non siano resi pubblici, per evitare che siano proprio essi a produrre quell’incertezza sulla legittimità che si voleva evitare. Per contrasto, lo stesso tema ci conduce più vicino alle caratteristiche proprie dell’agire degli organismi di garanzia, il cui contrassegno è invece la *pubblicità*. Qualunque cosa venga chiesta a questi organismi, essi debbono rispondere – mi sembra – in forma pubblica.

Vi è poi da affrontare un altro punto oggettivamente dubbio e controvertibile. Ci si chiede se gli organi di garanzia debbano svolgere solo il controllo di “conformità statutaria”, o anche quello di complessiva *legittimità*, ad esempio anche di conformità con il diritto europeo. A mio avviso, il tema del controllo di conformità statutaria è stato con-

cepito fin dall'inizio in modo molto equivoco. Probabilmente, all'epoca in cui si sono scritti gli Statuti, qualcuno dei redattori supponeva che, così come le leggi statali devono conformarsi alla Costituzione, le leggi regionali debbano conformarsi allo Statuto. Ora, tutte e due queste affermazioni sono evidentemente vere, ma quello che in esse rimane nascosto è che quello della conformità allo Statuto è solo una parte – e non la maggiore – del problema della legalità della legge regionale. Dato che lo Statuto ha essenzialmente ambito e contenuto organizzativi, il controllo di stretta conformità allo Statuto si traduce in sostanza in un controllo sul rispetto delle competenze e delle procedure. Vi è chi ritiene che, siccome lo Statuto è una norma interposta, in qualche modo il controllo di legalità statutaria includa il controllo di costituzionalità. A me pare che non sia così. Certo, la legge regionale deve rispettare lo Statuto, ma il problema vero è se il controllo di conformità allo Statuto possa includere parametri che non c'entrano con lo Statuto. La violazione della Costituzione in tutti i suoi parametri sostanziali, dall'art. 3 al 97 a tutti gli altri, rientra o no nello spettro di azione di questi organi di garanzia? D'altronde, non mi pare che ci sia un interesse specifico ad un controllo di legalità "statutaria" rispetto a quello che semmai è il vero problema della legge regionale, cioè il controllo della sua *complessiva legittimità costituzionale*: come mostra il fatto che ben raramente nei giudizi sulle leggi regionali davanti alla Corte costituzionale il parametro è costituito dallo Statuto regionale. La cosa è possibile – rilevante, tra gli altri, è il caso relativo alla competenza regolamentare dopo la modifica dell'art. 121 Cost., su cui la Corte si è pronunciata con la sentenza 21 ottobre 2003, n. 313 – ma alquanto rara.

È pensabile assegnare alla Consulta di garanzia il compito di una complessiva verifica preventiva di legittimità costituzionale? Se si considera la (giusta) pubblicità tipica di questi istituti, un simile controllo rischia di "provocare" esso stesso un successivo ricorso del Governo, nel senso che esso darebbe elaborazione giuridica agli argomenti utili per sostenere la tesi della illegittimità. Inoltre, la Consulta finirebbe per trovarsi coinvolta nel gioco politico, sia al momento dell'investitura della questione, sia in relazione alle sue determinazioni, specialmente di quelle che dovessero concludere nel senso della illegittimità.

Dal lato dei possibili pregi di una simile soluzione, può dirsi che davanti all'organismo di garanzia potrebbe svolgersi una sorta di informale primo grado, fornendo così un primo approfondimento dialettico, che potrebbe attenuare quelli che alcuni avvertono come "limiti" del giudizio astratto sulle leggi, in quanto giudizio che manca di una previa "storia" della norma, e di una previa elaborazione tecnica. Di fronte alla Corte costituzionale arriverebbe una questione che ha già una sua "storia" giudiziaria.

Per farlo in modo tecnicamente agguerrito, tuttavia, bisognerebbe istituire una procedura in contraddittorio, in cui parti interessate – ad esempio le minoranze e la maggioranza – possano sostenere le opposte tesi. La determinazione finale dell'organo di garanzia ovviamente non sarebbe una sentenza, e non ne potrebbe avere gli effetti, ma non per questo perderebbe la propria natura di "determinazione", una determinazione "oggettiva", anche se priva di efficacia cogente.

Essa fornirebbe un parametro che chiunque può prendere in considerazione. Anche se la valutazione della Consulta fosse nel senso della incostituzionalità, il Consiglio potrebbe ugualmente procedere all'approvazione, ma ovviamente affrontando il rischio di un giudizio di legittimità costituzionale, nel quale ritornerebbero verosimilmente gli stessi elementi del dibattito svolto davanti alla Consulta: e certo non sarebbe un elemento favorevole per la Regione l'esistenza di una previa valutazione negativa. Paradossalmente, dunque, il Governo potrebbe essere interessato all'attivazione di un simile controllo preventivo più di quanto non lo siano le Regioni.

3. Le consulte di garanzia come organi giurisdicenti

Quali funzioni possono allora sicuramente essere affidate a questi organi? Sicuramente, direi, le funzioni "neutre" per le quali le Regioni non dispongono di organi regionali, come il giudizio sull'ammissibilità del referendum o sull'ammissibilità dei progetti di legge di iniziativa popolare, nonché l'attestazione degli esiti dei referendum, cosa che può essere anche assai delicata. Si tratta di funzioni tradizionalmente svolte da organi giurisdizionali, ai quali però è dubbio possano essere affidate da leggi regionali (lo ha contestato, di recente, la Corte d'Appello di Cagliari, rimettendo la questione alla Corte costituzionale).

le, che tuttavia con la sentenza 164/2008 l'ha dichiarata inammissibile proprio per la natura non giurisdizionale dell'attestazione dei risultati referendari). Non è male dunque che le Regioni si dotino di organi capaci di "stabilire il diritto" in queste occasioni.

Da queste considerazioni deriva il mio suggerimento circa la qualificazione di questi organi. A me sembra che si tratti di organi *giurisdicenti*, anche se *non giurisdizionali*: organi, cioè, il cui compito è definire la situazione in diritto. Essi possono intervenire in diverse fasi delle procedure, e con diversi ruoli. Possono intervenire a livello *consultivo* (in senso proprio), possono intervenire a livello di – per così dire – "interlocuzione contrappositiva" nel procedimento legislativo, possono intervenire in forma decisoria in relazione alle ammissibilità ed a simili decisioni.

Il regime specifico dei loro atti dipende dalla funzione in cui intervengono. Possono essere atti impugnabili o no: se non sono atti decisori non sono atti impugnabili. Possono essere atti di carattere "costituzionale", oppure no. In ogni modo, non mi sembra che si possa dire che le consulte di garanzia siano organismi di carattere amministrativo, se non sulla base di una convenzione in forza della quale tutti gli organismi che non sono né giudici né legislatori sarebbero organismi amministrativi. Ma a me sembra che si chiarisca meglio la loro natura dicendo che essi sono organismi *giurisdicenti*, dato che la loro specifica caratteristica e funzione è di accertare in determinate occasioni la situazione di diritto, senza essere portatori di alcun interesse, ed essendo invece organizzati in modo da garantire l'imparzialità e l'indipendenza. Essi tuttavia non fanno parte del sistema della giurisdizione, il che significa che i loro atti sono soggetti a revisione in sede giurisdizionale secondo l'ordinario riparto di competenze.

Le consulte statutarie nella giurisprudenza della Corte costituzionale

Silvio Gambino

Sommario

1. *Premessa* – 2. *La prima giurisprudenza della Corte costituzionale (sentenze 378/2004 e 12/2006)* – 3. *La sentenza della Corte costituzionale 200/2008 sulla legge regionale della Calabria 2/2007.*

1. Premessa

Con due deliberazioni successive (6 agosto 2009, n. 356 e 8 ottobre 2009, n. 371), il Consiglio regionale calabrese ha abrogato tre disposizioni dello Statuto della Regione, fra cui (oltre all'art. 7, relativo alla *Consulta dell'ambiente* e all'art. 56, sul *Consiglio regionale dell'economia e del lavoro*), l'art. 57, relativo alla *Consulta statutaria*. In un quadro connotato da incertezze legislative e da chiarimenti giurisprudenziali solo parziali¹, la riflessione che di seguito si proporrà riguar-

(1) Cfr. R. ROMBOLI, *La natura e il ruolo degli organi di garanzia statutaria alla luce delle leggi regionali di attuazione degli Statuti e della giurisprudenza costituzionale*, in P. CARETTI, E. ROSSI, *Osservatorio sulle Fonti 2009. L'attuazione degli Statuti regionali*, Torino, Giappichelli, 2010; C. NAPOLI, *La Consulta statutaria calabrese: tra incertezze legislative e parziali chiarimenti giurisprudenziali*, in *Le Regioni*, n. 4-5, 2008; A. RUGGERI, *Il doppio volto della Consulta statutaria calabrese (a margine di Corte cost. 200/2008)*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2008; R. ROMBOLI, *La natura amministrativa degli organi di garanzia statutaria e delle relative decisioni: la Corte costituzionale infrange il sogno di un'Alta Corte per la Regione calabrese*, in *Foro it.*, 2009, I; C. NAPOLI, *Abrogazione della Consulta statutaria calabrese: svista o disillusione?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*; D. BALDAZZI, *Gli organi di garanzia statutaria: arbitri o vittime della politica regionale?*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2005; ID., *Le "consulte di garanzia statutaria" tra dispute dottrinali e concrete possibilità di azione*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2008; S. ALOISIO, *Un piccolo (e claudicante passo) verso la definizione dei poteri degli organi di garanzia statutaria*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008; G. CAIVANO, *Il carattere preventivo e la natura amministrativa delle*

da la *ratio* che ha presieduto alla deliberazione di revisione statutaria di abrogazione della *Consulta statutaria* (art. 57 Statuto), che risulta, almeno in apparenza, di complessa decifrazione, soprattutto quando la si collochi nel quadro di una evidente apertura di credito verso lo statuyente regionale sottolineata dal più recente indirizzo giurisprudenziale della Consulta.

Come si vedrà più dettagliatamente in seguito, con la sentenza 200/2008, la Corte decide nel merito della questione di legittimità costituzionale (sollevata con ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri del 12 marzo 2007) nei confronti degli artt. 3, comma 1, 6, 7 e 8 della legge della Regione Calabria 5 gennaio 2007, n. 2 (*Istituzione e disciplina della Consulta statutaria*), per violazione degli artt. 102, 103, 117, comma 2, lett. *l*) e 123, comma 4, della Costituzione. Nella sentenza, la Corte si limita ad accogliere la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, della legge regionale calabrese, che aveva previsto una scriminante in favore dei membri della Consulta statutaria in palese violazione dell'art. 117, comma 2, lett. *l*) Cost., mentre dichiara inammissibili le censure sollevate nei confronti degli artt. 6, 7 e 8, con le quali lo Stato aveva sostenuto che le previsioni legislative regionali avrebbero attribuito alla Consulta statutaria "poteri ulteriori" rispetto all'emanazione di meri pareri consultivi, in tal modo configurando – in contrasto con la previsione dell'art. 123, comma 4, Cost.² – "l'adozione da parte della stessa di decisioni e pareri di carattere vincolante per i soggetti interessati e per tutti gli enti ed organi della Regione, istituto quest'ultimo tipico delle decisioni a contenuto giurisdizionale".

Nell'offrire alcune considerazioni sul merito del ricorso e sulla giurisprudenza della Consulta, può convenirsi su quegli orientamenti che ne sottolineano l'origine e la causa stessa nelle incertezze legislative e giurisprudenziali. A tali incertezze occorrerebbe forse aggiungere la (stessa) mancata definizione di un quadro sistematico delle fonti

decisioni degli organi di garanzia statutaria. Nota a sentenza Corte costituzionale 13 giugno 2008, n. 200, in Diritto.it.

(2) Secondo cui "in ogni Regione, lo Statuto disciplina il Consiglio delle autonomie locali, quale organo di consultazione fra la Regione e gli enti locali".

costituzionali che assegni allo Statuto regionale uno spazio istituzionale e normativo meglio definito di quanto non abbia saputo fare il legislatore di revisione costituzionale. Nelle more dell'attuazione di nuove riforme costituzionali che possano meglio definire la presente forma di Stato in un'ottica maggiormente adesiva al principio federale (secondo ricorrenti aspettative), le questioni che attengono alle funzioni delle consulte statutarie devono continuare a trovare la loro soluzione nella giurisprudenza del Giudice delle leggi e nell'apporto critico e ricostruttivo che della stessa ne farà la dottrina.

Pur in presenza di una complessa (e anche problematica) rideterminazione della sistematica delle fonti prodotta dalla revisione costituzionale del Titolo V³, infatti, non pare dubbio come il limite evidente dell'opzione abrogatrice esercitata dal legislatore statutario calabrese risieda soprattutto nella mancata valorizzazione delle opportunità offerte al legislatore regionale di assicurare – unitamente alle garanzie costituzionali accordate alle Regioni dall'art. 127, comma 2, Cost. – l'“armonizzazione” dello Statuto al testo costituzionale e ai relativi contenuti materiali⁴, superando quelle letture che negano la stessa

(3) Nell'ampia bibliografia, cfr. almeno A. RUGGERI, *La riforma costituzionale del Titolo V e i problemi della sua attuazione, con specifico riguardo alle dinamiche della normazione ed al piano dei controlli*, in AA.Vv. (Seminario Aic, 14 gennaio 2002, Bologna), *Il nuovo Titolo V della parte II della Costituzione*. Dello stesso Autore, cfr. anche *Le fonti di diritto regionale: ieri, oggi, domani*, Torino, Giappichelli, 2001; AA.Vv. (ISR-CNR), *La potestà statutaria regionale nella riforma della Costituzione. Temi rilevanti e profili comparati*, Milano, 2001; A. D'ATENA, *Statuti regionali e disciplina delle fonti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*; A. MORRONE, *Lo Statuto regionale, dopo le riforme*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, Torino, Giappichelli, 2010; S. GAMBINO (a cura di), *Diritto regionale*, Milano, Giuffrè, 2009.

(4) Cfr. T. GROPPI, *Quale garante per lo Statuto regionale?*, in *Le Regioni*, n. 5, 2001; A. SPADARO, *Dal “custode della Costituzione” ai “custodi degli Statuti”. Il difficile cammino delle consulte statutarie regionali*, in *Le Regioni*, n. 6, 2006; C. NAPOLI, *La forza giuridica dello Statuto*, in E. ROSSI (a cura di), *Le fonti del diritto nei nuovi Statuti regionali*, Padova, Cedam, 2007; C. NAPOLI, *Le consulte di garanzia statutaria nei nuovi Statuti regionali: alla ricerca di un modello*, in E. CATELANI (a cura di), *L'attuazione statutaria delle Regioni. Un lungo cammino*, Torino, Giappichelli, 2008; AA.Vv., *Giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2003 (di cui cfr. soprattutto i contributi di E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI); M. AINIS, *Lo Statuto come fonte sulla produzione normativa regionale*, in *Le Regioni*, n. 5, 2000.

legittimità della previsione di organi di garanzia statutaria, in assenza di una inesistente rigidità dello Statuto da assicurare rispetto all'esercizio materiale della potestà legislativa regionale⁵. Un simile indirizzo, peraltro, è stato seguito dalla prevalente legislazione statutaria regionale del paese⁶.

A tale conformazione dello Statuto regionale volta ad assicurarne l'“armonia con la Costituzione” può ben cooperare la Consulta statutaria (o come altro sono denominati simili collegi di garanzia statutaria, dalla natura amministrativa e dalle funzioni prevalentemente consulenziali), assicurando in particolare la funzione di garanzia dell'organo consiliare con riguardo *a*) ai conflitti fra gli organi della Regione, *b*) ai conflitti fra gli organi della Regione e gli enti locali, *c*) alla compatibilità di proposte di legge o di regolamento con lo Statuto e, infine, *d*) alla regolarità e all'ammissibilità delle richieste di referendum. Rispetto al previgente testo costituzionale, lo Statuto regionale ora non viene più approvato con legge dello Stato, bensì con legge della stessa Regione, a seguito di una procedura rinforzata che è disciplinata dallo stesso legislatore costituzionale e che, anche per tale ragione, ne fa *formaliter et materialiter* una legge regionale, sia pure atipica⁷. Il significato di tale atipicità risiede appunto nella considerazione secondo cui la legge regionale, oltre ad essere esercitata nel

(5) Una ricostruzione della lettura dottrinarie circa la legittimità costituzionale degli organi di garanzia statutaria, più di recente, è svolta da D. BALDAZZI, *Le “consulte di garanzia statutaria” tra dispute dottrinali e concrete possibilità di azione*, cit., il quale, tuttavia, coglie come dato importante a giustificazione della istituzione degli organi di garanzia statutaria la recente “nuova presa di posizione” della Corte (nella sentenza 200/2008), secondo la quale può ben affermarsi, prendendo in prestito le parole dell'Autore, come la stessa abbia “ritenuto legittima una disposizione che assegna alle Consulte un effettivo potere di veto sui contenuti delle leggi, superabile soltanto con il consenso della maggioranza assoluta del Consiglio”. Nella stessa ottica cfr. anche A. GARDINO CARLI, *La “rigidità” dello Statuto e la Consulta statutaria: dagli intenti iniziali all'attuazione concreta*, in *Quaderni regionali*, 2005.

(6) Nell'ampia bibliografia sul punto, cfr. almeno la puntuale ricerca svolta in materia da A. FERRARA, *Gli Statuti e la normativa istituzionale delle Regioni ordinarie*, in AA.VV. (ISSIRFA-CNR), *Quinto Rapporto sullo stato del regionalismo in Italia – 2008* (in particolare § 3.4), in www.issirfa.cnr.it.

(7) Sul punto, cfr. anche il nostro *Autonomie territoriali e riforme*, in S. GAMBINO (a cura di), *Regionalismi e Statuti*, Milano, Giuffrè, 2008.

rispetto della Costituzione e dei vincoli comunitari e internazionali (art. 117, comma 1, Cost.), deve conformarsi allo stesso Statuto della Regione, almeno limitatamente ai contenuti materiali vincolati di tale conformazione e in particolare alle previsioni costituzionali in materia di forma di governo e di principi fondamentali di organizzazione e funzionamento (art. 123, comma 1, Cost.). Per tale ragione – e almeno limitatamente all’ambito materiale appena richiamato – lo Statuto regionale riveste, se non certo la natura⁸, le funzioni di una vera e

(8) Circa la disponibilità in capo al legislatore statutario regionale delle qualificazioni costituzionali e dello stesso *nomen juris* da attribuire in sede statutaria agli organi regionali, fra gli altri, cfr. anche A. FERRARA, *Gli Statuti e la normativa istituzionale*, cit., p. 6 ss., ove si richiama lo stesso (più recente) indirizzo giurisprudenziale della Corte costituzionale (sentenza 118/2007) sulla riserva di legge statutaria in tema di forma di governo della Regione, nella quale si esclude, come già la Corte aveva fatto con riguardo alla prima formulazione dello Statuto calabrese, ogni ipotesi di esasperato costruttivismo interpretativo. Su tale ultima sentenza cfr. anche N. MACCABIANI, *La Corte insiste e bacchetta il legislatore regionale: allo Statuto quello che è dello Statuto*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, e A. MANGIA, *I limiti (formali) degli Statuti materiali*, in *Le Regioni*, n. 6, 2007.

Con riguardo ai motivi del ricorso nel giudizio per conflitto di attribuzione sorto a seguito della delibera del Consiglio regionale della Liguria 15 dicembre 2000, n. 62 (recante “Istituzione del Parlamento della Liguria”) – e che più in particolare riguardavano la natura del legame Parlamento-sovrani ta popolare quale portato dei principi democratico-rappresentativi – la Corte osserva che l’art. 1 della Costituzione, nel suo stabilire che la sovranit  “appartiene” al popolo, “impedisce di ritenere che vi siano luoghi o sedi dell’organizzazione costituzionale nella quale essa si possa insediare esaudivendosi” (considerato in diritto n. 3), traendone la conclusione (fondata sulla base dello stesso valore deontico degli artt. 55 e 121 Cost.), con riguardo al giudizio di legittimit  delle disposizioni statutarie della Liguria oggetto della censura governativa, che “il termine Parlamento rifiuta di essere impiegato all’interno di ordinamenti regionali [...] in quanto solo il Parlamento   sede della rappresentanza politica nazionale (art. 67 Cost.), la quale imprime alle sue funzioni una caratterizzazione tipica ed infungibile. In tal senso il *nomen* Parlamento non ha un valore puramente lessicale, ma possiede anche una valenza qualificativa, connotando, con l’organo, la posizione esclusiva che esso occupa nell’organizzazione costituzionale. Ed   proprio la peculiare forza connotativa della parola ad impedire ogni sua declinazione intesa a circoscrivere in ambiti territorialmente pi  ristretti quella funzione di rappresentanza nazionale che solo il Parlamento pu  esprimere e che   ineluttabilmente evocata dall’impiego del relativo *nomen*” (considerato in diritto n. 4). Per un primo commento di tale sentenza cfr. B. DI GIACOMO RUSSO, *L’esclusivit  del nomen turis Parlamento alla luce delle sentenze della Corte costituzionale 106 e 306/2002*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*; N. LUPO, *Dalla Corte costituzionale uno “stop” (definitivo) ai Parlamenti regionali. Nota a Corte cost. 106/2002*, in www.amministrazioneincammino.it.

La Corte ritorna pi  volte sulla questione della qualificazione dei poteri e delle funzioni

propria “carta costituzionale” della Regione, appropriata ad un ordinamento che taluno qualifica perfino come federale, come tuttavia (almeno attualmente) non è⁹.

È in questo quadro, e per assicurare simili finalità, che lo Statuto calabrese aveva previsto la Consulta statutaria come strumento di garanzia statutaria, appunto. La legge regionale calabrese 2/2007 vi aveva dato concreta attuazione; mancava la sola fase dell’implementazione e della piena operatività ed anche la Regione Calabria, in buona compagnia con la (quasi) totalità delle Regioni italiane, tranne le Marche, si sarebbe dotata di una sorta di “Corte costituzionale a dimensione regionale”¹⁰, chiamata ad esprimersi sull’applicazione e sull’interpretazione delle norme statutarie e dunque sulla conformazione allo Statuto da parte delle leggi regionali.

Con la (più recente) scelta di riforma statutaria, in senso contrario, il Consiglio regionale calabrese ha voluto sottolineare il proprio protagonismo legislativo, indisponibile (almeno in apparenza) a riconoscere il limite della superiorità dello Statuto come limite della potestà legislativa regionale (almeno con riguardo ai limiti materiali positivizzati nel comma 1 dell’art. 123 Cost.¹¹).

negli Statuti regionali. Lo fa adottando un indirizzo particolarmente netto nell’assunzione dell’incompatibilità fra sovranità dello Stato federale e autonomia propria degli enti autonomistici (sentenza 365/2007). Per tale orientamento, cfr. almeno A. ANZON, *Sovranità, processi federalistici, autonomia regionale. In margine alla sentenza 365/2007 della Corte costituzionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; B. CARAVITA, *Il tabù della sovranità e gli istituti tipici di ordinamenti statuali di tipo federale in radice incompatibili con il grado di autonomia regionale attualmente assicurato nel nostro ordinamento costituzionale*, in www.federalismi.it, 2007, 22; P. CARETTI, *La “sovranità” regionale come illusorio succedaneo di una “specialità” perduta: in margine alla sentenza della Corte costituzionale 365/2007*, in *Forum di Quaderni costituzionali*; O. CHESSA, *La resurrezione della sovranità statale nella sentenza 365/2007*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.

(9) Nell’ampia bibliografia, sul punto, cfr. anche E. JORIO, *Lo Statuto delle Regioni e il federalismo fiscale*, in S. GAMBINO (a cura di), *Regionalismi e Statuti*, cit.

(10) Cfr. T. GROPPI, *Quale garante per lo Statuto*, cit.; A. SPADARO, *La “custode della Costituzione” ai “custodi degli Statuti”*, cit.

(11) Su cui sia consentito rinviare anche al nostro *Statuti regionali e “armonia” con la Costituzione. Brevi note sulla forma di governo prevista nello Statuto calabrese*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

Certo, rimane confermato che il Governo, ove ritenga che una legge regionale ecceda la competenza della Regione, può promuovere la questione di legittimità costituzionale innanzi alla Corte costituzionale, ma risulta del tutto pacifico che, con una simile scelta di riforma statutaria, la Regione si è privata di quell'autocontrollo interno del rispetto statutario – e quindi della primazia dello Statuto (nelle forme e con i limiti più volte richiamati) sulla legge regionale – che l'avrebbe più agevolmente posta al riparo delle possibili (e ricorrenti) censure della Corte costituzionale.

2. La prima giurisprudenza della Corte costituzionale (sentenze 378/2004 e 12/2006)

Nella quasi totalità delle Regioni, gli Statuti prevedono l'istituzione di organi di garanzia statutaria¹² con funzioni di valutazione della conformità allo Statuto delle deliberazioni legislative (dunque non delle leggi promulgate) o dei progetti di legge e, spesso, anche delle deliberazioni regolamentari o dei relativi progetti. Si tratta, in via generale, di procedimenti normativi (in materia legislativa e/o regolamentare) di tipo facoltativo (su richiesta di soggetti istituzionali individuati in via statutaria e/o legislativa) o anche obbligatorio (per previsione statutaria espressa)¹³ che, a seconda delle diverse discipline statuta-

(12) Essi sono diversamente denominati; così ad es. nello Statuto abruzzese (artt. 79-80) è denominato "Collegio regionale per le garanzie statutarie"; in quello calabrese (art. 57) "Consulta statutaria" (ora soppressa; v. anche *r. int. C. reg.*, approvato con delib. 27 maggio 2005, artt. 95-96 e artt. 129-130); in quello emiliano (art. 69) "Consulta di garanzia statutaria" (v. anche *r. int. C. reg.* del 4 dicembre 2007, art. 55); in quello laziale (art. 68) "Comitato di garanzia statutaria", in quello umbro (artt. 81-82) "Commissione di garanzia statutaria". Si veda anche St. Liguria, artt. 74-75 (v. anche *r. int. C. reg.*, approvato con delib. 9 giugno 2006, art. 136); St. Piemonte, artt. 91-92; St. Puglia, art. 47 ss.; St. Toscana, art. 57. In tema cfr. almeno A. FERRARA, *Gli Statuti e la normativa istituzionale delle Regioni ordinarie*, cit.; A.M. CUCURACHI, F. MOI, *Gli organi di garanzia statutaria*, in www.consiglio.regione.toscana.it; CONSIGLIO REGIONALE ASSEMBLEA LEGISLATIVA REGIONALE DELLA LIGURIA, *Documentazione in tema di organismi di garanzia statutaria*, VIII legislatura, luglio 2007; D. BALDAZZI, *Gli organi di garanzia statutaria: arbitri o vittime della politica regionale?*, cit.

(13) St. Emilia-Romagna, art. 56, comma 3, secondo cui "la legge può prevedere che l'adozione di un regolamento sia preceduta dal parere della Consulta di garanzia statutaria".

rie regionali, s'inseriscono tra l'iniziativa normativa e l'approvazione dell'atto (legge o regolamento), ovvero tra l'approvazione della deliberazione normativa e la sua promulgazione o emanazione¹⁴.

Il parere di non conformità da parte dell'organo di garanzia statutaria può essere superato da una nuova deliberazione dell'organo regionale competente in via definitiva per l'atto normativo in questione. A tal fine, talora si richiede una deliberazione "con motivata decisione" (St. Reg. Calabria; St. Reg. Emilia-Romagna), talora un'approvazione a maggioranza assoluta (St. Reg. Abruzzo; St. Reg. Calabria; St. Reg. Lazio)¹⁵. Tra le altre funzioni assegnate a detti organi si rinvengono, inoltre, la risoluzione dei conflitti (interorganici) di attribuzione e di competenza, il giudizio di ammissibilità dei referendum e delle iniziative legislative popolari, il giudizio sulla legittimità del regolamento interno del Consiglio regionale, i compiti amministrativi inerenti lo svolgimento delle elezioni, nonché varie funzioni di consulenza tecnico-giuridica.

Tanto brevemente sottolineato della differenziata disciplina statutaria degli organi di garanzia statutaria, ci soffermeremo ora a richiamare gli orientamenti accolti nelle pronunce della Corte aventi ad oggetto l'organo di garanzia statutaria – sentenza 378/2004 e sentenza 12/2006¹⁶ – che hanno preceduto quella più recente (sentenza 200/2008)¹⁷, nonché quest'ultima, rinviando alla dottrina regionalistica per l'approfon-

(14) Sul punto cfr. anche R. ROMBOLI, *La natura e il ruolo degli organi di garanzia statutaria*, cit.

(15) Sul punto cfr. anche G. CAIVANO, *Il carattere preventivo e la natura amministrativa delle decisioni*, cit., p. 5 ss.

(16) Su cui cfr. A. RUGGERI, *Il cappio alla gola degli Statuti regionali: a margine di Corte cost. 12/2006 e di altre pronunzie recenti in tema di autonomia statutaria*; M. TIMIANI, *Statuti regionali: un nuovo tassello sulla forma di governo*; S. MANGIAMELLI, *Lo Statuto della Regione Abruzzo al vaglio della Corte costituzionale*; A. RIDOLFI, *La Corte costituzionale nega ai partiti politici la possibilità di sollevare conflitti di attribuzione*, tutti pubblicati in *Forum di quaderni costituzionali*.

(17) Su cui, oltre ai contributi già citati in nota 1, cfr. anche R. ROMBOLI, *La natura amministrativa degli organi di garanzia statutaria e delle relative decisioni: la Corte costituzionale infrange il sogno di un'Alta corte per la regione calabrese*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

dimento delle tematiche connesse alla natura dell'organo, a quella dell'attività svolta e a quella, infine, della rigidità statutaria¹⁸.

Nella prima delle tre pronunce (sentenza 378/2004), la Consulta era chiamata a stabilire se la previsione, contenuta nella disposizione censurata di illegittimità costituzionale (art. 82 della deliberazione statutaria della Regione Umbria) per violazione degli artt. 121 e 134 Cost., di "decisioni" su oggetti dalla stessa determinati potesse ritenersi compatibile con la natura amministrativa dell'organo di garanzia statutaria o se, al contrario, il carattere vincolante di tali atti non li qualificasse piuttosto come sostanzialmente giurisdizionali e in quanto tali estranei alla sfera di competenza del legislatore regionale. Nella soluzione della questione di legittimità costituzionale della disposizione, la Consulta sottolinea come risulti pacifico attribuire a simili organi di garanzia il potere consultivo, ancorché il contenuto negativo del parere reso dagli stessi determini l'obbligo di riesame dell'atto. In ogni caso, come si fa osservare da parte della Corte, "la disposizione impugnata fa espresso riferimento a un potere consultivo della Commissione (di garanzia statutaria), da esplicarsi attraverso semplici pareri, che, se negativi sul piano della conformità statutaria, determinano come conseguenza il solo obbligo di riesame, senza che siano previste maggioranze qualificate ed anche senza vincolo in ordine ad alcuna modifica delle disposizioni normative interessate" (sentenza 378/2004, considerato in diritto n. 9). La motivazione di un simile orientamento, in tale ottica, viene colta nella stessa considerazione secondo cui, nella successiva sentenza 200/2008, il Giudice delle leggi affermerà che

(18) Sul punto, fra gli altri, cfr. almeno T. GROPPI, *Quale garante per lo Statuto regionale?*, cit.; ID., *La "consulta" dell'Emilia-Romagna nel quadro dei nuovi organi regionali di garanzia statutaria*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2005; M. BARBERO, *Lo "stato dell'arte" dei procedimenti di revisione degli Statuti regionali: gli organi di garanzia statutaria*, in www.federalismi.it, 2004, 7; D. BALDAZZI, *Gli organi di garanzia statutaria: arbitri o vittime della politica regionale?*, cit.; A. CARDONE, *Gli organi di garanzia statutaria tra suggestioni del diritto comparato, "paletti" della Corte costituzionale ed apodittiche ricostruzioni del sistema delle fonti*, in M. CARLI, G. CARPANI, A. SINISCALCHI (a cura di), *I nuovi Statuti delle Regioni ordinarie. Problemi e prospettive*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 277 ss.; A. SPADARO, *Dal "custode della Costituzione" ai "custodi degli Statuti"*, cit.; C. NAPOLI, *Le consulte di garanzia statutaria nei nuovi Statuti regionali: alla ricerca di un modello*, cit.

“la competenza ad emanare atti decisori non è riservata agli organi giurisdizionali, giacché l’ordinamento giuridico italiano conosce da lungo tempo molteplici tipi di atti riconducibili alla categoria delle decisioni amministrative. Queste ultime si caratterizzano per essere atti amministrativi di accertamento, volti a risolvere conflitti, decidendo, in un caso concreto, sull’applicabilità di una norma o sulle modalità di applicazione della stessa” (considerato in diritto n. 5.1)¹⁹.

Se indubbio appare il riconoscimento alle consulte statutarie di un potere amministrativo, di natura consultiva, seguendo una giurisprudenza risalente con riguardo alla legittimità di “contenuti eventuali” degli Statuti, due anni più tardi rispetto alle prime due richiamate sentenze, il Giudice delle leggi avrà modo di ribadire, nella stessa direzione di quanto già affermato nella sentenza 12/2006, che “l’introduzione di un organo di garanzia nell’ordinamento statutario regionale non è, come tale, in contrasto con la Costituzione, ferma restando la necessità di valutare, nei singoli specifici profili, la compatibilità delle norme attributive allo stesso di competenze determinate” (sentenza 12/2006, considerato in diritto n. 7).

Tale ultima problematica sarà oggetto di scrutinio nella più recente pronuncia sulla legge regionale calabrese di attuazione statutaria; tuttavia, nella già richiamata pronuncia resa nel giudizio di legittimità costituzionale di individuate disposizioni dello Statuto abruzzese, la Corte aveva già pienamente risolto la questione della conformità a Costituzione degli organi di garanzia statutaria. Afferma in tal senso la Corte: “[...] nessuna limitazione viene a soffrire la potestà legislativa del Consiglio regionale, che rimane intatta sia nelle materie sia nell’estensione della sua capacità regolativa. L’introduzione di un particolare, eventuale, passaggio procedurale, consistente nel parere del Collegio regionale per le garanzie statutarie, rientra nella disciplina del procedimento legislativo regionale, ricompresa indubbiamente nei ‘principi fondamentali di organizzazione e funzionamento’ attribuiti dall’art. 123, comma 1, Cost. alla potestà statutaria delle Regioni.

(19) Sul punto, in dottrina, cfr. C. MIGNONE, *I collegi regionali di garanzia statutaria come organi autori di provvedimenti amministrativi*, in *Quaderni regionali*, 2007.

Inoltre, la motivazione richiesta perché il Consiglio regionale possa deliberare in senso contrario ai pareri e alle valutazioni del Collegio di garanzia non inerisce agli atti legislativi, ma alla decisione di non tener conto del parere negativo, che costituisce atto consiliare distinto dalla deliberazione legislativa e non fa corpo con essa. Infine, la norma statutaria impugnata si riferisce esplicitamente alle ‘deliberazioni legislative’ e non alle leggi. Tale constatazione fa venir meno ogni perplessità circa una possibile, illegittima limitazione del potere presidenziale di promulgazione e sulla asserita introduzione di una nuova forma di controllo di legittimità costituzionale delle leggi” (sentenza 12/2006, considerato in diritto n. 7).

3. La sentenza della Corte costituzionale 200/2008 sulla legge regionale della Calabria 2/2007

Così richiamate le argomentazioni di fondo delle due citate pronunce, occorre ora soffermarci sugli orientamenti accolti nella più recente pronuncia del Giudice delle leggi (sentenza 200/2008), nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 3, comma 1, 6, 7 e 8 della legge della Regione Calabria 5 gennaio 2007, n. 2 (*Istituzione e disciplina della Consulta Statutaria*), promosso con ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri.

Si tratta, come si è fatto già osservare, di un orientamento giurisprudenziale indubbiamente “benevolo” nei confronti del legislatore statutario calabrese, che porta la Corte a seguire una interpretazione adeguatrice nei confronti di una disciplina legislativa “studiatamente ambigua”²⁰, quella che ha riguardo alla natura dell’attività cui la stessa è chiamata nella espressione dei pareri; un orientamento che non taglia di netto su molte ambiguità intrattenute dalla legge regionale calabrese quanto alla possibile lettura di una natura giurisdizionale dell’organo²¹.

(20) In tal senso, A. RUGGERI, *Il doppio volto della Consulta statutaria calabrese*, cit.

(21) Come ad es. gli artt. 6 e 7 specificamente nella parte in cui qualifica in termini volutamente generici gli atti posti in essere dall’organo (segnatamente le c.d. decisioni) e ancora, laddove qualifica – con disposto non censurato dalla Corte – come giudizio l’accertamento posto in essere dalla Consulta in merito alla “statutarietà” delle proposte

Con tale pronuncia, la Corte ha sancito, in particolare, che un obbligo di aggravamento del procedimento legislativo regionale (maggioranza assoluta e decisione motivata, ai sensi dell'art. 57, comma 7, dello Statuto calabrese) per superare il parere negativo della Consulta statutaria non costituisce una violazione della Carta costituzionale, in quanto una simile previsione costituisce null'altro che un'autolimitazione posta dal legislatore statutario (ai sensi dell'art. 123, comma 1, Cost.) a garanzia della rigidità dello Statuto, e dunque tale aggravamento deve rientrare nell'autonomia statutaria che si manifesta anche nello stabilire regole di "organizzazione e funzionamento della Regione"; dunque legittimo è l'obbligo di riesame dell'atto.

Come osserva in tal senso Antonio Ruggeri,

la Corte non ha voluto – saggiamente – far crollare l'intero impianto della legge impugnata. Ciò che l'avrebbe, tra l'altro, verosimilmente obbligata a far luogo ad una corposa pronuncia di illegittimità costituzionale, forse persino estesa – sempre che possibile (e la questione, com'è noto, è fortemente discussa) – alle norme, statutarie e non, di altre Regioni relative a tali organi di garanzia²².

Nell'*iter* argomentativo seguito, preliminarmente, la Consulta sancisce l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata con riguardo agli artt. 6, 7 e 8 della l.r. calabrese 2/2007 rispetto al parametro dell'art. 123, comma 4, Cost. (*Consiglio delle autonomie*). Come osserva la Corte nel considerato n. 2 della sentenza ora in esame "La Consulta statutaria istituita e disciplinata dalla legge della Regione Calabria oggetto del presente giudizio è organo ben diverso da quello previsto dal citato art. 123 Cost., in quanto non svolge funzioni di raccordo e consultazione tra la Regione e gli enti locali, ma, in Calabria come in altre Regioni, esercita funzioni di garanzia e consulenza sull'applicazione e l'interpretazione delle norme statutarie. Il parametro evocato dal ricorrente riguarda pertanto un organo diverso

di leggi e regolamenti (così A. RUGGERI, *Il doppio volto della Consulta statutaria calabrese*, cit.; P. SALVATELLI, *Il ruolo degli "organi di garanzia statutaria" di nuovo al vaglio della Consulta*, in *Forum di Quaderni costituzionali*).

(22) Così, A. RUGGERI, *Il doppio volto della Consulta statutaria calabrese*, cit.

da quello oggetto della l.r. Calabria 2/2007, rendendo, di conseguenza, inammissibile la relativa censura di legittimità costituzionale”.

Tanto chiarito in via preliminare, la Corte può infine procedere a sciogliere il nodo centrale sottoposto al suo vaglio, quello della legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, della l.r. 2/2007, secondo cui “Nei sei anni dello svolgimento del loro mandato, i componenti della Consulta non possono essere perseguiti, per responsabilità penale, civile o contabile, esclusivamente, per le opinioni espresse (dissenzienti o consenzienti) e per i voti dati nello stretto esercizio delle loro funzioni”. Individuandone la *ratio* nel parallelismo con le guarentigie dei membri del Parlamento in relazione a finalità di tutela delle più elevate funzioni rappresentative (sentenza 69/1985), la Corte riconosce la guarentigia dell'insindacabilità per i voti dati e le opinioni espresse ai soli consiglieri regionali, assumendo in tal senso che “l'esigenza di rango costituzionale sottesa alla guarentigia in questione giustifica deroghe eccezionali all'attuazione della funzione giurisdizionale [...] ogni sua dilatazione al di là dei limiti precisi voluti dalla Costituzione costituisce una violazione dell'integrità della funzione giurisdizionale, posta a presidio dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge” (considerato in diritto n. 3). Inoltre, a giudizio della Consulta, esorbiterebbe in modo palese dalle competenze costituzionalmente attribuite alle Regioni una simile disciplina, trattandosi di materia riservata alla competenza esclusiva del legislatore statale, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. *D*, della Costituzione.

Prima di affrontare la questione di legittimità posta dagli artt. 7 e 8 della richiamata legge calabrese, la Corte ha modo di anticipare quanto osserverà più compiutamente in seguito (nel considerato in diritto n. 5.1) circa la natura giuridica della Consulta statutaria, la disciplina delle cui modalità di esercizio deve farsi rientrare nel potere di autorganizzazione di cui la Regione è titolare ai sensi del comma 4 dell'art. 117 Cost.

Tanto richiamato, e pienamente riconoscendo la legittimità della previsione di organi di garanzia nell'ordinamento statutario regionale, la Consulta affronta infine le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 7 e 8 della legge regionale calabrese, con riguardo specifico alla natura consultiva del parere reso dalla Consulta statutaria (ancorché il contenuto negativo dello stesso determini l'obbligo di riesame

dell'atto, ai sensi della sentenza 378/2004) e alla compatibilità delle norme attributive a tale organo di competenze determinate. Così, se le previsioni dell'art. 7 della legge regionale calabrese non si discostano da tale ambito normativo – da riconoscersi dunque pienamente conforme alle funzioni di garanzia dell'organo statutario – la Consulta individua un primo vizio di legittimità nella prima frase normativa del comma 3 dell'art. 7 della richiamata legge regionale, nella parte in cui la legge regionale disciplina un potere alla stessa non riconosciuto, quello di intervenire in uno spazio normativo che è proprio della Corte costituzionale. Pienamente conforme alla *ratio* dell'istituto, al contrario, risulta il seguito del comma appena richiamato, nel suo confermare il carattere preventivo del giudizio sulla compatibilità di proposte di legge o di regolamento con lo Statuto, prima cioè che tali atti siano rispettivamente promulgati ed emanati.

La natura e l'efficacia di tali pareri – definiti espressamente dalla Consulta come “decisioni amministrative che tendono ad eliminare dubbi e controversie sull'interpretazione delle disposizioni statutarie e delle leggi regionali riguardanti i rapporti tra la Regione e gli altri enti che operano nell'ambito del suo territorio” (considerato in diritto 5.1) – nell'ambito della procedura di formazione della legge e del regolamento rilevano, infine, nel giudizio della Consulta, con riguardo alla relativa efficacia vincolante non solo per gli organi regionali bensì anche – con interpretazione adeguatrice della disposizione impugnata – “per gli altri soggetti istituzionali interessati”. Ciò adesivamente alle previsioni della legge regionale (art. 8, comma 2, l.r. 2/2007), la quale, nel mentre ricalca, in materia *de qua*, l'elencazione delle competenze contenuta nell'art. 57, comma 5, dello Statuto calabrese, nonché il carattere vincolante delle determinazioni della Consulta statutaria, va ben oltre le previsioni statutarie che vincolano i soli organi regionali ad attenersi alle valutazioni della Consulta statutaria (art. 57, comma 7, St. Reg. Cal.).

Infine, con riguardo alla legittimità delle previsioni legislative relative alle modalità da seguirsi da parte del Consiglio regionale a fronte del parere negativo da parte dell'organo di garanzia statutaria – trattandosi, come si è più volte sottolineato, di un'attività che si colloca nel procedimento di formazione della legge o del regolamento – le stesse sono da ritenersi pienamente conformi alla Costituzione. Rica-

dono nella censura della Consulta quelle sole previsioni della legge regionale calabrese (art. 8, comma 4) che hanno riguardo ad una espressione di parere da parte della Consulta statutaria, a valle di un conflitto, nel quale la Consulta “ritenga lesa lo Statuto da leggi o da regolamenti del Consiglio rispettivamente promulgate o emanati”. Nel caso oggetto del ricorso governativo, la legge regionale calabrese conferma le previsioni del potere consiliare di rideliberare in senso contrario alle decisioni della Consulta con motivata decisione adottata a maggioranza assoluta, ma esercita un potere che evidentemente la pone illegittimamente in concorrenza con i poteri e le funzioni proprie della Corte costituzionale, e “in quanto la Consulta statutaria non può essere investita di valutazioni di legittimità concernenti leggi regionali promulgate o regolamenti emanati. Nessun ricorso a tale organo è pertanto ammissibile dopo la promulgazione della legge o l’emanazione del regolamento, poiché ogni valutazione di legittimità è riservata, nei termini, nei limiti e con le modalità previsti dalla Costituzione e dalle leggi vigenti, alla Corte costituzionale ed ai giudici ordinari e amministrativi” (considerato in diritto n. 5.3).

Se ne deve concludere, in tal modo, che, per la Consulta, le norme impugnate della legge regionale calabrese non hanno natura giurisdizionale bensì meramente amministrativa; tali decisioni sono giustiziabili davanti ai giudici sia ordinari che amministrativi e naturalmente innanzi alla Corte costituzionale; le stesse risultano conformi alle previsioni statutarie nei termini appena richiamati dalla Consulta.

Quanto poi al carattere vincolante delle decisioni della Consulta statutaria e all’ambito materiale di vigenza di tali vincoli, con interpretazione conforme allo Statuto, le stesse devono farsi ricadere nell’ambito dell’organizzazione regionale, che comprende “tutti gli enti ed organi della Regione”, con la conseguenza che tra gli altri “soggetti interessati”, menzionati dal comma 2 dell’art. 8 della l.r. calabrese 2/2007, non possano essere inclusi gli enti locali, la cui autonomia è costituzionalmente garantita dall’art. 114, commi 1 e 2, Cost.

La natura amministrativa del parere reso dalla Consulta statutaria, infine, trova la propria sanzione nella declaratoria di illegittimità dell’art. 8, comma 4, della l.r. Calabria 2/2007, giacché, come osserva conclusivamente la Consulta, “ogni valutazione sulle leggi regionali promul-

gate o sui regolamenti emanati appartiene alla competenza esclusiva rispettivamente della Corte costituzionale e dei giudici comuni, ordinari e amministrativi. 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” (considerato in diritto 5.2).

La conclusione è naturalmente rimessa ai rapporti che si verranno a consolidare anche sulla base dell’appena richiamata giurisprudenza costituzionale²³.

Con riserva di continuare a ricercare le buone ragioni che hanno evidentemente illuminato le scelte del legislatore calabrese, portandolo a rimuovere dal proprio Statuto l’organo di garanzia statutaria che era stato originariamente previsto all’art. 57 dello Statuto, gli esiti di una breve riflessione portano ad accogliere quei suggerimenti di cautela di recente sottolineati in dottrina.

Osserva in tal senso Ruggeri, con riguardo al più recente indirizzo della Corte costituzionale in materia, che occorrerebbe

maggior cautela prima di sovraccaricare di eccessivi significati e possibili valenze la pronuncia in esame, con riguardo a punti dalla stessa non toccati. Così, ad es., la circostanza per cui il controllo preventivo sia stato mantenuto non equivale a dire [...] che il parametro può esser costituito da *qualunque* disposto statutario, col conseguente pieno recupero, quanto meno sul versante dei rapporti tra le fonti nella dimensione regionale, della *vis* prescrittiva delle c.d. norme programmatiche dello Statuto, invece negata – come si sa – dalle pronunzie del 2004. Che, poi, siffatto recupero sia consigliabile (senza nondimeno [...] distinguere, come invece da altri s’è fatto, tra una proiezione meramente *interna* ed una invece *esterna* delle norme stesse) è un altro discorso, che richiede svolgimenti ulteriori, in questa sede impossibili ad aversi²⁴.

(23) Convincenti argomentazioni con riguardo al futuro delle consulte statutarie sono svolte, fra gli altri, anche da G. CAIVANO, *Il carattere preventivo e la natura amministrativa delle decisioni degli organi di garanzia statutaria*, cit.

(24) A. RUGGERI, *Il doppio volto*, cit., p. 4.

Pur non volendo sovraccaricare simili organi di garanzia statutaria, tuttavia, anche alla luce degli spazi lasciati aperti dalla giurisprudenza più recente della Corte, rimane che agli stessi si dischiude l'importante funzione di poter attendere alla risoluzione dei conflitti interni agli organi regionali, per la cui attività "sussiste oggi una reale lacuna normativa e quindi l'intervento delle Consulte corrisponde ad un effettivo bisogno di tutela"²⁵.

(25) D. BALDAZZI, *Le "consulte di garanzia statutaria" tra dispute dottrinali e concrete possibilità di azione*, cit., § 4. Come osserva in modo convincente l'Autore: "I conflitti interorganici non ineriscono all'estensione delle competenze della Regione nei confronti di altri soggetti istituzionali [...] ineriscono invece alla corretta definizione del riparto di competenze fra gli organi regionali, che costituisce materia di esclusiva spettanza regionale. Gli Statuti hanno effettivamente svolto un ruolo integrativo del testo costituzionale, rendendo 'giustiziabili' per la prima volta conflitti che oggi rivestono un carattere esclusivamente politico, e riempiendo di contenuti innovativi l'ambito materiale dei principi fondamentali di organizzazione della Regione. Non è ipotizzabile infatti alcuna controversia fra organi regionali innanzi ai giudici ordinari o amministrativi, poiché la Regione si configura come apparato amministrativo compatto, nel quale le singole strutture sono prive di soggettività, al contrario di quanto accade nelle amministrazioni disaggregate, costituite da un complesso di figure soggettive caratterizzate come centri di imputazione di atti".

Osservazioni sulle prime esperienze della Commissione di garanzia della Regione Piemonte (*)

Jörg Luther

Sommario

1. Un problema di identità – 2. Le professionalità richieste e le incompatibilità pretese – 3. I criteri informali: equilibrio territoriale e sensibilità politica – 4. (segue): anzianità ed intergenerazionalità – 5. Le funzioni: finora nessun controllo preventivo su leggi e regolamenti – 6. (segue): i conflitti di attribuzione in una forma di governo da consolidare – 7. (segue): pareri per la difesa dell'autonomia regionale nello Stato – 8. (segue): giudizi e pareri per la democrazia regionale diretta – 9. (segue): la domanda che promuove il procedimento consultivo – 10. Il potere e la subordinazione del "consulatore" – 11. L'autonomia della Commissione di garanzia – 12. L'indipendenza della Commissione di garanzia – 13. La scelta del primo Presidente della Commissione – 14. Le dimissioni del secondo Presidente della Commissione – 15. L'indipendenza del Presidente della Commissione – 16. La prospettata cooperazione interregionale degli organi di garanzia.

1. Un problema di identità

Sono state spese finora tante parole sugli organi di garanzia. Da un punto di vista interno rischiano di essere forse più d'intralcio che non di aiuto, soprattutto di impostare le pratiche in modo troppo teorico ed ideologico. Il primo e principale problema è un problema di identità che si presenta innanzitutto come questione di denominazione. "Chi siamo?" Non sappiamo come presentarci perché non sappiamo

(*) Rielaborazione dell'intervento al convegno su "Gli organi di garanzia delle 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.

come qualificarci. In un incontro di studio tenuto nel 2008 a Barcellona, i colleghi del Consejo de Garantías Estatutarias de la Generalidad de Cataluña hanno cercato di proporre la definizione di “organi di garanzia politica”. Certo gli organismi di garanzia statutaria non offrono garanzie politiche, ma possono allora essere definiti “garanti della politica”? Certo sarebbe bello che fossero definiti “garanti”, ma un garante che dà solo pareri non rischia di ingannare il pubblico? Sarebbe anche bello fosse solo un “consigliere”, ma si tratta di un organo la cui sede è stata stabilita presso il Consiglio regionale e suonerebbe quindi stonata la denominazione “Consigliere dei Consiglieri”. Forse si tratta di una sorta di “commissari”, ma anche questo suona tanto statale che alla fine è sembrato preferibile l’etichetta “membri della Commissione di garanzia”. Il che ovviamente rischia di farci confondere con le altre commissioni del Consiglio o addirittura con le commissioni di garanzia dei partiti politici ed è comunque tanto preciso ed altisonante quanto privo di sangue e nulladidente per il cittadino. Non risolve il problema dell’identità.

2. Le professionalità richieste e le incompatibilità pretese

Il problema dell’identità comporta peraltro che i sette membri della Commissione sono percepiti innanzitutto come quel che sono stati prima di essere stati eletti e che resta la loro qualifica principale, cioè professori (2), avvocati (2), ex p.m. o ex magistrati (1) ed ex consiglieri (2). Sono questi i criteri di composizione indicati dallo Statuto, criteri che sottintendono una certa esperienza e competenza tecnica e/o politica, almeno in capo a chi è stato politico di professione.

La legge istitutiva richiede tali professionalità come requisito permanente, ma dispone anche una radicale incompatibilità dell’ufficio di componente della Commissione con “qualunque attività professionale, imprenditoriale, commerciale o di pubblica funzione che possa costituire conflitto di interessi con la Regione” (art. 4 l.r. 25/2006), non prevedendo tuttavia alcun meccanismo specifico per la verifica e sanzione di simili attività, applicandosi quindi quello generale della diffida ad opera della Commissione consultiva per le nomine (art. 14 l.r. 29/1995). L’ufficio di componente della Commissione viceversa non è incompatibile con attività politiche all’interno dei partiti politici

e a nessuno dei membri della Commissione è vietato (ri-)candidarsi alle elezioni. Il problema di identità può diventare allora un problema di comportamento concreto, ad es. quando un componente non può partecipare a una riunione della Commissione per il motivo di dover fare campagna elettorale. Se si ricordano infine le maggioranze qualificate richieste per l'elezione, non è affatto preclusa una colorazione politica dell'identità dei componenti la Commissione.

3. I criteri informali: equilibrio territoriale e sensibilità politica

L'identità dipende non solo dai requisiti, ma anche dai criteri di selezione applicati, criteri la cui individuazione ed applicazione spetta alla Commissione consultiva per le nomine di cui fanno parte tutte le forze politiche presenti in Consiglio "in relazione alla loro consistenza" (art. 37). Uno dei criteri più importanti sembra essere a questo riguardo quello territoriale, cioè l'obiettivo di ottenere un buon equilibrio nell'estrazione territoriale dei componenti, evitando ad es. una sovra-rappresentazione del capoluogo della Regione. Questo criterio di territorialità potrebbe risultare perfino più importante, anche per la Commissione stessa, rispetto al criterio dell'appartenenza ad un'area politica o, addirittura, ad un'organizzazione partitica. Sotto quest'ultimo profilo, i componenti sono certamente percepiti come appartenenti a o rappresentativi di sette culture politiche di riferimento diverse, ma i legami degli ex consiglieri e degli avvocati con i partiti sono inevitabilmente più forti di quelli degli altri componenti. Non sorprende che i membri della Commissione sono stati eletti effettivamente in base ad una convenzione di ripartizione dei diritti di proposta tra i partiti rappresentati in Consiglio regionale. La legge ammette questo condizionamento partitico della composizione che può dare luogo anche ad attese ad es. in merito alla scelta del Presidente, ma mette i criteri tecnici di competenza in primo piano e vieta con un precetto di imparzialità ogni condizionamento politico dei pareri della Commissione di garanzia. Pertanto è vietato precostituire rapporti di maggioranza e opposizione politica tali da prevalere sui ragionamenti tecnici e non posso non testimoniare che nella realtà della Commissione non esistono maggioranze precostituite.

4. (segue): *anzianità ed intergenerazionalità*

Un altro criterio informale, desumibile anche dai requisiti, è l'anzianità come indicatore di esperienza. Se da un punto di vista funzionale conviene essere *ancien maître* della politica regionale ed esperto colaudato del diritto regionale, l'anzianità diventa un fattore di autorevolezza del parere, ragione per cui la Commissione assomiglia anche a una sorta di "Consiglio degli anziani" o "Senato". Tuttavia, vi possono anche essere buone ragioni per scegliere soprattutto dei professori e avvocati più giovani, purché non troppo dipendenti dalle proprie ambizioni. Infatti, questi potrebbero concorrere con particolari capacità culturali, ad es., all'interpretazione del favore statutario per gli interessi delle generazioni future (art. 5 dello Statuto) e garantire un dialogo intergenerazionale utile per attenuare il peso delle tradizioni in un'istituzione ancora giovane e in fase di sperimentazione e consolidamento. La stessa democrazia regionale è del resto una democrazia giovane e i pareri devono saper cogliere il linguaggio di committenti chiamati ad affrontare nuove situazioni e nuovi problemi.

5. *Le funzioni: finora nessun controllo preventivo su leggi e regolamenti*

La riflessione sui criteri informali dimostra che la questione dell'identità non si esaurisce in un "da dove veniamo", ma è collegata anche alle funzioni della Commissione. Non pochi politici regionali, infatti, considerano la Commissione di garanzia una "piccola Corte costituzionale", ragione per cui si pensava anche di dover soprattutto controllare leggi e regolamenti regionali. Tuttavia, della legislazione regionale *in itinere* la Commissione non si è finora mai occupata, nonostante la legge istitutiva abbia allargato le vie di accesso designate dallo Statuto, prevedendo accanto alla *saisine parlementaire* delle minoranze e quella esterna del CAL anche una forma di promozione da parte delle commissioni consiliari. Una causa culturale possono essere le gelosie dei giuristi dell'amministrazione consiliare che vogliono dimostrare la propria competenza e i timori delle stesse commissioni consiliari e dell'ufficio di presidenza che resistono alla tentazione di derubricare questioni politiche in questioni tecniche. Un'altra causa politica può essere anche il dimensionamento di un premio di mag-

gioranza che non promuove la coesione della maggioranza né quella delle opposizioni. Una causa burocratica può essere l'assenza di una disciplina specifica del sub-procedimento all'interno delle commissioni in base al quale possono essere avviate le richieste di parere delle commissioni consiliari. Sembra in ogni caso prematuro e affrettato il giudizio di quanti ritengono lo Statuto regionale privo di significato per la produzione delle fonti del diritto regionale.

6. (segue): i conflitti di attribuzione in una forma di governo da consolidare

Se si legge invece attentamente il catalogo statutario delle competenze della Commissione (art. 92), la prima funzione indicata sono i conflitti di attribuzione e questa è stata anche la prima funzione che la Commissione ha assolto nella sua breve storia. Si è trattato di una questione di interpretazione che riguardava solo indirettamente lo Statuto, vertendo innanzitutto sulla locuzione "sentita la competente commissione consiliare" in una legge regionale (l. r.n. 15/2007), che attribuisce alla Giunta la competenza di stabilire "indicatori economici, sociali, territoriali, ambientali e demografici" per le situazioni di marginalità di detti Comuni e di disciplinare "i termini e le modalità di attuazione degli interventi previsti dalla legge". In sostanza, l'opposizione lamentava che la Giunta avrebbe deliberato, non avendo "sentita" ma unicamente "informata" la commissione consiliare. Era stata lasciata alla Commissione l'individuazione dei parametri statutari, consentendo una reinterpretazione della locuzione "sentita la competente commissione consiliare" soprattutto alla luce delle funzioni di indirizzo e di controllo del Consiglio nei confronti della Giunta. Il parere (n. 1/2009) ha quindi affermato che di fronte a un dovere di informazione completa e tempestiva della Giunta, il Consiglio deve considerarsi libero di esprimere una posizione, cercando di indicare con questa interpretazione una norma e un modello di comportamento riconducibile a un dovere di cooperazione tra Giunta e Consiglio, dovere che è implicito nella forma di governo designata dallo Statuto e dal quale ne dipende il consolidamento.

7. (segue): pareri per la difesa dell'autonomia regionale nello Stato

La seconda competenza della Commissione è una specialità piemontese nel panorama nazionale ed europeo degli organi di garanzia, si potrebbe dire un modo tutto piemontese di concepire e di difendere l'autonomia regionale. Si tratta del compito di esprimere un parere "sul carattere invasivo e lesivo delle attribuzioni regionali da parte di leggi o atti aventi forza di legge dello Stato". Questa competenza rischia di collidere con le funzioni della Corte costituzionale, ma ovviamente non spetta alla Commissione dare consigli alla Consulta. Il parere può essere dato solo alla Giunta e al suo Presidente, quando non sa come difendere nella Conferenza Stato-Regioni o davanti alla Corte costituzionale l'autonomia della Regione, adempiendo in tali sedi a un proprio dovere statutario. Serve alla preparazione di atti politici o giurisdizionali coperti dalla propria responsabilità politica di fronte al Consiglio, atti che assumono quindi rilievo non esclusivamente nel processo costituzionale o nell'ordinamento statale, ma anche all'interno dell'ordinamento regionale.

Tale strumento, ad oggi, non è stato utilizzato né da parte del Presidente della Giunta, né da parte del Presidente del Consiglio o delle minoranze. Forse l'avvocatura regionale non ritiene di avere bisogno di altri consigli, forse l'assessore preferisce chiedere il parere solo se è sicuro che vada in una certa direzione e non nell'altra, ma una simile assicurazione nessuno della Commissione può dare prima della richiesta del parere. Non vi è dubbio che un parere della Commissione rischia di contraddire quello degli avvocati consulenti e di pesare su quelli che patrocinano in Corte costituzionale, ma ad es. evitare di promuovere giudizi manifestamente inammissibili o infondati può avere anche dei vantaggi di risparmio economico rilevanti per la responsabilità contabile. Solo alla fine della legislatura, la Presidente della Giunta ha infine richiesto due pareri di notevole rilevanza, peraltro in una situazione problematica non solo per l'imminenza della campagna elettorale, ma anche perché in quella fase è ovviamente più vulnerabile l'autonomia e non era stata nemmeno convocata la Conferenza Stato-Regioni (cfr. i pareri 1 e 2/2010). Il primo riguardava il c.d. decreto-legge "salva elezioni", dalla Regione impugnato davanti alla Corte costituzionale e dopo il parere decaduto per mancata

conversione in legge. Il secondo aveva per oggetto un decreto-legge convertito in legge in materia di interventi urgenti di prevenzione del dissesto idrogeologico per un ammontare di complessivamente 1.000 miliardi di euro e rispetto al quale si è poi deciso di non impugnare.

8. (segue): giudizi e pareri per la democrazia regionale diretta

Le funzioni fin qui presentate possono essere ricondotte al denominatore comune di garanzie dell'autonomia politica della Regione, peraltro garanzie "consultive". Si tratta di una specie particolare di attività di consulenza che a differenza di quella confidenziale del "consulente" deve svolgersi in pubblico, nel rispetto di regole procedurali e sotto un'eventuale controllo del giudice amministrativo. I pareri servono ad interpretare le fonti giuridiche dell'autonomia della Regione, fonti che da un lato discendono dallo Statuto che determina la forma di governo, i principi fondamentali di organizzazione e funzionamento e l'esercizio dei diritti politici (art. 123 Cost.), dall'altro dalla Costituzione che determina le attribuzioni e gli organi costituzionali della Regione nonché ulteriori "forme e limiti" della democrazia (art. 1). Sul piano delle fonti vanno accuratamente distinti questi aspetti. Tuttavia, la stessa Costituzione prescrive agli organi statali e regionali di leggere gli Statuti sempre "in armonia con la Costituzione" e gli Statuti si auto-integrano con rinvii alle fonti della Costituzione, vietando quindi di isolare un profilo dall'altro. Questo vale anche per il quarto compito o gruppo di funzioni della Commissione piemontese: il "giudizio" sulla ricevibilità e sull'ammissibilità delle proposte di referendum e i pareri sulle "questioni tecnico-giuridiche che concernono l'interpretazione e l'applicazione al caso concreto delle norme statutarie e delle leggi regionali in materia di istituti di partecipazione di cui al Titolo IV dello Statuto, nonché delle altre leggi nazionali e regionali di cui si renda necessaria l'interpretazione o l'applicazione nel corso dei predetti procedimenti" (art. 8 l.r. 25/2006). Si tratta di una funzione consultiva (e di consulenza) già in passato affidata ad un'apposita Commissione ed espletata per la prima volta nel secondo parere della Commissione (n. 2/2009) che aveva per oggetto un'iniziativa popolare che mirava ad escludere come obiettivo del piano energetico regionale la produzione di energia nucleare. L'ammissibilità dell'iniziativa

popolare presuppone una competenza legislativa regionale e la piena coerenza delle disposizioni proposte con lo Statuto nonché armonia con la Costituzione e in questo caso era evidente che il profilo della competenza e dei contenuti coinvolgeva addirittura profili di diritto dell'Unione europea. Il parere non può garantire l'autonomia politica della democrazia regionale, se non verifica tutti i limiti legittimi posti a tale autonomia. Proprio il caso dell'iniziativa popolare, una specie privilegiata del diritto di petizione, dimostra peraltro che la garanzia non si limita al diritto oggettivo o al potere di autonomia, ma si estende anche ai diritti politici e, nella misura in cui le iniziative si propongono di rafforzare la tutela di altri diritti fondamentali, di libertà o sociali, indirettamente perfino a questi ultimi.

9. (segue): la domanda che promuove il procedimento consultivo

Se il parere svolge una funzione di garanzia non solo del diritto oggettivo, ma almeno indirettamente anche di poteri e diritti soggettivi, alla domanda "che cosa" deve aggiungersi "chi" viene garantito. Vediamo innanzitutto quali soggetti dell'amministrazione politica attiva possono chiedere il parere alla Commissione, perché certamente non può attivarsi d'ufficio e nemmeno chiedere di chiedere determinati pareri. La Commissione si era presentata in due incontri sia alla Presidente della Giunta sia al Presidente del Consiglio. Solo alla fine della scorsa legislatura la prima ha firmato due richieste di parere, mentre il secondo si è limitato a trasmettere i pareri richiesti dall'opposizione e le iniziative popolari ricevute dall'amministrazione consiliare. Alle *saisines présidentielles* dovrebbero aggiungersi tuttavia non solo quelle delle opposizioni e del popolo, perché le fonti ammettono a chiedere pareri anche le commissioni consiliari e il Consiglio delle autonomie locali. La prima ipotesi è stata tuttavia ignorata dai lavori di revisione del regolamento interno del Consiglio, mentre il CAL è tuttora in attesa del completamento della sua legge elettorale. In caso di conflitti di attribuzione che coinvolgono organi della Regione diversi da quelli elencati nello Statuto (art. 16: Consiglio, Presidente della Giunta, Giunta), ad es. il (futuro) Consiglio regionale dell'economia e del lavoro (art. 87), l'Ufficio del Difensore civico (art. 90) e la Commissione per le pari opportunità (art. 93), gli organi ammessi potreb-

bero chiedere inoltre pareri dietro interpellanze di questi ultimi. In un incontro della Commissione con la conferenza dei capigruppo del Consiglio regionale è emersa infine la possibilità di concordare in una logica *bipartisan* una norma convenzionale al fine di instaurare una prassi interpretativa che chieda per tutte le leggi organiche dell'organizzazione regionale previste dallo Statuto un parere della Commissione. Nella prassi consiliare è prevalso invece l'interesse ad arrivare ad un'intesa sulla riforma del regolamento del Consiglio che arginasse l'ostruzionismo. In questo quadro di sviluppo piuttosto prudente della "domanda" di pareri, la Commissione ha avuto finora poco lavoro. In ogni caso, non può ritenersi un organo di garanzia soltanto al servizio delle istituzioni, cioè della maggioranza e delle opposizioni, del Consiglio e della Giunta, della Regione e degli enti locali, ecc. Anche quando le istituzioni richiedono pareri, rappresentano in ultima istanza una domanda di garanzia dei cittadini, *in primis* del loro diritto ad una democrazia regionale autonoma, rappresentativa e diretta.

10. *Il potere e la subordinazione del "consultore"*

In un testo bellissimo del 1963 dal titolo *Comandi e consigli* (negli scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo), Norberto Bobbio ha cercato di distinguere il mondo crudo dei comandi o imperativi giuridici, della *dura lex*, dal mondo più elaborato, persuasivo e mite dei consigli del diritto. La storia delle idee politiche, a partire da Suarez, Hobbes e Tomasius ha insegnato al costituzionalismo moderno che vanno distinti questi due ruoli. Innanzitutto, a differenza di colui che comanda, colui che consiglia non può avere un potere di sanzione. A differenza della sentenza di un giudice, il consultore decide "sulle" parole, ma "per mezzo" delle parole, essendo le sue non vincolanti. Al di là dei doveri di riconsiderazione, ulteriori vincoli discendono solo dalle fonti parametro del parere e, come tali, possono essere fatte valere solo davanti a giudici, ordinari, amministrativi o costituzionali. La sanzione del consiglio violato consiste semmai in una incertezza su conseguenze che non dipendono dalla volontà di chi consiglia. Norberto Bobbio ha insistito su questa ambiguità del potere consultivo, essendo il parere qualcosa di meno di un "precetto" e qualcosa di più di un "avviso" relativo ad una sanzione altrui. Infatti, chi non chiede o non rispetta

un parere giusto si assume una maggiore responsabilità, mentre colui che chiede e rispetta un parere errato, invece, può vedersela attenuata o fare valere una responsabilità da parte di chi lo ha mal consigliato. In questo si riflette l'autorevolezza del parere, ma anche una necessità di subordinazione del consultore. In effetti, chiunque consiglia sarà sempre subordinato a colui che riceve il consiglio, mentre chiunque comanda sarà sempre superiore a colui che deve obbedire al comando ricevuto. Colui che comanda esercita pertanto diritti e può esortare all'obbedienza. Colui che esprime un parere adempie solo a doveri e sperare che trovino ascolto.

11. L'autonomia della Commissione di garanzia

Il consultore può quindi essere superiore nell'autorevolezza del proprio sapere tecnico rispetto a colui che chiede il suo parere, ma non deve dimenticare che il parere viene "richiesto", ossia comandato. Bobbio osserva che "se il consigliare non può essere mai, in base alla sua stessa definizione, fonte di regole giuridiche, nulla vieta che possa essere esso stesso attività regolata dal diritto". A questo punto si pone il problema dell'autonomia della funzione consultiva. In che misura i consultori possono dare a se stessi delle regole su come svolgere tale funzione. Forse non godono di un'autonomia paragonabile a quella della funzione di giurisdizione costituzionale della Corte costituzionale, ma il problema delle fonti non è meno complicato. Lo Statuto della Regione Piemonte stabilisce con riguardo alla Commissione di garanzia che la legge regionale detta le "norme per la sua costituzione e il suo funzionamento" (art. 91, comma 3). La legge regionale 26 luglio 2006, n. 25 dispone: "L'Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale definisce le ulteriori modalità di funzionamento e organizzazione della Commissione" (art. 4, comma 4). L'Ufficio di Presidenza del Consiglio ha infine deliberato che "la Commissione disciplina ulteriori modalità di organizzazione e funzionamento con proprio regolamento interno". Forse in questa cascata si è perso il fondamento normativo del potere regolamentare della Commissione che non potrebbe derivare da una fonte non prevista dallo Statuto. Ma di fronte a una delibera dell'Ufficio di Presidenza che comanda l'emanazione di un regolamento interno, la Commissione ha il dovere di dare seguito,

dovere tutt'al più attenuabile da un'interpretazione della delibera tale da consentire l'esternazione dei dubbi relativi al fondamento dello stesso potere normativo. Pertanto il verbale della seduta nella quale è stato infine adottato il regolamento contiene un'osservazione del sottoscritto spiegata anche al nuovo Ufficio di Presidenza dell'attuale legislatura che conclude: "La Commissione è pertanto tenuta a dare esecuzione alla delibera dell'Ufficio di Presidenza 35/2008 e a deliberare il regolamento demandato. Nulla vieta tuttavia alla Commissione di esternare i propri dubbi sulla coerenza statutaria del potere regolamentare così attribuiti, rimettendosi alle valutazioni e determinazioni degli organi regionali competenti".

12. *L'indipendenza della Commissione di garanzia*

La dialettica degli organi della Regione è ben diversa da quella dei poteri dello Stato, anche se autorevole dottrina pone il potere consultivo degli organi di garanzia sotto l'idea dei "contrappesi", termine che sembra sottintendere una qualificazione dell'organo di garanzia come un fattore di "equilibrio fra poteri". Ma la Commissione non è certo né un terzo o quarto potere, offrendo tutt'al più qualche *check* ma non anche una *balance*. Il primo problema dogmatico che ne deriva è piuttosto se questa funzione di controllo *sui generis*, come quella svolta dalla Corte costituzionale, consente di qualificare la stessa Commissione come "organo della Regione" ai sensi delle norme sui pareri sui conflitti di attribuzione, con il rischio di dover dare pareri non disinteressati. Il secondo problema che ne deriva è quello di definire il tipo di indipendenza che l'ordinamento riconosce alla Commissione. Se dipende dalla richiesta di pareri, deve non di meno essere indipendente nel merito, cioè rendere pareri imparziali. Questa indipendenza funzionale non significa che i pareri non possono essere discussi in Consiglio, né che diano luogo ad una immunità. A differenza di consiglieri e giudici i membri di un organo consultivo possono infatti incorrere in tutte le responsabilità giuridiche, incluse quelle contabili. Essendo anche le parole della Commissione non gratuite – anche se meno costose di pareri *pro veritate* di parte – la responsabilità dei suoi membri probabilmente non si limiterà al valore dei gettoni di indennità percepiti.

13. La scelta del primo Presidente della Commissione

Nella sua prima seduta, la Commissione ha eletto all'unanimità a primo Presidente della Commissione il più anziano dei componenti eletti in Consiglio, già partigiano ed assessore regionale alla sanità. In quanto leader politico anziano di un partito di minoranza, era stato indicato da un gruppo non appartenente alla maggioranza, ma nemmeno sempre allineato alle altre opposizioni. Poteva pertanto identificarsi ed essere identificato, per alcuni in modo ambiguo, per altri in modo politicamente conveniente, tanto con la minoranza che lo aveva designato quanto con una posizione di equidistanza tra opposizioni e maggioranza. Forte di questo ragionamento condiviso dall'Ufficio di Presidenza, il Presidente del Consiglio regionale comunicò pertanto nella prima riunione, da lui presieduta, della Commissione eletta una raccomandazione informale ad eleggere a Presidente della Commissione questa persona che più di tutti sembrava idonea a rappresentare anche l'insieme dei commissari eletti dal Consiglio stesso. Questa raccomandazione riuscì ad influenzare la scelta della Commissione che ribadiva peraltro che non poteva trattarsi di un indirizzo politico giuridicamente vincolante. Infatti, lo Statuto disegna la Commissione come un "organismo indipendente della Regione" che "elege al proprio interno" il Presidente (art. 91), locuzione che significa non solo "tra i propri componenti", ma anche senza mandati imperativi o ingerenze di soggetti esterni. L'art. 4, comma 3, l.r. 25/2006, stabilendo che il Presidente del Consiglio regionale convoca la Commissione per la prima elezione del Presidente e "ogni qualvolta si debba procedere all'elezione del Presidente per scadenza del mandato, dimissioni, decadenza, impedimento permanente o morte" (comma 1) è stato interpretato come norma che ammette queste indicazioni informali da parte del Consiglio, ma non consente di considerarle giuridicamente vincolanti. Il dovere di imparzialità (art. 1 l.r. 25/2006) vieta invece ai membri della Commissione di rappresentare all'interno della Commissione, quindi anche nel procedimento elettorale, gli interessi di un singolo partito o anche solo gli interessi della maggioranza politica o delle opposizioni in Consiglio. Il Consiglio regionale può pertanto appellarsi alla sensibilità degli eletti per mezzo del suo Presidente ed esprimere un'indicazione – con o senza motivazione – non vincolante

su quale dei membri eletti può essere considerato più idoneo a rappresentare l'equilibrio politico e la terzietà sottesa a tale scelta iniziale. In questo modo non si instaura un rapporto di fiducia politica tra il Presidente della Commissione e il Consiglio, ma si avvia un rapporto di leale collaborazione e si crea un canale di comunicazione e dialogo tra l'organo politico attivo e quello tecnico di garanzia. Il rispetto dell'indipendenza dell'organismo e i doveri dell'imparzialità vietano poi di usare tale canale di comunicazione per anticipare orientamenti o per condizionare la scelta del relatore al momento della richiesta del parere.

14. Le dimissioni del secondo Presidente della Commissione

In seguito alla morte del primo Presidente della Commissione di garanzia della Regione Piemonte (27 agosto 2009) e all'elezione suppletiva del membro subentrante (22 ottobre 2009), la Commissione di garanzia, convocata dal Presidente del Consiglio regionale, ha eletto con la maggioranza assoluta dei suoi membri a Presidente nuovo il decano della Commissione, peraltro a suo tempo eletto su indicazione di un altro gruppo di minoranza e già delegato a svolgere una funzione vicaria da parte del Presidente defunto (10 dicembre 2009). Nella seduta plenaria del Consiglio regionale del 15 dicembre 2009, il consigliere e rappresentante unico del gruppo consiliare che a suo tempo aveva indicato il membro deceduto e ora quello subentrante eccepì la violazione di una regola convenzionale secondo cui la presidenza della Commissione di garanzia spetterebbe al componente indicato dalla sua minoranza. Il nuovo Presidente della Commissione sarebbe stato eletto da una maggioranza politica nella Commissione senza attendere un'indicazione da parte delle opposizioni del Consiglio. Con questa motivazione, il consigliere presentò una richiesta di inversione dell'ordine del giorno, iniziando una pratica di ostruzionismo, peraltro basata su una disposizione del regolamento del Consiglio appena abrogata da una riforma ma considerata ancora applicabile fino alla fine della legislatura. Di fatto fu bloccata l'approvazione del bilancio della Regione. La Commissione, convocata d'urgenza con un ordine del giorno che prevedeva delle comunicazioni del Presidente del Consiglio regionale, decise di accettare le dimissioni del proprio

Presidente: “rilevato che le dimissioni non dipendono da alcun vizio di procedura della nomina; riaffermati nella loro pienezza i principi di indipendenza ed autonomia della Commissione di garanzia, che ne rappresentano i fondamenti legislativi e statutari di operatività;” e “ritenuto che le eventuali indicazioni, purché tempestive, dei gruppi consiliari di minoranza comunicate dal Presidente del Consiglio regionale potranno essere liberamente tenute presenti ai fini della nomina del Presidente della Commissione di garanzia”. Nella seduta successiva, il Presidente del Consiglio comunicò un orientamento dei gruppi del consiglio a favore del membro subentrato che fu poi effettivamente eletto. Il capogruppo presentò alle elezioni successive una lista alleata con la Presidente uscente che tuttavia perse le elezioni, con il risultato che il Presidente della Commissione risulta anche nella nuova legislatura essere “espressione” più delle opposizioni che della maggioranza.

15. L'indipendenza del Presidente della Commissione

Ai fini di una corretta valutazione di questi fatti va innanzitutto ricordato che la Commissione di garanzia non è soggetta a un potere di indirizzo e controllo del Consiglio paragonabile a quello esercitato sulla Giunta regionale (art. 26, comma 2, Statuto). Qualora l'elezione “al proprio interno” fosse effettivamente controllata dalla maggioranza politica che regge la Giunta, dalle opposizioni nel Consiglio regionale o da altre coalizioni partitiche all'interno della Commissione, sarebbero compromessi i principi di imparzialità e di indipendenza della stessa. La garanzia statutaria dell'indipendenza, tuttavia, non impone di considerare i membri della Commissione di garanzia esenti da ogni responsabilità diffusa per l'elezione del proprio Presidente. Non sono sfiduciabili o suscettibili di sanzioni disciplinari, ma come tutti i titolari di cariche pubbliche create con procedure democratiche sono soggetti al diritto di critica degli organi rappresentativi della cittadinanza. Pertanto rientra anche nei poteri del Consiglio regionale discutere l'effettiva indipendenza e imparzialità dei membri della Commissione nella scelta del proprio Presidente, senza poter pretendere con questo un rapporto di fiducia, indirizzo e controllo. Il Presidente del Consiglio è anche legittimato a comunicare eventuali

critiche alla Commissione, purché non implicino richieste di dimissioni. Una violazione dell'indipendenza si ha invece nel caso in cui si passi dalla persuasione alla minaccia di un male come la mancata approvazione del bilancio. L'uso dell'ostruzionismo come minaccia per ottenere una decisione non già dallo stesso Consiglio, ma da organi non soggetti ai poteri di indirizzo e controllo del Consiglio potrebbe costituire un caso di lesione dell'attribuzioni di quest'altro organo. Tuttavia, la Commissione non poteva respingere le dimissioni adducendo a motivo una situazione di fatto sindacabile innanzitutto da parte del Consiglio regionale. Si può riflettere se era possibile e utile richiedere un parere su conflitto di attribuzione, parere che avrebbe dovuto affrontare innanzitutto la questione se per "organi della Regione" si intendono solo quelli individuati dalla Costituzione o anche quelli individuati dallo Statuto. Nel merito di questo conflitto, si sarebbe dovuto poi discutere se la facoltà del Presidente del Consiglio di comunicare una raccomandazione per la scelta del nuovo Presidente avrebbe potuto consentire un rinvio della seduta elettorale per la mancanza di un consenso politico in Consiglio o se invece era dovere della Commissione procedere ad un'elezione anche in assenza di una tale raccomandazione. Altro scenario ipotizzabile era che il Consiglio regionale riformasse la legge istitutiva per disporre che il mandato del Presidente della Commissione terminasse in ogni caso con la fine della legislatura. Altro ancora che si procedesse a una revisione dello Statuto per sostituire il modello dell'elezione interna del Presidente con uno di elezione esterna. Simili riforme avrebbero forse garantito una maggiore efficacia alla regola convenzionale *in fieri* secondo cui il Presidente della Commissione deve essere il più possibile espressione di una convergenza tra maggioranza ed opposizioni e, nel dubbio, più vicino alle opposizioni che non alla maggioranza, ma avrebbero ridotto maggiormente l'indipendenza della Commissione. La prudenza comune sembra insegnare che in futuro il potere del Consiglio di esprimere un'indicazione tempestiva e non giuridicamente vincolante garantirà al meglio l'indipendenza del Presidente e l'imparzialità dei pareri della Commissione.

16. La prospettata cooperazione interregionale degli organi di garanzia

L'idea di avviare una cooperazione interregionale tra gli organi di garanzia, pur apprezzabile sotto vari profili, pone qualche problema ulteriore. L'art. 117, penultimo comma, della Costituzione stabilisce una riserva di legge regionale per le intese della Regione con altre Regioni finalizzate "al migliore esercizio delle proprie funzioni, anche con l'individuazione di organi comuni". L'istituzione di una conferenza non necessariamente significherebbe l'istituzione di un organo comune, ma per rispettare l'indipendenza della Commissione piemontese potrebbe prendere decisioni e risoluzioni sempre solo all'unanimità. Per creare invece semplicemente una rete di comunicazione e di scambio delle esperienze, ad es. attraverso convegni annuali o biennali a rotazione, potrebbe essere sufficiente anche solo un'attività della conferenza dei Presidenti dei Consigli dei cui uffici si avvalgono gli organi di garanzia. Una tale domiciliazione potrebbe anche non collidere con la competenza del Presidente della Giunta di rappresentare la Regione verso l'esterno. In ogni caso, la cooperazione non deve sminuire le differenze tra gli ordinamenti regionali, né l'indipendenza e imparzialità dei consultori. Per quanto riguarda il pericolo di omologazione, sono da considerarsi principi di un diritto regionale comune, e quindi destinati a convergenze giurisprudenziali, le basi costituzionali ad es. delle attribuzioni, del compito di garanzia degli Statuti e dei diritti fondamentali, mentre maggiori differenziazioni potranno delinearci nell'ambito della forma di governo, dei principi di organizzazione e nelle procedure. Uno scambio di esperienze tra attività consultive può quindi migliorare i profili tecnici e formali dei pareri, ma potrebbe anche interessare quegli aspetti informali che caratterizzano gli organi di garanzia piuttosto come mediatori e arbitri della politica. Come in ogni attività di giureconsulto, anche nella cooperazione vi saranno sempre dei momenti in cui si sentirà il bisogno di sviluppare maggiormente questo profilo accanto ad altri momenti in cui si preferirebbe lavorare esclusivamente con i mezzi e la mentalità della tecnica giurisprudenziale.

La Consulta di garanzia statutaria della Regione Emilia-Romagna

Marzio Maccarini

L'esperienza della Consulta di garanzia statutaria della Regione Emilia-Romagna si inserisce nel percorso di evoluzione del regionalismo italiano. Senza ripercorrere l'intero cammino costituzionale, a partire dalla legge costituzionale del 22 novembre 1999, n. 1 "Disposizioni concernenti l'elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e l'autonomia statutaria delle Regioni" che ha attribuito un nuovo ruolo allo Statuto regionale¹, la portata innovativa dell'art. 123 Cost., per quanto attiene soprattutto a profili contenutistici dello Statuto, ha inciso notevolmente sulla scelta del legislatore regionale nell'individuare uno strumento *ad hoc* per garantire il rispetto, e non solo, dello Statuto da parte delle fonti regionali subordinate.

Come sopra ricordato si deve, anche solo con un breve accenno, richiamare la giurisprudenza costituzionale e in particolare le sentenze della Corte costituzionale 378/2004, 12/2006 e 200/2008. La Consulta, a più riprese, ha affrontato il tema della natura di tali organi di garanzia delineandone limiti e poteri².

La loro natura li porta ad essere non tanto giudici che "custodiscono" gli Statuti quanto – ancora in forma dubitativa – *organi amministrativi indipendenti*, sia pure *sui generis*. Ma il loro ruolo non è tuttavia solo quello di dare consigli tanto che, da una lettura complessiva della normativa regionale oggi esistente, le Consulte – come si vede

(1) Si può affermare che lo Statuto regionale è la "fonte" di vertice dell'ordinamento giuridico regionale per il quale è stato ritenuto necessario l'istituzione di un organo di garanzia a tutela della rigidità statutaria e dell'equilibrato esercizio delle funzioni politiche e normative dell'ente regionale.

(2) Per una compiuta analisi dei profili emersi dalla giurisprudenza costituzionale si rimanda agli altri interventi del presente numero.

vi è la tentazione di chiamarle in tal modo e non semplici organi – “producono” pronunce, giudizi, opinioni (concorrenti e dissenzienti), dunque in generale – a prescindere dall’aspetto prettamente linguistico e concettuale usato – troviamo, o potremmo trovare, un panorama diversificato di “provvedimenti amministrativi” o “decisioni”.

Vi è dunque una esigenza di comprendere la natura giuridica degli atti (ora ancora in forma neutra) emanati dagli organi di garanzia, o forse più semplicemente vi è la volontà, con questo lavoro, di offrire validi strumenti sia per gli operatori del diritto, intesi come i futuri membri delle consulte, sia per il legislatore per produrre norme, o modifiche *ad hoc*, per delineare al meglio l’ambito di operatività concreta di tali organi e quindi dare una rilevanza sostanziale e formale all’azione delle Consulte di garanzia.

Per quanto attiene all’esperienza della Regione Emilia-Romagna, la scelta è stata quella di denominare tale organo come “Consulta di garanzia statutaria” conferendogli autonomia organizzativa e amministrativa³. Nel 2007, la Consulta è stata istituita con la legge regionale

(3) Statuto Regione Emilia-Romagna. Art. 69 (*Consulta di garanzia statutaria*)

1. La Consulta di garanzia statutaria, organo autonomo e indipendente della Regione:
 - a) prende atto degli eventi che causano l’anticipata cessazione dalla carica degli organi elettivi e dichiara la modalità di amministrazione ordinaria della Regione fino all’elezione dei nuovi organi elettivi, secondo le norme dello Statuto;
 - b) adotta i provvedimenti ed esprime i pareri di propria competenza previsti dallo Statuto e dalla legge in materia di iniziativa popolare e di referendum;
 - c) esprime pareri di conformità allo Statuto delle leggi e dei regolamenti regionali. Il parere di conformità allo Statuto è richiesto nei casi, nei modi e nelle forme previste dal regolamento dell’Assemblea legislativa;
 - d) a richiesta di almeno un quinto dei Consiglieri regionali o dei componenti del Consiglio delle autonomie locali o su richiesta della Giunta regionale esprime parere su conflitti di competenza tra gli organi previsti dal presente Statuto anche in relazione all’obbligo istituzionale di tenere comportamenti ispirati al principio di leale collaborazione;
 - e) esercita le altre funzioni che sono ad essa attribuite dalla legge.
2. I pareri della Consulta, salvi gli effetti espressamente previsti da disposizioni di legge o di regolamento, non determinano alcun obbligo, salvo quello di motivare in caso di dissenso rispetto al parere espresso.
3. La Consulta è composta di cinque componenti, di cui tre nominati dall’Assemblea legislativa e due dal Consiglio delle autonomie. La legge stabilisce i requisiti per la scelta dei componenti la Consulta, individuati tra magistrati in quiescenza o fuori ruolo, docenti universitari in materie giuridico-amministrative e tra figure che abbiano

4 dicembre 2007, n. 23 “Costituzione e funzionamento della Consulta di garanzia statutaria”⁴ e nel maggio 2008 sono stati nominati dall’Assemblea legislativa della Regione i tre componenti di nomina consiliare⁵; successivamente nel gennaio 2009 vi è stato l’insediamento, con la nomina del Presidente⁶.

Fin da subito emerge che la Consulta di garanzia opera in via transitoria e con i soli componenti eletti dall’Assemblea legislativa e può esercitare solo le competenze⁷ sull’ammissibilità dei referendum regionali

maturato significativa esperienza nel settore giuridico-amministrativo. La Consulta è nominata nel corso di ogni legislatura non prima di dodici mesi e non dopo diciotto mesi dall’insediamento dell’Assemblea.

4. L’Ufficio di componente la Consulta è incompatibile con quello di componente dei Consigli e delle Giunte regionali, provinciali e comunali, di Parlamentare nazionale o europeo.

5. La legge regionale assicura alla Consulta autonomia regolamentare, organizzativa e detta le ulteriori disposizioni relative alla sua costituzione.

6. La Consulta adotta a maggioranza assoluta dei componenti il proprio regolamento che disciplina, tra l’altro, la partecipazione alle sedute, le modalità di convocazione e funzionamento, nonché la propria organizzazione interna.

7. La Consulta elegge tra i suoi componenti il Presidente, che rimane in carica per trenta mesi.

(4) Il Legislatore regionale, dopo la previsione statutaria della istituzione di un organo di garanzia, si è attivato presentando nel 2006 un progetto di legge d’iniziativa dei consiglieri Zanca, Villani, Richetti, Aimi, Rivi e Corradi) recante: Costituzione e funzionamento della Consulta di garanzia statutaria, n. 1934). L’*iter* legislativo si è concluso nel dicembre 2007 con la notifica e la pubblicazione della l.r. 4 dicembre 2007, n. 23. Particolarmente significative le sedute della VI Commissione consiliare del 5 dicembre 2006; 13 febbraio 2007; 6 marzo 2007; 11 aprile 2007; 19 maggio 2007; 22 maggio 2007; 29 maggio 2007; 5 giugno 2007.

(5) 21 maggio 2008, Assemblea legislativa della Regione Emilia-Romagna, 111^a seduta della VIII Legislatura, Progr. n. 173.

(6) Si è insediata la Consulta di garanzia statutaria, composta da Giuseppe Piperata (presidente), Ugo Rescigno (vicepresidente) e Marzio Maccarini. L’insediamento è stato reso possibile con l’introduzione di una norma transitoria, art. 16-*bis* l.r. 23/2007, prevista dall’art. 40 della l.r. 19 dicembre 2008, n. 22 che ha consentito che la Consulta di garanzia statutaria operasse con i soli componenti nominati dall’Assemblea legislativa e limitatamente alle funzioni di cui alle lett. *a*) e *b*) del comma 1 dell’art. 69 dello Statuto, stante – all’epoca dell’insediamento – l’assenza della normativa dedicata al Consiglio delle autonomie locali, oggi disciplinato con l.r. 9 ottobre 2009, n. 13, a cui compete la nomina dei restanti componenti dell’organo di garanzia (ancora, al momento in cui si scrive, non nominati).

(7) Cfr. nota 3 per tutte le competenze stabilite dallo Statuto regionale. In particolare,

e delle proposte di legge di iniziativa popolare, nonché effettuare la presa d'atto dell'anticipata cessazione dalla carica degli organi elettivi e la definizione della modalità di amministrazione ordinaria della Regione fino all'elezione dei nuovi⁸.

Il primo provvedimento⁹ che la Consulta è stata chiamata a deliberare ha avuto per oggetto la decisione sull'ammissibilità della proposta di legge di iniziativa popolare *Disciplina delle nomine regionali in enti e organizzazioni*¹⁰.

Tale deliberazione non è solo da analizzare sotto il profilo meramente della decisione, nel caso di specie di ammissibilità, ma ha una sua rilevanza in quanto ha affrontato e risolto un contrasto apparente tra Statuto e legge regionale. Riprendendo i passaggi fondamentali della deliberazione si può osservare quanto segue.

Come emerge dalla delibera tale criticità – del contrasto apparente Statuto/legge – poteva, come è stato, essere superata cercando, come è doveroso secondo la Corte costituzionale a livello di Costituzione e quindi anche a livello di Statuto, una interpretazione delle disposizioni di legge conforme allo Statuto.

la Consulta esprime pareri che l'Assemblea legislativa potrà decidere di recepire o non recepire, apportando le eventuali modifiche al testo del provvedimento, ma il mancato recepimento dovrà essere motivato con un ordine del giorno. Oggetto di dibattito dei lavori preparatori è stato il passaggio riguardante il potere di sindacato di conformità statutaria sulla produzione legislativa della Regione. Si è preferito riconoscere esclusivamente ai consiglieri il potere di ricorrere alla Consulta e di consentirne l'esercizio nel periodo che intercorre tra l'approvazione finale di una legge (o regolamento) e la sua promulgazione. Il parere di conformità allo Statuto potrà essere chiesto dai singoli gruppi consiliari o da un quinto dei consiglieri regionali. La richiesta di parere potrà essere presentata solo dopo l'approvazione del provvedimento in aula ed entro 24 ore, prima della sua promulgazione da parte del Presidente della Regione. Tale istanza sospenderà la procedura legislativa e dovrà essere formulata in modo da indicare le disposizioni che si ritengono contrarie alle norme statutarie e le disposizioni dello Statuto che si ritengono violate. La Consulta dovrà esprimersi entro 15 giorni.

(8) Decisamente un *unicum* al pari della "specialità" piemontese della possibilità della Commissione di garanzia di esprimere un parere sul carattere invasivo e lesivo dell'attribuzione regionale da parte di leggi o atti avente forza di legge dello Stato.

(9) Il primo provvedimento in assoluto è stato l'elezione del Presidente della Consulta di garanzia statutaria, ai sensi dell'art. 69, comma 7, dello Statuto e dell'art. 16-bis della l.r. 4 dicembre 2007, n. 23 e successive modifiche e integrazioni, con decreto 10 gennaio 2009, n. 1.

(10) La questione è stata decisa con delibera 5 febbraio 2009, n. 2.

Lo Statuto nell'art. 69 dice che la Consulta adotta i provvedimenti ed esprime i pareri previsti da esso e dalla legge in materia di iniziativa popolare. Cioè la Consulta non adotta soltanto provvedimenti ma esprime anche pareri.

La deliberazione sulla ammissibilità prevista dall'art. 18 dello Statuto è chiaramente un provvedimento; egualmente provvedimento è la dichiarazione di inammissibilità per contrasto con le forme e le modalità di presentazione previste dalla legge regionale ad integrazione dello Statuto; ma la legge regionale può ben prevedere che la Consulta oltre che provvedimenti emani anche pareri in tema di iniziativa legislativa popolare.

Se esaminiamo la legge 23/2007 che, in attuazione dell'art. 69 dello Statuto, disciplina la Consulta di garanzia statutaria, e coordiniamo tale legge con la legge 34/1999 in tema di iniziativa popolare, come è doveroso essendo ambedue leggi di attuazione dello Statuto intorno al medesimo oggetto, vediamo che l'art. 11 della legge 23/2007 è intitolato "Pareri in materia di iniziativa popolare e di referendum", ed il comma 1 dice che "La Consulta è chiamata ad esprimere pareri in materia di iniziativa legislativa popolare e di referendum, ai sensi dell'art. 69 dello Statuto". In questo caso addirittura la legge regionale tace dei provvedimenti e parla solo di pareri (ed anche questo, sul piano del linguaggio, non è pienamente conforme allo Statuto, il quale prevede chiaramente non solo pareri ma anche provvedimenti, e cioè atti con efficacia giuridica propria, modificativa delle situazioni giuridiche oggetto della decisione: provvedimento è sicuramente la decisione sulla ammissibilità o meno sia della proposta di iniziativa popolare sia sulla richiesta di referendum).

Bisogna allora concludere che sia la legge 34/1999 sia la legge 23/2007 hanno chiamato la prima provvedimenti quelli che talvolta sono provvedimenti e altre volte pareri, e la seconda pareri quelli che talvolta sono in realtà provvedimenti e altre volte sono veramente pareri.

Alla luce delle considerazioni svolte è facile concludere che le decisioni di cui alle lett. *a*) e *b*) del comma 1 dell'art. 6 della legge 34/1999 non sono provvedimenti ma pareri: la Consulta, in base allo Statuto, non può deliberare la non ammissibilità della proposta contraria alla lett. *a*) o *b*) del comma 1 dell'art. 6 della legge 34/1999, chiudendo definitivamente la procedura e quindi impedendo la raccolta delle 5.000

firme, ma può e deve dare un parere: parere che potrà influire sia sui promotori, i quali, convinti del parere, potranno non dare seguito alla iniziativa, evitando fatica, impegno e spese che verosimilmente saranno inutili perché il progetto è illegittimo, sia sugli elettori che, alla luce del parere, rifiuteranno la loro firma, sia infine sulla Assemblea legislativa che potrà, sulla base del parere, modificare il progetto togliendo la incostituzionalità o addirittura bloccare fin dall'inizio il procedimento legislativo evitando di perdere tempo su una proposta che, se approvata, sarebbe costituzionalmente illegittima¹¹.

Merita, poi, attenzione anche il punto sette della citata delibera, in particolare il passaggio secondo il quale il progetto di legge ad iniziativa popolare deve contenere, ai fini dell'ammissibilità, solo gli elementi necessari affinché successivamente gli esperti dei bilanci basandosi su questi elementi possano determinare l'onere finanziario. In sostanza, non è necessario che il progetto di legge ad iniziativa popolare indichi l'onere finanziario¹².

(11) In tale ambito è utile anche richiamare un passaggio del parere 2/2009 della Commissione di garanzia della Regione Piemonte, il quale affronta e scioglie il tema della differenziazione fra decisione e parere, in termini di come e quando: "Per quanto riguarda la competenza di questa Commissione, essa deve esprimersi 'sulle questioni tecnico-giuridiche e sull'applicazione al caso concreto' dello Statuto, della legge regionale 4/1973 e delle altre leggi nazionali e regionali investite dalla proposta di legge di iniziativa popolare. A differenza dei giudizi in materia di referendum abrogativo, non compete alla Commissione assumere la decisione ma soltanto esprimere il parere, destinato all'Ufficio di Presidenza ed al Consiglio regionale, sulla ricevibilità ed ammissibilità della proposta. Per quanto riguarda la ricevibilità, non spetta alla Commissione il controllo delle firme, ma solo il parere sulle questioni giuridiche prospettate dall'ufficio responsabile del procedimento amministrativo, la Direzione Segreteria dell'Assemblea regionale - Settore Affari istituzionali e Organismi di partecipazione e garanzia, a ciò autorizzati con la richiesta del parere dell'Ufficio di Presidenza".

(12) Di diverso avviso le conclusioni della Consulta statutaria della Regione Liguria in merito alle valutazioni sull'ammissibilità del progetto di legge ad iniziativa popolare, peraltro sulla stessa materia (disciplina delle nomine regionali in enti e organizzazioni). In particolare la delibera 15 dicembre 2008, n. 6 ha sancito la inammissibilità poiché il progetto in questione prevede nuove spese, senza quantificarle, così come non è prevista alcuna indicazione sulla copertura finanziaria delle stesse, in violazione del principio fondamentale in tema di finanza pubblica, di cui all'art. 117, comma 3, della Costituzione, dell'art. 48 dello Statuto, nonché dell'art. 31 della legge regionale 28 novembre 1977, n. 44 "Norme di attuazione dello Statuto sull'iniziativa e sui referendum popolari".

L'iter circa la validità della proposta di legge di iniziativa popolare *Disciplina delle nomine regionali in enti e organizzazioni* si è poi concluso con la delibera 29 ottobre 2009, n. 11 nel senso della non validità poiché le firme raccolte erano inferiori al limite di 5.000 come previsto dalla normativa regionale.

Merita una segnalazione anche la delibera 9 aprile 2009, n. 3 della Consulta di garanzia statutaria della Regione Emilia-Romagna con la quale si è approvato il regolamento provvisorio interno per l'organizzazione e il funzionamento della Consulta di garanzia statutaria¹³.

Il regolamento ha ribadito che la Consulta è un organo autonomo e indipendente della Regione Emilia-Romagna e gode di autonomia regolamentare e organizzativa.

Particolare è, poi, la ricerca (risolta al comma 2 dell'art. 1) di una denominazione dei componenti della Consulta. I componenti della Consulta assumono il titolo di consultori¹⁴.

In questo semplice, e finale, richiamo al regolamento della Consulta, sono da sottolineare anche gli articoli: 7 (*Regime delle sedute e delle deliberazioni*)¹⁵; 9 (*Modalità di attuazione dell'art. 69, comma 1, lett.*

(13) Il Regolamento della Consulta di garanzia statutaria della Regione Emilia-Romagna risulta, fra tutti quelli ad oggi approvati, sicuramente uno fra i più completi e esaustivi sui vari profili organizzativi della Consulta. Tale conclusione è dettata anche dalla circostanza che un regolamento dettagliato si è reso necessario stante la competenza peculiare come sopra ricordato (cfr. nota 8).

(14) Il termine ha alcuni antecedenti storici (già nel Parlamento subalpino del 1857 vi è un resoconto stenografico che riporta il dibattito su un emendamento che introduceva una figura di supporto ad un Ministero con funzioni di consulenza chiamandolo, appunto, consultore legale).

(15) Art. 7 (*Regime delle sedute e delle deliberazioni*)

1. Le sedute della Consulta di norma non sono pubbliche, salvo che la legge non disponga diversamente o sia disposto diversamente dalla Consulta stessa.
2. Per la validità delle sedute è richiesta la partecipazione dei tre membri.
3. Le deliberazioni adottate dalla Consulta devono escludere ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale dell'Assemblea legislativa.
4. Le delibere sono valide se approvate con le seguenti modalità: *a)* all'unanimità o a maggioranza, salvo il caso previsto dalla lett. *b)*; *b)* nel caso uno dei tre consultori, diverso dal Presidente, si astenga e c'è parità tra voti favorevoli e voti contrari, prevale il voto del Presidente. In tutti gli altri casi la delibera è respinta.
5. Per decisione della Consulta che deve essere comunicata per legge agli interessati e agli organi regionali si intende il dispositivo, che può essere contestuale alla motivazio-

a) dello Statuto)¹⁶; 10 (*Presentazione della richiesta di provvedimenti di cui all'art. 69, comma 1, lett. b) dello Statuto*)¹⁷; 12 (*Poteri istruttori*)¹⁸.

ne. Qualora la motivazione non sia contestuale, l'atto deve essere depositato, ai sensi dell'art. 8, entro i successivi quindici giorni.

6. Di ogni seduta è redatto un verbale nel quale sono riportati i presenti, l'ordine del giorno, le deliberazioni ed eventuali comunicazioni e, per ogni questione trattata, il resoconto sommario del dibattito.

7. Il verbale è redatto da un funzionario della struttura regionale di ausilio della Consulta con funzioni di segretario e sottoscritto dallo stesso e dal Presidente.

8. Il processo verbale è portato all'approvazione della Consulta nella prima seduta utile successiva.

9. Il verbale di ogni seduta è portato a conoscenza dal Presidente della Consulta al Presidente dell'Assemblea legislativa ed all'Ufficio di Presidenza.

10. Ogni consultore ha facoltà di iscrivere e mettere a verbale la sua opinione dissenziente per quanto riguarda la deliberazione o anche concorrente rispetto alla deliberazione che, però, dissente per quanto riguarda la motivazione. Di tale opinione dissenziente o concorrente deve essere fatta menzione nel dispositivo della delibera a cui si riferisce. Alla stessa verrà data la medesima pubblicità della delibera, se l'opinione verrà depositata dall'interessato in forma scritta nei termini previsti dal precedente comma 5.

11. Le disposizioni adottate sulla base dei poteri attribuiti alla Consulta dall'art. 69 dello Statuto e dalla legge regionale 23/2007 sono sottoscritte dal Presidente e dal relatore o dal redattore, se diverso dal relatore.

(16) Art. 9. (*Modalità di attuazione dell'art. 69, comma 1, lett. a) dello Statuto*)

1. Nei casi previsti dell'art. 69, comma 1, lett. a) dello Statuto, la Consulta si riunisce entro 5 giorni dalla comunicazione resa dal Presidente dell'Assemblea legislativa ai sensi dell'art. 15, comma 1 della legge regionale 23/2007.

2. La Consulta nella prima riunione fissa il calendario delle consultazioni del Presidente dell'Assemblea legislativa, del Presidente della Giunta, dei singoli Assessori e dei Direttori generali della Regione e di ogni altra persona che sia utile ascoltare al fine dell'individuazione degli atti di ordinaria amministrazione e degli atti improrogabili.

3. La Consulta può individuare gli atti di cui ai commi precedenti progressivamente e con più deliberazioni successive, a seconda delle risultanze delle consultazioni svolte.

4. Le strutture amministrative regionali hanno l'obbligo di segnalare immediatamente quali atti o tipi di atti si rilevano improrogabili e quali atti non sono stati elencati tra quelli di ordinaria amministrazione. La Consulta delibera in merito a tali segnalazioni non oltre tre giorni dal loro ricevimento.

5. La Consulta conduce costantemente con i mezzi ritenuti più opportuni un'opera di conoscenza degli atti di ordinaria amministrazione previsti nel tempo dalle leggi regionali.

(17) Art. 10. (*Presentazione della richiesta di provvedimenti di cui all'art. 69, comma 1, lett. b) dello Statuto*)

1. Le richieste di provvedimenti, con allegate eventuali memorie, presentate ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 69, comma 1, lett. b) dello Statuto, e dalle leggi regionali

Rimane, infine, da comprendere e sviluppare, quale futuro, anzi quale ruolo svolgeranno gli organi di garanzia statutaria all'interno delle dinamiche istituzionali regionali e quale sarà il possibile utilizzo delle disposizioni programmatiche da parte degli organismi di garanzia statutaria. Restiamo in attesa, anche, delle altre decisioni dei nuovi organismi che si apprestano ad affrontare il loro cammino (Toscana e Abruzzo) e di quelli che, auspicabilmente, si affacceranno nel contesto regionale.

in materia di iniziativa popolare e referendum sono depositate e protocollate presso la segreteria della Consulta, che ne dà immediata comunicazione al Presidente e ai consultori.

2. I termini di cui allo Statuto e alle leggi regionali decorrono dalla data del protocollo, salvo se diversamente previsto.

3. La Consulta, al fine di valutare l'ammissibilità delle richieste, può riunirsi più volte, convocando le sedute secondo una tempistica che permetta di rispettare i termini previsti dallo Statuto e dalle leggi regionali in materia.

4. Per ogni provvedimento richiesto alla Consulta viene designato tra i consultori un relatore, il quale riferisce alla Consulta sull'argomento e propone l'ipotesi di deliberazione.

5. La Consulta, con provvedimento motivato, dichiara inammissibile la richiesta in caso di mancanza dei requisiti previsti dallo Statuto e dalle leggi regionali in materia.

(18) Art. 12. (*Poteri istruttori*)

1. La Consulta nello svolgimento delle sue funzioni può acquisire memorie e qualsiasi altro documento o atto utile per i lavori della Consulta.

2. La Consulta, per assicurare la completezza dell'istruttoria, può chiedere l'audizione dei direttori generali e dei dirigenti delle strutture regionali interessati, nonché dei soggetti legittimati a richiedere le deliberazioni o loro delegati, nonché di ogni altro soggetto dalla Consulta ritenuto utile per lo svolgimento delle funzioni disciplinate dalla legge regionale 23/2007 e dalle altre leggi regionali.

3. Nell'ambito dell'esercizio delle sue funzioni, alla Consulta sono attribuiti gli stessi poteri riconosciuti dallo Statuto, dal Regolamento dell'Assemblea legislativa e dalla legislazione regionale vigente, alle commissioni assembleari di inchiesta.

4. Per quanto compatibili si applicano le disposizioni di cui all'art. 60 – Commissioni assembleari d'inchiesta – del Regolamento dell'Assemblea legislativa.

L'esperienza della Consulta di garanzia statutaria della Regione Liguria

Giuseppe Casale

Sommario

1. Premessa – 2. Le fonti normative della Consulta statutaria della Regione Liguria – 3. Operatività della Consulta statutaria ligure – 4. Natura giuridica delle decisioni della Consulta statutaria ligure secondo alcune opinioni dottrinali – 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Tra i diversi organismi di garanzia previsti dalle Regioni un risalto particolare vanno assumendo, dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, quelli che con varia denominazione sono stati introdotti a tutela di una corretta attuazione dello Statuto nello svolgimento dell'attività legislativa e di regolamentazione regionale. In effetti, quasi tutti i nuovi Statuti¹ prevedono l'istituzione di organismi interni che, dotati di garanzie di imparzialità e indipendenza, possano, attraverso l'emanazione di pareri altamente qualificati, condizionare *ex ante*, quindi nella fase di formazione del provvedimento, i progetti di legge, per cercare di assicurarne la conformità allo Statuto. Seppur in modo differenziato da Regione a Regione, in molti casi a questi nuovi organismi sono stati affidati altri compiti tra i quali, come nel caso della Regione Liguria, quello di esprimere pareri, più o meno vincolanti, in materia di iniziativa di legge popolare e referendaria, nonché di riparto di poteri e competenze fra i diversi organi regionali; compiti questi

(1) Costituisce un'eccezione la Regione Marche, ed oggi anche la Regione Calabria che, dopo aver previsto nel proprio Statuto (art. 57) e istituito con la l.r. 5 gennaio 2007, n. 2 questo nuovo organismo di garanzia, ha recentemente approvato in via definitiva una legge statutaria che ne prevede l'abrogazione.

ultimi che, per quanto non comuni a tutti gli Statuti, sarebbe errato considerare residuali rispetto a quello più importante di verifica della coerenza statutaria delle leggi regionali *in itinere*².

2. *Le fonti normative della Consulta statutaria della Regione Liguria*³

La Liguria è stata la prima Regione italiana a Statuto ordinario ad istituire, con la l.r. 24 luglio 2006, n. 19, questo nuovo organismo di garanzia⁴, denominandolo *Consulta statutaria* (nel seguito anche semplicemente *Consulta*) come previsto dagli artt. 74 e 75 del proprio Statuto⁵.

(2) In questo senso cfr., ad es., C. MIGNONE, *I collegi regionali di garanzia statutaria come organi autori di provvedimenti amministrativi*, in *Quaderni Regionali*, n. 1-2, gennaio-agosto 2007, p. 291 ss., dove sul punto si citano anche altri autori (nota 9). In particolare, Mignone, nel quadro di un'analisi comparativa molto ampia sulla natura di questi nuovi organismi alla luce dei compiti ad essi affidati, scrive tra l'altro: "[...] non si può ignorare che la funzione, in apparenza più importante dei collegi di garanzia (consistente nel verificare se le leggi regionali *in itinere* siano conformi allo Statuto) abbia di più colpito l'attenzione degli autori [...] inducendoli a contrapporre tale incombenza 'principale' alle altre inserite fra i compiti 'residuali' entro i quali vengono collocati tanto gli interventi sui conflitti fra gli organi della Regione [...] quanto le restanti [...]" (*ibidem*). Opinione analoga in A. GARDINO CARLI, *La "rigidità" dello Statuto e la Consulta statutaria: dagli intenti iniziali all'attuazione concreta*, in *Quaderni Regionali*, n. 3, settembre-dicembre 2005, p. 837.

(3) Un'efficace documentazione sulla Consulta statutaria per quanto riguarda le fonti normative, la configurazione attuale e l'attività svolta è contenuta nel sito web della Regione Liguria (www.regione.liguria.it) nella pagina espressamente dedicata alla Consulta.

(4) La seconda Regione ad istituire questo organismo, come è noto, è stato il Piemonte, con la l.r. 26 luglio 2006, n. 25 "Costituzione e disciplina della Commissione di garanzia"; seguito dalla Regione Calabria, con la l.r. 5 gennaio 2007, n. 2 "Costituzione e disciplina della Consulta statutaria", e dalla Regione Emilia-Romagna, con la l.r. 4 dicembre 2007, n. 23 "Costituzione e funzionamento della Consulta di garanzia statutaria".

(5) Può interessare in questa sede ricordare che la Regione Liguria, a seguito dell'entrata in vigore del nuovo Statuto, oltre alla Consulta statutaria (di cui alla citata l.r. 19/2006), ha istituito *ex novo* altri due organi statutari di garanzia: il *Consiglio delle autonomie locali* (legge regionale 26 maggio 2006, n. 13), ed il *Consiglio regionale dell'economia e del lavoro* (legge regionale 16 giugno 2006, n. 16), che sono andati ad aggiungersi agli altri due preesistenti: il *Difensore civico* e il *Comitato regionale per le comunicazioni*.

Nel primo di questi due articoli si definisce la Consulta “organo autonomo e indipendente di alta consulenza della Regione”⁶, con sede presso il Consiglio regionale, che provvede a maggioranza qualificata dei tre quarti dei propri consiglieri all’elezione dei cinque componenti il nuovo organismo. Lo Statuto stabilisce che questi ultimi debbono essere “esperti di riconosciuta competenza in materia di amministrazione”, configurando pertanto un organismo i cui componenti possono anche non essere tutti giuristi in senso stretto. Resta, comunque, fermo il fatto che chi viene chiamato a far parte di un organismo di questa natura si presume sia dotato di una comprovata esperienza giuridico-amministrativa, quale, ad es., quella che consegue da significative esperienze gestionali in grandi enti pubblici o privati, o in importanti settori di competenza regionale⁷.

(6) Non tutti gli Statuti definiscono esplicitamente questo nuovo organismo di garanzia “organo consultivo”, lasciando di fatto alle sue funzioni e alla disciplina che lo regola il compito di definirne la natura. In effetti, escludendo le decisioni che in quanto vincolanti possono assumere la natura di veri e propri provvedimenti amministrativi (su quest’ultimo punto avremo modo di ritornare più sotto accennando a quanto in merito è stato scritto in dottrina) è difficile configurare questi nuovi organismi su un terreno diverso da quello consultivo. Sembrerebbe comunque doversi escludere la possibilità di trattare le consulte statutarie regionali alla stregua di giudici statutari, in analogia alla collocazione che la Corte costituzionale ha nei confronti della Costituzione, stante anche il fatto che alle Regioni è preclusa l’istituzione di nuovi organi giurisdizionali oltre quelli previsti dall’ordinamento giuridico generale (in questo senso, cfr., tra gli altri, ancora C. MIGNONE, *I collegi regionali*, cit., p. 292; e più recentemente, R. ROMBOLI, *La natura amministrativa degli organi di garanzia statutaria e delle relative decisioni: la Corte costituzionale infrange il sogno di un’Alta corte per la Regione calabrese*, in *Foro Italiano*, I, 2009, p. 1348 ss. Cfr. anche quanto osservato al riguardo in CONSIGLIO REGIONALE DELLA LIGURIA, *Documentazione in tema di organismi di garanzia statutaria*, Settore Assemblea e Legislativo, Dossier n. 22-bis, luglio 2007, p. 6.

(7) Al riguardo non concordiamo con chi in dottrina ha definito le consulte statutarie i cui componenti non siano tutti esperti in materie giuridiche in senso stretto “organismi a composizione mista tecnico-politica”, facendo discendere, tra l’altro, da questa particolare configurazione una diversità di comportamento da parte degli stessi collegi (Il riferimento è a quanto affermato in A. GARDINO CARLI, *La “rigidità” dello Statuto e la Consulta statutaria*, cit., pp. 842-843 e 848-849). È un aspetto questo che forse merita un qualche approfondimento. La Gardino, scrivendo prima che gli organismi di garanzia statutaria cominciassero ad operare, si poneva la questione di quali parametri questi organismi avrebbero potuto avvalersi nella loro azione di verifica della conformità degli atti regionali, formulando al riguardo due ipotesi alternative (oltre ad una intermedia che qui per brevità trascuriamo): a) che gli organismi di cui trattasi si sarebbero po-

Il successivo art. 75 dello Statuto ligure fissa le funzioni della Consulta, circoscrivendole a tre tipologie di materie⁸:

- a) i progetti di legge e di regolamento di competenza consiliare;
- b) la ripartizione di competenze tra organi regionali;

tuti avvalere “di tutte le disposizioni statutarie, ivi comprese quelle di principio, che esprimono finalità e valori fatti propri dalla collettività regionale”; o alternativamente b) che si sarebbero limitati “a prendere come termine di raffronto (le disposizioni statutarie) che costituiscono [...] il contenuto necessario dello Statuto” delineato dall’art. 123 Cost. In altri termini, sempre secondo la Gardino, con la prima soluzione le Consulte nell’esprimere le loro valutazioni potrebbero prendere in considerazione “anche quei principi in senso lato politici che ogni Statuto ha individuato come fondamentali per la propria comunità (e ciò) in quanto se è in gioco la ‘fedeltà’ della normativa regionale all’atto fonte preminente, questa deve comprendere sia l’osservanza delle regole organizzative e di funzionamento sia di quelle che vi fanno cornice ed in cui si esprime l’identità regionale” (p. 847); con la seconda soluzione, invece, gli organismi di garanzia statutaria si manterrebbero sul terreno strettamente giuridico astenendosi dall’usare parametri che, anche secondo l’Alta Corte, non hanno carattere normativo. Formulate queste due alternative, la conclusione cui perviene l’autrice in esame è che a priori “non è facile prevedere quale sarà la risposta che i diversi organismi di garanzia daranno [...]. Né se essa sarà uniforme. Può solo supporre che gli stessi saranno indotti ad optare nel secondo senso se la loro composizione [...] sarà prevalentemente formata da esperti in materie giuridiche [...]. Una composizione tecnico-politica potrebbe, forse, portare ad esiti inversi” (p. 848). Il nostro dissenso nasce dal fatto che, anche alla luce dell’esperienza maturata sul campo, le consulte di garanzia statutaria, secondo noi, non possono che essere organismi essenzialmente “tecnico-giuridici”, e come tali esprimersi. Se le Consulte possano anche qualificarsi organismi “politici”, quanto meno nel senso lato che emerge dai brani della Gardino sopra riprodotti (ma, probabilmente anche in senso meno lato), ciò vale tanto che tutti i loro componenti siano di formazione giuridica quanto che alcuni di essi non lo siano. Il punto è che, a nostro avviso, nessun organismo di garanzia statutaria dovrebbe fondare le proprie valutazioni e i propri giudizi su parametri metagiuridici (come, ad es., i principi generali che si richiamano ai valori consolidati delle collettività amministrative contenuti nei preamboli statuari), se non in funzione rafforzativa di pareri comunque validi sul piano strettamente tecnico-giuridico.

(8) Nella sua prima stesura approvata in seconda deliberazione dal Consiglio regionale il 28 settembre 2004, lo Statuto ligure comprendeva tra le competenze della Consulta anche i pareri “sulla conformità dei regolamenti di delegificazione alla legge regionale di autorizzazione”. Questa norma, assieme alla disposizione statutaria che ne stava alla base (e ad altre), è stata contestata dal Governo in sede di impugnativa della deliberazione di cui sopra, in quanto lesiva del principio di separazione dei poteri tra organo legislativo ed esecutivo. A seguito della rinuncia da parte della Regione Liguria a costituirsi in giudizio, questa norma, anche per la parte che riguardava la Consulta statutaria, è stata depennata nel testo definitivo dello Statuto. Per ulteriori approfondimenti in merito, cfr. A. GARDINO CARLI, *La “rigidità” dello Statuto e la Consulta statutaria*, cit., p. 836 ss.

c) l'ammissibilità delle richieste referendarie e delle iniziative popolari.

Diversi sono gli aspetti che caratterizzano, a volte anche in modo problematico, la disciplina data dalla Regione Liguria alla Consulta statutaria. Può interessare in questa sede ricordarne alcuni tra i più caratterizzanti.

In merito alle modalità di deliberazione della Consulta, la legge ligure introduce in modo esplicito una disposizione abbastanza innovativa nel panorama giuridico italiano: quella riguardante la cosiddetta *dissenting opinion*, in base alla quale, come è noto, in un eventuale parere espresso a maggioranza, il componente dissenziente ha titolo per far emergere le ragioni del suo dissenso, tanto che è espressamente previsto che qualora il parere "sia adottato con il dissenso espresso e argomentato di uno o più componenti", questo parere "deve essere congruamente motivato in relazione alle ragioni addotte dal dissenziente" (art. 4, comma 5).

Per quanto riguarda i soggetti legittimati a richiedere pareri alla Consulta, sussiste nell'attuale normativa ligure una difformità fra Statuto, dove questi soggetti vengono indicati nel Presidente della Giunta o in un quinto dei consiglieri (art. 75, comma 2), e legge istitutiva, dove a questi soggetti viene aggiunto anche il Presidente del Consiglio (art. 3, comma 1), non contemplato dalla norma statutaria.

In merito alle modalità di funzionamento, l'art. 4, comma 5 della legge istitutiva prevede che il Presidente possa invitare alle riunioni "i direttori generali e i dirigenti delle strutture regionali interessate", facoltà allargata dal regolamento interno (approvato dalla Consulta stessa in una delle sue prime riunioni⁹⁾ anche ai soggetti legittimati (o loro de-

(9) Il regolamento interno rappresenta sicuramente uno strumento importante per la funzionalità della Consulta, in quanto disciplina nel dettaglio alcune procedure solo in linea generale disciplinate dalla legge e dal regolamento interno del Consiglio regionale. Gli aspetti più rilevanti trattati nel regolamento interno della Consulta ligure riguardano:

- le attribuzioni del Presidente e del Vicepresidente (art. 3);
- la decadenza, le dimissioni e la sostituzione dei componenti (art. 4), dove si stabilisce, tra l'altro, che i componenti della Consulta decadono automaticamente per la mancata presenza, senza adeguata motivazione, a tre sedute nel corso dell'anno solare;

legati) a promuovere il referendum o a esercitare l'iniziativa popolare (art. 8, comma 3, reg. int.), autorizzando altresì la Consulta ad acquisire memorie, facoltà¹⁰ questa di non poco conto ai fini di un'esauriente e documentata conoscenza della materia in esame.

Completa il quadro della normativa ligure sulla Consulta statutaria il *Regolamento interno del Consiglio regionale*. Particolarmente importante per il funzionamento di questo nuovo organo statutario è l'art. 136 che stabilisce le procedure e i tempi di formulazione delle richieste di pareri da parte del Consiglio, e di risposta agli stessi da parte della Consulta, nonché le modalità di recepimento dei conseguenti pareri da parte del Consiglio stesso¹¹.

-
- la struttura regionale di ausilio alla Consulta, per funzioni di segreteria, verbalizzazione, protocollazione, ecc. (art. 6);
 - le procedure di convocazione (art. 7);
 - la facoltà di chiedere l'audizione dei soggetti direttamente interessati ai pareri richiesti (art. 8);
 - la validità delle sedute e delle deliberazioni (art. 9);
 - le procedure per la presentazione delle richieste di deliberazioni (art. 11), e di adozione delle stesse (art. 13).

(10) Alla luce di quanto previsto all'art. 10 della legge 241/1990 riguardante "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi", in questo caso più che di "facoltà", si dovrebbe parlare di "dovere" da parte della Consulta ad acquisire memorie di soggetti interessati al parere.

(11) Il *Regolamento interno del Consiglio regionale-Assemblea legislativa della Liguria* è stato approvato in data 9 settembre 2006 e pubblicato sul *Bollettino Ufficiale della Regione Liguria*, anno XXXVII, n. 25, parte II, s.s. 21 giugno 2006, p. 1269 ss. Per la rilevanza che ha l'art. 136 di questo regolamento al fine di una migliore comprensione degli aspetti formali e sostanziali che caratterizzano la Consulta statutaria ligure, merita conto per comodità di consultazione riprodurne qui di seguito i punti restanti oltre al punto 4) già qui sopra riferito nel testo:

1. La Consulta statutaria esprime i pareri entro venti giorni dalla richiesta (*termine così già stabilito all'art. 75, comma 1 dello Statuto, e ripreso anche all'art. 5, comma 1 della già citata l.r. 24 luglio 2006 istitutiva della Consulta*).

2. Il parere sull'ammissibilità delle iniziative popolari e delle richieste referendarie abrogative è espresso dalla Consulta statutaria prima della raccolta delle sottoscrizioni prevista dall'art. 10 dello Statuto; il parere sull'ammissibilità delle richieste referendarie consultive è espresso prima dell'assegnazione per l'esame alla competente Commissione. In entrambi i casi, qualora esso sia negativo, comporta la loro decadenza.

3. I pareri della Consulta sulla conformità allo Statuto dei progetti di legge regionale e dei regolamenti regionali di competenza consiliare, non possono essere richiesti né espressi una volta iniziato l'esame in Assemblea.

3. *Operatività della Consulta statutaria ligure*

Dal suo insediamento ad oggi la Consulta ligure è stata investita di diversi quesiti sia in materia di progetti di legge (art. 75, comma 1, lett. *a*, St.) sia in materia di ammissibilità di iniziative popolari (art. 75, comma 1, lett. *c*, St.). Nessun parere è stato ancora ad essa richiesto in materia di ripartizione delle competenze tra organi regionali (art. 75, comma 1, lett. *b*, St.)¹². Nel contempo la Consulta ha esercitato la sua funzione di *consulenza* rispondendo ad alcuni quesiti posti dal Presidente del Consiglio su questioni riguardanti l'interpretazione di alcune norme statutarie e di diversi aspetti della normativa elettorale. Riferiamo qui di seguito (in ordine cronologico) alcune delle questioni più importanti sulle quali la Consulta ligure è stata chiamata a pronunciarsi dalla sua costituzione ad oggi.

Una prima questione ha riguardato l'ammissibilità dell'istanza di un referendum abrogativo della l.r. 20 febbraio 2007, n. 7 ad oggetto "Norme per l'accoglienza e l'integrazione sociale delle cittadine e dei cittadini stranieri immigrati". Tra i diversi aspetti che si sono dovuti considerare in sede di discussione, quello che ha richiesto particolare attenzione ha riguardato il fatto che la legge di cui si chiedeva l'abrogazione avrebbe potuto contenere disposizioni relative a materia preclusa ad ogni iniziativa referendaria (ai sensi dell'art. 10 dello Statuto). La questione si poneva in quanto la legge in questione prevedeva

4. Qualora il Presidente della Giunta o il Presidente del Consiglio, su richiesta di un quinto dei consiglieri regionali, chiedano un parere alla Consulta statutaria sulla conformità allo Statuto dei progetti di legge regionali e dei regolamenti di competenza consiliare o sulla ripartizione di competenze tra gli organi regionali ai sensi dello Statuto, l'Ufficio di Presidenza integrato decide, all'unanimità, se sospendere l'*iter* degli stessi, tenuto conto della programmazione dei lavori [...]. In caso non si raggiunga l'unanimità decide il Presidente".

5. Nel caso in cui il parere sulla ripartizione delle competenze non venga accolto dagli organi regionali interessati, esso viene sottoposto, entro trenta giorni dalla comunicazione del parere stesso, alla valutazione del Consiglio regionale, sentita la competente Commissione consiliare.

(12) Il che è anche comprensibile considerando che la Consulta è stata insediata a legislatura in corso e nessun importante provvedimento di riorganizzazione istituzionale o amministrativa nel frattempo è intervenuto, per cui, allo stato, ci si trova in presenza di un sistema di poteri interno alla Regione Liguria relativamente consolidato.

la costituzione in capo alla Regione di un apposito organismo di vigilanza, e per questo motivo avrebbe potuto interessare la materia riguardante l'*ordinamento degli organi e degli uffici regionali*, materia non sottoponibile a referendum. In sede di valutazione finale, tuttavia, ogni perplessità in merito veniva superata in quanto si è ritenuto che il limite previsto dal precitato art. 10 St. in questo caso non fosse violato dato che l'organismo previsto dalla legge in esame "riguardava essenzialmente funzioni connaturali alle finalità della legge stessa". La valutazione, quindi, si è conclusa con un parere di ammissibilità, essendo l'iniziativa referendaria ritenuta pienamente legittima anche sotto altri profili.

Un successivo quesito ha riguardato l'ambito di applicazione dello Statuto in materia di eleggibilità dei consiglieri regionali (art. 31 St.), con riferimento specifico alla posizione di un consigliere la cui eleggibilità era contestata, con apposita istanza alla Presidenza del Consiglio, dal primo dei non eletti nella medesima lista alle ultime elezioni regionali. Al quesito riguardante la questione di eleggibilità, se ne aggiungeva un secondo circa le eventuali responsabilità dei consiglieri regionali chiamati a pronunciarsi sull'istanza del consigliere ricorrente. Nel formulare il suo parere la Consulta, in via preliminare, si dichiarava incompetente a pronunciarsi sull'eleggibilità o ineleggibilità di un consigliere (atteso il *numerus clausus* delle materie entro le quali essa può esercitare le proprie funzioni), ritenendo, in particolare, che la deliberazione di convalida degli eletti, sia all'inizio della legislatura, sia nel corso della medesima nel caso di surrogazione, costituisce esercizio delle funzioni proprie del Consiglio regionale, e quindi di ciascun suo componente.

Sotto il profilo della responsabilità dei consiglieri, la Consulta, constatato che ai voti espressi nell'esercizio della funzione di cui trattasi si applica l'art. 31 dello Statuto regionale (che riproduce l'art. 122 della Costituzione) ai sensi del quale "I consiglieri regionali non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni", si è pronunciata affermando che "ogni Consigliere, valutata secondo coscienza la questione, potrà esprimere liberamente, nell'esercizio del suo diritto-dovere, il proprio voto, che – comunque dato – non potrà mai essere censurato in qual-

siasi sede”, aggiungendo anche che l’esercizio di questo diritto-dovere è coperto da insindacabilità assoluta in campo penale, civile, amministrativo, contabile ed erariale.

Un’altra questione di un certo rilievo posta alla valutazione della Consulta, anche questa volta dal Presidente del Consiglio, ha riguardato l’ammissibilità di un progetto di legge di iniziativa popolare ad oggetto “Disciplina delle nomine regionali in enti e organizzazioni”.

A conclusione di questo *iter* valutativo, nel corso del quale sono stati ascoltati, su loro richiesta, anche i firmatari della proposta, la Consulta ha dichiarato inammissibile l’iniziativa di legge in questione sia perché essa prevedeva nuove spese senza quantificarle e senza indicarne, qualora quantificate, possibili fonti di copertura (in violazione del principio, fondamentale in tema di finanza pubblica, di cui all’art. 117, comma 3, della Costituzione, dell’art. 48 dello Statuto, nonché dell’art. 31 della legge regionale 28 novembre 1977, n. 44 in materia di iniziativa popolare e referendaria), sia perché il progetto di legge in esame conteneva diverse disposizioni riconducibili alla materia “ordinamento degli organi e degli uffici regionali”, che, sempre ai sensi del succitato art. 10, comma 1, St., analogamente a quanto già visto per le iniziative referendarie, costituisce un limite oggettivo all’ammissibilità delle proposte di legge di iniziativa popolare.

Oltre ai casi sopra riferiti, meritano di essere ancora ricordate due questioni tra quelle di maggior rilievo affrontate dalla Consulta ligure. Entrambe hanno ad oggetto la richiesta di un parere di conformità allo Statuto di progetti di legge regionale.

La prima si riferisce ad uno schema di proposta di legge *in materia di iniziativa popolare e referendaria*, al tempo non ancora presentato all’esame del Consiglio¹³. La seconda riguarda una proposta di legge regionale in materia di “Regolamentazione e definizione delle professioni del laureato in Scienze motorie, sportive e salute, ecc.”, entrambe di iniziativa consiliare.

(13) Lo schema di progetto di legge in questione è stato successivamente presentato in Consiglio ed è attualmente all’esame delle Commissioni consiliari competenti con il n. 515 p.d.l. del 26 novembre 2009 “Proposte di Legge - Norme in materia di iniziativa popolare e referendum”.

Nel primo caso la Consulta non si è limitata ad esprimere un semplice parere di conformità statutaria, peraltro positivo, ma, nella sua veste di organo di alta consulenza, ha avanzato anche alcuni suggerimenti sia formali che sostanziali da sottoporre all'attenzione degli organi proponenti per le opportune valutazioni politico-istituzionali¹⁴.

In merito alla proposta di legge regionale riguardante la "Regolamentazione e definizione delle professioni del laureato in Scienze motorie, sportive e salute, ecc.", il parere della Consulta è stato negativo, in quanto, richiamandosi anche a numerose sentenze della Corte costituzionale (in particolare alla sentenza 138/2009, ribadita nell'ordinanza 199/2009), si è ritenuto che, qualora la proposta fosse stata formalizzata in una legge regionale, quest'ultima avrebbe potuto essere annullata dall'Alta Corte su un ipotizzabile ricorso del Governo, per violazione dell'art. 117, comma 3, Cost., non spettando alla Regione una potestà legislativa in materia di individuazione delle figure professionali con relativi profili e titoli abilitanti alle "professioni".

4. Natura giuridica delle decisioni della Consulta statutaria ligure secondo alcune opinioni dottrinali

In questa sede, comunque, più che soffermarci ulteriormente sui pareri fino ad oggi espressi dalla Consulta ligure, riteniamo opportuno accennare ad alcune questioni già sollevate in dottrina circa la rile-

(14) A titolo esemplificativo ricordiamo alcuni di questi suggerimenti. Innanzitutto quello di estendere anche ai regolamenti regionali l'assoggettabilità all'iniziativa referendaria, in quanto atti normativi, del pari delle leggi, a carattere generale, suscettibili tra l'altro di essere impiegati come strumento di recepimento diretto di normativa comunitaria. In altro punto si suggerisce di introdurre nel testo in esame una previsione espressa che escluda da giudizio di ammissibilità della Consulta le proposte di legge presentate dal Consiglio delle autonomie locali e dal Consiglio regionale dell'economia e del lavoro; e nel contempo, di inserire questi due organismi tra i soggetti legittimati ad accedere al referendum consultivo in quanto aventi titolo, a termini di Statuto, a presentare all'Assemblea disegni di legge. Con riferimento, infine, al divieto temporaneo di riproporre la proposta di referendum abrogativo respinta, la Consulta, fatte sempre salve le opportune valutazioni politico-istituzionali del legislatore, suggerisce l'eventuale introduzione nel testo in esame di una disposizione aggiuntiva che regolamenti il caso in cui il referendum non abbia raggiunto il *quorum* per la validità, prospettando la soluzione per cui "non costituisce risultato negativo [...] la mancata partecipazione alla votazione della maggioranza degli aventi diritto".

vanza sostanziale e formale di alcuni atti di questo nuovo organismo di garanzia, anche alla luce della disciplina che la Regione Liguria (e non solo) ha dato alla materia.

Una prima questione riguarda la qualificazione giuridica dei pareri espressi dalla Consulta sull'ammissibilità di iniziative popolari e referendarie quando questi pareri hanno carattere obbligatorio come prevede la normativa ligure. Come è già stato osservato, quando è previsto che l'accertamento e le valutazioni di ammissibilità di dette iniziative da parte delle Consulte sfocino in pareri obbligatori e (stanti le condizioni che vengono successivamente poste per il loro recepimento) vincolanti, non ci si troverebbe di fronte a dei semplici pareri, ma a dei veri e propri provvedimenti finali di possibile natura amministrativa¹⁵. Detti accertamenti, infatti, in caso di valutazione negativa, comportano ai sensi di quanto previsto, in particolare, dallo Statuto e dalla vigente legge in materia della Regione Liguria (l.r. 28 novembre 1977, n. 44) la decadenza delle iniziative popolari o referendarie. Sorge, quindi, il problema di inquadrare giuridicamente la procedura di valutazione di ammissibilità di queste iniziative. Si tratta, in altri termini, di individuare la natura giuridica della decisione al riguardo e definire se l'atto della Consulta statutaria sull'ammissibilità sia un provvedimento (come sembra dedursi dall'art. 10 dello Statuto ligure), oppure un parere, pur se dotato di particolare forza in caso di valutazione negativa (come, invece, letteralmente dispone l'art. 75 dello stesso Statuto). Non è una questione di poco conto anche perché, nel caso in cui si seguisse l'interpretazione secondo la quale si tratta di un semplice "parere", per quanto "obbligatorio", si porrebbe l'esigenza di individuare l'organo dell'Assemblea competente alla adozione del provvedimento finale, organo che l'attuale normativa non indica; di converso, nel caso in cui ci si trovasse di fronte ad un atto decisivo vincolante ad esso si applicherebbero tutte le norme sul procedimen-

(15) In questo senso, cfr. ad es. C. MIGNONE, *I collegi regionali di garanzia statutaria*, cit. L'argomento da noi toccato in questo punto del testo viene trattato da Mignone in termini generali nella premessa alla p. 292 ss., e, con riferimento allo Statuto della Regione Liguria, alle pp. 300-302, con riguardo alla materia referendaria; e alle pp. 312-313 con riguardo specifico all'iniziativa legislativa popolare.

to amministrativo, con inevitabile interferenza della Consulta nell'*iter* approvativo della legge o del regolamento¹⁶.

La seconda questione cui vogliamo accennare, ancorché in termini generali sia ormai ampiamente dibattuta in dottrina, riguarda la rilevanza sostanziale e formale dei pareri della Consulta statutaria ligure sulla conformità allo Statuto dei progetti di legge regionale e dei regolamenti regionali di competenza consiliare, dei quali lo Statuto e la successiva legge attuativa omettono di precisare quali siano gli effetti qualora fossero negativi. Al riguardo, tuttavia, sembra lecito affermare che, in presenza di pareri negativi sulla conformità statutaria del progetto di legge o regolamento, il Consiglio regionale (anche alla luce di quanto stabilito all'art. 136 del regolamento interno del Consiglio stesso, più sopra già ricordato) resta pur sempre il responsabile ultimo dell'accoglimento o meno dei rilievi della Consulta. In effetti, la collocazione di questi pareri, operata (anche) dallo Statuto ligure, nella fase antecedente alla formale approvazione definitiva della legge o del regolamento, approvazione che in ultima istanza spetta sempre all'organo legislativo costituzionalmente competente, fa sì che questi pareri non abbiano natura vincolante, a differenza di quanto si è visto per i pronunciamenti riguardanti le iniziative popolari e referendarie. Ciò conferma in modo inequivocabile che in questa materia la Consulta statutaria ligure ha natura meramente consultiva, conclusione questa che, anche alla luce dei pronunciamenti dell'Alta Corte intervenuti su diversi Statuti regionali, vale per tutti gli organismi di garanzia statutaria istituiti dalle Regioni italiane¹⁷. In effetti, il Consiglio o la Giunta si rivolgono alla Consulta innanzitutto per sapere se un dato progetto di legge o di regolamento in corso di adozione sia o non sia compatibile con lo Statuto, e ciò non

(16) In questo senso si esprime anche la relazione alla proposta di legge regionale in materia di iniziativa popolare e referendaria, sulla conformità statutaria della quale, come più sopra ricordato, la Consulta ligure è stata chiamata a pronunciarsi.

(17) Recentemente la questione è stata affrontata in termini generali in commento alla sentenza Corte cost. 200/2008 in R. ROMBOLI, *La natura amministrativa*, cit., p. 1348 ss.; nonché in M. DELLA MORTE, *I poteri delle "consulte statutarie" dinanzi alla Corte costituzionale: un chiarimento utile (ma non esaustivo)*, in *Foro Italiano*, I, 2009, in particolare p. 1345 ss.

tanto per uniformarsi necessariamente a quello che sarà il giudizio dell'organo di garanzia, quanto, in caso di parere negativo, per sapere quali possano eventualmente essere le misure atte a rendere il provvedimento di legge statutariamente compatibile. In altri termini, la Consulta è chiamata a fornire al legislatore un supporto meramente cognitivo affinché il Consiglio con l'approvazione definitiva, ad esso solo spettante, della legge o del regolamento abbia gli elementi per non immettere nel tessuto ordinamentale regionale disposizioni incompatibili con lo Statuto¹⁸.

5. *Considerazioni conclusive*

Molti ormai riconoscono l'importanza degli organi statutari di garanzia di cui oggi ci occupiamo: non a caso la quasi totalità dei nuovi Statuti regionali ne prevede l'istituzione. Tuttavia, nonostante questo riconoscimento, è nostra impressione (che qui, comunque, vogliamo esprimere a titolo del tutto personale) che nelle Regioni in cui non sono ancora stati istituiti pur essendo stati previsti dai relativi Statuti, si ritardi un po' troppo ad istituirli, e là dove già esistono non se ne siano ancora sfruttate appieno le potenzialità operative, specie da parte delle Giunte, che in linea di principio sono i soggetti che più

(18) A questa conclusione perviene anche il citato documento di studio del CONSIGLIO REGIONALE DELLA LIGURIA, *Documentazione in tema di organismi di garanzia statutaria*, cit., p. 9. Interessante al riguardo è l'approfondimento critico fatto in questo documento, dove, tra l'altro, si legge: "[...] poco chiari appaiono gli effetti dei pareri resi su progetti di legge e di regolamenti. In primo luogo tali pareri soggiacciono ad un limite preclusivo assoluto: l'approvazione del progetto di legge e di regolamento ad opera dell'Assemblea. In secondo luogo il parere può essere stimolato o dal Presidente della Giunta, presumibilmente avverso atti normativi di iniziativa dei consiglieri [...] o da un congruo numero di consiglieri, almeno un quarto, avverso presumibilmente i progetti di atti normativi di iniziativa della Giunta o della maggioranza consiliare. Ciò chiarito tuttavia lo Statuto soffre un'evidente lacuna perché omette di precisare quali siano gli effetti dei pareri negativi della Consulta [...]. Discutibile è l'assunto che la lacuna statutaria potrebbe essere colmata a livello di legge regionale ordinaria. Deporrebbe in tal senso l'art. 76 dello Statuto, il quale riserva alla legge regionale ordinaria la disciplina non solo dell'organizzazione ma anche del funzionamento del neocostituito organismo. Però non può sfuggire che aderendo a tale interpretazione si verificherebbe una irrazionale asimmetria, perché mentre alcuni pareri trovano completa disciplina nello Statuto, altri invece necessitano del supporto di norme substatutarie" (*ibidem*).

ne dovrebbero sentire il bisogno in quanto promotori del maggior numero di leggi e regolamenti.

In effetti, se questa nostra impressione è fondata, una qualche giustificazione va certamente ricercata nel fatto che ci si trova di fronte ad organismi del tutto nuovi nel panorama istituzionale delle Regioni italiane. Si tratta, cioè, di uno strumento il cui utilizzo, essendo stato da troppo poco tempo introdotto, non è ancora entrato nella consuetudine dei soggetti legittimati ad avvalersene. O meglio – se si preferisce – di uno strumento del quale sul piano pratico, nonostante gli apprezzamenti ad esso tributati in linea di principio, non si avverte ancora in modo sistematico l'esigenza. Lo comprova il fatto che il ricorso ad organismi simili, per quanto diversi per compiti e funzioni, a fini di consulenza tecnico-giuridica (preventiva), è molto più frequente là dove da tempo esiste una tradizione ad avvalersene (come accade, ad es., a livello centrale con organismi quali il Consiglio di Stato, l'Avvocatura e i vari uffici studi e legislativi delle Camere e dei Ministeri).

D'altra parte si deve anche riconoscere che i tempi della politica non sempre sono compatibili con tutte le modalità procedurali, anche se garanti di una maggiore coerenza ai principi generali dell'ordinamento, nella misura in cui possono rallentare l'*iter* di approvazione dei provvedimenti. Però può essere vero anche il contrario: una verifica preventiva e qualificata della coerenza statutaria delle leggi e dei regolamenti in corso di adozione può evitare successivi e più gravi intoppi soprattutto in sede attuativa. Non va inoltre sottaciuto che una verifica preventiva sulla coerenza statutaria delle norme rappresenta una garanzia per la tutela dei diritti non solo dei cittadini elettori, ma anche delle minoranze consiliari, e, in alcuni casi (perché no?), delle stesse minoranze che, in rapporto a singoli provvedimenti, possono venirsi a creare all'interno della stessa maggioranza di governo. In questo senso, come è già stato osservato¹⁹, le consulte statutarie, rafforzando le garanzie dell'opposizione, possono contribuire – ana-

(19) Cfr., ad es., N. VICECONTE, *Riflessioni sulla forma di governo dei nuovi Statuti delle Regioni ad autonomia ordinaria*, in *Quaderni Regionali*, n. 1, gennaio-aprile 2006, in particolare p. 146.

logamente ad altri organismi di garanzia (vedi, ad es., i Consigli delle Autonomie) – ad un riequilibrio dei rapporti tra Consiglio e Giunta regionale. In sintesi, riteniamo si possa affermare che i benefici di una preventiva azione di verifica statutaria siano superiori agli svantaggi che potrebbero derivare da eventuali ritardi nell'*iter* approvativo delle leggi e dei regolamenti, ritardi che comunque, almeno per quanto riguarda la Consulta statutaria ligure, sarebbero sempre contenuti nei termini relativamente ristretti entro i quali questi collegi debbono, per Statuto o per legge, operare.

Avviandoci a concludere, ci si permetta una breve riflessione, che vuol anche essere un auspicio. Gioverebbe certamente ad una più intensiva utilizzazione di questi nuovi organismi di garanzia un ampliamento delle materie di loro competenza, previe ovviamente le necessarie modifiche statutarie là dove queste nuove competenze non fossero previste. Va da sé, comunque, che l'ampliamento delle competenze qui auspicato dovrà essere attuato con molta attenzione e prudenza, avendo riguardo all'ordinamento giuridico nel suo complesso, la cui euritmia va sempre salvaguardata, oltre che all'assetto istituzionale ed organizzativo della Regione interessata²⁰.

Ma anche all'interno delle attuali competenze, è nostra opinione che le potenzialità degli organismi qui considerati, in quanto strumenti di alta consulenza, possono essere ulteriormente valorizzate, specie in alcuni settori di legiferazione regionale. Uno di questi è certamente quello dei rapporti Regione/enti locali, che, in prospettiva, richiederanno sempre maggiore attenzione da parte della legislazione regionale, vuoi per il ruolo chiave che le Regioni hanno assunto e assumeranno sempre più come ganglio di smistamento dei finanziamenti comunitari, dei quali normalmente gli enti locali sono i destinatari finali; vuoi per le implicanze che avrà il processo di decentramento fiscale avviato con l'approvazione della legge 5 maggio 2009, n. 42 sul federalismo, nella misura in cui comporterà la regolamentazione di

(20) L'esperienza vissuta dalla Regione Liguria per quanto riguarda il tentativo di inserire fra queste competenze la materia dei decreti di delegificazione alla legge regionale di autorizzazione insegna. In merito a questa esperienza rinviamo a quanto già riferito alla precedente nota 7.

compartecipazioni tributarie, di fondi perequativi, ecc. È prevedibile che in questa prospettiva le Regioni saranno chiamate ad assolvere compiti sempre più impegnativi di coordinamento, impulso e monitoraggio nei confronti degli enti locali.

Va da sé che anche e specialmente sui provvedimenti regionali che investono i rapporti con altri livelli di governo, l'azione delle consulte statutarie deve esplicarsi essenzialmente sul terreno tecnico-giuridico, e soprattutto non può intendersi sostitutiva dei compiti, eminentemente politici, di altri organi, quali, ad es, quelli rappresentativi delle Autonomie locali, operanti in capo ai Consigli regionali. È appena il caso, comunque, di osservare che in questa materia, ancor più che in altre, il parere della Consulta, pur sempre preventivo, dovrà aver riguardo non solo alla conformità del provvedimento alla normativa interna della Regione (Statuto e leggi regionali), ma anche alle norme che salvaguardano i diritti dei suoi interlocutori.

Spunti e suggerimenti in tema di organi di garanzia (e in particolare delle consulte regionali di garanzia statutaria) (*)

Giuseppe Ugo Rescigno

Sommario:

1. La necessaria distinzione tra i diversi organi di garanzia – 2. La funzione di garanzia delle consulte statutarie – 3. Gli effetti dell'intervento delle consulte di garanzia statutaria – 4. Le prime decisioni della Consulta dell'Emilia-Romagna – 5. Funzione di garanzia e principio di divisione dei poteri.

1. La necessaria distinzione tra i diversi organi di garanzia

Col nome di organi di garanzia ai diversi livelli istituzionali vengo designate diverse strutture che non solo riportano ciascuna nomi più specifici ma hanno diverse competenze e funzioni diversificate (difensore civico, Corecom, consulte previste da Statuti regionali che dichiarano l'ammissibilità di iniziative popolari e di referendum ed esprimono pareri sulla legittimità costituzionale e statutaria di leggi regionali, ecc.).

Il primo punto che intendo trattare riguarda proprio le differenze tra i diversi organi e quindi la necessità di tenerli ben distinti nell'analisi e nella pratica.

Una cosa è una garanzia che si basa essenzialmente sulla capacità di persuasione del garante, altra cosa è una garanzia dotata di poteri di imposizione giuridica. Mescolare le due cose mi pare un errore. Non sono dunque d'accordo con le aggiunte che sono state fatte alla disci-

(*) Il presente scritto riproduce nella sostanza le conclusioni svolte al convegno su "Gli organi di garanzia delle Regioni italiane", organizzato il 4 dicembre 2009 a Bologna presso la sede dell'Assemblea legislativa regionale: questo spiega l'andamento colloquiale e la mancanza di note; l'autore però ritiene che gli spunti e le osservazioni fatte meritino egualmente di essere pubblicate.

plina del difensore civico, che si è visto attribuire anche poteri giuridici di controllo sugli atti. A mio parere il difensore civico funziona al meglio e può ottenere significativi risultati se non ha poteri giuridici né sugli atti né sui funzionari, ma solo alcuni poteri strumentali (ad es. il potere di chiedere ed ottenere informazioni) necessari per esercitare la sua essenziale funzione, che è quella di indurre le strutture amministrative a rispettare sollecitamente quanto le norme prevedono a favore degli amministrati. Il difensore civico dunque qualche potere giuridico può averlo: se è previsto in capo ai dipendenti pubblici l'obbligo di rispondere (come dovrebbe essere sempre previsto se a chiedere è il difensore civico), la mancata risposta comporta sanzioni disciplinari; il difensore civico, se è in grado di mettere in moto il meccanismo disciplinare (come di nuovo dovrebbe sempre essere previsto in questo caso), anche se la decisione finale non spetta a lui, un qualche potere giuridico comunque ce l'ha. Si tratta però di poteri minimi, strumentali rispetto al cuore del suo compito che è semplicemente svolgere un'attività *persuasiva*: il difensore civico si mette in contatto con le parti dell'amministrazione competenti rispetto al caso intorno a cui sta svolgendo il suo compito, col fine di semplificare le cose, migliorarle, portarle a buon termine, in una parola superare la *maladministration*. Vi sono però altri casi nei quali la funzione di garanzia si esplica mediante veri e propri poteri di decisione. Decidere definitivamente (salvo il controllo giurisdizionale) se un referendum è oppure non è ammissibile è un potere giuridico di grande portata. Il meccanismo previsto da leggi regionali prima dell'entrata in vigore del nuovo Statuto (ad es. in Emilia-Romagna) era insoddisfacente perché a decidere sull'ammissibilità o meno era un organo privo di effettiva indipendenza, quando non apertamente politico. Ora, rispetto agli organi di garanzia previsti in alcuni Statuti regionali, c'è anzitutto un netto miglioramento perché la decisione sulla ammissibilità o meno viene sottratta a qualunque organo politico e spetta direttamente ed esclusivamente all'organo di garanzia; in secondo luogo, esistono le condizioni che permettono ai componenti di questo organo di essere effettivamente indipendenti (forse non tutte quelle che sarebbero necessarie: ma questo è appunto un tema che va approfondito anche sulla base dell'esperienza).

Naturalmente resta una fondamentale differenza rispetto alla Corte costituzionale: la decisione dell'organo regionale di garanzia, anche se definitiva per l'ente Regione, rimane sottoposta al controllo dei giudici. Ciò non toglie che, dal punto di vista dell'ente Regione, la decisione finale spetta soltanto all'organo di garanzia: è quest'organo che, per la Regione, decide se il referendum è ammissibile, e quindi deve cominciare il procedimento che porterà alla votazione referendaria, oppure non è ammissibile e quindi, salvo l'eventuale controllo giurisdizionale, impedisce che il procedimento referendario abbia corso.

2. La funzione di garanzia delle consulte statutarie

Il secondo tema che intendo affrontare ruota intorno alla parola "garanzia". Mi piace il tentativo anche linguistico che ha fatto Falcon¹ e che riprendo, di distinguere tra l'aggettivo "consulenziale", che per la verità come ovvio non esiste in italiano, e "consultivo", perché, al di là degli aspetti linguistici, nella generale e generica funzione di garanzia emergono due aspetti distinti da separare. La vera attività di garanzia è una attività svolta da un terzo imparziale a favore di qualcuno contro qualcun altro; l'attività di consulenza è cosa ben diversa, è l'attività di un consulente a vantaggio di qualcuno che il consulente vuole aiutare (o deve aiutare se così è previsto da norme giuridiche o da contratto). Da qui una serie di conseguenze che diversificano coerentemente e necessariamente le due attività. Se si tratta di consulenza, questa attività deve essere riservata (a vantaggio appunto del soggetto che ha chiesto la consulenza) e senza pubblicità; esattamente al contrario l'attività di garanzia, anche quando si manifesta mediante pareri e non decisioni, deve ottenere il massimo di pubblicità.

Da questo punto di vista sono contrario a mescolare i due aspetti (di garanzia e di consulenza), se l'attività definita di garanzia viene costruita come attività che deve andare a vantaggio sia del garantito che del soggetto che decide.

A questo proposito richiamo la legge 55/2008 della Regione Toscana. La Regione Toscana nel suo Statuto si occupa di un tema ormai

(1) *Le consulte di garanzia come organi giurisdicenti*, in questo stesso fascicolo della Rivista.

diligante a livello mondiale, e cioè la qualità della legislazione, stabilendo, tra l'altro, l'obbligo di motivazione anche delle leggi e dei regolamenti, come è previsto nell'Unione europea. La legge 55/2008 attua appunto i principi stabiliti nello Statuto. Da un lato dunque in Toscana è previsto l'organo di garanzia statutaria, e dall'altro è in vigore una disciplina complessa e impegnativa sulla qualità della normazione, che comporta numerosi adempimenti. Ad esempio è previsto che la Giunta, nel presentare i suoi progetti di legge, debba accompagnarli da diverse relazioni, fino al massimo di sei. Tre però sono sempre richieste; altre tre dipendono dai casi disciplinati, e dunque in alcuni casi debbono esserci, in altri possono esserci ma anche non esserci. Vi saranno dunque anche sei diverse strutture di consulenti, interni o esterni alla Regione, che debbono aiutare la Giunta a redigere quelle relazioni che accompagneranno il progetto di legge. Vale la pena di ricordare i nomi delle tre relazioni principali: analisi tecnico-normativa (ATN), analisi di impatto della regolamentazione (AIR), valutazione di impatto della regolamentazione (VIR). Si tratta di nomi e tipi di atti corrispondenti a quelli nazionali, che costituiscono gli ultimi risultati operativi di studi ed analisi cominciate da decenni, sia nel nostro paese nel 1980 con la relazione Barettoni Arleri, sia in altri paesi ancora prima.

In buona sostanza in questi casi abbiamo la necessità, sia per gli organi regionali che per quelli statali, di essere circondati da strutture di servizio, o eventualmente da gruppi di lavoro esterni, per essere aiutati nella migliore redazione degli atti normativi.

Questa complessa e meritoria attività però non ha nulla a che fare con gli organi di garanzia. La cosa si vede benissimo quando esaminiamo i tempi, e vediamo che l'organo di garanzia interviene quando l'organo decidente (nel caso che ho in mente il Consiglio regionale) ha deciso, prima dell'emanazione o promulgazione dell'atto normativo. In altre parole, c'è già stata una decisione, e tutta la fase consulenziale si è già esaurita a monte; chi ha deciso, se aveva bisogno di consulenti, li ha già usati; questo lavoro, dopo la decisione dell'organo competente, non ha più alcun rilievo, perché è qualcosa di interno all'organo decidente. Invece nei casi di garanzia statutaria rispetto alle leggi ed ai regolamenti abbiamo una deliberazione (che non è ancora leg-

ge anche se con improprietà linguistica chiamiamo legge: comunque questa improprietà esisteva anche prima): se definiamo consultiva la eventuale attività di controllo svolta dall'organo di garanzia usiamo questa connotazione al fine di chiarire il valore giuridico di tale atto; è consultivo perché, coerentemente con la Costituzione, esso non può annullare la deliberazione del Consiglio regionale (questo potere spetta solo alla Corte costituzionale, dopo che la legge è entrata in vigore), ma al massimo, se così prevede lo Statuto, può costringere il Consiglio a deliberare di nuovo, magari con maggioranza assoluta e non più semplice. Si vede con chiarezza che comunque l'organo di garanzia non svolge propriamente un'attività di consulenza, ma una forma sia pure blanda di controllo (blanda perché il parere dell'organo può essere superato dal Consiglio regionale).

3. Gli effetti dell'intervento delle consulte di garanzia statutaria

Per la verità a questo punto si aprono alcuni problemi. Anzitutto ci si chiede se in base alla Costituzione è ammissibile che il Consiglio regionale sia obbligato dallo Statuto ad adottare una legge con maggioranze qualificate. La questione non riguarda il nostro tema e dunque mi limito a dire che a mio parere, mentre mi pare ammissibile imporre l'obbligo della maggioranza assoluta (appunto perché si tratta pur sempre di maggioranza dell'assemblea e quindi di regola che sta dentro il principio democratico), ritengo incostituzionale l'obbligo di maggioranze superiori a quella assoluta (con conseguente potere di veto delle minoranze): solo la Costituzione può imporre tali diverse maggioranze (ed infatti in qualche caso lo fa); in tutti gli altri casi si applica il principio della maggioranza.

Però il problema che ci deve interessare è un altro: stabilito qual è il minimo dei voti in base ai quali il Consiglio può approvare una legge regionale contro il parere dell'organo di garanzia, *quid juris* se ad es., contro quanto prevede lo Statuto, il Consiglio approva di nuovo ma non motiva?

Se lo Statuto dispone che la legge deve essere motivata, la mancanza della motivazione deve comportare l'illegittimità della legge. Però, come l'esperienza degli atti amministrativi dimostra, la motivazione può essere insufficiente, fondata su dati di fatto erronei, incoerente

con quanto disposto, e così via: in altre parole si aprono le stesse domande che hanno condotto a configurare l'eccesso di potere degli atti amministrativi. Dobbiamo dunque estendere il vizio dell'eccesso di potere anche alla legge, quale che sia il nome col quale viene nominato? Mi limito a sollevare questa questione: mi pare ovvio però ricordare che, se la questione sarà sollevata, sarà la Corte costituzionale a decidere sul punto.

La possibilità offerta a qualcuno di richiedere il parere sulla legittimità della legge prima che venga promulgata e pubblicata solleva una distinta questione. Se la questione viene sollevata da chi è legittimato a farlo, il Collegio di garanzia deve pronunciarsi. Se nessuno tra i legittimati solleva la questione il Collegio non ha titolo per pronunciarsi. Il solo fatto che la questione è stata sollevata, quale che sia il parere del Collegio di garanzia e quale che sia la decisione del Consiglio a seguito del parere, offre al Governo argomenti per impugnare successivamente la legge davanti alla Corte costituzionale. Col risultato paradossale che, paralizzati da questo ragionevole timore, lo strumento del ricorso al Collegio di garanzia, almeno per quanto riguarda le leggi, non sarà mai usato dagli interessati. Per la verità questo timore è ragionevole rispetto ai gruppi consiliari di maggioranza, non ha ragione rispetto ai gruppi di minoranza o rispetto al CAL (Consiglio delle autonomie locali), sempre che questo organo sia legittimato a sollevare la questione davanti al Collegio di garanzia (come sarebbe ragionevole, visto che è uno dei pochi strumenti efficaci a disposizione del CAL per difendere le autonomie locali contro possibili prevaricazioni della Regione). Resta vero però che un parere negativo del Collegio rende più difficili eventuali accordi politici tra maggioranza e minoranze entro il Consiglio in sede di nuova deliberazione del progetto su cui si è pronunciato il Collegio garante, discostandosi in tutto o in parte da tale parere. L'esperienza ci dirà se tali timori sono fondati o meno.

Anche sulla competenza dei Collegi di garanzia sui conflitti tra organi regionali ci sarebbe molto da dire. Immaginate che venga sollevato un conflitto tra organi, e che il parere del Collegio sia negativo: che succede rispetto all'eventuale atto emanato in ipotesi dall'organo incompetente? Il Collegio non può annullarlo. Bisogna allora immaginare

o che l'organo che ha emanato l'atto giudicato illegittimo per incompetenza lo ritiri d'ufficio, oppure che l'interessato ricorra al giudice amministrativo, se l'organo non si adegua al parere (e non è detto però che il giudice confermi la decisione del Collegio).

Insomma le questioni aperte sono molte, e l'esperienza sulla quale possiamo riflettere è estremamente limitata.

4. Le prime decisioni della Consulta dell'Emilia-Romagna

Sarebbe una buona cosa se tutte le Regioni avessero organi di garanzia funzionanti e non solo sulla carta, e se i casi decisi da questi organi fossero numerosi e articolati. A maggior ragione vale la pena di commentare il primo caso deciso dal Collegio dell'Emilia-Romagna di cui facevo parte, sia perché il Collegio ha risolto con argomenti ragionevoli un caso che rischiava di dar luogo ad una sostanziale ingiustizia, sia perché il Collegio ha risolto due questioni di principio che verosimilmente orienteranno tutti i casi dello stesso tipo nel futuro. La prima questione riguardava il presunto compito del Collegio di dichiarare non ammissibile una proposta di iniziativa polare qualora contraria a Costituzione o a Statuto: il Collegio, facendo leva sul linguaggio non univoco e non rigoroso del legislatore regionale, ha chiarito che in questo caso, se contrarie a Statuto od a Costituzione sono singole disposizioni e non l'intero atto, il Collegio dà un parere al Consiglio, ma non impedisce che proceda l'iniziativa di legge. La seconda questione riguardava la copertura finanziaria del progetto di iniziativa popolare: il Collegio ha stabilito che i promotori non debbono quantificare esattamente la spesa, che è compito di tecnici, ma debbono indicare nel progetto tutti gli elementi pertinenti e sufficienti sulla cui base successivamente i tecnici quantificheranno la spesa effettiva (ad es. il numero dei componenti di un Collegio: quale sarà poi la spesa effettiva dipenderà, se così il progetto prevede, dalla decisione successiva dell'organo regionale che dovrà quantificare l'indennità per i componenti di tale Collegio). Per quanto riguarda le argomentazioni a sostegno di queste due importanti decisioni rinvio alla pronuncia del Collegio nel sito della Regione Emilia-Romagna.

5. Funzione di garanzia e principio di divisione dei poteri

È opinione diffusa e da me condivisa che per quanto riguarda tutti gli organi di garanzia le cose procedono molto lentamente e rari sono i controlli. Il potere oggi più che mai non vuole controlli.

Quello che in questo momento della nostra storia mi impressiona di più è scoprire che è andato perduto, o forse non è mai stato presente, il principio di divisione dei poteri.

Questo principio si basa sulla rigorosa distinzione tra porre regole, attuare regole, e giudicare sulla conformità dell'attuazione rispetto alle regole, con il corollario evidente che per funzionare questo modello esige l'indipendenza dei controllori (e cioè dei giudici, ma anche di tutti coloro che per varie ragioni anticipano il controllo dei giudici, come sono appunto i Collegi di garanzia ed altri organi che svolgono compiti analoghi).

Esiste beninteso il problema di garantire poi che i giudici siano davvero indipendenti. Su questo piano mi pare che molto si discuta ma in pratica regni l'ipocrisia. Non capisco ad esempio perché non sia stata approvata una legge molto semplice ed efficace che impedisca ai magistrati di concorrere a cariche politiche prima che siano trascorsi almeno cinque anni dalla cessazione del loro ufficio. Non credo sia necessario spiegare perché una tale regola sarebbe molto importante, a tutela dell'immagine dei giudici. Sta di fatto che nessuno la propone. Ritengo che i magistrati, nelle televisioni, nei quotidiani al di sopra di una tiratura che stabilirei in cinquemila copie, ed altre pubblicazioni di massa, dovrebbero sempre essere citati col nome della carica e mai col nome anagrafico, che le loro immagini non dovrebbero mai comparire, che in una parola tutti siano costretti a parlare delle loro decisioni scritte, o delle loro omissioni, e mai di vicende private che nulla hanno a che fare col loro ufficio. Non credo che si tratti in nessun caso di limiti alla libertà di stampa e di manifestazione del pensiero: tutti possono liberamente criticare gli atti dei magistrati, ma appunto dei magistrati in quanto magistrati, e quindi dei loro atti come magistrati. Ormai in molte pubblicazioni o dichiarazioni pubbliche non si aspetta neppure di leggere le sentenze, e si dà per scontato che i magistrati sono in mala fede, se la loro decisione non piace.

Penso comunque che i componenti degli organi di garanzia in senso

proprio debbano comportarsi come magistrati, come buoni, onesti e competenti magistrati.

Un primo elemento di verifica sta nel modo di scrivere. Quando si riunì la prima volta la seconda Commissione di garanzia sulla attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali (nel 1996), della quale ho fatto parte per quattro anni, ci colpì il modo incomprensibile col quale erano scritte le decisioni della precedente Commissione. Una delle prime cose che decidemmo fu appunto quella di mutare totalmente il modo di articolare e scrivere le nostre decisioni (è possibile vedere facilmente la grande differenza mettendo a confronto le decisioni della Commissione prima del 1996 e dopo il 1996). Non per caso il nuovo modo copiava l'andamento delle sentenze: premessa, motivazione in fatto, motivazione in diritto, dispositivo. Un diverso problema poi ci occupò costantemente: la Commissione aveva sia il potere di introdurre provvisoriamente regole per quanto riguarda le prestazioni indispensabili anche in caso di sciopero, se le parti non si erano messe d'accordo o il loro accordo era stato giudicato inidoneo dalla Commissione, sia di sanzionare le organizzazioni che non rispettavano tali regole. Ebbene, l'aver cumulato due compiti così diversi portava senza piena consapevolezza a decidere col caso concreto la regola del caso, cioè a violare il principio di legalità (e cioè un aspetto fondamentale del principio di divisione dei poteri). Innumerevoli volte la Commissione ha dovuto ricordare a se stessa che prima vanno emanate le regole generali e astratte, poi eventualmente va fatta applicazione della regola ai casi concreti. Se vi sono organi di garanzia che, come nell'esempio ora ricordato, cumulano due funzioni, una normativa e la seconda applicativa delle norme rispetto ai casi concreti, questi organi debbono ricordare l'avvertenza ora formulata e non confondere le due funzioni.

Credo che gli organi di garanzia debbano attenersi a questo principio: prima le norme, magari costruite o per delega della legge o per necessità di interpretazione dallo stesso organo di garanzia, poi l'applicazione ai casi concreti delle regole così individuate. Gli organi di garanzia debbono cercare, nei limiti del possibile, di non avere pregiudizi, di non fare scelte politiche, di essere ed apparire davvero come se fossero giudici.

Focus sulla giurisprudenza costituzionale in materia di sicurezza pubblica

Federica Paolozzi

Sommario

1. La sicurezza pubblica nella giurisprudenza costituzionale fino al 2001 – 2. La sicurezza pubblica nella giurisprudenza costituzionale dal 2001 ad oggi – 3. La sicurezza urbana – 4. Le sentenze sulla sicurezza urbana – 4.1. La sentenza 196/2009 – 4.2. La sentenza 226/2010 – 4.3. La sentenza 274/2010 – 4.4. La sentenza 115/2011.

1. La sicurezza pubblica nella giurisprudenza costituzionale fino al 2001

La pubblica sicurezza può essere definita come quella funzione che consente agli individui di vivere tranquillamente nella comunità e di agire in essa per manifestare la propria individualità e per soddisfare i propri interessi. La nozione di pubblica sicurezza è stata oggetto di innumerevoli ricostruzioni dottrinarie volte anche a distinguerne i confini dall'altro concetto a cui è tradizionalmente e normativamente abbinato: quello di "ordine pubblico". Con riguardo ad esso in passato si soleva distinguere tra ordine pubblico "ideale" come insieme di principi ispiratori e legittimanti le attività di polizia di prevenzione e tutela, come limite immanente a tutte le libertà civili e politiche, e ordine pubblico "materiale" come insieme di beni specifici oggetto di tutela; la dottrina ha nettamente orientato la propria preferenza verso questa seconda accezione fino ad arrivare a considerare il concetto di ordine pubblico così inteso equivalente a quello di sicurezza pubblica. Negli interventi legislativi più recenti, sia costituzionali sia ordinari, le due locuzioni sono utilizzate in maniera congiunta; le sentenze della giurisprudenza costituzionale di seguito illustrate ne hanno affinato il contenuto cercando di individuare la tipologia dei beni specifici oggetto di tutela.

A partire dalla sentenza 77/1987, la Corte costituzionale ha definito la “sicurezza pubblica” come la “*funzione inerente alla prevenzione dei reati o al mantenimento dell'ordine pubblico*”. Tale definizione è poi richiamata nella sentenza 218/1988, che distingueva, sulla base di un solco già tracciato dalla sentenza del 1987, tra la “polizia amministrativa” e la “pubblica sicurezza” definendo rispettivamente la prima come quelle “*attività di prevenzione o di repressione dirette a evitare danni o pregiudizi che possono essere arrecati alle persone o alle cose nello svolgimento di attività ricomprese nelle materie sulle quali si esercitano le competenze regionali, senza che ne risultino lesi o messi in pericolo i beni o gli interessi tutelati in nome dell'ordine pubblico*” e la seconda come l'insieme delle “*misure preventive e repressive dirette al mantenimento dell'ordine pubblico*”. Si tratta di definizioni che si ripetono nelle sentenze successive (tra cui la 740/1988 e la 162/1990) e che avrebbero ispirato – alcuni anni dopo – le scelte legislative compiute nell'art. 159 del d.lgs. 112/1998. È con la sentenza 115/1995 che la Corte costituzionale – di nuovo chiamata a pronunciarsi sulla differenza tra i compiti di polizia amministrativa e quelli di polizia di sicurezza – ha l'occasione per meglio definire e puntualizzare il contenuto di questi ambiti. Nella sentenza 115/1995 si legge che la polizia di sicurezza ricomprende “*le misure preventive e repressive dirette al mantenimento dell'ordine pubblico, da intendersi quale complesso dei beni giuridici fondamentali o degli interessi pubblici primari sui quali si fonda l'ordinata convivenza civile dei consociati*” e la polizia amministrativa ricomprende “*le misure preventive e repressive dirette ad evitare danni o pregiudizi che possono derivare alle persone e alle cose nello svolgimento di attività riconducibili alle materie sulle quali vengono esercitate competenze statali o regionali, senza che ne risultino pregiudicati o messi in pericolo gli interessi tutelati in nome dell'ordine pubblico*”. Questi concetti saranno poi trasfusi, esattamente in questi termini, nelle definizioni delle funzioni e dei compiti di polizia amministrativa regionale e locale e delle funzioni e dei compiti relativi all'ordine pubblico e alla sicurezza pubblica contenute nell'art. 159 del d.lgs. 112/1998 di conferimento delle funzioni e dei compiti amministrativi dello Stato alle Regioni ed agli enti locali, in attuazione del Capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59. L'orientamento restrittivo

in ordine al concetto di sicurezza pubblica, che costantemente emerge dalle pronunce costituzionali, è stato ribadito nell'ultima sentenza prima della riforma costituzionale del 2001: la sentenza 290/2001, con cui la Corte ha richiamato l'art. 159, comma 2, del d.lgs. 112/1998 precisando che *“tale definizione nulla aggiungeva alla tradizionale nozione di ordine pubblico e sicurezza pubblica tramandata dalla giurisprudenza costituzionale, nella quale la riserva allo Stato riguarda le funzioni primariamente dirette a tutelare beni fondamentali, quali l'integrità fisica o psichica delle persone, la sicurezza dei possessori ed ogni altro bene che assume primaria importanza per l'esistenza stessa dell'ordinamento. È dunque in questo senso che deve essere interpretata la locuzione ‘interessi pubblici primari’ utilizzata nell'art. 159, comma 2: non qualsiasi interesse pubblico alla cui cura siano preposte le pubbliche amministrazioni, ma soltanto quegli interessi essenziali al mantenimento di una ordinata convivenza civile. Una siffatta precisazione è necessaria ad impedire che una smisurata dilatazione della nozione di sicurezza e ordine pubblico si converta in una preminente competenza statale in relazione a tutte le attività che vanificherebbe ogni ripartizione di compiti tra autorità statali di polizia e autonomie locali”*.

2. La sicurezza pubblica nella giurisprudenza costituzionale dal 2001 ad oggi

La riforma costituzionale del 2001 ha novellato l'art. 117, comma 2, lett. b), della Costituzione, confermando allo Stato la competenza legislativa in materia di “ordine pubblico e sicurezza” ed escludendo esplicitamente la “polizia amministrativa locale” che, per l'operatività della clausola residuale contenuta nel comma 4 del medesimo art. 117 Cost., è ora da ricomprendere tra le materie di competenza legislativa regionale. L'altra novità è rappresentata dalla riformulazione del comma 3 dell'art. 118 Cost. che prevede la possibilità di disciplinare con legge statale forme di coordinamento tra lo Stato e le Regioni nella materia dell'“ordine pubblico e sicurezza” oltre che dell'“immigrazione”.

Con riguardo alla nuova formula utilizzata dal legislatore per definire le materie di competenza legislativa statale e regionale, cioè “ordi-

ne pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale”, la Corte – come visto – si era già in numerose occasioni espressa fornendo sia le definizioni di “ordine pubblico e sicurezza” e di “polizia amministrativa” sia le indicazioni sui loro reciproci rapporti. L’interpretazione che negli ultimi anni viene costantemente data di “ordine pubblico e sicurezza” è in termini decisamente restrittivi, sia nei confronti di altri tipi di sicurezza, sia nei confronti dell’altro ambito, quello della “polizia amministrativa locale” menzionato nella medesima lett. *b*) per escluderlo dalla competenza legislativa statale. Nei rapporti tra potestà statale e potestà regionale i rispettivi ambiti di competenza sono ormai e in maniera sempre più consolidata delineati¹.

L’esclusione esplicita della materia “polizia amministrativa locale” e la conseguente collocazione tra quelle di competenza regionale residuale hanno consentito alle Regioni di adottare delle proprie leggi di disciplina delle funzioni di polizia amministrativa e delle strutture di polizia locale deputate al loro esercizio. È infatti nel periodo immediatamente successivo all’approvazione della riforma costituzionale che a livello regionale vengono approvate numerose leggi organiche di riforma della polizia locale e, a livello nazionale, vengono avanzate proposte legislative di coordinamento in materia di “ordine pubblico e sicurezza” in applicazione dell’art. 118, comma 3, Cost.

Prendendo atto dell’interpretazione restrittiva del concetto di “sicurezza pubblica”, molte delle leggi regionali approvate disciplinano insieme alle funzioni di polizia amministrativa locale anche l’istituzione di un “sistema integrato di sicurezza”, al quale sono riconducibili interventi in settori quali la riqualificazione delle aree urbane degradate, la prevenzione di situazioni di disagio sociale, la mediazione dei conflitti sociali e culturali, le azioni di supporto al controllo del territorio, l’educazione alla legalità, l’assistenza alle vittime di reato, nonché provvedimenti in materia di protezione civile, sicurezza stra-

(1) Per un’analisi degli effetti della riforma costituzionale del 2001 sulla legislazione statale e regionale in materia di “ordine pubblico e sicurezza” e di “polizia amministrativa locale” si veda T.F. GIUPPONI, *La sicurezza urbana e i suoi incerti confini, tra ordinanze sindacali e “ronde”*, in particolare il § 2, in questo stesso numero della *Rivista*.

dale, sicurezza ambientale e sicurezza del lavoro. Si tratta di iniziative ed interventi volti – come si legge nelle leggi che le disciplinano – “*al conseguimento di una ordinata e civile convivenza nelle città e nel territorio regionale*”, assolutamente distinti dall’attività di prevenzione e repressione dei reati di competenza statale e che, nel rispetto del dettato costituzionale e in coerenza con le statuizioni giurisprudenziali e le disposizioni legislative, incidono su materie di competenza regionale. Tale ambito di intervento regionale è stato dai commentatori distinto concettualmente dalla “sicurezza pubblica” e definito come “sicurezza urbana” o “sicurezza locale”, ambito sul quale – va segnalato – non è stato sollecitato alcun intervento della Consulta.

Rispetto a dette leggi regionali, la Corte costituzionale è infatti intervenuta solo in merito ad aspetti particolari legati all’istituzione e alle funzioni di specifici organismi regionali. Con sentenza 134/2004, la Corte si è pronunciata sulla l.r. Marche 11/2002 che aveva previsto la partecipazione obbligatoria di prefetti e magistrati al Comitato di indirizzo - organo dell’Osservatorio regionale per le politiche integrate di sicurezza istituito presso la Presidenza della Giunta regionale. La Consulta ha dichiarato tale previsione illegittima in quanto il suo tenore “*esclude infatti che la partecipazione al Comitato di indirizzo sia rimessa alla libera volontà dei titolari degli uffici giudiziari [...] ma attribuisce nuovi compiti ai titolari di uffici giudiziari in quanto tali, configurandoli ex legge come componenti necessari di un organo regionale, al quale essi dovrebbero pertanto partecipare obbligatoriamente*”. “*In tal modo la norma*” conclude la Corte “*invade però la potestà legislativa esclusiva dello Stato stabilita dall’art. 117, comma 2, lett. g), Cost. in tema di ordinamento degli organi e degli uffici dello Stato, e viola la riserva di legge statale prevista dall’art. 108, comma 1, Cost. in tema di ordinamento giudiziario*”.

Con sentenza 105/2006, la Corte si è pronunciata sulla previsione – contenuta nella l.r. Abruzzo 40/2004 – di un Comitato scientifico regionale permanente per le politiche della sicurezza e della legalità, sostenendo che, essendo le funzioni di detto Comitato di analisi e di studio dei fenomeni criminosi in senso lato, esse “*risultano in sé strutturalmente inadeguate a ledere la dedotta attribuzione di competenza legislativa statale. [...] non sono suscettibili di una teorica collocazione*

nell'ambito della nozione di 'sicurezza pubblica', quale è delineata dalla giurisprudenza di questa Corte [...]".

Sulla "sicurezza pubblica" la giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma del 2001 si è mossa nel segno della continuità rispetto a quanto già affermato dalla Corte negli anni precedenti. Che la materia "ordine pubblico e sicurezza" riguardi soltanto gli interventi finalizzati alla prevenzione dei reati ed al mantenimento dell'ordine pubblico è ormai un assioma; la Corte costituzionale lo ha ribadito senza incertezze o sfumature ed ha utilizzato tale criterio restrittivo sostanzialmente in due direzioni: nei confronti di altre materie di competenza esclusiva statale al fine di evitare sovrapposizioni e nei confronti delle materie di competenza legislativa regionale concorrente o residuale per inquadrare la disciplina impugnata e stabilire di volta in volta a chi riconoscerne la titolarità.

Dall'analisi della giurisprudenza è possibile individuare un nucleo di sentenze in cui la Corte, invocando l'interpretazione restrittiva della nozione di "sicurezza pubblica", esclude la configurabilità di detta materia – di esclusiva competenza statale – in altri ambiti che rientrano invece in altre materie o di competenza statale o di competenza regionale, e un altro nucleo di sentenze in cui la Corte riconosce profili di sicurezza pubblica, attraendone dunque la disciplina alla competenza statale, in materie astrattamente riconducibili alla competenza legislativa regionale.

Inaugura il primo filone la sentenza 407/2002, in cui la Corte ha ritenuto che la disciplina delle attività a rischio di incidenti rilevanti (sicurezza ambientale) non ricadesse nella competenza legislativa esclusiva di cui all'art. 117, comma 2, lett. *b*), Cost. In successive sentenze, la Corte ha altresì escluso che potessero ricadere nell'ambito dell'art. 117, comma 2, lett. *b*), Cost., e dunque nella competenza legislativa esclusiva dello Stato, altre declinazioni della sicurezza: la sentenza 6/2004 in tema di "sicurezza dell'approvvigionamento di energia elettrica" in cui si legge: *"Deve innanzitutto negarsi che il concetto di 'sicurezza' utilizzato nella legislazione sull'energia come 'sicurezza dell'approvvigionamento di energia elettrica' e 'sicurezza tecnica' possa essere confuso con la 'sicurezza pubblica' ex art. 117, comma 2, lett. b)*"; la sentenza 162/2004 in tema di "sicurezza alimentare",

nonché la sentenza 95/2005 sull'abolizione del libretto di idoneità sanitaria, in cui la Corte ha ribadito quanto già affermato nella sentenza 162/2004 in relazione alla censura riferita alla competenza esclusiva del legislatore statale in materia di "ordine pubblico e sicurezza", di cui alla lett. *b*) del comma 2 dell'art. 117 della Costituzione; la sentenza 383/2005 sulla "sicurezza tecnica", dove si legge: "*La materia dell'ordine pubblico riguarda solo la prevenzione dei reati e il mantenimento dell'ordine pubblico, non anche la sicurezza tecnica o la sicurezza nell'approvvigionamento dell'energia elettrica, ed eventuali turbative dell'ordine pubblico in conseguenza di gravi disfunzioni del settore energetico potrebbero semmai legittimare l'esercizio da parte del Governo dei poteri di cui all'art. 120, comma 2, Cost.*".

Di segno contrario sono invece le sentenze in cui la Corte, riconoscendo nelle disposizioni normative impugnate profili o interventi connessi alla prevenzione dei reati, ha affermato la titolarità del legislatore statale a dettarne la disciplina.

In questo senso, nella sentenza 428/2004 la Corte ha ricondotto la disciplina della circolazione stradale alla materia "ordine pubblico e sicurezza" in quanto "*mira senza dubbio a prevenire una serie di reati ad essa collegati, come l'omicidio colposo e le lesioni colpose*" e dunque "*funzionale alla tutela dell'incolumità personale*".

Così, la sentenza 222/2006, in cui la Corte ha ricondotto un provvedimento recante "Tutela dell'incolumità pubblica dal rischio di aggressioni da parte di cani potenzialmente pericolosi" alla materia "ordine pubblico e sicurezza" perché contenente una disciplina che "*in quanto funzionale alla salvaguardia dell'incolumità pubblica dal rischio di aggressione da parte di animali addestrati all'aggressività*" mira a prevenire reati contro la persona.

La sentenza 222/2006, secondo la dottrina, fa ritenere che il criterio teleologico adottato nell'individuazione dei contenuti della materia "sicurezza" mantenga comunque una notevole capacità penetrativa della potestà legislativa statale nelle materie di competenza regionale, con un intervento di tipo trasversale e potenzialmente espansivo su altre materie di competenza regionale. Questo implica allora che le Regioni non possono approvare o applicare leggi o provvedimenti, che, benché vertenti su altre materie di competenza regionale, com-

portino anche effetti che direttamente o indirettamente vanifichino o neutralizzino quelle misure amministrative adottate dall'amministrazione statale che siano previste o consentite da leggi statali aventi l'obiettivo di prevenire il compimento di reati, al di fuori dei casi e dei modi nei quali la stessa legge statale consenta alla Regione di introdurre simili riduzioni².

Questa tendenza è confermata dalle sentenze successive. Con sentenza 237/2006, la Corte ha ritenuto fuori da ogni dubbio che *“la disciplina dei giochi d'azzardo, ma, inevitabilmente, anche quella relativa ai giochi che, pur presentando un elemento aleatorio e distribuendo vincite, non sono ritenuti giochi d'azzardo (si tratta delle ipotesi di cui al comma 6 dell'art. 110 TULPS) sia riconducibile alla materia dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica di cui all'art. 117, comma 1, lett. b), Cost.”*.

Con sentenza 51/2008, la Corte ha affermato che *“la definizione delle attività necessarie a garantire la sicurezza aeroportuale relativa al controllo bagagli e passeggeri [...] ricade nella 'sicurezza dello Stato e ordine pubblico' e nella 'protezione dei confini nazionali' e rientra, quindi, nella competenza esclusiva dello Stato in base all'art. 117, comma 2, lett. d), b) e q). Spetta, quindi, allo Stato adottare una disciplina applicativa”*.

Con sentenza 18/2009, la Corte ha ritenuto la materia disciplinata da una legge regionale recante *“Norme in materia di trasporto aereo, coordinamento aeroportuale e concessioni di gestione aeroportuali”* non rientrante nella materia *“porti ed aeroporti civili”* – che la legge costituzionale 3/2001 ha espressamente attribuito alla competenza legislativa concorrente di Stato e Regioni – bensì nelle materie *“ordine pubblico e sicurezza”* e *“tutela della concorrenza”* affermando che *“la disciplina dell'assegnazione delle bande orarie negli aeroporti coordinati risponde, da un lato, ad esigenze di sicurezza del traffico aereo, e, dall'altro, ad esigenze di tutela della concorrenza, le quali corri-*

(2) P. BONETTI, *La giurisprudenza costituzionale sulla materia “sicurezza” conferma la penetrazione statale nelle materie di potestà legislativa regionale*, in *Le Regioni*, n. 6, 2006.

spondono ad ambiti di competenza esclusiva dello Stato (art. 117, comma 2, lett. e) ed b), Cost.)”.

Con sentenza 21/2010, la Corte ha affermato che la materia della sicurezza di cui all'art. 117, comma 2, lett. b), della Cost., “*non si esaurisce nell'adozione di misure relative alla prevenzione e repressione dei reati, ma comprende la tutela dell'interesse generale alla incolumità delle persone, e quindi la salvaguardia di un bene che abbisogna di una regolamentazione uniforme su tutto il territorio nazionale*” ed ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale di una disposizione di legge statale che attribuiva al Ministro dello sviluppo economico il potere di emanare decreti volti a disciplinare tutti gli impianti posti all'interno di edifici (impianti elettrici, radiotelevisivi, di riscaldamento, ecc.), in quanto volti a tutelare gli utilizzatori degli impianti medesimi, garantendo la loro incolumità, nonché l'integrità delle cose.

L'orientamento delineatosi a partire dalla sentenza 428/2004, confermato con la sentenza 222/2006 e via via consolidatosi negli ultimi anni, porta a formulare alcune considerazioni in merito all'iniziale accezione restrittiva del parametro della “sicurezza pubblica” e ad avanzare ipotesi relative alla nascita della “sicurezza” come materia trasversale. Il riferimento alla più generale categoria dell'incolumità delle persone, infatti, può aprire prospettive potenzialmente espansive alla legislazione statale esclusiva, in grado di incidere su ogni competenza legislativa regionale. Questa tendenza, accanto all'utilizzo del criterio della prevalenza in caso di concorrenza tra diverse potestà legislative (statali e regionali), delinea i tratti di una competenza statale mai espressamente definita come trasversale, ma di fatto dotata di rilevanti possibilità di incidenza³.

Queste considerazioni sembrano, ad una prima valutazione, dover essere messe in discussione dalla recentissima sentenza 9 novembre 2011, n. 300, con cui la Corte costituzionale ha ritenute non fondate

(3) Si vedano in merito le considerazioni di T.F. GIUPPONI, *Nascita e trasfigurazione di una materia trasversale: il caso della “sicurezza” (nota a Corte cost., sentenza 21/2010)*, in *Le Regioni*, n. 5, 2010.

le questioni di legittimità relative agli artt. 1 e 2 della legge della Provincia autonoma di Bolzano 22 novembre 2010, n. 13 “Disposizioni in materia di gioco lecito”. Richiamando precedenti sentenze, tra cui la sentenza 237/2006 (poc’anzi illustrata) e la sentenza 72/2010, l’Avvocatura dello Stato aveva ribadito la riserva statale in forza dell’art. 117, comma 2, lett. b) della Costituzione sulla disciplina del gioco lecito ed aveva chiesto la declaratoria di illegittimità delle impugnate norme provinciali che introducono limiti ed ostacoli alla diffusione capillare del gioco lecito statale. La Provincia autonoma di Bolzano aveva replicato che poiché le disposizioni impugnate non incidono sulla distinzione tra giochi leciti ed illeciti ma si limitano ad imporre restrizioni al rilascio di autorizzazioni per l’apertura e per l’esercizio di sale da gioco e di attrazione in luoghi ritenuti sensibili, individuando, in sostanza, l’ubicazione di esse, esse lasciano invariata la normativa statale di riferimento e si pongono invece come norme volte a regolare le attività delle sale da gioco in quanto esercizi pubblici e, come tali, rientranti integralmente nell’alveo della potestà legislativa provinciale riconosciuta dall’art. 9 dello Statuto della Regione Trentino-Alto Adige. La Corte costituzionale ha ritenuto corretta la qualificazione operata dalla Provincia, in quanto le disposizioni impugnate *“si inseriscono in corpi normativi volti alla regolamentazione degli spettacoli e degli esercizi commerciali, dettando precipuamente limiti alla collocazione nel territorio delle sale da gioco e di attrazione e delle apparecchiature per giochi leciti – sono dichiaratamente finalizzate a tutelare soggetti ritenuti maggiormente vulnerabili, o per la giovane età o perché bisognosi di cure di tipo sanitario o socio-assistenziale, e a prevenire forme di gioco cosiddetto compulsivo, nonché ad evitare effetti pregiudizievoli per il contesto urbano, la viabilità e la quiete pubblica. [...] Queste caratteristiche valgono a differenziare le disposizioni impugnate dal contesto normativo, in materia di gioco (di cui la Corte si è già occupata nelle sentenze 72/2010 e 237/2006), rendendo la normativa provinciale in esame non riconducibile alla competenza legislativa statale in materia di ‘ordine pubblico e sicurezza’ [...]”*.

Il confronto con la sentenza 237/2006 è immediato ed inevitabile, in quanto vertente su disposizioni analoghe – relative alle caratteristiche tipologiche e di localizzazione dei giochi leciti presso esercizi pub-

blici – e in presenza di argomentazioni delle parti sostanzialmente assimilabili. La Corte in entrambi i giudizi è stata chiamata a pronunciarsi sulla qualificazione – di regolazione degli esercizi pubblici o finalizzate alla tutela dell'ordine pubblico – delle norme impugnate: mentre nella sentenza del 2006 la Consulta, richiamando le prescrizioni da osservare ai fini dell'installazione dei giochi nei pubblici esercizi contenute nei commi 6 e 7 dell'art. 110 TULPS (divieto di utilizzo per i minorenni, tipologia dei luoghi ove essi possono essere installati, necessità di un limite massimo del loro numero in relazione alle dimensioni, all'ubicazione ed alla natura) aveva qualificato tutte queste prescrizioni attinenti chiaramente alla materia dell'"ordine pubblico e sicurezza" proprio in considerazione della forte capacità di attrazione e concentrazione di utenti e l'altrettanto elevata probabilità di usi illegali degli apparecchi medesimi, nella sentenza 300/2011 la Corte giunge evidentemente a conclusioni opposte. Non solo: la Corte sembra spingersi oltre, finanche a delineare un nuovo criterio ermeneutico nel momento in cui sostiene: *"Gli 'interessi pubblici primari' che vengono in rilievo ai fini considerati sono, infatti, unicamente gli interessi essenziali al mantenimento di una ordinata convivenza civile: risultando evidente come, diversamente opinando, si produrrebbe una smisurata dilatazione della nozione di sicurezza e ordine pubblico, tale da porre in crisi la stessa ripartizione costituzionale delle competenze legislative, con l'affermazione di una preminente competenza statale potenzialmente riferibile a ogni tipo di attività. La semplice circostanza che la disciplina normativa attenga a un bene giuridico fondamentale non vale, dunque, di per sé, a escludere la potestà legislativa regionale o provinciale, radicando quella statale"*.

3. La sicurezza urbana

Il concetto di "sicurezza urbana" compare per la prima volta a livello normativo nel decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92 "Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica", che fa parte del c.d. pacchetto sicurezza, un insieme eterogeneo di misure adottato dal Governo, volte a dare una risposta immediata in termini prevalentemente repressivi ai fenomeni, spesso di rilievo non penale, che generano un senso diffuso di insicurezza. Uno degli interventi più risonanti è stato quello che

ha modificato – nell'intento dichiarato di valorizzare politicamente il ruolo dei sindaci, nella duplice veste di destinatari delle istanze di sicurezza e di protagonisti delle politiche securitarie a livello cittadino, – l'art. 54 del TUEL, estendendo i poteri di ordinanza del sindaco, quale ufficiale del Governo, anche alla sicurezza urbana.

In particolare, i poteri di ordinanza del sindaco sono stati ampliati, al fine di consentirgli l'adozione "*con atto motivato [di] provvedimenti, anche contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana*". La nuova formulazione del comma 4 dell'art. 54 del TUEL ha ampliato il potere del sindaco di emanare ordinanze contingibili e urgenti, prevedendo, quale situazione legittimante il provvedimento *extra ordinem*, il grave pericolo per la "sicurezza urbana" (che si affianca così al già previsto grave pericolo per l'"incolumità dei cittadini", che viene ridefinita come "incolumità pubblica"). Il decreto legge ha demandato ad un decreto ministeriale – approvato il 5 agosto 2008 – l'individuazione del concetto di "sicurezza urbana" e delle situazioni legittimanti l'intervento del sindaco. Dalla lettura del d.m. 5 agosto 2008, recante "Incolumità pubblica e sicurezza urbana: definizione e ambiti di applicazione", risulta che per "incolumità pubblica" si intende l'integrità fisica della popolazione, mentre per "sicurezza urbana" si intende un bene pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa, nell'ambito delle comunità locali, del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità nei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale. L'elenco delle situazioni legittimanti l'adozione dell'ordinanza *extra ordinem* comprende comportamenti penalmente rilevanti e perseguibili accanto a comportamenti il cui disvalore è misurabile in termini puramente sociali⁴.

(4) Esse sono:

a) le situazioni urbane di degrado o di isolamento che favoriscono l'insorgere di fenomeni criminosi, quali lo spaccio di stupefacenti, lo sfruttamento della prostituzione, l'accattonaggio con impiego di minori e disabili e i fenomeni di violenza legati anche all'abuso di alcool;

b) le situazioni in cui si verificano comportamenti quali il danneggiamento al patrimo-

Le due principali questioni su cui si è acceso il dibattito all'indomani dell'entrata in vigore dei due citati provvedimenti hanno riguardato l'estensione del potere di ordinanza dei sindaci e il contenuto del concetto di "sicurezza urbana" soprattutto in relazione al consolidato concetto di "sicurezza pubblica".

Con riguardo all'estensione dei poteri dei sindaci, si è in un primo momento dibattuto sulla presenza, intenzionale oppure no, della congiunzione "anche" che precede l'introduzione dei provvedimenti contingibili e urgenti: secondo una prima ipotesi i provvedimenti adottabili dal sindaco in materia di sicurezza urbana potevano essere sia *extra ordinem*, cioè contingibili ed urgenti, sia di ordinaria amministrazione; altri hanno invece ipotizzato che la parola "anche" potesse essere un refuso e quindi la vera novità della norma sarebbe stata rappresentata dalla sola introduzione delle ordinanze *extra ordinem*. Questa incertezza interpretativa è stata poi superata – come si vedrà – dalla Corte costituzionale in un primo momento con la sentenza 196/2009 e definitivamente con la sentenza 115/2011.

Con riguardo all'innovativo concetto di "sicurezza urbana", da un lato, si è sostenuto che esso non rappresentasse altro che la declinazione a livello locale della sicurezza pubblica (e questa posizione sarebbe coerente con l'attribuzione dei poteri in materia ai sindaci in qualità di ufficiali di Governo), dall'altro, partendo dalla nozione restrittiva di sicurezza fornita sia dalla giurisprudenza sia dal legislatore statale a partire dal d.lgs. 112/1998, si è invece individuato un ambito più ampio che avesse a riferimento un obiettivo, quello della migliore vivibi-

nio pubblico e privato o che ne impediscono la fruibilità e determinano lo scadimento della qualità urbana;

c) l'incuria, il degrado e l'occupazione abusiva di immobili tali da favorire le situazioni indicate ai punti a) e b);

d) le situazioni che costituiscono intralcio alla pubblica viabilità o che alterano il decoro urbano, in particolare quelle di abusivismo commerciale e di illecita occupazione di suolo pubblico;

e) i comportamenti che, come la prostituzione su strada o l'accattonaggio molesto, possono offendere la pubblica decenza anche per le modalità con cui si manifestano, ovvero turbano gravemente il libero utilizzo degli spazi pubblici o la fruizione cui sono destinati o che rendono difficoltoso o pericoloso l'accesso ad essi.

lità dei centri urbani e di una ordinata e civile convivenza negli stessi, per il raggiungimento del quale sono coinvolti diversi livelli territoriali e governativi che attuano politiche integrate (in ambito sociale, sanitario, edilizio, ecc.), tradizionalmente e di regola di competenza legislativa residuale regionale. È in questa accezione e sulla base di questo presupposto che molte Regioni con proprie leggi hanno promosso e disciplinato dei sistemi integrati di sicurezza c.d. urbana.

Le due questioni cui si è sopra accennato non esauriscono ovviamente tutti gli aspetti su cui si sono vivacemente confrontati i commentatori della nuova normativa, ma rappresentano le due più importanti tematiche su cui la Corte costituzionale si è pronunciata, come si vedrà nel prossimo paragrafo.

Il legislatore statale è tornato l'anno successivo sul tema della sicurezza urbana con la legge 15 luglio 2009, n. 94 "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica" che, oltre a contenere disposizioni finalizzate al miglioramento della sicurezza pubblica che apportano rilevanti novità anche in materia penale, ha disciplinato per la prima volta a livello statale la possibilità che associazioni di privati cittadini collaborino alla tutela della sicurezza urbana e alla prevenzione di situazioni di disagio sociale. In particolare il comma 40 dell'art. 3 ha previsto che *"I sindaci, previa intesa con il prefetto, possono avvalersi della collaborazione di associazioni tra cittadini non armati al fine di segnalare alle forze di polizia dello Stato o locali eventi che possano arrecare danno alla sicurezza urbana ovvero situazioni di disagio sociale"* (le c.d. ronde); i successivi tre commi hanno stabilito i relativi requisiti, procedure e modalità operative. Anche in questo caso è stato previsto che l'operatività di queste disposizioni fosse garantita dall'emanazione di un decreto del Ministro dell'interno, poi approvato l'8 agosto 2009. Anche le previsioni sulle c.d. ronde, come quelle sui poteri di ordinanza dei sindaci, hanno avuto un forte impatto mediatico e sollevato dubbi interpretativi sulle concrete modalità operative ed applicative. Da un duplice punto di vista – giuridico e pratico – si poneva anche la questione della compatibilità della disciplina degli osservatori volontari introdotti con la legge del 2009 e il decreto attuativo con quella dei volontari che già operavano in ambiti e per finalità affini in forza di normative regionali previgenti. Al fine di

chiarire il rapporto tra le due normative e definire come coordinare la compresenza nel medesimo territorio di due figure analoghe di osservatori, le Regioni che avevano già introdotte dette figure a livello regionale hanno impugnato le disposizioni normative statali, con gli esiti che vedremo.

4. Le sentenze sulla sicurezza urbana

4.1. La sentenza 196/2009

Sulla prima delle due questioni, quella relativa all'esatta configurazione degli strumenti utilizzabili dal sindaco, una risposta è stata fornita dalla Corte costituzionale con l'importante sentenza 24 giugno 2009, n. 196.

Con la sentenza 196/2009 la Corte ha deciso sulla legittimità dell'art. 6 del d.l. 92/2008 e sul conflitto di attribuzione promosso contro il d.m. 5 agosto 2008 presentati dalla Provincia autonoma di Bolzano. Tutte le censure – nonostante la formale invocazione di molteplici parametri – si fondavano sull'asserita lesione degli artt. 20 e 52, comma 2, dello Statuto della Provincia, in base ai quali la potestà legislativa ed amministrativa in tema di pubblica sicurezza sarebbe attribuita ai Presidenti delle Province. Della sentenza si è scelto di illustrare i soli contenuti di portata generale, in relazione in particolare all'estensione dei poteri dei sindaci e alla potestà normativa di definizione delle nozioni di "incolumità pubblica" e di "sicurezza urbana".

Con riguardo alla configurazione del nuovo potere di ordinanza attribuito ai sindaci, la Corte si è espressa in maniera chiara: ha valorizzato la parola "anche" contenuta nel comma 4 dell'art. 54 del TUEL ed ha pertanto mantenuto la distinzione tra le ordinanze contingibili e urgenti adottabili dai sindaci ai sensi del comma 4 dell'art. 54 TUEL e i provvedimenti di ordinaria amministrazione a tutela di esigenze di incolumità pubblica e sicurezza urbana, comunque adottabili dai sindaci in assenza dei presupposti della necessità e dell'urgenza tipici delle ordinanze *extra ordinem*.

La sentenza si chiude con l'esame del conflitto di attribuzione relativo al d.m. 5 agosto 2008, che definisce le nozioni di "incolumità pubblica" e di "sicurezza urbana" previste dall'art. 6 del d.l. 92/2008. La Corte ha affermato che il testo del decreto ha ad oggetto "*esclusivamente*

la tutela della sicurezza pubblica, intesa come attività di prevenzione e repressione dei reati” che alla luce dell’espresso riferimento, contenuto nelle premesse dell’atto, alla lett. *b)* dell’art. 117 Cost. non può, secondo costante giurisprudenza costituzionale, che attenersi “*alla prevenzione dei reati e alla tutela dei primari interessi pubblici sui quali si regge l’ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale*”. La Corte ha precisato inoltre che “*Lo stesso decreto, poi, sempre nelle premesse, esclude espressamente dal proprio ambito di riferimento la polizia amministrativa locale. Pertanto, i poteri esercitabili dai sindaci, ai sensi dei commi 1 e 4 dell’art. 54 del d.lgs. 267/2000, non possono che essere quelli finalizzati alla attività di prevenzione e repressione dei reati e non i poteri concernenti lo svolgimento di funzioni di polizia amministrativa*”.

Come si evince dalla lettura della sentenza, in merito all’esatta delimitazione del concetto di sicurezza urbana la Corte ha aggiunto poco rispetto a quanto aveva già avuto modo di affermare in sue precedenti pronunce. Il richiamo alla premessa del decreto – che cita la lett. *b)* dell’art. 117 Cost. – ribadisce la collocazione del sindaco, nell’esercizio di detti poteri, come rappresentante dell’autorità statale. Ne deriva che la materia “sicurezza urbana” viene assorbita, o meglio, considerata espressione della sicurezza pubblica. Attraverso un *obiter dictum* la Corte sostanzialmente ha aderito alla prima delle interpretazioni a cui sopra si è accennato.

4.2. La sentenza 226/2010

Sulle disposizioni relative all’introduzione degli osservatori volontari contenuta nella legge 15 luglio 2009, n. 94 “Disposizioni in materia di sicurezza pubblica”, la Corte si è pronunciata con la sentenza 21 giugno 2010, n. 226 sui ricorsi promossi dalle Regioni Emilia-Romagna, Umbria e Toscana per violazione dell’art. 117, commi 2, lett. *b)*, 4 e 6, della Costituzione.

Tutte e tre le Regioni ricorrenti hanno adottato nell’esercizio della propria potestà legislativa in materia di “polizia amministrativa locale” delle normative in cui hanno previsto e disciplinato le attività di associazioni di volontari in collaborazione con la polizia locale. Le disposizioni statali impugnate inciderebbero su dette discipline regio-

nali, vanificando il ruolo e i compiti delle associazioni di volontariato da esse previste.

Le tre Regioni nei ricorsi sono partite dall'analisi dei concetti di "sicurezza pubblica" e di "disagio sociale" ed hanno invocato l'accezione restrittiva della nozione di "sicurezza pubblica" proprio al fine di evitare un'eccessiva espansione della sfera di competenza statale. Secondo la ricostruzione delle Regioni, la "sicurezza urbana" è concetto più ampio della "sicurezza pubblica", non riconducibile allo stretto ambito della materia "ordine pubblico e sicurezza", di competenza statale: cioè comprende la sicurezza pubblica più altri interventi volti a migliorare le condizioni di vivibilità dei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale, tutti interventi da ricondurre, per contro, nell'ambito della competenza regionale, in quanto espressione della polizia amministrativa locale.

Secondo la difesa erariale, invece, le norme impugnate andavano collocate nell'ambito della materia "ordine pubblico e sicurezza", anche alla luce del criterio della prevalenza (già applicato dalla Corte nella sentenza 222/2006): in questa prospettiva, rientrerebbe nella competenza statale anche l'attività degli osservatori volontari, i quali, ai sensi del comma 40 dell'art. 3 della legge 94/2009, segnalano situazioni di pericolo per la sicurezza urbana o di disagio sociale.

La Corte costituzionale ha ritenuto la questione di costituzionalità relativa al comma 40 dell'art. 3 della legge 94/2009 non fondata, con delle argomentazioni che vale la pena sinteticamente illustrare in quanto ricostruiscono la *ratio* dell'intervento statale secondo una linea continua e coerente con le novità introdotte nel 2008 e si inseriscono nel dibattito dottrinale sui rapporti tra la "sicurezza urbana" e la "sicurezza pubblica" a cui si è poc'anzi accennato.

Secondo la Consulta, la facoltà di avvalersi di gruppi di osservatori privati volontari (cosiddette "ronde") per il controllo del territorio rappresenta un ulteriore strumento offerto ai sindaci, a fini di salvaguardia della sicurezza urbana, dai provvedimenti legislativi statali, recanti misure in materia di sicurezza pubblica, intervenuti, in rapida successione, a cavallo degli anni 2008-2009 (cosiddetti "pacchetti sicurezza") e si affianca al potere dei sindaci di adottare, nella veste di ufficiali del Governo, provvedimenti "*anche contingibili e urgenti nel*

rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano [...] la sicurezza urbana".

Con riguardo alla valenza della formula "sicurezza urbana", al fine di stabilire se detta formula individui o meno un ambito d'intervento inquadrabile nella materia "ordine pubblico e sicurezza", la Corte costituzionale ha ribadito l'interpretazione restrittiva consolidata ed ha evidenziato il collegamento sistematico tra il comma 40 dell'art. 3 della legge 94/2009 e l'art. 54, comma 4, del d.lgs. 267/2000 e la logica conseguenza che il concetto di "sicurezza urbana" debba avere l'identica valenza nei due casi: non a caso il d.m. 8 agosto 2009 richiama nel preambolo espressamente tanto l'art. 54 del d.lgs. 267/2000, quanto il d.m. 5 agosto 2008, e fa ulteriore, specifico rinvio al secondo nell'art. 1, comma 2, proprio al fine di estendere all'attività delle associazioni di volontari la nozione di "sicurezza urbana" da esso offerta. Ne deriva che il dettato della norma impugnata non è in contrasto con la previsione costituzionale.

Con riguardo all'espressione "situazioni di disagio sociale", la Corte costituzionale è giunta invece alla diversa conclusione di non ritenere praticabile una lettura conforme al dettato costituzionale. La valenza semantica propria della locuzione "disagio sociale" – già di per sé assai più distante, rispetto a quella di "sicurezza urbana", dall'ambito di materia previsto dall'art. 117, comma 1, lett. b), Cost. – si coniuga, infatti, all'impiego della disgiuntiva "ovvero" (*eventi che possano recare danno alla sicurezza urbana ovvero situazioni di disagio sociale*), che rende palese l'intento del legislatore di evocare situazioni diverse ed ulteriori rispetto a quelle sottese alla locuzione precedente.

Nella sua genericità, la formula "disagio sociale" si presta, dunque, ad abbracciare una vasta platea di ipotesi di emarginazione o di difficoltà di inserimento dell'individuo nel tessuto sociale, derivanti dalle più varie cause (condizioni economiche, di salute, età, rapporti familiari e altre): situazioni, che reclamano interventi ispirati a finalità di politica sociale, riconducibili segnatamente alla materia dei "servizi sociali", appartenente alla competenza legislativa regionale residuale.

La Corte ha concluso l'esame del comma 40 dell'art. 3 della legge 94/2009 dichiarandolo costituzionalmente illegittimo, per contrasto con l'art. 117, comma 4, Cost., limitatamente alle parole "ovvero situa-

zioni di disagio sociale”. In merito alle restanti questioni concernenti i commi 41, 42 e 43 dell’art. 3 della legge 94/2009, la Corte costituzionale le ha invece ritenute non fondate, in quanto la lesione del riparto costituzionale delle competenze deriva, infatti, esclusivamente dalla eccessiva ampiezza della previsione del comma 40.

4.3. La sentenza 274/2010

In attesa di conoscere l’esito sui ricorsi pronunciati in via principale sulle disposizioni della legge 94/2009, le Regioni Toscana ed Emilia-Romagna avevano altresì promosso conflitto di attribuzione avverso il decreto del Ministro dell’interno dell’8 agosto 2009.

I ricorsi presentati per conflitto di attribuzione avverso detto decreto lamentavano la violazione dei medesimi parametri invocati nel ricorso di legittimità, oltre che violazione del comma 6 dell’art. 117 Cost., avendo lo Stato esercitato una potestà regolamentare in materia non di propria competenza legislativa esclusiva. Inoltre la Regione Emilia-Romagna, in via subordinata, e per l’ipotesi in cui si ritenesse sussistente una esigenza di disciplina unitaria delle attività di volontariato in relazione alle materie “ordine pubblico e sicurezza” e “polizia amministrativa locale”, lamentava la violazione del principio di leale collaborazione in quanto il decreto impugnato è stato emanato senza la previa intesa con la Conferenza Stato-Regioni, ovvero, in via di ulteriore subordinazione, senza avere sentito tale Conferenza (o la Conferenza unificata), rimarcando come la previsione di “forme di coordinamento” con le Regioni nella materia “ordine pubblico e sicurezza” risulti doverosa anche alla luce dello specifico disposto dell’art. 118, comma 3, Cost.

Con la sentenza 7 aprile 2010, n. 274 la Corte, dopo aver richiamato le analisi e le argomentazioni svolte nella sentenza 226/2010, ha concluso che la decisione sui conflitti di attribuzione non può che orientarsi nella medesima direzione, consistendo le censure di fondo delle Regioni ricorrenti (così come le difese dell’Avvocatura generale dello Stato) in una mera replica delle argomentazioni già svolte in sede di impugnazione in via principale delle norme legislative attuate. Ne deriva che, per la parte in cui disciplina l’attività di segnalazione di “situazioni di disagio sociale”, l’atto impugnato viola anche il comma 6

dell'art. 117 Cost., che circoscrive la potestà regolamentare dello Stato alle sole materie di sua competenza legislativa esclusiva. La Corte costituzionale ha pertanto dichiarato che non spettava allo Stato e, per esso, al Ministro dell'interno, adottare il decreto 8 agosto 2009, nella parte in cui disciplina l'attività di segnalazione di situazioni di disagio sociale. Una volta circoscritta l'attività degli osservatori volontari alla segnalazione degli eventi pericolosi per la "sicurezza urbana" – e, dunque, in un ambito riconducibile alla prevenzione e repressione dei reati – le altre previsioni impugnate (artt. 8 e 9) perdono automaticamente ogni carattere invasivo delle competenze regionali.

Con riguardo, infine, alle censure formulate in via subordinata dalla Regione Emilia-Romagna, la Corte ha richiamato quanto già sostenuto nella sentenza 226/2010, cioè che l'art. 118, comma 3, Cost., nel prevedere una riserva di legge statale ai fini della disciplina di forme di coordinamento fra Stato e Regioni nelle materie di cui alle lett. *b*) e *b*) del comma 2 dell'art. 117 Cost. (immigrazione, ordine pubblico e sicurezza), non impegna indefettibilmente lo Stato a prevedere un simile coordinamento ogni qualvolta rechi disposizioni riferibili alle suddette materie.

4.4. *La sentenza 115/2011*

L'ultimo intervento della giurisprudenza costituzionale in materia di sicurezza urbana si è avuto nell'aprile del 2011 con la sentenza 115/2011 con cui la Corte costituzionale si è di nuovo pronunciata, a due anni di distanza dalla sentenza 196/2009, sulla legittimità del novellato art. 54 del TUEL.

In realtà le due sentenze affrontano risvolti diversi della medesima norma censurata. Nella sentenza 196/2009 la Corte aveva focalizzato la sua attenzione sulla nozione di "sicurezza urbana" fornendone una prima definizione – coincidente con quella di sicurezza pubblica – riprodotta, come visto, nelle sentenze successive; mentre riguardo all'estensione del nuovo potere di ordinanza attribuito ai sindaci la Corte del 2009 non era invece stata direttamente sollecitata.

La sentenza 115/2011 è intervenuta a distanza di quasi tre anni dall'entrata in vigore del novellato art. 54, cioè dopo un periodo in cui i sindaci avevano ampiamente esercitato il loro potere attraverso

l'adozione di numerosissime ordinanze⁵ parte delle quali impugnate. È da dire che la stessa abnorme proliferazione di ordinanze ha reso in molti casi necessario controllare l'operato dei sindaci attraverso il ricorso agli organi giurisdizionali al fine di verificare la legittimità o meno dell'esercizio del potere: oggetto dei numerosi giudizi è stata la verifica della sussistenza dei presupposti di fatto (cioè la sussistenza e l'attualità di una situazione di pericolo, il rischio concreto di un danno grave e imminente per la pubblica incolumità e la sicurezza urbana) e dei presupposti di legittimità, cioè di quei requisiti di contingibilità e urgenza per l'adozione delle ordinanze, nonché il rispetto dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza dell'intervento.

E proprio la carenza dei necessari requisiti di contingibilità e urgenza e la violazione del principio di proporzionalità sono infatti alla base del ricorso presentato davanti al TAR del Veneto che ha poi dato origine al giudizio in via incidentale esitato nella sentenza 115/2011. Il giudice rimettente ha infatti ritenuto che *“in ragione della sua formulazione, la norma censurata conferisse effettivamente al sindaco, in assenza di elementi utili a delimitarne la discrezionalità, un potere normativo vasto e indeterminato, idoneo ad esplicarsi in deroga alle norme di legge ed all'assetto vigente delle competenze amministrative, semplicemente in forza del dichiarato orientamento a fini di protezione della sicurezza urbana”* ed in particolare ha rinvenuto l'illegittimità della norma nella parte in cui compare la congiunzione “anche” prima delle parole “contingibili e urgenti”.

La norma è stata impugnata per presunta violazione dei principi di legalità, tipicità e delimitazione della discrezionalità (artt. 23, 70, 76, 77, 97 e 117 Cost.). In particolare apparivano lesi la riserva di legge ed il principio di legalità sostanziale in materia di sanzioni amministrative (artt. 3, 23 e 97 Cost.), in quanto la norma impugnata attribuiva un potere normativo sganciato dai presupposti fattuali della contingibilità ed urgenza, dunque tendenzialmente illimitato e capace di incidere

(5) Esula dalle finalità del presente *focus* l'analisi delle ordinanze adottate dal 2008 ad oggi, per la quale si rinvia ad ANCI-CITTALIA, *Oltre le ordinanze: i sindaci e la sicurezza urbana*, in www.interno.it.

sulla libertà dei singoli di tenere ogni comportamento che non sia vietato dalla legge. Una indeterminatezza non ridotta, nella prospettazione del rimettente, dal decreto ministeriale adottato il 5 agosto 2008, dato che il provvedimento sarebbe a sua volta generico, e privo di una chiara definizione del concetto di “sicurezza urbana”. Una censura ulteriore veniva proposta dal rimettente in relazione all’art. 117 Cost., perché il potere di normazione conferito dalla disposizione censurata avrebbe consentito l’invasione degli ambiti di competenza legislativa regionale. Sarebbero stati violati inoltre i principi di unità ed indivisibilità della Repubblica (art. 5 Cost.), di legalità (art. 97 Cost.), di riparto delle funzioni amministrative (art. 118 Cost.). Sarebbero stati violati infine, secondo il Tribunale, gli artt. 24 e 113 Cost., in ragione della vastità e della indeterminatezza dei poteri attribuiti al sindaco, tali da rendere eccessivamente difficoltosa la possibilità di un sindacato giurisdizionale effettivo delle singole fattispecie.

La Corte, partendo dall’analisi letterale dell’enunciato normativo, ha sgomberato preliminarmente il campo da ogni possibile equivoco interpretativo ed ha affermato che la norma censurata *“se correttamente interpretata non conferisce ai sindaci alcun potere di emanare ordinanze di ordinaria amministrazione in deroga a norme legislative e regolamentari”*.

Dopo aver chiarito questo aspetto, relativo all’inderogabilità di norme legislative o regolamentari vigenti da parte delle ordinanze di ordinaria amministrazione, la Corte è passata all’esame degli ulteriori profili censurati, legati all’ampiezza della discrezionalità nell’esercizio del potere di ordinanza, soffermandosi in particolare su quelli attinenti alla violazione degli artt. 23, 97 e 3 della Costituzione e ritenendo assorbiti gli altri.

La Corte ha ritenuto la norma censurata innanzitutto *“lesiva della riserva di legge relativa, di cui all’art. 23 Cost., in quanto non prevede una qualunque delimitazione della discrezionalità amministrativa in un ambito, quello della imposizione di comportamenti, che rientra nella generale sfera di libertà dei consociati. Questi ultimi sono tenuti, secondo un principio supremo dello Stato di diritto, a sottostare soltanto agli obblighi di fare, di non fare o di dare previsti in via generale dalla legge”*. In merito al decreto del Ministro dell’interno 5 agosto

2008 “Incolunità pubblica e sicurezza urbana: definizione e ambiti di applicazione”, la Corte ha affermato che esso può assolvere alla funzione di indirizzare l’azione del sindaco, che, in quanto ufficiale del Governo, è sottoposto ad un vincolo gerarchico nei confronti del Ministro dell’interno, *“ma non può soddisfare la riserva di legge, in quanto si tratta di atto non idoneo a circoscrivere la discrezionalità amministrativa nei rapporti con i cittadini. [...] Solo se le limitazioni e gli indirizzi contenuti nel citato decreto ministeriale fossero stati inclusi in un atto di valore legislativo, questa Corte avrebbe potuto valutare la loro idoneità a circoscrivere la discrezionalità amministrativa dei sindaci. Nel caso di specie, al contrario, le determinazioni definitorie, gli indirizzi e i campi di intervento non potrebbero essere ritenuti limiti validi alla suddetta discrezionalità, senza incorrere in un vizio logico di autoreferenzialità”*. La Corte, in relazione all’art. 23 Cost., ha pertanto concluso che la norma censurata, nel prevedere un potere di ordinanza dei sindaci, quali ufficiali del Governo, non limitato ai casi contingibili e urgenti – pur non attribuendo agli stessi il potere di derogare, in via ordinaria e temporalmente non definita, a norme primarie e secondarie vigenti – viola la riserva di legge relativa, di cui all’art. 23 Cost., in quanto non prevede una qualunque delimitazione della discrezionalità amministrativa in un ambito, quello della imposizione di comportamenti, che rientra nella generale sfera di libertà dei consociati.

La Corte ha ritenuto la norma illegittima anche in relazione all’art. 97, comma 1, della Costituzione, *“che istituisce anch’esso una riserva di legge relativa, allo scopo di assicurare l’imparzialità della pubblica amministrazione, la quale può soltanto dare attuazione, anche con determinazioni normative ulteriori, a quanto in via generale è previsto dalla legge”*.

La Corte ha ritenuto altresì violato anche l’art. 3, comma 1, della Costituzione in quanto *“L’assenza di una valida base legislativa, riscontrabile nel potere conferito ai sindaci dalla norma censurata, così come incide negativamente sulla garanzia di imparzialità della pubblica amministrazione, a fortiori lede il principio di eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, giacché gli stessi comportamenti potrebbero essere ritenuti variamente leciti o illeciti, a seconda delle numerose*

frazioni del territorio nazionale rappresentate dagli ambiti di competenza dei sindaci".

La Consulta, per le argomentazioni sopra ampiamente illustrate, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 54, comma 4, TUEL, nella parte in cui comprende la congiunzione " , anche" prima delle parole "contingibili e urgenti". Dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza 115/2011 le ordinanze adottabili dai sindaci sono dunque solo quelle che possiedono le caratteristiche della contingibilità e dell'urgenza.

La sentenza 115/2011 è evidentemente una pronuncia di ampio respiro per l'impatto immediato sia sull'estensione del potere di ordinanza dei sindaci sia sulle ordinanze già adottate, ma anche per l'importanza dei concetti e dei principi in essa affermati.

Il primo immediato effetto, a legislazione vigente, è quello di impedire ai sindaci l'adozione di ordinanze non contingibili ed urgenti al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana.

Con riguardo alle ordinanze già adottate, occorrerà valutare, caso per caso, quali presentino i requisiti della contingibilità ed urgenza per poterne riproporre il contenuto con l'unica veste formale ora ritenuta legittima, cioè quella dell'ordinanza *extra ordinem*, e quali invece non li presentino e siano pertanto da considerarsi nulle.

La lettura della sentenza risulta inoltre particolarmente interessante per le affermazioni di principio in essa chiaramente espresse. Stimolanti appaiono alcuni specifici riferimenti al principio della legalità sostanziale nella misura in cui questi possono orientare il legislatore negli annunciati interventi di riforma dell'art. 54 del TUEL⁶. La sen-

(6) Il Ministro dell'interno, Roberto Maroni, durante la trasmissione televisiva "Porta a Porta", ha così commentato la sentenza 115/2011 della Corte costituzionale: "Il pacchetto sicurezza aveva tantissime norme. La sentenza della Consulta non lo smantella. Correggeremo, per ripristinare al più presto il potere di ordinanza dei sindaci, perché è una norma importantissima". A metà maggio il Ministro dell'interno Roberto Maroni ha annunciato per fine maggio il decreto legge "per restituire ai sindaci il potere di emettere, con validità, le ordinanze in materia di sicurezza urbana" precisando che il provvedimento "porrà rimedio alla sentenza della Corte costituzionale che, più per motivi formali che sostanziali, ha cancellato le ordinanze dei sindaci".

tenza infatti offre utili indicazioni per eventuali misure correttive di una normativa il cui vizio – lo si è appena letto nella sentenza – non era solo quello formale di averne demandato l'attuazione ad un atto amministrativo.

Considerando che la Corte avrebbe potuto dichiarare l'incostituzionalità della norma in base alla sola violazione della riserva di legge *ex art. 23 Cost.* ritenendo assorbite, oltre a tutte le altre, anche le censure *ex artt. 3 e 97 Cost.*, dalla lettura della sentenza sembra emergere chiaramente un itinerario concettuale che lega non casualmente l'*art. 23 Cost.* agli *artt. 97 e 3* della Costituzione. Nelle argomentazioni della Corte, la tutela effettiva del destinatario di provvedimenti che possono essere eccessivamente discrezionali (e dunque arbitrari) o non imparziali o addirittura discriminatori – tutela a cui sono preposti gli *artt. 3 e 97 Cost.* – è imprescindibilmente legata ad una visione sostanziale del principio di legalità espresso nella riserva di legge *ex art. 23 Cost.* Senza addentrarsi in approfondimenti relativi all'accezione sostanziale o formale del principio di legalità che esulano dalle finalità del presente focus, appare insomma chiaro che nel caso specifico affrontato nella sentenza 115/2011 la Corte abbia voluto privilegiare un'accezione sostanziale. Alcuni passaggi della sentenza sono eloquenti in tal senso: *“l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente l'assoluta indeterminatezza del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una 'totale libertà' al soggetto od organo investito della funzione. Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa. [...] Il carattere relativo della riserva de qua non relega tuttavia la legge sullo sfondo, né può costituire giustificazione sufficiente per un rapporto con gli atti amministrativi concreti ridotto al mero richiamo formale ad una prescrizione normativa 'in bianco', genericamente orientata ad un principio-valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitati-*

va della sfera generale di libertà dei cittadini". Se è pur vero che la Corte ad un certo punto riconosce i limiti del proprio giudicato nel momento in cui afferma: "Solo se le limitazioni e gli indirizzi contenuti nel citato decreto ministeriale fossero stati inclusi in un atto di valore legislativo, questa Corte avrebbe potuto valutare la loro idoneità a circoscrivere la discrezionalità amministrativa dei sindaci. [...] La stessa norma di legge che adempie alla riserva può essere a sua volta assoggettata – a garanzia del principio di eguaglianza, che si riflette nell'imparzialità della pubblica amministrazione – a scrutinio di legittimità costituzionale. La linea di continuità fin qui descritta è interrotta nel caso oggetto del presente giudizio, poiché l'imparzialità dell'amministrazione non è garantita ab initio da una legge posta a fondamento, formale e contenutistico, del potere sindacale di ordinanza", quanto sopra enunciato appare sufficiente per presagire l'esito di un giudizio su un testo di legge che si limitasse a mutare l'elenco contenuto nel d.m. 5 agosto 2008 e che venisse sottoposto al suo vaglio.

Focus sulla giurisprudenza amministrativa in materia di pari opportunità nell'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive

Alfredo Amato

1. *Premessa* – 2. *Il contesto normativo e la giurisprudenza della Corte costituzionale* – 3. *Le tematiche esaminate dalla giurisprudenza* – 3.1. (segue): *l'efficacia vincolante delle norme violate* – 3.2. (segue): *la sindacabilità dell'atto di nomina* – 3.3. (segue): *la legittimazione ad agire* – 4. *La normativa regionale in materia di pari opportunità: il caso della Regione Emilia-Romagna*

1. *Premessa*

Nel corso di questi anni, all'incirca dell'ultimo lustro, si è assistito alla formazione di una cospicua giurisprudenza amministrativa sul tema delle pari opportunità nell'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive, principalmente all'interno dell'organizzazione amministrativa e politica degli enti territoriali e delle Regioni¹.

Da un esame, seppur sommario, delle sentenze in questione, si può osservare che vi è stata una rapida evoluzione giurisprudenziale caratterizzata, specie dal 2010 in poi, da un livello di riflessione progressivamente più complesso e articolato riguardo alle problematiche di diritto coinvolte.

Con qualche importante eccezione (ad esempio, il TAR Lombardia),

(1) Non si utilizzerà la pessima locuzione *quote rosa*, per evitare quel *topos* cromatico che abbina al sesso femminile il colore rosa, sinonimo spesso di "frivolezza" o di "leggerezza". Sull'origine meramente commerciale di tale accostamento, creato negli anni quaranta dalle case di abbigliamento statunitensi, cfr. B. PAOLETTI, *Pink and Blue: Telling the Girls From the Boys in America*, Salt Lake City, The University of Utah Press, 2010. Per un'analisi sui valori inerenti al rispetto del genere nel linguaggio del diritto pubblico, B. MALAISI, *Il linguaggio di genere in ambito giuspubblicistico*, in www.federalismi.it, 4 maggio 2011.

i giudici amministrativi hanno proceduto, con motivazioni abbastanza simili, all'annullamento delle nomine non rispettose del principio di pari opportunità, così formando un primo, sebbene non ancora consolidato, orientamento giurisprudenziale che ha destato l'attenzione anche dei *mass media* e che probabilmente obbligherà in futuro i soggetti istituzionali, che tali nomine (ispirate spesso a ragioni di equilibri politici) devono compiere, a un approccio più ossequioso del precetto costituzionale.

Il presente lavoro inizia con una breve disamina del contesto normativo in cui il principio di pari opportunità si colloca e in cui ha conquistato una posizione di progressiva centralità, anche sotto la spinta del diritto comunitario e grazie a una evoluzione positiva della giurisprudenza costituzionale (par. 2); segue quindi una analisi delle principali tematiche comuni alle sentenze dei giudici amministrativi che della questione si sono occupati (par. 3 e sotto-paragrafi); infine, un'appendice verrà dedicata alla tutela del principio delle pari opportunità nella legislazione della Regione Emilia-Romagna, recentemente interessata da un nuovo intervento legislativo (par. 4).

2. Il contesto normativo e la giurisprudenza della Corte costituzionale

Il principio delle pari opportunità espresso dall'art. 51 Cost. costituisce una declinazione, nello specifico ambito della parità di accesso alle cariche elettive e agli uffici pubblici, del principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost.

La "parità di genere" nell'accesso alle cariche elettive e agli uffici pubblici ha assunto un ruolo di assoluto primo piano nel contesto dell'ordinamento giuridico italiano, soprattutto a seguito di recenti modifiche della Carta costituzionale.

Viene in primo luogo in considerazione la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, che, nell'ambito della più generale riforma del Titolo V della Costituzione, ha statuito nel comma 7 del "nuovo" art. 117 che "Le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e *promuovono la parità di accesso* tra donne e uomini alle cariche elettive". Poco prima, la legge costituzionale 31 gennaio 2001,

n. 2, integrando gli Statuti delle Regioni ad autonomia differenziata, aveva introdotto un analogo obiettivo promozionale nella legislazione elettorale delle Regioni a Statuto speciale e delle Province autonome. È stato in tal modo reso esplicito l'obiettivo del riequilibrio di genere, attraverso una doverosa azione promozionale delle Regioni.

Il cambiamento del quadro normativo costituzionale ha provocato una rilevante inversione di tendenza nella giurisprudenza della Corte costituzionale, come si evince segnatamente dal raffronto fra la sentenza 12 settembre 1995, n. 422 e la sentenza 13 febbraio 2003, n. 49. Con la prima delle citate sentenze, la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della disposizione (art. 5, comma 2, ultimo periodo) della legge 81/1993, che nelle elezioni dei Consigli comunali sotto i 15 mila abitanti aveva introdotto il divieto che i due sessi fossero rappresentati nelle liste dei candidati in misura superiore ai due terzi², ravvisa nell'art. 51 Cost. una specificazione del principio di uguaglianza formale, di cui al comma 1 dell'art. 3 Cost.: l'art. 51 Cost., in altri termini, ribadisce il principio dell'indifferenza del sesso, calandolo in materia di elettorato passivo.

Secondo la Corte, la norma censurata avrebbe introdotto una "azione positiva", cioè una misura legislativa promozionale – volta a favorire il raggiungimento della parità dei sessi –, che tuttavia non elimina situazioni di diseguaglianze materiali, ma intacca il contenuto del diritto fondamentale dell'elettorato passivo, ampliando illegittimamente tale diritto a favore di alcuni cittadini e correlativamente comprimendolo a discapito di altri.

La disposizione censurata produce una discriminazione e si pone pertanto in contrasto con l'art. 51 Cost., che, in quanto specificazione dell'art. 3, comma 1, Cost., sancisce al contrario l'assoluta parità di genere in materia di elettorato passivo.

Conclude la Corte che tale misura, incostituzionale perché imposta per legge, può invece essere valutata positivamente se adottata liberamente da partiti, associazioni e gruppi che partecipano alle elezioni.

(2) La disposizione sancisce che "di norma" non può essere superata la misura dei due terzi, ma i giudici non dubitano del suo carattere precettivo.

Quest'ultimo passaggio della sentenza va tenuto in mente perché specie con riferimento a esso si assiste a un rilevante mutamento di indirizzo con la seconda delle sentenze poc'anzi citate, la 49/2003.

La Corte costituzionale, in questo secondo caso, era stata chiamata a decidere della legittimità di una norma contenuta nella legge elettorale regionale 3/1993 della Valle D'Aosta, la quale, a seguito di una modifica intervenuta nel 2002 (legge regionale 21/2002), aveva stabilito che le liste elettorali dovessero comprendere "candidati di entrambi i sessi", in attuazione della finalità promozionale inserita anche nello Statuto della Valle d'Aosta (art. 15) dalla legge costituzionale 2/2001.

I giudici della Corte costituzionale formalmente non smentiscono i principi affermati dalla decisione del 1995, ribadendo che sarebbe illegittimo un vincolo legislativo che incidesse negativamente "*sui diritti dei cittadini, sulla libertà di voto e sulla parità di chances delle liste dei candidati e delle candidate...*"; tuttavia essi prendono atto del mutamento del quadro costituzionale di riferimento nel frattempo intervenuto, in conseguenza del quale è stato espressamente attribuito alle leggi regionali elettorali un compito di promozione delle condizioni di parità per l'accesso alle consultazioni elettorali.

Per la Corte, quindi, ciò che essa stessa nella decisione del 1995 auspicava potesse avvenire attraverso autonome scelte organizzative dei partiti, adesso può essere legittimamente perseguito mediante un vincolo di legge, che esprime sul piano legislativo l'intento di realizzare la finalità promozionale costituzionalmente assegnata alle leggi elettorali.

Un'ulteriore evoluzione del contesto normativo nazionale si verifica a seguito dell'emanazione della legge costituzionale 30 maggio 2003, n. 1, che al comma 1 dell'art. 51 della Costituzione – "Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge" –, aggiunge il periodo finale "A tale fine la Repubblica *promuove* con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini".

La modifica costituzionale ha avuto un forte impatto sull'interpretazione e sull'applicazione del principio delle pari opportunità, come

la Corte costituzionale sottolinea nell'ordinanza 27 gennaio 2005, n. 39³, in cui afferma che l'art. 51 Cost., nella sua nuova versione, non si limita più a costituire *“una sorta di specificazione del principio di uguaglianza enunciato, a livello di principio fondamentale, dall'art. 3, comma 1, Cost., ma assegna ora alla Repubblica anche un compito di promozione delle pari opportunità tra donne e uomini”*.

Il principio delle pari opportunità, insomma, non rappresenta più la mera declinazione di un principio che vieta ogni discriminazione legislativa basata sul genere, ma viene “agganciato”, in rapporto di specificazione o di continenza, al principio di uguaglianza sostanziale sancito dall'art. 3, comma 2, della Costituzione.

È la stessa Corte costituzionale, nella sentenza 15 dicembre 2010, n. 4, a ravvisare un nesso fra i due principi.

Nel caso sottoposto all'esame della Corte costituzionale, viene respinta la questione di illegittimità dell'art. 4, comma 3, della legge elettorale della Campania (legge regionale 4/2009), a norma del quale, nel caso di espressione di due preferenze, una deve riguardare un candidato di genere maschile e una un candidato di genere femminile della stessa lista, pena l'annullamento della seconda preferenza. A parere della Corte, la disposizione non intacca i diritti fondamentali di elettorato attivo e passivo, ma, in considerazione della storica sottorappresentanza delle donne nelle assemblee elettive, introduce una misura finalizzata a un riequilibrio della rappresentanza politica dei due sessi all'interno del Consiglio regionale, e risulta quindi ispirata al principio fondamentale dell'effettiva parità tra i due sessi nella rappresentanza politica, nazionale e regionale, nello spirito dell'art. 3, comma 2, Cost.

Il cambiamento di rotta rispetto alla decisione 422/1995 è ormai completo e definitivo.

(3) L'ordinanza in questione ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità dell'art. 61, comma 1, lett. a), del decreto legislativo 29/1993, come modificato dall'art. 43 del decreto legislativo 80/1998, che ha imposto la presenza obbligatoria di almeno un terzo di donne nelle commissioni di concorso per l'accesso alle pubbliche amministrazioni. La norma è adesso presente nell'art. 57, comma 1, lett. a) del decreto legislativo 165/2001.

Insieme alle modifiche costituzionali, anche le riforme intervenute nell'ambito della legislazione ordinaria e della normativa regionale e locale hanno dato il loro apporto rilevante alla formazione di una nuova sensibilità giuridica, che ha contribuito a concepire la parità di genere non alla stregua di una vuota enunciazione di principio, bensì come una regola che impegna e vincola i suoi destinatari, soggetti pubblici e privati.

Spesso queste riforme normative sono state realizzate sotto la positiva influenza del diritto dell'Unione europea.

Particolare attenzione al principio delle pari opportunità è prestata infatti dal Trattato istitutivo della Comunità europea, che vi dedica diverse disposizioni. Fra queste, vanno segnalate le norme contenute negli artt. 2 e 3, che pongono espressamente, fra gli obiettivi primari della Comunità, il compito di promuovere la parità fra uomini e donne; e il successivo art. 13 del Trattato, a norma del quale la Comunità assume un ruolo di forte impegno nella lotta a ogni forma di discriminazione, comprese quelle basate sul sesso ("combattere le discriminazioni fondate sul sesso...").

È di particolare rilevanza anche l'art. 141 del Trattato, che declina il principio delle pari opportunità nella materia dell'occupazione e dell'impiego e afferma con chiarezza che il principio in esame non osta all'adozione o al mantenimento di *misure nazionali* che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del *sexso sottorappresentato*, ovvero finalizzati a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali.

Inoltre, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, all'art. 23, rubricato "Parità tra uomini e donne", dispone che "La parità tra uomini e donne deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione. Il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del *sexso sottorappresentato*".

Si può osservare che la dizione utilizzata dal legislatore comunitario si ritrova in termini praticamente identici, a livello di normazione primaria, nell'art. 1 del Codice delle pari opportunità tra uomo e donna (decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198), in particolare nel comma 3, ai sensi del quale "Il principio della parità non osta al mantenimento

o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato”.

Sempre a livello di legislazione ordinaria, notevole importanza, perché rappresenta la base della successiva produzione normativa locale, riveste la disposizione dell'art. 6 del decreto legislativo 267/2000, Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (TUEL), a norma del quale “Gli statuti comunali e provinciali stabiliscono norme per assicurare condizioni di pari opportunità tra uomo e donna ai sensi della legge 10 aprile 1991, n. 125, e per promuovere la presenza di entrambi i sessi nelle giunte e negli organi collegiali del comune e della provincia, nonché degli enti, aziende ed istituzioni da essi dipendenti”.

In attuazione di quest'ultima disposizione, vi è stata una variegata produzione normativa regionale e locale, costituita principalmente dagli Statuti e dalle leggi regionali e dagli Statuti comunali e provinciali, che ha imposto alle amministrazioni non statali precisi obblighi di riequilibrio della parità di genere, come nelle ipotesi, evidenziate dalle sentenze esaminate, degli Statuti del Comune di Roma Capitale e della Regione Campania.

3. Le tematiche esaminate dalla giurisprudenza

La giurisprudenza amministrativa in materia di pari opportunità costituisce lo stadio più recente e più avanzato di questo complessivo e graduale processo di implementazione, normativa e giurisprudenziale, del principio sancito dall'art. 51 Cost.

Dall'esame delle sentenze che del tema si sono occupate è stato possibile enucleare alcune tematiche comuni, concernenti in particolare: 1) il problema dell'efficacia vincolante o meramente programmatica delle norme violate, oltre che della loro riconducibilità a superiori principi costituzionali, in particolare “l'uguaglianza sostanziale”, ex art. 3, comma 2, Cost., e “l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione”, di cui all'art. 97 Cost. (par. 3.1); 2) la questione della sindacabilità giurisdizionale degli atti di nomina (par. 3.2); 3) la legittimazione ad agire delle parti ricorrenti (par. 3.3).

3.1. (segue): *l'efficacia vincolante delle norme violate*

Un argomento ricorrente nelle eccezioni proposte dalle parti resistenti consiste nell'assegnare alle norme – costituzionali, ordinarie e statutarie – che affermano il principio di pari opportunità un valore puramente programmatico, privo di efficacia vincolante e di immediata precettività nei confronti dei soggetti pubblici destinatari.

I giudici aditi hanno tuttavia *quasi sempre* respinto tale eccezione, sostenendo al contrario, con valutazioni complesse e articolate del contesto normativo vigente, l'immediata efficacia vincolante del principio delle pari opportunità.

Quasi sempre, in quanto allo stato attuale si riscontra una sola – sebbene autorevole – eccezione, rappresentata dalla sentenza con la quale il TAR Lombardia⁴ ha respinto il ricorso per l'annullamento della nomina della Giunta regionale lombarda, di cui si denunciava il forte squilibrio di genere, perché composta da una sola donna e 15 uomini. Nel caso di specie, il TAR, ripercorrendo l'*iter* argomentativo seguito dalla Corte costituzionale con le sentenze 422/1995 e 49/2003 (di cui si è detto dianzi), ha ritenuto che il modello delineato dalla Costituzione, pur postulando la promozione del principio generale dell'uguaglianza sostanziale di genere, non induce coattivamente al riequilibrio dei sessi negli organi collegiali, sicché l'unica via consentita al legislatore è di adottare interventi per promuovere l'effettivo equilibrio fra i due sessi. Il TAR cita anche le sentenze 378 e 379 del 6 dicembre 2004, con le quali la Corte costituzionale, pronunciandosi a proposito del contenuto "eventuale" di alcuni Statuti regionali che indicano aree di prioritario intervento politico e legislativo attraverso proclamazioni di finalità da perseguire, ha escluso che a queste enunciazioni possa riconoscersi efficacia giuridica, collocandosi piuttosto "*sul piano dei convincimenti espressivi delle diverse sensibilità politiche presenti nella comunità regionale al momento dell'approvazione dello Statuto*". Ebbene, secondo il TAR, anche l'art. 11, comma 3 dello Statuto lombardo, invocato dai ricorrenti per denunciare l'illegittimità dei decreti di nomina degli assessori regionali, in quanto statuisce che

(4) TAR Lombardia, Milano, sez. I, sentenza 4 febbraio 2011, n. 354.

“La Regione promuove il riequilibrio tra entrambi i generi negli organi di governo della Regione e nell’accesso agli organi degli enti e aziende dipendenti e delle società a partecipazione regionale per i quali siano previste nomine e designazioni di competenza degli organi regionali”, si colloca nell’ambito di quel modello meramente promozionale e non immediatamente prescrittivo delineato dalla Costituzione. Come già detto, la decisione del TAR Lombardia rappresenta tuttavia un’eccezione. È stato osservato⁵ che la sentenza “non rende ragione dell’effettiva apertura verso il riconoscimento di una parità sostanziale tra i sessi”, perché finisce con il valorizzare il contenuto della sentenza 422/1995 della Corte costituzionale, mentre dedica minore centralità alle sentenze del 2003 e del 2010 (che come si è visto nel par. 2 tengono conto del mutamento del quadro normativo nel frattempo intervenuto).

Altri giudici amministrativi, al contrario, hanno valorizzato i risultati interpretativi della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale, giungendo in tal modo a conclusioni ben diverse rispetto a quelle formulate dal TAR lombardo.

Il TAR Puglia e il TAR Campania⁶, in particolare, attraverso un’attenta esegesi del testo novellato dell’art. 51 della Costituzione, hanno evidenziato l’esistenza di un nesso di continenza o simmetria con il più generale principio di uguaglianza sostanziale, sancito dall’art. 3, comma 2, della Costituzione, rispetto al quale l’art. 51 Cost. costituisce quindi una specificazione.

Secondo questa giurisprudenza, il Costituente ha voluto riservare una disposizione specifica all’elemento discriminante costituito dal sesso,

(5) C.M. SARACINO, *Il principio di pari opportunità tra ordine vigente e possibilità evolutive: il ruolo del giudice*, in *Foro Amministrativo – TAR*, 2011, 6, 1829 ss.

(6) TAR Puglia, Lecce, sez. I, sentenza 24 febbraio 2010, n. 622: il caso nasceva dal ricorso proposto da alcuni consiglieri comunali che lamentavano l’assenza di donne nella nomina a componenti il collegio sindacale e il consiglio di amministrazione di una società a totale partecipazione pubblica; TAR Campania, Napoli, sez. I, sentenza 7 giugno 2010, n. 12668, che decide sull’impugnazione del decreto con cui il sindaco di Benevento aveva nominato un assessore di sesso maschile, così completando la composizione tutta al maschile della Giunta. In entrambe le fattispecie, i ricorsi sono stati accolti.

per cui il dato costituzionale deve intendersi come impositivo, nei confronti di tutti coloro che devono darvi attuazione, dell'obbligo di adoperarsi per rimuovere tutti gli ostacoli che ingiustificatamente assegnano posizioni di privilegio a favore degli appartenenti a uno dei due sessi.

Dall'assimilazione del principio di pari opportunità al principio di uguaglianza sostanziale discende il riconoscimento della sua natura di diritto fondamentale, quindi *immediatamente applicabile*, da intendersi come parametro di legittimità sostanziale di attività amministrative discrezionali, rispetto alle quali si pone come limite conformativo⁷. Alcuni giudici, in ogni caso, sembrano risolvere a monte la questione sulla portata precettiva del principio costituzionale, evidenziando come l'obbligo di riequilibrio della presenza femminile sia imposto direttamente dalle norme statutarie da applicare ai casi sottoposti al loro esame. Il TAR Lazio⁸, ad esempio, tiene a precisare che “A differenza di altri statuti comunali che si limitano all'enunciazione di principi o intenti programmatici...” l'art. 5 dello Statuto di Roma Capitale, a norma del quale “Il Sindaco *assicura* una presenza equilibrata di uomini e donne...” si sostanzia nella prescrizione di una azione positiva di riequilibrio di genere, con una scelta normativa puntuale, netta e inequivocabile. Considerazioni analoghe sono espresse dal TAR Campania⁹ a proposito dell'art. 46, comma 3, dello Statuto campano, il quale stabilisce che “il Presidente della Giunta regionale [...] *nomina*, nel pieno rispetto del principio di una equilibrata presenza di donne ed uomini, i componenti la Giunta...”.

(7) Come afferma il TAR Sicilia, l'immediata applicabilità dei principi costituzionali non è scalfita dalla autonomia “speciale” della Regione Sicilia, non soggetta alle norme del Testo unico degli enti locali (TAR Sicilia, Palermo, sez. I, sentenza 26 ottobre 2011, n. 14310, che ha annullato gli atti di nomina della Giunta comunale di Serradifalco, composta da soli assessori uomini).

(8) TAR Lazio, sez. II, sentenza 25 luglio 2011, n. 6673. Rilevante anche per l'impatto mediatico che ha rivestito, la sentenza in esame ha annullato i provvedimenti di nomina della Giunta comunale di Roma, per l'asserita violazione dei principi e delle norme poste a garanzia delle pari opportunità di genere, dato che era stato nominato un solo assessore di sesso femminile.

(9) TAR Campania, Napoli, sez. I, sentenza 7 aprile 2011, n. 1985.

Va detto che talune sentenze respingono concettualmente la stessa distinzione fra “norme precettive” e “norme programmatiche”.

Il Consiglio di Stato¹⁰, ad esempio, in termini piuttosto perentori, afferma che le norme programmatiche sono “*norme come tutte le altre*”, quindi obbligatorie e vincolanti, e che si distinguono da altre norme perché dettano principi generali; le norme programmatiche sono quindi il fondamento di una o più norme particolari, le quali alle prime devono attenersi. Per il Tar Puglia (sentenza 622/2010), parlare di norma programmatica, che può o meno essere attuata, equivarrebbe a negare il concetto stesso di norma: tutte le norme, anche quelle c.d. programmatiche, entrano a costituire l’ordinamento giuridico e danno vita a pretese azionabili per chiederne l’osservanza. Le norme programmatiche, dette anche “di scopo”, presentano la peculiarità di prescrivere indirizzi e obiettivi, la cui realizzazione necessita di successive puntualizzazioni. Ma anche in assenza di puntualizzazioni, i titolari del potere amministrativo sono tenuti a osservare i principi fondamentali contenuti nelle norme di scopo e desumibili dall’intero sistema normativo vigente.

Particolarmente suggestiva appare infine la ricostruzione dogmatica compiuta dal TAR Lazio, il quale, dopo avere lasciato intendere solo incidentalmente di privilegiare la tesi della natura precettiva del principio costituzionale in esame (e a parte le considerazioni sull’immediata precettività della norma statutaria, di cui si è detto prima), osserva che l’attuale quadro normativo si è arricchito e articolato progressivamente anche in ambiti diversi da quello elettorale, per cui l’obiettivo dell’equilibrio di genere non risponde ormai soltanto allo scopo di attuare il principio dell’uguaglianza sostanziale, ma assume una nuova caratterizzazione finalistica, perché diventa espressione del principio di buon andamento e imparzialità dell’azione amministrativa. Afferma il TAR Lazio: “Soltanto l’equilibrata rappresentanza di entrambi i sessi in seno agli organi amministrativi, specie se di vertice e di spiccata caratterizzazione politica, garantisce l’acquisizione al *modus operandi*

(10) Consiglio di Stato, sez. V, 27 luglio 2011, n. 4502, che conferma in appello la sentenza 1985/2011 del TAR Campania (si veda anche la nota 13).

dell'ente, e quindi alla sua concreta azione amministrativa, di tutto quel patrimonio, umano, culturale, sociale, di sensibilità e di professionalità, che assume una articolata e diversificata dimensione in ragione proprio della diversità di genere. Organi squilibrati nella rappresentanza di genere, in altre parole, oltre ad evidenziare un deficit di rappresentanza democratica, [...] risultano anche potenzialmente carenti sul piano della funzionalità”.

3.2. (segue): *la sindacabilità dell'atto di nomina*

Un'altra tematica ricorrente nelle decisioni in esame concerne la questione relativa alla possibilità per il giudice amministrativo di estendere il proprio controllo giurisdizionale sui decreti di nomina degli assessori, dei quali le parti resistenti affermano la natura di atto politico, sottratto di conseguenza al sindacato del giudice amministrativo. Dalle sentenze analizzate si evince una fondamentale omogeneità nella risoluzione di questa problematica.

I giudici, infatti, ripercorrono il consolidato orientamento espresso dalla Corte costituzionale (ad esempio, sentenza 29/1993) e dalla Corte di Cassazione (si cita l'ordinanza delle sezioni unite 11623/2006¹¹), che, in nome dei principi costituzionali di garanzia della tutela giurisdizionale a favore di tutti (art. 24 Cost.), anche contro gli atti della pubblica amministrazione (art. 113 Cost.), circoscrive a un numero estremamente ridotto di casi gli atti sottratti al controllo giurisdizionale, in virtù del loro specifico rilievo costituzionale e politico.

I giudici aditi non ravvisano nei decreti di nomina degli assessori una natura e una funzione di indirizzo politico, in quanto non conten-

(11) Corte di Cassazione, sez. un., ordinanza 18 maggio 2006, n. 11623. I giudici di legittimità, nel respingere il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione proposto dal Consiglio regionale della Lombardia (che aveva eccepito l'insindacabilità degli atti amministrativi adottati dal Consiglio), affermano che le deroghe al principio generale della tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione devono essere ancorate in norme di carattere costituzionale. Le deroghe in questione si riducono pertanto a poche categorie di atti previsti espressamente da norme costituzionali e a un numero altrettanto esiguo di atti che, per i loro caratteri intrinseci, non sono qualificabili come amministrativi, perché realizzano scelte di specifico rilievo costituzionale e politico, per cui l'intervento del giudice realizzerebbe un'indebita interferenza del potere giudiziario nell'ambito di altri poteri.

gono scelte programmatiche e non individuano i fini da perseguire nell'azione di governo: si tratta quindi di atti soggettivamente e oggettivamente amministrativi, il cui corretto esercizio è sindacabile in sede giurisdizionale¹².

La conclusione cui giunge la giurisprudenza esaminata è che il potere di scelta degli assessori, pur connotato da amplissima discrezionalità ai sensi degli artt. 46 e 47 del Testo unico degli enti locali (decreto legislativo 267/2000), soggiace tuttavia ai vincoli conformativi posti dal principio, cogente, di pari opportunità, che si atteggia pertanto a limite esterno di quel potere e a parametro di legittimità¹³.

Il controllo di legittimità degli atti discrezionali di nomina si risolve in un sindacato sulla motivazione adottata dall'organo politico competente (Sindaco, Presidente della Regione o della Provincia), per giustificare la mancata nomina di un numero adeguato di donne nell'organo esecutivo (o negli apparati pubblici).

Su questo aspetto, è dato osservare che nella maggior parte delle sentenze esaminate si ammette in astratto che l'organo politico possa fornire una motivazione – di cui in concreto se ne accerta poi l'insussistenza o l'inadeguatezza – che dimostri, attraverso un'esposizione puntuale ed esauriente dell'attività istruttoria compiuta, l'esistenza di ostacoli assolutamente insormontabili, tali da aver reso impossibile attuare, nonostante il massimo sforzo profuso, il principio di pari opportunità e garantire l'equilibrata rappresentanza di genere.

Rispetto a tale orientamento giurisprudenziale, il TAR Lazio assume una posizione di maggior rigore¹⁴, e sembra non offrire alcun appi-

(12) Si vedano, ad esempio, TAR Campania, 1985/2011; TAR Campania, 12668/2011 e TAR Lazio, 6673/2011.

(13) Va aggiunto che contro la sentenza del Consiglio di Stato 4502/2011 (si veda la nota 10) che ha, fra l'altro, ribadito la sindacabilità degli atti di nomina assessorale, la Regione Campania ha sollevato conflitto di attribuzione alla Corte costituzionale nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri, affermando che non spetta allo Stato, per il tramite di un organo giurisdizionale, sindacare la legittimità di un atto politico regionale (ricorso del 26 settembre 2011, n. 11). Per il momento, la Consulta si è pronunciata sulla sola richiesta di sospensione cautelare della sentenza, respingendola per mancanza del requisito del *periculum in mora* (ordinanza 9 novembre 2011, n. 302).

(14) Posizione, va detto, sorretta anche dal contenuto chiaramente cogente del precetto contenuto nell'art. 5 dello Statuto del Comune di Roma.

glio motivazionale alla parte resistente, in quanto afferma che non può ipotizzarsi una prospettiva motivazionale idonea a giustificare la radicale violazione di un preciso obbligo. Il Sindaco non può limitarsi pertanto a esplicitare i motivi che giustificano la radicale violazione dell'obbligo, anche perché, come osserva il giudice, è difficile immaginare ragionevoli ostacoli oggettivi a nomine rispettose del principio di valorizzazione delle diversità di genere "...quasi come se il parametro normativo fosse derogabile per ragioni politiche e l'onere motivazionale si risolvesse nella individuazione di ragionevoli giustificazioni dello squilibrio dei generi".

3.3. (segue): la legittimazione ad agire

Le decisioni esaminate affrontano l'eccezione, preliminarmente sollevata dai resistenti, di inammissibilità dei ricorsi per difetto di legittimazione dei ricorrenti.

Va subito detto che la legittimazione a ricorrere è pacificamente ammessa nel caso in cui il ricorso sia presentato da enti associativi, dei quali sia provata la finalità statutaria e l'attività di tutela dei diritti delle donne, oltre allo stabile collegamento territoriale e alla rappresentatività delle situazioni tutelate. In tal senso, si sono espressi il TAR Sardegna e il TAR Sicilia¹⁵; e anche il Consiglio di Stato, nella decisione 4502/2011 già accennata, incidentalmente afferma che sarebbe ammissibile il ricorso presentato, a tutela di un interesse diffuso/collettivo, da un'associazione femminile avente per statuto la finalità di proteggere le condizioni di parità fra uomo e donna.

Diversamente, nel caso di azioni non proposte da associazioni che si propongono di tutelare i diritti delle donne, la soluzione della questione preliminare sulla legittimazione a ricorrere non appare pacifica e rappresenta forse lo scoglio più arduo, sul piano dell'argomentazione giuridica, da superare per il riconoscimento della pretesa azionata. Dall'esame delle sentenze si evince un'attenzione progressivamente crescente al tema, con soluzioni giurisprudenziali non sempre uniformi.

(15) TAR Sardegna, sez. II, sentenza 2 agosto 2011, n. 864; TAR Sicilia, Palermo, sez. I, sentenza breve 19 luglio 2010, n. 8690.

Così, nelle prime decisioni al riguardo, emesse in sede cautelare, si assiste spesso a un riconoscimento quasi “apodittico”, o comunque scarnamente motivato, in ragione della natura sommaria del giudizio svolto, della legittimazione ad agire, ora in capo alla Consigliera regionale di parità¹⁶ (di cui all’art. 37 del decreto legislativo 198/2006), ora a favore di ciascun cittadino elettore¹⁷, o ancora a favore dei consiglieri comunali¹⁸.

A partire dalla sentenza del TAR Lecce 622/2010, il ragionamento della magistratura amministrativa diviene ampiamente articolato e approfondito.

Nel caso specifico affrontato dal TAR pugliese, scaturito dai ricorsi proposti da diversi consiglieri comunali per la mancata nomina di donne negli organi di società pubbliche, il giudice richiama alcuni suoi stessi precedenti¹⁹, per affermare che i consiglieri comunali sono titolari, oltre che di una legittimazione ad agire per la tutela del proprio “diritto all’ufficio”, anche di una legittimazione processuale – che il TAR sembra limitare a favore dei soli consiglieri di minoranza – a chiedere il controllo, in sede giurisdizionale, dell’operato degli organi politici dell’ente di appartenenza, in compensazione dell’eliminazione dei controlli eteronomi, per mano della novella costituzionale del 2001. Secondo il TAR di Lecce, inoltre, a “ciascun consigliere comunale” – anche di maggioranza, verrebbe pertanto da aggiungere – va riconosciuto un interesse proprio, personale e attuale ad agire in sede giurisdizionale, per impedire che l’organo politico di riferimento istituzionale agisca in violazione della legge, e per chiedere il ripristino della legalità violata; tale interesse, secondo il TAR, è fra l’altro stret-

(16) TAR Puglia, Bari, sez. III, ordinanza cautelare 12 settembre 2008, n. 474. Nel senso, invece, della carenza di legittimazione della Consigliera di parità provinciale, si veda il TAR Campania, sentenza 12668/2010 (nota 6), il quale afferma che l’art. 37 del decreto legislativo 198/2006 riconosce legittimazione attiva alle sole consigliere (o consiglieri) di parità regionale e nazionale, senza estenderla alla consigliera (o consigliere) provinciale.

(17) TAR Puglia, Lecce, sez. I, ordinanza cautelare 23 settembre 2009, n. 740.

(18) TAR Puglia, Lecce, sez. I, ordinanza cautelare 6 giugno 2005, n. 680.

(19) TAR Puglia, Lecce, 680/2005, 1306/2005, 2573/2006.

tamente connesso con il diritto alla conservazione dell'ufficio, giacché la persistente e grave violazione della legge può essere causa di rimozione del sindaco e quindi di scioglimento del Consiglio (art. 141 Testo unico degli enti locali). Infine, il giudice adito riconosce al singolo consigliere la legittimazione a pretendere la legittimità dell'azione degli organi comunali, per la tutela della propria immagine, in quanto componente di un'istituzione che nel complesso deve operare nel rispetto della legge.

Vi è poi un secondo orientamento, che emerge dalle prime sentenze dei giudici campani, che ammette la legittimazione ad agire a favore di quelle cittadine elettrici che si siano candidate, in quanto in possesso dei "titoli" necessari, ad assumere l'incarico non affidato a una donna.

In tal senso, si è espresso appunto il TAR Campania²⁰, che ha considerato ammissibili le impugnazioni proposte dalle cittadine elettrici, le quali nel ricorso avevano rappresentato di agire, perché in possesso di tutte le condizioni per la nomina ad assessore. Le ricorrenti, secondo il TAR Napoli, si sono legittimate quali possibili aspiranti all'incarico, di talché esse hanno assunto una posizione differenziata e autonoma rispetto al comune cittadino, il che permette di configurare in capo alle stesse la sussistenza delle condizioni di legittimazione e dell'interesse a impugnare.

La tesi sostenuta dal TAR Campania, avallata dal Consiglio di Stato²¹, è stata smentita dal TAR Sardegna²², il quale, con una decisione invero anteriore alla sentenza del Consiglio di Stato ma successiva a quella

(20) TAR Campania, 12668/2010 e 1985/2011, già riportate rispettivamente alle note 6 e 9. Nella seconda di queste sentenze, il collegio, in parziale accoglimento del ricorso presentato da un'elettrice residente in Regione che lamentava la presenza di una sola donna nella Giunta regionale, ha annullato l'ultimo decreto, in senso cronologico, con cui un assessore uomo era stato sostituito con un altro sempre di sesso maschile. L'orientamento campano è stato recentemente confermato dal TAR Campania, Napoli, sez. I, sentenza 7 novembre 2011, n. 5167 (che, in accoglimento del ricorso proposto da alcune donne qualificate come possibili aspiranti all'incarico di assessore, ha annullato gli atti di nomina di soli componenti maschili nella Giunta comunale di Agerola).

(21) Vedi nota 10.

(22) TAR Sardegna, sez. II, 27 giugno 2011, n. 664.

di primo grado, ha affermato che la qualità di cittadino residente nel Comune interessato, potenzialmente idoneo a essere nominato nella Giunta, fa scaturire un mero interesse di fatto, come tale non tutelabile in sede giurisdizionale.

Sempre il TAR Sardegna, fra l'altro, smentendo l'orientamento espresso dal TAR Lecce, esclude anche la legittimazione a ricorrere del consigliere, perché non riconosce l'esistenza della lesione diretta di una sua prerogativa; il TAR Sardegna, in definitiva, sembra ammettere la legittimazione ad agire delle sole associazioni di tutela degli interessi collettivi (sentenza 864/2011).

Di tutt'altro avviso, rispetto ai giudici sardi, Il TAR Lazio, che con la sentenza 6673/2011 offre anche sul tema della legittimazione ad agire una soluzione interpretativa di particolare innovatività e apertura²³.

Il TAR Lazio, innanzitutto, richiamando l'indirizzo espresso dal TAR Lecce, ribadisce la legittimazione ad agire di tutti i consiglieri comunali, in ragione del loro interesse giuridicamente rilevante a impedire che l'organo politico di riferimento istituzionale agisca in violazione della legge.

Nella sentenza si sottolinea inoltre che la legittimazione non può essere limitata ai soli consiglieri di sesso femminile, in quanto, come si è evidenziato al par. 3.1, la norma statutaria violata (art. 5 dello Statuto di Roma Capitale) e il precetto costituzionale di riferimento sono espressione di un principio generale, che non è soltanto l'uguaglianza sostanziale di genere nell'accesso alle cariche pubbliche, ma è anche quello del buon andamento dell'azione pubblica, la cui violazione può essere contestata appunto da ogni consigliere.

L'articolato ragionamento nel quale si snoda l'analisi giuridica del TAR Lazio conduce il giudice a un'ulteriore evoluzione, in quanto egli giunge a configurare una legittimazione ad agire non limitata ai componenti del Consiglio comunale, bensì estesa a favore di ciascun cittadino elettore del Comune di Roma: tale legittimazione va ammessa non a titolo di azione popolare, ma in quanto ogni cittadino elettore,

(23) Soluzione interpretativa confermata dalla sentenza, sempre della sez. II, 20 gennaio 2012, n. 679.

potendo aspirare alla carica di assessore anche se non eletto nel Consiglio, è portatore di un interesse concreto e attuale a che le nomine avvengano in conformità della legge e dello statuto.

4. La normativa regionale in materia di pari opportunità: il caso della Regione Emilia-Romagna

Si è visto che la normativa regionale e locale, in primo luogo di fonte statutaria, ha svolto un ruolo essenziale per dare concreta attuazione al principio della parità di genere: alcuni giudici, nell'accogliere i ricorsi che denunciavano l'inadeguata rappresentanza delle donne nell'apparato pubblico regionale e locale, hanno infatti evidenziato la portata precettiva, oltre che delle disposizioni costituzionali, anche delle norme statutarie (come nel caso dell'art. 5 dello Statuto di Roma capitale e dell'art. 43, comma 3, dello Statuto della Regione Campania), dalle quali hanno appunto dedotto l'obbligo degli organi politici di tradurre in comportamenti concreti la solenne enunciazione di principio della pari opportunità.

Sul piano della valorizzazione e della concreta attuazione di siffatto principio, la legislazione regionale dell'Emilia-Romagna è senz'altro una normativa d'avanguardia: a essa si vuole accennare nell'ultimo paragrafo del presente lavoro, sebbene le pronunce esaminate non abbiano riguardato gli organi politici e le strutture amministrative di questa Regione.

Già prima dell'approvazione del nuovo Statuto, avvenuta nel 2005, si riscontra l'emanazione di due provvedimenti legislativi che rivelano di non ignorare il problema della discriminazione di genere e la necessità dell'adozione di azioni positive per la promozione della parità fra i sessi.

Ci si riferisce alla legge regionale 30 giugno 2003, n. 12, sulla disciplina delle funzioni amministrative relative all'istruzione ed alla formazione professionale, con l'obiettivo di sostenere i percorsi educativi e formativi e, in generale, di innalzare il livello di istruzione; e alla legge regionale 24 marzo 2004, n. 5, che contiene norme finalizzate all'integrazione sociale dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e degli apolidi.

La prima delle suddette leggi ha disposto, all'art. 51, l'istituzione della

“Commissione regionale tripartita”, come sede concertativa di proposta, verifica e valutazione in merito al sistema formativo e alle politiche del lavoro di competenza regionale, e all’art. 52 l’istituzione di una “Commissione di concertazione”, che in ambito provinciale svolge funzioni analoghe a quella tripartita. Nella composizione di entrambe le Commissioni, la legge regionale prevede la presenza del Consigliere di parità, le cui funzioni, si ricorda, oggi attribuite dal Codice delle pari opportunità (decreto legislativo 246/2005), consistono nell’attività di promozione e di controllo dell’attuazione dei principi di uguaglianza di opportunità e di non discriminazione tra donne e uomini nel lavoro.

La legge regionale 5/2004, a sua volta, contiene nell’art. 1, comma 3, un espresso riferimento al principio della “parità di genere”, al cui riconoscimento, valorizzazione e realizzazione deve ispirarsi la legislazione regionale. L’attenzione verso il mondo femminile è ribadita anche nell’art. 13, che garantisce alle donne immigrate la parità di trattamento con le cittadine italiane in materia di assistenza sanitaria. Per il tema di cui ci occupiamo, un ruolo di assoluta preminenza nella legislazione regionale è svolto, per ovvi motivi, dallo Statuto regionale, approvato con la legge regionale 31 marzo 2005, n. 13.

L’art. 2 dello Statuto indica gli obiettivi prioritari ai quali deve ispirarsi l’azione della Regione, e fra questi obiettivi individua, con un esplicito richiamo agli artt. 51 e 117 della Costituzione, “il perseguimento della parità giuridica, sociale ed economica fra donne e uomini e la rimozione degli ostacoli che impediscono la piena realizzazione di tale principio, compreso l’accesso alle cariche elettive...”.

In stretta correlazione a tale enunciazione, l’art. 43 dello Statuto, relativo ai compiti e alle funzioni del Presidente della Giunta, dà visibilmente rilievo, in un apposito comma (il comma 2), al principio di pari opportunità, al quale devono ispirarsi le nomine degli assessori e le altre nomine di competenza del Presidente della Giunta, con una formulazione che appare non dissimile dalle disposizioni degli omologhi Statuti delle altre Regioni, in precedenza esaminati.

Infine, l’art. 41, rubricato “Commissione per le pari opportunità fra donne e uomini”, prevede l’istituzione con legge regionale, presso l’Assemblea legislativa, della Commissione per le pari opportunità fra

donne e uomini, coinvolta anche, come dispone il successivo art. 53, nella valutazione preventiva della qualità e dell'impatto delle leggi e nel monitoraggio sugli effetti e sui risultati conseguiti nella loro applicazione. All'art. 41 si è data recente attuazione, come si vedrà oltre. Successivamente all'approvazione dello Statuto, è stata emanata la legge regionale 1° agosto 2005, n. 17, che indica chiaramente, fra le finalità delle politiche regionali in materia di qualità, tutela e sicurezza del lavoro, il superamento delle "discriminazioni fra uomini e donne nonché le altre forme di discriminazione nell'accesso al lavoro, nello sviluppo professionale e di carriera nel rispetto della Costituzione e delle disposizioni dell'Unione europea in materia" (art. 2, comma 1, lett. f). Particolarmente interessante, ai nostri fini, appare l'art. 11, ai sensi del quale, in materia di priorità di intervento delle politiche regionali sul lavoro, a parità di condizioni, ulteriore priorità viene individuata per gli interventi a favore delle donne (comma 2), così stabilendo una "discriminazione alla rovescia", che legittimamente promuove il superamento delle attuali condizioni di svantaggio delle donne nel mondo del lavoro.

L'impegno del legislatore regionale per la realizzazione di pari opportunità per le donne è proseguito, e si è anzi rafforzato, a seguito dell'approvazione dello Statuto.

Ne è conferma la legge 9 febbraio 2010, n. 3, che detta norme per la definizione, il riordino e la promozione delle procedure di consultazione e partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali, e che fra i suoi obiettivi elenca la promozione della parità di genere (art. 2, comma 1, lett. f): l'impressione che si ricava è che l'attenzione verso il tema delle pari opportunità abbia raggiunto un livello di maturazione tale, da essere stato "interiorizzato" dal legislatore regionale, il quale non dimentica di richiamarsi a esso, quando può risultare necessaria od opportuna l'attivazione di misure promozionali. In tempi ancora più recenti è stata infine approvata la legge regionale 15 luglio 2011, n. 8 (entrata in vigore il 16 luglio, ai sensi dell'art. 5), che, in attuazione della disposizione dell'art. 41 dello Statuto, ha istituito la "Commissione regionale per la promozione di condizioni di piena parità tra uomini e donne". La Commissione istituita dalla legge in esame sostituisce la Commissione per la realizzazione della parità

fra uomo e donna, nata con la legge regionale 3/1986, conseguentemente abrogata (art. 4).

Va sottolineato che l'art. 1 della legge, oltre a un esplicito riferimento all'art. 51 Cost., contiene un richiamo anche alla normativa europea: in proposito merita menzione la relazione al progetto di legge, nella quale si ricorda che il 2007 era stato designato dalla Commissione europea "Anno europeo delle pari opportunità per tutti" e che il Trattato CE prevede (come si è già visto nel secondo paragrafo del presente lavoro) la promozione della parità e l'eliminazione delle ineguaglianze tra uomini e donne tra i compiti e le azioni poste a fondamento della Comunità, e sancisce la piena parità in materia lavorativa. L'art. 2 elenca le funzioni della Commissione: essa esprime proposte ed elabora progetti di intervento regionale e locale.

In particolare, per i profili di sua competenza, alla Commissione spettano funzioni consultive e propositive su progetti di legge, atti di programmazione e di adeguamento normativo.

La Commissione, ancora, valuta lo stato di attuazione nella Regione delle normative regionali, nazionali ed europee in materia di pari opportunità e di contrasto a ogni forma di discriminazione diretta o indiretta nei confronti delle persone; promuove e sostiene la presenza delle donne nelle nomine di competenza regionale e sollecita la realizzazione di iniziative finalizzate a favorire la loro partecipazione attiva nella vita politica, sociale, economica e culturale; collabora alle iniziative riguardanti la condizione femminile promosse da Regione ed enti locali; realizza indagini conoscitive e ricerche sulla condizione femminile in Emilia-Romagna e sulle disparità in genere. Infine, la Commissione svolge un ruolo di cura, diffusione e ottimizzazione delle fonti informative.

L'art. 3, nel disciplinare la composizione della Commissione (il cui Presidente è eletto dall'Assemblea legislativa), dispone che essa opera con le stesse modalità, procedure e durata previste dallo Statuto e dal Regolamento interno per le commissioni permanenti.

In definitiva, si può dire che il recente intervento legislativo, in virtù dei compiti e delle funzioni attribuite alla Commissione di nuovo conio, scandisce una fase ulteriore del processo di implementazione del principio delle pari opportunità, lungo un percorso di continua

evoluzione e di costante aggiornamento, che coinvolge i diversi ambiti – giuridico, sociale, culturale, economico, professionale, politico, ecc. – in cui può trovare spazio la partecipazione paritaria delle donne e la lotta a ogni forma di discriminazione basata sul sesso.

Cesure e continuità nelle vicende dello Stato italiano (*)

In particolare, il corporativismo fascista
e quello cattolico (a proposito del libro di
S. Cassese, *Lo Stato fascista*, Bologna, Il Mulino, 2010)

1. Premessa – 2. La continuità dello Stato fascista con lo Stato liberale – 3. La continuità corporativa – 4. La continuità dello Stato democratico con lo Stato fascista – 5. La continuità con il corporativismo – 6. Il corporativismo fascista – 7. Il corporativismo cattolico.

1. Premessa

Una delle principali tesi avanzate da Sabino Cassese nel suo libro sullo Stato fascista è quella della continuità di questo Stato con quello liberale e dello Stato democratico con quello fascista: vorrei soffermarmi sugli elementi a suffragio di queste continuità piuttosto che su quelli che testimoniano il verificarsi di vere e proprie cesure o rotture nella storia dello Stato italiano. In particolare, mi propongo di portare l'attenzione sul ruolo giocato in tale chiave dalle teorie corporativistiche.

Chiarisco subito che non descriverò il meccanismo organizzativo del corporativismo fascista e nemmeno analizzerò i suoi successi e soprattutto i suoi insuccessi: ricordo soltanto a quest'ultimo proposito che non solo Cassese ma anche altri studi recenti sull'ordine corporativo nello Stato fascista (A. Gagliardi; I. Stolzi) hanno ridimensionano il giudizio di "facciata" che ne ebbe a dare già Kelsen. Neppure mi occuperò dei fattori che hanno promosso fascismo e corporativismo (la crisi dello Stato liberale; l'avvento dei partiti di massa; lo sviluppo dell'organizzazione sindacale; la guerra; ecc.); inoltre lascerò fuori ogni prospettiva di riflessione che fuoriesca dai confini italiani.

La mia sarà fondamentalmente una segnalazione ipersintetica di una serie di aspetti rilevanti in termini di continuità (anche oltre quelli già evidenziati da Cassese), ognuno dei quali sarebbe tutto da sviluppare: insomma, quella

(*) Intervento all'incontro di studio su "Cesure e continuità nelle vicende dello Stato", organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Parma il 16 novembre 2011.

che si suole definire una *carrellata*. Del resto, se si vuole un buon livello di sintesi, vi è appunto il libro di Sabino Cassese, che ha tra i suoi sicuri pregi quello di riuscire a dare in sole 140 pagine un quadro esauriente e approfondito delle vicende, dei paradossi e delle contraddizioni dello Stato fascista, prendendo altresì lucida posizione su alcune spinose questioni (quali quella della sua natura totalitaria o meno), che hanno arrovellato la storiografia politica. E ne approfito per aggiungere che un altro indubbio merito di questo libro, già indicato dalle recensioni (F. Perfetti; A. Sandulli), ma che un giurista meramente positivo, come sono io, apprezza vivamente, è rappresentato dal metodo, ovvero dalla combinazione degli strumenti dell'analisi storiografica con quelli delle scienze sociali e quelli, naturalmente, giuridico-istituzionali. Vorrei terminare raccogliendo uno dei moltissimi stimoli offerti da Cassese, il quale afferma che "la maggior variante [del corporativismo fascista] è quella confessionale": intendo, cioè, da ultimo analizzare brevemente le somiglianze e le differenze che corrono sul piano ideologico tra il corporativismo fascista e quello cattolico, per verificare l'effettiva consistenza della continuità riscontrabile.

2. *La continuità dello Stato fascista con lo Stato liberale*

La continuità dello Stato fascista con lo Stato liberale (così come quella dello Stato democratico con il primo) avanzata da Cassese concerne segnatamente le istituzioni, il tessuto normativo, il personale burocratico, tecnico e accademico.

Questa specificazione sembra importante, perché altrimenti non si capirebbe come mai altri autori abbiano potuto a ragione parlare di "demolizione dello Stato liberale" (E. Gentile) o abbiano comunque sostenuto l'opposta tesi della discontinuità (F. Perfetti). La contraddizione, infatti, si supera (senza voler obliterare le differenze tra la "concezione soggettiva" di quanti credono in un "tempo lineare" e quella di coloro che sostengono la "necessità di sospendere il tempo storico": Cappellini), se si osserva, come ha fatto recentemente Allegretti (nella relazione torinese all'associazione dei costituzionalisti), che le continuità e le persistenze "non riguardano le massime istituzioni costituzionali" (al cui livello si assiste alla "trasformazione della Camera dei deputati"; all'"abolizione della responsabilità governativa verso il Parlamento"; alla "fortissima concentrazione nel capo del governo del potere esecutivo"; all'"avocazione al governo stesso di gran parte del potere legislativo e normativo in genere"; alla "soppressione o drastica limitazione di ogni libertà dei cittadini e del principio di uguaglianza, da ultimo con le misure antiebraiche").

In fondo anche altre contrapposizioni sono segnate dall'angolo di visuale

adottato. Penso, da una parte, alla voce “fascismo” di Melis, dove si sostiene che con la marcia su Roma non ci fu “una sostanziale rottura della continuità costituzionale”, perché la crisi di governo che ne seguì (extraparlamentare) “venne in pratica ricondotta nella legalità statutaria attraverso l’incarico conferito dal Re a Mussolini e fu conclusa da un voto parlamentare”; e altresì alla tesi, diffusa tra i giuristi, circa la trasformazione legale del sistema, favorita anche dalla flessibilità dello Statuto albertino. Penso, dall’altra parte, alla recisa condivisibile affermazione, secondo cui “un premio di maggioranza che consenta ad un partito di ottenere i due terzi dei seggi in Parlamento consegna definitivamente il sistema nelle sue mani” (Carlassare). A questa affermazione si lega sì l’individuazione della rottura costituzionale nel momento in cui viene approvata la legge Acerbo, ma si connette nondimeno il rilievo che la continuità formale indubbiamente sussiste, quale spia della “costanza degli interessi e dei valori pur nel mutamento dei principi”. Insomma, non era fuor dal vero chi qualche tempo fa scriveva che il rapporto tra fascismo e prefascismo era “al tempo stesso di continuità e di rottura” (Candeloro).

Tornando allora alle continuità su cui riflette Cassese, può per esempio ricordarsi come Mussolini abbia tentato di fascistizzare la burocrazia e la dirigenza, senza peraltro riuscirci (De Felice; Melis-Gustapane; Gardini); e che lo stesso è avvenuto con l’esercito, la marina, l’arma dei carabinieri; mentre discorso diverso andrebbe semmai fatto per l’aviazione (si pensi a Italo Balbo) e la polizia.

Ma possono anche aggiungersi altri aspetti di continuità.

Sempre in via esemplificativa può rammentarsi quanto è emerso nel recente incontro del Gruppo San Martino sul tema della povertà (svoltosi anche questo a Torino), dove si è detto che il fascismo ha dissimulato la povertà ma ha continuato l’impegno pubblico nato a fine Ottocento con Crispi (legge del 1890): ne è testimonianza la trasformazione delle congregazioni di carità in ECA (enti comunali di assistenza).

Sovviene poi l’aspetto dell’istruzione: in proposito è stato sostenuto che la riforma scolastica progettata da Giovanni Gentile “non aveva in sé nulla di propriamente fascista, essendo il risultato di un lungo dibattito che da decenni aveva visto impegnati pedagogisti e filosofi di vario orientamento” (E. Gentile).

Neppure andrebbe sottaciuto che l’istituzionalizzazione della dialettica tra forze socio-economiche e Stato, così come il superamento del patto di non interferenza tra privato e pubblico o tra economia e politica, sono iniziati prima del fascismo (Gagliardi). In epoca giolittiana si è, infatti, assistito a fenomeni di partecipazione organica del sindacato e alla costituzione dei consigli

superiori, mentre durante il fascismo la prima tendenza si è intensificata e la seconda ha portato all'accentramento nel Consiglio superiore dell'economia nazionale (Matarella).

Soprattutto però mi preme ricordare la continuità ideologica: è stato, infatti, rilevato che "il liberalismo della cultura giuridica prefascista è, per intrinseca struttura teorica, un liberalismo conservatore e autoritario, statalistico e patriottico, che non avrà difficoltà ad incontrarsi con il fascismo senza neppure diventare fascista ma semplicemente rimanendo fedele a se medesimo" (così Ferrajoli, ma si veda anche A. Sandulli). La continuità tra fascismo e prefascismo è in particolare assicurata dall'idea di sovranità dello Stato che la giuspubblicistica liberale aveva elaborato (Fioravanti; Costa; ancora Ferrajoli). Sarà lo stesso Alfredo Rocco ad affermare che "dalla teoria della sovranità dello Stato discende logicamente la teoria dello Stato fascista".

3. *La continuità corporativa*

Per quanto possa ricordarsi, come opportunamente fa Cassese, che anche nello Stato liberale esistevano ordinamenti pubblici sezionali (incardinati sugli ordini professionali e sulle camere di commercio), i segnali di una continuità tra prefascismo e fascismo rispetto a soluzioni organizzative di stampo corporativistico si rinvenivano eminentemente sul piano teorico-ideale.

È nota la linea di pensiero che unisce Cuoco, Vico, Romagnosi, Taparelli D'Azeglio, Lampertico e Persico (in proposito, Ornaghi e Costa). In particolare, di Persico (*Le rappresentanze politiche e amministrative*, 1885) mi sono occupato in altra occasione (nella presentazione del volume di A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia*, 2009) e qui non vi torno sopra.

Mi soffermo, invece, sulla tradizione sociale cristiana, di cui il fascismo, come sempre Cassese ricorda, si "impadronì", in quanto rappresentava "l'idea antiliberale della società che si autoamministra e amministra". Va aggiunto che anche i cattolici si interessarono al corporativismo fascista, perché vi vedevano la realizzazione del solidarismo (De Giorgi) e pure il "momento di incontro tra lo Stato e la Chiesa", la quale temeva "di essere totalmente al di fuori del gioco di potere" (Piretti). Può farsi menzione in questo senso della figura di Luigi Colombo, presidente dell'Azione cattolica (che si salva dallo scioglimento delle associazioni non fasciste decretato nel 1928), come di tutto il dibattito fiorito sulle riviste cattoliche: *Civiltà cattolica* (la rivista dei gesuiti); *Vita e pensiero* (legata all'Università cattolica); *Studium* (la rivista fucina); la *Rivista Internazionale di Scienze Sociali*, fondata da Toniolo e da mons. Talamo (si veda su questo dibattito la ricerca di Piretti).

Per quanto specificamente concerne il nesso tra corporativismo e solidarismo, esso viene fatto risalire alla *Rerum novarum* di Leone XIII (1891). L'enciclica papale, infatti, si pronunciò contro il riconoscimento del diritto di sciopero e a favore del corporativismo medioevale come mezzo per superare l'antagonismo tra capitale e lavoro (sul punto, Faucci). In seguito, con la *Quadragesimo Anno* di Pio XI (1931), oltre a rafforzarsi l'opzione corporativa, si affaccerà il principio di sussidiarietà (vi è qui il monito a che l'obiettivo dell'intervento dello Stato sia "quello di aiutare in maniera suppletiva le membra del corpo sociale, non già di distruggerle o di assorbirle": ma su questo aspetto rifletteremo alla fine).

Precedentemente alla *Rerum novarum* vi era stato, inoltre, il primo Congresso dell'Opera (l'Opera dei congressi e dei comitati cattolici), a Venezia nel 1874, cui seguirono quello di Bergamo del 1877 e quello di Lucca del 1887: in tale contesto si proposero le società di mutuo soccorso come fase di transizione rispetto alle corporazioni, cioè ad associazioni permanenti costituite in forma gerarchica fra padroni e operai addetti a uno stesso ordine di produzione.

In termini generali può ricordarsi che il corporativismo cattolico era figlio della concezione aristotelico-tomistica della società e dell'interpretazione che ne aveva dato Giuseppe Toniolo, il quale distingueva le "unioni professionali" dalle mere associazioni, in quanto le prime avevano fini permanenti, necessari e complessi e rappresentavano la base della "costituzione organica della società" (sovengono alla mente quegli "interessi a soddisfazione necessaria", razionalizzati recentemente da Giampaolo Rossi, ma riecheggia anche la distinzione tra *Gemeinschaft* e *Gesellschaft* di Tönnies).

4. La continuità dello Stato democratico con lo Stato fascista

Non vorrei spendere nessuna parola circa il fatto che la Carta costituzionale produce una rottura con il passato fascista: dunque, quelli di seguito segnalati sono esclusivamente i frammenti di una pagina (di giornale o di storia) strappata con le mani, anziché con le forbici.

Andando allora alla ricerca di singoli e disordinati aspetti di continuità si possono innanzitutto menzionare, insieme a Cassese, i ritardi nell'attuazione della Costituzione: si pensi alla Corte costituzionale; al Csm; al referendum abrogativo; alle Regioni; alla revisione degli organi speciali di giurisdizione imposta dalla VI disposizione transitoria; all'interpretazione della Cassazione delle norme costituzionali come "norme programmatiche" o "a efficacia differita"; al riconoscimento della natura privata delle espressioni del pluralismo sociale (che è l'esatto opposto della "pluralizzazione del potere politico" avvenuta nello Stato fascista: l'espressione è sempre di Cassese; ma di questo

diremo più avanti), secondo un indirizzo del Giudice delle leggi che prende avvio soltanto a fine anni Ottanta; allo Stato sociale assistenziale, che è “il risultato dello sviluppo del vecchio Stato corporativo avvenuto, senza alcuna progettualità riformatrice, interamente al di fuori della cornice costituzionale, attraverso non già l’introduzione di adeguate garanzie a sostegno dei nuovi diritti sociali, bensì con il semplice allargamento degli spazi della discrezionalità politica e burocratica” (Ferrajoli).

Proseguendo nell’elencazione, può farsi menzione di alcune disposizioni costituzionali: l’art. 43, per quello che concerne le comunità di lavoratori e (“o”) di utenti (Cassese); l’art. 18, per il divieto di associazioni segrete (Cassese); l’art. 72, comma 3, per le commissioni legislative (nelle quali si è vista ricalcare l’esperienza della Camera dei fasci e delle corporazioni: Cassese; Spatini); si può aggiungere l’art. 44, laddove si prosegue nell’intento di bonifica delle terre; si devono soprattutto aggiungere le magistrature amministrative (Allegretti).

Tralascio gli artt. 39 e 99, perché ne diremo nel paragrafo seguente.

Abbandonando le norme costituzionali vanno ricordati il modello interventista; la “conservazione pura e semplice del sistema delle partecipazioni statali ereditate dal fascismo” (Sordi); il modello di governo per “comitati”; il governo del credito; l’affidamento esclusivo di singole attività economiche; “le leggi protettive della stessa industria privata” (Amato); gli esperimenti di programmazione (anche con legge); le pianificazioni di settore; gli enti c.d. di privilegio; le resistenze all’eliminazione degli enti inutili (in perenne liquidazione malgrado le leggi del ’56 e del ’75).

Vi è, poi, il “lungo” elenco fatto da Cassese delle leggi rimaste in vigore nel secondo dopoguerra: codici, testi unici, ecc. (l’elenco è a p. 23; a p. 64 è aggiunta la legge di pubblica sicurezza del 1931; sulla “defascistizzazione mancata” del codice civile ha riflettuto, in particolare, Cappellini).

Profili di continuità sono stati colti anche rispetto agli anni più recenti: si è parlato della fidelizzazione della burocrazia, ripresentatasi attraverso le forme di *spoils system*; delle resistenze alle politiche di liberalizzazione; della proposta degli ordini professionali di reintrodurre le tariffe minime obbligatorie (Clarich); è stata menzionata la conservazione del carattere pubblico delle camere di commercio e degli ordini professionali (Allegretti, 1989); potrebbe dirsi dell’assetto tuttora monopolistico dell’ordinamento professionale e dell’ordinamento sportivo.

Ma con questi ultimi esempi ci stiamo già avvicinando alle persistenze nell’impianto corporativo dello Stato.

5. *La continuità con il corporativismo*

Più che soffermarsi sulla breve stagione del corporativismo democratico (possono farsi i nomi, con Cassese, di Santoro Passarelli, e, con Stolzi, di Carnelutti e di Nivarra), preme riprendere il filo della continuità con il corporativismo cattolico, tenendo peraltro presente che questo è fondato sull'idea interclassista di solidarietà cristiana e che, dunque, si tratta qui (come in altri casi) di una continuità parziale o di superficie (ma sulle differenze tra corporativismo fascista e cattolico, come detto, discorreremo alla fine).

È a questo orientamento di pensiero e, in Assemblea costituente, alla Democrazia cristiana che si deve la proposta, poi abortita, come è noto, di una seconda Camera formata con rappresentanti di categorie e di interessi. Moro e Mortati, in particolare, ambivano a una rappresentanza organica, segnatamente a una "rappresentanza degli interessi territoriali ed economici a base regionale", alla stregua tuttavia di una investitura popolare.

Discorso in parte simile può farsi per il CNEL, di cui si fece promotore Ruini, che "riteneva opportuna la penetrazione dei rappresentanti d'interessi economici nella vita amministrativa dello Stato". Non tutti ricorderanno che la soluzione adottata (art. 99) corrisponde alla proposta Clerici avanzata in Assemblea Plenaria, mentre nella seconda Sottocommissione (della Commissione dei 75) sulla base degli intendimenti di Mortati si era immaginato che il CNEL fosse addirittura un organo di secondo grado, formato dai Consigli ausiliari, organi istituiti presso amministrazioni centrali, composti da rappresentanti di sindacati, di associazioni professionali e di altri enti, e anche da alcuni membri del Parlamento.

A questo punto non può, però, tacersi che il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro ha un ruolo decisamente secondario rispetto alla centralità del Parlamento (così, tra altri, Mattarella).

In modo tendenzialmente analogo deve ragionarsi per l'art. 39. Non vi è dubbio che registrazione del sindacato, sua personalità giuridica, efficacia obbligatoria del contratto collettivo per tutti gli appartenenti alla categoria, rinvino a soluzioni pregresse (inattuazione costituzionale a parte), ma fortissima è la discontinuità (come ricorda ancora Mattarella): si consideri l'anima privatistica e rivendicativa del sindacato; la libertà sindacale; il requisito dell'ordinamento democratico; il *favor* per i lavoratori; il diritto di sciopero (art. 40). Se, poi, mutando fronte, si guarda alla riflessione scientifica, si ritrova qualche continuità con il corporativismo del periodo fascista, legata sempre all'idea di Stato: si tratta della "bizzarra dottrina organicistica, tuttora in auge in molti manuali di diritto pubblico, che fa della sovranità, del popolo e del territorio altrettanti *elementi* costitutivi dello Stato" (Ferrajoli). Si rammenti che Santi

Romano sosteneva che il popolo “non ha giuridica esistenza se non nello Stato”.

È anche il caso di citare *L'ordinamento repubblicano* di Feliciano Benvenuti, che contiene un capitolo dal titolo “I soggetti comunitari” e un paragrafo dal titolo “Pluralismo organico”.

Insistendo in una ricerca, saltellante e lacunosa, di aspetti di continuità, deve ricordarsi che negli anni Settanta inizia il dibattito sul c.d. neocorporativismo: vengono qui in gioco la concertazione sociale e, in particolare, i “patti sociali” tra Governo e confederazioni sindacali, ma vanno nondimeno considerate la “logica del particolarismo” (Allegretti) e così la “tendenza delle organizzazioni degli interessi a darsi assetti di tipo gerarchico e con vincoli di appartenenza necessaria”, con la conseguenza che “la rappresentanza delle categorie risulta affidata ad organizzazioni non competitive, fortemente centralizzate, più spesso riunite in monopolio” (Ridola). È stato osservato di recente che “forte è oggi (come allora) la tentazione degli interessi privati a ricercare forme di protezione e di privilegio da parte dello Stato” (Clarich).

Corre qui, tuttavia, l'obbligo di una precisazione: se nello Stato repubblicano il corporativismo, meglio, il neocorporativismo connota semanticamente il particolarismo e il pluralismo separatista, il corporativismo nello Stato fascista è almeno idealmente funzionale al totalitarismo e/o al miraggio della “comunità armonica” (Pasetti): seppure sul piano dei fatti si può convenire che durante il fascismo si realizzi un processo di frammentazione oligopolistica del tessuto sociale, economico e politico (così Gagliardi).

Uno studioso come Ridola ha illustrato la differenza tra corporativismo di Stato, quale quello fascista, basato sulla subordinazione degli interessi collettivi all'interesse generale dello Stato, e corporativismo societario, basato “sull'inserimento delle organizzazioni sociali, attraverso svariati moduli di negoziazione, nel processo di decisione politica”.

Ci stiamo così avvicinando all'ultima questione: le caratteristiche ideali del corporativismo fascista e quelle dell'organicismo cattolico.

6. Il corporativismo fascista

Iniziamo dal corporativismo fascista. È noto che esso doveva costituire la terza via rispetto al liberalismo e al socialismo, mischiando motivi antiindividualistici e anticapitalistici (più esattamente, antiliberisti, se è vero che il fascismo è nato per favorire la piccola e media impresa e ha finito per fare gli interessi del grande capitale). È pure noto che del corporativismo fascista vi sono stati molteplici interpreti (Bottai, Rocco, Spirito, Rossoni e altri ancora: in proposito si veda soprattutto il libro di Irene Stolzi). È stato persino detto che si

trattava dell'“unico argomento in cui in Italia si potessero esprimere posizioni difformi” (Gagliardi). Non posso soffermarmi. Ricordato che è prevalsa l'impostazione autoritaria di Alfredo Rocco (“il prevalere degli interessi delle classi più potenti e meglio organizzate è un fenomeno sociale necessario”: quella logica del più forte che si ritrova già in Persico), ma che ha giocato un ruolo fondamentale anche Bottai, ascritto talvolta a un corporativismo partecipativo talvolta a un corporativismo totalitario, ai nostri fini è sufficiente darne un tratteggio unitario sotto l'aspetto del rapporto tra Stato, società e individuo. Ebbene, se per le dottrine liberali, democratiche e socialiste vale la massima *la società per l'individuo*, il fascismo la rovescia: “l'individuo per la società” (Rocco).

La società, a sua volta, non è vista come una somma di individui, ma come un organismo che ha vita e fini propri, trascendenti quelli dell'individuo: ne discende il rigetto e della visione conflittuale della stessa società e della eterogeneità dei valori di questa (Linz). Al tempo stesso la società è identificata nello Stato.

Ed è per questo che i sindacati sono assorbiti nelle corporazioni (attraverso le quali si sarebbero dovuti anestetzare i conflitti di classe) e le corporazioni sono assorbite nell'organizzazione dello Stato. Scrive Giuliano Mazzoni: la corporazione è un “organo dello Stato”; “si immedesima così con lo Stato, come la parte si immedesima con il tutto” (*La Corporazione*, 1934). Bottai (riportato da Cassese): “lo Stato fascista è dominato dal principio dell'unità organica; tra i suoi organi si distribuiscono le competenze, ma non i fini e tanto meno gli interessi; unici e identici sono i fini e gli interessi che gli organi dello Stato fascista perseguono; sono i fini e gli interessi della Nazione”. L'art. 1 della Carta del lavoro (1927) dirà: “La nazione italiana è un organismo avente fini, vita, mezzi di azione superiori a quelli degli individui divisi o raggruppati che la compongono. È un'unità morale, politica ed economica che si realizza integralmente nello Stato fascista”.

Mussolini affermerà direttamente che “l'individuo non esiste se non in quanto è nello Stato e subordinato alle necessità dello Stato”.

L'individuo, sono tentato di dire, riprendendo possesso di un terreno che mi è più familiare, era come l'interesse legittimo: la “rifrazione”, il riflesso dello Stato e dell'interesse pubblico (Stolzi). E del resto Francesco Ferrara poteva notare “un certo *affievolimento* dei diritti soggettivi, che vengono in certo modo atteggiandosi come interessi legittimi, tutelabili, se e in quanto non osti un interesse pubblico, che deve in ogni caso trionfare” (si sofferma sul legame tra totalitarismo e subordinazione dell'autonomia privata Cappellini). Può essere interessante ricordare anche che, di là dal mito di Mussolini

dell'“uomo integrale”, “l'individuo è identificato strettamente con il suo *status* professionale” (Gagliardi), assumendo un ruolo centrale la nozione di appartenenza (Stolzi), secondo un assetto precipuo della società medievale e post-medievale (Grossi).

Gli individui più disorganizzati, i più “individui”, se così ci si può esprimere, quali per esempio i consumatori, sono, fa vibrar le corde Cassese, una “voce assente”.

7. *Il corporativismo cattolico*

Analizziamo adesso, per contrapposizione, il corporativismo cattolico.

La dimensione organica è parimenti presente, ma differente è, innanzitutto, il fine sotteso, che è rappresentato dal bene comune, che è terreno, ma esiste in sé e per sé e con carattere di necessità, in quanto esiste il Bene, in senso trascendentale, proiezione di Dio (mentre nel fascismo è un fine decisamente umano: poiché dietro la Nazione c'è il partito, se non addirittura Mussolini).

E se il fine esiste in sé, non è imposto da un'autorità; scriverà Cesarini Sforza nel 1962: “l'essenziale differenza tra corporativismo cattolico e corporativismo fascista è consistita in ciò, che per il primo la solidarietà tra classi era un dovere morale-religioso, fondato sulla fraternità degli uomini in Cristo, mentre per il corporativismo fascista significava subordinazione giuridicamente obbligatoria degli interessi particolari a un superiore interesse unitario, del quale si faceva portatrice la Nazione e tutelatore lo Stato”.

Stolzi ha chiarito che i cattolici invocano un *ordo naturalis*, un ordine spontaneo, mentre i fascisti vedono l'ordine come l'esito di un processo di costruzione “incardinato sull'unico dato veramente immancabile di ogni convivenza socio-politica, il dato della diseguaglianza”.

Quanto alla componente gerarchica dell'organicismo, essa non è una costante nel pensiero cattolico (vedi il ruolo della società in Berti): infatti, tutti possono fare il Bene (che, come detto, esiste ontologicamente e, quindi, non è neppure il prodotto formale dello scontro parlamentare, secondo quella che è la visione liberale), tutti, pertanto, possono avere un ruolo pubblico, nel perseguimento dell'interesse pubblico.

Potrebbe dirsi che l'organicismo cattolico è, almeno in alcune sue versioni (si ricordi un certo antistatalismo cattolico), un organicismo *bloccato* o *deformato* (il termine, rispettivamente tratto dalla psicoanalisi e dalla medicina biologica, non vuole essere dispregiativo, anzi), perché lo sviluppo organico, diversamente che nel fascismo, può essere incompleto, laddove lascia agli organi, *id est* le comunità intermedie, una posizione dominante rispetto all'organismo intero (lo Stato), oltre che rispetto alle sue cellule, *id est* gli individui.

L'idea di un ordine gerarchico, di "una gerarchia di differenti comunità, ciascuna ordinata a fini differenti" (Gaeta), è però diffusa: può ricordarsi la *Centesimus annus* (1991) di Giovanni Paolo II, dove si afferma che "una società di ordine superiore non deve interferire nella vita interna di una società di ordine inferiore, privandola delle sue competenze [...]; deve piuttosto sostenerla in caso di necessità ed aiutarla a coordinare la sua azione con quella delle altre componenti sociali, in vista del bene comune". S'intende che ormai il concetto dominante non è né solidarismo né corporativismo ma sussidiarietà, cui accede "l'idea che l'autorità non detiene per sua natura la competenza esclusiva sulla qualificazione e la realizzazione dell'interesse generale" (Gaeta; Arena).

Inoltre, i cattolici tendono a distinguere tra società e Stato ("noi distinguiamo fra Società e Stato": replica De Gasperi a Rossoni). Seppure questa distinzione sfuma laddove, anziché riportare sul fronte privatistico le espressioni del pluralismo sociale (netta in questo senso è, per esempio, la posizione di Pototschnig), si assimilano le formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost. alle autonomie politiche di cui all'art. 5 Cost.: un indirizzo interpretativo reso manifesto dalle c.d. autonomie funzionali (Poggi).

Resta da dire della posizione dominante del gruppo sull'individuo.

Sarebbe semplice far leva sul personalismo cristiano, per indicare come dato pacifico il rapporto di funzionalità tra formazione sociale e individuo, la strumentalità della prima allo sviluppo della persona umana, quale è ricavabile dall'art. 2 Cost. (Orsi Battaglini). Epperò, è dura a morire quell'idea del "più alto valore dell'intero" (l'espressione risale a Gierke), che continua a unire ogni forma di corporativismo. È l'immagine della tela, che Grossi ha esemplarmente rappresentato (nell'*Introduzione* orestanea): "il tessuto non è mai una somma di fili ma una realtà unitaria e complessa in cui il filo scompare nella sua autonomia per dar vita a qualcosa di profondamente diverso". Un'immagine seducente, che lascia aperto un dubbio: ma che succede se tiro via il filo della tela?

Leonardo Ferrara

TABLE OF CONTENTS AND ABSTRACTS

Essays and articles

Urban Safety, Its Uncertain Boundaries, Mayors' Ordinances, and "Citizen Patrols" (p. 707)

Tommaso F. Giupponi

The article addresses the problematic role of local and regional autonomies in managing safety, with particular reference to recent national legislation concerning urban safety (from mayors' ordinances to so-called "citizen patrols") and to the corresponding jurisprudence of the Constitutional Court, in an attempt to identify the necessary forms of coordination among different levels of government involved in the light of the reform of Title V of the Constitution.

The New and Controversial Municipal Ordinances of Coexistence (p. 743)

Miguel Casino Rubio

Following the lead of the Barcelona City Council, almost all Spanish municipalities have approved, in recent years, "coexistence ordinances", designed to combat behaviours that lead to deterioration in public spaces and affect coexistence in cities. These new ordinances, which provide for violations and penalties, have been largely welcomed by administrative doctrine and jurisprudence. Nevertheless, this article highlights some of these ordinances' main weaknesses. In particular, it focuses on their relevance and raison d'être and casts doubt on local authorities' competence to ban specific personal conduct.

The Conflict between Liberty and Security in the United Kingdom since 9/11 (p. 773)

Sebastian Payne

This article analyses some of the legislative responses in the UK that have ensued in the wake of the 9/11 terrorist attacks and the case law resulting from the exceptional legislative measures. The legislation and litigation illustrates the conflict with liberty that these measures have created. The “Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001” is considered. The A Case (No. 1): The Belmarsh case relating to indefinite detention without trial, and the A Case (No. 2): relating to the admissibility of evidence obtained by torture, are both examined. “Control Orders” are briefly considered. The Binyam Mohamed Court of Appeal case relating to the disclosure of sensitive security-related information is considered, as well as the Government’s proposals in its Green Paper “Justice and Security” to make available in all civil proceedings secret hearings where security-related issues are said to arise.

Notes and comments

The Regional Statutory Guarantee Councils: Administration and Jurisdiction (p. 801)

Bernardo Giorgio Mattarella

The Regional Statutory Councils as “*jus dicentes* institutions” (p. 809)

Giandomenico Falcon

The Regional Statutory Guarantee Councils in Constitutional Court Jurisprudence (p. 817)

Silvio Gambino

Some Observations Concerning the Initial Experiences of the Piemonte Region’s Guarantee Commission (p. 835)

Jörg Luther

The Emilia-Romagna Region's Statutory Guarantee Council (p. 851)
Marzio Maccarini

The Experience of the Liguria Region's Statutory Guarantee Council
(p. 861)
Giuseppe Casale

Musings and Suggestions about Guarantee Bodies (Especially Regional Statutory Guarantee Councils) (p. 877)
Giuseppe Ugo Rescigno

Regional Observatory

Focus on Constitutional Jurisprudence Concerning Public Safety
(p. 887)
Federica Paolozzi

Focus on Administrative Jurisprudence Concerning Equal Opportunities in Access to Public and Elective Offices (p. 913)
Alfredo Amato

Readings and Highlights

Breaks and Continuity in the History of the Italian State. In Particular, Fascist and Catholic Corporatism (about the book by S. Cassese, *Lo Stato fascista*, Bologna, Il Mulino, 2010) (p. 935)
Leonardo Ferrara

Alfredo Amato

Funzionario Regione Emilia-Romagna, Servizio Affari legislativi e qualità dei processi normativi, Direzione Generale Affari istituzionali e legislativi della Giunta regionale

Giuseppe Casale

Vicepresidente Consulta di garanzia statutaria della Regione Liguria

Miguel Casino Rubio

Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad Carlos III de Madrid. Letrado del Tribunal Constitucional

Giandomenico Falcon

Professore ordinario di diritto amministrativo, Università degli studi di Trento

Leonardo Ferrara

Professore ordinario di diritto amministrativo, Università degli studi di Firenze

Silvio Gambino

Professore ordinario di diritto pubblico comparato, Università degli studi della Calabria

Tommaso F. Giupponi

Professore straordinario di diritto costituzionale, Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

Jörg Luther

Professore ordinario di istituzioni di diritto pubblico, Università degli studi del Piemonte orientale. Componente della Commissione di garanzia della Regione Piemonte

Marzio Maccarini

Già componente della Consulta di garanzia statutaria della Regione Emilia-Romagna

Bernardo Giorgio Mattarella

Professore ordinario di diritto amministrativo, Università degli studi di Siena

Federica Paolozzi

Funzionario Regione Emilia-Romagna, Servizio Affari legislativi e qualità dei processi normativi, Direzione Generale Affari istituzionali e legislativi della Giunta regionale

Sebastian Payne

Barrister, Inner Temple; Associate Fellow, Royal United Services Institute. Lecturer in Law, University of Kent

Giuseppe Ugo Rescigno

Professore ordinario di istituzioni di diritto pubblico, Università degli studi di Roma La Sapienza

Criteria editoriali

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'ar-

ticolo; originalità e novità 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 on-line sul sito della Regione Emilia-Romagna e sul sito della Rivista.

Lecture e segnalazioni. In questa sezione si pubblicano recensioni a lavori monografici e segnalazioni bibliografiche.