

LE ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

Regione e Governo Locale

**Bimestrale di studi giuridici e politici
della Regione Emilia-Romagna**

2

**2007 · ANNO XXVIII
marzo/aprile**

Studi sulle autonomie

Approfondimenti

Indice 2.07

STUDI SULLE AUTONOMIE

- 133** Testi giuridici e identità. Il caso dei nuovi Statuti spegnoli / *Ilenia Ruggiu*
193 Eppure si muove: la riforma del sistema federale tedesco / *Jens Woelk*
217 La città autonoma di Buenos Aires: un nuovo soggetto federale? Contributo al dibattito in corso sul nuovo Codice delle Autonomie locali / *Roberta Billè*
245 Problemi in tema di potestà normativa degli enti locali / *Edoardo C. Raffiotta*

APPROFONDIMENTI

- 279** Liberalizzazione: le premesse di diritto europeo / *Guido Corso*
293 L'organismo di diritto pubblico. La non industrialità nella giurisprudenza / *Giuseppe La Rosa*

Studi sulle autonomie

Testi giuridici e identità. Il caso dei nuovi Statuti spagnoli (*)

di Ilenia Ruggiu

Sommario

1. Diritto costituzionale e identità. – 2. Il nuovo processo statutario in Spagna. – 3. Le narrazioni identitarie nei singoli Statuti. Lo Statuto catalano: nazione, lingua e diritti storici. – 3.1 Lo Statuto dell'Andalusia: dall'inter-culturalità all'identità sociale, al flamenco. – 3.2. Lo Statuto valenziano: il recupero di diritto e istituzioni pre-costituzionali. – 3.3. Lo Statuto delle Isole Baleari: pluri-insularità, diritto proprio e parlate catalane. – 3.4. Lo Statuto dell'Aragona: diritto forale, lingua e modalità linguistiche. – 3.5. Lo Statuto delle Canarie: il carattere ultraperiferico e la riscoperta di una lingua arcaica. – 3.6. Lo Statuto di Castiglia Leòn: la difesa del castigliano e dell'idea di Spagna. – 3.7. Lo Statuto di Castiglia La Mancha: il rifiuto del lessico identitario. – 4. Dietro l'identità: Spagna plurale, competenze, risorse, autolegittimazione della classe politica regionale.

Diritto costituzionale e identità

Il dibattito sull'identità è vivo da tempo e in diverse discipline ⁽¹⁾, ma non è da tanto che esso ha trovato riflesso nei testi

(*) Ringrazio J. Pèrez Royo, A. Carmona, M. Carrasco e il Dipartimento di diritto costituzionale dell'Università di Siviglia, nonché J. Pardo e J. Terròn, funzionari del Parlamento dell'Andalusia per l'accoglienza durante la realizzazione del presente lavoro. Ringrazio i componenti della Commissione per lo Statuto del Parlamento dell'Andalusia: M. Gracia Presidente della Commissione e portavoce del Partido socialista; J. Caballos, deputato del Partido socialista; R. Sala, deputato del Partido popular; P. Gonzalez, portavoce del Partido andalucista; C. Caballero, portavoce di Izquierda Unida, per le interviste rilasciate.

(1) *Ex plurimis*, si vedano: tra gli antropologi F. REMOTTI, *Contro l'identità*, Roma-Bari, 1996; U. FABIETTI, *L'identità etnica. Storia e critica di un concetto equivoco*, Roma, 1995; tra gli psicologi G. LAI, *Disidentità*, Milano, 1988; tra gli storici A.M. THIESSE, *La creazione delle identità nazionali in Europa*, Bologna, 1999; tra i filosofi R. BODEI, *Scomposizioni. Forme dell'individuo moderno*, Torino, 1987; nella scienza politica B. ANDERSON, *Communities. Reflections on the origin and spread of nation-*

giuridici soprattutto di livello costituzionale. In genere questi si astenevano da qualsiasi discorso sull'identità collettiva o culturale di un popolo, ne tutelavano sì le minoranze, ma il patto costituente si fondava su altre narrazioni. Nelle parole di Rosenfeld tale neutralità sottende, in qualche modo, il formarsi di un'identità costituzionale superiore che pur convivendo con le altre e dando loro spazio e protezione le trascende ⁽²⁾. L'identità è restata fuori dagli orizzonti del costituzionalismo anche perché l'approccio personalista-individualista che lo ispira e il timore dello Stato etico hanno suggerito che non fosse materia di cui "il diritto" dovesse occuparsi, circoscrivendola alla sfera privata ⁽³⁾. A ciò si aggiunga che molte esigenze identitarie venivano, fino ad oggi, soddisfatte nell'ambito della sistematica dei diritti fondamentali (ad esempio tramite la libertà religiosa), senza necessitare norme giuridiche *ad hoc*. Inoltre, il silenzio del diritto è stato il riflesso di un'eclissi delle categorie

alism, London-New York 1983; S. BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale*, Bologna, 2005; X. RUBERT DE VENTÒS, *Nacionalismos. El laberinto de la identidad*, Madrid, 1994; E. VITALE, *Liberalismo e multiculturalismo. Una sfida per il pensiero democratico*, Roma-Bari, 2001.

(2) "As constitutionalism is wedded to pluralism, it must take the other into proper account, which means that constitution makers must forge an identity that transcends the bounds of their own subjectivity", M. ROSENFELD, *The identity of the constitutional subject*, in *Cardozo Law Review*, January, 1995. Altra dottrina ritiene astratto l'approccio che guarda all'identità costituzionale (denominata a seconda degli autori anche identità politica, pubblica o istituzionale) come neutra rispetto a qualsiasi identità culturale, osservando come, ad esempio, il presupposto stesso della formazione dello Stato costituzionale sia stata l'identità nazionale, F. CERUTTI, *Identità e politica*, in F. CERUTTI (a cura di), *Identità e politica*, Roma-Bari, 1996, p. 5 ss., p. 30 e come "non c'è proprio modo di rendere la *polis* veramente legittima se essa non ha una base nell'identità", F. CERUTTI, *Verso l'identità politica degli europei. Un'introduzione*, in F. CERUTTI, E. RUDOLPH (a cura di), *Un'anima per l'Europa: lessico di un'identità politica*, Sterling-Virginia, 2001, p. 17 ss., p. 18. Sull'identità costituzionale si veda anche M. ROSENFELD, *The Problem of 'Identity' in Constitution-Making and Constitutional Reform*, in *Cardozo Legal Studies Research Paper n. 143*, 2005, <http://ssrn.com/abstract=870437>.

(3) Per una critica alla "benigna noncuranza" riguardo le questioni identitarie W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale* (1995), Bologna, 1999, pp. 89-102, il quale precisa, peraltro, che tale rifiuto è recente: "entro la tradizione liberale esiste un'ampia varietà di concezioni dei diritti delle minoranze... nessuna di quelle concezioni propone l'idea – raccomandata dai liberali contemporanei – che lo stato dovrebbe trattare l'appartenenza culturale come un fatto esclusivamente privato", p. 96.

dell'identità e della comunità per il lungo periodo in cui ben altri *cleavages* – la lotta di classe, le grandi ideologie del '900, le appartenenze partitiche, le battaglie per i diritti civili e sociali – attraversavano la società. Rispetto a tale scenario le cose sono in parte cambiate e, negli ultimi anni, i discorsi identitari sono penetrati con forza anche in testi costituzionali o paracostituzionali. Il Canada – che per primo si è definito Stato multiculturale facendo dell'identità addirittura un elemento costitutivo della propria forma di Stato – non è più il solo Stato pioniere nella sua esplorazione e tutela. Tra le numerose Costituzioni⁽⁴⁾ che contengono menzioni espresse ad essa, si pensi alla Costituzione polacca (1997) che parla di “patrimonio culturale come fonte dell'identità del popolo polacco” (art. 6) o alla Costituzione del Nigeria (1990) che parla di tutela dell'”identità culturale e spirituale”. Il fenomeno, peraltro, non è soltanto costituzionale, assumendo una portata “multilivello”. Anche l'Unione Europea rivela, infatti, un'attenzione crescente alla costruzione-tutela di un'identità culturale propria – spesso ritenuta premessa essenziale per la creazione di un *demos* europeo – e alla tutela delle diverse identità sia nazionali che regionali presenti negli Stati membri. Sempre in un'ottica multilivello, anche le Regioni di molti Stati composti stanno portando avanti narrazioni identitarie, talvolta in contrapposizione ad una presupposta identità nazionale dalla quale cercano di distinguersi.

Il giudizio sul “ritorno dell'identità” ha, com'è noto, spaccato la dottrina costituzionalista.

I movimenti che hanno portato alla formazione degli Stati-Nazione dell'800 e in seguito i movimenti regionalisti sono nati

(4) Riferimenti più o meno espliciti all'identità si ravvisano nelle Costituzioni di Portogallo (1976), Lituania (1999), Bulgaria (1991), Ungheria (1949-90), Macedonia (1992), Romania (1991), Slovenia (1991), Senegal (1992), Mali (1992), Colombia (1991), Uruguay (1992), Burundi (1992), Moldavia, (1994), Guatemala e Albania. Inquadrabili in un discorso identitario sono alcune Costituzioni “irredentiste” quali l'Irlanda nei confronti dell'Irlanda del Nord o la Cina su Tawain. L'identità dilaga anche nel linguaggio politico “dalla *politics of identity* alla *Christian identity* negli Usa... alla *European defence identity*”, come osserva F. CERUTTI, *Prefazione*, in F. CERUTTI (a cura di), *Identità e politica*, cit., VII ss, VIII.

come moti di libertà⁽⁵⁾; il multiculturalismo per dar voce alle rivendicazioni di minoranze emarginate: entrambi sembravano calzare appieno con il DNA pluralista e con il principio della divisione del potere del costituzionalismo. Eppure, con l'avanzare dei nazionalismi e dei paventati scontri di civiltà, sia gli uni che l'altro sono stati accusati di romanticismo politico, letti come fenomeni reazionari⁽⁶⁾, quasi come rigurgiti del fascismo e l'identità è stata considerata veicolo di violenza⁽⁷⁾.

La scuola dei *communitarians* ha tentato di riabilitare l'identità spiegando come "le radici dell'io" siano duplici, comprendendo non solo quelle strettamente individuali, ma anche quelle che gli derivano come membro di un gruppo. Se il gruppo non è "riconosciuto" anche l'individuo soffre e il raggiungimento della sua "autenticità" è compromesso⁽⁸⁾. La protezione dell'identità collettiva è in questo senso a pieno titolo protezione di un diritto individuale fondamentale: nasce, di nuovo conio, il diritto all'identità culturale. Tale approccio positivo al "ritorno dell'identità" è stato suggellato da Häberle che – nell'ambito della sua teoria del diritto della cultura – vi ravvisa nuovi fermenti del diritto che lo liberano dal suo eccessivo asservimento all'economia e dalla sua mera funzione tecnica,

(5) "La creazione di una cultura nazionale è strettamente legata al liberalismo. La lotta contro l'assolutismo è impellente e si accompagna per gli intellettuali a un dovere imperioso: fornire alla nazione tutti gli elementi che le consentono di conoscersi in quanto tale", A.M. THIESSE, *La creazione delle identità nazionali in Europa*, cit., p. 55.

(6) F. PIZZOLATO, *Formazioni e deformazioni sociali*, in *Quaderni Costituzionali*, 2005, p. 137 ss.

(7) Su tale lettura S.P. HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Milano, 1997; A.K. SEN, *Identità e violenza*, Roma-Bari, 2006. Tale autore criticandone gli esiti nefasti, sembra contestare la stessa validità teorica del concetto di identità in quanto ciascun individuo non è mai classificabile come portatore di una sola identità, ma è inserito in un vasto insieme di affiliazioni e modi di essere che inevitabilmente coesistono. Tra l'altro lo stesso Sen critica violentemente la teoria di Huntington, in quanto riduzionista: non si può ammettere lo scontro solo sulla base di elementi religiosi in quanto vi sono molte altre variabili che entrano in gioco in quello che Huntington definisce "scontro di civiltà".

(8) Sul concetto di riconoscimento e di autenticità C. TAYLOR, *Multiculturalismo. La politica del riconoscimento* (1992), Milano, 1993; C. TAYLOR, *Le radici dell'io. La costruzione dell'identità moderna* (1989), Milano, 1993.

proiettandolo nel vivo della costruzione della dignità umana⁽⁹⁾. Anche nella dottrina italiana il consolidamento del sentimento identitario, a livello regionale, comincia ad essere visto come un fattore positivo non necessariamente in contraddizione con una superiore identità politica-civica, ma che anzi contribuisce al suo sviluppo, contribuendo a rafforzare il senso di appartenenza ad una sfera pubblica⁽¹⁰⁾.

Nel corso di questo lavoro sosterremo un'interpretazione dell'identità – o meglio di alcune sue fenomenologie che si realizzano in contesti costituzionali stabilizzati – ulteriore rispetto alla classica dicotomia appena richiamata⁽¹¹⁾. Anziché demonizzare l'identità come potenziale veicolo di separazione o violenza (secondo le posizioni più *liberals*), anziché esaltarla quale tassello indispensabile per completare la stessa sistematica dei diritti fondamentali (secondo le posizioni dei *communitarians*)

(9) P. HÄBERLE, *Constitutional aspects of cultural identity*, in *Derechos y libertades*, n. 14/2006, p. 89 ss. Nella visione dell'autore l'identità culturale costituisce il più importante fattore di legittimazione del federalismo tedesco nonché una spinta propulsiva per il miglioramento istituzionale, P. HÄBERLE, *Problemi attuali del federalismo tedesco*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, p. 3353 ss.

(10) Sul punto si vedano i diversi scritti in S. BARTOLE (a cura di), *Le regioni alla ricerca della loro identità culturale e storica*, Milano, 1999, in particolare le riflessioni di M. MALO, *La forma delle regioni. La considerazione delle regioni per la propria cultura e tradizioni nella conservazione del territorio*, p. 137 ss., che ricollega l'indebolirsi dell'identità culturale regionale alla scarsa tutela del paesaggio. Anche F. CERUTTI, *Identità e politica*, cit., p. 24, osserva che il "processo di formazione dell'identità politica in democrazia" ha fatto a lungo affidamento "su due forti fattori agglutinanti: l'appartenenza nazionale e quella di classe. Si tratta di due identità social-psicologiche forti delle quali la prima era contestuale allo sviluppo stesso della sovranità popolare e della democrazia, mentre la seconda... contribuì decisamente a consolidare lo Stato democratico in quanto Stato sociale". L'autore, dopo aver affermato i nessi tra identità nazionale e identità politica democratica, osserva che tuttavia l'identità nazionale non costituisce l'alfa e l'omega di ogni identità politica e suggerisce la sostituzione di questa con un'identità cosmopolitica, sopranazionale.

(11) Ovviamente le letture dell'identità non si riducono alla contrapposizione delle tesi *liberals* e *communitarians*, ma l'economia del presente lavoro non ci consente di svilupparle tutte. Vi sono per esempio gli approcci, come quello di A.M. THIESSE, *La creazione delle identità nazionali in Europa*, cit., p. 14, che collegano le creazioni identitarie alle esigenze dell'economia: in tal senso, ad esempio, anche le esigenze di costruire un'identità europea vengono spiegate con il fatto che "le nuove forme della vita economica esigono la costituzione di complessi più ampi degli stati nazionali". O ancora gli approcci, come quello di Z. BAUMAN, *L'enigma multiculturale*, Bologna, 2003, che leggono l'identità come reazione alla globalizzazione.

o per conferire al diritto la possibilità di un rapporto più fecondo con la cultura (secondo le tesi häberliane), suggeriremo di leggere il ritorno dell'identità come un prodotto della ricerca di senso e di nuove narrazioni da parte dei costituzionalismi pacificati⁽¹²⁾.

La parte simbolica, la *dignified part* – contrapposta alla più tecnica *efficient part* – dei testi costituzionali è stata il frutto di una faticosa tensione che ha portato alla costruzione di un assetto di principi e diritti fondamentali che rappresentano la tavola di valori sottesi al patto costituente. Tale tensione è oggi quasi scomparsa in quanto questi valori appaiono sempre più condivisi⁽¹³⁾. La maggior parte degli Stati occidentali gravitano attualmente in una sorta di “era post-costituente” in cui nasce l'esigenza di trovare nuove narrazioni, che diano nuova linfa alla parte simbolica dei testi costituzionali non più in grado di costituire grandi reti di riferimento, sia perché, come detto, negli Stati costituzionali si tratta di realtà sufficientemente garantite e condivise (le libertà negative), ma forse anche perché la loro effettività stenta a concretarsi generando un certo disincanto (i diritti sociali). Ai valori, dunque, viene sostituita l'identità. Se quest'ultima, in contesti non ancora pacificati, può divenire un veicolo di violenza, nei costituzionalismi occidentali appare quasi un prodotto di lusso di società giuridiche opulente che hanno – apparentemente – risolto il problema del conflitto sociale e che possono indulgiare nel recupero del passato, più o meno mitico, delle tradizioni, di elementi arricchenti a livello culturale la personalità.

Tale lettura da un lato disinnescava molte delle preoccupazioni e degli scenari apocalittici evocati dal ritorno dell'identità, ma, d'altro lato, non ne ignora alcuni risvolti problematici. In primo luogo, la diffusione di tali discorsi appare spesso la spia di una

(12) Sull'indebolimento delle narrazioni simboliche nei costituzionalismi pacificati F. PALERMO, *La “manutenzione costituzionale”: alla ricerca di una funzione*, in F. PALERMO (a cura di), *La “manutenzione” costituzionale*, Padova, 2007, p. 1 ss.

(13) F. PALERMO, *La “manutenzione costituzionale”: alla ricerca di una funzione*, cit., p. 4, osserva come nei costituzionalismi stabilizzati “il consolidamento dei ‘valori’ fondamentali rende le costituzioni più ‘tecniche’ e meno ‘politiche’, spostando l'attenzione dal piano ideologico a quello delle regole”.

crisi della classe politica che si rifugia in tematiche identitarie come nuova fonte di legittimazione, ponendole quale obiettivo di un'agenda che dovrebbe avere ben altre priorità. Tale uso a fini legittimanti genera spesso un secondo profilo problematico che verte intorno alle dinamiche di identificazione degli elementi identitari, al "chi riconosce che cosa", per rievocare il concetto tayloriano di riconoscimento. Spesso infatti il "chi" – la classe politica – costruisce artificialmente il "che cosa" – gli elementi identitari – forzando la mano rispetto alla realtà identitaria di una società e quasi inventandola *ex novo*. Probabilmente è vero che tutte le comunità sono immaginate⁽¹⁴⁾, a cominciare da quelle degli Stati nazione, tuttavia ogni strategia di rappresentazione di una nuova identità emergente dovrebbe raccontare una storia e rappresentare una narrazione che abbia senso, sia verosimile e coerente⁽¹⁵⁾, mentre spesso le identità proposte appaiono anacronistiche, totalmente declinate al passato, contrappositive l'una con l'altra a testimoniare della competizione politica che le sottende. Talvolta, accade anche che l'insistenza su narrazioni identitarie e la loro inserzione nei testi giuridici, aumenti e crei un bisogno di identità in società dove tali esigenze erano assenti. Resta, infine, *last but not least*, il problema dell'uso strumentale dell'identità usata per rivendicare un'asimmetria che al fondo cela istanze egoistiche ed antisolidaristiche.

Il ritorno dell'identità, oltre che per i profili sopra esposti, è interessante per la novità nella struttura delle norme e dei testi giuridici, nonché nel linguaggio giuridico. Le norme sull'identità non corrispondono né alla *species* delle norme-regola né a quella delle norme-principio, dando vita quasi ad una terza categoria, quella delle norme-simbolo. I testi giuridici arricchiscono la loro struttura con sempre più dettagliati Preamboli⁽¹⁶⁾. Questi ultimi pongono problemi in ordine al loro

(14) Per una lettura convenzionalistica dell'identità F. REMOTTI, *Contro l'identità*, cit.; B. ANDERSON, *Comunità immaginate: origini e fortuna dei nazionalismi* (1983), Roma, 2000; E. GELLNER, *Nazioni e nazionalismo* (1983), Roma, 1992.

(15) S. BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale*, cit., p. 29.

(16) Sul ruolo dei preamboli, nell'ambito della Convenzione europea, J. FROSINI, *Il*

valore giuridico: spesso, infatti alcune delle loro parti vengono espressamente richiamate o riportate nell'articolato, dato che potrebbe far pensare ad un'acquisizione di prescrittività, insieme al fatto che ha visto crescere l'attività di emendamento sui Preamboli, oltre che sull'articolato. Infine l'attenzione all'identità produce una certa deriva "letteraria" dello stile, un accentuarsi del ruolo narrativo del diritto portando ad un diffondersi del contenuto programmatico e finalista di diverse disposizioni⁽¹⁷⁾, anche se, di converso, non paiono poche le conseguenze giuridiche ricollegabili alle parti identitarie: finanziamenti erogati in base alla rilevanza identitaria di progetti, politiche di normalizzazione linguistica e via enumerando.

Nel corso di questo lavoro prenderemo ad esempio uno dei più recenti fenomeni di diffusione dei discorsi identitari a livello regionale: i nuovi Statuti delle Comunità autonome spagnole. Come accennato tali discorsi vengono ormai svolti sia in testi costituzionali che paracostituzionali e hanno una diffusione multilivello. Il nuovo processo statutario, apertosi in Spagna nel 2005 con il dibattito sullo Statuto basco, è esempio di tale scenario. Gli Statuti spagnoli sono leggi organiche e fanno parte del blocco di costituzionalità. Il linguaggio identitario assume, dunque, anche in questo caso, un livello costituzionale e costituisce un'interessante cartina al tornasole delle diverse problematiche che il contatto del diritto con l'identità porta con sé.

Preambolo, in *Quaderni costituzionali*, 2003, p. 387 ss.

(17) G. RUIZ-RICO RUIZ, *Una primera diagnosis del documento de bases para la reforma del Estatuto de Andalucía*, in M.J. TEROL BECERRA (a cura di), *El Estado autonómico in fieri. La reforma de los Estatutos de Autonomía*, Sevilla, 2005, p. 323 ss., pp. 326-327. Sul valore giuridico di tali parti, in riferimento agli Statuti italiani si veda il giudizio di R. BIN, *Dopo gli Statuti, c'è molto da fare*, in *Le istituzioni del federalismo*, 1/2005, p. 7 ss., p. 9: "il dibattito intorno alle norme programmatiche è stato tempo perso e ha indotto ad un equivoco di fondo: che lo Statuto regionale fosse un documento politico atto a fondare una mitologica 'comunità regionale', e non un regolamento giuridico rivolto a mettere in un corretto ed efficiente assetto il sistema dei poteri della regione e le sue procedure decisionali".

Il nuovo processo statutario in Spagna

La nuova stagione statutaria ⁽¹⁸⁾ ha al suo attivo cinque Statuti approvati in altrettante Comunità autonome: Valencia (l. organica 10 aprile 2006, n. 1), Catalogna (l. organica 19 luglio 2006, n. 6), Isole Baleari (l. organica 28 febbraio 2007, n. 1), Andalusia (l. organica 19 marzo 2007, n. 2), Aragona (l. organica 20 aprile 2007, n. 5); tre già votati nei Parlamenti regionali e in attesa di approvazione definitiva nelle Cortes di Madrid: gli statuti delle Canarie (19 settembre 2006), di Castiglia y Leòn (12 dicembre 2006), di Castiglia La Mancha (6 febbraio 2007); uno integralmente respinto dalle Cortes (1 febbraio 2005): lo Statuto Basco, noto come *plàn Ibarretxe*, con la sua ipotesi confederale di “libera associazione” con la Spagna ⁽¹⁹⁾. Nelle restanti otto Comunità autonome il dibattito statutario è vivo con bozze già elaborate come in Galizia e Navarra, mentre soltanto le Comunità autonome di Mursia e Cantabria hanno dichiarato che la riforma statutaria non è un priorità politica dovendosi piuttosto tali regioni concentrare sul trasferimento delle risorse per esercitare le competenze attuali ⁽²⁰⁾.

Gli Statuti, approvati o redigenti, presentano importanti novità sia formali che sostanziali: sono molto più estesi (gli articoli talvolta triplicano rispetto ai precedenti testi risalenti agli

(18) La dottrina è divisa sulla portata di tale processo: chi parla di avvento di un vero e proprio “secondo Stato autonomico” con l’ingresso in una dimensione ad alto tasso di federalismo (P. CRUZ VILLALÓN, *La reforma del Estado de las autonomias*, in *Revista d’Estudis autonòmics i federals*, n. 2, 2006, p. 77 ss.) chi, in un approccio più riduttivo, considera che i nuovi Statuti stiano compiendo meri ritocchi e stiano razionalizzando ciò che nell’effettività si è già realizzato, ma ritiene che soltanto la riforma costituzionale potrà veramente incidere sulla costituzione territoriale (J. PÉREZ ROYO, *Consideraciones sobre la reforma de la estructura del Estado*, in *Reforma del Estatuto de autonomía para Andalucía*, vol. II, Parlamento de Andalucía, Sevilla, 2005, p. 37 ss.).

(19) Su tale testo E. VERGALA FORURIA, *La reforma Ibarretxe: un auténtica ruptura estatutaria*, in M.J. TEROL BECERRA (a cura di), *El Estado autonómico in fieri*, cit., p. 401 ss. Per una visione del testo approvato dal Parlamento basco www.nuevoestatutodeeuskadi.net.

(20) Per un aggiornamento sul processo statutario spagnolo e per una visione integrale dei testi si veda l’Osservatorio sulla riforma statutaria www.aelpa.org/observatorio.htm.

anni '80, arrivando fino alle 250 unità); contengono un ampio elenco di diritti regionali, soprattutto sociali, fino ad oggi assente nella tradizione statutaria spagnola ⁽²¹⁾; riscrivono la lista delle competenze regionali elencandola in modo casistico con la tecnica della “blindatura per descrizione” ⁽²²⁾; innovano nel sistema delle fonti introducendo la figura dei decreti legislativi e dei decreti legge; aumentano l'autonomia fiscale e finanziaria accentuandone la dimensione contrattualistica bilaterale; contengono norme relative al potere giudiziario; rivedono la disciplina delle relazioni cooperative sia con lo Stato, concentrandola su Conferenze bilaterali Stato-singola Regione, che con l'Unione europea ⁽²³⁾. Con qualche isolata eccezione, tra le novità spicca l'accresciuta attenzione nei riguardi della dimensione “identitaria”. Mentre nei precedenti Statuti degli anni '80, questa si limitava tutt'al più a sintetiche clausole definitorie della Comunità autonoma, attualmente essa domina quasi interamente i Preamboli, è presente tra i principi generali cui devono ispirarsi le politiche pubbliche e trova espressi riferimenti nei titoli relativi ai diritti e alle competenze. Al fenomeno hanno profondamente contribuito i due processi statutari che hanno capeggiato la riforma: il basco ⁽²⁴⁾ e il catalano, alla ricerca di nuove

(21) Quasi tutti gli Statuti puntano sull'implementazione dei diritti sociali. Il tema dei diritti, insieme a quello dell'identità, delle competenze e delle risorse è uno dei quattro pilastri delle innovazioni statutarie, anche se parte della dottrina ne sminuisce la portata in quanto le disposizioni assumono spesso un rango meramente programmatico.

(22) Per un'analisi dettagliata delle singole competenze inserite nei nuovi Statuti, F. BALAGUER CALLEJÓN (a cura di), *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, Instituto andaluz de administración pública, Sevilla, 2007.

(23) A.M. CARMONA CONTRERAS, *Parecer*, in M. J. TEROL BECERRA (a cura di), *La Reforma del Estatuto de autonomía para Andalucía, Las relaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía con otros entes públicos*, Sevilla, 2007, Instituto andaluz de administración pública, p. 27 ss.

(24) Il processo statutario basco, pur fallito, merita qualche cenno in quanto ha imposto all'agenda politica la riforma degli Statuti e ha, a sua volta, influenzato il modello catalano. La fortissima componente identitaria si ravvisava sin dall'art. 1 del progetto approvato dal Parlamento regionale, che così recitava: il Popolo basco o Euskal Herria “come espressione della nazione basca e del diritto all'autogoverno si costituisce in una comunità basca liberamente associata allo Stato spagnolo, in una cornice di libera solidarietà con i popoli che lo compongono, con il nome di Comunità di Euskadi o Euskadi”. Lo Statuto basco riconosceva “i simboli propri che rappresentano

strategie di rappresentazione delle rispettive comunità regionali finalizzate all'obiettivo politico della co-sovranià se non dell'indipendenza. È tuttavia significativo il fatto che anche altre regioni dove tali aspirazioni non sono presenti abbiano seguito tali modelli.

Si ravvisano essenzialmente cinque versanti su cui il discorso identitario si sviluppa e viene implementato nei nuovi Statuti. In ordine di "apparizione" il primo è quello di matrice storica. I Preamboli sono altamente evocativi del nuovo clima: ogni Comunità autonoma mira ad una ricostruzione spesso puntigliosa della propria storia, rievocando radici che affondano negli antichi Regni, precedenti all'unificazione spagnola, quando non nel periodo pre-romano. Diversi Statuti sono caratterizzati da un certo anacronismo, una ricerca di recupero di vecchie istituzioni, un tentativo di fondare l'autonomia su fattori esterni al momento costituente, spesso con riferimento a forme di organizzazione politica ormai obsolete, quali le vecchie monarchie assolute, o ai diritti forali dal sapore medioevale. Tali rievocazioni storiche non hanno solo una portata culturale-ricostruttiva, ma spesso si traducono giuridicamente, nell'articolato, in una riesumazione di istituti e del diritto pre-costituzionali che diversi Statuti si impegnano a "far rivivere e ad aggiornare" o in tentativi di nuova legittimazione del potere politico regionale che, oltre che sulla Costituzione, viene fondato sui "diritti storici" del popolo regionale.

Il secondo versante di implementazione dell'identità è quello relativo alle clausole definitorie o di autoqualificazione della Comunità autonoma (²⁵). Il salto è evidente comparando le vec-

l'identità nazionale" (art. 3), la cittadinanza e la nazionalità vasca (art. 4), i contatti con la comunità vasca in "diaspora" (art. 4), il fomento dei vincoli sociali e culturali con il Paese basco francese (art. 7) e con la vicina regione della Navarra di cui lo Statuto consentiva l'annessione al territorio basco (art. 6). Particolare attenzione veniva, inoltre, data ad implementare l'uso della lingua basca (art. 8). Si tratta di disposizioni che verranno ripercorse, con maggiore o minore intensità, da pressoché tutti gli altri Statuti.

²⁵ La Costituzione del 1978 riserva il termine "nazione" alla Spagna e dichiara che il territorio può ripartirsi in "regioni" e "nazionalità" senza indicare alcun requisito per appartenere all'una o all'altra. A tale divisione va aggiunto il concetto di "nazionalità storica" riservato alle quattro regioni che durante la Seconda repubblica (1931-1936)

chie definizioni con le nuove. Gli Statuti elaborati nel corso degli anni '80 contenevano delle clausole di autoqualificazione che spaziavano dalla autonomia come espressione della "identità storica" (Andalusia, Aragona, Valenzia, La Rioja, Isole Baleari), alla "identità regionale storica" (Estremadura e Mursia) al "vincolo storico" (Castiglia Leòn). Nel dibattito attuale sono emerse formule ben più incisive: nazione, realtà nazionale, comunità nazionale, nazionalità, nazionalità storica, entità nazionale, comunità storica, identità nazionale⁽²⁶⁾. Come vedremo, la maggior parte delle Comunità autonome può oggi vantare, quanto meno, lo *status* di "nazionalità".

Il terzo versante su cui si declina il *revival* dell'identità consiste nell'elencazione precisa dei suoi elementi costitutivi che, a differenza del passato, vengono ora menzionati. Se tra gli elementi costitutivi di ogni narrazione identitaria è possibile ravvisare, quali costanti: l'individuazione degli antenati, uno o più momenti storici fondativi, una lingua, dei monumenti culturali, un folclore, dei luoghi identificativi della comunità, un paesaggio tipico, una mentalità o personalità particolare, una letteratu-

avevano tentato di dotarsi di Statuto: Paese Basco, Catalogna, Galizia e Navarra. La distinzione avrebbe dovuto implicare conseguenze giuridiche in ordine al grado di autonomia raggiungibile, ma tale potenziale asimmetria non ha operato nella pratica, "al contrario l'uguaglianza nell'esercizio del diritto all'autonomia sia per le nazionalità come per le regioni è stato il motore dello Stato autonomico" J. PÉREZ ROYO, *Consideraciones sobre la reforma de la estructura del Estado*, cit., p. 46. Da qui la proposta avanzata dalla Catalogna di indicare in Costituzione quali sono le nazionalità e quali le regioni al fine di costituzionalizzare l'asimmetria. L'attuale processo statutario ha visto un massiccio ricorso ad un'autoqualificazione che esprimesse al massimo la dimensione "nazionale" delle Comunità autonome, come vedremo, anche per evitare trattamenti differenziati tra territori.

(26) E. SEJAS VILLADANGOS, *Estado, soberanía, nación y nacionalidades, demasiados factores para una sola ecuación. Revisión de estas categorías a la luz de las reformas constitucional y estatutarias en España*, in AA.VV., *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, Revista jurídica de Castilla y Leòn, Valladolid, 2003, p. 211 ss., p. 232 critica "la tendenza inflazionista che sembra essersi imposta e che si concreta in una ossessione smisurata nel qualificarsi, attraverso successive riforme statutarie in qualcosa di più della loro definizione iniziale, e perché no, in qualcosa di più delle restanti Comunità autonome". Tale tendenza al rialzo iniziò, secondo l'autore, già nel 1996 quando, nel corso di una riforma degli Statuti delle Canarie e dell'Aragona, questi transitarono dalla qualifica di regione a quella di nazionalità. Scettico su tale corsa all'autoqualificazione anche R. BLANCO VALDÉS, *Nacionalidades históricas y regiones sin historia: a propósito de la obsesión rutinaria*, Madrid, 2005.

ra, un insieme di simboli (inno, bandiera etc.)⁽²⁷⁾, molti di tali elementi sono presenti nei nuovi testi statutari. Vengono, ad esempio, menzionati “un sistema urbanistico a misura d’uomo”, il “flamenco”, il “monastero” che sintetizza lo spirito del popolo valenziano; la stessa posizione geografica – per esempio evocata quale ponte tra culture – diviene fonte di identità. La lingua è uno degli elementi portanti di tali discorsi tanto che quando la regione ne è priva si inserisce comunque il riferimento alle “modalità linguistiche” o alle “parlate” (*hablas*) locali, le quali, in realtà, non danno origine né a un dialetto né a lingue autonome, ma spesso sono meri accenti o varianti fonetiche del castigliano, che non ne interrompono affatto la comprensibilità e che, fino ad oggi, non erano “idonee” a connotare identitariamente. Talvolta a rimarcare la ricerca affannosa alla differenziazione, la propria peculiarità si arricchisce di accrescitivi: così la situazione geografica di distanza o di insularità diviene “carattere ultraperiferico” per le Canarie e “pluri-insularità” per le Isole Baleari. Particolarmente problematica, nella ricerca di elementi differenziali, è la riesumazione di categorie quali i “diritti storici”, i “diritti forali” o il “diritto proprio”⁽²⁸⁾, retaggi

(27) Tali elementi sono considerati da A.M. THIESSE, *La creazione delle identità nazionali in Europa*, cit., p. 9 presenti nella costruzione di tutti gli Stati-Nazione.

(28) Esistono sottili differenze fra i tre concetti messe in evidenza da F. SOSA WAGNER, I. SOSA MAYOR, *El Estado fragmentado. Modelo austro-húngaro y brote de naciones en España*, Madrid, 2006, pp. 148-151. I “diritti storici” sono una categoria ampia e in parte indefinita, che riassume tutti i diritti precedenti al regime costituzionale; gli Statuti non la definiscono, usandola come clausola aperta co-fondativa del potere politico regionale; con essi la Costituzione in qualche modo “rinuncia al monopolio normativo”. I “diritti forali” originano dalla presenza dei fori (*fueros*), ovvero, esenzioni, privilegi, regimi giuridici speciali, che venivano accordati a determinati territori dalla Corona quando questa si stava imponendo come potere emergente, a seguito di un patto e di un accordo con i poteri locali di cui si impegnava a rispettare istituti, usi e costumi. I fori si configurano sia di diritto pubblico (quasi tutti scomparsi) che di diritto privato (presenti in diverse regioni sotto forma di un diritto civile che ha resistito alla omogeneizzazione delle codificazioni). I fori sono stati soppressi in Spagna con legge nel 1876, ma la Costituzione del 1978 ha consentito la vigenza di alcuni di essi. I nuovi Statuti mirano ad estendere la portata delle norme costituzionali. Con l’idea di “diritto proprio”, infine, si intende un diritto regionale che non trova origine in fori pregressi, ma che tuttavia ha dato origine a situazioni di diversità giuridica nella regione: può trattarsi di usi e costumi che si vuole trasformare in diritto scritto.

medioevali che erano ormai in via di estinzione. L'elencazione degli elementi citati non ha sempre una mera portata simbolica perché talvolta ad essi si tende ad attribuire la qualifica di *hechos diferenciales* (fatti differenziali) ⁽²⁹⁾. Tale categoria è un *numerus clausus* nel sistema spagnolo e ricomprende tre grandi tipologie: l'*hecho diferencial* linguistico-culturale, giuridico-forale, economico fiscale. I nuovi Statuti cercano in qualche modo di forzare tale *numerus clausus* adducendo, spesso con la espressa qualifica di *hechos diferenciales*, nuovi fattori.

Un quarto fronte che rivela l'accresciuta attenzione agli elementi che costituiscono l'identità collettiva regionale si rinvie nel fatto che questi vengono spesso elencati quali "valori essenziali" dell'ordinamento, vengono inseriti tra gli "obiettivi politici" prioritari che la regione intende perseguire, entrano a far parte dell'educazione civica da insegnarsi nelle scuole ⁽³⁰⁾, danno luogo a veri e propri "diritti" collettivi culturali o costituiscono il riferimento di nuove "competenze" esclusive della regione volte a proteggerli.

Infine, una quinta novità si ravvisa nell'arricchimento dei simboli regionali. Mentre negli anteriori Statuti era in genere previsto il solo riferimento alla bandiera, i nuovi testi codificano anche inno, festa regionale, scudo e altri simboli (monumenti, elementi culturali).

Quali sono le ragioni che determinano tale accresciuta attenzione all'identità regionale? Si tratta di un mero effetto imitativo nei riguardi dello Statuto basco e catalano che hanno capeggiato la riforma o esprimono esigenze reali presenti in tutte le

(29) Con tale espressione si intende: "una circostanza o insieme di tratti diversificanti di una Comunità autonoma rispetto alle altre, che sia costante nella sua storia, unificante, operi come riferimento simbolico dei cittadini e che sia stato riconosciuto costituzionalmente, costituendo un limite all'uniformità", E. SEIJAS VILLADANGOS, *Estado, soberanía, nación y nacionalidades*, cit., p. 234.

(30) G. CÀMARA VILLAR, *Reflexiones sobre tres aspectos de la reforma del Estatuto de autonomía para Andalucía: principios, derechos y deberes, y administración de la justicia*, in *Reforma del Estatuto de autonomía para Andalucía*, cit., vol. II, 157 ss., p. 163 osserva come diversi Statuti mirino alla "promozione di una coscienza cittadina e democratica conforme ai valori, principi e obiettivi stabiliti nello Statuto come segnali dell'identità propria, stabilendo per i poteri pubblici l'obbligo di insegnare lo Statuto".

regioni della Spagna plurale? Inaugurano gli Statuti una nuova era di tutela dei “diritti culturali” regionali e della diversità tra le regioni d’Europa esportabile a livello comparato o tali clausole sono semplicemente la nuova veste simbolica che una classe politica regionale tenta di proporre per legittimare la richiesta di maggiore autonomia o forse, addirittura, per autolegittimarsi? La loro presenza è un rischio per l’identità costituzionale o, viceversa, la consolida o, comunque, proprio il loro dilagare tende in qualche modo ad inflazionarle e a disinnescarne la portata eversiva?

A queste domande cercheremo di dare risposta attraverso l’analisi del lessico identitario che di seguito verrà ripercorso Statuto per Statuto alla luce delle cinque declinazioni individuate – storia; autoqualificazione; elementi costitutivi del *proprium* identitario; obiettivi politici, diritti culturali e competenze sull’identità; simbologia – per poi procedere alla ricerca delle ragioni che stanno “dietro” l’identità.

Sin da ora è opportuno anticipare che nel processo statutario spagnolo è possibile rinvenire tre approcci essenziali cui corrispondono tre Statuti modello: il catalano, a sua volta influenzato dal fallito tentativo basco, che porta alle estreme conseguenze il discorso identitario rivendicando un trattamento asimmetrico; l’andaluso che, pur non rinunciando a rincorrere il modello catalano, propone una visione più “mista” e “sociale” di identità e rivendica il principio dell’uguaglianza tra le Comunità autonome nell’accesso all’autonomia: l’approccio, unico per il momento, della regione di Castiglia La Mancha che rifiuta espressamente e polemicamente qualsiasi ricorso ad argomenti identitari.

Tali differenti approcci interloquiscono facendo del processo statutario spagnolo un interessante esempio di circolazione di testi giuridici. Gli Statuti sviluppano, infatti, discorsi dialettici nel senso letterale del termine: duettano tra loro sia imitandosi l’un l’altro sia utilizzandosi come spunto polemico per proporre visioni identitarie contrapposte. Così, come vedremo, allo Statuto catalano che propone le sue narrazioni comunitarie e nazionaliste, risponde lo Statuto Andaluso ribadendo il principio

di uguaglianza e di solidarietà tra regioni e costruendo un'identità "sociale", concepita in termini più aperti e interconnessi; altre Comunità autonome che aspirano allo stesso livello di autonomia catalano si mettono a caccia di elementi identitari spesso creandoli in modo artificiale o riesumandoli da un passato ormai morto. Di fronte a tale quadro la Castiglia Leòn adotta un'attitudine difensiva nei riguardi di un'identità "spagnola" che dovrebbe trascendere quelle regionali, ma che inaspettatamente diviene suo patrimonio esclusivo. Mentre la Castiglia La Mancha reagisce a tutto ciò rifiutando espressamente qualsiasi approccio identitario. Tali moti consentono di ricostruire le dinamiche attraverso le quali può "nascere" (giuridicamente) un'identità collettiva regionale e i diversi paradigmi e forme sulle quali può essere declinata (elementi del passato o del futuro, preferenza per elementi come la lingua o il paesaggio, la cultura o le rivendicazioni sociali) ⁽³¹⁾.

(31) Nell'economia del presente lavoro non è possibile trattare diffusamente i profili identitari nel caso italiano per il quale si rimanda a M. BENVENUTI, *Le enunciazioni statutarie di principio nella prospettiva attuale*, in R. BIFULCO (a cura di), *Gli Statuti di seconda generazione. Le Regioni alla prova della nuova autonomia*, Torino, 2006, p. 21 ss.; R. BIN, *La nuova stagione statutaria delle regioni*, in www.issirfa.cnr.it, 2004; V. LIPPOLIS, *Le dichiarazioni di principio degli statuti regionali*, in *Rassegna parlamentare*, 2005, p. 975 ss.; A. VESPAZIANI, *Principi e valori negli statuti regionali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2005. Qualche cenno, tuttavia, merita di essere fatto. Analogamente a quanto accaduto in Spagna, anche i nuovi Statuti delle regioni italiane dedicano un maggiore spazio alla parte simbolica. La parola identità compare pressoché in tutti, ma tale comune linea di tendenza assume in Italia toni generalmente più contenuti, che ben emergono confrontando gli Statuti italiani alla luce dei cinque indicatori prescelti per il caso spagnolo: storia; autoqualificazione; elementi costitutivi del *proprium* identitario; obiettivi politici, diritti culturali e competenze sull'identità; simbologia regionale. Sotto il profilo della storia questa in genere coincide con una comune storia "nazionale" come dimostra il fatto che quasi tutti gli Statuti si richiamano alla Resistenza. È vero che talvolta tale richiamo pare un tentativo di appropriarsi da parte della Regione di una storia propria, tuttavia è significativo che non si proponga una storia totalmente avulsa da quella nazionale. Laddove si adduce una storia regionale distinta questa non è descritta nel dettaglio con tanto di date ed episodi, ma è in genere data per presupposta. Sotto il profilo dell'autoqualificazione gli Statuti italiani procedono tutti a qualificare l'ente territoriale come "Regione autonoma" generalmente con la specificazione "nell'ambito dell'unità dell'ordinamento italiano". L'idea di inserire nel lessico termini come nazione, nazionalità, realtà nazionale, non è stata nemmeno prospettata ed è sicuramente meno forte la pretesa di distinguersi come forma di organizzazione politica rispetto allo Stato centrale. Sotto il profilo dell'indicazione del *proprium* identitario negli Sta-

Le narrazioni identitarie nei singoli Statuti. Lo Statuto catalano: nazione, lingua e diritti storici

Lo Statuto catalano costituisce la matrice di quasi tutti i restanti Statuti spagnoli. Dopo il fallimento del tentativo basco, è stata, infatti, la Catalogna a riaprire il processo statutario⁽³²⁾, questa volta con successo. Il 30 settembre 2005 il Parlamento catalano deliberava con il 90% dei voti uno Statuto che, approvato alle Cortes di Madrid per l'approvazione definitiva, avrebbe subito molti tagli (*recortes*) per entrare definitivamente in vigore il 19 luglio 2006, dopo un referendum popolare cui ha partecipato il 48% degli aventi diritto.

Le rivendicazioni di tale regione hanno innescato una sorta di reazione a catena da parte delle altre Comunità autonome che, per non restare indietro nelle richieste di autonomia, han-

tuti spagnoli questo è descritto con più dovizia di particolari e la costruzione dell'identità regionale affonda le radici nel passato e in elementi tradizionali. Gli Statuti italiani, viceversa, presentano una più vasta gamma di identità declinate al presente, ma proprio questo dato genera spesso confusione in quanto ci troviamo di fronte ad elementi in realtà condivisi da molte regioni che vengono fagocitati e presentati come propri. Sotto il profilo degli obiettivi politici e delle competenze in materia di cultura queste sono sempre richiamate, mentre più raro è il riferimento a diritti culturali. Infine, sulla simbologia gli Statuti italiani si fermano alla statutarizzazione della bandiera e del gonfalone, senza estendersi alla festa regionale e all'inno. Tali differenze nell'approccio all'identità, secondo S. BARTOLE, *Le regioni alla ricerca della loro identità culturale e storica: tentativi più o meno convinti di trovare una legittimazione etnica*, in S. BARTOLE (a cura di), *Le regioni alla ricerca della loro identità culturale e storica*, cit., 1 ss., p. 2, derivano anche dal fatto che "in Italia l'avvento delle regioni... non ha mai trovato giustificazione nella storica divisione della penisola in regni e repubbliche"; a differenza del sistema tedesco, la riforma regionale non "è stata giustificata in termini di 'scienza culturale', cioè è stata riportata a 'peculiarità etniche e linguistiche, storiche ed altro' loro proprie e capaci di distinguere le une dalle altre. La riforma regionale ha sempre avuto motivazioni essenzialmente politiche, prospettandosi – di volta in volta – come lo strumento necessario per superare il retaggio del centralismo liberale e dell'autoritarismo fascista, come il veicolo agile e duttile della riforma dello Stato, ovvero come il medium irrinunciabile della politica di programmazione economica".

(32) Va, invero, precisato che l'approvazione dello Statuto catalano, avvenuta il 19 luglio 2006, segue di qualche mese quella dello Statuto valenziano. Tuttavia quest'ultimo ha tenuto fortemente presente la versione dello Statuto catalano approvata il 30 settembre 2005. Per un'analisi del contenuto dello Statuto catalano R.L. BLANCO VALDÈS, *Lo Statuto catalano: testo e pre-testi*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, p. 677 ss.; I. RUGGIU, *Il nuovo Statuto catalano*, in *Le Regioni*, 2007, p. 81 ss.

no, quasi simultaneamente, avviato processi di riforma dei propri Statuti determinando una corsa verso l'alto. Quando tale processo sarà compiuto secondo molti il regionalismo spagnolo non sarà più lo stesso e si potrà parlare di "un secondo Stato delle autonomie" (33). Lo Statuto catalano, dettando le linee di tale nuovo assetto, appare centrale per la comprensione di tale nuovo *federalizing process* che, tra molte polemiche, avviene a Costituzione invariata. In effetti le tendenze imitative che lo Statuto catalano ha determinato sono sorprendenti, spesso perché portate avanti anche da Comunità autonome che, trovandosi in condizioni economiche o geografiche distinte, non avevano alcun interesse a recepirlo. Se, infatti, può apparire comprensibile che tutte le regioni aspirino ad ottenere maggiore autonomia aumentando la propria lista competenziale, più problematico è che esse condividano il bilateralismo nei rapporti con il centro o il federalismo fiscale. Sotto il profilo identitario, la ricorso al modello catalano ha prodotto, ugualmente, effetti singolari producendo una rincorsa ad elementi caratterizzanti che, laddove non presenti, sono stati costruiti o riesumati dal passato in modo piuttosto artificiale.

Le diverse declinazioni dell'identità che abbiamo in precedenza richiamato sono tutte ampiamente sviluppate nel nuovo Statuto catalano.

Il Preambolo procede ad una ricostruzione dei principali eventi della storia regionale, a partire dalla creazione delle Cortes di Cervera nel 1359. Si tratta di una storia propria svincolata da quella del resto della Spagna e caratterizzata da una "costante vocazione all'autogoverno", manifestata con "vari tentativi di recupero" di quest'ultimo dopo il Decreto de Nueva planta dell'11 settembre 1714 con cui la Catalogna, annessa al Regno di Castiglia, perse definitivamente le proprie istituzioni di autogoverno. Il discorso storico viene ripreso e portato alle estreme conseguenze nell'articolato, tanto che ad esso si ricollega la legittimazione del potere politico regionale. Il fondamento dell'autonomia riposa infatti non solo nella Costituzione spa-

(33) P. CRUZ VILLALÓN, *La reforma del Estado de las autonomías*, cit., p. 77 ss.

gnola, ma anche nei “diritti storici del popolo catalano” (art. 5) (su cui *infra*).

Per quanto concerne la clausola di autoidentificazione della Comunità autonoma lo Statuto ne fornisce ben due. Nel preambolo la Catalogna si definisce come “nazione”, nell’articolato ritorna la più costituzionalmente corretta dizione di “nazionalità” (art. 1). Per inciso si osservi come l’uso del termine nazione sia partito nell’ambito del processo statutario basco per poi estendersi a quello catalano, ed ora anche a quello galiziano. La polemica sull’uso di tale termine, che nella versione approvata dal Parlamento catalano compariva nello stesso articolato, ha infiammato il dibattito politico spagnolo per mesi ed è stata risolta inserendo nel Preambolo la formula per cui “il Parlamento catalano, interpretando il sentimento della grande maggioranza della popolazione catalana, ha definito la Catalogna come nazione”. Con tale soluzione di compromesso è stato risolto il conflitto che è sorto presso il Parlamento di Madrid che ha preteso una modifica nella versione del 30 settembre 2005. Sempre in relazione alla clausola di autoqualificazione, ha suscitato tensioni, ma è alla fine restata nel testo approvato, l’affermazione per cui “le relazioni tra Generalità e Stato si fondano sul principio di mutua lealtà istituzionale e si reggono secondo il principio generale per cui la Generalità è Stato” (art. 3 c. 1). Si tratta di una formula forte che risente delle aspirazioni all’indipendenza presenti nello Statuto basco. La tendenza alla “statalizzazione” della Catalogna, d’altra parte, è presente in diverse altre formule come quella che afferma che “la Catalogna ha nello Stato spagnolo e nell’Unione europea il proprio spazio politico e geografico” (art. 3) o quella in cui si parla di “simboli nazionali” (art. 8) nonché nella generale tendenza a riempire lo Statuto di contenuti tipici di una Costituzione: si pensi alle norme sui diritti regionali o a quelle sul potere giudiziario in Catalogna. Nell’ottica delle clausole di autoqualificazione va, infine, osservato che nel Preambolo approvato il 30 settembre 2005 compariva la dizione della Catalogna come “società distinta” sul modello del Quebec, anche tale formula è stata “emendata” da Madrid e attualmente il Preambolo contiene una

formula più attenuata: il riconoscimento di una “posizione singolare”.

In riferimento agli elementi costitutivi dell’identità che operano come *hechos diferenciales* lo Statuto designa sicuramente nella lingua il perno e l’elemento privilegiato. Essa in un’ideale gerarchia supera tutti gli altri elementi culturali tradizionali, che non a caso, a differenza di altri Statuti, non vengono menzionati. La lingua, infatti, non è vista come un mero strumento comunicativo o uno dei tanti prodotti culturali di una comunità, rappresentando piuttosto una parte costitutiva dell’io, un elemento che contribuisce a plasmare in maniera profonda la personalità in quanto è il riflesso di una visione specifica e unica del mondo secondo la lettura già proposta da Herder all’inizio del secolo scorso⁽³⁴⁾.

Rispetto alla situazione precedente che già aveva visto attivare incisive politiche linguistiche di “normalizzazione” del catalano, sono diverse le novità rilevanti presenti nello Statuto. La prima è una alterazione, a favore del catalano, dell’equilibrio bilingue della regione. Nonostante il bilinguismo paritario che dovrebbe derivare dalla co-ufficialità delle due lingue il catalano si afferma, infatti, come lingua “propria” e “privilegiata” a livello veicolare e nell’insegnamento. Il richiamo ad una lingua propria marca simbolicamente la differenza rispetto al castigliano che pur essendo ugualmente diffuso non è “proprio” quindi identitariamente caratterizzante della regione. La terminologia che fa riferimento ad una lingua propria regionale verrà, come vedremo, ripresa in diversi Statuti ed evoca in un certo senso una gerarchizzazione delle lealtà linguistiche che opera a vantaggio regionale piuttosto che dell’identità statale-nazionale. Il tutto, ancora una volta con tratti anacronistici, visto che ormai, Catalogna compresa, il castigliano ha un’amplissima diffusione.

Seconda novità rilevante è il fatto che la conoscenza del catalano non è presentata più soltanto come un diritto, ma anche come un “dovere” in capo a tutti i cittadini catalani. Lo Statuto,

(34) A.M. THIESSE, *La creazione delle identità nazionali in Europa*, cit., pp. 29-37.

infatti, così recita: “la *lingua propria* della Catalogna è il catalano. In quanto tale il catalano è la lingua di *uso normale e privilegiato* delle amministrazioni pubbliche e dei mezzi di comunicazione pubblici in Catalogna ed è ugualmente la lingua *normalmente usata a livello veicolare e di apprendimento nell’insegnamento*. Il catalano è la *lingua ufficiale* della Catalogna. Anche il Castigliano lo è. Tutte le persone hanno il diritto ad usare le due lingue ufficiali e i cittadini della Catalogna il diritto e il *dovere* di conoscerle” (art. 6).

Altra importante novità si ravvisa nel riconoscimento per i cittadini catalani del “diritto di relazionarsi per iscritto in catalano con gli organi costituzionali e con gli organi giurisdizionali di ambito statale... queste istituzioni devono ricevere e dar corso agli scritti presentati in catalano che, in ogni caso, avranno piena efficacia giuridica” (art. 33 c. 5). Si tratta di un diritto di cui pare difficile pensare un’attuazione posto che travalica i confini del territorio regionale e parrebbe imporre ad organi statali l’obbligo di conoscere il catalano o di apprestare appositi uffici di traduzione.

Tra le novità linguistiche va, infine, citato il riconoscimento della “lingua occitana” parlata nel territorio di Aràn come lingua ufficiale (art. 36). Si tratta di una disposizione pienamente coerente con l’ispirazione ideologica herderiana, tendente a contrastare l’omologazione linguistica del castigliano e la scomparsa delle lingue minoritarie. La norma impone che la stessa amministrazione catalana si impegni a ricevere qualsiasi documentazione in occitano. Problematico sarà il regime di tale co-ufficialità sui cittadini che vorranno risiedere o lavorare nel territorio di Aràn: incerto, infatti, è se essi dovranno imparare sia il catalano che l’occitano o se sarà sufficiente per l’accesso ai concorsi la conoscenza del solo occitano.

Un nuovo elemento identitario che viene proposto dal modello catalano e che viene ripreso da altre regioni è quello relativo ai “diritti storici”⁽³⁵⁾ menzionati nell’art. 5 dello Statuto:

(35) Per una critica all’uso di tale categoria F. REY MARTÍNEZ, *Sentido y alcance del concepto de “derechos históricos” en la constitución y en los estatutos de autonomía*, in *La reforma de los Estatutos de autonomía. Revista jurídica de Castilla y León*,

“l’autogoverno della Catalogna si fonda anche sui *diritti storici* del popolo catalano, sulle sue *istituzioni secolari* e sulla *tradizione giuridica catalana* che il presente Statuto recepisce e aggiorna”; da tali diritti “deriva il riconoscimento di una *posizione singolare* della Generalità in relazione al diritto civile, alla lingua, alla cultura, alla proiezione di queste nell’ambito educativo e nel sistema istituzionale in cui si organizza la Generalità”. Il riferimento a momenti pre-costituenti quale fondamento dell’autonomia è un meccanismo con cui la Catalogna mira ad affermare il proprio modello di Stato autonomico asimmetrico, ribadito dal riconoscimento di una posizione singolare rispetto alle altre Comunità autonome. Quella dei diritti storici è una categoria del tutto nuova nel panorama statutario che ha suscitato molte critiche sia a causa del carattere indefinito e ambiguo del concetto che sembrerebbe consentire la riesumazione di privilegi o istituti ormai cancellati dall’avvento dello Stato costituzionale, sia per il fatto che essa si presenti come principio di legittimazione del potere politico catalano, quasi che la sovranità popolare debba essere affiancata da un insieme di prerogative di tipo storico. Tale categoria è stata inserita oltre che nell’ambito di una polemica nazionalista volta a rivendicare il fondamento extracostituzionale del potere di autogoverno catalano, anche come una sorta di clausola aperta per l’acquisizione di nuove competenze.

Altri profili identitari che meritano di essere menzionati sono il riferimento alla cittadinanza catalana, richiamata in diverse parti dello Statuto, alle comunità catalane all’estero (art. 13) e l’implementazione dei simboli. Questi ricevono la qualifica di simboli “nazionali” e alla bandiera, già presente nel precedente Statuto, vengono aggiunti lo scudo, l’inno e la festa che commemora l’11 settembre del 1714 data della sconfitta delle istituzioni di autogoverno catalane (art. 8).

3.1. *Lo Statuto dell'Andalusia: dall'inter-culturalità all'identità sociale, al flamenco*

Sia per la storia del regionalismo spagnolo (³⁶) che per importanza, trattandosi della regione più popolosa della Spagna, lo Statuto dell'Andalusia rappresenta un altro tassello fondamentale nella costruzione del Secondo Stato autonomico. Grande attesa vi era, dunque, nei suoi riguardi come possibile radicale alternativa a quello catalano. Invero l'Andalusia ha scelto sostanzialmente di imitare il modello catalano. Scelta obbligata – secondo alcuni – dal fatto di non restare indietro nelle richieste di autonomia o – secondo altri – dal fatto che il Partito socialista centrale (PSOE), al governo anche in Andalusia, avesse interesse a “normalizzare” il modello catalano disinnescando in tal modo l'accusa di rottura dell'unità nazionale. La corsa all'imitazione del modello catalano ha sicuramente, come vedremo, fatto avanzare nell'autonomia tutte le Comunità autonome, ma allo stesso tempo si è tirata dietro i profili più egoistici di quest'ultimo, soprattutto finanziari, ponendo problemi di indebolimento del principio di solidarietà interterritoriale.

Riguardo alle narrazioni identitarie, lo Statuto andaluso non rinuncia a svolgerle, ma introduce alcune differenze rispetto al modello catalano.

La prima è il tentativo di costruire un'identità sociale, peraltro in conformità con le origini storiche del regionalismo. L'Andalusia è stata una regione caratterizzata da un profondo

(36) La richiesta di accesso alla “via rapida” all'autonomia da parte dell'Andalusia – tramite lo storico referendum del 28 febbraio 1980 – ruppe con un'interpretazione “nazionalista” della Costituzione secondo cui il modello territoriale, nato sin dalla Costituzione del 1931 per risolvere il problema basco e catalano, avrebbe dovuto essere asimmetrico. La Costituzione del 1978, distinguendo tra regioni e nazionalità (art. 2) e prevedendo due distinte vie d'accesso all'autonomia – quella più rapida prevista nell'art. 151 e quella lenta prevista nell'art. 143 – sembrava, infatti, aprire le porte all'asimmetria. La massiccia partecipazione al referendum citato parificò l'autonomia dell'Andalusia a quella delle altre nazionalità storiche dando adito ad un'“interpretazione egualitaria” del modello territoriale in virtù della quale nel giro di pochi anni si raggiunse una sostanziale uguaglianza tra tutte le Comunità autonome.

cleavage ricchi-poveri ⁽³⁷⁾ e ancor oggi la sua classe politica e società sono di prevalente tradizione socialista. Nel dibattito statutario era stata a lungo in piedi la proposta di definire l'Andalusia come una "Comunità sociale e democratica di diritto" ⁽³⁸⁾ ricalcando la definizione costituzionale dello Stato spagnolo. Sarebbe, in effetti, stato un segnale di rottura con il modello identitario catalano, ma, pur se tale scelta è stata abbandonata e l'Andalusia ha deciso di percorrere anche la strada dell'identità tradizionale, la tematica sociale è, come detto, fortemente presente. Così, per esempio, nello stesso modo in cui altre Comunità autonome rivendicano come *hecho diferencial*, il recupero dei propri fori o lingue, minati durante la dittatura franchista, l'Andalusia rivendica il ritardo economico accumulato durante tale periodo, ribadendo il proprio debito storico (*deuda histórica*) con lo Stato ⁽³⁹⁾.

Una seconda differenza consiste nel fatto che lo Statuto An-

(37) Il nazionalismo andaluso, come peraltro molti nazionalismi, affonda le sue radici nel socialismo e nei moti delle classi oppresse che lottano per un riscatto sociale. Questo ben emerge dalla lettura del *Manifiesto andalucista de Córdoba* del 1919 che individua tre motivi per cui l'Andalusia debba ritenersi una nazionalità: il primo consiste in "una comune necessità" che "invita tutti i suoi figli a lottare uniti per la comune redenzione"; il riferimento è alle condizioni di sfruttamento in cui versava la regione. Il secondo riposa nel fatto che "la natura e la storia la resero diversa all'interno del territorio spagnolo": si tratta di un elemento di fatto, geografico e storico sempre presente nelle definizioni identitarie. Il terzo argomento, infine, spiega che l'Andalusia è una nazionalità "anche perché, sia in Spagna che all'estero, la si indica come un territorio e un popolo distinto": si tratta dell'elemento esterno, l'identità si costruisce in questo caso sulla base di una visione che gli altri hanno di noi stessi. Dei tre motivi elencati, l'accento è sicuramente posto sul primo, infatti, poco oltre si afferma che l'Andalusia è una realtà nazionale, una patria laddove con tale termine deve intendersi "un gruppo umano che sente le stesse necessità" necessità che consistono tutte in problematiche di riscatto sociale: risolvere il problema della fame, della socializzazione delle terre, dell'abolizione del latifondo e via enumerando.

(38) La proposta era contenuta nel documento *Bases para la Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía*, elaborato dalla *Junta de Andalucía* nel dicembre 2005.

(39) "L'Andalusia che abbiamo ereditato presenta ancora conseguenze del regime dittatoriale... allo stesso modo in cui le altre Comunità propongono un *hecho diferencial*, di recupero dei propri statuti, fori e lingue, perché l'Andalusia non può far propria una rivendicazione del proprio ritardo economico accumulato durante tale periodo?", Dichiarazione di Ortega Garcia, Partido andalucista, in AA.VV., *Reforma del Estatuto de autonomía para Andalucía. Comparencias preliminares ante la Comisión de desarrollo estatutario*, Parlamento de Andalucía, Sevilla, 2004-2005, vol. I, p. 212.

daluso ribadisce due essenziali valori, affermati in termini chiaramente contrappositivi rispetto alle scelte asimmetriche dello Statuto catalano: quello dell'unità dello Stato e quello del principio di uguaglianza nell'accesso all'autonomia da parte di tutte le Comunità autonome: l'esistenza di *hechos diferenciales* non può, infatti, secondo lo Statuto dar adito a situazioni di privilegio⁽⁴⁰⁾.

Per il resto lo Statuto entra a pieno titolo nella dialettica identitaria sia pure e qui sta una terza differenza proponendo un modello più aperto⁽⁴¹⁾.

Il Preambolo esordisce affermando che "l'Andalusia ha forgiato nel corso della propria storia una *robusta e solida identità* che le conferisce un *carattere singolare* come popolo". Tale i-

(40) Nel Preambolo si legge, infatti: "tali differenze non devono servire da scuse per ottenere determinati privilegi. L'Andalusia rispetta e rispetterà la diversità però non permetterà la disuguaglianza". Sui principi di unità e uguaglianza come connotati di fondo dello Statuto Andaluso J. Perez Royo, Audizione parlamentare del 22 dicembre 2004 in AA.Vv., *Reforma del Estatuto de autonomía para Andalucía. Comparencias preliminares ante la Comisión de desarrollo estatutario*, cit., vol. I, pp. 207-211. In questo senso anche il rafforzamento della parte identitaria non serve secondo J. L. GARCÍA RUIZ, *Reflexiones sobre la reforma del Estatuto de autonomía de Andalucía*, in M. J. TEROL BECERRA (a cura di), *El Estado autonómico in fieri*, cit., p. 167 ss., p. 186, a fare di essa una giustificazione per richieste di asimmetria come accade nel modello catalano, ma serve soltanto a ricordare con la rievocazione e "la prova della storia – le popolazioni Tartese, Bètica, i Califfati di Granada, Siviglia, Còrdoba, Jaèn – gli elementi d'identità dell'Andalusia".

(41) Il giudizio sul peso delle parti identitarie dello Statuto varia notevolmente. Il Partido andalucista, l'unico partito nazionalista che abbia una rappresentanza parlamentare, le ritiene troppo deboli. Secondo la portavoce, tale identità si sarebbe dovuta declinare su più fronti. Un primo, di natura antropologica, descrittivo delle componenti caratteriali e comportamentali del popolo andaluso. Tra queste sarebbero dovute rientrare: la filosofia di vita, l'accoglienza, il carattere misto, di sintesi tra culture diverse, la climatologia che favorisce lo svolgimento dei momenti relazionali negli spazi pubblici, la cultura culinaria che, attraverso le *tapas*, esalta il momento della condivisione. Una seconda componente sarebbe dovuta essere di tipo più strettamente culturale rientrando in essa profili quali: la vocazione prevalentemente umanista piuttosto che scientifica dei pensatori andalusi, la vocazione universale e aperta della cultura, il flamenco, la parlata andalusa. Il Partido popular, viceversa, ritiene che lo Statuto abbia incluso sin troppi elementi identitari e che questi sono stati una cessione nel tentativo di copiare il modello catalano. Gli elementi identitari che pure sono presenti nell'attuale Statuto vengono, minimizzati dal partito socialista andaluso, promotore della riforma, che nega che lo Statuto sia uno Statuto identitario in senso tradizionale e ne esalta, piuttosto, la portata sociale.

dentità consiste in un patrimonio “sociale e culturale” “unico al mondo”, il cui elemento chiave è “l’interculturalità di pratiche, costumi e modi di vita”. È la sintesi di diverse culture che disegna una “personalità Andalusina costruita su valori universali mai esclusivi”. La “cultura andalusina” – si afferma – può apportare una vasto “contributo di civilizzazione alla società contemporanea”.

Dopo questa prima parte “definitoria” si apre una sezione che ripercorre, sulla scia del modello catalano, la “storia” dell’autonomia andalusina. Si cita Blàs Infante, “padre della patria” ed eventi tra cui la Costituzione federale andalusina di Antequera del 1883, l’Assemblea di Ronda del 1918 che vide la creazione della bandiera andalusina, l’approvazione dell’inno Andalusino nel 1933 durante la Seconda Repubblica, il 28 febbraio del 1980 data in cui in uno storico referendum l’Andalusia ottenne la via di accesso rapido all’autonomia “contro coloro che non accettavano che fossimo una nazionalità”. Si ribadisce che la regione è stata “l’unica” ad avere una fonte di legittimazione diretta tramite referendum nell’accesso all’autonomia.

Riguardo alla autoqualificazione, così come lo Statuto catalano presentava l’endiadi “nazione”-“nazionalità”, uguale contrappunto si rinviene nello Statuto andalusino con la presenza del termine “realtà nazionale” nel preambolo e del termine “nazionalità storica” nel testo. La sfumatura si spiega con la volontà di non essere da meno dell’autoqualificazione catalana. Per controbattere all’uso di “nazione” gli statuenti andalusi hanno riesumato un termine coniato da Blàs Infante, padre dell’andalusismo storico, che compariva nel Manifesto andalusista di Cordoba del 1919. Nel dibattito statutario non sono mancati, da parte del Partido andalucista, l’unico partito nazionalista, proposte di inserimento del termine nazione, tuttavia a differenza dello Statuto catalano, esso è riservato alla Spagna. L’Andalusia infatti si autoproclama nazionalità storica nell’ambito “dell’unità della nazione spagnola” (art. 1). Si ravvisa così una sorta di gradazione simbolica gerarchica nel seguente ordine: nazione, realtà nazionale, nazionalità storica, na-

zionalità.

Lo Statuto andaluso declina l'identità in senso tradizionale su più fronti, manca pertanto la presenza di una narrazione identitaria dominante come invece accade in Catalogna con la lingua.

Tra i 24 obiettivi di base che la Comunità autonoma si prefigge (art. 10) compaiono: 3) il rafforzamento del sentimento di identità e della cultura andalusa attraverso la conoscenza, ricerca e diffusione del patrimonio storico, antropologico e linguistico; 4) la difesa, promozione, studio e prestigio della modalità linguistica andalusa in tutte le sue varianti; 6) la creazione delle condizioni indispensabili per rendere possibile il ritorno degli andalusi che lo desiderino dall'estero affinché contribuiscano con il proprio lavoro al benessere collettivo del popolo andaluso. Particolare attenzione merita il riferimento alla difesa della modalità linguistica Andalusica. Nella tassonomia fornita dai linguisti l'andaluso non configura né come lingua né come dialetto, bensì come parlata (*habla*): si tratta cioè di un modo di parlare il castigliano. La menzione potrebbe far pensare, a prima lettura, ad un intento piuttosto folclorico di "copiare" il modello catalano⁽⁴²⁾, conferendo all'andaluso uno *status* di lingua, in realtà gli statuenti concordano tutti nel dire che la disposizione è nata "per dare prestigio all'andaluso" e "per sottrarre quel complesso di inferiorità" che da sempre si associa alla parlata Andalusica⁽⁴³⁾. Tale finalità sembrerebbe investire il diritto di

(42) Un tentativo, invece, più evidente di imitazione pedissequa dello Statuto catalano si rinviene nell'art. 8 rubricato "diritto proprio dell'Andalusia". In Catalogna la menzione di un diritto proprio si giustifica per la presenza di un diritto civile peculiare, ma nel territorio andaluso dove non sussistevano tali peculiarità il diritto proprio si riduce alle "leggi e le norme regolatrici delle materie su cui la Comunità autonoma ha competenza".

(43) I parlamentari andalusi confermano tale volontà prevalente rispetto all'imitazione del modello catalano che, tuttavia, a nostro avviso ha giocato non poco peso. F. SOSA WAGNER, I. SOSA MAYOR, *El Estado fragmentado*, cit., p. 155, legge tali norme nell'ottica di "costruzione di nuove identità regionali spesso deboli" che cercano quanti più possibili elementi differenziali per giustificare la propria peculiarità e spesso si ritrovano a dover inserire nell'elenco dati che in altri contesti sarebbero totalmente irrilevanti. Conseguenze giuridiche ricollegabili a tale norma sarebbero il divieto di imporre corsi di dizione per l'accesso alla televisione o a particolari concorsi, la possibilità di attivare e finanziare cattedre e studi sulle peculiarità linguisti-

una sorta di funzione psicologica e terapeutica, che lascia più di una perplessità.

L'art. 33 stabilisce "il dovere di rispettare e preservare il patrimonio culturale andaluso".

L'art. 37, che contiene un elenco di 25 principi che orientano le politiche pubbliche prevede "la conservazione e valorizzazione del patrimonio culturale, storico, artistico dell'Andalusia, specialmente del flamenco" (punto 18). Anche in tale disposizione ritorna l'insistenza sugli elementi compositi e aperti dell'identità Andalusia tanto che tra gli obiettivi figurano: il rispetto della diversità culturale (punto 17); la convivenza sociale, culturale e religiosa di tutte le persone e il rispetto della diversità culturale, di credo, di convinzioni, promuovendo le relazioni interculturali nel pieno rispetto dei valori e dei principi costituzionali (punto 23).

Infine, il tema identitario ritorna nel titolo relativo alle competenze in una disposizione che ha suscitato molte polemiche. L'art. 68 che disciplina in modo casistico la competenza della regione in tema di cultura le riconosce competenza esclusiva nella "promozione e diffusione del patrimonio culturale, artistico e monumentale e dei centri di conservazione culturale dell'Andalusia e la proiezione internazionale della cultura andalusia" nonché la competenza esclusiva "in materia di conoscenza, conservazione, ricerca, formazione, promozione e diffusione del flamenco come elemento peculiare del patrimonio culturale andaluso". La dottrina ritiene che la tanto polemica disposizione non impedirà attività di promozione del flamenco nel resto della Spagna visto che essa è da intendersi applicabile nella sola Andalusia ⁽⁴⁴⁾, ma intanto la vicina regione dell'Estremadura, dove il flamenco è ugualmente diffuso, ha minacciato di impugnare la disposizione dello Statuto. Resta poi da vedere che cosa accadrà se lo Stato centrale volesse finanziare un festival flamenco in Andalusia. Forse come sempre il discorso identitario e competenziale cederà di fronte ai van-

che andaluse.

(44) F. BALAGUER CALLEJÓN (a cura di), *El nuevo Estatuto de Andalucía*, cit., pp. 83-84.

taggi dello *spending power* statale.

Il riferimento al flamenco nello Statuto andaluso pone un ulteriore problema: quello della determinazione esatta dei confini di un'identità. Se è vero, infatti, che l'Andalusia è terra d'origine del flamenco è altrettanto vero che questo si è ormai esteso oltre i confini regionali per diventare patrimonio comune di un'entità più ampia, quella nazionale, e per avere una diffusione internazionale dagli Stati Uniti al Giappone⁽⁴⁵⁾. Si ravvisa, pertanto, un fenomeno peculiare. In genere le identità che vengono rivendicate sono identità negate, che si sentono schiacciate dal giogo di una cultura dominante che o le proibisce, come accaduto durante la dittatura franchista, o non le riconosce, o comunque nei fatti tende a sostituirsi ad esse. L'identità andalusa al contrario ha travalicato i propri confini ed è divenuta nell'immaginario collettivo, l'identità spagnola. L'idea di riappropriarsene pare, invero, singolare. Come vedremo, analogo fenomeno si produce anche nella regione di Castiglia Leòn che rivendica quale elemento identitario regionale il castigliano, la seconda lingua parlata al mondo! L'incapacità di condividere identità e di accettare che queste possano diffondersi genera, invero, effetti paradossali.

Un cenno, infine, merita la presenza di un altro elemento identitario peculiare che viene in rilievo soltanto nello Statuto andaluso: quello dell'identità urbanistico-ambientale. Il tema non è sviluppato nello Statuto, ma nel Preambolo si fa riferimento quale caratteristica identitaria al fatto che l'Andalusia abbia saputo creare "un sistema urbanistico a misura d'uomo". Il paesaggio tipico, d'altra parte, sia esso naturale o conformato dall'uomo, è un elemento presente in ogni costruzione identitaria⁽⁴⁶⁾.

Riguardo ad altri profili identitari anche lo Statuto andaluso

(45) Non a caso Blas Infante, pur sostenendo le ragioni dell'andalusismo, osservava che questo doveva necessariamente essere un movimento distinto dai nazionalismi, non poteva cioè porre nella propria agenda la secessione dell'Andalusia dalla Spagna, in quanto "l'Andalusia è l'essenza della Spagna".

(46) Sul paesaggio come elemento che è entrato a pieno titolo nella costruzione delle identità nazionali A.M. THIESSE, *La creazione delle identità nazionali in Europa*, cit., pp. 183-187.

descrive dettagliatamente i simboli della regione: la bandiera, lo scudo con il motto “Andalusia per sé, per la Spagna e per l’Umanità”, l’inno, la giornata di festa fissata nella ricorrenza del 28 febbraio 1980, data dell’approvazione del primo Statuto (cosiddetto Statuto di Carmona) (art. 3). È regolata la posizione degli andalusi all’estero, rimandando ad una futura legge la possibilità che tali comunità possano “richiedere il riconoscimento dell’identità andalusa” (art. 6). Si tratta di una norma presente in quasi tutti gli Statuti che presuppone una sorta di reificazione dell’identità tanto che è possibile “certificarla”.

3.2. *Lo Statuto valenziano: il recupero di diritto e istituzioni pre-costituzionali*

Lo Statuto valenziano, a differenza della maggioranza degli Statuti, contiene una riforma parziale che si inserisce nel precedente testo statutario senza sostituirlo per intero e che determina un contenimento del numero di articoli (93 in tutto).

Sin dal Preambolo è evidente l’attenzione alla componente identitaria e la matrice catalana⁽⁴⁷⁾. Esso ha un’impronta storica, che descrive essenzialmente le tappe evolutive dell’autonomia valenziana. Vi si legge che le origini dell’autonomia risiedono in due concezioni: “la tradizione valenziana proveniente dallo storico Regno di Valencia” e la “concezione moderna del Paese valenziano”. Tali due movimenti di pensiero “racchiudono tutto ciò che è valenziano in un concetto culturale proprio”. L’esercizio del diritto costituzionale all’autonomia ha permesso lo sviluppo dell’autogoverno e “l’affermazione della propria identità”.

A tali premesse segue l’elencazione degli obiettivi che han-

(47) Anche il dibattito per la riforma ha avuto un forte movente identitario. Tra gli obiettivi che si prefiggeva la Commissione preposta alla redazione del nuovo Statuto valenziano si segnalavano: il riconoscimento della natura di “nazionalità storica” e dell’*“hecho diferencial”* valenziano; il riferimento esplicito al diritto civile valenziano; la “valenzianizzazione” delle denominazioni di tutti gli organi istituzionali, R. MALUENDA VERDÚ, *La reforma del Estatut d’autonomia: una necesidad identitaria*, in V. GARRIDO MAYOL (a cura di), *Instituciones políticas de la Comunidad valenciana*, Valencia, 1999, p. 245 ss.

no spinto alla riforma statutaria: procedere ad un rafforzamento della lista delle competenze, inserire un catalogo dei diritti, ma anche inserire nello Statuto il riconoscimento della qualifica di nazionalità storica, procedere alla valenzianizzazione dei nomi di tutte le istituzioni politiche, procedere ad un “recupero dei *Fori del Regno di Valenzia* aboliti con la promulgazione del decreto del 29 giugno del 1707”.

L’art. 1 esordisce ribadendo che “il popolo valenziano, storicamente organizzato come Regno di Valenzia, si costituisce in Comunità autonoma, dentro l’unità nella Nazione spagnola, come espressione della propria identità diversificata in quanto nazionalità storica e nell’esercizio del suo diritto all’autogoverno”. Poco oltre è contenuta un’altra autoqualificazione interessante e originale rispetto ai restanti Statuti, che si ritroverà soltanto in quello di Castiglia Leòn. La Valenzia si definisce, infatti, “regione d’Europa” che come tale comparte i valori dell’Unione europea.

Lo Statuto segue nella descrizione degli elementi che caratterizzano l’identità valenziana. Questi sono essenzialmente due: un diritto proprio, antecedente allo Stato costituzionale, e una lingua propria distinta dal castigliano. Il diritto cosiddetto proprio viene in realtà riesumato da un passato remoto: “lo sviluppo legislativo delle competenze della *Generalitat* procurerà il recupero dei contenuti corrispondenti ai Fori dello storico Regno di Valenzia in piena armonia con la Costituzione e con le esigenze della realtà sociale ed economica valenziana. Tale recupero avrà ad oggetto, specialmente, il tessuto istituzionale dello storico Regno di Valenzia e la sua onomastica” (art. 7). Si stabilisce l’implementazione del diritto civile forale valenziano che si applicherà a tutti i valenziani in possesso della residenza (art. 4, c. 4) e la cui applicazione è affidata interamente al Tribunale superiore di giustizia della comunità, che ne cura anche la funzione nomofilattica (art. 37). Il diritto proprio tende ad assumere il rango di diritto di applicazione privilegiata in tutte le materie in cui la Comunità ha competenza esclusiva⁽⁴⁸⁾ e viene

(48) L’art. 45 afferma che “in materia di competenza esclusiva, il diritto valenziano è

menzionato tra le competenze esclusive della Generalità in cui compare proprio “la conservazione, sviluppo, modificazione del diritto civile forale valenziano” (art. 49, c. 2) che si dichiara volersi “recuperare e aggiornare”⁽⁴⁹⁾. Il recupero di istituzioni o del diritto pre-costituzionale è uno degli aspetti più problematici dei nuovi Statuti: gli antichi *fueros* si erano, infatti, conservati intatti soltanto in Navarra e nei Paesi baschi, e spesso, come gli stessi Statuti ammettono, essi sono ormai quasi scomparsi dalla Comunità autonoma che li riesuma in modo piuttosto artificiale, spesso ricostruendo istituzioni e diritto dai vecchi archivi. Non solo: tali norme riferite al diritto sostanziale si incrociano problematicamente con l’ampliamento delle competenze delle Comunità autonome in materia di organizzazione giudiziaria, favorendo il processo di regionalizzazione del potere giudiziario.

La seconda colonna portante dell’identità valenziana è, come detto, la lingua. Le linee della politica linguistica sono parzialmente diverse rispetto a quelle catalane. Si afferma che “la lingua propria della Comunità valenziana è il valenziano. La lingua valenziana è la ufficiale nella Comunità, così come lo è il castigliano, che è la lingua ufficiale dello Stato. Tutti hanno il diritto di conoscere e usare tali lingue e a ricevere l’insegnamento ‘della e in’ lingua valenziana” (art. 6). Da notarsi, come accadeva per lo Statuto catalano, che anche in questo caso il castigliano è presentato come lingua dello Stato, mentre il valenziano come lingua propria della regione. Si afferma, altresì, che si “accorderà speciale protezione e rispetto al recupero del valenziano” (art. 6, c. 5). Tuttavia si stabilisce anche che “si delimiteranno con legge i territori nei quali predomini l’uso dell’una o dell’altra lingua, così come quelli in cui si

quello applicabile nel territorio della Comunità valenziana, con preferenza su qualsiasi altro. In mancanza di diritto proprio, verrà applicato suppletivamente il diritto statale”. Quest’ultimo dunque diviene di applicazione residuale e appare recessivo ogniqualvolta vi siano norme di diritto valenziano.

(49) Si veda quanto stabilito nella Terza disposizione transitoria “la competenza esclusiva sul diritto civile forale valenziano verrà esercitata dalla Generalità nei termini stabiliti da questo Statuto a partire dalla normativa forale dello storico Regno di Valencia, che si recupererà e aggiornerà nel rispetto della Costituzione”.

possa fare eccezione all'insegnamento e all'uso della lingua propria della Comunità valenziana" (art. 6 c. 7). Mentre il territorio della Catalogna è oggetto per intero di un processo di catalanizzazione, il modello valenziano, che verrà fatto proprio anche dalle Isole Baleari e dall'Aragona, rompe con il bilinguismo paritario e prevede una "mappatura linguistica" del territorio tracciata a seconda delle zone di maggiore diffusione dell'una o dell'altra lingua.

Una disposizione innovativa, connessa alle politiche linguistiche, è la statutarizzazione dell'"Accademia valenziana della lingua" quale "istituzione normativa della lingua valenziana" (art. 6 c. 8). Caso unico negli Statuti, tale Accademia, chiamata a dettare le norme linguistiche che verranno poi utilizzate in tutta la pubblica amministrazione⁽⁵⁰⁾, entra a far parte a pieno titolo delle istituzioni politico-giuridiche della Generalità, come ribadisce il riformato art. 20⁽⁵¹⁾.

Riferimenti all'identità compaiono anche nel nuovo titolo dedicato ai diritti dove si legge, che "la *Generalitat* veglierà per la protezione e la difesa dell'identità e dei valori e degli interessi del Popolo valenziano, e per il rispetto della diversità culturale della Comunità valenziana e del suo patrimonio storico".

Tra i simboli della Comunità compaiono la bandiera, mentre la determinazione della "simbologia araldica" è affidata ad una futura legge delle *Corts* (art. 5). Il nuovo Statuto aggiunge, infine, il Real Monasterio de Santa María de la Valldigna definendolo come "tempio spirituale, storico e culturale dell'antico regno di Valencia" nonché "simbolo della grandezza del popolo valenziano riconosciuto come Nazionalità storica". La Generalità si impegna al suo recupero come "punto di incontro di tutti

(50) L'art. 41 c. 1 definisce l'*Acadèmia Valenciana de la Llengua* come "istituzione della Generalità di carattere pubblico" che ha la funzione di "determinare e, nel caso, creare la normativa linguistica del valenziano". Tale normativa "sarà di applicazione obbligatoria in tutte le amministrazioni pubbliche della Comunità valenziana".

(51) Art. 20: "l'insieme delle istituzioni di autogoverno della Comunità valenziana costituiscono la *Generalitat*. Formano parte della Generalità le *Corts Valencianes* o le *Corts*, il *President* e il *Consell*. Sono altresì istituzioni della *Generalitat* la *Sindicatura de Comptes*, il *Sindic de Greuges*, il *Consell Valencià de Cultura*, l'*Acadèmia Valenciana de la Llengua*, il *Consell Juridic Consultiu* e il *Comitè Econòmic i Social*".

i valenziani e centro di ricerca e studio per recuperare la storia della Comunità valenziana” (art. 57).

L’identità valenziana, come accade sia in Catalogna che in Andalusia, sembra acquisire una portata ontologica, tanto che è previsto il riconoscimento, per le comunità di oriundi all’estero, della propria “valenzianità” intesa come “il diritto a partecipare, collaborare e condividere la vita sociale e culturale del popolo valenziano” (art. 4).

Infine va osservato come, d’accordo con gli obiettivi iniziali della riforma statutaria, il nuovo Statuto procede alla valenzianizzazione di tutti i nomi delle istituzioni ⁽⁵²⁾.

3.3. *Lo Statuto delle Isole Baleari: pluri-insularità, diritto proprio e parlate catalane*

L’autonomia delle Isole Baleari risente della competizione interna tra le quattro isole dell’arcipelago: Minorca, Ibiza, Formentera e Maiorca. A quest’ultima viene rivolta spesso l’accusa di centralismo ⁽⁵³⁾. Tali tensioni hanno portato ad un modello di autonomia che in luogo di basarsi su un Parlamento regionale unitario, fa dei quattro Consigli insulari (*Consejos insulares*) il perno di un assetto istituzionale altamente decentrato anche a livello interno. Il dato geografico dell’arcipelago ha avuto riflesso anche sull’identità regionale che non a caso si presenta tutt’altro che compatta esaltando al massimo le differenze e le peculiarità delle singole isole. Il concetto di realtà pluri-insulare, declinato sia sul versante istituzionale che identitario,

(52) Si rinvencono circa 20 sostituzioni, per esempio: Generalidad valenciana con Generalitat, Asamblea con Corts, Gobierno valenciano con Consell, Consejo de cultura con Consell valencià de cultura; Sindicatura de cuentas con Sindicatura de comptes, Comitè economico-social con Comitè econòmic i social; Diario oficial de la Generalidad valenciana con Diari oficial de la Generalitat.

(53) J. OLIVER ARAUJO, V.J. CALAFELL FERRÀ, *Las Islas balears: una comunidad autónoma in fieri*, in *El Estado autonómico in fieri*, cit., 215 ss., osservano come non sia possibile ravvisare un concetto di popolo balear unitario dovendosi parlare di popolo maiorchino, menorchino etc. La spia di quanto detto si ravvisa nella polemica sull’adozione della bandiera regionale che ricalcava eccessivamente – secondo le altre isole – quella di Maiorca. La polemica, come vedremo, ha portato nello Statuto riformato alla possibilità che ciascuna isola si doti di propri simboli.

costituisce l'essenza quanto detto.

Il Preambolo del nuovo Statuto delle Isole Baleari ⁽⁵⁴⁾ propone un *incipit* storico: “nel corso di tutta la loro storia, le Isole Baleari hanno forgiato la propria identità con i contributi e le energie di molte generazioni, tradizioni e culture che sono confluite in questa terra d'accoglienza”. Ciò ha portato alla creazione di una “società dinamica” con un patrimonio culturale “unico al mondo”. La nazionalità storica costituita dalle isole di Maiorca, Minorca, Ibiza e Formentera rende quindi “omaggio alle generazioni passate” che hanno lavorato per “conservare l'identità del nostro popolo”. È interessante, in tale passaggio, la rievocazione degli antenati che costituisce uno dei requisiti presenti nella costruzione delle identità nazionali ⁽⁵⁵⁾.

Il Preambolo, anche se non in modo sistematico, indica quali sono gli elementi caratterizzanti l'identità: “la lingua catalana propria delle Isole Baleari e la nostra cultura e tradizioni sono elementi identificanti della nostra società e di conseguenza elementi che vertebrano la nostra identità”. Altro elemento evocato è quello della “insularità”.

Tali elementi sono tutti ripresi nell'articolato. L'art. 1 contiene la clausola auto-definitoria: “la nazionalità storica costituita dalle isole di Maiorca, Minorca, Ibiza e Formentera come espressione della volontà collettiva e del diritto all'autogoverno si costituisce in Comunità autonoma”. Si noti, anche in questo passaggio, la volontà di differenziare le singole componenti dell'unità.

L'art. 3 rubricato “Insularità” definisce espressamente tale elemento come “*hecho diferencial* che merita protezione speciale” e da cui non possono derivare rotture al principio di solidarietà interterritoriale che rischierebbero di far restare indietro le Isole Baleari rispetto alle altre regioni. A tal proposito viene ribadito che “una legge delle Corti generali regolerà il regime speciale baleari e riconoscerà il fatto specifico e differenziale

(54) Anche in questo caso ci troviamo di fronte ad una riforma parziale che comunque è incisiva, introducendo nuove competenze e diritti e portando il nuovo testo a 139 articoli.

(55) A.M. THIESSE, *La creazione delle identità nazionali in Europa*, cit., pp. 17-58.

della loro insularità”. In questo modo l’elenco de *los hechos diferenciales* verrà ufficialmente ampliato. Tale legge dovrà imporre un adeguamento delle politiche statali alla realtà “pluri-insulare” soprattutto per ciò che concerne trasporti, ambiente, turismo, pesca, infrastrutture, energia (I disposizione addizionale). È interessante osservare come il carattere insulare trovi una sua ulteriore specificazione nel fatto della pluri-insularità che lo potenzia e costituisce, in questo caso, fattore aggiuntivo di svantaggio.

Oltre alla pluri-insularità lo Statuto affronta il tema della lingua: “la lingua catalana propria delle Isole Baleari, avrà, insieme alla castigliana, il carattere di lingua ufficiale. Tutti hanno il diritto di conoscerla e usarla e nessuno potrà essere discriminato”. Le istituzioni si impegnano a garantire “l’uguaglianza piena delle due lingue” (art. 4). È sancito il “diritto a rivolgersi alle pubbliche amministrazioni in una qualsiasi delle due lingue ufficiali e ad ottenere risposta nella stessa lingua utilizzata” (art. 14). A tal fine la regione si impegna a far sì che tutto il personale della pubblica amministrazione destinato alle Isole Baleari possa “acquisire la conoscenza della lingua e della cultura baleari” (II disposizione transitoria). Si tratta di una norma non presente, con tale intensità, in nessun altro Statuto. L’apprendimento della lingua locale da parte di soggetti che svolgono concorsi pubblici è ormai una costante in diverse regioni spagnole dove esistono lingue minoritarie, tuttavia l’idea che i membri della pubblica amministrazione debbano venire istruiti anche nella cultura locale è un passo ulteriore che appare piuttosto invasivo.

L’art. 119 accorda la prerogativa di stipulare protocolli per attività culturale specifica “soprattutto con regioni che condividono la stessa lingua e cultura” e ribadisce che “essendo il catalano patrimonio anche di altre comunità, si potranno sollecitare al Governo statale e alle Corti generali gli accordi di cooperazione opportuni per tutelare il patrimonio linguistico comune e per realizzare una comunicazione culturale tra le citate comunità”. Anche in questo Statuto c’è un tentativo di recupero dei diritti forali preesistenti all’entrata in vigore della Costituzione.

Tra le competenze esclusive compare, infatti, la “conservazione, modificazione e sviluppo del diritto civile proprio delle Isole Baleari, inclusa la determinazione del proprio sistema delle fonti” (art. 30). Così come divengono competenza esecutiva della Comunità autonoma “le norme processuali derivanti dalle peculiarità del diritto sostanziale delle Isole Baleari” (art. 31). Al Tribunale superiore di giustizia delle Isole Baleari sono riconosciute competenze “nell’ordinamento civile, in tutte le istanze e gradi, inclusi i ricorsi di cassazione e revisione, in materia di diritto civile proprio delle Isole Baleari” (art. 93).

La protezione dell’identità trova riflesso sia nel titolo relativo alla previsione di nuovi diritti che in quello relativo alle competenze.

L’art. 18, rubricato “diritti nell’ambito culturale e in relazione all’identità del popolo delle Isole Baleari e alla creatività”, riconosce “l’impegno dei pubblici poteri alla difesa dell’identità, dei valori e degli interessi del popolo balearo e al rispetto della diversità culturale della Comunità autonoma e del suo patrimonio storico”.

Norme competenziali vengono dettate in materia di protezione e fomento della cultura autoctona e del legato storico delle isole (art. 34), nonché in tema di insegnamento della lingua (art. 35) che dovrà mirare alla “normalizzazione” del catalano rispetto al castigliano e dovrà tener conto, pur dentro l’unità linguistica, delle “distinte modalità linguistiche” parlate nelle diverse isole⁽⁵⁶⁾. A differenza della Catalogna dove il processo di unificazione normativa del catalano è stato interamente compiuto, nelle Baleari le identità delle singole isole continuano ad essere concorrenziali rispetto a quella dell’arcipelago nel suo

(56) Art. 35, *Insegnamento della lingua propria*: “La Comunità autonoma ha competenza esclusiva sull’insegnamento della lingua catalana, propria delle Illes Balears, in conformità con la tradizione letteraria autoctona. Normalizzarla sarà un obiettivo delle istituzioni pubbliche della Comunità autonoma. Le modalità insulari del catalano di Maiorca Minorca, Ibiza e Formentera saranno oggetto di studio e protezione, senza pregiudizio all’unità della lingua. L’istituzione ufficiale consultiva per tutto ciò che concerne la lingua catalana sarà l’Università delle Isole Baleari. La Comunità autonoma potrà partecipare in una istituzione volta a salvaguardare l’unità linguistica costituita da tutte le comunità che riconoscano la co-ufficialità della lingua catalana”.

insieme.

A differenza dello Statuto valenziano dove l'Accademia della lingua diveniva organo della regione, qui l'Università delle Isole Baleari è organo consultivo delle politiche linguistiche (art. 35).

In tema di simboli regionali lo Statuto presenta una peculiarità. L'art. 6 definisce i simboli della Comunità autonoma (bandiera e festa), ma ammette che ogni isola che la costituisce potrà "avere la propria bandiera, la sua festa e i simboli distintivi propri decisi dai rispettivi Consigli insulari". I simboli regionali, dunque, quadruplicano.

Da segnalarsi, infine, la previsione espressa della cittadinanza balearica ricollegata al requisito della residenza (art. 9), così come il riconoscimento della "personalità d'origine" alle comunità situate fuori del territorio regionale (art. 11) e la promozione della collaborazione tra territori che abbiano vincoli linguistici e culturali con le Isole Baleari (art. 5).

3.4. Lo Statuto dell'Aragona: diritto forale, lingua e modalità linguistiche

L'evocazione di date storiche e il riferimento a ciò che le comunità regionali erano "prima" dello Stato costituzionale sono, come detto, costanti della maggior parte degli Statuti spagnoli. Lo Statuto aragonese non è da meno. Il preambolo, più breve rispetto agli altri finora esaminati, afferma che "il Regno d'Aragona è il riferimento di una larga storia del popolo aragonese che per secoli diede nome e contribuì all'espansione della Corona d'Aragona. Elementi d'identità della sua storia sono il diritto forale che si fonda su diritti originari ed è il fedele riflesso dei valori aragonesi di lealtà e libertà. Tale carattere forale ebbe riflesso nella Compilazione del XIII secolo, nel Compromesso di Caspe del 1412". Il riferimento agli antenati e ai momenti fondativi della comunità è evidente.

La Comunità autonoma si qualifica come "nazionalità storica" che "dentro il sistema costituzionale spagnolo ostenta per la sua storia un'identità propria in virtù delle sue istituzioni tradi-

zionali, del diritto forale e della sua cultura” (art. 1).

Riguardo agli elementi costitutivi dell’identità, nello Statuto trovano uguale protezione la lingua e le modalità linguistiche che “costituiscono una delle manifestazioni più alte del patrimonio storico e culturale aragonese e un valore sociale di rispetto, convivenza e comprensione” (art. 7). La protezione accordata alle semplici “modalità linguistiche” è come visto ricorrente in molte Comunità autonome. Il fenomeno è singolare e rivela talvolta, come nel caso dell’Andalusia, un motto di orgoglio nei riguardi di discriminazioni vissute per il fatto di fonetizzare in modo scorretto il castigliano; in altri casi il tentativo di salvaguardare una diversità che potrebbe anche contribuire a rafforzare, in mancanza d’altro, l’identità di quella regione; in altri ancora è un modo per placare le rivendicazioni di microgruppi interni alla stessa comunità regionale in cerca di una propria ulteriore identità.

In Aragona, come in Valencia e al contrario della Catalogna, si opta per un modello di protezione linguistica diversificato a seconda della prevalenza dell’uso nel territorio, sia per quanto concerne l’insegnamento sia per quanto concerne l’uso nei rapporti con la pubblica amministrazione (art. 7) ⁽⁵⁷⁾.

Anche in questo Statuto si procede ad un recupero del diritto forale di Aragona che “avrà efficacia e sarà applicabile a tutti coloro che abbiano la residenza” (art. 37).

Tra le competenze regionali spicca la previsione di un modello educativo di qualità che tenga conto, tra l’altro “delle singolarità dell’Aragona” (art. 21) e il rientro in Aragona di tutti i beni facenti parte del proprio patrimonio (art. 22 e 71). Il “rientro” è previsto non solo dall’estero, ma anche nel caso in cui i beni si trovino in altre regioni del territorio spagnolo, a riprova di come vada indebolendosi il sentimento di un patrimonio na-

(57) Art. 7: “Una legge delle Cortes di Aragona stabilirà le zone di uso predominante delle lingue e delle modalità proprie dell’Aragona, regolerà il regime giuridico, i diritti d’uso dei parlanti di questi territori, promuoverà la protezione, il recupero, l’insegnamento, la promozione e la diffusione del patrimonio linguistico dell’Aragona e favorirà nelle zone in cui l’uso è predominante, l’uso delle lingue proprie nelle relazioni dei cittadini con le amministrazioni pubbliche aragonesi”.

zionale a vantaggio di appartenenze regionalmente misurabili.

Sono esclusive le competenze in materia di “conservazione, modifica, sviluppo del diritto forale aragonese, in riferimento al suo sistema delle fonti; diritto processuale derivato dalle particolarità del diritto sostanziale aragonese; lingua e modalità linguistiche” (art. 71).

In riferimento ai simboli, lo Statuto indica la bandiera, lo scudo e la giornata regionale (art. 3).

Lo Statuto non menziona espressamente il concetto di cittadinanza regionale preferendo parlare più genericamente di “condizione politica” di aragonesi che si acquisisce con la residenza. La peculiarità è che tale condizione è attribuibile anche ai discendenti di aragonesi all'estero che lo richiedano (art. 4). A differenza di altri Statuti che riconoscevano tale condizione a gruppi di oriundi all'estero, in questo caso si tratta di una prerogativa dei singoli, che costituisce titolo per l'esercizio dei diritti riconosciuti dallo Statuto. I pubblici poteri devono, inoltre, “fomentare i vincoli sociali e culturali con le comunità aragonesi all'estero e fornir loro l'aiuto necessario”. Tale impegno può concretarsi nella “stipula di accordi di cooperazione” o in “sollecitazioni affinché lo Stato spagnolo stipuli trattati di diritto internazionale” con i Paesi dove tali comunità sono presenti (art. 8). Anche in questo caso il legame identitario si proietta fuori dal territorio regionale.

3.5. *Lo Statuto delle Canarie: il carattere ultraperiferico e la riscoperta di una lingua arcaica*

I cinque Statuti finora analizzati sono già in vigore, gli altri tre che esamineremo stanno concludendo l'*iter*: essi sono stati già votati nei rispettivi Parlamenti regionali e sono in attesa di approvazione dal Parlamento centrale, che potrà apportarvi modifiche.

Il ricorso al lessico identitario e alla ricerca di *hechos diferenciales* che giustifichino maggiore autonomia o un trattamento fiscale privilegiato sono presenti anche nello Statuto delle Canarie in discussione a Madrid dal 19 settembre 2006. Ancora

una volta il Preambolo anticipa tale lessico. Rispetto agli altri Statuti tale documento si caratterizza per essere quello con la più forte impronta storica. L'*incipit* è significativo di quanto detto: "l'estremo occidentale delle *orbis terrae* ricevette da Arnobio, già nel III secolo d.c., utilizzando l'accusativo, il nome di *Canarias Insulas*. Tuttavia la sua popolazione protostorica di origine nordafricana non conobbe l'opera civilizzatrice di Roma né nessuna altra influenza sino alla metà del XIV secolo". L'enfasi è posta sul momento fondativo, dato dall'attribuzione del *nomen*, e sull'individuazione dei primi antenati. Il Preambolo prosegue descrivendo in modo dettagliato le principali fasi storiche a partire dalla conquista romana e indicando i tratti salienti dell'identità che verranno ribaditi nell'articolato. Un elemento di identità si ravvisa nell'attitudine delle Canarie a essere "punto di scambio di valori materiali e culturali tra i due lati dell'Atlantico", valori che sono stati difesi in contrapposizione al mercantilismo. Nella descrizione storica viene ribadito più volte il fatto che le Canarie fossero "spagnole dal punto di vista politico, ma con una grande libertà nel regime economico". Si afferma che rispetto ai diversi contesti politici in cui le Canarie sono state inserite hanno sempre conservato "un'attitudine di dialogo, ma anche di fermezza quando si è cercato di rompere unilateralmente le basi dell'identità". Infine si fa riferimento alla "situazione geografica che giustifica l'attribuzione del carattere ultraperiferico".

Come spesso accade nel processo statutario spagnolo, i dati essenziali indicati nel Preambolo vengono ripresi anche nell'articolato.

L'art. 1 dello Statuto così recita: "Le Canarie sono un arcipelago atlantico che come espressione della sua identità singolare basata sulle sue circostanze geografiche, storiche e culturali, e sull'esercizio del diritto all'autogoverno come nazionalità, si costituisce come Comunità autonoma". L'autoqualificazione scelta è quella di nazionalità, senza l'aggettivazione di "storica". L'art. 2 rubricato "Lontananza, insularità, ultraperiferia" evidenzia come siano questi *los hechos diferenciales* essenziali su cui si fonda la peculiarità delle Canarie. Essi giustificano il

fondamento di politiche speciali da parte dello Stato che, nell'esercizio delle proprie competenze, dovrà tener conto di tali caratteristiche soprattutto in materie quali i trasporti, le comunicazioni, l'energia, l'immigrazione. Il principio è ribadito nell'art. 65 inserito nel titolo sulle competenze: sia nell'esercizio di quelle esclusive che concorrenti, lo Stato centrale dovrà tener conto delle peculiarità delle Canarie.

L'art. 7 rubricato "Obiettivi basilari della Comunità" indica tra essi: "il consolidamento della consapevolezza dell'identità e della cultura canaria tramite la conoscenza, la conservazione, la difesa, la promozione, la ricerca e la diffusione del patrimonio storico, artistico e paesaggistico delle Canarie, così come dei valori linguistici del popolo canario in tutta la loro ricchezza e varietà".

L'art. 8 rubricato "promozione dei valori democratici e di cittadinanza" stabilisce che "i poteri pubblici promuoveranno lo sviluppo di una coscienza cittadina e democratica piena, fondata sui valori costituzionali e *sui principi e obiettivi stabiliti in questo Statuto come elementi di identità propri della Comunità autonoma*. A tal fine si adotteranno le misure necessarie per lo studio della Costituzione e dello Statuto di autonomia". Si tratta di un articolo presente in quasi tutti gli Statuti, di promozione dell'educazione civica, che però non si limita soltanto ai valori costituzionali, ma anche a quelli identitari contenuti nello Statuto. L'art. 120 che regola le competenze della Comunità autonoma in materia di cultura le attribuisce la competenza esclusiva "in materia di conoscenza, conservazione, ricerca, formazione, promozione e diffusione della parlata canaria, della musica popolare e del *silbo gomero* come elementi singolari del patrimonio delle isole". Come nel caso dell'Andalusia e dell'Aragona anche in questo caso la suggestione esercitata dalle tematiche linguistiche come elementi identitari porta alla statutarizzazione anche delle semplici parlate nonché di una forma singolare di comunicazione a distanza – il fischio dell'isola di Gomera (*silbo gomero*) – composta di fischi e di parole accorciate, diffusa nell'isola citata, in virtù anche dell'acustica del territorio. Come più volte ribadito il fatto che regioni come il

Paese basco e la Catalogna, e successivamente anche la Galizia, abbiano utilizzato le differenze linguistiche quale veicolo di maggiore autonomia, sta spingendo tutte le regioni dove sono presenti varietà linguistiche a valorizzarle. Il caso del *silbo gomero* è forse l'aspetto più paradossale di tale fenomeno: si tratta, infatti, di una lingua sorta in un contesto profondamente diverso da quello attuale, in cui gli scarsi mezzi di comunicazione nell'ambito di una società agro-pastorale, avevano prodotto questa sorta di alfabeto Morse orale. La promozione della sua diffusione quale lingua veicolare appare oggi anacronistica.

Nello Statuto non si fa menzione al concetto di cittadinanza, ma si parla di "condizione politica di canari" e si riconosce ai discendenti dei canari la possibilità di essere integrati nella comunità politica regionale (art. 5) così come il diritto alle comunità canarie all'estero ad ottenere il riconoscimento della propria "personalità d'origine" intesa come "diritto a collaborare e condividere la vita sociale e culturale delle isole" (art. 14).

3.6. *Lo Statuto di Castiglia-Leòn: la difesa del castigliano e dell'idea di Spagna*

I processi statutari finora esaminati sembrano combaciare con quella visione della Spagna plurale, insieme di popoli che pur inclusi in un più ampio Stato non hanno perso la propria identità pregressa, la quale anzi tende a prevalere su un'identità nazionale omogenea, ma al processo statutario hanno aderito con convinzione anche Comunità autonome che si trovano in posizione opposta. È il caso delle Comunità autonome di Castiglia Leòn e di Castiglia La Mancha, eredi dell'antico Regno di Castiglia da cui sarebbe derivata l'idea di Spagna con la "conquista" e la "soppressione" delle precedenti identità che i nuovi Statuti delle altre regioni si preoccupano di rivitalizzare. Ebbe proprio la lettura dei due Statuti, anch'essi già votati dai rispettivi parlamenti regionali e in attesa di approvazione definitiva a Madrid, sono interessanti per le opposte soluzioni scelte. Castiglia Leòn, infatti, si immerge con convinzione delle narrazioni identitarie, con effetti piuttosto singolari, in quanto tra-

sforma elementi che dovrebbero caratterizzare la complessiva identità spagnola in patrimonio culturale regionale proprio ⁽⁵⁸⁾. Castiglia La Mancha, viceversa, rifiuta di cadere nella logica identitaria e, dopo averla rinnegata nel preambolo, non la menziona più.

Lo Statuto di Castiglia Leòn ha un lungo *incipit* storico di cui vale la pena riportare i passaggi più salienti: “la Comunità autonoma sorge dalla moderna unione dei territori storici che componevano e dettero norme alle antiche corone di Leòn e Castiglia”. Vengono quindi menzionati due “fatti storici che definiscono la configurazione geografica, culturale e sociale” della regione: “il processo di colonizzazione della valle del Duero nei secoli IX e X e lo sviluppo della vita urbana lungo il cammino di Santiago e della Via della Plata”. Sin da allora le due terre di Castiglia e Leòn furono simbolo di convivenza e rispetto e diedero vita ad un tessuto giuridico costituito dai “fori lionesi e dalle consuetudini e usi castigliane”. Segue una lunga enumerazione di date rilevanti sotto il profilo politico-giuridico (il 1188 data della celebrazione delle prime *Cortes* europee; il 1265 data di redazione delle *Siete Partidas* di Alfonso XII), letterario (le tracce più antiche del castigliano) ⁽⁵⁹⁾ e culturale (la nascita delle prime università) ⁽⁶⁰⁾. Vengono quindi rivendicate

(58) Nel dibattito che ha preceduto la stesura dello Statuto, la stessa dottrina, in particolare, E. SEJAS VILLADANGOS, *Estado, soberanía, nación y nacionalidades*, cit., pp. 237-239, ha suggerito “un potenziamento identitario” tanto *ad intra* che *ad extra*. *Ad intra* con una “ridefinizione dell’epicentro della Comunità allo scopo di recuperarne la dualità dell’origine su cui si fonda” ossia la duplice matrice castigliana e lionese, analogamente a quanto effettuato in altri Statuti quali quello delle Canarie o delle Baleari che come visto hanno insistito sulla pluri-identità all’interno della stessa regione. *Ad extra*, riaffermando le proprie caratteristiche identitarie rispetto alle altre Comunità autonome. È proprio in tale ultimo passaggio che, a nostro avviso, si verifica l’effetto paradossale in quanto per costruire una propria identità regionale ci si impossessa di elementi che ormai sono parte dell’identità di tutte le altre Comunità autonome in quanto componenti la Spagna.

(59) Il Preambolo cita le prime fonti del castigliano: “Le tavole visigote di Ávila y Salamanca testimoniano la preformazione della sua struttura sintattica e le prime fonti scritte appaiono nel Becerro Gótico de Valpuesta (Burgos) e nella Nodicia de Kesos del Monasterio Leonés de los Santos Justo y Pastor de Rozuela (León)”.

(60) Il Preambolo osserva come “nelle terre lionesi e castigliane si crearono, altresì, le prime Università spagnole. Valladolid e Salamanca si contendono l’onore di essere le più antiche. La prima si considera erede dello Studio generale che Alfonso VIII di

le origini della nazione spagnola: la riunione delle due corone nel 1230, sotto il regno di Fernando III “contribuirá in modo decisivo alla conformazione di ciò che più tardi sarà la Spagna e si impegnerà in imprese di importanza universale come la scoperta dell’America”⁽⁶¹⁾. Interessante il riferimento al fondamento dell’autogoverno che non riposa soltanto nella costituzione del 1978, ma anche in quei “diritti che, nell’ambito di questa, proteggono i territori dentro la Spagna e nello scenario europeo”.

L’articolato porta avanti il processo di “regionalizzazione” dell’identità nazionale. L’art. 1 definisce Castiglia Leòn come “comunità storica e culturale che ha la sua origine negli antichi Regni di Leòn e di Castiglia, che ha contribuito in modo decisivo alla formazione della Spagna come nazione”. Come nello Statuto valenziano, è presente anche l’autodefinizione quale Regione d’Europa, mentre nell’autoqualificazione prescelta di “comunità storica e culturale” emerge il rifiuto di entrare nella corsa al titolo di nazione o nazionalità.

Non avendo una lingua diversa rispetto a quella “nazionale”, ci si sarebbe aspettati che lo Statuto di Castiglia Leòn non menzionasse la questione linguistica, invece la sua posizione è *mutatis mutandis* in linea con gli Statuti finora esaminati. L’art. 4 rubricato “valori essenziali” afferma che “la lingua castigliana e il patrimonio storico, artistico e naturale sono valori essenziali per l’identità della Comunità di Castiglia Leòn”. L’art. 5 rubricato “la lingua castigliana e il resto del patrimonio linguistico della Comunità” ugualmente richiama, specularmene, gli articoli sulla protezione della lingua analizzati in altre regioni. Così si afferma che “il castigliano forma parte dell’eredità storica e culturale più pregiata della Comunità, esteso a tutto il territorio nazionale e a molti altri Stati”. L’attitudine “difensiva” nei con-

Castiglia creò a Palencia nel 1208. La seconda in quando la sua fondazione risale al 1218, ad opera di Alfonso IX di Leòn”.

(61) Principio ribadito anche poco oltre quando si afferma che “la personalità di Castiglia Leòn, costruita su valori universali, ha contribuito in modo decisivo nel corso dei secoli alla formazione della Spagna come Nazione ed è stata un importante nesso di unione tra Europa e America”.

fronti del dilagare di politiche di protezione di altre “lingue proprie” regionali è ancora più evidente nei passi successivi quando la Regione si impegna a promuovere “l’uso corretto del castigliano” e la sua “diffusione internazionale”⁽⁶²⁾. L’effetto è paradossale perché – come già visto per il flamenco – quello che dovrebbe essere un elemento dell’identità collettiva spagnola pretende di regredire ad elemento caratterizzante una regione solo per il fatto storico di aver avuto origine in essa. La scelta è anche evocativa di un clima da *horror vacui identitatis*, ben testimoniato da un aneddoto che ha visto una persona di Valladolid – la Firenze spagnola sotto il profilo linguistico – rimpiangere il fatto di non avere una “lingua propria”.

Ribadito il valore e l’impegno di protezione nei riguardi del castigliano, lo Statuto si colloca in linea con la protezione compiuta dagli altri Statuti nei confronti di lingue e parlate minoritarie. Senza arrivare all’attribuzione di uno *status* di ufficialità con il castigliano, viene comunque accordata particolare tutela sia al leonese che al galiziano, parlato in alcuni comuni nel Nord della regione. Tale norma è stata inserita anche per contrastare le paventate ipotesi – inserite nella bozza di Statuto galiziano elaborata dal partito nazionalista galiziano – che prevedeva la possibilità del transito di territori di Comunità autonome limitrofe che fossero culturalmente affini alla Galizia. Anche la comunità linguistica leonese manifesta periodicamente la volontà di separarsi dalla comune regione per fondare una propria Comunità autonoma, la protezione della sua identità ha, dunque, l’intento strategico di neutralizzarne le lamentele.

Nello Statuto compare in più punti il concetto di cittadini ca-

(62) Vale la pena riportarlo per intero: art. 5, *La lingua castigliana e il resto del patrimonio linguistico della Comunità*: “Il castigliano forma parte del patrimonio storico e culturale più prezioso della Comunità, esteso a tutto il territorio nazionale e a molti altri Stati. La Regione fomenterà l’uso corretto del castigliano nell’ambito educativo, amministrativo e culturale. Promuoverà altresì il suo apprendimento a livello internazionale e in collaborazione specialmente con le Università della Comunità... Il leonese sarà oggetto di protezione specifica da parte delle istituzioni per il suo particolare valore all’interno del patrimonio linguistico della Comunità. Saranno regolati la sua protezione, uso e promozione. Godrà di rispetto e protezione la lingua galiziana nei luoghi in cui si usa abitualmente”.

stigliani. Ad esso si ricollega un particolare diritto sociale quello ad una “rendita garantita di cittadinanza” per chi si trovi in particolare situazione di indigenza (art. 13, c. 8) e il diritto a vivere e lavorare nella propria terra (art. 16 c. 8). L’art. 8 prevede sia per le comunità che per gli oriundi, quindi per singoli individui, il riconoscimento dell’origine castigliana.

Lo Statuto regola i “simboli dell’identità esclusiva” della regione: bandiera, inno, scudo e pendone descrivendoli dettagliatamente (art. 6).

È, altresì, ribadito l’impegno al rientro del patrimonio culturale proprio che si trova in altri territori (art. 16 c. 17).

3.7. Lo Statuto di Castiglia-La Mancha: il rifiuto del lessico identitario

Con queste tendenze di rincorsa e di appropriazione di elementi identitari ci saremmo aspettati che lo Statuto della Castiglia La Mancha si impegnasse anch’esso in tale ricerca. Le credenziali in tal senso non mancavano e, vista l’aria che tira, non ci si sarebbe potuti stupire di trovare nello Statuto riferimenti alla esclusiva scelta di Cervantes di collocare le origini e le avventure di Don Chisciotte proprio in tale regione o – come accaduto in Castiglia Leòn – di trovare riferimenti alla regione come culla del castigliano. Tuttavia niente di tutto questo compare nello Statuto.

Il Preambolo taglia corto con qualsiasi ricostruzione storica: ribadisce che la Comunità autonoma è giovane, essendosi costituita soltanto nel 1982, ma pur non avendo tra i suoi antecedenti storici esperienze di autonomia politica ha saputo negli anni della democrazia dimostrare la sua capacità all’autogoverno, requisito che giustifica una richiesta di aumento del tetto competenziale. Lo Statuto dialoga in termini polemici con gli altri testi: “non è il passato né le nostre peculiarità storiche, bensì la Costituzione che noi spagnoli ci demmo nel 1978 e il progetto comune di futuro che noi cittadini accordammo ciò che determina la nostra costituzione come Comunità autonoma, con entità politica propria. Da allora Castiglia La Mancha contribuisce

con assoluta lealtà, solidarietà e sentimento di unità allo sviluppo autonomista, libero e democratico della Spagna”.

Il rifiuto di qualsiasi discorso identitario quale elemento fondativo di maggiore autonomia viene reso esplicito nella contrapposizione con le restanti regioni che ad esso si appellano. Continua, infatti, il Preambolo: “esiste una esigenza di migliorare il funzionamento dello Stato nel suo insieme... questo proposito esige, perentoriamente, l’articolazione democratica di tutte le Comunità autonome, senza distinzione alcuna (tra Comunità) che, invocando identità storiche, privilegi la loro partecipazione nella distribuzione del potere territoriale dello Stato”. Oltre che per sancire la rottura con qualunque narrazione identitaria la disposizione serve a ribadire il principio di uguaglianza tra Comunità autonome e a contrastare le tendenze all’asimmetria.

La negazione del discorso identitario e storico effettuata nel Preambolo è confermata nell’articolato. Viene, infatti, meno la rincorsa all’autoqualificazione come nazione o nazionalità storica o comunità storica e culturale: l’art. 1 qualifica l’ente territoriale semplicemente come Comunità autonoma. Nessuna altra disposizione che menzioni in qualche modo elementi identitari è presente, né sottoforma di obiettivi politici, né di diritti culturali, né di competenze.

Si potrebbe dire che Castiglia La Mancha ha fatto di necessità virtù non avendo poi troppi *hechos diferenciales* da addurre, tuttavia il principio che essa ha rivendicato, quello dell’uguaglianza tra tutte le Comunità autonome a prescindere o meno dalla presenza di elementi identitari, è centrale per consolidare due distinte visioni dell’autonomia: quella differenziata e quella egualitaria. Già l’Andalusia, come visto, si era fatta garante del diritto all’uguaglianza e alla solidarietà tra le autonomie, tuttavia non aveva resistito alla tentazione di cautelarsi di fronte al modello catalano adducendo tutti gli elementi differenziali di cui era in possesso, allo scopo di blindare il proprio diritto all’autogoverno. Lo Statuto di Castiglia La Mancha ricorda come di tutto ciò non c’è affatto bisogno, poggiando tale diritto nella Costituzione. Si tratta, invero, di un caso che sem-

bra destinato a restare altamente minoritario, sia pure non isolato: per ora soltanto le Comunità autonome di Madrid e La Rioja hanno dichiarato che non intendono inserire alcun riferimento identitario nel proprio Statuto, sul modello di Castiglia La Mancha. I restanti dibattiti statutari si stanno, invece, muovendo nell'ambito delle dinamiche identitarie finora segnalate e in alcuni si assiste ad un aumento delle rivendicazioni nazionaliste, come nel caso della Galizia ⁽⁶³⁾ e della Navarra.

Dietro l'identità: Spagna plurale, competenze, risorse, autolegittimazione della classe politica regionale

Finora ci siamo soffermati sulla descrizione delle formule identitarie presenti nei singoli Statuti. In questo paragrafo analizzeremo le cause dell'accentuarsi di tale tendenza. Sul punto la stessa dottrina spagnola è divisa. Tutti concordano su un fatto: al fermento identitario ha contribuito in maniera essenziale la "rincorsa al modello catalano" che, per quanto accusato da molte Comunità autonome di essere antisolidale ed ispirato ad un'ideologia nazionalista, è di fatto la matrice sulla quale quasi tutti gli Statuti risultano plasmati. Ma perché anziché opporre ai tanto criticati nazionalismi basco e catalano una visione completamente nuova, di rottura, quasi tutte le Comunità autonome "sono state al gioco", ritrovandosi ad andare alla ricerca di elementi identitari spesso improbabili per dimostrare di avere gli stessi "titoli" per ottenere un'autonomia parificabile? Perché persino lo Statuto andaluso, che pure in diverse sue parti si propone come alternativo, non ha potuto evitare di ribadire la "di-

(63) La spinta nazionalista è particolarmente evidente nel nuovo approccio alla questione linguistica che emerge nella proposta di Statuto del *Bloque nacionalista gallego*. Vi si legge, infatti, che "il galiziano è la lingua propria e ufficiale della Galizia. Il castigliano sarà co-ufficiale nel territorio della Galizia" (art. 3). Il rapporto castigliano e galiziano è invertito: è infatti la lingua nazionale ad essere riconosciuta come co-ufficiale e non il contrario. Seguono 11 punti in cui si elencano i compiti dell'amministrazione galiziana nei riguardi della lingua regionale, senza più farsi riferimento alcuno al castigliano. Si afferma, infine, che "i toponimi avranno come unica forma ufficiale la galiziana".

versità” impegnandosi nella ricerca di elementi identitari che hanno portato alla statutarizzazione delle parlate locali o del flamenco?

Secondo una prima lettura il dilagare del lessico identitario in quasi tutti gli Statuti sarebbe l’ultima espressione giuridica di un dato sociologico ineluttabile⁽⁶⁴⁾: quello della natura “invertibrata” della Spagna, conseguenza dell’assenza di un’idea di nazione spagnola consolidata⁽⁶⁵⁾ sulla quale inevitabilmente fanno premio le singole appartenenze regionali. L’idea di Spagna plurale, Stato di nazioni, insieme di popoli che non danno però vita ad un’identità nazionale integratrice, troverebbe nelle nuove narrazioni identitarie la sua conferma. In base a tale lettura sarebbe in atto un processo di traduzione giuridica di tale dato sociologico con una “statalizzazione” delle regioni che porterà alla “federalizzazione” sempre più intensa dello Stato autonomico⁽⁶⁶⁾.

In realtà, rispetto a tale visione, appare opportuno un distinguo. Le pulsioni identitarie potrebbero ricollegarsi a fermenti

(64) È questa la lettura di R.L. BLANCO VALDÈS, *Constitució, descentralizació, federalismo: què se puede aprender de la experiencia española?*, in M. J. TEROL BECERRA (a cura di), *El Estado autonómico in fieri*, cit., p. 37 ss., pp. 57-61, che osserva come a trent’anni di funzionamento (ottimale) dello Stato autonomico questo non è ancora riuscito a stemperare le tensioni con i due nazionalismi quello basco e quello catalano e che in qualche modo questi ultimi stiano generando fenomeni imitativi e rivendicazioni simili da parte di altre Comunità autonome.

(65) Per farsi un’idea si pensi al dibattito intorno al fatto che la Spagna sia o no una nazione: J. ORTEGA Y GASSET, *España invertibrada* (1922), Madrid, 1997; ID., *La rebelión de las masas*, Madrid, 1994, p. 219, ha negato che l’idea di Spagna risalga ai tempi medioevali e affondi nelle gesta del Cid Campeador sostenendo che tale idea viene a formarsi forzatamente a seguito dell’unità tra il Regno di Castiglia e quello di León, mentre l’evocazione della *Spania* circolava soltanto in ambienti colti; A. CASTRO, *Sobre el nombre y el quièn de los españoles*, Madrid, 1985, p. 29, osserva come il termine Spagna era utilizzato sin dal 300 d.c. e ricollega al periodo romano il sorgere dell’idea di nazione spagnola; A. DOMINGUEZ ORTIZ, *España, tres milenios de historia*, Madrid, 2001, osserva come la vera formazione della nazione spagnola avvenga ad opera di una percezione esterna maturata molto dopo l’unificazione di Castiglia. Sono gli altri popoli che guardano all’insieme delle genti che risiedono nella penisola iberica come nazione, ma tale sentimento è ancora debole in molti spagnoli.

(66) F. ALVAREZ OSSORIO MICHEO, *Parecer*, in M. J. TEROL BECERRA (a cura di), *La Reforma del Estatuto de autonomía para Andalucía. Los derechos sociales de los andaluces. Deberes y políticas públicas*, p. 73 ss., p. 76.

nazionalisti e al ritorno delle piccole patrie in casi come quello catalano e basco, dove esprimono esigenze che spaziano dall'indipendenza alla volontà di proteggere culture e tradizioni in crisi al contatto con la modernità⁽⁶⁷⁾. Non a caso in tali realtà l'identità ruota intorno a concetti forti quali quello della lingua. Tuttavia in molte altre regioni il paradigma della Spagna di popoli non regge e non è sentito come prioritario dalle stesse popolazioni. Certo va segnalato che il nuovo processo statutario potrebbe rivelare una sorta di contagio nazionalista: spesso Comunità partite da un approccio minimalista nei riguardi di problematiche identitarie hanno visto poi crescerne la forza: è il caso valenziano, aragonese, baleare, canario, galiziano che, infatti, hanno spinto in avanti la protezione della lingua e di altri *hechos diferenciales*. Il fenomeno è stato aggravato dal fatto che mentre i processi di riforma statutaria precedenti avevano visto rispettivamente nei *Pactos de la Moncloa* del 1981 e nei *Pactos autonómicos* del 1992 l'accordo tra i due grandi partiti nazionali, PP e PSOE, questa volta l'accordo non c'è stato né sulla riforma degli Statuti né tanto meno sulla auspicata riforma della Costituzione⁽⁶⁸⁾: tale dato ha contribuito ad una corsa non regolata in cui ciascuna Comunità autonoma ha giocato la propria battaglia con il centro al di fuori di qualsiasi progetto organico. Certo l'apparizione, anche poco convinta, di un lessico identitario nella sfera pubblica può avere esiti impreveduti⁽⁶⁹⁾.

(67) Sul punto D. D'ANDREA, *Le ragioni dell'etnicità tra globalizzazione e declino della politica*, in F. CERUTTI, D. D'ANDREA, (a cura di), *Identità politiche e conflitti. Etnie, nazioni e federazioni*, Milano, 2000.

(68) J.L. GARCÍA RUIZ, *Reflexiones sobre la reforma del Estatuto de autonomía de Andalucía*, in M. J. TEROL BECERRA (a cura di), *El Estado autonómico in fieri*, cit., p. 193, considera tale accordo mancato "la maggiore responsabilità storica che devono affrontare il PP e il PSOE".

(69) S. BARTOLE, *Le regioni alla ricerca della loro identità culturale e storica: tentativi più o meno convinti di trovare una legittimazione etnica*, in S. BARTOLE (a cura di), *Le regioni alla ricerca della loro identità culturale e storica*, cit., p. 1 ss., p. 3, osserva come anche in Italia l'idea di un'identità regionale diversificata è stata posta all'agenda politica dalla Lega Nord come "fattore di aggregazione del consenso" strumentale ad altre battaglie. In poco tempo, tuttavia, tali discorsi hanno "accreditato una inusuale concezione dell'autonomia regionale, inducendo – apparentemente – le stesse classi dirigenti legate ai partiti tradizionali ad appropriarsi dell'immaginario leghista".

Ciononostante la lettura nazionalista del ritorno dell'identità – pur con i citati embrioni di contagio – non è, a nostro avviso, sufficiente a spiegare ciò che sta accadendo in Spagna. Il diffondersi delle narrazioni descritte, infatti, sembra sottendere altre motivazioni, di natura più strumentale ⁽⁷⁰⁾.

Il movente principale alla base del nuovo fermento statutario è quello di aumentare il tetto competenziale e di far fare un balzo in avanti allo Stato autonomico che ha dato, in quasi 30 anni di funzionamento, prova di buon successo. Qualcuno ha, invece, sollevato perplessità su quanto il processo statutario innalzi effettivamente il livello di competenze: alla resa dei conti le nuove competenze che gli Statuti riescono a “strappare” allo Stato non sono poi tante quante ci si sarebbe aspettati. La tecnica della “blindatura per descrizione” con la sua elencazione casistica che costituisce la grande novità degli Statuti e che ha apparentemente lo scopo garantista di svuotare le competenze statali e ridurre il contenzioso costituzionale non è – secondo tale lettura – che la mera riproduzione di una realtà che già il Tribunale costituzionale spagnolo aveva avuto modo di chiarire nel corso di questi anni: le liste semplicemente ripropongono in modo organico il quadro giurisprudenziale, attività utile e sicuramente importante, ma meno innovativa di quanto potrebbe a prima vista apparire. *Ad adiuvandum* si è osservato che già con i precedenti Statuti la lista costituzionale dentro la quale le regioni potevano attingere competenze era stata quasi svuotata per cui ormai pochi ambiti restavano da rivendicare ⁽⁷¹⁾.

(70) F. CERUTTI, *Prefazione*, in F. CERUTTI (a cura di), *Identità e politica*, cit., VII, osserva come “senza bene schiarire quanto e come l'identità c'entri con la politica – cioè con il potere, le istituzioni, la lotta per le risorse e le sue regole – non solo non si capisce bene la politica dei nostri tempi, ma non comprendendo bene questa si rischia di non afferrare quanto l'identità sociale, psichica e morale siano a loro volta influenzate da quella politica”.

(71) Di quanto detto è prova emblematica lo Statuto andaluso. I trentotto articoli utilizzati per definire le competenze in gran parte dettagliano competenze già contenute nel precedente Statuto del 1981 o riproducono materie già specificate dalla giurisprudenza costituzionale. Si può parlare di novità soltanto in riferimento a sei materie: l'immigrazione, le politiche di genere, la protezione dei dati personali, la sicurezza nel lavoro e alcune competenze connesse a specificità andaluse quali la protezione del flamenco e la competenza sul bacino idrografico del Guadalquivir, F. BALAGUER

Nonostante le perplessità sollevate dalla dottrina spagnola, a nostro avviso, l'operazione competenziale realizzata dagli Statuti non è di poco conto. Innanzitutto perché qualche materia nuova le Comunità sono comunque riuscite a strapparla, spesso proprio appellandosi alla presenza di elementi identitari differenzianti, ma soprattutto perché la scelta dell'elenco casistico produce effetti di riflesso, non indifferenti sotto il profilo finanziario. Com'è noto la tecnica della blindatura suscita reazioni piuttosto scettiche da parte dei costituzionalisti che parlano da tempo di crisi del principio della competenza. È in effetti inevitabile riconoscere che le stesse Corti hanno ormai preso atto della "smaterializzazione" delle materie e che la fiducia nelle liste è ormai in declino a vantaggio delle tecniche collaborative⁽⁷²⁾. In tale scenario parrebbe facile attribuire lo sforzo tassonomico degli Statuti spagnoli alla poca avvedutezza, per non dire all'ignoranza crassa, della classe politica. In realtà l'aver messo mano al riordino delle competenze ha un intento più sottile: quello di rivendicare maggiore autonomia fiscale e finanziaria. Dettagliando puntualmente le liste, facendo chiarezza sulle competenze che il Tribunale costituzionale ha riconosciuto di spettanza regionale, scrivendo esplicitamente materie su cui già di fatto le Comunità autonome esercitavano competenze, si pongono le premesse per richiedere maggiori risorse, trasferimenti e investimenti. L'aumento fisico della lista delle competenze negli Statuti ha, infatti, costituito un efficace *pendant* alle argomentazioni volte ad ottenere una maggiore copertura finanziaria. D'altra parte la blindatura delle competenze ha senso soltanto se suffragata da maggiore autonomia finanziaria. In tal senso si legano indissolubilmente le affermazioni per cui "senza soldi non ci sono competenze", ma anche per cui "senza competenze non c'è titolo per chiedere maggiori risorse finan-

CALLEJÓN (a cura di), *El nuevo Estatuto de Andalucía*, Madrid, 2007, p. 71.

(72) Sulla crisi degli elenchi competenziali F. BENELLI, *La "smaterializzazione" delle materie*, Milano, 2006; R. BIN, *I criteri di individuazione delle materie* e M. BELLETTI, *I criteri seguiti dalla Consulta nella definizione delle competenze di Stato e Regioni ed il superamento del riparto per materie*, in *Le Regioni* 5/2006; P. CIARLO, *Parlamento, Governo e Fonti normative*, in *Diritto Amministrativo*, 1998, p. 363 ss.

ziarie”. La tecnica della blindatura ottiene un effetto moltiplicatore non indifferente: anche se si trattasse di una mera illusione ottica – come ritiene la dottrina più scettica – tale dato finisce per costituire un valido motivo per ottenere più risorse.

Se uno dei moventi più importanti del processo statutario è stato quello di stabilizzare ed implementare l’assetto competenziale, l’insistenza sui temi identitari è servito a molte Comunità autonome a ribadire che il livello di autonomia non deve essere inferiore a quello di altre (nel caso in specie a quella catalana) ⁽⁷³⁾. In questo senso lo Statuto di ogni regione “include l’adozione di nuove posizioni identitarie nella misura in cui il principio di uguaglianza (tra Comunità autonome) richieda definizioni identitarie diverse da quelle esistenti sino ad oggi” ⁽⁷⁴⁾. Il ricorso ad un lessico identitario rappresenterebbe quindi, più che un riflesso di aneliti nazionalisti, un semplice stragemma per non restare indietro nella corsa ad un’autonomia che di fatto mira a ben altro: competenze e soldi. A riprova di ciò si osservi che nelle narrazioni identitarie ogni Statuto duetta – talvolta polemicamente – con quello catalano e con quelli di altre Comunità autonome al fine di riposizionarsi in una situazione di parità. Così se la Catalogna si definisce “nazione” l’Andalusia rilancia qualificandosi “realtà nazionale”; se alcune

(73) Due metafore spiegano le sorti del regionalismo spagnolo da sempre attraversato dalla dialettica tra asimmetria e uguaglianza. La prima è quella della lepre e della tartaruga secondo cui il destino del regionalismo spagnolo è quello della rincorsa: le regioni “nazionaliste” periodicamente avanzano nella richiesta di autonomia per poi venire raggiunte dalle altre e maturare nuove istanze di diversificazione. La seconda metafora è quella del “café para todos”, coniata quando negli anni ‘80 si decise di ridurre l’asimmetria delle regioni storiche estendendola anche alle altre. Tuttavia nelle parole del Presidente del Consiglio dei Ministri Zapatero vi è una differenza in questa nuova tappa statutaria: il caffè è sempre per tutti, ma “ognuno se lo serve a suo gusto, nella propria tazza”.

(74) F. BALAGUER CALLEJÓN (a cura di), *El nuevo Estatuto de Andalucía*, cit., 19. Significative le osservazioni di P.L. MURILLO DE LA CUEVA, *Sobre la reforma del Estatuto de autonomía para Andalucía. Los principios y los derechos*, in *Reforma del Estatuto de autonomía para Andalucía*, cit., vol. II, 85 ss., p. 95: “non so se l’affermazione degli andalusi come nazionalità, comunità nazionale o nazione... implichi conseguenze politiche di rilievo. Penso non siano temi di cui preoccuparsi una volta che sia chiaro che la opzione per l’uno o per l’altra non implica una migliore o peggiore condizione dal punto di vista delle competenze”.

regioni rivendicano “lingue proprie” chi non le ha risponde statutarizzando “modalità linguistiche” e “parlate”. Che l’obiettivo ultimo sia quello di non restare indietro nella corsa alle competenze è dimostrato dall’inserzione nello Statuto valenziano della cosiddetta clausola Camps secondo la quale ogni “conquista competenziale” fatta propria da altre regioni determinerà automaticamente un aggiornamento verso l’alto delle competenze valenziane ⁽⁷⁵⁾.

Dietro l’identità vi è anche il problema delle risorse. Il profilo finanziario è uno dei più problematici del nuovo processo statutario in quanto caratterizzato da forti tendenze al bilateralismo e alla messa in salvo delle proprie risorse a prescindere dagli effetti che ciò possa comportare ⁽⁷⁶⁾. Anche qui ha avuto un’influenza determinante la rincorsa al modello catalano. Si pensi per tutti al caso degli investimenti che gli Statuti impongono allo Stato nel proprio territorio. Lo Statuto catalano è riuscito ad inserire – tra moltissime polemiche – una clausola con cui obbliga lo Stato centrale, nei prossimi 7 anni, a compiere investimenti pari alla partecipazione della Catalogna al prodotto interno lordo nazionale, partecipazione che attualmente ammonta al 23%; l’Andalusia non potendo addurre il primato della ricchezza, ne ha trovato un altro, quello di regione più popolosa della Spagna, ed ha introdotto una norma che obbliga lo Stato ad investimenti proporzionali al suo peso demografico; Castiglia Leòn, in risposta, ha trovato nella propria estensione

(75) Disposizione addizionale I dello Statuto valenziano secondo cui: “qualunque modificazione della legislazione dello Stato che, con carattere generale e nell’ambito nazionale, comporti un ampliamento delle competenze delle Comunità autonome sarà applicabile alla Comunità valenziana, considerandosi ampliate in quegli stessi termini le proprie competenze. La Comunità valenziana veglierà affinché il livello di autogoverno stabilito nello Statuto sia aggiornato in termini di uguaglianza con le altre Comunità autonome. A tal fine qualsiasi ampliamento delle competenze delle Comunità autonome che non sia stato previsto nel presente Statuto o di competenze che non siano state attribuite, trasferite o delegate alla Comunità valenziana in precedenza, obbligherà le istituzioni di autogoverno a promuovere le corrispondenti iniziative per detto aggiornamento”.

(76) La portavoce del *Partido andalucista* dichiara che il dibattito statutario era partito con l’intento di affidare a sedi multilaterali la contrattazione finanziaria, ma una volta approvato lo Statuto catalano, l’Andalusia ha preferito “mettere in salvo sé stessa” collegando gli investimenti statali alla propria popolazione.

spaziale l'elemento per allocare le risorse statali; le Canarie li hanno subordinati al proprio carattere ultraperiferico. Il tutto con buona pace delle Comunità autonome che non sono né ricche né popolate né estese né insulari. Se le norme statutarie dovessero trovare applicazione si darà vita a quello che è stato definito un "sudoku" finanziario, gli impegni di investimento che lo Stato ha assunto approvando con legge organica gli Statuti non si risolvono, infatti, in un gioco a somma zero e rischiano di svuotare le risorse statali.

Si osservi, inoltre, come gli Statuti finora approvati stiano tutti puntando sull'aumento dei tributi ceduti sia totalmente che parzialmente dallo Stato, disposizioni che produrranno evidentemente un effetto di localizzazione della ricchezza⁽⁷⁷⁾ e ancora una volta di indebolimento delle casse nazionali.

Altro profilo problematico che sembra essere "assimilato" dai diversi Statuti è quello per cui i pur previsti meccanismi di compensazione dovranno tener conto del "diverso sforzo fiscale" di ciascuna comunità. In tal senso lo Statuto catalano codifica addirittura "un principio di ordinalità" in base al quale i meccanismi di compensazione dovranno comunque lasciare invariata la posizione delle Comunità autonome nella scala della ricchezza (art. 206). Ma anche lo Statuto andaluso afferma che esiste una garanzia a che vengano finanziati i servizi sociali essenziali in modo da raggiungere livelli simili al resto dello Stato "sempre che si ponga in essere uno sforzo fiscale simile" (art. 175).

Come emerso dall'analisi compiuta, l'ingresso dell'identità nei testi giuridici sottende una pluralità di ragioni che si intrecciano tra loro in un nodo spesso inestricabile. Pulsioni profonde di appartenenza si affiancano ai più opportunistici interessi particolari.

Come osservato all'inizio di questo lavoro il ritorno dell'identità nei costituzionalismi pacificati non desta in sé tante preoccupazioni. Finché si resta fedeli alla superiore identità

(77) M. MEDINA GUERRERO, *Algunas consideraciones sobre la eventual reforma del sistema de financiación*, in M.J. TEROL BECERRA (a cura di), *El Estado autonómico in fieri*, cit., p. 197 ss.

costituzionale che garantisce la convivenza, non pare opportuno impedire il riconoscimento di più identità all'interno dello Stato costituzionale, anzi dal loro incontro si potrebbe essere educati a relativizzarle, ad abituarci ad una loro coesistenza e simultaneità⁽⁷⁸⁾. Addirittura si potrebbe ritenere che sia opportuno l'inserimento di clausole identitarie negli Statuti ai fini del consolidamento di una "forma di regione"⁽⁷⁹⁾ che interagisca con la "forma di stato" proponendo nuovi modi di articolazione del rapporto tra collettività e potere politico. Condividiamo la tesi per cui il consolidarsi dell'identità, anche di quella regionale, potrebbe essere un mezzo per implementare un nuovo senso di appartenenza e rinforzare l'identità politica. Ma se l'*horror identitatis* è ingiustificato nei costituzionalismi pacificati, altrettanto ingiustificabili sono certi approcci all'identità. Il problema non è che gli Statuti contengano clausole identitarie, ma il fatto che esse si pongano in contrapposizione ad altre identità, per esempio quella nazionale, o che tali clausole diventino fattori di legittimazione per ottenere trattamenti privilegiati che violano la solidarietà e l'eguaglianza tra regioni. I discorsi sull'identità non sarebbero tanto problematici se dietro di essi non si celassero spinte egoistiche che rischiano di indebolire la solidarietà interregionale e di spingere ciascuna Comunità autonoma a "tutelarsi" di fronte alle rivendicazioni delle altre perdendo di vista l'interesse generale. In un ordinamento dove mancano adeguati sedi multilaterali di risoluzione dei conflitti e dove si tende al bilateralismo dei rapporti Stato-Regione ciò rischia di produrre situazioni di disuguaglianza nel Paese.

Sullo sfondo degli scenari descritti compaiono le responsabi-

(78) Anzi proprio negli Stati composti tale simultaneità, secondo M. ROSENFELD, *The identity of the constitutional subject*, cit., pare inevitabile: "federalism must mediate between a national identity shaped by federal interests and various state identities. Accordingly, neither the national identity nor that of the states can prevail as the self-identity that encompasses the polity as a whole".

(79) Sul concetto di forma di regione A. RUGGERI, *Autonomia statutaria e forma di governo regionale: i "paletti" della Consulta (a una riflessione finale)*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2004, p. 377 ss.; sulle regioni come potenziali portatrici di nuove letture del rapporto tra potere politico e società G. VOLPE, *Modelli costituzionali e nuovi statuti regionali*, in V. ANGIOLINI, L. VIOLINI, N. ZANON (a cura di), *Le trasformazioni dello Stato regionale italiano*, Milano, 2002, p. 233 ss.

lità della classe politica regionale. Questa, come visto, si è proposta come portatrice di nuove narrazioni volte a conferire maggiore dignità alla parte simbolica degli Statuti che le consentono, nel contempo, di autolegittimarsi e, in prospettiva, di creare i presupposti per chiedere più potere politico⁽⁸⁰⁾. In tale operazione tre appaiono i profili più criticabili. Il primo è la scelta di fondare le identità regionali quasi esclusivamente su elementi tradizionali, rivendicando il legame con realtà politiche pre-costituzionali, peraltro appartenenti spesso a monarchie assolute così lontane dai valori del costituzionalismo. Se da una nuova “forma di regione” potrebbe derivare un’impostazione più feconda dei rapporti tra potere pubblico e società, la strada percorsa dagli Statuti appare anacronistica, in quanto sembra riproporre la coincidenza tra *ethnos* e *demos*⁽⁸¹⁾, poco dialogica in quanto declina l’identità in termini sciovinisti – manca, infatti, spesso il reciproco riconoscimento e le regioni sembrano entrare in concorrenza identitaria le une con le altre – nonché quasi esclusivamente al passato senza sforzarsi di costruire un’identità aperta. In tal senso, gli elementi culturali riconosciuti come costitutivi della propria identità dovrebbero essere sentiti e presentati come espressione particolare di archetipi condivisi, meritevoli tutti di pari rispetto, “in funzione di una visione universale dei retaggi culturali”⁽⁸²⁾.

L’esperienza spagnola e il tono assunto dal dibattito si muo-

(80) Sul ruolo delle *elites* politiche nella costruzione dell’identità quale movente per accrescere il proprio potere S. BENHABIB, *La rivendicazione dell’identità culturale*, cit., p. 38.

(81) F. CERUTTI, *Verso l’identità politica degli europei*, cit., p. 47, osserva come il recente sorgere dell’identità europea e dell’identità cosmopolita abbia reso ormai recesiva l’equazione *ethnos-demos* che, pur feconda per lo sviluppo democratico, non è oggi indispensabile. In ragione di ciò gli individui dovrebbero sentirsi comunità non in nome di “caratteristiche culturali pre-esistenti”, ma sulla base della “coscienza che essi non possono fare a meno di configurare insieme una vita associata”. La debolezza che deriva dalla costruzione dell’identità su soli elementi del passato si ravvisa nel fatto che “l’insieme delle immagini del mondo, dei valori e dei principi che noi riconosciamo come nostri” sono tutti elementi che possono essere ridefiniti, p. 20. In questo senso “nell’identità c’è sempre un elemento di non-identità ovvero di cambiamento potenziale”, p. 22.

(82) S. BARTOLE, *Le regioni alla ricerca della loro identità culturale e storica: tentativi più o meno convinti di trovare una legittimazione etnica*, cit., p. 9.

vono in altre direzioni.

Il secondo profilo criticabile – conseguenza di quanto appena illustrato – è l'uso dell'identità quale giustificazione simbolica di un'autonomia che trascura le ragioni dell'insieme del sistema-regioni optando per una corsa sfrenata a non restare indietro, nella quale ognuno si preoccupa di mettere in salvo la propria posizione.

Infine – e questo è un limite che si ravvisa spesso nella costruzione delle identità regionali anche in altri ordinamenti – manca spesso alle regioni la capacità di leggere la propria identità come coesistente contestualmente con altre. Non ci riferiamo soltanto alle vicine altre identità regionali o all'identità nazionale, ma, per esempio, all'identità europea o a identità sopranazionali o addirittura a quella cosmopolita che secondo alcuni autori vanno forgiandosi⁽⁸³⁾. Così accade che tali identità riconoscano e in un certo senso si nutrano delle diversità culturali, ma, proponendo visioni monolitiche, in qualche modo interrompono il dialogo tra testi giuridici e all'interno della comunità degli interpreti.

Tali limiti hanno trovato riflesso nella scarsa adesione elettorale al processo statutario che rivela uno scollamento tra corpo elettorale e Parlamenti regionali, i quali invece hanno aderito convinti alla riforma statutaria in genere approvandola con amplissime maggioranze. Se l'idea della Spagna come Stato di nazioni o se il bisogno di appartenenza identitaria fossero stati veramente così sentiti, se le nuove narrazioni simboliche declinate al passato avessero avuto una forte capacità persuasiva fornendo nuovi orizzonti di senso non si spiegherebbe perché i

(83) Sul sorgere di tali identità si veda U. BECK, *Lo sguardo cosmopolita*, Roma, 2005 e F. CERUTTI, *Verso l'identità politica degli europei*, cit., p. 31 che ritiene già sorta una nuova identità europea – fondata su tre elementi: la memoria della guerra, le sfide della globalizzazione e l'impatto della moneta unica – e considera ricca di *chances* una nuova identità cosmopolita riferibile al genere umano nella sua totalità fondata non più sugli elementi tipici dell'identità nazionale quali l'appartenza ad una comunità linguistica o a stili di vita omogenei, ma che avrebbe “una base cognitiva nell'immagine di un mondo interdipendente, una base emozionale e motivazionale nei rischi e nelle paure provocati dalle sfide globali, ed una forza normativa consistente nella ricerca di una risposta razionale a quelle sfide”, F. CERUTTI, *Identità e politica*, cit., p. 37.

referendum statutari, quello catalano incluso, abbiano visto una partecipazione dell'elettorato inferiore – spesso in misura incisiva – al 50%. Nemmeno l'ipotesi suadente di avere nuovi diritti regionali o nuove competenze è riuscita a fare breccia. Forse le nuove narrazioni selezionate dalla classe politica con cui si cerca di compensare l'apatia della parte simbolica dei testi giuridici nei costituzionalismi pacificati non sono precisamente quelle in cui la società si identifica.

Eppur si muove: la riforma del sistema federale tedesco

di Jens Woelk

Sommario

1. Premessa. – **2.** La Germania “intrappolata” nel proprio sistema federale? – **3.** Il fallimento della Commissione per la modernizzazione dello Stato federale. – **4.** L'accordo della “Grande Coalizione” e l'iter parlamentare. – **5.** Le principali modifiche della riforma. – **5.1.** Diritto alla deroga al posto dell'obbligo di approvazione delle leggi federali da parte del Bundesrat. – **5.2.** Abolizione della competenza legislativa federale di cornice e riordino dei compiti comuni. – **5.3.** La responsabilità dei Länder negli affari comunitari e la fase “ascendente”. – **5.4.** Poche modifiche al sistema del federalismo fiscale. – **5.5.** Nuova tutela dei Comuni e clausola sulla capitale federale. – **6.** La prospettiva: un federalismo più asimmetrico? – **7.** La prova del nove: l'annunciata riforma dei rapporti finanziari.

1. Premessa

L'attesa riforma del sistema federale tedesco, per anni discussa in modo controverso, è diventata realtà: dopo il fallimento dell'apposita Commissione bicamerale alla fine del 2004, essa era diventata uno dei principali progetti di riforma della Grande Coalizione ed è, dopo un *iter* parlamentare particolarmente veloce, entrata in vigore il 1° settembre 2006.

Obiettivo principale della riforma è la modernizzazione dello Stato federale attraverso una più chiara attribuzione delle responsabilità politiche. A tale scopo è prevista soprattutto la riduzione del numero delle leggi federali soggette ad approvazione da parte del *Bundesrat* (che oggi sono oltre il 60% del totale, e dovrebbero scendere al 35-40%) e un parziale riordino del riparto di competenze. Per compensare questa riduzione dei loro diritti di partecipazione e a fronte di alcune nuove competenze federali (tra cui ad esempio l'ambiente), in alcuni settori i *Länder* avranno la facoltà di legiferare in deroga alla disciplina federale.

Di seguito saranno brevemente illustrati il contesto, l'iter procedurale ed i più importanti contenuti della riforma che, cambiando ben 24 articoli della Legge Fondamentale tedesca, comporta la maggiore modifica costituzionale dal 1949. Rimane tuttavia aperta la delicata questione del riordino dei rapporti finanziari da risolvere in una seconda fase.

2. La Germania "intrappolata" nel proprio sistema federale?

Da oltre un decennio, nel dibattito politico ed accademico, molti sostenevano che la "crisi" (percepita) del sistema tedesco fosse dovuta a cause strutturali nella governabilità, nella capacità decisionale e di indirizzo del sistema e una buona parte della critica si concentrava sul modello federale ritenuto eccessivamente rigido, lento, costoso, con troppe e poco chiare responsabilità che costringevano spesso alla conclusione di compromessi invece che decisioni nette e veloci: la Germania sembrava "intrappolata" nel proprio sistema federale⁽¹⁾. Sembrava proprio che la riforma del sistema federale fosse la "madre" di tutte le riforme economiche e sociali di cui il paese avesse bisogno, ma che era incapace di varare (tanto diffusa era questa sensazione che si è coniata un termine *ad hoc*: il *Reformstau*,

(1) Così il titolo del libro di P.M. HUBER, *Deutschland in der Föderalismusfalle*, Heidelberg 2003; cfr. anche U. VOLKMANN, *Bundesstaat in der Krise*, in *DÖV* 1998, p. 613 ss., J. WOELK, *Segnali di crisi nel federalismo tedesco a 50 anni dal Grundgesetz: verso un modello più competitivo?*, in *Le Regioni* 1999, n. 2, pp. 217 – 243, IDEM, *Quale futuro per il federalismo tedesco? Sviluppi istituzionali in Germania nell'ultimo decennio*, in *Le Istituzioni del Federalismo* 1/2000, pp. 247-271, e IDEM, *Farewell to the "unitary federal State"? Transformations and tendencies of the German federal system*, in S. ORTINO, M. ŽAGAR, V. MASTNY (cur.), *The changing faces of federalism: Institutional reconfiguration in Europe from East to West*, Manchester University Press ("Europe in Change"), Manchester, December 2004, pp. 156 – 181; v. anche il numero monografico dedicato ai principali problemi e alla riforma del sistema federale dalla rivista *German Law Journal*, Vol. 6 n. 10 – 1 October 2005 (consultabile in rete: <http://www.germanlawjournal.com>) e la documentazione di R. HRBEK, A. EPPLER (cur.), *Deutschland vor der Föderalismus-Reform. Eine Dokumentation*, Occasional Papers no. 28, Europäisches Zentrum für Föderalismusforschung, Tübingen, 2003.

cioè il “blocco delle riforme”) (2).

Tuttavia, com'è noto, in Germania il sistema federale è senza alternativa: è garantito dalla “clausola di eternità” dell'art. 79 c. 3 LF che dichiara imm modificabili la struttura federale e il principio di partecipazione dei Länder alla legislazione federale. All'interno del campo così delimitato, il dibattito tedesco sulla riforma del federalismo si muove, infatti, tra i due poli contrapposti del federalismo partecipativo e del federalismo competitivo. I difensori del federalismo cooperativo (o partecipativo) basano la loro argomentazione sull'art. 72 c.2 LF, interpretando questa norma e le “condizioni di vita equivalenti” come uno dei valori fondamentali della Legge Fondamentale, con la conseguenza di ritenere la solidarietà fra i *Länder* e i risultanti meccanismi perequativi più importanti rispetto ad una competizione mirata alla migliore soluzione politica di alcuni problemi. In questa ottica, gli “intrecci politici” del federalismo cooperativo servono positivamente come ammortizzatori dei conflitti politici, portano a moderazione, compensazione e consenso politico. Al contrario, i promotori del federalismo competitivo chiedono il “districamento” di tali intrecci con l'obiettivo di aumentare gli spazi di autonomia politica e di rafforzare le competenze dei *Länder*. Secondo loro, una riforma profonda del sistema federale basata su maggiore autonomia, sussidiarietà e competizione dovrebbe far riemergere i punti forti del federalismo, in particolare la sua capacità di offrire una molteplicità di soluzioni politiche diverse e di promuovere preferenze regionali creando così i presupposti migliori per uno Stato vicino ai propri cittadini. La progressiva e sofferta affermazione di un sistema politico più competitivo ha, negli ultimi anni, prodotto importanti conseguenze specie nel quadro della dinamica federale, accrescendo l'intensità del conflitto costituzionale e modificando alla radice il tradizionale funzionamento di organi chiave del sistema, a partire dal *Bundesrat* (3).

(2) F. W. SCHARPF, *No Exit from the Joint Decision Trap? Can German Federalism Reform Itself?* EUI Working Paper RSCAS No. 2005/24, Badia Fiesolana, San Domenico di Fiesole (Fi), 1.

(3) Sugli sviluppi del sistema federale tedesco nell'ultimo quinquennio, cfr. J. WO-

3. Il fallimento della Commissione per la modernizzazione dello Stato federale

Ogni tentativo di riforma del sistema federale deve passare per la procedura di revisione costituzionale e quindi tener conto della sua futura approvazione da parte di una maggioranza di due terzi sia nel *Bundestag* sia nel *Bundesrat* (art. 79 c.2 LF). Conseguentemente, un accordo deve essere raggiunto superando almeno tre linee di potenziale conflitto: tra maggioranza e opposizione parlamentare, tra governo federale e i *Länder* nella loro comunità e tra i gruppi diversi dei *Länder* che assieme dispongono di una minoranza di veto all'interno del *Bundesrat* (24 dei 69 voti). Mentre nel passato eventuali riforme non erano molto attraenti per il rischio per l'opposizione federale e per i Ministri-Presidenti dei *Länder* di non disporre più della possibilità di veto (attraverso la leva *Bundesrat*), a causa della crescente frustrazione nella popolazione riguardo alla percepita scarsa capacità di risolvere i seri problemi economici e politici del paese, le aspettative e quindi la pressione politica hanno cambiato la situazione a favore di riforme.

Il 16 e il 17 ottobre 2003 *Bundestag* e *Bundesrat* insediavano una commissione per la riforma del sistema federale tedesco⁽⁴⁾, composta dai 16 Ministri-Presidenti dei *Länder* e da 16 membri del Parlamento federale. Oltre a questi membri aventi diritto di voto erano ammessi alla partecipazione al (solo) dibattito quattro membri in rappresentanza del governo federale co-

ELK, «Modernizzare» lo stato federale tedesco: una fatica di Sisifo?, in *Le Regioni* 5/2005 (ottobre), pp. 1115-1152.

(4) *Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung*; BT-Drucksache 15/1685 e BR-Drucksache 750/03. Su composizione, mandato e fallimento della commissione v. da ultimo, in lingua italiana, V. LOSCO, *Germania: La conclusione dei lavori della Commissione bicamerale per la modernizzazione dell'ordinamento federale*, in DPCE I/2005, p. 46 ss., A. DE PETRIS, *Il progetto di riforma del sistema federale tedesco*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2004, p. 613 ss., IDEM, *Il federalismo tedesco alla prova della riforma*, in *Rivista telematica federalismi.it* 3/2004, IDEM, *Finanze ed Europa al centro del dibattito sul federalismo tedesco*, ivi, 14/2004, IDEM, *Cronaca di un fallimento annunciato? La difficile via della riforma del federalismo in Germania*, ivi, 22/2004 e IDEM, *L'“antiriforma” del federalismo tedesco: un giallo istituzionale*, ivi, 4/2005.

me “ospiti”⁽⁵⁾; nel segno della trasparenza del processo, questo *status* di “ospite” è stato conferito anche a sei rappresentanti dei Parlamenti dei *Länder* nonché a tre rappresentanti delle associazioni degli enti locali. Infine erano invitati a partecipare come “ospiti” anche dodici “esperti” indipendenti⁽⁶⁾. Va messo in evidenza il carattere “ibrido” dell’organo a causa dell’inclusione degli altri “ospiti” o osservatori che lo avvicinano al modello convenzionale⁽⁷⁾.

A partire dal novembre 2003, la Commissione ha lavorato per un anno con l’obiettivo di presentare una proposta organica volta in particolare a semplificare il procedimento legislativo (riducendo l’ampio potere di veto del *Bundesrat*), a fornire maggiore trasparenza ed una più chiara divisione delle competenze tra i livelli di governo, a esaminare i rapporti finanziari fra Federazione e *Länder* considerando anche l’evoluzione dell’integrazione europea e la situazione dei comuni.

Tuttavia, nonostante la loro ricerca per un compromesso finale sia durata fino all’ultimo minuto, nel pomeriggio del 17 dicembre 2004, i due Presidenti⁽⁸⁾ hanno dovuto annunciare il fallimento dei lavori della Commissione. Nonostante si fosse raggiunto un consenso in alcuni importanti settori e in particolare sulla limitazione dei diritti di veto del *Bundesrat*, l’accordo era saltato sulla competenza legislativa sulle università e la programmazione comune (art. 91b LF).

Il fallimento della Commissione è stato visto come sintomo

(5) I Ministri per la giustizia, le finanze e l’agricoltura/tutela dei consumatori nonché il Ministro della Cancelleria federale.

(6) I dodici professori, di cui otto costituzionalisti, due economisti e due politologi, venivano proposti rispettivamente dai rappresentanti della Federazione e dei *Länder* e nominati con approvazione unanime nella prima seduta plenaria. Secondo quanto riportato da F. W. SCHARPF, *No Exit*, cit., 8, (Scharpf era uno di tali esperti), il loro coinvolgimento doveva soprattutto essere a vantaggio dei deputati e compensare la loro mancante esperienza in negoziati fra Federazione e *Länder*. Dopo i primi mesi, tuttavia, le richieste di pareri agli esperti risultavano molto ridotte.

(7) Su questi aspetti cfr. G. AVOLIO, C. ZWILLING, *Percorsi alternativi di revisione costituzionale in Germania e Austria. Il rischio dell’empasse tra bilancio e progetto*, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo* (DPCE) 2006-I, pp. 3-19.

(8) Il Ministro-Presidente della Baviera Stoiber (CSU) ed il capogruppo della SPD al *Bundestag* Müntefering.

della mancanza di un consenso su quella che dovrebbe essere la funzione principale del federalismo: di permettere più eterogeneità possibile, e di creare (o garantire) omogeneità soltanto nella misura necessaria. È evidente che oltre ai contrasti tra Federazione e *Länder*, ci sono attriti tra *Länder* a guida democristiana e socialdemocratica, tra *Länder* orientali e occidentali, ricchi e poveri, grandi e piccoli, che creano dei problemi strutturali e non permettono una forte rappresentanza degli interessi dei *Länder* nei confronti della Federazione giocando quindi a favore di quest'ultima.

4. L'accordo della "Grande Coalizione" e l'iter parlamentare

Con la Grande Coalizione tra CDU/CSU e SPD, formata in seguito alle elezioni federali anticipate del 18 settembre 2005⁽⁹⁾, ma precedentemente già prassi in alcuni *Länder*⁽¹⁰⁾, si era aperta una seconda "finestra di opportunità" per la riforma permettendo la collaborazione – anche formale – fra i due maggiori partiti (neutralizzando così eventuali resistenze nel *Bundesrat* per motivi partitici) e di recuperare alcuni importanti compromessi trovati in sede della Commissione "per la modernizzazione dello Stato federale": in appendice all'accordo di coalizione si trova il risultato dei negoziati del gruppo di lavoro della coalizione sulla riforma del federalismo che contiene un numero considerevole di modifiche costituzionali di diversa portata⁽¹¹⁾. Basandosi sulla bozza dei due Presidenti del 13 di-

(9) Cfr., per la controversia sulla costituzionalità dello scioglimento anticipato del *Bundestag*, la nota di F. PALERMO, *La forma di governo tedesca tra miti e realtà: la sentenza del Tribunale costituzionale federale sullo scioglimento anticipato del Bundestag*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2006-I, pp. 213-220.

(10) Brandeburgo, Brema, Sassonia e, dal 2005, nello Schleswig-Holstein.

(11) L'accordo di coalizione tra CDU, CSU e SPD del 11.11.2005 (191 pagine !) è tuttavia di natura politica e non giuridicamente vincolante.

Si veda <http://www.tagesspiegel.de/bundestagswahl/downloads/koalitionsvertrag.pdf>. Il suo allegato 2 sulla riforma del federalismo (47 pagine) si basa sui colloqui tra i due Presidenti della Commissione, Franz Müntefering (nuovo Vice-Cancelliere) e Edmund Stoiber (Ministro-Presidente della Baviera) continuati anche dopo il fallimento della Commissione.

cembre 2004, il documento ripropone sostanzialmente, nella forma di proposte di modifica costituzionale dettagliate ed articolate, i contenuti di tale bozza andando perfino oltre in alcuni punti importanti.

Il 14 dicembre 2005 i Ministri-Presidenti di tutti i *Länder* approvavano all'unanimità il progetto nei suoi contenuti essenziali, ritenendolo "un passo fondamentale per il rafforzamento sostenibile della capacità amministrativa e di governo della Federazione, dei *Länder* e dei Comuni". L'accordo viene confermato il 16 febbraio 2006, in un incontro tra rappresentanti nazionali e regionali dei partiti della Grande Coalizione, del governo federale e dei *Länder*. La prima parte della riforma, volta a dipanare l'intricata rete delle competenze legislative, è stata presentata al *Bundestag* nel mese di marzo, con l'obiettivo di adottare la revisione costituzionale entro l'estate.

Soltanto con una successiva revisione costituzionale, la cui approvazione è prevista entro la fine della legislatura nel 2009 (ma dipenderà politicamente dalla continuazione della Grande Coalizione per tutta la legislatura nonché dalla composizione del *Bundesrat*), dovrà invece essere affrontato il riordino dei delicatissimi rapporti finanziari fra Federazione e *Länder*.

L'*iter* parlamentare della riforma proseguì nei mesi di maggio e giugno con le audizioni di esperti davanti alla Commissione giuridica (*Rechtsausschuss*) del *Bundestag* e alla Commissione per gli affari interni del *Bundesrat*, in seduta comune, dedicate soprattutto ai temi del riordino dei diritti di approvazione e delle competenze legislative; dell'edilizia e dei trasporti; della capacità d'integrazione europea ("*Europatauglichkeit*"); della giustizia; degli affari interni; dell'ambiente e dell'agricoltura; della formazione, della ricerca e delle università; delle finanze, del bilancio e dell'economia; degli affari sociali, della cultura, dei *media* e, infine, della capitale Berlino⁽¹²⁾.

Il 30 giugno 2006, il *Bundestag* approvò sia la legge di mo-

(12) La documentazione delle audizioni, inclusi i pareri degli esperti, è rinvenibile sul sito della Commissione giuridica (*Rechtsausschuss*) del *Bundestag* (<http://www.bundestag.de/parlament/gremien/foederalismus/foederalmai06.html>).

difica costituzionale ⁽¹³⁾, sia la legge di accompagnamento alla riforma federale ⁽¹⁴⁾; quest'ultima, una legge ordinaria federale, modifica 17 leggi e regolamenti federali adeguandole ai contenuti della riforma costituzionale, dalla legge sul Tribunale costituzionale federale alla legge sul finanziamento degli ospedali e alla legge sulla perequazione finanziaria. A favore delle due leggi hanno votato 428 dei 448 deputati della Grande Coalizione (CDU/CSU e SPD), i no sono stati 162, tre le astensioni. Il *quorum* dei due terzi, 410 voti al Bundestag, è stato quindi ampiamente superato, anche se hanno votato contro la riforma ben 15 deputati socialdemocratici.

Solo una settimana dopo, il 7 luglio 2006, anche il *Bundesrat* ha approvato il pacchetto di riforma consistente dalle due leggi ⁽¹⁵⁾: con 62 voti espressi a favore sui 69 voti totali, la riforma costituzionale è passata con più voti della necessaria maggioranza di due terzi. Soltanto lo *Schleswig-Holstein* si è astenuto, mentre il *Mecklenburg-Vorpommern* ha votato contro; entrambi i piccoli *Länder* hanno espresso le loro preoccupazioni di fronte ad una maggiore competizione.

L'*iter* parlamentare della riforma si è chiuso dopo la stampa di entrambe le leggi, un nuovo invio prima alla Cancelliera e, successivamente, al Presidente federale il quale le ha esaminato sotto il profilo procedurale sulla loro conformità alla Costituzione, prima di procedere alla firma e alla promulgazione avvenuta il 28 agosto 2006. Infine, dopo la loro pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale federale ⁽¹⁶⁾, le leggi sono entrate in vigore il 1° settembre 2006.

(13) La legge di modifica costituzionale (BT Drucks. 16/813 del 7 marzo 2006) riguarda i seguenti articoli della Legge Fondamentale: 22, 23, 33, 52, 72, 73, 74, 74a, 75, 84, 85, 87c, 91a, 91b, 93, 98, 104a, 104b, 105, 107, 109, 125a, 125b, 125c, 143c (<http://dip.bundestag.de/btd/16/008/1600813.pdf>).

(14) La legge di accompagnamento alla riforma federale (BT Drucks. 16/814 del 7 marzo 2006; *Föderalismusreform-Begleitgesetz*, <http://dip.bundestag.de/btd/16/008/1600814.pdf>).

(15) La legge di modifica costituzionale (BR 462/06) e la legge di accompagnamento alla riforma federale (BR 463/06); cfr.: http://www.bundesrat.de/cln_050/nn_68-98/DE/foederalismus/foederalismus-node.html nnn=true.

(16) In data del 31 agosto 2006, BGBl. I p. 2034.

5. Le principali modifiche della riforma

Tra i principali elementi della riforma spiccano la nuova disciplina dell'obbligo di approvazione delle leggi federali da parte del *Bundesrat* volta a ridurre i casi della sua necessaria approvazione, l'abolizione completa della competenza legislativa federale di cornice e il riordino dei compiti comuni. Inoltre, sono state modificate la fase "ascendente" e la responsabilità dei *Länder* negli affari comunitari, mentre il sistema del federalismo fiscale risulta modificato – per ora – soltanto in pochi punti. Infine è stata tutelata la posizione dei Comuni contro trasferimenti di nuove funzioni con legge federale nonchè introdotta una clausola sulla capitale federale ⁽¹⁷⁾.

5.1. Diritto alla deroga al posto dell'obbligo di approvazione delle leggi federali da parte del *Bundesrat*

Obiettivo principale dichiarato e quindi uno dei punti chiave della riforma, con il quale si vuole realizzare il districamento delle responsabilità politiche, è la rinuncia dei *Länder* ad una parte dei loro diritti partecipativi nel *Bundesrat*: il criterio per l'approvazione non sarà più il fatto della successiva attuazione da parte di autorità amministrative regionali, che rimane comunque la regola nel federalismo esecutivo tedesco, ma piuttosto le conseguenze finanziarie della legge federale per i bilanci dei *Länder* (art. 104a c.3 LF n.v.) ⁽¹⁸⁾; paradossalmente, in questo modo si introduce perfino una nuova fattispecie soggetta all'approvazione eliminando però allo stesso tempo la necessità dell'approvazione nei casi dell'ingerenza nei procedimenti amministrativi dei *Länder* o delle loro strutture amministrative (ad es. la disciplina federale dell'istituzione di nuove autorità

(17) Cfr., *amplius*, la sezione monotematica dedicata all'approfondimento delle varie modifiche introdotte dalla riforma che sarà pubblicata nella Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo (DPCE) 2007-I (in corso di stampa).

(18) Questa ipotesi riguarda i casi dell'introduzione, con legge federale, di nuovi obblighi finanziari per i *Länder* nei confronti di terzi, anche nella forma di prestazioni; in questi casi i *Länder* saranno tutelati attraverso la loro partecipazione.

oppure delle spese amministrative). Di conseguenza, la percentuale delle leggi soggette ad approvazione dovrebbe scendere dall'attuale 60% a ca. 35-40⁽¹⁹⁾. In cambio, i *Länder* riceveranno il diritto alla deroga dal procedimento amministrativo federale (art. 84 c.1 LF n.v.); solo in casi eccezionali, che comportano tuttavia la necessaria approvazione da parte del *Bundesrat*, la Federazione potrà disciplinare il procedimento amministrativo senza possibilità di deroga regionale.

Nell'ambito delle competenze legislative, tale diritto ad una deroga regionale limitata (rispetto alla legislazione federale), sarà esteso ad alcuni settori come le politiche ambientali e universitarie nonché applicato ad alcune delle materie facenti parti della competenza concorrente (come contropartita per la cancellazione della fatidica clausola di necessità; art. 74 c.3 LF n.v.). Anche se rimane quindi il principio della competenza concorrente "alla tedesca" – il potere legislativo spetta ai *Länder*, fintantoché e in quanto la Federazione non ha esercitato il proprio potere –, esso viene limitato a determinate materie, ad esempio il diritto civile e penale, il diritto degli stranieri, mentre i *Länder* avranno il diritto alla deroga da una disciplina federale in altre materie elencate, come ad esempio la disciplina dell'accesso alle università oppure l'urbanistica. In queste materie, leggi federali entreranno in vigore non prima di sei mesi dopo la loro pubblicazione (se non disposto diversamente, con l'approvazione del *Bundesrat*), per dare tempo sufficiente ai singoli *Länder* di valutare i vantaggi di una propria disciplina in deroga a quella federale.

Un esempio utile per comprendere meglio questo nuovo meccanismo, già criticato per l'effetto "Ping-Pong" che potrebbe scatenare fra le discipline diverse in assenza del principio della supremazia del diritto federale, è l'ambiente, che si trova-

(19) Se applicata alla XIV (1998-2002) e alla XV legislatura (2002-2005), tale riforma avrebbe ridotto il numero delle leggi soggette ad approvazione del *Bundesrat* perfino al 25,8% (dal 54,8%) e al 24,0% (dal 50,6%), rispettivamente, così il calcolo di H. GEORGII e S. BORHANIAN, *Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform. Wie hätte sich der Anteil der Zustimmungsgesetze verändert, wenn die vorgeschlagene Reform bereits 1998 in Kraft gewesen wäre?* Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Berlin 2006.

va nelle materie della competenza di cornice (federale, art. 75 LF, e ora abolita), ma allo stesso tempo coesisteva con una serie di competenze minori dei *Länder* nell'ambito della competenza concorrente, impedendo così tutti i tentativi di creare un codice dell'ambiente unico (e federale). Alla Federazione spettavano finora la legislazione di cornice negli ambiti della caccia, della protezione della natura, del paesaggio, dell'urbanistica e delle acque. Queste materie di rilevanza ambientale sono ora trasferite nell'elenco della competenza concorrente dando quindi alla Federazione più poteri legislativi, controbilanciati tuttavia dal diritto alla deroga attraverso leggi dei *Länder*. Nel diritto ambientale esistono però limiti posti a discipline diverse dei *Länder*: essi sono oltre le norme comunitarie e le norme tecniche in materia di inquinamento (in particolare limiti e valori massimi), i cosiddetti "nuclei essenziali resistenti alle deroghe" (*abweichungsfeste Kerne*)⁽²⁰⁾ elencati nel nuovo catalogo della competenza concorrente in materia ambientale. La Federazione conserva così la competenza alla disciplina uniforme su tutto il territorio federale dei "principi" per la tutela della natura, in particolare per la protezione della diversità biologica e la garanzia del funzionamento dell'ecosistema, dai quali i *Länder* non potranno derogare con disciplina propria – con tutta la poca chiarezza del termine "principi"⁽²¹⁾. Entro questi limiti i *Länder* potranno quindi derogare alla disciplina federale, ma anche la Federazione potrà, con propria iniziativa, derogare nuovamente ad una diversa disciplina regionale. Per evitare confusione, nel caso del diritto dell'ambiente, la Federazione ha tempo fino al 2008 per elaborare un codice dell'ambiente uniforme; il diritto alla deroga regionale entrerà in vigore solo successivamente. Inoltre, tutte le leggi federali successive che modificheranno discipline regionali, entreranno

(20) Dalla prospettiva federale; si tratta delle precisazioni contenute nelle parentesi dell'art. 72 c.2 nn. 1, 2 e 5 LF che riguardano le seguenti materie: disciplina della caccia, tutela della natura e del paesaggio, diritto delle acque.

(21) Standard vincolanti ci saranno, ad esempio, molto probabilmente per la protezione delle specie e per la tutela della natura marina, ma non per la tutela del paesaggio oppure per l'istituzione di parchi naturali e biotopi.

in vigore non prima di sei mesi dopo la loro pubblicazione, per evitare delle discipline continuamente nuove e contrastanti. Sarà soltanto la prassi a dimostrare, se questa ripartizione piuttosto complicata contribuisca a chiarire e rafforzare le responsabilità politiche distinte.

5.2. *Abolizione della competenza legislativa federale di cornice e riordino dei compiti comuni*

Diversamente dai risultati raggiunti in seno alla Commissione, è ora prevista l'abolizione completa della legislazione federale di cornice⁽²²⁾; essa comprendeva soprattutto i principi generali della disciplina universitaria e dello *status* giuridico dei pubblici funzionari (art. 75 LF). Riguardo a questi ultimi (*Beamte*), alla Federazione spetterà in futuro soltanto la disciplina dello *status* giuridico (e dei derivanti diritti ed obblighi) dei propri funzionari, dei *Länder* e dei Comuni nonché dei magistrati nei *Länder*, mentre saranno trasferite ai *Länder* tutte le altre competenze, in particolare quelle riguardanti la carriera (*Laufbahn*), gli stipendi e la pensione; le competenze legislative spetteranno dunque al livello di governo al quale prestano servizio tali funzionari⁽²³⁾. Tuttavia, questo trasferimento ha suscitato parecchie preoccupazioni, soprattutto da parte dei *Länder* meno ricchi e piccoli, angosciati dalla prospettiva di una "gara distruttiva" sia in termini di risorse finanziarie per gli stipendi sia in termini di risorse umane per attrarre i candidati migliori⁽²⁴⁾. Preoccupati per le conseguenze di (e della loro posi-

(22) Dalle sette materie della competenza cornice spettanti alla Federazione fino alla riforma, due sono state trasferite alla competenza esclusiva federale, una alla competenza esclusiva dei *Länder* e quattro alla competenza concorrente.

(23) Il trasferimento della competenza legislativa viene giustificato dal fatto che *Länder* e Comuni sono responsabili per l'89% dei funzionari, mentre la Federazione soltanto per l'11%, con delle spese rispettive tra il 45% e il 48% per gli enti territoriali, e di solo 10% per la Federazione.

(24) Proprio per questo motivo, nel 1971 i *Länder* avevano ceduto tali competenze alla Federazione. Tuttavia, nel 2003 è stato creato un precedente alla differenziazione, quando sono state aperte ai *Länder* le discipline, fino a questa data uniformi e federali, della tredicesima e della quattordicesima (*Weihnachts- und Urlaubsgeld*): ora ci sono 17 discipline diverse – tuttavia, tutte hanno ridotto o cancellato parti dello

zione svantaggiata in) una tale competizione, lo Schleswig-Holstein si è astenuto ed il Mecklenburg-Vorpommern ha votato contro la riforma alla votazione nel *Bundesrat* ⁽²⁵⁾.

Accanto ai compiti comuni per la ricerca scientifica extrauniversitaria e del monitoraggio del sistema di istruzione, la riforma federale crea un nuovo compito comune, il supporto alla ricerca. Del tutto cancellati saranno invece i compiti comuni della costruzione universitaria e della pianificazione dell'istruzione, anche se è tuttavia prevista una compensazione attraverso trasferimenti finanziari federali ⁽²⁶⁾. Nelle prime bozze era prevista la riduzione quasi totale delle competenze federali nella politica di istruzione e di ricerca, punto particolarmente delicato trattandosi di materie considerate nucleo indispensabile delle competenze regionali (*Hausgut der Länder*), gelosamente custodito contro ogni interferenza, ultimamente anche con l'aiuto del Tribunale costituzionale ⁽²⁷⁾. D'altronde, esisteva un forte conflitto d'interessi: i *Länder*, in particolare quelli più piccoli e meno ricchi, erano e sono dipendenti da finanziamenti federali, come dimostra il recente programma per la promozione dell'istituzione di scuole a tempo pieno; di conseguenza, alcuni temevano addirittura una competenza esclusiva regionale e un conseguente divieto di cooperazione con la Federazione. Nell'ultima formulazione dell'art. 91b LF n.v. è stato quindi chiarito che la Federazione potrà sostenere, oltre ai progetti di ricerca alle università, anche la componente docenti ⁽²⁸⁾. Tutta-

stipendio prima garantito. Altri svantaggi messi in evidenza dai critici della riforma sono le conseguenti limitazioni della mobilità dei funzionari fra i *Länder* nonché un aumento della burocrazia.

(25) Durante i negoziati, i trasferimenti competenziali in materia dei pubblici funzionari sono diventati sempre di più una questione simbolica e di potere: sono stati visti come una delle contropartite più visibili a favore dei *Länder* per compensare la riduzione dei loro diritti partecipativi nel *Bundesrat*.

(26) Finora la Federazione ha speso circa un miliardo di Euro per le costruzioni universitarie, di cui saranno ora trasferiti 700 milioni ai *Länder*.

(27) Cfr., per il riferimento e un breve commento alle sentenze sui "professori junior" (sentenza del 27 luglio 2004, BVerfGE 111, 226) e sulle rette universitarie (sentenza del 26 gennaio 2005, BVerfGE 112, 226, cfr. anche in: Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ) 2005, 63), J. WOELK, «Modernizzare» lo stato federale tedesco: una fatica di Sisifo?, in: Le Regioni 5/2005 (ottobre), pp. 1115 – 1152.

(28) In conseguenza dell'aggiunta della parola "*Wissenschaft*"; la nuova formulazio-

via, tale sostegno federale richiederà l'approvazione all'unanimità nel *Bundesrat*: un singolo *Land* potrà dunque bloccarlo con un suo veto. Con questa forte garanzia a favore dei singoli *Länder*, introdotta all'ultimo minuto come modifica della proposta originaria, si è riusciti a superare lo scoglio che aveva fatto naufragare la Commissione nel dicembre 2004.

Infine saranno trasferite alcune materie, pure di minore importanza, alla competenza legislativa dei *Länder*, come la disciplina della chiusura dei negozi, ⁽²⁹⁾ del notariato, dell'esercizio di bar e ristoranti, della ricomposizione fondiaria (*Flurbereinigung*), del diritto di residenza, e la disciplina delle fiere e dei mercati.

5.3. *La responsabilità dei Länder negli affari comunitari e la fase "ascendente"*

Nell'ambito delle questioni riguardanti l'integrazione europea, l'accordo trovato sull'estensione esplicita del patto nazionale di stabilità anche ai *Länder* troverà ingresso in una disciplina costituzionale apposita (art. 109 c.5 LF n.v.): eventuali sanzioni comunitarie per violazioni del patto di stabilità da parte tedesca saranno suddivise fra Federazione e *Länder* nel rapporto 65 a 35; della parte riguardante i *Länder* la loro comunità sosterrà solidalmente il 35%, in proporzione al numero dei loro abitanti, mentre il 65% degli oneri sarà sostenuto da quei *Länder* che hanno causato le sanzioni (nella misura in cui hanno contribuito) ⁽³⁰⁾. Inoltre sarà disciplinata anche la questione del-

ne parla del possibile supporto finanziario federale di "*Vorhaben der Wissenschaft und Forschung an Hochschulen*".

(29) La liberalizzazione dell'orario di chiusura dei negozi, finora soggetta ad una rigida disciplina federale, ha tenuto occupato il dibattito pubblico per più di due decenni. Subito dopo l'approvazione della riforma, alcuni *Länder* hanno annunciato delle discipline proprie che permetteranno un'apertura di 24 ore tutti i giorni ad eccezione della domenica.

(30) Molto critici a riguardo, G. FÄRBER, N. OTTER, *Reform der Finanzverfassung – eine vertane Chance?* in *Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ)* 13-14/2005, p. 37. Nel frattempo risolta ed espressamente disciplinata dalla riforma costituzionale la questione è stata decisa, dopo l'entrata in vigore della riforma, il 17 ottobre 2006, dal Tribunale costituzionale federale che ha dichiarato direttamente applicabile la dispo-

la responsabilità per violazioni di diritto comunitario o di obblighi internazionali (art. 104a c. 6 LF n.v.): come per i diritti di partecipazione nella fase ascendente, il criterio per la suddivisione di eventuali oneri finanziari fra Bund e *Länder*, sarà la ripartizione interna delle competenze; nel caso di eventuali correzioni finanziarie da parte dell'Unione europea che interessano più *Länder*, tali oneri saranno sostenuti nel rapporto 15 : 85 tra Federazione e *Länder* ⁽³¹⁾. Entrambe le disposizioni saranno attuate da una legge federale soggetta ad approvazione del *Bundesrat*.

I *Länder* accettano anche correzioni all'art. 23 LF che comportano una limitazione della loro partecipazione diretta al Consiglio dei Ministri: l'art. 23 c.6 LF è cambiato nel senso di elencare esaurientemente i casi in cui i *Länder* possono partecipare con un loro rappresentante alle riunioni del Consiglio a livello comunitario; si tratta dei casi in cui sono interessate le competenze esclusive dei *Länder* nelle materie dell'istruzione scolastica, della cultura oppure dei media. L'informazione e la partecipazione riguardanti tutte le altre materie che spettano ai *Länder* in maniera esclusiva (ad esempio la sicurezza interna e la polizia) saranno disciplinate nella legge federale sulla cooperazione tra Federazione e *Länder* negli affari comunitari e nel rispettivo accordo di cooperazione. È inoltre prevista la valorizzazione della commissione ristretta del *Bundesrat* per le questioni europee (*Europakammer*), finora poco utilizzata: sarà introdotta una nuova procedura a distanza con possibilità di esprimere i voti (in maniera uniforme) anche per iscritto (e via fax), per velocizzare il processo decisionale all'interno di tale

sizione di cui all'art. 104a c.5 LF, secondo cui "Federazione e *Länder* [...] sono reciprocamente responsabili per la regolarità della loro amministrazione". Di conseguenza la Federazione può legittimamente rivalersi su un *Land* se questo era responsabile delle sanzioni imposte dalla Comunità europea alla Repubblica federale per deficit eccessivo, anche se nel computo va tenuto conto anche della responsabilità della Federazione.

(31) Anche in questo la parte riguardante i *Länder* sarà sostenuta dalla loro comunità in modo solidale per il 35%, seguendo uno schema generale, mentre il 50% degli oneri complessivi sarà sostenuto da quei *Länder* che hanno causato le sanzioni (nella misura in cui hanno ricevuto dei fondi).

organo pensato per raggiungere una posizione dei *Länder* anche in situazioni di urgenza.

5.4. Poche modifiche al sistema del federalismo fiscale

La riforma non tocca il nodo difficile (e cruciale) del federalismo fiscale, ma prevede soltanto correzioni leggere. In particolare, la riforma non affronta il problema delle tasse e imposte comuni il cui gettito viene diviso tra *Bund* e *Länder*, ed in parte anche Comuni; rimane quindi necessaria l'approvazione dei *Länder* a tutte le riforme fiscali. Un'eccezione viene introdotta soltanto per l'imposta – regionale – sull'acquisto immobiliare, per la quale gli stessi *Länder* saranno ora liberi di stabilire anche l'aliquota. Le “briglie d'oro” federali, cioè finanziamenti federali per determinati funzioni e compiti regionali saranno aboliti per l'edilizia agevolata e il trasporto comunale, mentre viene fatta un'eccezione per la promozione regionale e il miglioramento della struttura agraria nonché per investimenti significativi dei *Länder* ⁽³²⁾. Tuttavia, il nuovo articolo 104b LF introduce un nuovo limite per gli investimenti o contributi finanziari federali proibendoli espressamente nelle materie di competenza esclusiva dei *Länder*. L'obiettivo di tale norma è impedire che la Federazione contribuisca finanziariamente alle funzioni esclusive dei *Länder* per “comprare” una loro posizione accondiscendente nel *Bundesrat*. Di fronte alle difficoltà finanziarie permanenti dei *Länder*, un semplice divieto non può essere considerato la cura giusta, perché non risolve il problema di risorse adeguate per le funzioni attribuite.

5.5. Nuova tutela dei Comuni e clausola sulla capitale federale

La posizione dei *Länder* risulta rafforzata anche attraverso il divieto posto alla Federazione di trasferire, con legge federale, ulteriori funzioni agli enti locali (art. 84 c.1 7° per. LF). Per po-

(32) Questi ultimi solo nelle ipotesi di un disturbo dell'equilibrio economico complessivo, della perequazione delle capacità economiche diverse nel territorio federale oppure del sostegno alla crescita economica.

ter investire gli enti locali, in quanto componenti dei *Länder*, con il compito di dare esecuzione a leggi federali è quindi sempre necessaria un'apposita disciplina legislativa regionale. Questa necessità risponde alle richieste dei Comuni di essere meglio tutelati contro semplici trasferimenti di nuove funzioni da parte della Federazione in quanto questi non prevedevano quasi mai adeguate risorse per questi oneri ulteriori: le leggi dei *Länder* ora necessarie per rendere possibile tale trasferimento devono invece rispettare le discipline di compensazione ancorate nelle Costituzioni dei *Länder* ⁽³³⁾, non viene tuttavia toccata dalla riforma la legislazione federale già vigente ⁽³⁴⁾.

Che tale richiesta degli enti locali fosse giustificata dimostra il fatto che sulla questione dei rapporti Federazione-*Länder*-enti locali si è prontamente verificata la prima controversia riguardo all'attuazione della riforma federale per cui, l'8 dicembre 2006, il Presidente federale Horst Köhler si è deciso a non promulgare la Legge federale sulla disciplina dell'informazione dei consumatori. Non disponendo, secondo la Legge fondamentale tedesca, il Presidente federale dell'esplicito potere di rinvio al Parlamento, egli è comunque obbligato ad esaminare le leggi sottopostegli per la promulgazione sotto il profilo della loro costituzionalità formale ⁽³⁵⁾. Nel caso in questione il Presidente ha ritenuto che la nuova legge, nella parte in cui costituisce un diritto di tutti i cittadini all'informazione sui dati rilevanti per i consumatori in possesso degli enti locali non considera la situazione giuridica modificata in seguito alla riforma federale contrastando per l'appunto con il divieto esplicito posto alla Federazione dall'art. 84 c.1 7° per. LF (n.v.) di trasferire con legge federale nuove funzioni agli enti locali. Nonostante

(33) Così, ad esempio, in Baviera il cosiddetto principio della connessione legislativa (*Gesetzeskommexität*) stabilito all'art. 83 cc.3 e 6 della Costituzione bavarese.

(34) Art. 125a c.1 LF n.v.

(35) Art. 82 c.1 LF: "... adottate in conformità con le disposizioni della Legge Fondamentale". È già la seconda volta che il Presidente Köhler ha esercitato tale potere per negare la firma ad una legge: solo qualche settimana prima, il 24 ottobre 2006, il Presidente federale Köhler non aveva promulgato la legge sulla privatizzazione dell'agenzia federale per la sicurezza dei voli, ritenendola incostituzionale per violazione dei principi che reggono l'attività dell'amministrazione.

l'approvazione da parte del *Bundestag* sia avvenuta prima dell'entrata in vigore della riforma, la verifica del Presidente deve basarsi sulla nuova situazione dopo il 1° settembre 2006⁽³⁶⁾. Confermando le riserve riguardo alla costituzionalità della legge espresse dai *Länder* Berlino, Sassonia-Anhalt e Schleswig-Holstein già durante il dibattito nel *Bundesrat*⁽³⁷⁾, il Presidente ritiene comunque possibile una nuova approvazione della legge se si rinuncia al trasferimento diretto (e dunque) in-costituzionale di funzioni.

Infine la riforma prevede l'integrazione dell'art. 22 LF, sulla bandiera tedesca, con una clausola sulla capitale federale, Berlino. Oltre all'effetto simbolico della costituzionalizzazione, ci sarà una disciplina articolata, adottata con legge federale, che includerà anche una parte sugli oneri finanziari derivanti da tale disposizione⁽³⁸⁾. Solo poche settimane dopo, il Tribunale costituzionale federale non ha riconosciuto lo stato di emergenza finanziaria per Berlino e rigettato il ricorso di tale *Land* contro le norme della legge sulla perequazione finanziaria e della legge sul patto di solidarietà⁽³⁹⁾. In base a queste norme, dal 2002 la capitale tedesca, in condizioni finanziarie particolarmente difficili, non riceve più i contributi federali straordinari per il risanamento del bilancio. I giudici costituzionali non ritenevano sussistenti le condizioni per la dichiarazione dello stato di emergenza finanziaria a Berlino (che giustificerebbero contributi federali speciali, art. 107 c. 2 3. per. LF), affermando che le difficoltà finanziarie possono ancora essere risolte dalla città-Stato con le proprie forze. Lo stato di emergenza finanziaria deve ritenersi un'assoluta eccezione nel quadro del sistema pe-

(36) Giurisprudenza costante del BVerfG a partire dalla decisione BVerfGE 34, 9. La nuova legge era stata approvata il 29 giugno 2006 dal *Bundestag*, ma solo il 22 settembre – e quindi dopo l'entrata in vigore della riforma – dal *Bundesrat*.

(37) Per questo motivo, Berlino aveva votato contro la legge nel *Bundesrat*.

(38) Cfr. O. PAGENKOPF, *Eine Hauptstadt Klausel für das Grundgesetz*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)* 3/2005, p. 85 ss.

(39) Sentenza del 19 ottobre 2006 (2 BvF 3/03); la pronuncia, molto attesa per le sue evidenti ricadute politiche, si conferma in linea con il recente filone giurisprudenziale, inaugurato nel 1999, volto ad affermare un maggior grado di competitività (anche e soprattutto in ambito economico e finanziario) tra i diversi *Länder*.

requativo tedesco, perché contraddice l'autonomia finanziaria e in ultimo anche politica dei *Länder*, può giustificarsi solo in termini comparativi rispetto alle condizioni finanziarie degli altri *Länder* e deve ritenersi di strettissima interpretazione. Berlino dovrà quindi cavarsela da sola, almeno per il momento; nell'attuazione della clausola sulla capitale federale si dovrà tenere conto sia della situazione finanziaria difficile sia dei principi sottolineati dai giudici costituzionali.

6. *La prospettiva: un federalismo più asimmetrico?*

La riforma, espressione dell'accordo trovato tra i *partner* della Grande Coalizione ed i Ministri-Presidenti, approvato sia dal *Bundestag* che dal *Bundesrat*, salva quindi i risultati raggiunti (ma mai formalizzati) dalla Commissione per la modernizzazione dello Stato federale e, almeno in alcune parti, va perfino oltre (ad esempio con l'abolizione della competenza cornice) sottolineando una volontà cooperativa e di riforma: il grande sforzo della riforma federale potrebbe diventare il primo prezioso segnale della capacità di riforma del nuovo governo e dare credibilità alla sua agenda di riforma svolgendo così un'importante funzione catalizzatrice.

Oltre alla vasta portata delle modifiche costituzionali, la riforma sembra anche innovativa perché apre per la prima volta a delle soluzioni asimmetriche, in forte contrasto con la tradizione e l'esperienza tedesca fino ad oggi. Uno dei pilastri fondamentali del sistema federale tedesco, che nel passato ha prodotto le fortissime tendenze centripete, è – paradossalmente – il concetto di uniformità. Essa si esprime sia nei valori di fondo (omogeneità dei principi, art. 28 LF), sia nelle condizioni materiali di vita che devono essere garantite sull'intero territorio federale (omogeneità del benessere, art. 72 LF). Per la sua storia e per i suoi valori fondamentali, il sistema tedesco non tollera disparità geografiche nel godimento dei diritti e nel livello di svi-

luppo economico ⁽⁴⁰⁾. È evidente che il carattere uniforme è in forte contrasto con la ragion d'essere di tanti sistemi federali, la salvaguardia del pluralismo attraverso soluzioni potenzialmente diverse. Inoltre, esso sembra meno adatto a garantire l'elasticità di sistema, necessaria per reagire agli scossoni derivanti sia dall'integrazione europea (e dalla globalizzazione) sia dall'integrazione interna in seguito all'unificazione.

Queste condizioni mutate avevano dato vita ad un complesso percorso di ricerca di un nuovo equilibrio tra Federazione e *Länder*, ed in particolare tra esigenze della solidarietà finanziaria e necessità di maggiore competitività del sistema. Dopo il fallimento della Commissione nel dicembre 2004, la riforma ora approvata recupera gran parte delle sue proposte e propone per la prima volta l'introduzione di forme asimmetriche basate sul "diritto di deroga": esse potrebbero sostituirsi alla poca chiarezza in termini di responsabilità politica e allo stesso tempo permettere di seguire delle preferenze regionali, sperimentare nuove discipline e di trovare delle soluzioni più vicine al cittadino – al prezzo di rompere con il dogma tradizionale dell'uniformità permettendo un quadro normativo più complesso con delle discipline regionali (anche diverse fra di loro) in alcune parti del territorio federale e una disciplina federale nel resto. In questa prospettiva, l'introduzione di un tale "diritto di deroga" per la Germania sembra essere già un passo enorme.

L'apertura (prudente) a soluzioni legislative differenziate per singoli *Länder* al posto della necessità di trovare una maggioranza nel *Bundesrat* prima dell'approvazione collettiva potrebbe aprire a logiche e dinamiche diverse che vedono i singoli *Länder* come protagonisti; il limite di questo potenziale sta ovviamente nella portata – limitata – delle competenze interessate. Non mancano delle proposte di riforma che vanno oltre alle

(40) Una certa sfiducia nei confronti dei *Länder* fa forse parte della memoria storica collettiva dei tedeschi in quanto nel passato il centro veniva spesso identificato con modernità e efficienza, mentre i *Länder*, le periferie, erano visti come tipica espressione di un campanilismo obsoleto, finalmente superato dalla fondazione del *Reich* di Bismarck nel 1871; H. KÜHNE, *Föderalismusreform – Laufen oder Stolpern?* in *Aus Politik und Zeitgeschichte* (APuZ) 13-14/2005, p. 5.

modifiche costituzionali appena approvate⁽⁴¹⁾.

Tuttavia, tre argomenti, da tempo discussi in dottrina come ipotesi promettenti per la modernizzazione del sistema federale, sono stati esclusi sin dall'inizio sia dall'agenda della Commissione sia dalle proposte di modifica costituzionale ora approvate: il riordino territoriale dei *Länder*⁽⁴²⁾, il sistema esistente di perequazione fiscale (che, dopo l'accordo trovato con grande difficoltà, è entrato in vigore nel 2005 e dovrebbe essere mantenuto fino alla scadenza nel 2019), e soprattutto eventuali competenze legislative dei *Länder* in materia fiscale in quanto i *Länder* più poveri lo mettevano in relazione con il rischio di una pericolosa competizione fiscale⁽⁴³⁾. Soprattutto per le paure politicamente facilmente mobilizzabili con lo spauracchio del "federalismo competitivo" – equiparato spesso volutamente, in particolare nei *Länder* poveri e all'Est, alla rinuncia neolibérale all'elemento solidaristico – un'alleanza tra *Länder* orientali e piccoli *Länder* occidentali riuscì ad escludere questi tre argomenti dall'agenda dei negoziati per le riforme.

Non meraviglia quindi, che il *Bundesrat* abbia, in occasione dell'approvazione della riforma, già espresso le sue aspettative riguardanti una necessaria parte seconda della riforma: in una sua risoluzione, adottata lo stesso giorno, si auspica il rafforzamento delle responsabilità proprie degli enti territoriali locali e l'inclusione della garanzia di risorse finanziarie adeguate; la risoluzione contiene inoltre un elenco aperto riguardo possibili

(41) Per aumentare gli spazi di azione autonoma dei *Länder* (e dei loro Parlamenti), F. W. SCHARPF, *Nicht genutzte Chancen der Föderalismusreform*, MPIfG Working Paper 06/2. Mai 2006 (<http://www.Mpi-fg-koeln.mpg.de/pu/workpap/wp06-2/wp06-2.html>), al posto del principio di separazione delle sfere competenziali, propone un diritto alla deroga "condizionato" corrispondente ad una clausola di elasticità o di sussidiarietà con un esame tripartito della compatibilità di una disciplina regionale con l'interesse generale, ivi cit. p. 8 ss.

(42) Da tempo in dottrina si discute la riduzione del numero dei *Länder*, creando delle entità più omogenee in termini economici, di territorio, e popolazione; v. in dottrina, ad esempio, il recente contributo di U. LEONARDY, *Föderalismusreform ohne Länderneugliederung?*, in F. DECKER (cur.), *Föderalismus an der Wegscheide? Optionen und Perspektiven einer Reform der bundesstaatlichen Ordnung*, Wiesbaden 2004.

(43) Cfr., per tutti, l'analisi acuta della "chance persa" da parte di G. FÄRBER, N. OTTER, *Reform der Finanzverfassung*, cit., p. 33 ss.

riforme dei rapporti finanziari tra Federazione e *Länder* ⁽⁴⁴⁾.

7. La prova del nove: l'annunciata riforma dei rapporti finanziari

Il 15 dicembre 2006 il *Bundestag* e il *Bundesrat* hanno approvato, all'unanimità, l'istituzione di una nuova Commissione comune che dovrà occuparsi della delicata seconda parte della riforma federale entrata in vigore il 1 settembre e quindi del districamento e del riordino dei rapporti finanziari ("*Föderalismusreform II*"). La sua composizione ricalca quella della Commissione sulla modernizzazione dello Stato federale con la partecipazione paritetica dei 16 Ministri-Presidenti e di 16 rappresentanti della Federazione oltre ai quattro rappresentanti dei Parlamenti dei *Länder* senza diritti di voto ⁽⁴⁵⁾. Secondo il suo mandato la Commissione deve "elaborare delle proposte per la modernizzazione dei rapporti fra *Bund* e *Länder* adattando tali rapporti al contesto modificato sia in Germania sia all'estero con particolare riguardo alle politiche di crescita e occupazionali. Le proposte dovrebbero rinforzare la responsabilità propria degli enti territoriali nonché le loro risorse finanziarie in corrispondenza alle loro funzioni".

L'obiettivo politico dichiarato è l'approvazione del riordino dei rapporti finanziari entro la fine dell'attuale legislatura con la

(44) Entschließung des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (BR 180/06). Soprattutto i liberali (FDP) si erano da tempo impegnati per un nesso vincolante tra la riforma del federalismo e quella del federalismo fiscale condizionando la loro approvazione alla prima dalla prospettiva concreta della parte seconda della riforma. Dopo le ultime elezioni regionali, la partecipazione del FDP a coalizioni di governo nei *Länder* è diminuita da cinque a solo tre comportando la perdita della "minoranza di blocco" all'interno del *Bundesrat*.

(45) Il capogruppo socialdemocratico nel *Bundestag*, Peter Struck diventerà Presidente della Commissione per la Federazione, mentre il Ministro-Presidente del Baden-Württemberg, Günther Oettinger, rappresenterà i *Länder* in veste di Co-Presidente. Tra i 16 rappresentanti del *Bundestag*, per il governo federale partecipano i ministri Peer Steinbrück (Finanze, SPD), Wolfgang Schäuble (Interni, CDU), Brigitte Zypries (Giustizia, SPD) e Thomas de Maiziere (Cancelleria federale, CDU). Ogni membro può essere sostituito da un supplente.

maggioranza della Grande Coalizione; tuttavia Federazione e *Länder* vorranno intanto come prima fase dei lavori, fino all'estate 2007, elaborare degli obiettivi propri in sede separata. I lavori saranno rivolti in particolare alla prevenzione di crisi di bilancio future e al superamento di quelle attuali ⁽⁴⁶⁾, ad un districamento delle funzioni amministrative e alla creazione di ulteriori strumenti efficaci di collaborazione fra i *Länder* fino alla loro fusione volontaria (tuttavia poco probabile) ⁽⁴⁷⁾ nonché ad un diritto dei *Länder* di fissare delle quote regionali supplementari per determinate imposte federali. La Commissione deciderà con la maggioranza di due terzi dei suoi membri.

C'è tuttavia da vedere se il successo dell'entrata in vigore della prima parte della riforma possa creare lo slancio necessario per superare le insidie ancora maggiori della seconda. Il fatto che la Grande Coalizione abbia già dato prova della sua capacità di riforma potrebbe sembrare sufficiente ad alcuni e l'attuale accordo che ha portato all'insediamento della seconda Commissione non sembra una garanzia sufficiente per il consenso necessario per raggiungere un compromesso sulle questioni decisive. Indicativo è il cambio dei temi principalmente discussi in seguito alla presentazione politica degli obiettivi della seconda fase della riforma: mentre inizialmente si volevano correggere e quasi abolire i numerosi intrecci e finanziamenti comuni tra Bund e *Länder* introdotti 40 anni fa dalla prima Grande Coalizione, ora l'attenzione è sempre più rivolta alla questione della perequazione finanziaria orizzontale che però rischia di aprire le vecchie contrapposizioni fra *Länder* ricchi e poveri, entrambi riuniti nella difesa dello *status quo*, se non

(46) Le difficoltà finanziarie dei *Länder* sono infatti molto serie, come dimostra peraltro la citata sentenza del Tribunale costituzionale federale sul caso di Berlino (ma sono ancora pendenti i ricorsi del Saarland e di Brema): attualmente 11 dei 16 *Länder* rischiano, a causa dell'indebitamento, l'incostituzionalità del loro bilancio; tra le proposte per affrontare questo problema spicca l'introduzione di limiti per l'indebitamento e la costituzione di un patto di stabilità.

(47) Tuttavia, alcuni politici, tra cui il capogruppo socialdemocratico nel *Bundestag*, Peter Struck, ipotizzano già una terza fase della riforma con la fusione di alcuni *Länder* piccoli tra loro o con qualche *Land* più grande per raggiungere più efficienza e risparmi a vantaggio dei cittadini.

modificabile al rispettivo favore.

Il giudizio scettico “*vor der Reform ist nach der Reform*” – vale a dire: intanto non cambierà nulla, anche dopo la riforma rimarrà tutto come prima – è molto probabilmente esagerato: nonostante tutte le critiche un primo passo è stato fatto. Come dimostra anche l’esperienza italiana con l’attuazione della riforma del Titolo V, tanto dipenderà dall’attuazione nei prossimi anni, in particolare dall’uso concreto (e politico) che sarà fatto del nuovo diritto “alla deroga” che permette soluzioni differenziate. Si dovrà quindi vedere, se e quanto questo nuovo strumento verrà utilizzato: l’indice di tolleranza o meno nei confronti di nuove soluzioni e discipline asimmetriche costituirà un ottimo indicatore.

Decisivo per la riuscita definitiva della modernizzazione dello Stato federale tedesco sarà tuttavia il secondo intervento riformatore, quello appena iniziato sul riordino del federalismo fiscale.

La Città autonoma di Buenos Aires: un nuovo soggetto federale? Contributo al dibattito in corso sul nuovo Codice delle Autonomie locali (*)

di Roberta Billè

Sommario

1. Considerazioni introduttive. – 2. Lo status quo ante. – 3. La riforma costituzionale del 1994. – 4. Buenos Aires: Città autonoma e Capitale federale. – 5. Attuazione della riforma e problematiche derivate. – 6. La carta organizzativa della Città di Buenos Aires: Statuto o Costituzione? – 7. Definizione dello status giuridico della Città di Buenos Aires. Conclusioni.

1. Considerazioni introduttive

La revisione intervenuta nel 1994 ha introdotto nella Costituzione argentina una serie di novità molto importanti per la ridefinizione dell'assetto federale; tra queste modifiche si richiama il riconoscimento di un potere statutario alla Città - Capitale federale di Buenos Aires. L'articolo 129 Cost. prescrive, infatti, che, attraverso rappresentanti eletti a tale effetto, la Città si doti di un proprio Statuto organizzativo.

L'obiettivo del presente contributo è quello di analizzare la storia e l'evoluzione di tale ente territoriale, che si trova allo stato attuale ad avere una natura del tutto particolare, nella prospettiva di richiamare gli ampi dibattiti in materia intercorsi tra costituzionalisti e amministrativisti.

(*) Il presente contributo è frutto di una rielaborazione approfondita di un precedente lavoro ora in corso di pubblicazione tra gli Atti del Convegno sui "Processi di *devolution* e transizioni costituzionali negli Stati unitari" svoltosi a Bologna il 24 e il 25 novembre 2006.

Ciò che indubbiamente emerge dallo studio della disposizione costituzionale richiamata, la cui attuazione è avvenuta per mezzo di una legge statale prima (cd. «legge di garanzia») e successivamente con lo Statuto organizzativo cittadino, è la sensibilità mostrata nel dare vita ad un modello territoriale nuovo, *sui generis*, pensato appositamente per rispondere alle esigenze economiche, produttive e sociali di una Città, quale è quella di Buenos Aires, che non può essere considerata un normale Comune, in quanto da sempre costituisce il perno su cui ruota l'intera economia nazionale e dove vivono ben 12 milioni di persone ⁽¹⁾.

Il riconoscimento di questo nuovo *status* manifesta molto bene una delle ragioni che ha portato alla revisione costituzionale del 1994, ovvero il rafforzamento del federalismo, a sua volta riflesso della democratizzazione che ha permeato la riforma *de qua*.

L'analisi critica di questo modello, che d'altro canto si situa all'interno di un processo che non si è ancora concluso, è stata svolta anche nella speranza di fornire un contributo per il dibattito in corso in Italia concernente la definizione dello *status* istituzionale di Roma Capitale ⁽²⁾, problematica sorta in seguito alla riformulazione dell'art. 114, comma 3, Cost. e, più in generale, la prossima istituzione delle Città Metropolitane, in quanto «enti autonomi ad ordinamento differenziato» ⁽³⁾.

(1) La storia della Città di Buenos Aires rievoca in molte sue parti il percorso evolutivo che ha contraddistinto la vita di altre Città-Capitali (federali e non); essa mostra, in particolare, notevoli somiglianze con l'*iter* seguito da Washington D.C., come mostrato da un'accurata analisi di N. OLIVETTI RASON, *Washington D.C. tra «centro» e «periferia»*, in *Quaderni costituzionali*, n.1, 1990, p. 192 ss.

(2) Si richiamano gli articoli 3 e 5 del disegno di legge-delega al Governo, che ha, tra le sue finalità, l'istituzione delle Città metropolitane e l'ordinamento di Roma Capitale della Repubblica, nella versione approvata dal Consiglio dei Ministri il 19 gennaio scorso.

(3) Sulla base di quanto stabilito nell'art. 1, comma 3 della proposta di disegno di legge-delega per la costituzione della Città Metropolitane presentata dall'ANCI-Gruppo di lavoro "Città metropolitane", a cura di F. MERLONI, S. DOTA e V. NICOTRA, consultabile su www.astridonline.it/Roma-Capit/Atti-parla/Anci_testo-Citta-Metrop.pdf (24/01/2007). Sulla natura delle Città Metropolitane si rimanda al contributo di V. CERULLI IRELLI, *La provincia metropolitana*, consultabile su www.astridonline.it/Roma-Capit/Studi--ric/CERULLI-ProvinciaMetropolitana-7_2_0.pdf.

Prima, però, di entrare nel merito della questione, è doveroso accennare ai caratteri connaturati nel federalismo argentino. L'Argentina, da sempre luogo di incontro e di sintesi tra le tradizioni giuridiche nordamericane e quelle europee ⁽⁴⁾, non ha smentito questa sua peculiarità al momento di conferire allo Stato e alla sua forma di governo una struttura federale. Ciò è ancor più vero in una prospettiva diacronica, come si cercherà di spiegare in un rapido richiamo delle tappe che hanno delineato lo sviluppo federale dell'Argentina.

Nel 1853, con l'approvazione della Costituzione argentina, i costituenti decisero di importare un modello federale simile a quello statunitense. Perciò le Province argentine, in quanto potere originario e non derivato, riconobbero l'autorità e la sovranità di un livello federale, al quale, pur nella loro autonomia, si sottomisero, seguendo in questo modo lo schema classico del «federalismo aggregativo» ⁽⁵⁾. A tutt'oggi vige il tipico riparto di competenze degli Stati federali, ove ciò che non è espressamente delegato dagli Stati federati (in questo caso le Province) al Governo federale rimane di competenza statale (art. 121 Cost.).

Le Province vengono perciò così a godere di un'autonomia costituzionale, oltre che politica e istituzionale. Tale autonomia è sufficientemente garantita dalle previsioni costituzionali sia laddove esse dispongono la competenza della Corte Suprema della Nazione a giudicare in via esclusiva in tutti quei casi in cui essa sia messa in pericolo (art. 116 e 117 Cost.), sia laddove esse prescrivono che nel Senato federale vi siano tre senatori per ciascuna Provincia (art. 54 Cost.) fissandone così il ruolo di

(4) Vedi i richiami nella norma fondamentale argentina alla Costituzione di Cadice del 1812 (Spagna) e all'istituto dell' «intendenza» mutuato dall'esperienza francese e applicato, prima della riforma del 1994, alla Città di Buenos Aires. In questo senso C. I. ASTUDILLO REYES, *Modelli consolidati di decentramento nel sud del continente americano: Argentina e Brasile*, in G. PAVANI e L. PEGORARO (a cura di), *Municipi d'Occidente – Il governo locale in Europa e nelle Americhe*, Roma, 2006, p. 340.

(5) Per uno studio delle varie esperienze federative e confederative e per una ricostruzione delle differenze tra «federalismi aggregativi» e «federalismi disaggregativi» si rimanda a G. DE VERGOTTINI, *Diritto Costituzionale Comparato*, Padova, 2004, p. 289 ss.

centro di raccolta di istanze territoriali decentrate.

La Costituzione federale pose comunque alcuni limiti a tale autonomia, in particolare nel prevedere che le Costituzioni statali fossero conformi al principio rappresentativo repubblicano e assicurassero, nei limiti della propria competenza territoriale, l'amministrazione della giustizia (art. 5 Cost.).

Fu prescritto un ulteriore limite alle Province, che più di tutti contraddistingue e differenzia il modello federale argentino da quello statunitense; si tratta del vincolo in forza del quale le Province, attraverso le proprie Costituzioni, debbono assicurare il regime municipale. Si dovrà aspettare, tuttavia, il 1994 per vedere direttamente riconosciuta nella Costituzione federale una vera e propria autonomia municipale.

Pur in presenza di questa sostanziale differenza è possibile affermare come il modello argentino riproducesse i caratteri tipici del federalismo «duale-competitivo» statunitense⁽⁶⁾, ovvero una distribuzione di poteri su due livelli, in una logica concorrenziale e asimmetrica, foriera di disparità e di disequilibrio tra le Province ricche, popolate e industrialmente avanzate (quali quelle sud-orientali) e le Province povere e demograficamente in difetto (quali quelle nord-occidentali).

Un progressivo cambiamento si è avuto a partire dagli anni cinquanta del secolo scorso, il quale ha condotto all'affermazione di un federalismo maggiormente improntato alla concertazione e a fenomeni di aggregazione interni alle Province e tra lo Stato e le Province: si suole parlare a questo proposito di «federalismo cooperativo»⁽⁷⁾. La riforma costituzionale del 1994 ne ha definitivamente delineato i contorni, attraverso una serie di previsioni caratterizzate da un forte decentramento e dal riconoscimento della necessità di superare gli squilibri della Federazione argentina.

Si conferisce, per esempio, rango costituzionale al regime di compartecipazione alle imposte dirette e indirette, un vero e proprio federalismo fiscale, che, ai sensi dell'art. 75, comma 2,

(6) A. M. HERNÁNDEZ, *El federalismo a diez años de la reforma constitucional de 1994*, contributo su *federalismi.it.*, n. 24/2005 (20/02/2007), p. 21.

(7) P. J. FRÍAS e altri, *Derecho Publico Provincial*, Buenos Aires, 1985, p. 389.

Cost. dovrà essere istituito con una legge/intesa tra lo Stato e le Province (oltre che, come si vedrà qui di seguito, la Città autonoma di Buenos Aires) e che avrà come scopo primario il perseguimento «di un livello equo di sviluppo, di qualità della vita e di pari opportunità su tutto il livello nazionale»⁽⁸⁾.

Al medesimo scopo è vocata la regionalizzazione prevista dal nuovo articolo 124 Cost., che dà facoltà alle Province di associarsi tra di loro al fine di dare vita ad un nuovo modello organizzativo interno (la Regione). L'effettiva creazione di Regioni non provocherebbe d'altro canto la perdita per le Province della propria autonomia, la quale al contrario ne uscirebbe rafforzata, dato che tale unione è stata voluta espressamente in Costituzione come strumento per il perseguimento dello sviluppo economico e sociale.

L'esperienza argentina di federalismo appare perciò originale nei suoi percorsi e nelle sue evoluzioni, reattiva ai disagi di un modello federale statico e solo apparentemente decentrato (come nei primi decenni) e ai cambiamenti derivanti da movimenti mondiali quali la globalizzazione⁽⁹⁾. Si avverte così una nuova consapevolezza dei livelli locali, intesi sia nella loro dimensione provinciale che in quella municipale (per definire questa nuova fase del federalismo argentino, si può parlare di «seconda ondata di decentramento»).

La rinnovata promozione delle periferie da parte del centro rafforza, inoltre, l'identità nazionale poichè permette un miglioramento dell'efficienza e del grado di partecipazione alla vita politica e sociale delle popolazioni afferenti ai singoli livelli di governo.

Non contrasta con tale logica, che anzi ne viene esaltata, la creazione di un nuovo soggetto federale, quale ora appare la Città autonoma di Buenos Aires, a metà strada tra un Comune e una Provincia. Perciò pare opportuno soffermarsi su tale ente territoriale, cercando di analizzarne accuratamente la disciplina

(8) La traduzione è nostra.

(9) A. M. HERNANDEZ e D. VALADES, *Rol de las regiones, provincias y municipios en el proceso de integración. Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Frías*, México, 2003, *passim*.

costituzionale, ma soprattutto l'attuazione ad essa seguita. L'esito di tale indagine permetterà di comprendere i cambiamenti che stanno attraversando la Nazione argentina, sempre più coinvolta dalle spinte democratiche e progressiste provenienti dall'esterno.

2. *Lo status quo ante*

Nella Costituzione che la Federazione argentina si diede nel 1853 non si incontrano riferimenti diretti alla Città di Buenos Aires; al contrario diversi sono i richiami alla Capitale Federale della Nazione.

Infatti, è solo dopo alterne vicende, dovute alla reticenza della Città a convertirsi nella Capitale, che con la legge n. 1029 del 1880 (denominata «Legge di Federalizzazione») Buenos Aires viene consacrata Capitale della Repubblica ai sensi dell'art. 3 della Costituzione allora vigente. Ciò fu reso possibile solo a seguito di un accordo politico tra la Legislatura di Buenos Aires ed il Congresso federale.

Tale reticenza nasceva, infatti, da una totale indipendenza della Città nei confronti di livelli territoriali superiori; già a partire dal 1826 la Provincia di Buenos Aires aveva cessato dall'esercizio delle sue funzioni nei confronti della Città di Buenos Aires.

E' centrale in questa analisi storica ed evolutiva avviare l'indagine dall'articolo 3 della Costituzione del 1853, il cui testo recitava: «le autorità che esercitano il potere esecutivo a livello federale risiedono nella città che si dichiara Capitale della Repubblica con legge speciale del Congresso, previa cessione da parte di una o più legislature provinciali del territorio da federalizzare⁽¹⁰⁾».

In questo specifico caso la Provincia di Buenos Aires aveva, come già detto, totalmente rinunciato a una qualsiasi forma di autorità verso la Città. Ciò ha permesso che Buenos Aires, una

(10) La traduzione è nostra.

volta raggiunto un accordo tra l'autorità cittadina e quella federale, potesse diventare direttamente la sede del potere statale.

L'ubicazione delle istituzioni federali nella Capitale ha avuto come conseguenza diretta la previsione dell'art. 67, comma 27, Cost., che conferiva al Congresso, organo legislativo federale, il potere di esercitare una legislazione esclusiva su tutto il territorio della Capitale, e l'art. 86, comma 3, Cost., che attribuiva al Presidente della Nazione, organo esecutivo federale, la carica al vertice del potere esecutivo della Capitale.

Tuttavia, già attraverso la lettura degli articoli della Costituzione del 1853, traspare la doppia anima della Città di Buenos Aires, alla cui condizione di Capitale si affianca il suo *status* di Comune (*Municipalidad*); dall'articolo 81, infatti, si evince la necessità di costituire nell'ambito del Comune di Buenos Aires una figura denominata «*Presidente de la Municipalidad*», una sorta cioè di Intendente della Città. Tale elemento rivela il riconoscimento di un regime municipale nella Capitale federale.

Il Presidente della Nazione, secondo la Costituzione del 1853, avrebbe quindi esercitato nella Capitale un potere diretto e, subordinato ad esso, si sarebbero create nel distretto federale le basi di un governo municipale ⁽¹¹⁾.

La natura del potere attribuito al Presidente della Nazione in riferimento al governo della Città è stato chiarito, attraverso l'attuazione del disposto costituzionale, da varie leggi che a partire dal 1853 hanno dettato l'organizzazione interna di Buenos Aires. Tra queste la legge organica del 1972 (n. 19.987) è quella che oggi permette di comprendere quale fosse la struttura organica della Città antecedente alla riforma costituzionale del 1994.

Nella legge organica appena richiamata si afferma che il Comune di Buenos Aires, come persona giuridica pubblica *statale*, esercita il governo e l'amministrazione della Città in conformità alle attribuzioni in essa stabilite (art. 1); il dato però più evidente di sottomissione della Città alla volontà politica del

(11) G.J. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, 1988, p. 223.

Governo federale è rappresentato dalla previsione di nomina del *Presidente de la Municipalidad* da parte dello stesso Presidente della Nazione (art. 27). Questo meccanismo di designazione dell'Intendente cittadino faceva somigliare questa carica alla figura di un semplice delegato personale del Presidente ⁽¹²⁾, più che ad un soggetto politico a sé stante.

Questo rapido *excursus* storico serve per comprendere quale fosse lo *status* istituzionale della Città di Buenos Aires prima della riforma costituzionale del 1994.

Come si analizzerà nel prosieguo del lavoro, infatti, l'ultima revisione costituzionale effettuata ha avuto, tra le altre, la funzione di conferire rango costituzionale alla Città in quanto livello di governo e soggetto politico indipendente dalla sua condizione di Capitale del Paese, conferendo ad essa un'autonomia *sui generis*, la cui vera essenza è al centro a tutt'oggi di numerosi dibattiti. Manca, infatti, un consenso generalizzato sulla sua natura giuridica, considerato il suo carattere particolare e il suo essere contemporaneamente Comune e Capitale.

Già per gli interpreti del vecchio testo costituzionale fu un vero «rompicapo» l'inquadramento teorico da assegnare all'ente-Città di Buenos Aires. Non si può certo negare la presenza in questo di caratteristiche sia delle Province sia dei Comuni ⁽¹³⁾.

La Città, infatti, se con le Province condivideva il potere di eleggere direttamente i deputati e i senatori nazionali (potere che le permane) e indirettamente il Presidente e il Vice-

(12) J. DE GIOVANNI, *La ciudad de Buenos Aires y la nueva Constitución: una autonomía fundacional*, Buenos Aires, 1995, p. 39. L'A., partendo dal dato secondo cui logica vorrebbe che la Costituzione non incorresse nell'inutile e ridondante creazione di due funzionari pubblici dotati della stessa competenza, fa propria la teoria, abbracciata anche da altri autori, secondo cui si sarebbero dovuti limitare i poteri del Presidente della Repubblica a quelli di stretto interesse nazionale.

Teoria, di fatto, confermata dalle parole della Corte Suprema, la quale, nella sua giurisprudenza, ha affermato come il Comune di Buenos Aires non potesse essere considerato "una semplice ripartizione amministrativa nazionale"; l'autorità nazionale incaricata di dargli un'organizzazione interna avrebbe dovuto perciò garantirgli i poteri necessari per il perseguimento dei suoi fini (sentenze 303:285 e 305:1780).

(13) Si ricorda come i Comuni, ai sensi dell'art. 5 della Costituzione del 1853, fossero enti necessari la cui istituzione e configurazione spettava (e spetta attualmente) alle stesse Province.

Presidente della Nazione (ora non più, dato che con la riforma del 1994 si è approvato un sistema di elezione diretta del titolare del potere esecutivo federale e del suo Vice), non godeva di certo del loro potere legislativo e giudiziario⁽¹⁴⁾, e tanto meno del potere di darsi una propria Costituzione.

Rispetto ai Comuni, invece, la Città di Buenos Aires, in qualità di Capitale federale, aveva due caratteristiche che contribuivano a definirne una posizione differenziata:

- l'esplicita previsione in Costituzione;
- il non assoggettamento ad alcuna autorità provinciale.

Tuttavia tali differenze hanno finito con l'essere meramente formali e solo apparentemente segni di uno *status* più favorevole. Ciò in particolare perché il mancato assoggettamento ad una Provincia non ha significato per la Città di Buenos Aires essere necessariamente più libera di autodeterminarsi.

Inoltre la previsione in Costituzione della Città-Capitale federale di Buenos Aires, se da una parte garantiva maggiormente la sua esistenza, dall'altra rendeva più difficile una correzione del suo *status* in senso maggiormente autonomistico, data la rigidità del testo costituzionale.

A questo proposito è interessante affiancare alle osservazioni fatte anche qualche parola sulla recente evoluzione di cui è stato protagonista il costituzionalismo provinciale (i primi esempi di questo cambiamento si riscontrano nelle Costituzioni delle Province di Chubut e di Rio Negro del 1957), a seguito della quale i Comuni hanno acquisito un ruolo di primo piano nella nuova ondata di decentramento, che ha attraversato l'esperienza federale argentina (vedi *supra*), vedendosi perciò

(14) Con la legge organica n. 19.987 il Congresso nazionale ha delegato alla Città un potere normativo da esercitarsi attraverso un *Consejo deliberante*. A tale organo perciò è stato conferito il potere di emettere ordinanze in materie come la sanità, la viabilità e i servizi e opere pubbliche (art. 9), il cui valore di legge è stato oggetto di discussione da parte di amministrativisti e costituzionalisti. Relativamente, invece, al potere giudiziario l'art. 50 della stessa legge stabilisce come spetti alla Giustizia Municipale giudicare sulle contravvenzioni alle disposizioni municipali e alle norme nazionali la cui applicazione corrisponda al Comune di Buenos Aires.

Il fatto che questi poteri fossero etero-imposti dal Congresso attraverso disposizioni puntuali circa l'organizzazione interna e l'ambito di competenza non facevano dell'ente-Città di Buenos Aires un ente autonomo alla stregua delle Province.

riconoscere la qualifica di «entità giuridico-politiche». Tale cambiamento ha significato in gran parte delle Province l'attribuzione ai Comuni del potere di darsi un proprio statuto di autonomia. Il livello comunale ha così affiancato al proprio carattere di «municipio-amministrazione» quello di «municipio-governo». Ovvero il Comune, da ente territoriale che aveva come fine precipuo la prestazione di servizi pubblici locali, si è trasformato in un ente con proprie facoltà di autodeterminazione politica⁽¹⁵⁾.

L'evoluzione dell'ente territoriale Comune ha fatto maggiormente sentire la necessità di ripensare la posizione nello Stato federale della Città di Buenos Aires, la quale, non potendosi dare per Costituzione un proprio ordinamento istituzionale, era evidentemente privata alla radice di autonomia. Ciò sarebbe stato possibile solo con una revisione del testo costituzionale che avrebbe dovuto fondarsi sull'affermazione della natura elettiva delle istituzioni della Città, e, in particolare, del vertice del potere esecutivo locale.

3. La riforma costituzionale del 1994

Come tutte le modifiche apportate al testo costituzionale dalla Convenzione costituente del 1994, anche la creazione della Città autonoma di Buenos Aires partì dall'idea di fondo di consolidare la democrazia. La mancanza, infatti, di una partecipazione cittadina alla vita delle istituzioni locali, dovuta all'essere Buenos Aires, prima che Comune, la Capitale federale, aveva reso impellente la riconsiderazione della Città e della vita poli-

(15) La possibilità di riconoscere il carattere autonomo, e non solo autarchico, ad un Comune, in presenza di determinati requisiti, si riscontra anche in un *obiter dictum* di una sentenza del 1989 della Corte Suprema (*Rivademar, Angela c/ Municipalidad de Rosario*, sent. 312:326). Si veda come commento a questa A. B. BIANCHI, *La Corte Suprema ha extendida la carta de autonomía a las municipalidades*, in *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1989-C, p. 47 ss. e M. G. ABALOS, *La autonomía y el federalismo en la Constitución Nacional luego de la reforma de 1994. Especial referencia a la autonomía municipal*, in *La ley Gran Cuyo*, 2000, p. 417.

tica svolta in seno ad essa ⁽¹⁶⁾.

C'era poi da considerare il paradosso che condizionava la Città di Buenos Aires: se formalmente essa si presentava come un distretto federale dotato di mera autarchia, la densità della sua popolazione, la capacità di riscuotere imposte e il tipo di servizi che prestava la facevano assomigliare in tutto e per tutto ad una Provincia ⁽¹⁷⁾.

La cornice della riforma del 1994 era inoltre contrassegnata, nelle sue linee generali, dalla volontà di dare un riconoscimento formale alla nozione di autonomia (non solo territoriale), come dimostra l'inserimento nel nuovo testo dell'art. 123, che vincola ciascuna Provincia ad assicurare, nelle proprie carte costituzionali, l'*autonomia municipale*, e non più solo il *regime municipale*.

Sin da subito, però, risultò chiara l'intenzione di mantenere comunque su piani distinti la Città di Buenos Aires rispetto a qualsiasi altro ente comunale, persistendo in essa la particolarità di non essere territorio sottomesso ad alcuna Provincia e conservando lo *status* di Capitale federale.

Il risultato di questa nuova spinta autonomistica è ben visibile nel nuovo art. 129 della Costituzione federale che recita:

«La Città di Buenos Aires gode del *regime di governo autonomo*, con facoltà proprie di legislazione e giurisdizione, e il suo capo di governo viene eletto direttamente dai cittadini.

Una legge garantisce gli interessi dello Stato nazionale, fintanto che la Città di Buenos Aires sia capitale della Nazione.

Nel quadro di quanto esposto in questo articolo, il Congresso della Nazione convocherà gli abitanti della Città di Buenos Aires, perché, mediante i rappresentanti che sceglieranno a tale fine, dettino lo Statuto organizzativo delle sue istituzioni ⁽¹⁸⁾».

Lo *status* giuridico della Città ha così subito trasformazioni

(16) In questo senso le parole di uno tra coloro che fecero parte della Convenzione Costituente del 1994: A.M. GARCÍA LEMA, *La reforma de la Ciudad de Buenos Aires*, in H.D. ROSATTI, R. BARRA, A.M. GARCÍA LEMA, H. MASNATTA, E. PAIXÃO, H. QUIROGA LAVIÉ, *La reforma de la Constitución*, Buenos Aires, 1994, p. 361 ss.

(17) *Ibidem*, p. 361 ss.

(18) La traduzione è nostra.

sostanziali, pur alla luce di una imprecisa disposizione costituzionale, che non ha mancato di sollevare un ampio dibattito relativo all'entità dell'autonomia da riconoscere a tale ente ⁽¹⁹⁾.

All'art. 129 si affianca inoltre una serie di altre disposizioni che aiuta a comprendere il nuovo ruolo della Città nel panorama federale argentino e la sua specialità. Si mantiene negli artt. 44, 45 e 54 Cost. l'equiparazione della Città alle Province per l'elezione delle cariche politiche nazionali, ma con una differenza non irrilevante rispetto al precedente testo. I costituenti del 1994 non fanno più unicamente riferimento alla Capitale Federale, ma anche alla Città di Buenos Aires come distretto politico elettorale. Si afferma, infatti, espressamente che «[i]l Senato è composto da tre senatori per ciascuna provincia e da tre senatori per la città di Buenos Aires» (art. 54 Cost.), senza fare più esplicita menzione della Capitale federale. Se non fosse chiara in tale norma la volontà di considerare la Città come un *quid* non collegato alla sua condizione di Capitale federale, tale intenzione è manifesta nel nuovo art. 45, dove si dice che «[l]a Camera dei Deputati è composta da rappresentanti eletti direttamente dai cittadini delle Province, della Città di Buenos Aires, e della Capitale in caso di un suo trasferimento...».

Tale dato testuale fa emergere due considerazioni: la prima è che il costituente del 1994 ha lasciato aperta la possibilità che la Città di Buenos Aires in futuro possa non essere più la Capitale federale, come risulta evidente dalla lettura degli artt. 45 e 129, comma 2, Cost.; la seconda è che in caso di trasferimento della Capitale, la nuova Capitale rimarrebbe priva di rappresentanti al Senato ⁽²⁰⁾.

(19) A.A. SPOTA, *Naturaleza político-institucional de la ciudad de Buenos Aires en el texto de la Constitución vigente a partir de agosto de 1994*, in *Revista Jurídica Argentina La ley*, 1995-A, p. 971; l'A. afferma che «governo autonomo» non significa autonomia istituzionale, ma un esecutivo eletto attraverso elezioni popolari. In questo senso anche G. RISSO, *Condición jurídico-política de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, in *Boletín La ley*, 26/01/2004, p. 1. *Contra* G.J. BIDART CAMPOS in *Seminario "Status Jurídico de la Ciudad de Buenos Aires"*, Biblioteca del Congreso de la Nación, Dirección Referencia Legislativa, 1997, p. 79.

(20) M.G. ABALOS, *Buenos Aires luego de la Reforma: ¿Nuevo Sujeto del Federalismo?*, in G. J. BIDART CAMPOS e A. GIL DOMÍNGUEZ (cur.), *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, 2001, p. 7.

Corollario della prima considerazione è che la volontà politica dei costituenti di riconoscere lo *status* di governo autonomo alla Città di Buenos Aires ha fatto sì che la condizione di Capitale della Città non costituisse variabile da cui far dipendere la sua autonomia ⁽²¹⁾.

Altra disposizione costituzionale che segna la specialità della Città rispetto a qualsiasi altro Comune è l'art. 75, che regola le attribuzioni del Congresso federale sul versante dell'autonomia finanziaria sia di entrata che di spesa; il suo secondo comma, infatti, riferisce che la distribuzione dei contributi avverrà tra la Nazione, le Province e la Città di Buenos Aires e si effettuerà in relazione alle competenze, ai servizi e alle funzioni di ciascuna di queste.

Si riscontra qui una coincidenza di trattamento tra le Province e la Città, che tuttavia si fa più problematica quando essa non viene menzionata tra i soggetti che dovranno partecipare alla formazione della legge-intesa, che istituirà il regime di compartecipazione a tali contributi ⁽²²⁾. E' vero, infatti, che questa assegnazione dovrà avvenire per Costituzione tenuto conto delle competenze, dei servizi e delle funzioni dell'ente e dovrà essere equitativa, solidale e dare priorità al perseguimento di un grado equivalente di sviluppo, qualità della vita e uguaglianza di opportunità in tutto il territorio federale. Tuttavia

(21) In questo senso M.A. GELLI, *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, Buenos Aires, 2004, p. 876.

(22) R. DROMI e E. MENEM, *La Constitución reformada*, Buenos Aires, 1994, p. 423; gli AA., che hanno fatto parte della Convenzione costituente del 1994, considerano priva di conseguenze effettive questa omissione, ritenuta da loro «involontaria». Questo perché il Senato risulta comunque integrato da rappresentanti della Città di Buenos Aires; inoltre essa partecipa, attraverso propri rappresentanti, all'organismo fiscale federale (*Comisión Federal de Impuestos*) voluto dal costituente del 1994 (art. 75, comma 2) con la funzione di controllo e di fiscalizzazione dell'esecuzione della legge di compartecipazione fiscale. Per tale motivo la Città, secondo gli AA, non potrà non essere tenuta in conto ai fini della distribuzione dei fondi in caso di approvazione di eventuali trasferimenti ad essa di competenze, di servizi o di funzioni con la rispettiva assegnazione di nuove risorse.

D'altro canto la clausola transitoria terza dello Statuto organizzativo della Città autonoma di Buenos Aires sancisce come spetti alla Città affermare il suo diritto a partecipare a parità di condizioni nel dibattito e nella elaborazione del regime di compartecipazione federale delle imposte.

ciò non toglie che la Città di Buenos Aires, sulla base del disposto costituzionale, non potrebbe sottrarsi in caso di disaccordo, con una sua decisione istituzionale autonoma, ad un regime alla cui costituzione non ha partecipato e dovrebbe rivolgersi alla giustizia federale per ottenere l'eventuale annullamento della distribuzione effettuata con la legge di compartecipazione ⁽²³⁾.

Gli avvenimenti politici successivi al 1994 hanno in realtà mostrato come, nonostante il dettato dell'art. 75, comma 2, Cost., quando è stato il momento di stipulare l'accordo tra la Nazione e le Province che ha regolato le basi per il regime di compartecipazione federale, al tavolo dei negoziati abbia partecipato anche la Città autonoma di Buenos Aires ⁽²⁴⁾.

Resta comunque il fatto che la Costituzione riconosce la capacità di imporre tributi indiretti alle sole Province.

Analogamente alle Province ad essa è riconosciuta, ai sensi dell'art. 124 Cost., la facoltà di creare regioni e celebrare accordi internazionali; tuttavia, per rendere effettivo questo potere la Città autonoma di Buenos Aires dovrà attendere l'approvazione della normativa statale ⁽²⁵⁾, che chiarirà i contorni di questo potere. Per essa, infatti, e a differenza di quanto

(23) Preoccupazioni espresse da H. QUIROGA LAVIÉ, *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires: comentada*, Buenos Aires, 1996, p. 37.

(24) La legge di ratifica dell'accordo corrisponde alla n. 25.570 (27 febbraio 2002). Si segnala, inoltre, la *Resolución General Interpretativa* n. 34/2006 (30/05/2006), con la quale la *Comisión Federal de Impuestos* ha precisato come non si possa riconoscere che «il testo costituzionale incorpori espressamente la Città autonoma di Buenos Aires come un partecipante in più al regime di compartecipazione federale delle imposte» (la traduzione è nostra). A questo fine essa viene parificata alle Province nel loro potere di partecipare alla distribuzione delle risorse del Tesoro Nazionale. Pertanto la *Comisión* chiede che venga data agli artt. 3, comma 3, e 5 della legge n. 23.548 (legge di compartecipazione fiscale attualmente vigente e precedente al 1994) un'interpretazione conforme a questa nuova versione della Città di Buenos Aires.

(25) Infatti, sebbene l'art. 124 della Costituzione non lo dica espressamente, l'interpretazione più plausibile è quella secondo cui spetti al Congresso nazionale dettare il regime speciale per la Città di Buenos Aires in materia di regionalizzazione e di accordi internazionali. In questo senso M.A. GELLI, *La Constitución Estatuyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, in *Boletín La ley*, 21/03/1997, p. 1, nota 7, per quanto l'A. utilizzi a questo proposito, in modo impreciso, la dizione "trattati internazionali", in quanto a nostro parere riferibile solo agli Stati.

previsto per le Province (per i cui accordi è comunque prescritta una compatibilità con le linee di politica estera nazionale e nel rispetto delle facoltà delegate dalle Province al Governo federale, oltre che della finanza pubblica statale), la disposizione costituzionale non sarà immediatamente applicativa.

Infine l'art. 125 Cost. equipara i poteri della Città autonoma a quelli provinciali in merito alla facoltà di conservare nel proprio ambito territoriale organismi di sicurezza sociale per gli impiegati pubblici e i liberi professionisti, disposizione che rivela un'apertura a politiche di sostegno e di protezione delle attività professionali nonostante le politiche di privatizzazione praticate nel corso degli anni novanta dall'allora Presidente Menem. A tale potere si affianca quello di promuovere il progresso economico, lo sviluppo umano, la creazione di nuovo lavoro, l'educazione, la scienza, la conoscenza, la cultura; si tratta di materie rientranti tutte nell'ambito della potestà concorrente Stato-Province (e Città autonoma di Buenos Aires).

4. *Buenos Aires: Città autonoma e Capitale Federale*

Come già anticipato, il regime di autonomia previsto per la Città di Buenos Aires non la priva della sua condizione di Capitale della Repubblica⁽²⁶⁾, ciò che fa permanere in essa il carattere di distretto federale.

La Capitale è il luogo dove risiedono le autorità rappresentative del potere centrale, perciò non si può negare che la Città continui a costituire allo stato attuale un territorio federalizzato⁽²⁷⁾, perlomeno nei limiti specifici dettati dalla necessità di tute-

(26) Per uno studio approfondito sullo *status* di Città-Capitale in altri ordinamenti, europei e non, si rimanda al lavoro svolto dal Servizio studi del Senato - Ufficio delle ricerche sulle questioni regionali e autonomie locali, *Roma capitale- L'esperienza comparata: Berlino, Bruxelles, Londra, Madrid, Parigi, Vienna, Washington D.C.*, ora in *Roma capitale. Aspetti di diritto costituzionale e comparato*, Roma, Senato della Repubblica, 2004. Quaderni di documentazione, n.39.

(27) J. DE GIOVANNI, *La Ciudad de Buenos Aires*, cit., p. 64; l'A. chiarisce come ciò che è federale nella Capitale è il suo territorio e non il governo autonomo della Città. *Contra* G.J. BIDART CAMPOS in *Seminario "Status Juridico de la Ciudad de Buenos*

lare interessi dello Stato federale. Ed è per questo che la federalizzazione non investe in senso stretto tutto il territorio e non governa, come criterio generale, l'esercizio di ogni attività della Città, dal momento che ora Buenos Aires possiede un forte grado di autodeterminazione politica, totalmente sconosciuto prima del 1994⁽²⁸⁾.

Da quanto detto deriva che il Congresso federale manterrà come attribuzione, prevista già nella Costituzione del 1853, l'esercizio di una legislazione esclusiva nel territorio della Capitale (art. 75, comma 30, Cost.), da non intendere più tuttavia come negazione di una potestà legislativa della Città.

Giova ricordare come il secondo comma dell'art. 129 Cost. preveda ora l'approvazione da parte del Congresso di una legge che garantisca gli interessi dello Stato sulla Città di Buenos Aires, fintanto che questa mantenga lo *status* di Capitale federale, essendo perciò di titolarità dello Stato la decisione sul riparto della competenza legislativa tra il legislatore federale e il legislatore della Città, in presenza dell'esigenza superiore di preservare gli interessi del livello statale.

La legge attuativa si sarebbe dovuta limitare, nell'intento del costituente, a garantire gli interessi dello Stato federale. In questo senso la Città di Buenos Aires avrebbe dovuto assoggettarsi alla giurisdizione federale, ma solo nei limiti del compimento dei fini specifici della Nazione, ovvero di quei fini ritenuti essenziali per l'esercizio dei poteri di cui sono investite le autorità statali e per il perseguimento degli obiettivi per i quali è stato istituito il governo federale⁽²⁹⁾. Si vedrà come questa logica di

Aires"; cit., p. 80, il quale ritiene che la Città di Buenos Aires non possa più essere considerata "territorio federalizzato" perchè il Presidente della Nazione ha perso la titolarità del potere esecutivo locale e immediato sulla Capitale. Inoltre l'A. ritiene che un'affermazione del genere priverebbe di senso il disposto dell'art. 75, comma 31, della Costituzione che prevede, tra le attribuzioni del Congresso, anche la possibilità di disporre l'intervento federale sulla Città di Buenos Aires (oltre che sulle Province). (28) H.D. ROSATTI, *Status juridico de la Ciudad de Buenos Aires*, in *Revista Juridica Argentina La ley*, 2000-E, p. 165 ss. Parla, a questo proposito, della Città di Buenos Aires come ambito geografico non federalizzato però sottomesso alla giurisdizione federale parziale, A.M. VITOLO, *El poder judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, in *Revista Juridica Argentina La ley*, 2000-B, p. 1214.

(29) J. ARGÜELLO, *Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires. Aportes para la*

fondo non abbia impedito al legislatore federale di estendere la propria competenza al di là del necessario.

L'assoggettamento alla giurisdizione federale trova comunque una sua ragion d'essere nel fatto che Buenos Aires è, *rebus sic stantibus*, la Capitale della Nazione. Da ciò deriva che, nell'ipotesi in cui un giorno si dovesse decidere di trasferire la Capitale in un'altra sede territoriale, la Città di Buenos Aires sarebbe del tutto equiparabile ad una Provincia, dal momento che la sua competenza legislativa, per quanto delegata e non originaria come quella della Province, non incontrerebbe più alcun limite che non sia strettamente costituzionale.

5. Attuazione della riforma e problematiche derivate

La legge che ha dato attuazione all'art. 129, comma 2, Cost. è la n. 24.588, approvata nel novembre del 1995. Essa è stata oggetto di numerose critiche da parte del mondo accademico e politico per la presenza di alcune disposizioni manifestamente incostituzionali⁽³⁰⁾.

L'intento dei costituenti di prevedere limitazioni specifiche alla legislazione della Città autonoma, in qualità di Capitale federale, era evidente: la «legge di garanzia» degli interessi nazionali prevista dall'art. 129, comma 2, Cost., avrebbe dovuto sostanziarsi, secondo quest'ottica, in un'individuazione degli interessi concreti che lo Stato federale ritenesse necessario garantire nel territorio della Città⁽³¹⁾ e non in un elenco, come di fatto avvenuto, delle competenze legislative esclusive dello Stato. L'art. 2 della legge n. 24.588 fa tuttavia intendere il reale portato restrittivo dell'interpretazione data a questa normativa

discusión sobre sus alcances constitucionales, in *Revista Jurídica Argentina La ley*, 1995-A, p. 806.

(30) Tra gli altri, si veda A.M. VITOLO, *op. cit.*, p. 1214, il quale, oltre a denunciarne la incostituzionalità, ne rileva anche la mancanza di ragionevolezza denunciandone l'inadeguatezza dei mezzi rispetto ai fini.

(31) J. DE GIOVANNI, *La Ciudad de Buenos Aires*, cit., p. 96. Vedi anche J.M. ARNEDO BARREIRO, *Fundamentos para la reforma institucional de la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1994, p. 34 ss.

quando afferma: «...la Nazione conserva tutto il potere non attribuito dalla Costituzione al governo autonomo della Città di Buenos Aires, ed è titolare di tutti quei beni, diritti, poteri e attribuzioni necessari per l'esercizio delle sue funzioni⁽³²⁾».

Come reazione a questa invasione statale, l'Assemblea incaricata di dare vita allo Statuto organizzativo buenosairense formulò una espressa *Dichiarazione di Autonomia* il 2 agosto 1996. In tale dichiarazione si affermò l'accettazione delle sole limitazioni imposte all'autonomia della Città dall'art. 129 Cost. e dalle altre disposizioni costituzionali che definiscono i contorni di tale autonomia; si ritenne inoltre viziata di illegittimità costituzionale la legge n. 24.588 a causa delle restrizioni imposte alla Città relativamente alle sue funzioni legislative e giurisdizionali; si rivolse, infine, al Congresso argentino una mozione sottolineando l'urgenza di procedere ad una modifica della «legge di garanzia»⁽³³⁾.

Questa posizione si riflette nello stesso Statuto organizzativo della Città, dove l'art. 1, comma 2, stabilisce come la Città eserciti tutto il potere non conferito dalla Costituzione al Governo federale. In tale norma non si riscontra alcun riferimento alla «legge di garanzia» e si denota un'implicita equiparazione della posizione della Città a quella delle Province, come si evince dalla ripresa della medesima formula che utilizza l'art. 121 Cost. («Le province conservano tutto il potere non delegato da questa Costituzione al Governo federale...»).

In questo modo la volontà dei costituenti della Città è andata nel senso di ribaltare la logica, imposta dalla legge n. 24.588, secondo cui i poteri nazionali sono la regola e quelli locali

(32) La traduzione è nostra. E' evidente come quanto prescritto dall'art. 2 vada nella direzione opposta al significato di autonomia pensato dal costituente: la Costituzione riformata aveva, infatti, concesso al governo della Città autonoma gli attributi del potere statale che non entrassero in collisione con interessi dello Stato nazionale. In questo senso G. SARMIENTO (e al.), *La reforma constitucional interpretada*, Buenos Aires, 1995, p. 18.

(33) A partire dal 2002 sono stati diversi i progetti di legge presentati alla Camera e al Senato per chiedere la modificazione della legge n. 24.588: si ricordano i progetti nn. S-0086/04, 2656-D-03 e il 2987-D-02, che, caducato per la scadenza dei termini per la presentazione del progetto, è stato ripresentato nell'aprile del 2004. Dal sito www.buenosaires2010.org.ar (12/10/2006).

l'eccezione, parificando la Città autonoma di Buenos Aires alle Province.

Il fatto perciò che la Costituzione federale abbia preferito non circoscrivere tassativamente le funzioni legislative e giurisdizionali della Città di Buenos Aires, rimettendo questa decisione agli stessi costituenti buenosairesi e lasciando al Congresso la scelta degli interessi federali da preservare, ha in definitiva ottenuto l'effetto opposto.

Sarebbe stato quindi preferibile che la Costituzione fosse più restrittiva nella sua definizione del concetto di autonomia della Città. In questo modo, infatti, si sarebbe evitata la situazione conflittuale nella quale oggi i due livelli di governo si trovano e che è causa di incertezza giuridica, per la presenza di antinomie.

Incertezza che non è stata placata nemmeno da un pronunciamento della Corte Suprema («*Gauna, Juan Octavio c. acto comicial*» del 29 marzo 1997), che – in un *obiter dictum* – ha stabilito come la legge n. 24.588 abbia la funzione di conferire diretta attuazione all'art. 129 Cost., ciò che comporta, secondo la Corte, un suo assoluto rispetto da parte dello Statuto organizzativo della Città.

I problemi sorti dall'attuazione dell'art. 129 Cost. attraverso la «legge di garanzia» non si sono esauriti con la delimitazione restrittiva delle competenze legislative della Città autonoma: tale legge ha, infatti, contribuito a definire una prospettiva di carattere recessivo anche nei riguardi della funzione giurisdizionale.

Le difficoltà interpretative della volontà dei costituenti del 1994 in questo caso erano causate dalla presenza nel testo costituzionale di una norma nella quale si dichiara che l'applicazione dei codici di diritto sostanziale spetta ai tribunali federali e provinciali, a seconda della competenza, senza alcun riferimento alla Città autonoma (art. 75, comma 12)⁽³⁴⁾.

(34) E' pur vero che un'interpretazione restrittiva dell'art. 75 non si adeguerebbe alle regole di esegesi della Costituzione previste della Corte Suprema, la quale ha stabilito che nessuna norma della Legge Fondamentale debba essere interpretata in forma isolata, scollegata dal contesto in cui risiede; l'interpretazione, secondo la Corte, deve

E così l'art. 8 della «legge di garanzia» ha stabilito che la giustizia federale ordinaria della città di Buenos Aires manterrà la sua attuale giurisdizione e competenza permanendo a carico del potere giurisdizionale della Nazione.

E' riconosciuta, invece alla Città di Buenos Aires la competenza a giudicare in materia contenzioso-amministrativa, tributaria e, inoltre, in materia anagrafica e in presenza di contravvenzioni e di infrazioni, sempre che le controversie collegate a tali ambiti rimangano in un ambito strettamente locale. Questo chiaro intento restrittivo delle potenzialità della Città nelle sue funzioni giurisdizionali ha comportato l'affermazione di un potere giudiziario locale poco differente (sebbene *in melius*) rispetto al periodo pre-riforma.

Se però la giurisdizione dei giudici nazionali ordinari della Capitale federale poteva avere senso in passato, mancando la Città di autonomia e risultando pertanto conferita ad un organo giurisdizionale statale la competenza a conoscere delle controversie sorte nel distretto della Capitale oggi, tuttavia, queste ragioni hanno cessato di esistere⁽³⁵⁾. Perciò quella che viene denominata giustizia federale ordinaria della Capitale, che esercita una giurisdizione simile a quella dei tribunali provinciali, dovrebbe oggi corrispondere alla giustizia della Città di Buenos Aires. Permarrebbe, invece, in capo ai giudici federali (di stanza, per l'appunto nella Capitale Buenos Aires) la titolarità della protezione degli interessi del governo federale nella Città di Buenos Aires, come avviene, del resto, per qualsiasi altra Provincia⁽³⁶⁾.

A questa logica sembra comunque essersi conformato di re-

effettuarsi, al contrario, integrando le norme nell'unità sistematica della Costituzione, comparandole, coordinandole e armonizzandole, in modo da avere tra di esse una congruenza e una relazione (sentenza 312:2192).

(35) Appare, infatti, totalmente priva di logica l'ipotesi che dei vicini di casa debbano ricorrere alla giustizia nazionale per risolvere conflitti che potrebbero e dovrebbero essere risolti dalla giurisdizione più prossima a questa realtà locale, mancando tra l'altro veri interessi federali a supporto di tale decisione normativa.

(36) J. DE GIOVANNI, *La Organización de la Justicia de la Ciudad de Buenos Aires. Códigos. Su Construcción. Su Ley Orgánica. El ministerio Público*, in G.J. BIDART CAMPOS e A.G. DOMINGUEZ (cur.), *Instituciones*, cit., p. 313 ss.

cente il Governo federale. Infatti, sulla base dell'art. 6 della «legge di garanzia», che prevede la facoltà che lo Stato e la Città di Buenos Aires celebrino intese relative al trasferimento di organismi, funzioni, competenze, servizi e beni, si è stipulato un accordo (dicembre 2000) per mezzo del quale si è previsto il trasferimento progressivo di competenze penali della giustizia federale al potere giurisdizionale della Città autonoma di Buenos Aires ⁽³⁷⁾.

Sembra perciò plausibile pensare che, in maniera progressiva, vi sarà un trasferimento a favore del potere giudiziario cittadino delle funzioni attualmente esercitate dalla giustizia ordinaria federale. In tale modo si sanerebbe la evidente incostituzionalità di una previsione, come quella dell'art. 8 qui considerato, il cui contenuto e la cui finalità non corrispondono effettivamente alla volontà di fondo di tutelare interessi dello Stato federale ⁽³⁸⁾.

Si auspica, inoltre, che sulla base dell'art. 6 si ponga rimedio ad un'altra anomalia della medesima legge, che sottrae alla Città di Buenos Aires la competenza a dotarsi di un proprio organo di Polizia locale. L'art. 7, infatti, stabilisce come «[i]l Governo nazionale continu[i] ad esercitare, nella Città di Buenos Aires, la sua competenza in materia di sicurezza e protezione delle persone e dei beni.

La polizia federale argentina mantiene funzioni di polizia di sicurezza...nell'ambito della Città di Buenos Aires...» ⁽³⁹⁾.

Da ultimo si segnala un'ulteriore limitazione degli strumenti di cui dovrebbe disporre la Città di Buenos Aires a seguito della sua nuova posizione nell'ordinamento.

Questa volta tale limitazione è avvenuta ad opera della Corte Suprema. Infatti, nel caso «*Cincunegui, Juan B. c. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*» (18 novembre 1999), la massima autorità giurisdizionale della Federazione argentina ha escluso la propria competenza originaria ed esclusiva, confor-

(37) L'accordo è stato ratificato con la legge n. 25.752.

(38) J.O. GAUNA, *op. cit.*, p. 707.

(39) La traduzione è nostra.

memente a quanto previsto negli artt. 116 e 117 Cost. ⁽⁴⁰⁾, a giudicare di cause in cui sia parte la Città autonoma di Buenos Aires, per il fatto di non essere questa una Provincia.

Ancora una volta, quindi, hanno giocato in senso restrittivo dell'autonomia della Città prevista nell'art. 129 Cost., le stesse norme della Costituzione, in particolare quelle antecedenti alla riforma del 1994. La Corte non ha ritenuto evidentemente opportuna un'interpretazione sistematica del disposto degli artt. 116 e 117, tale da poter affermare che anche la Città autonoma, come *soggetto della relazione federale* ⁽⁴¹⁾, possa costituire parte attiva, o passiva, di un giudizio svolto in unica istanza dalla Corte Suprema.

6. *La carta organizzativa della Città di Buenos Aires: Statuto o Costituzione?*

Per quanto riguarda la fase pre-costituente della Città di Buenos Aires, il terzo comma dell'art. 129 Cost. ha previsto la convocazione, per mano del Congresso della Nazione, delle elezioni cittadine per la scelta dei candidati a cui affidare il compito di redigere e di approvare il proprio Statuto organizzativo, *grundnorm* della Città.

Nel 1996 tale disposizione costituzionale ha trovato attuazione permettendo così alla Città autonoma di Buenos Aires di godere di un proprio atto *costitutivo* (da non confondere con l'atto *istitutivo* delle Province, antecedente alla Costituzione).

Ai membri della Convenzione statutaria è stato chiesto di definire la nuova autonomia della Città, attraverso la creazione e l'organizzazione delle sue istituzioni, in conformità a quanto previsto dalla Costituzione federale.

(40) La Corte suprema, infatti, è chiamata a giudicare in modo esclusivo ed originario, ovvero in unica istanza, nelle cause che riguardino affari concernenti ambasciatori, ministri e consoli stranieri, e in quelle nelle quali sia parte una Provincia. Questo elenco è stato, perciò, considerato dalla Corte tassativo.

(41) G.J. BIDART CAMPOS e A.G. DOMINGUEZ, *La competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia y la Ciudad de Buenos Aires*, in *Boletín La ley*, 12 giugno 2001.

Appare chiara l'intenzione dei costituenti nazionali di concepire tale atto quale strumento finalizzato a disciplinare profili organizzativi interni alla Città; ciò si evince, *a contrario*, chiaramente dall'art. 5 Cost., dove a proposito dell'atto istitutivo delle Province si chiarisce come spetti a ciascuna Provincia dettare per sé una «Costituzione...d'accordo con i principi, dichiarazioni e garanzie della Costituzione nazionale⁽⁴²⁾». L'utilizzo del termine «Statuto organizzativo», nell'art. 129 Cost., al posto di «Costituzione» rivela, infatti, appieno tale distinzione logica.

Gli estensori dello Statuto organizzativo della Città si sarebbero dovuti limitare a dare attuazione all'autonomia riconosciuta alla Città unicamente attraverso l'organizzazione dei poteri delle sue nuove istituzioni: ovvero avrebbero dovuto creare una norma superiore rispetto al proprio ordinamento interno ma con unicamente la funzione di istituire gli organi detentori del potere e i meccanismi di raccordo con la popolazione.

Altro elemento che diversifica in partenza questo atto rispetto ad una comune costituzione provinciale è l'essere essa soggetta non solamente al testo della Costituzione, ma anche a quanto disposto dalla legge statale di garanzia degli interessi federali, che, per quanto valida e limitativa fintanto che la Città sia anche la Capitale della Federazione argentina, spiega attualmente i suoi effetti fortemente riduttivi.

Perciò questo atto costitutivo presenta nelle sue premesse tratti simili alle fonti di autonomia comunale contemplate dalle Costituzioni provinciali, soprattutto dopo l'affermazione costituzionale dell'autonomia municipale⁽⁴³⁾. Nelle ultime modifi-

(42) La traduzione è nostra.

(43) Ad oggi sono circa 120 i Comuni delle Province argentine che si sono dotati di una propria carta organica; in particolare la Patagonia è la Regione che raccoglie le Province con il maggior numero di carte comunali vigenti. Si vedano i dati forniti da L.J. FIDYKA, *Participación Ciudadana en el ámbito Municipal. Estudio de las Cartas Orgánicas Municipales de la Patagonia*, Buenos Aires, 2003. A favore di questa assimilazione G. J. BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, 1996, p. 545. *Contra* A. M. HERNÁNDEZ, *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, 1997, p. 208 e M. A. EKMEDKJIAN, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1999, p. 795.

che alle Costituzioni provinciali apportate sulla scia delle revisioni alla Costituzione federale la tendenza è peraltro nel senso di riconoscere ad esse il carattere di norme fondamentali, veri e propri strumenti politici e giuridici che permettano il riconoscimento di una serie di situazioni giuridiche soggettive, oltre che la disciplina della struttura organizzativa dell'ente⁽⁴⁴⁾.

L'intenzione dei costituenti buenosairesi di andare oltre il dettato di una «carta» organica municipale si evince tuttavia già dallo scollamento tra la terminologia utilizzata in Costituzione, in seno all'art. 129 Cost., e quella utilizzata nello Statuto organizzativo della Città.

Nel Preambolo dello Statuto, infatti, la Città viene assimilata in tutto e per tutto ad una Provincia laddove si afferma che i rappresentanti del popolo della Città integrano la Nazione «in fraterna unione federale con le Province». Inoltre in esso si dispone l'approvazione e la promulgazione della «presente *Costituzione* come *Statuto organizzativo* della Città», facendo in tale caso perciò uso di entrambi i termini in un tentativo di conciliare la denominazione data alla norma di base della Città con il disposto dell'art. 129 Cost.⁽⁴⁵⁾.

La differenza che ha voluto marcare la Città, nella redazione della propria Carta organizzativa, rispetto al dettato costituzionale, non si limita d'altro canto ad una questione meramente formale: si è, infatti, inserito un catalogo di diritti e di politiche settoriali, che appare eccessivo nella sua regolamentazione e nella sua estensione e che potrebbe far sorgere quei tipici problemi di competenza, verosimilmente caratteristici del rapporto tra lo Stato e le Province piuttosto che tra lo Stato e i Comuni. Per quanto, infatti, la Costituzione federale contempra livelli minimi di protezione e promozione dei diritti, che implicano a favore degli enti federati la potestà di arricchire la propria di-

(44) La dottrina ha parlato a questo proposito di «potere costituente locale»; vedi sul punto L.J. FIDYKA, *Territorio y participación ciudadana en las Cartas Orgánicas Municipales de la Patagonia*, V Seminario Nacional de Redmuni: La Reforma municipal pendiente perspectivas y prospectivas, dal sito www.sgp.gov.ar (11/10/2006).

(45) In senso critico R. C. BARRA, *Buenos Aires: el Estatuto Organizativo no es constitución*, in *El Derecho*, Tomo 168, 1996, p. 1117 ss.

sciplina con ulteriori misure garantistiche, potrebbe essere ipotizzabile un'invasione del livello federale ogni qualvolta il riconoscimento di nuovi diritti, o l'innalzamento della loro tutela, da parte di un ente decentrato dovesse comportare obblighi aggiuntivi a carico dello Stato⁽⁴⁶⁾. Appare, inoltre, del tutto superflua la disposizione secondo cui vigono nella Città «tutti i diritti, le dichiarazioni e le garanzie della Costituzione nazionale, le leggi della Nazione e i trattati internazionali ratificati e che si ratificheranno⁽⁴⁷⁾» (art. 10 Statuto organizzativo).

Non si nasconde tuttavia la qualità redazionale e la sensibilità pluralistica della Carta, che, in quanto oggetto di concertazione sociale nella fase della sua progettazione, appare un ottimo esempio del costituzionalismo sociale.

Ciò non toglie che i costituenti buenosairensi, partendo dal presupposto esattamente contrario a quello stabilito dalla legge di garanzia – «la Città esercita tutto il potere non conferito dalla Costituzione nazionale al governo federale» (art. 1, comma 2, Statuto organizzativo) –, abbiano contribuito a rendere più nebulosa la fisionomia e lo *status* giuridico della Città.

7. *Definizione dello status giuridico della Città di Buenos Aires: un'autonomia in costruzione. Conclusioni*

Il grado di indefinitezza dell'art. 129 Cost. e la problematica attuazione di questo disposto, gravida di antinomie per la presenza di situazioni normative diametralmente opposte l'una con l'altra nei loro intenti, ha avuto come logica conseguenza una incertezza nella definizione dello *status* giuridico della Città di Buenos Aires.

Appare indiscutibile che ci si trovi in presenza di un nuovo soggetto territoriale, frutto del potenziamento del federalismo argentino insito nella riforma costituzionale del 1994.

La sua trasformazione è evidenziata anche dal collegamento

(46) M.A. GELLI, *La Constitución Estatuyente*, cit., p. 2.

(47) La traduzione è nostra.

ora reso diretto tra il vertice dell'esecutivo cittadino e il corpo elettorale, di cui esso è, quindi, espressione e che viene convocato ogni quattro anni per scegliere chi dirigerà la politica della Città.

Il nuovo modello istituzionale così configurato non è altro che una rivisitazione della forma di governo federale, di stampo presidenzialista e contraddistinto da una moderata separazione dei poteri tra l'organo legislativo e l'organo esecutivo.

Per tale motivo è stato paragonato ad una vera e propria Provincia⁽⁴⁸⁾, anche se di quest'ultima non ha i caratteri della originalità rispetto allo Stato federale e non partecipa alla medesima maniera del potere legislativo e giurisdizionale. Limitare, infatti, tale realtà territoriale assimilandola ad un normale Comune⁽⁴⁹⁾ significherebbe non tener conto della particolarità insita nell'ente qui considerato: la Città di Buenos Aires, infatti, non è sottoposto al controllo di nessun livello di governo superiore, a differenza delle *Municipalidades* rispetto alle Province di appartenenza.

In realtà si può tranquillamente giungere alla conclusione che essa non si identifichi con nessuna delle due categorie, proprio perché il suo tratto tipico è dettato dall'aver caratteristiche sia dell'una che dell'altra. Ciò che, invece, appare totalmente da escludere è la denominazione che ad essa è stata alle volte data di «Città-Stato»⁽⁵⁰⁾, in quanto definizione impropria in uno Stato federale dove, con la parola «Stato», s'intende l'insieme del territorio e della popolazione delle Province, a cui si aggregano i territori di competenza federale, con i loro rispettivi governi. Non si dimentichi, inoltre, che nella complessità della realtà federale lo Stato è l'unico soggetto dotato di sovranità⁽⁵¹⁾.

(48) M.A. EKMEDKJIAN, *op. cit.*, p. 787.

(49) R.C. BARRA, *El status juridico de la Ciudad de Buenos Aires*, in *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Giugno 2002, p. 14 ss.

(50) Si vedano, tra gli altri, J. DE LA RÚA, *El nuevo status juridico de la ciudad de Buenos Aires*, in *Boletín La ley*, 17/11/1994 e A. GIL DOMÍNGUEZ, *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Un recorrido crítico*, Buenos Aires, 1997, p. 103 ss.

(51) A.R. DALLA VIA, *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1996, p. 21.

E', del resto, evidente la volontà del costituente federale nel senso di riconoscere alla Città un'autonomia *sui generis*, differente da quella meramente comunale. Basti pensare a tutte le disposizioni costituzionali nelle quali la Città viene affiancata alle Province.

Nello stesso testo costituzionale si ravvisa, inoltre, la possibilità di un rafforzamento di questa autonomia – che in questo caso potrebbe comportare un conferimento alla Città di Buenos Aires dello *status* provinciale –, ma solo al sopravvenire di una condizione: lo spostamento della Capitale federale.

Come già si è anticipato nel corso della analisi, la condizione di Capitale, se da una parte conferisce a Buenos Aires prestigio e visibilità internazionale, dall'altra comporta l'onere di una perenne sottomissione ad interessi di tipo federale.

La Città di Buenos Aires continua pertanto a configurarsi come un'autonomia in costruzione, che però, a distanza di 10 anni dalla sua costituzione, ha mostrato di essere un punto di riferimento per i suoi «cittadini» oltre che un modello di democrazia, che induce a ripensare in senso maggiormente partecipativo i rapporti autorità locali-cittadini ⁽⁵²⁾ ad ogni livello di governo.

(52) La grande sensibilità che la Città ha mostrato di avere verso il tema della democrazia diretta e partecipativa, che l'ha portata ad enunciare nel suo Statuto il principio del mandato imperativo, sebbene limitato al verificarsi di certe condizioni (art. 67), ha raggiunto la sua massima espressione nell'attuale proposta di dar vita al cd. "bilancio partecipativo", che prevede l'introduzione nel bilancio del 2007 delle cinque proposte più votate dai residenti.

Problemi in tema di potestà normativa degli enti locali

di Edoardo C. Raffiotta

Sommario

1. Una lettura “forte” della Riforma costituzionale del 2001: La potestà normativa “primaria” degli enti locali. – **1.1.** (Segue) La subordinazione delle fonti locali alla legge. – **2.** Le contraddittorie posizioni della più recente giurisprudenza: “lo statuto come fonte paraprimary”. – **2.1** (Segue) ovvero secondaria? – **3.** Le fonti degli enti locali come espressione di autonomia. – **4.** I rapporti tra statuti e regolamenti locali.

1. Una lettura “forte” della Riforma costituzionale del 2001: La potestà normativa “primaria” degli enti locali

Le posizioni assunte dalla dottrina in tema di potestà normativa degli enti locali, dopo la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, si distinguono per due generali ed opposte tendenze. Da un lato, si è letto negli artt. 114, comma 2, 117, comma 6 Cost. – e più in generale, nel mutato assetto derivante dall’abrogazione dell’art. 128 Cost. – una rivalutazione del ruolo degli enti locali e, di conseguenza, del peso della rispettiva normativa nel sistema delle fonti ⁽¹⁾. Dall’altro, al contrario, te-

(1) A. PIRAINO, *Introduzione*, in A. PIRAINO (a cura di), *La funzione normativa di comuni, province e città nel nuovo sistema delle autonomie – Atti al convegno di Trapani 3-4 maggio 2002*, Palermo, 2002, p. 14 ss., per il quale costituirebbero fonti primarie sia lo statuto che i regolamenti di comuni e province all’interno degli spazi concernenti la loro natura. Nello stesso senso S. MANGIAMELI, *La funzione statutaria e regolamentare della istituzioni locali*, in A. PIRAINO (a cura di), *La funzione normativa di comuni*, cit., p. 151 ss. In parte differente la posizione di C. CALVIERI, *Gli statuti ed i regolamenti degli enti locali tra riforma del Titolo V e prossima revisione costituzionale*, in *Politica del diritto*, 2004, n. 4, p. 535. L’A. ha considerato come pariorinate rispetto alla legge solo le fonti statutarie, mentre quelle regolamentari lo sarebbero se attuative o integrative dello statuto. Hanno inteso la natura primaria limitatamente allo statuto, A. CORPACI, *Gli organi e l’autonomia organizzativa degli*

nendo presente l'esigenza di rispettare il principio di legalità nonché la necessità di tutelare gli interessi unitari, si è ritenuto che la riforma costituzionale del 2001 non abbia stravolto il sistema delle autonomie e delle fonti, sicché la normazione locale sarebbe rimasta soggetta primariamente ai precetti dettati dalla legge dello Stato (e delle regioni) ⁽²⁾.

Chi ha inteso in senso "forte" la riforma costituzionale del 2001 ha sostenuto che sia lo statuto che i regolamenti di comuni e province hanno acquisito oggi un valore primario in grado di poter derogare alla legge statale e regionale. Il riformato art. 114 Cost. avrebbe comportato la "fine della sovranità statale e la sua trasformazione in autonomia comunitaria", un "sistema democratico nel quale le pubbliche funzioni si distribuiscono in una pluralità di centri diversi"; l'intervento riformatore avrebbe determinato una rivalutazione del criterio della competenza, a scapito di quello della gerarchia, con la conseguente situazione di parità tra le fonti statali e di autonomia ⁽³⁾. Non si è esitato a

enti locali. Il rilievo della fonte statutaria, in *Le regioni*, 2002, p. 1025, il quale non ha ritenuto possibile, ai sensi dell'art. 117 c. 6 Cost., estendere la tesi della parioriduzione ai rapporti tra legge e regolamento; A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria*, in LEO. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2005, p. 129, per il quale lo statuto ha "natura di fonte primaria (*ergo*: atto con forza di legge)". Attenuata sembra invece essere la posizione di G.C. DE MARTIN, *La funzione statutaria e regolamentare delle istituzioni locali*, in A. PIRAINO (a cura di) *La funzione normativa di comuni*, cit., p. 145, il quale ha escluso che le fonti locali e la legge abbiano lo stesso grado. L'A. ha notato, però, che dopo la riforma del 2001 non si può parlare di un'automatica subordinazione alle fonti legislative di statuti e regolamenti. Nello stesso senso N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, Bologna, 2003, p. 450, il quale ha rilevato che i regolamenti degli enti locali, pur non avendo dignità formale di fonti primarie, non sarebbero in quella posizione di automatica subordinazione rispetto alla legge che contraddistingue le fonti secondarie.

(2) G. GUZZETTA, *Problemi ricostruttivi e profili problematici della potestà regolamentare dopo la riforma del Titolo V*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2001, p. 1129 ss.; A. BARBERA, *Un "ribaltone" nel sistema delle fonti?*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, p. 803 ss.; T.F. GIUPPONI, *Le fonti dell'autonomia locale tra legge statale e legge regionale*, in P. CARETTI (a cura di) *Osservatorio sulle fonti*, Torino, 2002, p. 216; L. PEGORARO, Art. 6, *Statuti comunali e provinciali*, in M. BERTOLISSI (a cura di), *L'ordinamento degli enti locali*, Bologna, 2003, p. 81 ss.; A. VIGNUDELLI, *La disciplina della finanza di progetto dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Diritto amministrativo*, 2005, p. 502 ss.;

(3) A. PIRAINO, *Introduzione*, p. 15. In senso contrario vedi A. BARBERA, *Dal trian-*

mettere in discussione le tradizionali tesi che hanno considerato e giustificato la subordinazione del regolamento alla legge ⁽⁴⁾.

Anche la potestà normativa degli enti locali è stata collegata al principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost. ed al connesso capovolgimento del rapporto tra centro e periferia. La preferenza per l'interesse nazionale, nell'impianto della Costituzione del 1948, si sarebbe ribaltata in quella accordata agli interessi locali dalla nuova attuazione dell'art. 5 Cost., data dalla riforma costituzionale del 2001 ⁽⁵⁾. Si è quindi connessa

golo tedesco al pentagono italiano, in *Quaderni costituzionali*, 2002, p. 85 ss., il quale ha letto l'art. 114 comma 1 Cost. come una norma simbolica, che non può essere certo intesa come una disposizione "riformatrice della repubblica"; M. OLIVETTI, *Lo Stato policentrico delle autonomie (art. 114, 1° comma)*, in T. GROPPI – M. OLIVETTI (a cura di) *La repubblica delle autonomie, Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Torino 2003, p. 39 ss., ha definito l'art. 114, 1° c., come una delle norme più ambigue tra quelle introdotte dalla riforma del 2001. Essa ha avuto l'ambizione di "spezzare l'equivalenza Repubblica-Stato", tentativo inutile se si considera che ogniqualvolta la Costituzione utilizza il termine Repubblica esso sembra essere sinonimo di Stato (es. legge della Repubblica, Senato della Repubblica). Inoltre l'A. ricorda come l'art. 5 Cost., laddove afferma il riconoscimento delle autonomie territoriali, le identifica come qualcosa di differente dalla Repubblica. Sul tema cfr. B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del titolo V*, Torino, 2002, p. 29 ss.

(4) Su questa classica posizione, riferita, però, in gran parte ai regolamenti governativi e tesa a valorizzare il primato della legge, A. CODACCI-PISANELLI, *Legge e regolamento*, in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, p. 35 ss.; F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello stato nel campo del diritto amministrativo*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, p. 139 ss.; G. ZANOBINI, *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in *Archivio giuridico*, vol. LXXXVII, 1922, p. 17 ss. poi in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, p. 145 ss., riteneva come il fondamento della potestà regolamentare fosse esclusivamente la legge e non la discrezionalità amministrativa poiché, essa si basa su un'attribuzione di competenza che solo il legislatore avrebbe potuto definire. Dello stesso A. vedi anche *Sul fondamento della inderogabilità dei regolamenti*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1917, p. 401 ss., poi in *Scritti vari di diritto pubblico*, cit. p. 3 ss.; M.S. GIANNINI, *Regolamento (in generale)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1988, vol. XXXIX. In ordine alla subordinazione rispetto alla legge, oltre che dei regolamenti, anche dello statuto vedi A. PIZZORUSSO, *Autonomie locali e sistema delle fonti*, in *Amministrare*, 1990, p. 119, il quale notava che "l'art. 128 non stabilisce una ripartizione di competenza al livello delle fonti primarie ed il potere statutario o regolamentare dell'ente locale si colloca, nei confronti della disciplina risultante dalle fonti primarie, nella stessa posizione in cui si troverebbe nei confronti di esse il potere regolamentare degli organi amministrativi dello Stato"; U. DE SIERVO, *Statuti e regolamenti, nuove fonti normative di comuni e province*, in *Le regioni*, 1991, p. 394 ss.

(5) I.M. MARINO, *La funzione statutaria e regolamentare delle Istituzioni locali*, in A.

l'equiparazione sostanziale di Stato ed enti territoriali minori con la pariordinazione delle fonti locali alla legge. L'art. 114 Cost. è stato messo in relazione al principio democratico; infatti, prevedendo la collocazione di tutti i livelli di governo – a partire dal comune – in una “parità istituzionale” con gli altri enti territoriali, la riforma costituzionale avrebbe attribuito il grado primario alle fonti degli enti menzionati nell'art. 114 Cost. ⁽⁶⁾

La lettura degli artt. 114 e 117, comma 6, Cost. nonché l'applicazione del criterio regolatore delle fonti della competenza, ha spinto a rinvenire nelle menzionate disposizioni della Carta fondamentale una vera e propria riserva di competenza costituzionale a favore di statuti e regolamenti di comuni e province. Detta riserva escluderebbe o limiterebbe gli interventi normativi di Stato e regioni, sicché eventuali intromissioni nelle competenze direttamente conferite dalla Costituzione agli enti locali risulterebbero costituzionalmente illegittime ⁽⁷⁾. E' stata rivalutata a tal punto la posizione delle fonti locali nei rapporti con la legge dello Stato e delle regioni da rinvenire la necessità di disporre strumenti di garanzia della competenza normativa locale, ipotizzando la possibilità di un accesso diretto al

PIRAINO (a cura di) *La funzione normativa di comuni*, cit., p. 177 ss. Nello stesso senso B. CARAVITA, *Autonomie e sovranità popolare nell'ordinamento costituzionale italiano*, in www.federalismi.it. In senso opposto A. BARBERA, *Chi è il custode dell'interesse nazionale?*, in *Quaderni Costituzionali*, 2001, p. 345; R. TOSI, *A proposito dell'interesse nazionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2002, p. 88.

(6) Tra gli altri, C. CALVIERI, *Gli statuti ed i regolamenti degli enti locali*, cit., p. 535; B. CARAVITA, *Autonomie e sovranità popolare*, cit.

(7) A. PIRAINO, cit., p. 14 ss.; S. MANGIAMELI, *La funzione statutaria e regolamentare delle Istituzioni locali*, cit., p. 152 ss. L'A. distingue nell'ambito delle competenze riservate alle autonomie locali solo sulla base di attività discrezionali ovvero dovute, ma certamente libere da valutazione legislativa. Sul tema vedi anche V. ITALIA, *La sfida: Vecchi strumenti in cerca di vitalità*, in *Il sole 24 ore* del 16 settembre 2002, il quale definisce i regolamenti e gli statuti degli enti locali come “strumenti giuridici nuovi” in grado di reggere le nuove funzioni dell'amministrazione locale. Differente la posizione di G. DI COSIMO, *I regolamenti nel sistema delle fonti, vecchi nodi teorici e nuovo assetto costituzionale*, Milano, 2005, p. 75 ss., il quale distingue tra piano sostanziale e piano organizzativo/procedurale delle funzioni locali; nel primo caso le fonti in oggetto dovrebbero essere lette in un rapporto di gerarchia rispetto ai principi e di competenza rispetto alla disciplina; per le seconde, infatti, si avrebbe una riserva di regolamento direttamente posta dalla Costituzione.

Giudice delle leggi, da parte di comuni e province, nei casi in cui Stato o regioni invadano le competenze normative direttamente attribuite dalla Costituzione alle autonomie locali ⁽⁸⁾.

Si è ritenuto inoltre che la pariordinazione dello statuto e dei connessi regolamenti alla legge dello Stato, nella disciplina degli interessi concernenti l'amministrazione di comuni e province, avrebbe comportato una caducazione del Testo unico sugli enti locali, D.L.vo 18 agosto 2000, n. 267, perlomeno nella parte non inerente, *ex art.* 117 comma 2 lettera *p*) Cost., alle materie di legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali. Lo statuto ed i regolamenti attuativi sarebbero le uniche fonti competenti a definire l'autonomia propria dell'ente

(8) A. PIRAINO, *Introduzione*, cit., p. 23; A. CORPACI, *Gli organi e l'autonomia organizzativa degli enti locali. Il rilievo della fonte statutaria*, cit., p. 1033, il quale riterrebbe possibile il sindacato dello statuto locale da parte della Corte costituzionale estendendo in via analogica la fattispecie prevista dall'art. 123 Cost.; C. CALVIERI, cit., p. 551. Sul tema già E. CASTORINA, *Autonomia universitaria e Stato pluralista*, Milano, 1992, p. 146 ss., il quale rinveniva nel conflitto di attribuzioni uno strumento di "chiusura" in grado di definire questioni di livello costituzionale non altrimenti risolvibili. Vedi anche A. PIRAINO in *Le autonomie locali nel sistema della Repubblica*, Torino, 1998, p. 140 ss. Al riguardo, però, la Corte costituzionale ordinanza 14 ottobre 1993, n. 380 in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, p. 3112 ss., ha negato esplicitamente la possibilità di qualificare la provincia come "potere dello Stato" legittimato, quindi, a sollevare conflitto di attribuzione. Il testo di riforma della seconda parte della Costituzione approvato dalle Camere nel 2005 prevedeva la possibilità di adire la Corte costituzionale direttamente a comuni e province. Detta soluzione sembrava essere inopportuna, perché avrebbe rischiato di ampliare a dismisura il numero dei ricorsi, con il serio pericolo di rallentare, se non di bloccare le attività della Corte. Andrebbe, semmai, valorizzata la possibilità delle regioni di promuovere questioni di legittimità a tutela degli interessi degli enti locali, sul punto Corte costituzionale sentenza 24 giugno 2004, n. 196, in *Le regioni*, 2004, p. 1355 ss., nella quale si è ricordato che: "il nuovo quarto comma dell'art. 123 Cost. ha configurato il Consiglio delle autonomie locali come organo necessario della Regione e che l'art. 32, secondo comma, della legge n. 87 del 1953 (così come sostituito dall'art. 9, comma 2, della legge n. 131 del 2003), ha attribuito proprio a tale organo un potere di proposta alla Giunta regionale relativo al promovimento dei giudizi di legittimità costituzionale in via diretta contro le leggi dello Stato". Detta soluzione, però, non risolverebbe eventuali violazioni dell'autonomia degli enti locali poste in essere dalle regioni. P. COSTANZO, *La tutela delle autonomie locali davanti alle Corti costituzionali*, in G. ROLLA (a cura di) *La difesa delle autonomie locali*, Milano, 2005, p. 166 ss., ha auspicato la previsione di nuovi istituti a tutela delle competenze delle autonomie locali. L'A. ha messo in evidenza come per il Giudice delle leggi la riforma costituzionale del 2001 sia stata ininfluenza al fine di giustificare forme di accesso degli enti locali al suo giudizio.

stesso e, in quanto direttamente legittimati dai precetti costituzionali, non necessiterebbero di alcuna intermediazione da parte della legge⁽⁹⁾.

Connessa – seppur con distinzioni – è la tesi che fa discendere dal ruolo dei regolamenti locali dopo la riforma del 2001 un rapporto di subordinazione gerarchica con la legge, limitato però ai principi in essa contenuti, portando a considerare cedevoli rispetto alle fonti locali le disposizioni legislative “di dettaglio”⁽¹⁰⁾. Il rapporto tra legge e fonti locali sarebbe analogo a quello tra direttive comunitarie e legge nazionale, laddove le menzionate fonti non operano in un rapporto di separazione, bensì di concorrenza, avendo la legge la competenza di definire i principi inerenti all’oggetto da disciplinare, lasciando, però, l’ente locale libero nei modi con cui raggiungere i fini predefiniti⁽¹¹⁾. Suddetti principi non potrebbero essere violati ovvero

(9) C. CALVIERI, cit., p. 536.; A. PIRAINO, *Le istituzioni locali in Sicilia*, Catania, 2006, p. 15 ss., il quale ha rilevato come nella fase di attuazione della riforma costituzionale del 2001 gli statuti degli enti locali sono vincolati a rispettare solo la parte riguardante l’art. 117 comma 2 lettera p). I regolamenti dovranno rispettare lo statuto ed i requisiti minimi di uniformità posti dalla legge, lasciando quindi capire che al di là dei requisiti minimi essi non troveranno limiti nell’esercizio delle funzioni trasferite all’ente. Dissente con tali tesi T.F. GIUPPONI, *Le fonti dell’autonomia locale tra legge statale e legge regionale*, cit., p. 216, il quale ha ritenuto che “l’autonomia normativa degli enti locali in materia di organizzazione interna dell’ente non possa oggi autonomamente intervenire in deroga alla legislazione statale vigente ritenuta “invasiva”, contenuta sostanzialmente nel Testo unico del 2000 (spesso assai dettagliato), ma debba comunque trovare nella legislazione (non più statale ma) regionale la cornice per il suo indispensabile sviluppo”.

(10) M. ALI, *Regolamenti degli enti territoriali*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento VI, 2002, Milano, p. 942; ITALIA, *Gli enti locali nell’ottica del nuovo Titolo V della costituzione. Nuovi problemi sulla potestà statutaria e regolamentare*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto*, Torino, 2005, p. 358 ss.; Contesta queste tesi A. BARBERA, *Un “ribaltone” nel sistema delle fonti?*, cit., p. 803 ss. L’A. nota come la distinzione tra principi e regole non consenta comunque di stravolgere il sistema delle fonti legittimando il giudice ad applicare una fonte locale in contrasto con la legge. Nello stesso senso A. VIGNUDELLI, *La disciplina della finanza di progetto dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, cit., p. 502 ss., il quale rileva come la difficoltà di poter concretamente distinguere i principi dalle regole “introdurrebbe un criterio di risoluzione delle antinomie tra leggi e regolamenti locali incapace di dare una risposta certa”. L’A. inoltre contesta – in forza del principio del numero chiuso delle fonti – la possibilità di introdurre fonti primarie che non siano esplicitamente disposte dalla Costituzione.

(11) Cfr. P. CARETTI, *Fonti statali e fonti locali dopo la riforma del titolo V della Co-*

disattesi dalle fonti locali. La legge, però, sarebbe illegittima nel caso in cui non riservasse alle fonti locali l'attuazione dei principi da essa definiti in materie inerenti agli interessi locali medesimi ⁽¹²⁾.

1.1. (Segue) *La subordinazione delle fonti locali alla legge*

A differente conclusione è giunto chi, al contrario, ha valorizzato la necessità di una tutela degli interessi unitari nonché il ruolo protagonista della legge nel riformato ordinamento. Sebbene la riforma costituzionale del 2001 abbia sviluppato appieno le potenzialità dell'art. 5 Cost., rivalutando la competenza normativa degli enti locali nella disciplina dell'organizzazione e delle funzioni, l'intervento riformatore non potrebbe essere letto nel senso di aver prodotto l'alterazione del rapporto gerarchico tra la legge e fonti statutarie e regolamentari ⁽¹³⁾.

Il rispetto dei principi di legalità e di gerarchia delle fonti comporterebbe la necessità di ritenere legittima l'attribuzione di competenze al regolamento solo se detta attribuzione venisse espressamente conferita dalla legge ⁽¹⁴⁾. La legge insomma, a

stituzione, in *Le regioni*, 2002, p. 954. L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, 2004, p. 94, ha paragonato il rapporto disposizioni locali-legge a quello tra legge regionale-legge statale nelle materie concorrenti, "prevalendo la seconda, in entrambi i casi, soltanto in quanto contenga principi".

(12) G. DI COSIMO, *I regolamenti nel sistema delle fonti*, cit., p. 77, esclude, però, la possibilità di poter giungere ad una dichiarazione di incostituzionalità della legge che invada la disciplina di dettaglio dei regolamenti, "perché il principio di autonomia non costituisce un parametro specificamente rivolto al rapporto tra fonti". L'incostituzionalità della legge deriverebbe da un'invasione della riserva di regolamento nella disciplina organizzativo/procedurale delle funzioni locali.

(13) In questo filone vedi G. GUZZETTA, *Problemi ricostruttivi e profili problematici della potestà regolamentare dopo la riforma del Titolo V*, cit., p. 1129 ss.; A. BARBERA, *Un "ribaltone" nel sistema delle fonti?*, cit., p. 803 ss.; T.F. GIUPPONI, *Le fonti dell'autonomia locale tra legge statale e legge regionale*, cit., p. 216; A. VIGNUDELLI, *La disciplina della finanza di progetto dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, cit., p. 502 ss.

(14) Così A. MORRONE, *Regolamenti locali in materia tributaria e sistema delle fonti*, in *Quaderni costituzionali*, 2005, p. 443 ss., il quale, a proposito dell'analisi della competenza regolamentare degli enti locali in materia tributaria a seguito dell'art. 52 del d.lgs. n. 446 del 1997, non concorda con le interpretazioni dell'art. 52 volte ad individuare nel regolamento "la fonte principale di disciplina del tributo locale" e,

tutela dei destinatari, continuerebbe ad essere la sede di determinazione dei fini generali e delle garanzie procedurali nell'esplicazione delle funzioni amministrative locali ⁽¹⁵⁾.

La riforma costituzionale del 2001 non avrebbe stravolto i rapporti tra gli enti territoriali nonché quelli tra le fonti. L'art. 117 Cost. si limiterebbe a distribuire le competenze tra Stato, regioni ed enti locali, non interessando il rapporto gerarchico tra legge e fonti locali. Osservando l'art. 117 Cost., infatti, si noterebbe che nei diversi commi esso regola l'attribuzione delle competenze di ciascun ente a ciascun livello delle fonti. In particolare, se i primi interessano la distribuzione delle competenze a livello primario, il sesto comma si occuperebbe esclusivamente delle fonti secondarie. Anzi, quest'ultimo sembrerebbe dedicare una particolare attenzione nell'evitare interferenze tra le fonti di grado differente. Infatti, nel distribuire le competenze tra fonti secondarie, l'art. 117 Cost. riserverebbe la competenza regolamentare dello Stato alle sole materie di competenza legislativa esclusiva, al fine di evitare l'ingerenza della normativa regolamentare statale nelle materie di competenza legislativa concorrente della regione. In tale contesto la riserva di competenza a favore della potestà normativa delle autonomie locali potrebbe riguardare solo fonti di rango secondario ⁽¹⁶⁾.

più in generale, contesta le tesi che esaltano la delegificazione a sostegno di una preferenza del regolamento alla legge. Anche dopo la riforma del titolo V nel nostro ordinamento risulterebbero inaccettabili riserve di regolamento, per l'impossibilità nel nostro sistema delle fonti di far prevalere il regolamento rispetto alla legge.

(15) F. MODUGNO, *La posizione ed il ruolo della legge statale nell'ordinamento italiano*, in www.issirfa.cnr.it, ha osservato come nonostante nel nostro ordinamento la legge sia "aggredita dall'esterno e corrosa dall'interno", essa mantiene "ancor oggi una qualche centralità come modello di riferimento all'interno dell'insieme delle fonti" strumento di attuazione del programma costituzionale.

(16) G. GUZZETTA, *Problemi ricostruttivi e profili problematici della potestà regolamentare dopo la riforma del Titolo V*, cit., p. 1129, ss. Nello stesso senso T.F. GIUPPONI, *Le fonti dell'autonomia locale tra legge statale e legge regionale*, cit., p. 217 ss.

2. Le contraddittorie posizioni della più recente giurisprudenza: "lo statuto come fonte paraprimary"

Le tesi sin qui esposte sulla difficoltà di inquadrare statuti e regolamenti degli enti locali nel panorama delle fonti non hanno avuto solo un rilievo teorico. Sono numerose infatti le pronunce in cui la giurisprudenza è intervenuta sul tema.

Di particolare interesse è una recente decisione delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione⁽¹⁷⁾. Il Supremo giudice – modificando il precedente orientamento⁽¹⁸⁾ – si è pronunciato sulla possibilità che lo statuto comunale possa prevedere, in

(17) Corte di Cassazione, sezioni unite civili, sentenza 16 giugno 2005, n. 12868 in *Foro Italiano*, 2005, p. 3033 ss. Il Supremo giudice affronta la questione inerente alla posizione dello statuto comunale nel sistema delle fonti, al fine di unificare la giurisprudenza in materia di rappresentanza in giudizio del comune da parte del sindaco in ossequio all'articolo 50 del testo unico n. 267 del 2000. In particolare le argomentazioni nel testo vengono sostenute dalle Sezioni Unite per legittimare, dopo la riforma del Titolo V della Costituzione del 2001, eventuali deroghe da parte dello statuto alla normativa statale, purché nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento. A commento della presente sentenza vedi A. CELOTTO, *La riforma del titolo V "presa sul serio": lo statuto comunale come "atto normativo atipico di rango paraprimary"*, in www.Giustamm.it.

(18) Corte di Cassazione, sez. trib., sentenza 17 novembre 2003, n. 17360 in *Foro Amministrativo C.D.S.*, 2004, p. 1043 ss., con nota di D. PERUGINI, *Politica ed amministrazione: la rappresentanza in giudizio degli enti locali*. Il supremo giudice ha ribadito come "nel vigore dell'ordinamento delle autonomie locali dettato dal d.leg. 18 agosto 2000 n. 267, la legittimazione a promuovere giudizi in rappresentanza del comune compete al sindaco (e, in caso di suo impedimento, al vicesindaco), poiché, ai sensi dell'art. 50, 2° comma, del cit. d.lgs., soltanto il sindaco rappresenta il comune, mentre detta legittimazione non spetta ai dirigenti dell'ente locale, né in base all'art. 6, né ai sensi dell'art. 107 del medesimo". Id., Corte di Cassazione, sez. III, sentenza 10 febbraio 2003, n. 1949 in *Giustizia civile Massimario*, 2003, p. 295; Corte di Cassazione, sez. trib., sentenza 12 dicembre 2003, n. 19082 in *Il Fisco*, 2004, p. 1052 ss.; Corte di Cassazione, sez. trib., sentenza 7 giugno 2004, n. 10787 in *Bollettino tributario*, 2005, p. 385 ss. con nota di G. FERRAÙ, *La rappresentanza in giudizio del Comune*; Corte di Cassazione, sez. trib., sentenza 8 settembre 2004, n. 18087 in *Foro italiano*, 2005, p. 381 ss. Più in generale sul tema vedi P. VIRGA, *La rappresentanza in giudizio degli enti locali. I Dirigenti non possono rappresentare il comune in giudizio*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2003, p. 1241 ss., per il quale la legge di riforma degli enti locali aveva completamente ignorato l'istituto dell'autorizzazione a stare in giudizio, per cui "l'art. 6 del vigente testo unico sugli enti locali 18 agosto 2000, n. 267, ha cercato di rimediare, devolvendo la disciplina della materia alle norme dello statuto. Senonché la formulazione dell'articolo è risultata estremamente ambigua ed imprecisa".

deroga all'art. 50 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, la rappresentanza in giudizio dei funzionari amministrativi invece che del sindaco.

Il tentativo di trovare una soluzione alla problematica in discussione ha spinto le Sezioni Unite ad affrontare più in generale il tema dei rapporti tra fonti locali e statali.

Partendo da una "rilettura complessiva dell'ordinamento degli enti locali", dopo gli interventi riformatori del Titolo V della Costituzione, la Corte ha rilevato come l'abrogazione dell'art. 128 Cost. abbia avuto come conseguenza quella di circoscrivere le competenze esclusive della legislazione statale nei confronti degli enti locali all'interno dei limiti dell'articolo 117 comma 2 lett. p), cioè alle sole materie della legislazione elettorale, degli organi di governo e delle funzioni fondamentali. La suddetta abrogazione e il disposto dell'articolo 114 c. 2 Cost. avrebbero comportato una "valorizzazione delle istituzioni locali".

Il giudice di legittimità ha chiarito inoltre che la disciplina del testo unico enti locali non va certo considerata abrogata, bensì riletta alla luce delle suddette considerazioni. Vanno reinterpretati i rapporti tra le leggi e lo statuto, abbandonando l'applicazione del criterio gerarchico, in favore di quello della competenza. Lo statuto non può più essere considerato una norma di "integrazione ed adattamento dell'autonomia locale ai principi inderogabili fissati dalla legge". La fonte locale è stata definita come un "atto formalmente amministrativo, ma sostanzialmente come atto normativo atipico, con caratteristiche specifiche, di rango paraprimary o subprimary, posto in posizione di primazia rispetto alle fonti secondarie dei regolamenti e al di sotto delle leggi di principio, in quanto diretto a fissare le norme fondamentali dell'organizzazione dell'ente ed a porre i criteri generali per il suo funzionamento, da svilupparsi in sede regolamentare" (19).

La Corte di Cassazione, quindi, da un lato ha confermato il valore normativo delle fonti locali, chiarendo come anche per

(19) Vedi considerazioni in diritto in Corte di Cassazione, sezioni unite civili, sentenza 16 giugno 2005, n. 12868, cit. In senso opposto *ex plurimis* Corte di Cassazione, sez. trib., sentenza 12 dicembre 2003, n. 19082, cit.

statuto e regolamenti viga il principio *iura novit curia* ⁽²⁰⁾; dall'altro, però, sembra essere andata molto oltre, elevando il grado dello statuto. Pare insomma che la posizione giurisprudenziale in oggetto abbia accolto le tesi dottrinali che hanno qualificato lo statuto ed i connessi regolamenti come pariordinati alla legge ⁽²¹⁾.

L'art. 50 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, infatti, non disciplina espressamente la rappresentanza in giudizio del comune, parlando di una generale rappresentanza dell'ente da parte del sindaco. Se a questo rilievo si aggiunge che l'art. 6, comma 2, dello stesso testo unico enti locali, prevede che sia lo statuto a regolare le modalità di rappresentanza in giudizio del comune, si comprendono le ragioni dell'incertezza giurisprudenziale sul tema. La Corte di Cassazione, infatti, proprio sulla base degli ambigui disposti normativi, ha spesso riconosciuto la possibilità di far disporre allo statuto la rappresentanza in giudizio del comune. Nonostante l'art. 50 possa essere interpretato nel senso di attribuire la rappresentanza dell'ente in giudizio solo al sindaco, non sembra verosimile – basti pensare al contenzioso di grosse amministrazioni comunali – che il sindaco debba in ogni caso rappresentare in giudizio l'amministrazione locale.

Per i summenzionati motivi gli orientamenti giurisprudenziali sono stati particolarmente discordanti in ordine al tema della rappresentanza in giudizio del comune ⁽²²⁾.

(20) La Corte chiarisce che anche per le fonti locali vale il principio *iura novit curia* in quanto – statuti e regolamenti – ricevendo un'adeguata pubblicità devono essere conosciute ed applicate dai giudici.

(21) Le Sezioni Unite a sostegno delle loro motivazioni hanno interpretato l'art. 4, legge 5 giugno 2003, n. 131, nel senso di collegare direttamente la potestà statutaria e regolamentare alla Costituzione, di conseguenza tutte le disposizioni in contrasto con l'autonomia e le competenze costituzionali degli enti locali dovrebbero essere sottoposte a revisione.

(22) Cfr. Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 5 aprile 2002, n. 4845 in *Foro italiano*, 2004, p. 2819 ss. con nota di G. D'AURIA, secondo la quale “la legittimazione a promuovere giudizi in rappresentanza dell'ente comune compete in via primaria al sindaco e può spettare al segretario generale, nella sua qualità di dirigente di ufficio dirigenziale generale, solo in quanto potestà sia stata a lui attribuita dal sindaco medesimo, o derivi da una norma dello statuto o del regolamento dell'ente locale; un provvedimento di conferimento al segretario generale della legittimazione a rappresentare il comune non può desumersi dalla delibera della giunta comunale, cui abbia

Quest'ultima osservazione sembrerebbe essere una possibile chiave di lettura della riportata sentenza. L'intento della Corte non sarebbe stato, infatti, quello di "rimeditare" il sistema delle fonti, bensì piuttosto quello di intervenire sull'orientamento giurisprudenziale in tema di rappresentanza in giudizio dell'ente locale.

2.1. (Segue) ovvero *secondaria*?

A conferma delle ultime considerazioni va detto come non sembri possibile affermare – anche dopo la riforma costituzionale del 2001 – che la giurisprudenza intenda in termini gerarchicamente paritari i rapporti tra legge, statuto e regolamenti⁽²³⁾.

In senso opposto alla summenzionata pronuncia della Cassazione, infatti, si segnala una recente decisione della Sezione V del Consiglio di Stato⁽²⁴⁾, la quale ha affermato l'impossibilità per il comune di derogare alle previsioni del testo unico enti locali in materie che rientrino nella previsione dell'art. 117, comma 2, lettera p), Cost. In particolare – nel caso oggetto del giudizio – si discuteva sulla possibilità di modificare, per mezzo

partecipato il sindaco, che autorizzi il segretario generale a sottoscrivere la procura da rilasciare al difensore". In modo più esplicito vedi Corte di Cassazione, sez. un., ordinanza 17 marzo 2004, n. 5463 in *il Fisco*, 2004, p. 3582 ss., nella quale viene espressamente prevista la possibilità che "il sindaco può conferire ad un dirigente comunale la rappresentanza processuale del comune con facoltà di rilasciare procura alle liti al difensore tecnico, in ordine a tutte le controversie riguardanti gli affari di competenza del settore cui sia preposto il dirigente stesso (nel caso di specie, il settore tributi); ciò in quanto il dirigente è titolare dei poteri di rappresentanza sostanziale in base all'art. 107 d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267; e si deve escludere sia che sussistano elementi di indeterminatezza della delega sindacale, sia che si realizzi una surrettizia sostituzione del legale rappresentante dell'ente".

(23) G. DI COSIMO, *I regolamenti nel sistema delle fonti*, cit, p. 75.

(24) Sentenza 3 marzo 2005, n. 832 in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, p. 838 ss. con nota di G. SCIULLO. Nel merito la questione riguardava la possibilità per il comune di modificare lo statuto, in deroga all'art. 42 del d.lgs. n. 267 del 2000, attribuendo alla giunta tosto che al consiglio le determinazioni circa la possibilità di variare o dismettere quote di partecipazione in società di capitali non determinanti ai fini del controllo delle società. La Summenzionata pronuncia interviene a conferma della decisione di primo grado del T.A.R. Lombardia, sentenza 6 maggio 2004, n. 1622 in *Urbanistica e appalti*, 2004, p. 1213 ss. con nota di A. MEALE.

dello statuto, il riparto delle competenze tra consiglio e giunta come definite dal testo unico. Senza esitazioni il Consiglio di Stato ha riservato alla legge tutti gli interessi che non possono essere sottratti alla valutazione del soggetto rappresentativo dell'intera collettività, ovvero il consiglio comunale. La legge statale, infatti, avendo attribuito all'organo elettivo le funzioni volte ad esprimere indirizzi politici ed amministrativi di rilievo generale, ha definito principi fondamentali che non possono essere derogati dallo statuto.

In senso opposto, la posizione del Consiglio di Stato potrebbe essere letta come una conferma dell'orientamento delle Sezioni Unite civili sopra riportato, poiché anche il giudice amministrativo ha richiamato il limite costituzionale dell'art. 117, comma 2, lettera *p*), Cost. entro il quale dovrebbe operare la legge.

A ben vedere, però, non solo il giudice amministrativo ha definito esplicitamente lo statuto comunale come una "*fonte secondaria*"; esso, inoltre, ha rilevato come non possano intervenire variazioni delle competenze comunali volte a ledere le garanzie delle minoranze e più in generale dei cittadini della collettività locale. La censurata previsione statutaria, oggetto di suddetta decisione, infatti, trasferendo competenze dal consiglio alla giunta, avrebbe leso sostanzialmente le garanzie e gli interessi delle minoranze.

La tendenza emersa nella summenzionata decisione del Consiglio di Stato, volta a considerare le fonti degli enti locali come secondarie, sembra rappresentare la pacifica posizione seguita dalla giurisprudenza amministrativa ⁽²⁵⁾ nei confronti sia dello statuto che del regolamento ⁽²⁶⁾: posizione questa che sembra

(25) Come già accennato, nella giurisprudenza della Corte di Cassazione la tematica inerente ai rapporti tra fonti locali e legge è stata affrontata con riguardo principalmente alla problematica della rappresentanza in giudizio dell'ente locale. Al contrario riguardo innumerevoli materie nei giudizi innanzi al giudice amministrativo.

(26) Tra le numerose pronunce si segnala TAR Calabria, sentenza 13 novembre 2001, n. 1056 in www.giustizia-amministrativa.it. Nel caso oggetto della sentenza il censurato regolamento regolava il diritto di accesso agli atti dei consiglieri comunali, materia già disciplinata da parte del testo unico degli enti locali. Vedi inoltre Consiglio di Stato, Sezione quarta, sentenza 14 febbraio 2005, n. 450 in

confermare la “singolarità” della richiamata sentenza delle Sezioni Unite civili 16 giugno 2005, n. 12868.

Si consideri, ad esempio, la decisione della Sezione V del Consiglio di Stato ⁽²⁷⁾, intervenuta in un caso in cui un consigliere comunale aveva impugnato i decreti di nomina di quattro assessori comunali, adducendo la violazione dello statuto comunale, che limitava a due il numero massimo di componenti della giunta.

In primo grado il Tribunale amministrativo Abruzzo ⁽²⁸⁾ aveva accolto il ricorso del consigliere comunale sulla base della considerazione che la legge avrebbe fissato solo il limite massimo di componenti della giunta, rimettendo allo statuto la determinazione del numero effettivo degli assessori necessari al governo dell’ente (art. 47, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267).

Il Consiglio di Stato – censurando le motivazioni del TAR – ha rilevato non solo che lo statuto deve rispettare la legge, ma anche che il rispetto della fonte locale non deve essere solo formale, bensì sostanziale, nel senso che l’ente locale è tenuto a valutare concretamente gli interessi che la legge rimanda alla disciplina della fonte subordinata. La mancata revisione dello statuto rispetto al testo unico enti locali obbligava il sindaco ad applicare la disciplina legislativa sino a quando il consiglio non avesse provveduto a riformare tale norma nel mutato ordina-

amministrativa.it, nella quale vicenda un comune aveva disciplinato con regolamento divieti di fissazione di antenne per la telefonia mobile. Il giudice amministrativo censurando la pronuncia di primo grado ha statuito che “nell’ambito delle competenze attribuite ai comuni dall’art. 8 l. 22 febbraio 2001, n. 36, non rientra la fissazione di limiti di esposizione ai campi elettromagnetici diversi da quelli stabiliti dallo Stato (con il d.m. n. 381 del 1998) ed alla stregua di detta disposizione nemmeno è consentito che il Comune, attraverso il formale utilizzo degli strumenti di natura edilizio-urbanistica, adotti misure che nella sostanza costituiscono una deroga ai predetti limiti di esposizione fissati dallo Stato, quali ad esempio il generalizzato divieto di installazione delle stazioni radio-base per la telefonia cellulare in tutte le zone territoriali omogenee a destinazione residenziale; ovvero di introdurre misure che, pur essendo tipicamente urbanistiche (distanze, altezze, ecc.), non siano funzionali al governo del territorio, quanto piuttosto alla tutela della salute dai rischi dell’elettromagnetismo”.

(27) Sentenza 31 dicembre del 2003, n. 9315 in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, p. 315 (solo massima), anche in *www.giustizia-amministrativa.it*.

(28) TAR Abruzzo, sentenza 9 gennaio 2003, n. 146, in *Foro amministrativo T.A.R.*, 2003, p. 208, p. 661.

mento, rivalutando il numero di assessori necessari per il governo dell'ente.

La natura secondaria della fonte statutaria sembra emergere inoltre nei casi in cui il Giudice amministrativo ha applicato direttamente la legge al fine di superare l'illegittimità della disposizione locale. E' il caso in cui ⁽²⁹⁾ il presidente di un'azienda di servizi pubblici comunali decaduto – a causa dello scioglimento del consiglio di amministrazione – veniva sostituito con decreto di nomina da parte del sindaco. A fondamento delle ragioni del ricorrente lo statuto comunale prevedeva che il presidente restasse in carica sino alla nomina di un nuovo consiglio di amministrazione in regime di *prorogatio*, senza fissare, un termine di scadenza. Il TAR, però, rigettando la richiesta di annullamento del provvedimento di nomina del nuovo presidente, ha rinvenuto nella legge la disciplina della fattispecie contesa, poiché, se è vero che lo statuto del comune e quello dell'azienda prevedevano la proroga *sine die*, è vero anche che il d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 – al fine di limitare la proroga – prevede, all'art. 50 comma 9, che il sindaco debba effettuare le nomine entro quarantacinque giorni dalla scadenza del precedente incarico ⁽³⁰⁾.

Degno di nota sembra essere anche il caso deciso dal Tribunale amministrativo della Calabria ⁽³¹⁾, nel quale il giudice di primo grado, pur non censurando la normativa statutaria contrastante con la legge, ha dovuto comunque rinvenirne un'interpretazione che potesse consentire il mantenimento della fonte locale.

In particolare, lo statuto attribuiva alla giunta la competenza nella redazione dei piani esecutivi in materia urbanistica. La norma locale sembrava essere in esplicito contrasto con l'art. 42 comma 2 lettera *b*) del testo unico enti locali, che assegna al

(29) TAR Calabria, sentenza 12 marzo 2004, n. 622 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

(30) Sembra di particolare interesse rilevare che in detta sentenza il TAR nel ribadire la prevalenza della legge sullo statuto comunale lo qualifica come atto amministrativo e lo pariordina allo statuto di un'azienda locale.

(31) TAR Calabria, sentenza 13 dicembre 2001, n. 2085 in *Foro amministrativo T.A.R.*, 2001, p. 3330 (solo massima) anche in *www.giustizia-amministrativa.it*.

consiglio comunale la disciplina di programmi che impegnano i bilanci per gli esercizi successivi. Il TAR, rilevando una generale competenza delle fonti locali nel definire le attribuzioni della giunta e del consiglio, al fine di non annullare la fonte locale – in applicazione del “generale principio di conservazione dei mezzi giuridici” – ha indicato quale interpretazione dovesse essere data allo statuto. Secondo il tribunale amministrativo, infatti, l’art. 42 comma 2 – attribuendo al consiglio la competenza in materia di programmi annuali e pluriennali per l’attuazione dei piani territoriali ed urbanistici – “indurrebbe ad escludere, secondo il brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, la riserva di competenza consiliare nel generale settore della sfera programmatica di ordine esecutivo”.

Al di là del merito della soluzione, la necessità di dover rinvenire un’interpretazione che potesse giustificare la deroga statutaria della normativa fissata dal testo unico enti locali, sembra essere una spia circa la subordinazione delle fonti locali alla legge.

3. *Le fonti degli enti locali come espressione di autonomia.*

I rapporti tra fonti locali e legge debbono essere valutati in via sistematica ed in connessione con la norma fondamentale dell’art. 5 Cost. Se è vero, infatti, che la competenza normativa degli enti locali ha ricevuto copertura costituzionale dagli articoli 114 comma 2 e 117 comma 6 Cost. e che oggi si ha una ulteriore conferma di quanto anticipato dalla dottrina ⁽³²⁾ sulla ri-

(32) V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema delle fonti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1960, p. 775 ss., il quale ha rilevato come le trasformazioni che investirono gli ordinamenti e soprattutto l’introduzione delle Costituzioni rigide hanno segnato il declino della *Stufenbautheorie* di Kelsen. La Costituzione rigida, se da un canto, ha rappresentato un ulteriore gradino della “piramide”, dall’altro, ha creato altre fonti che non necessariamente si sono poste in rapporto gerarchico con la legge. Fonte quest’ultima che nel periodo antecedente alle Costituzioni rigide rappresentava la più alta espressione della volontà dello Stato. A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano, 1977, p. 211 ss., ha inteso il criterio di competenza come lo sforzo teoretico che la scienza “compie nel momento in cui svolge il proprio servizio di razionalizzazione della

valutazione del criterio ordinatore delle fonti della competenza, è vero anche che l'autonomia deve essere sempre intesa nel rispetto degli interessi unitari statuiti dall'art. 5 Cost.

Se si legge la richiamata dottrina sul criterio della competenza come strumento regolatore dei rapporti tra fonti, si comprende come anche prima della riforma del 2001 fosse possibile ammettere la disciplina da parte di comuni e province di materie inerenti ad interessi di rilievo locale.

Come è noto, il processo di attuazione dell'ordinamento degli enti locali⁽³³⁾ – all'interno del sistema delle autonomie definito dalla Costituzione del 1948 – è stato introdotto con la legge 8 giugno 1990, n. 142 ed è proseguito con il d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267. La legge 15 marzo 1997, n. 59, ed il successivo d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, nel quadro più generale del riordino e della redistribuzione delle funzioni tra Stato ed enti territoriali minori, hanno trasferito non poche competenze agli enti locali, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.

nuova realtà politico-giuridica". L'A. ha contestato che il sistema delle fonti possa essere regolato esclusivamente dal criterio della competenza. Resta infatti all'interno dei numerosi "microsistemi" un rapporto gerarchico tra le fonti, la "prospettiva statica e generale della gerarchia...assieme alla prospettiva dinamica e relativa della competenza... caratterizzano nella loro sintesi necessaria la fenomenologia normativa nel suo complesso". F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enciclopedia del diritto, Aggiornamento I*, Milano, 1997, p. 561 ss., ha notato che la difficoltà di utilizzare il criterio della competenza sarebbe stata la conseguenza di una dominazione culturale del principio di gerarchia quale unico criterio regolatore delle fonti caratterizzato dall'idea che "una fonte (la legge) fosse più forte e pregevole di ogni altro atto normativo". In particolare l'A. ha sottolineato la tendenza dell'ordinamento, definito dalla Costituzione, di andare nella direzione di de-tipizzazione degli atti normativi in tutti i livelli della gerarchia, introducendo, inoltre, nuovi atti che non sono riusciti a trovare una collocazione nella scala gerarchica. L'ordinamento seguito alla Carta fondamentale ha creato numerosi "microsistemi" in cui il principale criterio ordinatore delle fonti deve necessariamente essere individuato nella competenza.

(33) Sulle problematiche inerenti lo sviluppo dell'ordinamento degli enti locali vedi V. ONIDA, *La riforma dei comuni e delle province e il difficile rapporto fra regioni ed enti locali*, in *Quaderni Costituzionali*, 1988, p. 53 ss.; A. ROMANO, *Autonomia statutaria e armonizzazione normativa*, in *Organizzazione dei servizi e diritti dei cittadini negli statuti comunali*, Padova, 1993, p. 125 ss. Più di recente valutando gli spazi di autonomia concessi agli enti locali dai numerosi interventi normativi antecedenti la riforma del 2001, G. ROLLA, *L'autonomia dei comuni e delle province*, in T. GROPPi – M. OLIVETTI (a cura di), *La repubblica delle autonomie*, cit., p. 207 ss.

Eppure già sotto il regime del testo unico enti locali del 1934 si discuteva sulla possibilità di ritrovare un fondamento costituzionale della potestà regolamentare di comuni e province⁽³⁴⁾. Dette argomentazioni furono in parte estese anche a quella statutaria dopo la legge 8 giugno 1990, n. 142. Si riteneva, infatti, che la legge sull'ordinamento degli enti locali fosse l'attuazione – oltre che dell'art. 128 Cost. – dell'art. 5 Cost., la potestà normativa degli enti locali trovava quindi – anche se non esplicitamente nominata dalla Costituzione – un fondamento costituzionale caratterizzante l'autonomia degli enti stessi⁽³⁵⁾.

Di conseguenza anche prima della riforma costituzionale del 2001 si parlava di rapporti di competenza tra fonti locali e legge statale nonché di limiti della normativa primaria nei confronti

(34) Cfr. V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema delle fonti*, cit. p. 793, nota 30. Già nei primi anni successivi alla Costituzione – E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, p. 248 – rilevava la crisi della legge a favore dell'autonomia normativa degli enti territoriali minori garantita ex artt. 5 e 128 della Carta fondamentale. Per un'approfondita analisi G. DI COSIMO, *I regolamenti nel sistema delle fonti*, cit., p. 69.

(35) E. ROTELLI, *Art. 128*, in G. BRANCA – A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1990, Tomo III, p. 1 ss., individuava nell'art. 5 Cost. la chiave di lettura, oltre che dell'art. 128 Cost., di tutto il titolo V. L'A. rilevava che, alla luce dell'art. 5 Cost., l'art. 115 Cost. per le regioni e l'art. 128 Cost. per gli enti locali individuassero la stessa parità di autonomia. A. TRAVI, *Violazione degli statuti e tutela del cittadino*, in *Organizzazione dei servizi e diritti dei cittadini negli statuti comunali*, cit., p. 102 ss., riteneva che la potestà normativa degli enti locali rappresentasse un limite per il principio di legalità, giustificando le proprie considerazioni sulla base del fondamento costituzionale delle fonti locali espressione del principio democratico. Differente, ma di particolare interesse alla luce dei rapporti tra fonti degli enti locali, sembra essere la posizione di LEO MAZZAROLLI, «Fonte statuto e fonte regolamento nella legge di riforma delle autonomie locali», in *Organizzazione dei servizi e diritti dei cittadini negli statuti comunali*, cit., p. 30 ss., il quale notava che non si «sarebbe potuto parlare di inosservanza della costituzione ove la legge n. 142, anziché prevedere un particolare atto fonte – lo statuto, appunto – ...ne avesse demandato la disciplina a dei semplici regolamenti, pur senza restringere la sfera delle competenze normative attribuite a Comuni e province...solo avendo riguardo all'insieme dell'autonomia normativa degli enti contemplati dall'art. 128 Cost. che si ritiene possa essere individuato un ambito che la Costituzione vuole rispettato; con la conseguenza che la relazione tra gli atti normativi di un ente autonomo e la legge non è di pura e semplice subordinazione, perché la legge non può disporre come crede delle materie di cui anche tali enti sono chiamati a integrare la disciplina...il loro superamento pregiudicherebbe l'autonomia garantita dalla Costituzione». A. PIRAINO, *Le autonomie locali nel sistema della Repubblica*, cit., p. 58 ss.

di quella di comuni e province limitatamente ai soli principi, al di là dei quali l'ente era libero di disciplinare gli interessi inerenti alla propria comunità⁽³⁶⁾.

Così come – nel dibattito *ante-riforma* – non mancavano, al contrario, tesi volte a negare, alla summenzionata potestà, alcun fondamento nella Costituzione, poiché l'ordinamento degli enti locali, disciplinato dalla normativa dello Stato, rappresentava un'attuazione dell'art. 128 Cost., che rinviando alla legge l'individuazione delle funzioni ed i limiti dell'autonomia di comuni e province non attribuiva alle fonti locali rilevanza costituzionale⁽³⁷⁾.

La principale innovazione della riforma costituzionale del 2001, quindi, è quella di aver chiarito ogni dubbio circa il fondamento della potestà normativa degli enti locali, “costituzionalizzando” le fonti già individuate dalle leggi generali dello Stato⁽³⁸⁾. L'esplicita previsione in Costituzione di statuti e regolamenti locali non può non avere importanti effetti nel sistema delle fonti e nei rapporti tra enti territoriali.

Una prima conseguenza sembra essere rappresentata dalla conferma delle tesi che hanno rilevato una sostanziale differenza tra la normativa secondaria dell'esecutivo e quella degli enti

(36) V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza*, cit., p. 793, nota 30. E. CHELI, *Potere regolamentare*, cit, p. 248. F. STADERINI, *Diritto degli enti locali*, Padova, 1991, p. 49 ss.

(37) A. PIZZORUSSO, *Autonomie locali e sistema delle fonti*, in *Amministrare*, cit., p. 119; S. STAIANO, *Gli statuti comunali ruolo, contenuti, tendenze*, Napoli, 1992, p. 21 ss., escludeva che lo statuto avesse fondamento costituzionale, in quanto esso era una scelta di delegificazione “esposta all'instabilità derivante dall'innovazione legislativa”. Secondo l'A., quindi, il rapporto tra legge e statuto non poteva essere qualificato “in termini di separazione/equiorinazione, ma secondo lo schema della subordinazione gerarchica”. G. BERTI, *Problemi dello statuto comunale come fonte*, in *Organizzazione dei servizi e diritti dei cittadini negli statuti comunali*, cit., p. 120 ss., considerava lo statuto e i regolamenti degli enti locali come semplici completamenti della disposizioni della legge statale o regionale. Se le fonti locali avessero voluto esprimere dei principi, questi sarebbero dovuti essere necessariamente ripetitivi di quelli definiti dalla legge “giacché i principi implicano una capacità normativa di prima mano”. Nello stesso senso A. ROMANO, *Autonomia statutaria e armonizzazione normativa*, cit., p. 126; L. PEGORARO, *Statuti degli enti locali – sistema delle fonti e problemi di attuazione*, Rimini, 1993, p. 46 ss.

(38) M. ALÌ, *Regolamenti degli enti territoriali*, cit., p. 943.

territoriali ⁽³⁹⁾. Oggi, più che nell'ordinamento antecedente alla riforma del 2001, sembra possibile "intendere in senso meno rigido il principio della riserva di legge" nei confronti della normativa degli enti territoriali, fondata su un'autonomia costituzionalmente garantita nonché, al contrario delle altre fonti secondarie, sul fatto che essa venga adottata da parte di "assemblee rappresentative dell'elettorato locale e quindi fornite di legittimazione democratica allo stesso modo del Parlamento nazionale" ⁽⁴⁰⁾. Pertanto i regolamenti statali o regionali non potranno intervenire in funzioni proprie del comune (ovvero della provincia) inerenti la loro organizzazione o nelle funzioni loro trasferite ⁽⁴¹⁾. In tal senso dovrebbe essere intesa l'esplicita riserva di regolamento di comuni, province e città metropolitane in materia di organizzazione, svolgimento e gestione delle funzioni degli enti stessi, prevista dall'art. 4 comma 4 della legge 5 giugno 2003, n. 131.

La rilettura del sistema delle fonti, insomma, non riguarda il loro spostamento nella scala gerarchica ⁽⁴²⁾, bensì essa potrebbe

(39) M.S. GIANNINI, *Regolamento (in generale)*, cit., p. 602, e più di recente M. ALI, cit., p. 932.

(40) L. CARLASSARE, *Regolamento (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1988, vol. XXXIX, p. 607. Sulla prevalenza dei regolamenti di autonomia su quelli statali vedi già V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, cit., p. 793; G. ZANOBINI, *Gerarchia e parità fra le fonti*, in *Studi in onore di Santi Romano*, Padova, 1939, p. 589 ss. poi in *Scritti vari di diritto pubblico*, cit., p. 299 ss. Le tesi esposte fugano ogni dubbio sulla possibilità di applicare nell'ordinamento costituzionale le norme, risalenti al periodo fascista, dettate dagli artt. 3 e 4 delle disposizioni sulla legge in generale, per cui i regolamenti appartenenti a qualsiasi categoria, compresi quelli di autonomia, non avrebbero potuto dettare norme contrarie a quelle disposte dai regolamenti del Governo.

(41) A. BARBERA, *Un "ribaltone" nel sistema delle fonti?*, cit., p. 803 ss., il quale rileva come solo in questo caso sia possibile parlare di "riserva di regolamento" nonostante sarebbe meglio parlare di una "preferenza" del regolamento locale. In tal senso sembra andare la Corte costituzionale, Sentenza 16 gennaio 2004, n. 17 in *Giurisprudenza costituzionale*, p. 312 ss, che in materia di servizi trasferiti agli enti locali, al punto 7 delle considerazioni di diritto, interpreta la norma "nell'unico senso costituzionalmente corretto" limitando la potestà regolamentare dello stato alle sole materie dell'organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali.

(42) T.F. GIUPPONI, *Le fonti dell'autonomia locale tra legge statale e legge regionale*, cit., p. 221 ss. Inoltre, l'A. constata come, anche successivamente alla riforma del Titolo V, i rapporti tra legge e regolamenti locali siano ancora sostanzialmente ispirati al criterio di gerarchia. La riforma, infatti, non ha individuato nuove fonti primarie,

essere effettuata tramite le pronunce in cui la Corte costituzionale ha definito le garanzie concernenti le funzioni attribuite dalla Carta fondamentale agli enti locali⁽⁴³⁾. I riformati articoli 114 comma 2 e 117 comma 6 Cost., secondo il Giudice della costituzionalità, attribuiscono anche agli enti locali competenze proprie ovvero trasferite che determinano il dovere per la legge di lasciare spazio normativo agli enti locali nella disciplina degli interessi inerenti alla propria comunità⁽⁴⁴⁾.

La più recente giurisprudenza⁽⁴⁵⁾ ha chiarito come – “anche

ha solo revisionato il riparto di competenze tra Stato e regioni.

(43) Corte costituzionale sentenze 16 gennaio 2004, n. 17, cit.; 14 novembre 2005, n. 417, in *Foro italiano*, 3249 ss.. Vedi anche Corte costituzionale sentenza 27 gennaio 2004, n. 43, in *Le Regioni*, p. 1067 ss., nel quale caso la norma impugnata prevedeva l'intervento sostitutivo della regione nel caso in cui un comune omettesse di provvedere, entro il termine fissato dalla stessa legge, ad adeguare lo strumento urbanistico a quanto previsto dalla legge medesima e dalla programmazione regionale e provinciale in tema di complessi ricettivi all'aperto e di insediamenti turistico-ricettivi, per una finalità rispondente all'interesse sovralocale espresso dalle norme e dai programmi regionali e provinciali. A. PIRAINO, *Introduzione*, cit., p. 17, ha collegato il criterio della gerarchia – quale modalità di accentramento al vertice delle competenze – ad un sistema autoritario che ha caratterizzato il passato del nostro ordinamento.

(44) Ha auspicato un rinnovamento dei “metodi” della legislazione, A. RUGGERI, *La ricomposizione delle fonti in sistema, nella Repubblica delle autonomie, e le nuove frontiere della normazione*, in *Le regioni*, 2002, p. 717, per il quale “la disciplina legislativa potrà anche non arrestarsi alla mera fissazione dei *principi* da porre a base del nuovo ordinamento delle autonomie locali, espandendosi e contraendosi a fisarmonica (ma, pur sempre, secondo ragionevolezza) a seconda dei campi di esperienza, come pure del tempo; ma, che essa debba naturalmente, costantemente tendere a valorizzare l'autonomia...è fuori discussione”. La Corte costituzionale, sent. 16 gennaio 2004, n. 17, cit., nel dichiarare la compatibilità dell'art. 29 comma 4 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, con la Costituzione, ha rilevato come la norma nel rispetto dell'art. 117 comma 6 Cost. avesse lasciato adeguato spazio alla potestà regolamentare dei comuni.

(45) Sentenza 28 giugno 2006, n. 246 in *www.giurcost.org*. In particolare la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 16, comma 7, della legge della Regione Emilia-Romagna 23 dicembre 2004, n. 26 (*Disciplina della programmazione energetica territoriale ed altre disposizioni in materia di energia*). A motivazione il Giudice delle leggi ha asserito che “il legislatore regionale nell'ambito delle proprie materie legislative dispone discrezionalmente delle attribuzioni di funzioni amministrative agli enti locali, ulteriori rispetto alle loro funzioni fondamentali, anche in considerazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza di cui al primo comma dell'art. 118 della Costituzione, non può contestualmente pretendere di affidare ad un organo della Regione – neppure in via suppletiva – la potestà regolamentare propria dei Comuni o delle Province in riferimento a quanto attribuito loro dalla legge regionale medesima”.

in considerazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza di cui al primo comma dell'art. 118 della Costituzione” – non sia possibile, laddove siano trasferite delle competenze agli enti locali, intervenire nella loro disciplina con regolamenti di enti territoriali sovraordinati, detto divieto riguarderebbe anche norme volte a supplire l'inerzia dell'ente. La Corte ha ricordato, infatti, che in caso di inerzia dell'ente locale, nella disciplina delle funzioni proprie o trasferite, non potrà automaticamente intervenire – ai sensi dell'art. 117 c. 6 e quindi in via preventiva – la potestà regolamentare di un ente superiore, bensì dovranno essere attivati i poteri sostitutivi, con tutte le garanzie che dal loro esercizio derivano (diffida, termine).

Le summenzionate pronunce della Corte costituzionale, però, nell'assicurare le funzioni e gli spazi di autonomia agli enti locali, non sembrano accettare una lettura del riformato testo costituzionale volta a mortificare la funzione di garanzia della legge, la quale sembra restare la fonte in grado di tutelare gli interessi dell'intera collettività così come disposto dall'art. 5 Cost.

Le posizioni del Giudice delle leggi sullo spazio di autonomia garantito agli enti locali comportano quale conseguenza il dover individuare un limite per il legislatore nel rispettare e assicurare l'intervento di comuni e province nella disciplina degli interessi locali⁽⁴⁶⁾, e proprio la “località” degli interessi sembra rappresentare il criterio di attribuzione delle competenze, oltre che un limite *in re ipsa* della normativa di comuni e province. Statuti e regolamenti, infatti, disciplinano esclusivamente interessi di natura locale ovvero inerenti a ciascuna comunità. Tutte le esigenze che vanno al di là del territorio, gli interessi che ne-

(46) Cfr. G. GUZZETTA, *Problemi ricostruttivi e profili problematici della potestà regolamentare dopo la riforma del Titolo V*, cit., p. 1129 ss.; A. BARBERA, *Un “ribaltone” nel sistema delle fonti?*, cit., p. 804. Sul tema prima della riforma costituzionale del 2001 vedi S. STAIANO, *Gli statuti comunali*, cit., p. 23. Nella direzione auspicata sembrano andare – osserva giustamente M. CARLI, *Le funzioni di Comuni e Province negli statuti regionali*, in *Amministrare*, 2004, p. 487 – alcune disposizioni degli statuti: Piemonte (art. 27), Emilia-Romagna (art. 49) e Toscana (art. 63), che fissano esplicitamente il valore recessivo dei regolamenti regionali negli oggetti di competenza regolamentare degli enti locali.

cessitano di una disciplina omogenea, devono necessariamente essere regolati da normative sovralocali ⁽⁴⁷⁾.

Nella direzione sopra prospettata sembra andare anche il disegno di legge delega per il cd. "Codice delle Autonomie"⁽⁴⁸⁾,

(47) In tal senso, seppur nel differente contesto, ROMANO, *Decentramento amministrativo*, cit. p. 31 ss.; *Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello stato*, in *Scritti Minori*, cit., p. 351 ss. Più di recente I.M. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986, p. 57 ss., considerava la determinazione degli interessi pubblici essenziale per la discriminazione delle competenze, costituendo il presupposto "a monte della stessa individuazione (e ripartizione) delle materie". M. SCUDIERO, *Il concorso di competenze tra enti pubblici nelle materie regionali ed il buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Le Regioni*, 1991, p. 641, individuava "nel criterio della *dimensione dell'interesse*" il metodo per attribuire le funzioni a ciascuna collettività. L'A. notava inoltre che tale criterio fosse conforme al principio di buon andamento. G. ABBAMONTE, *Statuti e regolamenti degli enti locali, dimensione degli interessi e delimitazione della competenza*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994, tomo I, p. 10 ss., considerava indispensabile quale parametro per individuare le competenze degli enti locali l'analisi degli interessi che ciascun ente deve disciplinare. L'A. leggeva i rapporti tra enti territoriali nella disciplina degli interessi pubblici in senso collaborativo. Le differenti fonti dovrebbero operare nel rispetto del principio di collaborazione integrandosi nella disciplina degli interessi, identificando la corrispondente fonte per la dimensione maggiore o minore dell'interesse che l'ente esprime. A tali considerazioni potremmo inoltre aggiungere come a garanzia degli interessi attribuiti agli enti locali lo Stato e le regioni potrebbero intervenire in via sostitutiva in caso di inerzia. Sui poteri sostitutivi come strumento di chiusura dell'ordinamento Cfr. I.M. MARINO, *La funzione statutaria e regolamentare delle Istituzioni locali*, cit., p. 182. In tema di poteri sostitutivi inerenti a regolamenti, ad esempio, si veda la legge regione Basilicata, 11 agosto 1999, n. 23, art. 46.

(48) Approvato dal Consiglio dei Ministri in data 19/1/2007. Nella stessa direzione parevano andare inoltre le deleghe (scadute) conferite al Governo dall'art. 2 della legge 5 giugno 2003, n. 131, al fine di adeguare il testo unico degli enti locali alla riforma del 2001. Sembra però che lo schema di decreto legislativo (per un primo commento vedi A. Ferrara, *Il nuovo ordinamento degli enti locali tra riforme costituzionali reali e virtuali*, in www.federalismi.it.) non riuscisse sostanzialmente ad adeguare l'ordinamento degli enti locali, oltre che al mutato contesto costituzionale, alle indicazioni poste dalla giurisprudenza nella sua applicazione. Non pareva, ad esempio, risolto il problema della rappresentanza in giudizio dell'ente locale, che, come visto, ha fatto discutere giurisprudenza e dottrina. Probabilmente la migliore soluzione che il legislatore potrebbe prevedere sarebbe quella di trasferire la decisione all'ente stesso, il quale per mezzo dello statuto – in base al contenzioso e alle proprie esigenze – potrebbe attribuire la rappresentanza in giudizio al sindaco o a un dirigente. Sembra infatti che – nonostante la pronuncia delle Sezioni Unite 16 giugno 2005, n. 12686, cit. – il dibattito sulla rappresentanza in giudizio del comune non sia chiuso. Vista la complessità del tema, detta soluzione potrebbe arrivare solo dal legislatore. Vedi Consiglio di Stato, sezione V, 25 gennaio 2005, n. 155 in *Diritto e formazione*, 2005, p. 389 ss. (solo massima), anche in www.giustizia-amministrativa.it, secondo il giudice amministrativo: "La rappresentanza in giudizio del comune è riser-

al fine di adeguare il testo unico enti locali alla riforma costituzionale del 2001⁽⁴⁹⁾. Tra le finalità e gli indirizzi generali, infatti, l'art. 1, mira: ad individuare allocare e definire le modalità di esercizio delle funzioni fondamentali di comuni, province e città metropolitane con legge statale o regionale (c. 2 lett. *a* e *b*); a distribuire le funzioni fondamentali e le altre funzioni amministrative tra i vari livelli di governo, sulla base della loro adeguatezza organizzativa e dimensionale (c. 2 lett. *c*). Particolare attenzione merita l'art. 2, la quale norma, oltre a delegare al Governo l'individuazione e l'allocazione di "funzioni proprie" ai sensi dell'art. 118 c. 2 Cost., consentirebbe (c. 3 lett. *f*) agli stessi comuni (che rispettino alcuni parametri di virtuosità indicati dall'art. 2 c. 3 lettera *m*) la possibilità di assumere, con delibera adottata dal consiglio comunale, ulteriori funzioni proprie non attribuite o conferite dalle leggi statali o regionali, non implicanti l'esercizio di poteri autoritativi.

Sembra destare perplessità, però, l'art. 5 che, nel definire l'ordinamento di Roma capitale, attribuirebbe a tale ente un potere regolamentare in grado di derogare a leggi dello Stato o delle regioni, violando apertamente il principio per cui le fonti primarie rappresentano un numero chiuso definito esclusivamente dalla Costituzione⁽⁵⁰⁾.

4. I rapporti tra statuti e regolamenti locali

Ulteriore questione che merita attenzione riguarda i rapporti tra le stesse fonti degli enti locali. Il problema sembra in parte analogo a quello dei rapporti tra statuto e leggi regionali, su cui insiste un ampio dibattito⁽⁵¹⁾.

vata, in via esclusiva, al sindaco e non può essere esercitata dal dirigente titolare della direzione di un ufficio o di un servizio neppure se così preveda lo statuto comunale".

(49) A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria*, cit., p. 125 ss., il quale ha rilevato numerose parti del testo unico degli enti locali che oggi necessiterebbero di un adeguamento.

(50) R. BIN, *Il Codice delle Autonomie e i nodi irrisolti*, in *Le Regioni*, 2006, in corso di pubblicazione.

(51) Nell'ordinamento costituzionale del 1948 L. PALADIN, *La potestà legislativa re-*

gionale, Padova, 1958, p. 108 ss., sosteneva che “quanto alla posizione degli statuti ordinari rispetto alla legislazione locale prevista dall’art. 117 Cost., si suole in effetti ritenere che essi concretino un limite alle normali leggi regionali... (m)a non per questo è lecito affermare, se non in via del tutto eccezionale, che nella gerarchia delle fonti normative regionali gli Statuti si pongano in una situazione di supremazia”. Nello stesso senso È. GIZZI, *Gli statuti regionali*, in *Nuova rassegna*, 1970, p. 945 ss., il quale rifiutava l’opinione che gli statuti ordinari potessero rappresentare la massima espressione dell’autonomia regionale posta al vertice della gerarchia. Successivamente L. PALADIN, *Diritto regionale*, Padova, 1985, p. 61; *Le Fonti del diritto*, cit., p. 303, però, notava come dalla lettura degli artt. 117 e 123 Cost. “quello esistente fra gli statuti e le corrispondenti leggi regionali potrebbe sembrare un rapporto di separazione. Senonché le materie in questione sono in vario senso interferenti le une con le altre”, pertanto, “il rapporto fra gli statuti e leggi locali comporta una qualche sovraordinazione degli uni rispetto alle altre”. A. D’ATENA, *Forma e contenuto degli statuti regionali ordinari*, in *Diritto e società*, 1984, p. 242, giustificava, in base al criterio della specialità, la prevalenza della disciplina particolare posta dalla legge regionale, nel rispetto dei principi legislativi statali, sulla disciplina generale dello statuto. F. SORRENTINO, *Lo statuto regionale nel sistema delle fonti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1971, p. 448, riteneva che lo statuto fosse una fonte sovraordinata alle comuni leggi regionali solo nei casi di esplicita riserva costituzionale in favore della prima. Al contrario A. CARULLO, *Sulla legge regionale in contrasto con lo statuto nelle regioni ad autonomia normale*, in *Arc. Giur.*, 1973, p. 3 ss.; T. MARTINES, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, 1987, p. 147 ss.; U. DE SIERVO, *Statuti regionali*, in *Enc. del Dir.*, Milano, 1990, p. 1011, S. BARTOLE, F. MASTRAGOSTINO, L. VANDELLI, *Le autonomie territoriali*, Bologna, 1991, p. 50, hanno inteso la fonte statutaria in una posizione di superiorità su tutti gli atti regionali. In particolare U. DE SIERVO *Gli statuti delle regioni*, Milano, 1974, p. 250 ss., notava come lo statuto si ponesse tra la Costituzione e le leggi regionali quale fonte integratrice delle disposizioni costituzionali. Nel mutato contesto derivante dalle leggi cost. 22 novembre 1999, n. 1, e 18 ottobre 2001, n. 3, lo statuto, per i suoi contenuti e per la procedura aggravata, è stato considerato una fonte sovraordinata alla legge regionale. In particolare S. MANGIAMELI, *Problemi circa la configurabilità di un diritto costituzionale regionale*, in A. FERRARA (a cura di), *Verso una fase costituente delle regioni?*, Milano, 2001, p. 87, ha ritenuto che “lo statuto si pone come una fonte regionale sovraordinata alla legge regionale, secondo una relazione in una qualche misura comparabile a quella che vige nell’ordine statale tra Costituzione e legge ordinaria”. M. OLIVETTI, *Nuovi statuti e forma di governo delle regioni, Verso le Costituzioni regionali?*, Bologna, 2002, p. 183 ss., ha inteso il confine tra i due atti normativi come “flessibile”, rilevando la possibilità per lo statuto, da un canto di rimettere espressamente alla legge l’integrazione o l’ulteriore disciplina di un oggetto rientrante nella sua competenza, dall’altro di intervenire nelle materie riservate alla legge regionale, poiché “l’art. 117 ha solo la funzione di individuare l’ente al quale spetta la potestà legislativa, non di individuare l’atto con cui essa deve essere esercitata”. B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V*, cit., p. 53, secondo cui lo statuto sarebbe collocato al vertice delle fonti per la sua attitudine ad essere la fonte su cui maggioranza ed opposizione devono confrontarsi al fine di definire la forma di governo regionale. Ha escluso letture volte ad intendere la competenza statutaria come una “competenza costituzionale”, A. D’ATENA, *La nuova autonomia statutaria delle re-*

La dottrina ha sempre considerato ⁽⁵²⁾ i regolamenti come fonti secondarie o sub-secondarie (a seconda di come si intenda la fonte statutaria) sotto-ordinate allo statuto. Si è arrivati a tale conclusione muovendo dai dettati normativi della legge 8 ago-

gioni, in *Rassegna parlamentare*, 2000, p. 614 ss., per il quale la riforma non avrebbe stravolto la disciplina originaria dello statuto, comportando tanto un ampliamento (definizione della forma di governo) quanto una riduzione (in materia di organizzazione amministrativa) dell'oggetto di disciplina. La natura dello statuto non consentirebbe (oggi come ieri) di prevedere discipline di dettaglio che spetterebbero alle altre fonti regionali. Nello stesso senso A. RUGGERI, *Introduzione in Le fonti di diritto regionale alla ricerca di una nuova identità*, Milano, 2001, p. 12 ss.; R. TOSI, *Le «leggi statutarie» delle regioni ordinarie e speciali: problemi di competenze e di procedimento*, in *Le fonti di diritto regionale alla ricerca di una nuova identità*, cit., p. 43 ss. La Corte costituzionale (tra le altre sent. 3 luglio 2002, n. 304, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, p. 2345 ss., con nota di S. MANGIAMELI; sent. 13 gennaio 2004, n. 2, in *Le regioni*, 2004, p. 897 ss., con nota di R. BIN), pur collocando lo statuto al vertice delle fonti regionali, ha chiarito come detta fonte in armonia con la Costituzione non possa disciplinare materie riservate alla disciplina legislativa regionale. S. GRASSI, *Gli statuti tra armonia e continuità nella Costituzione*, in *www.federalismi.it*, ha rinvenuto nel contesto definito dalla giurisprudenza costituzionale una "conferma che la fonte statutaria, come nel precedente sistema, si trovi in una posizione solo parzialmente sovraordinata alle altre fonti regionali: si tratta di una fonte "sub-costituzionale a competenza materiale riservata" ed i confini a tale riserva sono ben delimitati". Critico nei confronti delle summenzionate pronunce tra gli altri C.E. GALLO, *Le fonti del diritto nel nuovo ordinamento regionale*, Torino, 2004, p. 45 ss., il quale ha contestato le interpretazioni volte a ridurre la funzione statutaria alla semplice organizzazione regionale.

(52) S. BARTOLE, F. MASTRAGOSTINO, L. VANDELLI, *Le autonomie territoriali*, cit., p. 229. S. STAIANO, *Gli statuti comunali*, cit., p. 16, ha notato una precedenza logica dello statuto rispetto al regolamento, essendo il primo fondamento del secondo. L'A. ha individuato un rapporto complesso tra le due fonti, esse, infatti, hanno diversa gerarchia, ma i loro rapporti sono regolati secondo competenza, "non potendo lo statuto eccedere la definizione dei principi, ed essendo al regolamento precluso l'ambito delle norme fondamentali. V. CAIANIELLO, *Premesse storico culturali dell'ordinamento delle autonomie locali (legge n. 142 del 1990)*, in *Scritti in onore di Petro Virga*, cit., p. 436. V. ITALIA, *Nuovi problemi sui regolamenti di comuni e province*, in *Scritti in onore di Petro Virga*, cit., p. 991 ss. Dopo la riforma costituzionale del 2001 vedi C. CALVIERI, *Gli statuti ed i regolamenti degli enti locali*, cit., p. 544; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2002, p. 341. L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, cit., p. 95, ha valutato il procedimento rinforzato, con cui è approvato lo statuto, come l'evidente indice di supremazia di tale fonte nell'ordinamento dell'ente. Q. CAMERLENGO, *Commento all'art. 4 della legge 5 giugno 2003, n. 131*, in C. CAVALERI - E. LAMARQUE *L'attuazione del nuovo Titolo V, parte seconda, della Costituzione, commento alla legge "La Loggia"*, Torino, 2004, p. 75 ss., ha sostenuto la possibilità per lo statuto di ampliare il novero dei regolamentari, rispetto alle fattispecie previste dalla legge.

sto 1990, n. 142 (prima) e del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (successivamente) nella parte in cui, disciplinando la fonte regolamentare, disponevano e dispongono che questa deve essere emanata: “*nel rispetto dei principi fissati dalla legge e dello statuto*” (art. 7, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267). Legge e statuto sono stati considerati come limiti connessi per i regolamenti, nel senso che lo spazio di autonomia della potestà regolamentare rispetto ai principi della legge sarebbe più ampio rispetto alle norme dello statuto. Nel rispetto dei principi fissati dalla legge significherebbe, pertanto, che la norma regolamentare non deve stabilire qualcosa in contrasto ai principi fissati dalla legge e allo stesso tempo non deve disciplinare qualcosa di diverso da quanto ricavato dalle norme dello statuto⁽⁵³⁾.

Le considerazioni sulla sovraordinazione gerarchica dello statuto rispetto ai regolamenti sembrano dover essere precisate e soprattutto rilette alla luce del dettato disposto dall'art. 117 comma 6 Cost., nonché della normativa di attuazione della riforma costituzionale del 2001 ed in particolare con l'art. 4 comma 4 della legge 5 giugno 2003, n. 131. Infatti, le suddette norme esplicitamente rinviano alla legge la definizione delle funzioni da trasferire alla competenza normativa regolamentare degli enti locali, senza menzionare al riguardo l'intermediazione della fonte statutaria.

Intendere lo statuto quale norma di limitazione della normativa regolamentare – al di fuori delle materie la cui disciplina la legge ha attribuito direttamente allo statuto stesso – sembra una lettura che non trova riscontro⁽⁵⁴⁾, soprattutto, nel dettato

(53) L. CAMARDA, *La gestione dell'ente locale – strumenti direzionali e di controllo*, in V. ITALIA – A. ROMANO (a cura di) *Enti locali*, Milano, 2003, p. 25.

(54) Si vedano a tal proposito tutte le materie in cui lo statuto non ha alcuna competenza e la disciplina venga posta in essere dai regolamenti (es. disciplina del territorio). Per un'analisi schematica dei contenuti delle fonti degli enti locali vedi L. CAMARDA, cit., p. 10. Da un'analisi di diversi statuti, possiamo rilevare come dette fonti concretamente regolino la disciplina dell'organizzazione comunale, solo in pochi casi vengono disciplinate fattispecie inerenti a materie che esulino dal sistema organizzativo dell'ente. A tal proposito sono in tema ancora valide le osservazioni di LEO. MAZZAROLI, «*Fonte statuto e fonte regolamento nella legge di riforma delle autonomie locali*», cit., p. 25 sulle differenze tra la competenze di auto-organizzazione dell'ente e la disciplina degli interessi locali da parte dello stesso. Secondo l'A. in-

dell'art. 4 della legge 5 giugno 2003, n. 131, in cui, nel rispetto della legislazione statale e regionale, lo svolgimento delle funzioni "è riservato alla potestà regolamentare" ⁽⁵⁵⁾.

La soluzione alle questioni inerenti ai rapporti tra statuto e regolamenti va rinvenuta nell'utilizzo del criterio di competenza e nell'individuazione delle materie attribuite alla disciplina dei regolamenti e dello statuto.

Già Paladin scriveva come, il fatto stesso che la competenza statutaria fosse specializzata e i regolamenti disponessero di attribuzioni loro riservate dalla legge, comportava che i rapporti fra tali fonti fossero contraddistinti dalla separazione delle relative sfere piuttosto che da logiche gerarchiche ⁽⁵⁶⁾. Le conside-

fatti solo le seconde rappresenterebbero un concreto esercizio di autonomia da parte dell'ente locale.

(55) In tal senso G. CREPALDI, *Rapporti tra fonti statutarie e regolamenti degli enti locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Foro Amministrativo CDS*, 2005, p. 1499 ss.

(56) L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 364. L'A. continuava ricordando come, nonostante corrisponda al vero che i regolamenti integrano lo statuto, è altrettanto vero che la principale funzione delle discipline regolamentari è quella di dettare norme per l'esercizio delle funzioni dell'ente ed in tal campo esse non incontrano condizionamenti da parte degli statuti. Nello stesso senso LEO. MAZZAROLLI, cit., p. 31 ss., il quale non solo ha ritenuto applicabile il criterio della competenza nei rapporti tra statuto e regolamenti delle autonomie locali, ma sulla base delle differenti competenze delle due fonti ha rivalutato il rilievo costituzionale dei regolamenti rispetto allo statuto, poiché lo statuto ha solo funzioni di auto-organizzazione, mentre il regolamento disciplina gli interessi della comunità locale. L'A. analizzando la legge n. 142 del 1990 rilevava come solo in pochi casi, come nell'articolo 52 sull'organizzazione degli uffici, la norma prevista dall'art. 5, sul rispetto dello statuto da parte dei regolamenti, trovava applicazione. In generale era possibile trovare casi in cui la legge attribuisse direttamente determinate materie alla competenza regolamentare (art. 7 commi 3 e 4, sulla pubblicità degli atti amministrativi e il diritto di accesso ai medesimi); in altri casi la competenza spettava sia allo statuto che al regolamento (art. 12 commi 1 e 4 in tema di municipi). In alcune norme l'A. rilevava addirittura una riserva di regolamento, come nel caso della dotazione organica del personale disciplinata dall'art. 51 comma 1. T. GROPPI, *Autonomia costituzionale e potestà regolamentare degli enti locali*, Milano, 1994, p. 200. Più di recente ripropone la questione sui rapporti tra fonti normative locali M. ALI', *Regolamenti degli enti territoriali*, cit., p. 952; G. DI COSIMO, *I regolamenti nel sistema delle fonti*, cit. p. 110. A. PIRAINO, *Introduzione*, cit., p. 19, attribuisce allo statuto le competenze maggiormente "statiche" ed ai regolamenti quelle più "dinamiche" dell'ordinamento locale. Dette considerazioni secondo l'A. sono sostenute dalle differenti maggioranze e procedure previste dalla legge per l'adozione delle suddette fonti locali. L. PEGORARO, *Gli statuti degli enti locali*, cit., p. 131. L'A. scriveva: "il rapporto tra statuto e regolamenti

razioni esposte acquistano un maggior valore nel riformato Titolo V; in un sistema in cui la Costituzione esalta il criterio della competenza e individua esplicitamente nei regolamenti la fonte a cui viene riservato lo “svolgimento delle funzioni” attribuite agli enti locali.

Lo statuto ha da sempre la funzione, sulla base dei dettati normativi⁽⁵⁷⁾ e dell’esperienza, di organizzare le funzioni fondamentali del governo locale⁽⁵⁸⁾, consentendo – per quanto reso possibile dal quadro legislativo – il superamento dell’uniformità formalmente imposta a ciascun ente⁽⁵⁹⁾. Lo statuto infatti non sembra apparire come una fonte a competenza generale legittimata a disciplinare materie diverse da quelle che il testo unico enti locali rimanda alla sua disciplina, né, tanto meno, sembra rappresentare una costituzione locale nella quale individuare principi o valori di rango costituzionale⁽⁶⁰⁾.

appare di duplice natura: da una parte, esso si basa sulla competenza, ogni qualvolta la legge – anziché utilizzare il criterio delle norme fondamentali – individua direttamente quali fattispecie debbano essere disciplinate da questa o da quella fonte; dall’altro, è di gerarchia, in quanto i regolamenti soggiacciono sempre alle prescrizioni dello statuto, quale che sia la fonte che li legittima (legge - statuto)”.

(57) Vedi art. 6 comma 2, D.L.vo 18 agosto 2000, n. 267, nella parte in cui prevede che “lo statuto...stabilisce le norme fondamentali dell’ente”. Più di recente art. 4 comma 2, legge n. 131 del 2003, la quale norma dispone “lo statuto...stabilisce i principi di organizzazione e funzionamento dell’ente”. LEO. MAZZAROLLI, «Fonte statuto e fonte regolamento nella legge di riforma delle autonomie locali», cit., p. 31 ss. L. CAMARDA, *La gestione dell’ente locale*, cit., p. 10 ss.

(58) M. CAMMELLI, *Riforma e statuti degli enti locali*, in *Le Regioni*, 1990, p. 1369, rilevava come lo statuto fosse “chiamato a realizzare quella diversificazione nella disciplina del livello del governo (per quanto consentito dalla maglia stretta imposta dalla riforma), dell’organizzazione amministrativa, degli strumenti operativi di azione...che la legge di riforma non ha voluto operare a livello centrale”. Nello stesso senso T. GROPPI, *Autonomia costituzionale e potestà regolamentare degli enti locali*, cit., p. 196. Di recente G. CREPALDI, *Rapporti tra fonti statutarie e regolamenti degli enti locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, cit., p. 1499 ss., ha osservato come la ricostruzione nel senso della separazione delle competenze tra fonti statutarie e fonti regolamentari oltre ad essere conforme alla lettera della legge – deferendo agli statuti solo i principi dell’organizzazione dell’ente – “pare rispondere ad esigenze di governabilità, consentendo l’adeguamento della normativa in materia di organizzazione alle necessità rilevabili volta per volta, senza dover ricorrere al procedimento aggravato prescritto per le modifiche statutarie.”

(59) S. STAIANO, *Statuti comunali*, cit., p. 39.

(60) S. STAIANO, cit., p. 44 ss., metteva in evidenza la superfluità di prevedere principi costituzionali ad un livello di produzione normativa subordinato alla legge. L. PE-

I regolamenti al contrario, oggi come in passato, sono difficilmente definibili al di là della generale nozione di fonti normative secondarie caratterizzate dalla “eterogeneità”⁽⁶¹⁾, quelli degli enti locali potrebbero essere catalogati sulla base delle competenze ad essi attribuite⁽⁶²⁾. Al fine di semplificare, però,

GORARO, *Art. 6, Statuti comunali*, cit., p. 81, menzionava tali previsioni tra gli usi distorti della fonte statutaria. Come è noto la previsione di principi di rango costituzionale è parecchio diffusa negli statuti di comuni e province, ma probabilmente tali previsioni possono essere intese alla stregua delle analoghe disposizioni menzionate negli statuti regionali che la Corte costituzionale (sentenze 29 novembre 2004, nn. 372, 378 e 379, in *Le regioni*, 2005, p. 567 ss.) ha qualificato come enunciazioni “di natura culturale o anche politica, ma certo non normativa”. Sembra da condividere, infatti, l’osservazione di P. CARETTI, *La disciplina dei diritti fondamentali è materia riservata alla Costituzione*, in *Le regioni*, 2005, p. 27 ss., per il quale la disciplina dei diritti fondamentali è da considerarsi una materia riservata alla Costituzione. Per l’A. non sarebbero gli statuti regionali, fonti di autonomia, la sede deputata ad integrare ed evolvere la disciplina costituzionale, tale funzione spetta al revisore costituzionale o all’interpretazione del giudice e, in particolare di quello costituzionale. Il dibattito comunque sembra essere ancora aperto. Come è noto, infatti, dopo l’esperienza degli statuti regionali approvati negli anni settanta, disposizioni programmatiche e di principio sono state inserite anche negli statuti seguiti alla riforma costituzionale apportata dalla legge cost. 22 novembre 1999, n. 1. Mentre nel precedente ordinamento la dottrina era per lo più unanime nel criticare tali previsioni – si vedano F. SORRENTINO, *Lo statuto regionale nel sistema delle fonti*, cit., p. 449; A. D’ATENA, *Forma e contenuto degli statuti regionali ordinari*, cit., p. 242 ss.; L. PALADIN, *Diritto regionale*, cit., p. 39 ss., – nell’ordinamento riformato (soprattutto a seguito della legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3) sembra esservi una maggiore apertura all’inserimento di principi costituzionali negli statuti regionali. In tal senso R. BIFULCO, *Nuovi statuti regionali e («nuovi») diritti regionali*, in *Giurisprudenza italiana*, 2001, p. 1757 ss.; “Livelli essenziali”, *diritti fondamentali e statuti regionali*, in T. GROPPI – M. OLIVETTI (a cura di), *La repubblica delle autonomie*, cit., p. 135 ss.; B. CARAVITA, *L’autonomia statutaria delle regioni ordinarie dopo la riforma costituzionale e la prima giurisprudenza della corte costituzionale*, in *I processi di attuazione del federalismo in Italia*, Milano, 2004, p. 497; A. RUGGERI, *La Corte, la «denormativizzazione» degli statuti regionali e il primato del diritto politico sul diritto costituzionale*, in *Le regioni*, 2005, p. 41 ss. In senso critico si vedano R. TOSI, *Le «leggi statutarie» delle regioni ordinarie e speciali: problemi di competenze e di procedimento*, cit., p. 43 ss.; R. BIN, *Perché le Regioni dovrebbero essere contente di questa decisione*, in *Le regioni*, 2005, p. 15 ss.; M. CAMMELLI, *Norme programmatiche e statuti regionali: questione chiusa e problema aperto*, in *Le regioni*, 2005, p. 21 ss.; V. LIPPOLIS, *Le dichiarazioni di principio degli statuti regionali*, in *Rassegna parlamentare*, 2005, p. 975 ss.

(61) M.S. GIANNINI, *Regolamento (in generale)*, cit., p. 605. Scriveva l’A. “che regolamento è un sostantivo dietro il quale stanno realtà giuridiche molto disomogenee”.

(62) Sui vari tipi di regolamenti comunali e provinciali vedi G. ROLLA, *Diritto degli enti locali, profili istituzionali*, Milano, 2000, p. 41 ss.

si potrebbero distinguere tali fonti – riprendendo la disposizione dell'art. 117 comma 6 Cost. – in due generali e complesse categorie: di organizzazione e di svolgimento delle funzioni loro attribuite⁽⁶³⁾.

All'interno della summenzionata classificazione sembra chiaro che, se il regolamento è competente a disciplinare l'organizzazione dell'ente, esso certamente dovrà attuare e, per forza di cose, rispettare lo statuto, il quale ha la funzione di realizzare i principi stabiliti dalla normativa statale sugli enti locali.

Al contrario, però, se il regolamento integrasse, attuasce o regolasse funzioni trasferite all'ente locale dalla normativa statale o regionale, sicuramente il regolamento eserciterebbe una competenza esclusiva nella disciplina degli interessi locali e rispetto allo statuto (in termini gerarchici) avrebbe una posizione pariordinata. In tal caso, infatti, il regolamento rappresenta la fonte che attua i principi definiti direttamente dalla normativa primaria.

Il regolamento, quindi, sembra sottoposto allo statuto solo nei casi in cui esso attui una delle competenze attribuite dallo statuto stesso, all'interno dei margini definiti dalla legge.

(63) Cfr. T. GROPPI, *Autonomia costituzionale e potestà regolamentare degli enti locali*, cit., p. 103 ss.

Nei casi in cui detta dipendenza non vi sia, perché il regolamento disciplina competenze direttamente trasferite da norme primarie ovvero sia “indipendente”⁽⁶⁴⁾, esso non sembra non potersi intendere quale fonte secondaria direttamente fondata sull’attribuzione legislativa.

(64) Il disegno di legge delega per il cd. “Codice delle Autonomie”, approvato dal Consiglio dei Ministri in data 19/1/2007 non menziona esplicitamente tale categoria di regolamenti, anche se tale potestà regolamentare dovrebbe essere collegata alle funzioni “proprie” dell’ente (in particolare quelle ulteriori funzioni che il comune può assumere, ex art. 2 c. 3 lett. *f*, al di fuori di previsioni normative). Vi è, però, chi ha osservato – così R. BIN, *Il codice delle Autonomie e i nodi*, cit. – che l’art. 1 c. 3 (che rimanda alla legge dello Stato e delle regioni la disciplina delle funzioni amministrative ex art. 117 c. 6 Cost.), se letto insieme all’art. 5 c. 2 lett. *e*, introducendo un regime speciale per Roma capitale (la quale disporrebbe di un “potere regolamentare... in materie non disciplinate da leggi statali o regionali ovvero al fine di integrare leggi statali o regionali”), potrebbe legittimare un’interpretazione *a contrario* per cui nel regime ordinario gli altri enti locali non potrebbero adottare regolamenti “indipendenti” o di “integrazione”. Escludere tali categorie di regolamenti tra gli strumenti normativi degli enti locali rappresenterebbe sicuramente una grave limitazione all’autonomia di comuni e province, i quali sicuramente nell’attuale ordinamento posso disciplinare settori non regolati da altre fonti, ed ancor più integrare fattispecie disciplinate dalla legge. Sul tema G. ROLLA, *Diritto degli enti locali*, cit., p. 43, il quale ammette, tra i vari tipi di regolamenti degli enti locali, anche la categoria dei regolamenti indipendenti nei casi in cui detta potestà verta su settori materiali in cui la legislazione primaria non possa intervenire ed in particolare nelle materie inerenti al funzionamento interno degli organi, delle circoscrizioni di decentramento funzionale, degli uffici, e dei servizi.

Approfondimenti

Liberalizzazione: le premesse di diritto europeo

di Guido Corso

1. Per liberalizzazione in senso economico si intende, innanzitutto, l'apertura alla concorrenza di un mercato in cui l'offerta proviene da un monopolista legale. Liberalizzare il mercato dell'energia elettrica significa, in Italia, sopprimere il monopolio dell'ENEL e consentire a tutti di produrre energia elettrica: liberalizzare il mercato postale comporta la eliminazione della riserva all'Azienda postale della relativa attività. La liberalizzazione può essere riferita anche ad ambiti in cui la concorrenza è ammessa ma il numero dei concorrenti è predeterminato o comunque limitato da barriere di ingresso erette mediante misure amministrative; per es. il piano commerciale comunale previsto dalla l. 425/1971 o la pianta organica delle farmacie, tuttora vigente, o il contingente di licenze di taxi stabilito a livello comunale.

In questa nozione più ampia e, se vuoi, più generica di liberalizzazione rientrano tutti gli interventi rivolti a eliminare o ridurre le misure amministrative che limitano la libertà contrattuale del produttore (o distributore) e del consumatore: a eliminare, per es., prezzi di imperio, tariffe, delimitazione territoriale dei mercati, prestazioni imposte di varia natura etc.

Qualunque sia la sua portata e la sua estensione, la liberalizzazione tende comunque a incrementare la concorrenza: sul presupposto che ciò accresca il benessere del consumatore, ampliando la sua possibilità di scelta, e tenda a ridurre i prezzi del prodotto o del servizio offerto.

2. La spinta alle liberalizzazioni viene soprattutto dall'Europa. Nel Trattato di Roma ci sono due gruppi di norme che operano in questa direzione.

Ci sono, innanzitutto, le norme che garantiscono la libertà di

circolazione, fra gli Stati membri della Comunità europea, delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali.

Se ciascuno Stato assoggetta la circolazione delle merci o la prestazione di servizi o l'esportazione di capitali a divieti, contingentamenti, autorizzazioni, iscrizioni in albi etc., la formazione del mercato comune ne risulta impedita: perché la circolazione delle merci o la libertà di stabilimento o la circolazione dei capitali dovranno fare i conti con tanti sistemi e tanti vincoli amministrativi quanti sono gli Stati tra i quali la merce circola.

L'art. 28 del Trattato CE vieta fra gli Stati membri le restrizioni quantitative all'importazione, quali sono determinate dai divieti di importazione, dai dazi, dai contingentamenti: ma vieta anche "qualsiasi misura di effetto equivalente". E la stessa formula è ripetuta all'art. 29 a proposito dell'esportazione.

Secondo la Corte di Giustizia CE possono costituire misure di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa dell'importazione o dell'esportazione di merci le prescrizioni statali relative alla produzione e alla vendita delle merci stesse. Tale effetto è imputabile innanzitutto alle misure che hanno carattere discriminatorio (fra prodotti interni e prodotti degli altri Stati membri): ma può discendere anche da norme sulla produzione o sul commercio che trovano applicazione indistintamente ai prodotti nazionali e a quelli importati. È lo stesso fatto della esistenza di una pluralità di regimi giuridici differenti circa il modo con cui la merce può essere prodotta e commercializzata che dà luogo, al confine tra uno Stato e l'altro, ad un misura di effetto equivalente ad una restrizione vietata. È il principio affermato per la prima volta nel celebre caso *Cassis de Dijon* (CGCE, causa 120/78, *Rewe*, in Racc. 1979): quando la Corte dichiara incompatibile col trattato la normativa tedesca, che autorizza la commercializzazione di prodotti alcolici solo se presentano un contenuto minimo di alcool del 25% e quindi impedisce l'importazione in Germania del noto liquore alla frutta francese perché la sua gradazione alcolica è inferiore.

La Commissione ha formalizzato, in una comunicazione interpretativa del 1980 (GUCE C, 256/1980, p. 2), il principio desunto dalla sentenza: ogni prodotto legalmente fabbricato e po-

sto in vendita in uno Stato membro deve essere, in linea di massima, ammesso sul mercato di ogni altro Stato membro e non si può limitarne l'importazione per il fatto che nello Stato produttore vengono utilizzate norme commerciali diverse da quelle del paese importatore.

La merce che è stata prodotta e commercializzata in conformità alle norme del proprio Stato ha diritto di essere esportata negli altri Stati membri senza che ciascuno di questi possa pretendere di assoggettarla alle sue regole (a nuove autorizzazioni, a nuovi controlli, a proprie normative tecniche). Gli Stati sono cioè tenuti al mutuo riconoscimento delle legislazioni: come se la normativa dell'*Home State*, dello Stato in cui la merce è prodotta, diventasse la normativa anche dell'*Host State*, dello Stato che importa la merce.

Apparentemente la normativa amministrativa nazionale resta integra, anche se non è applicabile al prodotto importato. In realtà il meccanismo del mutuo riconoscimento incentiva la *deregulation* in termini generali: un eccesso di vincoli amministrativi finirebbe col pregiudicare i prodotti nazionali nella concorrenza con i prodotti degli altri Stati membri perché comporterebbe per le imprese dello Stato, costi amministrativi da cui le imprese degli altri (o di altri) Stati membri sono esenti.

La *deregulation* ha dei limiti. I prodotti importati non sono immuni da ogni forma di controllo: solo che alle modalità più invasive, costituite da autorizzazioni, verifiche sulla composizione del prodotto, contingentamenti (ossia predeterminazione della quantità di merce ammessa all'esportazione) o all'importazione ne vengono sostituite altre più blande: costituite essenzialmente da obblighi di informazione, a carico di chi produce o di chi commercia, sulla composizione della merce ed eventualmente sugli effetti del consumo, obblighi che egli è tenuto ad assolvere soprattutto mediante etichettature esaustive e comprensibili. Questo schema – obbligo di informazione accompagnato da verifiche a campione – tende ad essere generalizzato e viene così esteso ai prodotti interni: si passa così dall'autorizzazione di competenza dell'amministrazione all'informazione a carico dell'interessato. E' la transizione che viene

segnalata, nel nostro ordinamento, dal disposto dell'art. 19 della l. 241/1990 (denuncia o dichiarazione di inizio di attività) ancorché la D.I.A. sia riferita ad un ambito che attiene alla libertà del soggetto anziché al prodotto della sua azione.

L'altro limite che il diritto europeo consente agli Stati di opporre all'ingresso della merce proveniente da altro Stato membro o all'esportazione di merce prodotta al suo interno, è fondato su una serie di interessi pubblici presi in considerazione dall'art. 30 del trattato CE: ove sono menzionati la moralità pubblica, l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza, la tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o la preservazione dei vegetali, la protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, la tutela della proprietà industriale e commerciale.

Questo secondo limite non opera indiscriminatamente.

Non basta ad uno Stato invocare uno degli interessi indicati perché ne risulti autorizzata una restrizione dell'importazione o della esportazione di determinate merci: occorre che il divieto o la restrizione siano proporzionati all'esigenze di tutela, che non siano cioè "un mezzo di discriminazione arbitraria" o una "restrizione dissimulata al commercio fra gli Stati membri"(art. 30 ult. periodo).

Tirando le fila si può dire che il Trattato CE vieta le restrizioni quantitative (o le misure di effetto equivalente) dell'importazione o dell'esportazione delle merci, che non siano giustificate dalla tutela degli interessi pubblici espressamente indicati dall'art. 30; vieta le restrizioni che siano fondate su interessi pubblici diversi da quelli menzionati (per es. l'interesse "economico" che spesso la legislazione dello Stato membro accampa); vieta le restrizioni che, pur motivate con riguardo agli interessi pubblici ritenuti meritevoli dal cit. art. 30, siano eccessive e perciò sproporzionate rispetto alle esigenze di tutela.

Discorso analogo può esser fatto, e implicazioni analoghe possono esser tratte, nella materia della prestazione di servizi (e della libertà di stabilimento). Sull'esclusivo fondamento degli artt. 43 (diritto di stabilimento) e 49 (prestazione di servizi), e in assenza – nel testo originario del Trattato – di ogni riferi-

mento alla materia degli appalti pubblici, le istituzioni comunitarie hanno regolato, sin dal 1970, gli appalti stessi, partendo dalla considerazione che essi venivano spesso aggiudicati senza gara o con gare cui erano ammesse solo le imprese nazionali o addirittura locali. Da qui il convincimento che il settore, per la enorme incidenza sul PIL del *public procurement*, dovesse essere aperto alla concorrenza.

La normativa europea ha squalificato le misure con cui gli Stati chiudevano i rispettivi mercati degli appalti pubblici alle imprese straniere: l'iscrizione in appositi albi come condizione per la partecipazione alle gare, l'introduzione nei capitoli di prescrizione tecniche che menzionano prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza o di procedimenti particolari e che hanno l'effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti, modalità obbligate per la dimostrazione della capacità tecnica od economica dei concorrenti, esclusione delle piccole imprese (a favore delle quali le direttive europee introducono la figura dell'associazione temporanea di imprese), norme che ammettono con larghezza il ricorso alla trattativa privata, disciplina della licitazione privata che rimette alla discrezione del committente pubblico la scelta delle imprese da invitare etc.

In questo caso la liberalizzazione, volta a incentivare la concorrenza dal lato dell'offerta in un ambito in cui la domanda proviene da un monopolista (la pubblica amministrazione), viene ottenuta attraverso un complesso processo di deregolazione e riregolazione.

La circolazione dei capitali è infine quella che la normativa europea ha più favorito. Le numerose sentenze, con cui la Corte di Giustizia ha dichiarato incompatibili con gli artt. 56 ss. del Trattato le clausole contenute in norme di legge e di statuti societari che prevedono *golden shares* a favore dello Stato o di enti pubblici azionisti, sono significative del rigore con cui viene inteso il divieto di restrizioni ai movimenti di capitale tra Stati membri.

3. Un potente stimolo alla liberalizzazione è venuto anche da

un secondo gruppo di norme, con le quali il trattato tutela e promuove la concorrenza.

Ciò può sembrare strano, considerato che le disposizioni contenute nel capo I del titolo VI (regole di concorrenza) contengono “regole applicabili alle imprese” (artt. 81 – 86). Tali regole non sono rivolte, almeno in apparenza, agli Stati: dai quali soltanto può venire una politica di liberalizzazione.

Le cose non stanno in realtà come appaiono.

Quando l’art. 86, par. 1, stabilisce che gli Stati membri non emanano né mantengono nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente Trattato, specialmente a quelle in tema di concorrenza (artt. 12 e da 81 a 89 inclusi), esso enuncia due precetti.

Il primo è che alle imprese pubbliche non possono essere conferiti privilegi legali che le sottraggano alle regole di concorrenza: le norme che è vietato emanare ma anche mantenere sono norme di legge statale sicché il divieto ha come destinatari gli Stati.

La seconda regola è questa. Lo Stato non solo non può emanare norme nuove anticoncorrenziali; ma ha anche l’obbligo di espellere dall’ordinamento norme esistenti anticoncorrenziali (questo è il senso del divieto di “mantenere” norme del genere). La politica di liberalizzazione viene imposta agli Stati membri della CE.

Non diverso è il senso dell’art. 86 par. 2 che sottopone alle regole di concorrenza anche le imprese incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale: “nei limiti in cui l’applicazione di tali norme non osti all’adempimento, in linea di diritto o di fatto, della specifica missione loro affidata”.

Letto in connessione col par. 1, il par. 2 ribadisce l’assoggettamento alle regole di concorrenza delle imprese pubbliche anche quando sono incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale (un incarico del genere è di solito conferito a imprese pubbliche).

E chiarisce che l’attribuzione di diritti speciali o esclusivi – apparentemente rimessa, se ci si ferma al par. 1, alla libera de-

terminazione degli Stati – è in realtà consentita solo quando ciò serva all'adempimento della specifica missione affidata all'impresa stessa. Almeno questa è la lettura che dei diritti speciali o esclusivi ha dato la Corte di Giustizia.

Tra le regole di concorrenza è compresa quella che vieta gli aiuti di Stato: ossia l'utilizzo di risorse statali che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza (art. 87).

Si tratta di una norma che ha come destinatari gli Stati; e che va ad integrare il disposto dell'art. 86. Le imprese pubbliche e le imprese che gestiscono servizi di interesse economico generale sono fra quelle che hanno più fruito di aiuti di Stato. Il divieto posto dall'art. 87 tende a colpirle, sottraendo ad esse il finanziamento pubblico del quale hanno costantemente beneficiato (per es. – in Italia – sotto forma di integrazione dei fondi di dotazione degli enti di gestione delle partecipazioni statali). Sebbene il trattato lasci “del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri” (art. 295), e quindi si dichiari indifferente all'esistenza di un azionariato pubblico delle società di capitali, in realtà esso pone le premesse per il ridimensionamento del fenomeno.

Se l'impresa pubblica deve subire la concorrenza delle altre e non può fruire di finanziamento pubblico (comunque erogato: anche a mezzo di esenzioni fiscali, riserve di fornitura, titolarità esclusiva di concessioni etc.), vengono meno le ragioni per istituirla, o comunque si riduce per i pubblici poteri la convenienza alla sua istituzione.

Il cerchio attorno alle imprese pubbliche si stringe ancora alla luce delle recenti prese di posizione della Corte di Giustizia in tema di appalti pubblici. L'assegnazione diretta dei lavori o di servizi ad una società a partecipazione pubblica non solo non è ammessa quando vi sia una anche minima partecipazione privata ma anche quando, pur in presenza di un capitale interamente pubblico, gli organi sociali abbiano quel minimo di autonomia che vieta di considerare la società come *longa manus* dell'ente pubblico, come una struttura della quale l'ente possa disporre come dispone di un proprio servizio. C'è da chiedersi,

a questo punto, quale sia l'utilità della costituzione di una società a partecipazione regionale e comunale se poi questa, per avere aggiudicato un appalto indetto dalla regione o dal Comune, deve competere con le altre imprese.

Resta pur sempre che le disposizioni contenute negli artt. 81 (accordi e pratiche concordate restrittive della concorrenza) e 82 (abuso di posizione dominante) del TCE hanno come destinatarie le imprese. Tuttavia, secondo la Corte di Giustizia, anche in questo caso lo Stato può venire in considerazione: ogni volta che il comportamento anticoncorrenziale delle imprese o dell'impresa è in qualche modo ancorato a misure statali. Tali casi rientrano nella sfera di applicazione congiunta dell'art. 81 e dell'art. 10, ovvero dell'art. 82 e dell'art. 86.

Da premettere che, ai sensi dell'art. 10, gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal trattato: e "si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente trattato".

Conseguentemente "anche se di per sé l'art. 81 del Trattato riguarda esclusivamente la condotta delle imprese e non le disposizioni legislative o regolamentari emanate dagli Stati membri, è pur vero che detto articolo, letto congiuntamente all'art. 10 del trattato, obbliga gli Stati membri a non adottare o mantenere in vigore misure, anche di natura legislativa o regolamentare, che possano rendere praticamente inefficaci le regole di concorrenza applicabili alle imprese" (sent. 18 giugno 1998, Commissione c. Repubblica Italiana, causa C-35/96).

"Siffatta ipotesi – continua la Corte – ricorre allorché uno Stato membro imponga o agevoli la conclusione di accordi in contrasto con l'art. 81 o rafforzi gli effetti di siffatti accordi ovvero qualora privi la propria normativa del carattere statale che le è proprio, demandando la responsabilità di adottare decisioni d'intervento in materia economica ad operatori privati". Per es. i minimi di tariffa stabiliti dal Consiglio nazionale degli spedizionieri e approvati dal ministero della giustizia sono il risultato di intese vietate dall'art. 81 cui lo Stato dà il suo avallo incorrendo nella responsabilità per violazione dell'art. 10 (sent.

30 marzo 2000, Consiglio nazionale degli spedizionieri doganali c. Commissione, T. -513/93). La responsabilità delle imprese, in casi del genere, sorgerà solo se persistono nel comportamento anticoncorrenziale dopo che la misura statale è stata dichiarata incompatibile col diritto comunitario.

Quanto all'art. 82 (abuso di posizione dominante), esso può avere per destinatario lo Stato quando "l'impresa è indotta, con il mero esercizio dei diritti esclusivi o speciali che le siano attribuiti, a sfruttare abusivamente la sua posizione dominante" (sent. 12 settembre 2000, Pavel Pavlov, c- 180/98 e 184/98) o quando i diritti speciali o esclusivi riconosciuti dallo Stato membro "sono atti a produrre una situazione in cui l'impresa è indotta a commettere abusi del genere" (sent. 13 dicembre 1991 GB Inno-BmSA, causa 18/88). La responsabilità in questi casi si sposta dall'impresa allo Stato in applicazione congiunta degli artt. 82 e 86.

4. La fonte principale della politica di liberalizzazione scaturisce dall'art. 86 par. 2 del Trattato: ossia dalla disposizione che, riguardando i servizi di interesse economico generale – ossia i servizi pubblici secondo il nostro lessico (o i servizi pubblici di rilevanza economica, secondo la formula dell'art. 113 del d.lgs.vo 267/2000) – sembrerebbe poco prestarsi ad obiettivi di apertura alla concorrenza.

I servizi pubblici, nella tradizione europea continentale, sono stati sempre gestiti in regime di monopolio legale.

Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale, sono sottoposte alle norme del presente trattato, ed in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. (art. 86 par. 2 cit.).

La rottura rispetto alle normative nazionali è evidente. Secondo la maggior parte di queste la natura di pubblico servizio di una certa prestazione giustifica di per sé il monopolio pubblico: esercitato direttamente dallo Stato o dall'ente pubblico o dall'ente locale con apparati propri o con aziende proprie o me-

diante concessione a soggetti privati. Il diritto europeo enuncia invece un principio opposto: la gestione del servizio è sottoposta alle regole di concorrenze. Ammette, tuttavia, la possibilità che tali regole ostacolino l'adempimento della missione affidata all'impresa o alle imprese che gestiscono il servizio. In questi limiti, e solo in questi limiti, è consentita la deroga alle regole di concorrenza.

Il servizio è di interesse generale perché lo Stato membro, con una valutazione che è ad esso riservata e che è alla base dell' "incarico" conferito all'impresa o alle imprese, ritiene che le prestazioni del servizio stesso debbono essere accessibili, a prezzo abbordabile, a tutti i cittadini, quale che sia il luogo di residenza. Sotto questo profilo coloro che abitano nelle impervie zone montane o nelle isole minori non possono essere discriminati: anche loro hanno diritto al servizio – a ricevere la posta o la corrente elettrica o ad essere collegati col telefono.

A questo diritto corrisponde un obbligo dell'impresa incaricata della gestione del servizio: la quale, se fosse libera di farlo, si asterebbe dal rendere il servizio in quelle zone perché i costi di produzione sono enormemente superiori o lo renderebbe a prezzi tutt'altro che "abbordabili" (come invece pretendono le istituzioni europee sulla base dello stesso art. 86).

È in questo contesto che si giustifica la deroga al principio di concorrenza.

Lo Stato (il pubblico potere in genere) stipula con una delle imprese interessate (di solito l'ex monopolista legale) un contratto di servizio con cui compra e paga le prestazioni (o meglio integra il prezzo modesto pagato dagli utenti marginali, in modo che la produzione del servizio non risulti antieconomica per l'impresa); ovvero pone a carico delle imprese produttrici del servizio questo costo, trasferendo il relativo importo all'impresa incaricata della gestione del servizio a favore di quel tipo di utenza; ovvero attribuisce all'impresa incaricata un monopolio legale che si estende ad ambiti diversi in modo che la rendita accumulata in questi valga a compensare le perdite accumulate nell'erogazione di prestazioni che non vengono remunerate dal prezzo pagato dagli utenti.

Lo schema è delineato – in relazione ad uno specifico servizio di interesse economico generale (i trasporti) – nell’art. 73 del Trattato: sono compatibili con il presente trattato gli aiuti che “corrispondono al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di servizio pubblico”. In deroga al divieto di aiuti di Stato, è ammessa la sovvenzione in favore dell’impresa di trasporti che assicuri il servizio pubblico in zone che, in assenza di rimborso, resterebbero sguarnite (perché i costi supererebbero i ricavi).

Alla distinzione tracciata dell’art. 86 fra la regola (concorrenza) e l’eccezione (la deroga imposta dalla “missione”) corrisponde una distinzione tra le prestazioni del servizio di interesse economico generale: fra un nucleo che viene definito “servizio universale” (le prestazioni minime che debbono essere fornite a tutti, ad un prezzo abbordabile: per es. la corrispondenza ordinaria) e un complesso di prestazioni a “valore aggiunto” (per es. la posta celere o la posta prioritaria) il prezzo delle quali viene determinato con criteri economici, in modo che valga a coprire i costi ed ad assicurare un margine ragionevole di profitto.

5. Le disposizioni contenute nei primi due paragrafi dell’art. 86 – in tema di imprese pubbliche e di imprese che gestiscono servizi di interesse economico generale – hanno prodotto radicali cambiamenti nell’ordinamento degli Stati membri grazie alla clausola del terzo paragrafo: che conferisce alla Commissione il potere di vigilare sull’applicazione delle disposizioni precedenti “rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni”.

Questa speciale competenza, che conferisce alla Commissione un ruolo di preminenza rispetto alle altre istituzioni di queste materie, in deroga al complesso schema delineato dagli artt. 249 e 251, ha fatto sì che ciascun grande servizio di interesse economico generale formasse oggetto di una incisiva opera di armonizzazione delle legislazioni. Direttive sono state emanate in tema di energia elettrica, di energia termica, di telecomunicazioni, di servizio postale, di trasporti aerei, di trasporti

marittimi, di ferrovie etc.: tutti settori nei quali i monopoli legali sono venuti meno o sono stati circoscritti, in alcuni casi, al servizio universale, il sistema delle imprese pubbliche è stato rivoluzionato (con la trasformazione in società per azioni di quelle che avevano natura di ente pubblico ed il graduale ingresso dei privati nel capitale sociale), e nuove imprese hanno cominciato ad operare. Il tutto accompagnato dalla istituzione di autorità indipendenti investite dal compito di assicurare che la concorrenza non fosse alterata dagli abusi del vecchio monopolista (che ha continuato ad operare godendo di una posizione dominante).

Si potrebbe dire che le libertà di circolazione (delle merci, dei servizi, delle persone e dei capitali) si sono affermate essenzialmente con la tecnica del mutuo riconoscimento delle legislazioni, e che la concorrenza, nei settori in cui operavano imprese pubbliche o venivano erogati servizi pubblici, si è imposta mediante l'armonizzazione della legislazione. Due tecniche che il trattato prevede: l'armonizzazione in termini generali (artt. 94-97), il mutuo riconoscimento in casi specifici (titoli di studio, società di capitali, artt. 47) anche se poi la Corte di Giustizia e la Commissione l'hanno utilizzato come se si trattasse di un principio generale.

6. Ad estendere la portata dei mutamenti generati dalle regole e dai principi fin qui richiamati ha concorso la Corte di Giustizia elaborando due nozioni cruciali – la nozione di impresa e la nozione di mercato rilevante – in termini diversi e più ampi di quelli propri degli ordinamenti degli Stati membri.

“Nel contesto del diritto della concorrenza (...) la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico di detta entità e delle sue modalità di funzionamento”.

A questa stregua anche un ufficio di collocamento è un'impresa sebbene l'ordinamento dello Stato membro lo configuri con un organo del ministero del lavoro; ma anche una compagnia portuale, un fondo pensioni, o una federazione sportiva. Mentre un ordine professionale, qualificato nell'ordina-

mento interno come ente pubblico, è da considerare, alla stregua del diritto europeo della concorrenza, come un'associazione di imprenditori (così che le sue deliberazioni possono costituire intese restrittive della concorrenza ai sensi dell'art. 81 del Trattato: indicazioni in A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, UTET, 2007, p. 54 ss.

Per quanto riguarda la nozione di mercato rilevante (rilevante ai fini dell'applicazione degli artt. 81 e 82) la Corte di giustizia e la Commissione distinguono il mercato dei prodotti dal mercato geografico: e individuano come principali fonti di pressione concorrenziale, in ordine decrescente di importanza, la sostituibilità dal lato della domanda, la sostituibilità dal lato dell'offerta e la concorrenza potenziale. In base ad una concezione così articolata viene individuato l'ambito della "parte sostanziale" del mercato comune (art. 82): nel quale rileva la quantità di beni che sono venduti o consumati, e non l'estensione geografica.

Sicché anche un'area più ristretta di quella dello Stato può venire in rilievo per l'applicazione del diritto comunitario.

L'organismo di diritto pubblico. La non industrialità nella giurisprudenza

di Giuseppe La Rosa

Sommario

1. *L'origine dell'organismo di diritto pubblico.* – **2.** *I requisiti dell'organismo di diritto pubblico.* – **2.1.** *Il requisito teleologico* – **2.2.** *L'evoluzione della giurisprudenza.* – **3.** *Assenza di rischio: profili problematici.* – **4.** *Considerazioni conclusive sulla rilevanza dell'organismo di diritto pubblico.*

1. L'origine dell'organismo di diritto pubblico

Al fine di analizzare la definizione di organismo di diritto pubblico è necessario partire dalla sua *ratio*, richiamando, quindi, le finalità sottese alla normativa sugli appalti pubblici.

Se l'obiettivo principale della Comunità è la realizzazione di un mercato unico concorrenziale, la conseguenza immediata è la sottoposizione al rispetto delle procedure di evidenza pubblica di soggetti che, benché formalmente privati, non agiscono nel mercato seguendo le logiche concorrenziali. Questo, infatti, sarebbe l'unico modo per evitare che tali soggetti operino animati da finalità diverse, compromettendo la piena realizzazione di un mercato unico.

La direttiva comunitaria 71/305/CEE, in materia di appalti pubblici di opere, limitava il suo ambito soggettivo di efficacia alle sole amministrazioni aggiudicatrici individuate nello Stato, negli enti pubblici territoriali e nelle persone giuridiche enumerate nell'allegato I, avente carattere tassativo ⁽¹⁾. Un criterio del

(1) Tale allegato qualificava come persone giuridiche di diritto pubblico, in tutti gli Stati membri "le associazioni di diritto pubblico costituite dagli enti pubblici territoriali come le associazioni di Comuni, i consorzi intercomunali, i *Gemeindeverbaende*" e, in Italia, "le università statali, i consorzi per i lavori interessanti le università;

genere avrebbe l'indubbio merito di garantire la certezza del diritto. In realtà, visto l'elevato numero di soggetti giuridici operanti nell'ambito dei singoli Stati membri che, pur avendo connotazioni pubblicistiche, non erano tuttavia qualificabili come pubblici alla stregua di valutazioni formali, non essendo riconducibili al novero delle persone giuridiche tassativamente individuate, un siffatto criterio risultò lacunoso e inadeguato. In tali circostanze fu necessario l'intervento della Corte di Giustizia che arrivò a considerare come non esaustivo l'elenco, scontrandosi con l'inequivocabile dato testuale ⁽²⁾. La Corte affermò, infatti, che *“la finalità della direttiva, consistente nell'effettiva attuazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi in materia di appalti di lavori pubblici, sarebbe compromessa se l'applicazione del regime della direttiva dovesse essere esclusa per il solo fatto che un appalto di lavori pubblici è stato aggiudicato da un ente che, pur essendo stato creato per svolgere funzioni attribuitegli dalla legge, non rientra formalmente nell'amministrazione statale. Di conseguenza, si deve ritenere che un organismo le cui funzioni e la cui composizione sono contemplate dalla legge e che dipende dalla pubblica amministrazione per quanto riguarda la nomina dei suoi membri, la garanzia degli obblighi derivanti dai suoi atti ed il finanziamento degli appalti che esso ha il compito di aggiudicare, rientri nella nozione di Stato, anche se formalmente non fa parte dello Stato”*. Detta pronuncia, i cui risultati influenzeranno le successive direttive in materia, rappresenta la svolta decisiva verso una interpretazione funzionale di amministrazione aggiudicatrice. È proprio su questo terreno, e con il chiaro intento di colmare le lacune che la precedente direttiva faceva sorgere, che viene elaborata la direttiva 89/440/CE, non modificata dalle successive direttive per quel che riguarda la delimitazione dell'ambito soggettivo di efficacia. L'art. 1, lett. b, della direttiva stabilisce che si considerano amministrazioni

gli istituti superiori scientifici e culturali, gli osservatori astrofisici, geofisici, vulcanologici; gli enti di riforma fondiaria; le istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza”.

(2) Corte di Giustizia, sentenza Beentjes del 20/9/1988, causa 31/87.

aggiudicatici: “*lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico*”. Per organismi di diritto pubblico devono intendersi quei soggetti istituiti al fine di soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale e commerciale, dotati di personalità giuridica e la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è sottoposta a controllo di quest’ultimi, oppure i cui organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza sono costituiti da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico. Con tale definizione il legislatore comunitario ha modificato l’impostazione iniziale, sostituendo il criterio enumerativo con il riferimento ad una categoria, quella di “organismo di diritto pubblico”⁽³⁾, di cui vengono forniti solo degli indici, e la cui concretizzazione è rimessa caso per caso al giudice⁽⁴⁾. E’ ormai pacifico che i tre indici caratterizzanti l’organismo di diritto pubblico hanno carattere cumulativo⁽⁵⁾. Ciò vuol dire non solo che questi indici rivelatori devono coesistere, ma anche che essi si integrano e si compenetrano a vicenda, di modo che l’uno serve a meglio definire ed a completare il senso degli altri⁽⁶⁾.

L’obiettivo che la direttiva vuole raggiungere è evidentemente quello di snidare la pubblicità reale che si nasconde sotto

(3) Si noti che per ragioni poco comprensibili la direttiva 93/38 sui settori esclusi parla di tali requisiti riferendoli, però, agli “enti di diritto pubblico”. Non si crede, tuttavia, che questa differenza possa avere delle ragioni sostanziali.

(4) Nell’opera di concretizzazione, tuttavia, i giudici comunitari devono sempre fare riferimento ai principi comunitari. In tal senso infatti TAR Lombardia, sentenza 17 novembre 1995, n. 1365, in *TAR* 1996, p. 102.

(5) Si veda in tal senso Corte di giustizia, sentenza 15/1/1998, causa 44/96, MANNE-SMANN, in *Racc.* pp. I-73; sentenza 10/11/1998, causa 360/96, punto 29 delle motivazioni, in *Racc.* p. 6846. In dottrina, tra gli altri, CASTELLANETA, *L’interpretazione dei criteri necessari per la qualificazione dell’organismo di diritto pubblico: recenti chiarimenti dalla Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. Trim. appalti*, 1998, p. 735.

(6) Cfr. MARCHEGIANI, *La nozione di Stato inteso in senso funzionale nelle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e sua rilevanza nel contesto generale del diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2002, p. 1243.

diverse forme ⁽⁷⁾, al fine di realizzare un mercato comune nell'ambito del quale la concorrenza non risulti falsata da comportamenti di soggetti che sotto la veste formale di diritto privato agiscano non seguendo le normali logiche imprenditoriali ⁽⁸⁾. L'effetto di questa impostazione è stato quello di estendere il più possibile la nozione di amministrazione aggiudicatrice ⁽⁹⁾. L'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia, infatti, è stata orientata a massimizzare l'ambito di applicazione delle direttive in materia di appalti, di talché l'ampliamento della nozione di amministrazione pubblica mediante la categoria dell'organismo di diritto pubblico è specificamente funzionale alla necessità di rispettare questa normativa, nell'ipotesi di appalti superiori alla soglia comunitaria ⁽¹⁰⁾. E' stata sacrificata la certezza del diritto per tutelare il più possibile il mercato unico. Risulta chiaro, infatti, come il grado di promozione della concorrenza sia strettamente correlato alla delimitazione del campo soggettivo di applicazione delle direttive. Su queste basi è stato indispensabile l'apporto della Corte di Giustizia che ha cercato di chiarire l'esatta portata dell'istituto "organismo di diritto pubblico", fissando alcuni principi cardine nell'interpretazione dei requisiti caratterizzanti.

Se si pone mente a tutte le considerazioni appena fatte si comprende perchè l'organismo di diritto pubblico non possa essere considerato come una nuova soggettività giuridica che si colloca tra ente pubblico ed ente privato. Si tratta, piuttosto, di una nozione rilevante giuridicamente solo in alcuni settori ed in

(7) Così GAROFOLI, *Gli organismi di diritto pubblico: scelta dell'appaltatore e profili di giurisdizione*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, quaderno 1, p. 43.

(8) In tal senso Corte di Giustizia, sentenza del 1/2/2001, causa 237/99, in www.curia.eu.int.

(9) In tal senso, Cons. di Stato, 10/04/2000, n. 2078, in *Cons. Stato*, I, vol. II, p. 913.

(10) Cfr. ROVERSI MONACO, *La teoria dell'ente pubblico in forma di società, considerazioni critiche*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 15. In tal senso si osserva che la tendenza giurisprudenziale comunitaria e del giudice amministrativo nazionale è quella di estendere l'applicazione dei principi fondamentali del Trattato e della disciplina pubblicistica del settore anche agli appalti sotto soglia in ragione della necessità di rispettare i principi di non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza (Corte di Giustizia, ordinanza 3 dicembre 2001 in causa 59/00). *Contra* GRECO, *organismo di diritto pubblico: atto primo*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 1998, 734.

apparenza non estensibile, data la sua connotazione prettamente funzionale e non soggettiva ⁽¹¹⁾. È, quindi, un “contenitore” di figure giuridiche, anche molto diverse tra loro, ma accomunate dal possesso simultaneo dei tre requisiti. La qualificazione come organismo di diritto pubblico non ha, dunque, una *vis expansiva* tale da configurare in senso pubblicistico un soggetto ⁽¹²⁾. Va, infatti, rimarcato che la *ratio* della definizione di organismo di diritto pubblico contenuta nelle direttive comunitarie consiste nel fatto di attribuire rilievo non già alla natura giuridica di un dato soggetto, sia essa pubblica o privata, amministrativa o non amministrativa, bensì all’attività che esso concretamente svolge ⁽¹³⁾.

Del resto, non interessa scoprire la “vera” natura giuridica di un soggetto, ma verificare quali norme dirette alle amministrazioni e agli enti pubblici siano ad esse applicabili, sulla base delle finalità perseguite e degli interessi tutelati ⁽¹⁴⁾.

2. I requisiti dell’organismo di diritto pubblico

Le direttive comunitarie in tema di appalti pubblici individuano gli organismi di diritto pubblico attraverso l’indicazione di tre requisiti. Si tratta, in buona sostanza, di “*un organismo istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, dotato di personalità giuridica e dipendente strettamente dallo Stato, da enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico*” ⁽¹⁵⁾.

(11) Cfr. CHITI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico*, in *Servizi pubblici ed essenziali* 2004, quaderno 1, p. 69.

(12) ROVERSI MONACO, *La teoria dell’ente pubblico in forma di società, considerazioni critiche*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 15 e ss..

(13) Cfr. CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in *Servizi pubblici e appalti*, quaderni 1, 2004, p. 91.

(14) NAPOLITANO, *Soggetti privati “enti pubblici”?*, in *Dir. Amm.*, 2003, 809, secondo cui alla certezza delle letture dicotomiche si sostituisce la continua e sempre mutevole ricostruzione di istituti a “geometria variabile”.

(15) È la definizione riassuntiva contenuta nelle sentenze 15 gennaio 1998, causa 44/96, MANNESMANN, in *Racc.* 1998, p. 73 e sentenza 10 novembre 1998, causa

Alla luce delle considerazioni svolte al riguardo, in ambito comunitario, sia dalla giurisprudenza sia dalla dottrina, sembrerebbe che non sorgano dubbi interpretativi sostanziali per quanto concerne le ultime due condizioni. Infatti, la personalità giuridica di un organismo è sempre chiaramente manifestata dall'ordinamento nazionale a cui esso appartiene. In realtà, la questione non è mai stata del tutto lineare. Si è assistito, invero, ad una annosa *querelle* dottrinale tra chi sosteneva che doveva parlarsi solo di personalità giuridica di diritto pubblico e chi, invece, riteneva sufficiente la personalità giuridica di diritto privato per avere come soddisfatto tale requisito. Questo dibattito, che rifletteva le oscillazioni della giurisprudenza nazionale sul punto, è stato definitivamente sopito dal Codice degli appalti pubblici del 12 aprile 2006. Infatti, nel Codice è prevista espressamente la possibilità che l'organismo di diritto pubblico possa assumere la forma giuridica di società. In tal modo è stata codificata l'interpretazione data dalla recente giurisprudenza nazionale in ossequio ai risultati cui la Corte di giustizia era già da tempo giunta. Tuttavia, se, da un lato, sembrano essere stati risolti i dubbi sulla natura della personalità giuridica, dall'altro lato, resta ancora aperto un problema centrale. Ci si chiede, infatti, come può conciliarsi la forma societaria di un soggetto con il primo requisito. Cioè, sostanzialmente, come si può arrivare ad affermare che una società, ad esempio, per azioni possa essere un soggetto istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generali *non avente carattere industriale o commerciale*.

La portata della nozione di "stretta dipendenza" risulta, invece, sostanzialmente illustrata, in termini conformi, da tutte le direttive. Inoltre, la Corte di Giustizia con una celebre sentenza ha precisato in termini chiari e puntuali il significato che occorre attribuire al concetto di "finanziata in modo maggioritario" ⁽¹⁶⁾. Allo stato manca, invece, un comune e generale consenso sul significato da attribuire alla prima condizione posta dalle

360/96, BFI Holding in *Racc.* 1998, p. 6846.

(16) Corte di giustizia, sentenza 3 ottobre 2000, causa 380/98, Università di Cambridge, in *Racc.* 2000, p. 8035.

suddette direttive per il riconoscimento degli organismi in questione. La giurisprudenza ha constatato come il concetto di “bisogni di interesse generale” non rappresenti da solo un elemento sufficiente ad individuare gli organismi di diritto pubblico. L’attenzione deve essere, quindi, rivolta verso il requisito negativo rappresentato dal carattere non industriale o commerciale. L’estrema genericità dei testi comunitari e di trasposizione nazionale hanno, tuttavia, causato numerosi problemi interpretativi attorno a questo punto.

In particolar modo, la Corte si è chiesta se tale carattere negativo deve essere riferito ai bisogni di interesse generale ovvero all’attività esercitata. La rilevanza di tale requisito deriva non solo dal fatto che rappresenta il punto più controverso della nozione, ma anche che costituisce, in sostanza, il vero elemento caratterizzante la nozione di organismo di diritto pubblico. Infatti, anche nella definizione dell’impresa pubblica si riscontrano i requisiti della personalità giuridica e della stretta dipendenza dal pubblico potere, definita come “influenza dominante”. Ciò che, invece, rappresenta la linea di confine tra questa e l’organismo è appunto il requisito finalistico. Solo se l’attività viene condotta con metodo imprenditoriale il soggetto non può rientrare nella categoria di organismo di diritto pubblico e sarà, invece, classificato come impresa pubblica.

2.1. Il requisito teleologico: la non industrialità o commercialità

Il concetto di “bisogni di interesse generale” presente nella definizione di organismo di diritto pubblico è stato ripreso dall’ordinamento francese⁽¹⁷⁾. Ma dalle direttive sembra non potersi evincere in modo definito cosa sia un interesse generale. Nella ricerca dei confini della generalità dell’interesse sono state proposte diverse tesi, per alcuni punti totalmente contrapposte tra loro. Da un lato, c’è chi sostiene che la generalità dell’interesse deve avere un carattere transnazionale, e quindi

(17) MARCHEGIANI, *La nozione di Stato inteso in senso funzionale nelle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e sua rilevanza nel contesto generale del diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2002, p. 1237.

coincidere con un superiore interesse della comunità. Dall'altro lato, viene ritenuto che tale carattere si riferisce ai bisogni di ogni singolo Stato membro, mutando, di fatto, i suoi contorni da Stato a Stato. A queste due tesi contrapposte se ne affianca nei fatti una terza, che potremmo definire come intermedia.

La questione è stata affrontata in termini chiari nella causa *Truley* ⁽¹⁸⁾, in cui la Corte afferma che un'interpretazione basata esclusivamente sul diritto comunitario risulta necessaria non soltanto per garantire l'autonomia del diritto comunitario stesso, ma anche per assicurare la sua omogenea applicazione. L'uniformità dell'ordinamento giuridico comunitario sarebbe compromessa qualora il concetto di «bisogni di interesse generale» fosse interpretato da ogni Stato membro in modo diverso. Una medesima attività non può essere considerata di interesse generale in uno Stato membro e non di interesse generale in un altro. Se così fosse, infatti, probabilmente in uno Stato un ente sarebbe tenuto a bandire gare, mentre non lo sarebbe un altro ente, con gli stessi incarichi, in un altro Stato. Ciò potrebbe provocare distorsioni della concorrenza, in netto contrasto con lo scopo perseguito dalla direttiva di creare una concorrenza nel settore degli appalti pubblici.

Prima di concludere l'esame della prima parte del requisito in questione vale la pena sottolineare l'interpretazione che la Corte ha dato della espressione "*istituito per soddisfare specificatamente...*". L'interpretazione letterale della norma farebbe ritenere che il solo elemento decisivo sia la missione affidata al momento della istituzione del soggetto. Ma una tale conclusione non viene condivisa dal giudice comunitario. Nella causa *Universale-Bau Ag* ⁽¹⁹⁾, infatti, la Corte afferma che "*al fine di accertare se un ente soddisfi la condizione enunciata all'art. 1, lett. b), secondo comma, primo trattino della direttiva 93/37, occorre prendere in considerazione le attività effettivamente svolte*" ⁽²⁰⁾. Il giudice sottolinea, in proposito, che l'effetto utile

(18) Corte di giustizia, sentenza 27 febbraio 2003, causa 373/00, *Truley*, in www.curia.eu.int.

(19) Corte di giustizia, sentenza 12 dicembre 2002, in www.curia.eu.int.

(20) Punto 56 della sentenza *Universale-Bau Ag*.

della direttiva 93/37 non sarebbe pienamente garantito se l'applicazione della disciplina della direttiva ad un organismo che soddisfa le condizioni enunciate all'art. 1, lett. b), secondo comma, potesse escludersi per il solo fatto che sin dalla sua istituzione non gli erano state affidate le attività di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale da esso svolte in pratica ⁽²¹⁾.

Il carattere generale dei bisogni che l'organismo deve soddisfare non è da solo sufficiente ad integrare il requisito in questione. In realtà, a tale conclusione si arrivò solo dopo qualche tempo. Inizialmente, infatti, si sosteneva che il carattere non industriale o non commerciale non fosse altro che una chiarificazione dei bisogni di interesse generale. Cioè, in sostanza, si sosteneva che tutti i bisogni di interesse generale fossero privi del carattere industriale o commerciale ⁽²²⁾. La conseguenza immediata di questo approccio era la centralità della prima parte del requisito e la totale irrilevanza del carattere negativo. Detta impostazione è stata però ben presto abbandonata dalla giurisprudenza, sia comunitaria che nazionale. Anzi, si arrivò ad una posizione diametralmente opposta e si sostenne che il carattere non industriale o commerciale assumesse senza dubbio una maggiore importanza qualificatoria. Infatti, la necessaria funzionalizzazione degli organismi in questione al soddisfacimento di interessi di rilievo collettivo può normalmente ricavarsi già dall'altro indice costituito dalla sottoposizione dell'ente all'influenza dell'autorità pubblica ⁽²³⁾. Interessante sul punto risulta l'analisi della prima questione su cui la Corte di giustizia fu chiamata a pronunciarsi nella sentenza BFI Holding ⁽²⁴⁾. Il giudice *a quo* chiese, infatti, chiarimenti in ordine al rapporto tra i termini "bisogni di interesse generale" e "aventi carattere

(21) In tal senso anche Cons. Stato, sez. VI, 17 settembre 2002, n. 4711.

(22) A tal riguardo vedi CASTELLANETA, *L'interpretazione dei criteri necessari per la qualificazione dell'organismo di diritto pubblico: recenti chiarimenti dalla Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. Trim. Appalti*, 1998, p. 735.

(23) GAROFOLI, *Organismo di diritto pubblico: il recente allineamento tra giudice comunitario e nazionale e i profili ancora problematici*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici dopo la direttiva unificata n. 18/2004*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 185.

(24) Corte di Giustizia, sentenza 10 novembre 1998, causa 360/96.

industriale o commerciale”. In particolare, venne chiesto se quest’ultima locuzione era diretta a limitare la nozione di bisogni di interesse generale a quelli aventi carattere diverso da quello industriale o commerciale, ovvero se, al contrario, doveva essere intesa nel senso che tutti i bisogni di interesse generale rivestono tale carattere. Il Giudice europeo afferma che “*dal tenore letterale dell’art. 1, lett. b), secondo comma della direttiva 92/50 emerge che il carattere non industriale o commerciale costituisce un criterio diretto a precisare la nozione di bisogni di interesse generale ai sensi di tale disposizione*”⁽²⁵⁾. La Corte giustifica tale interpretazione sulla base della considerazione che questo possa essere, di fatto, l’unico modo in grado di garantire l’effetto utile dell’articolo in questione. Infatti, se il legislatore comunitario avesse ritenuto che tutti i bisogni di interesse generale rivestano il carattere non industriale o commerciale, non l’avrebbe specificato, poiché in tale prospettiva questo secondo elemento della definizione non presenterebbe alcuna utilità. Dalle conclusioni dell’Avv. generale La Pergola emerge non solo che è necessario tenere distinti i due caratteri, ma addirittura che tale secondo carattere sia veramente essenziale ai fini della qualificazione dell’organismo di diritto pubblico. Questi afferma che la centralità della non commercialità deriva dal fatto che la categoria dei bisogni di interesse generale varia sensibilmente da uno Stato membro all’altro e secondo il momento storico in cui la si considera.

Da tutto quanto affermato deriva che è necessario effettuare un duplice accertamento: in prima analisi si deve verificare che l’attività esercitata dal soggetto in questione sia diretta al soddisfacimento di un interesse generale. In seconda analisi bisogna verificare se sussiste l’altra parte del primo requisito, ossia che la natura del bisogno sia non commerciale o non industriale. Questa presa di coscienza si è anche ottenuta in seguito ad una profonda evoluzione nella giurisprudenza italiana. In un primo momento, in occasione di una controversia relativa all’affidamento da parte dell’Ente Autonomo Fiera Internazionale di

(25) BFI Holding, punto 32.

Milano di un appalto per la costruzione di nuovi padiglioni espositivi, il Consiglio di Stato ha considerato come centrale il soddisfacimento di bisogni di interesse generale, non attribuendo alcun valore alla seconda parte del primo requisito. In tale occasione, infatti, è stato affermato che l'Ente Fiera "*pur espletando attività di carattere commerciale va qualificato come organismo di diritto pubblico*"⁽²⁶⁾. È chiaro come il Giudice abbia, in questo caso, dato rilevanza esclusivamente alla prima parte del requisito, senza riconoscere alcuna importanza al requisito negativo, in modo, davvero, difficilmente conciliabile con il dato normativo.

Qualche anno più tardi, recependo evidentemente i risultati cui la giurisprudenza comunitaria nel frattempo era giunta, il Consiglio di Stato giunse ad una conclusione diametralmente opposta. Venne esclusa, infatti, la qualificabilità dell'Ente Fiera Milano in termini di organismo di diritto pubblico facendo leva sulla connotazione commerciale dell'attività fieristica "*legata alla promozione e alla commercializzazione di prodotti e servizi, complementare all'attività produttiva imprenditoriale*"⁽²⁷⁾.

Sembra, tuttavia, non essere immediatamente chiaro a cosa vada riferita la industrialità o commercialità. In verità, la formulazione letterale sembrerebbe propendere verso la tesi secondo cui tale carattere negativo debba essere riferito ai bisogni di interesse generale. Analizzando l'art. 3 ("definizioni") del nuovo "Codice dei contratti pubblici" del 2006 si nota come la formulazione letterale spinga nel senso suindicato. Si legge, infatti, che per "*organismo di diritto pubblico si intende qualsiasi organismo, anche in forma societaria, istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale*". Come si vede, la virgola tra le due parti del requisito *de quo*, e l'utilizzo del participio presente "aventi" fanno ritenere che il carattere non industriale o

(26) Cons. di Stato, sez. VI, 21 aprile 1995, n. 353, in www.giustizia-amministrativa.it.

(27) Cons. di Stato, sez. VI, 17 settembre 1998, n. 1267 in *Cons. Stato* 1998, p. 1480. Tale tesi venne accolta anche dalle Sezioni Unite di Cassazione con sentenza 97 del 4 aprile 2000, in *Urb. e app.*, n. 7/2000, p. 718.

non commerciale vada riferito, grammaticalmente, alle esigenze di interesse generale.

Questa interpretazione letterale veniva di fatto sostenuta da quella parte della giurisprudenza e della dottrina che dava la massima centralità ai bisogni e che considerava il requisito negativo come una esplicazione di questi. Ma da un punto di vista logico una tale interpretazione sembra non poter essere condivisa. In realtà, non sono i bisogni che possono avere questo carattere, bensì l'attività attraverso cui il soggetto opera al fine di soddisfare tali bisogni di interesse generale⁽²⁸⁾. Sarebbe stato, sicuramente, più semplice se la norma comunitaria avesse imposto l'evidenza pubblica nella scelta degli appaltatori solo a quegli enti che non avessero esercitato un'attività di tipo industriale o commerciale e che, quindi, non si fossero confrontati con le altre imprese in reciproca concorrenza. Infatti, quando il soggetto, ancorché legato alla P.A., fosse davvero condizionato dal mercato, non vi sarebbe alcun motivo di coltivare un sospetto di discriminazione e di nutrire una tale preoccupazione⁽²⁹⁾. Questa soluzione, infatti, sarebbe la più compatibile con la *ratio* delle direttive appalti. Il legislatore comunitario, infatti, vuole salvaguardare il libero mercato in un settore che ritiene strategico e interviene imponendo, appunto, il modello concorsuale di scelta oltre la sfera di soggettività pubblica solo perché possono esistere casi in cui vi siano analoghi rischi di discriminazione tra le imprese. Al di fuori di questi casi deve essere dato libero spazio all'autonomia privata. Detta interpretazione teleologica, del resto, è coerente con il principio dell'effetto utile, il quale è di ostacolo ad una applicazione indiscriminata di un modello di impronta pubblicista come l'evidenza pubblica.

Inoltre, dal punto di vista sistematico, l'intera disposizione comunitaria che stabilisce i tre requisiti deve potersi leggere in modo unitario. La qualità industriale del bisogno deve essere

(28) MARCHEGIANI, *La nozione di Stato inteso in senso funzionale nelle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e sua rilevanza nel contesto generale del diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2002, p. 1238.

(29) CINTIOLI, "Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale": il bisogno o l'attività?, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, quaderno 1, p. 80.

ricostruita in armonia con gli altri elementi dell'istituto ed in particolare con la stretta dipendenza dal potere pubblico. Il vincolo pubblicistico, infatti, può coincidere con il finanziamento maggioritario o con il controllo o con l'incidenza sull'amministrazione, la direzione o la vigilanza mediante organi costituiti in misura non inferiore a metà da componenti designati dai pubblici poteri. Si tratta, come risulta chiaro, sempre e comunque di una influenza che concerne l'attività e che sull'attività inevitabilmente si proietta. Tale stretta dipendenza, infatti, non inciderebbe in nessuna misura ed in nessun caso sulla natura dei bisogni di interesse generale, ma muterebbe il modo di operare del soggetto.

Tanto il canone teleologico, quanto quello sistematico, propendono, quindi, per una interpretazione non letterale della norma in questione, spostando il requisito negativo dai bisogni all'attività.

Al riguardo, inoltre, è stato autorevolmente osservato che l'espressione "carattere industriale e commerciale" è stata trapiantata nel diritto comunitario dall'ordinamento francese. In tale ordinamento essa sta ad indicare la natura economica dell'attività o, per essere più precisi, il suo carattere imprenditoriale. La formulazione francese, che risale agli anni '40 del secolo scorso, ha il suo corrispondente esatto in Italia nell'espressione "ente pubblico economico". In altre parole, ente "a carattere industriale o commerciale" indica un ente che svolge attività di impresa⁽³⁰⁾.

La fondatezza di detta diversa interpretazione del requisito negativo viene di fatto confermata dalla più recente evoluzione giurisprudenziale. Pure in questo caso, l'intervento della Corte di giustizia è stato centrale per spingere in tal senso anche le successive pronunce nazionali.

(30) ROVERSI MONACO, *La teoria dell'ente pubblico in forma di società, considerazioni critiche*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 73.

2.2. L'evoluzione della giurisprudenza

La prima importante tappa nella evoluzione giurisprudenziale del requisito *de quo* è rappresentata dalla sentenza Manne-smann⁽³¹⁾. In tale occasione la Corte sostenne che il carattere non commerciale o industriale derivi dalla funzionalizzazione dell'attività alle esigenze istituzionali dello Stato.

Tale conclusione sembra essere molto deludente. La Corte, infatti, dimostra in definitiva di non dare alcun rilievo alla seconda parte del requisito. Le modalità di gestione attraverso cui l'ente realizza le proprie finalità sembrano essere state considerate come irrilevanti. Qualche chiarimento in più si può trarre dalle conclusioni dell'Avv. generale Leger. Questi, infatti, ha posto in evidenza la distinzione tra le imprese sottoposte alla concorrenza degli altri operatori economici e quegli organismi che, perseguendo fini di interesse generale, rifuggono dalla logica del mercato, non potendo essere sottoposti a criteri di economicità, né a scopo di lucro.

In realtà ciò che, ad una attenta analisi, delude maggiormente non è tanto il risultato cui la Corte giunge, quanto, piuttosto, il ragionamento su cui si è basata. Il giudice sembra privilegiare, infatti, l'aspetto "interesse generale" come elemento base per rilevare la sussistenza del primo requisito, privando di ogni importanza la seconda parte.

In realtà, il risultato cui si giunge non sarebbe affatto sbagliato ma avrebbe dovuto essere ottenuto partendo da presupposti diversi. Nel caso di specie, infatti, sembra possibile desumere il carattere non commerciale o non industriale dell'attività svolta da altri due aspetti messi in rilievo dal giudice, ma in tutt'altra prospettiva.

Il primo aspetto riguarda la remunerazione dell'incarico. Dalla sentenza si legge, infatti, che *"i prezzi degli stampati che l'OS è obbligata a produrre sono fissati da un organo composto in maggioranza di membri nominati dalla Cancelleria federale o da diversi ministeri e un ufficio di controllo statale è incari-*

(31) Corte di giustizia, sentenza 15 gennaio 1998, causa 44/96.

cato di vigilare sugli stampati soggetti ad un regime di sicurezza” ⁽³²⁾.

Il secondo aspetto consiste nel fatto che l'organismo in parola è sottoposto al controllo della Corte dei Conti nazionale. Tutto ciò lascia intendere che si tratta di un ente che, in concreto, opera al di fuori dei principi della normale gestione commerciale, in quanto unito ai poteri pubblici da un legame strutturale di natura economica. Infatti, da un lato, la sua sopravvivenza è garantita da un volume di introiti opportunamente prefissati e versati dallo Stato. Lo Stato, dall'altro lato, viene sincerato dal suo organo di controllo che tali fondi pubblici siano amministrati correttamente per gli scopi previsti.

Un piccolo passo avanti in questo senso, sebbene ancora del tutto insufficiente per fornire delle nozioni generali ⁽³³⁾, è stato compiuto dalla Corte con la celeberrima sentenza BFI Holding, relativa all'interpretazione degli artt. 1 e 6 della direttiva 92/50 del 18 giugno 1992 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi. Ciò che rende questa sentenza interessantissima è l'affermazione da parte della Corte di Giustizia di due principi destinati ad assumere importanza decisiva per l'orientamento successivo della giurisprudenza, non solo comunitaria, ma anche nazionale. Da un lato, il Giudice esclude a chiare lettere che possa avere rilievo ostativo alla riconducibilità dell'ente nella nozione in esame la sua veste societaria; dall'altro lato, pone l'accento sulla natura e consistenza dei bisogni per il cui soddisfacimento l'ente è istituito. Nella sentenza si focalizza, inoltre, l'attenzione sulla concorrenza. Infatti, viene affermato che *“l'esistenza di una concorrenza articolata e, in particolare, la circostanza che l'organismo interessato agisca in situazioni di concorrenza sul mercato può costituire un indizio a sostegno del fatto che non si tratti di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o*

(32) Punto 23 della sentenza.

(33) GRECO, *Organismo di diritto pubblico, atto secondo: le attese deluse*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 1999, p. 184; NIZZO, *L'organismo di diritto pubblico nella direttiva 92/50/CEE*, in *Gior. Dir. Amm.* 1999, p. 321.

commerciale”⁽³⁴⁾. In definitiva, tale circostanza pur sintomatica della natura commerciale ed industriale dei bisogni soddisfatti dall’ente, non è sempre decisiva, posto che lo stesso genere di attività può essere talvolta istituzionalmente diretta ad appagare bisogni di altra natura⁽³⁵⁾.

Quindi, il requisito della non industrialità o commercialità sembra, ancora, essere riferito ai bisogni di interesse generale per la cui soddisfazione l’ente è istituito ed opera, anziché alle modalità attraverso le quali l’ente opera.

Il passo decisivo verso una esaustiva definizione del carattere negativo del requisito viene compiuto dalla Corte in occasione della sentenza Taitotalo⁽³⁶⁾.

La pronuncia verte sulla qualificazione giuridica di una società per azioni, la Taitotalo, la quale affida in appalto servizi di qualificazione e di costruzione allo scopo di realizzare edifici destinati ad essere locati ad imprese. Il grande apporto di questa sentenza consiste nella attenzione che il Giudice ha riposto sul carattere non industriale o commerciale, analizzato, questa volta, con esplicito riferimento alle modalità di gestione e in particolar modo alla scopo di lucro⁽³⁷⁾.

Nella ricerca degli elementi che qualificano l’organismo di diritto pubblico la Corte afferma che *“occorre in particolare verificare se l’organismo in esame esercita la propria attività in regime di concorrenza, dato che l’esistenza di tale concorrenza può costituire un indizio a sostegno del fatto che un bisogno di interesse generale ha carattere industriale o commerciale”*⁽³⁸⁾. Inoltre aggiunge che *“se l’organismo opera in normali condizioni di mercato, persegue lo scopo di lucro e subisce le perdite connesse all’esercizio della sua attività, è poco probabile che i bisogni che esso mira a soddisfare abbiano carattere*

(34) Punto 49 della sentenza.

(35) In tal senso si veda anche Corte di Giustizia, 27 febbraio 2003, n. 373, Truley; TAR Lazio, sez. III, 12 febbraio 2002, n. 917, in *Giust. Amm.*, 2002, p. 285.

(36) Corte di giustizia 22 maggio 2003, causa 18/01.

(37) PERFETTI, *Organismo di diritto pubblico e rischio di impresa*, in *Foro Amm.-Cons. Stato*, 2003, vol. II, p. 2498.

(38) Punto 49 delle motivazioni.

non industriale o commerciale” (39). Infatti, la Corte spiega che *“in una tale ipotesi le direttive comunitarie relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici non si applicherebbero perché un organismo che persegue uno scopo di lucro e che si assume i rischi connessi alla propria attività non si impegnerà di regola in un procedimento di aggiudicazione di un appalto a condizioni che non siano economicamente giustificate”*.

Il punto davvero innovativo della sentenza in esame sta nel fatto che per la prima volta vengono forniti al giudice nazionale criteri determinati da valutare caso per caso al fine di accertare la non industrialità o non commercialità dell'attività.

In definitiva, quindi, il giudice nazionale deve valutare la sussistenza del requisito negativo tenendo conto, da un lato, delle circostanze che hanno presieduto alla creazione dell'organismo e, dall'altro lato, delle condizioni in cui l'organismo esercita la sua attività. Per quanto concerne queste ultime, secondo la Corte, la prima operazione da effettuare, sebbene non risolutiva, è verificare se l'organismo esercita la propria attività in regime di concorrenza. Inoltre, è necessario verificare se l'ente in questione persegue lo scopo di lucro e subisca le perdite connesse all'esercizio della sua attività. Quindi, il dato dirimente per valutare la natura di organismo di diritto pubblico è che questo non sopporti il rischio di impresa (40). La sua gestione, dunque, dovrà essere condotta sulla base di logiche diverse rispetto a quelle della economicità. Pertanto, qualora un soggetto svolga attività a fine di lucro, sia pure eventuale, sulla base di criteri di economicità ed autonomia finanziaria, sopportando integralmente il rischio economico dell'attività stessa e le conseguenze delle proprie scelte operative e soggiacendo ai principi della normale gestione commerciale, esso non rientrerà nella nozione di organismo di diritto pubblico (41). In definitiva,

(39) Punto 51 delle motivazioni.

(40) Cfr. SANDULLI, *Imprese pubbliche e attività estranee ai settori esclusi: problemi e spunti di riflessione*, in *Servizi pubblici e appalti*, quaderni 1, 2004, p. 5.

(41) Vedi a tal proposito CARANTA, *L'organismo di diritto pubblico questo sconosciuto*, in *Giur. It.*, 2003, p. 1691.

l'organismo di diritto pubblico si caratterizza proprio in ragione del suo non essere un soggetto imprenditoriale che, in quanto tale, potrebbe eludere le regole del mercato e le logiche imprenditoriali, non essendo condizionato né al perseguimento del lucro, né alla sopportazione del rischio di impresa⁽⁴²⁾.

Da questa sentenza in poi, quindi, la non industrialità o commercialità viene riferita all'attività e consiste sostanzialmente nell'assenza di rischio⁽⁴³⁾.

3. Assenza di rischio: profili problematici

L'assenza di rischio d'impresa consiste, quindi, nella sopravvivenza di un soggetto in spregio dei principi della normale gestione commerciale. Affinché questa situazione si realizzi è necessario che esista una connessione strutturale e, dunque, una interdipendenza tra il bilancio di tale soggetto e il bilancio dello Stato o di un qualsiasi altro ente pubblico. Tale situazione di dipendenza economica esiste non solo quando la pubblica autorità sovvenzioni sistematicamente un organismo, ma anche quando quest'ultimo operi in condizioni economico-finanziarie equilibrate. In questi casi è naturale che anche per lunghi periodi non si verifichino apporti finanziari da parte dell'autorità pubblica. Al limite potrebbe aversi addirittura il caso inverso in cui le eccedenze di bilancio verrebbero trasferite dall'organismo alla autorità pubblica. Anche in questo caso, infatti, ciò che rileva è l'esistenza della possibilità di un flusso di fondi dalla

(42) Cfr. CHITI, *Cala il sipario sull'ente fiera di Milano*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2001, p. 900 ss.

(43) Cfr. anche Corte di giustizia, sentenza 16 ottobre 2003, causa 283/00, Commissione delle Comunità europee contro Regno di Spagna, al cui punto 81 viene affermato che: "Risulta del pari dalla giurisprudenza che l'esistenza o la mancanza di un bisogno d'interesse generale avente carattere non industriale o commerciale dev'essere valutata tenendo conto dell'insieme degli elementi giuridici e fattuali pertinenti, quali le circostanze che hanno presieduto alla creazione dell'organismo considerato e le condizioni in cui esercita la sua attività, ivi compresa, in particolare, la mancanza di concorrenza sul mercato, la mancanza del perseguimento di uno scopo di lucro a titolo principale, la mancanza di assunzione dei rischi collegati a tale attività nonché il finanziamento pubblico eventuale dell'attività in questione".

pubblica autorità all'organismo in questione. In una situazione del genere non viene difficile immaginare, quindi, che l'organismo in questione agisca sul mercato non seguendo pedissequamente le normali logiche concorrenziali. La sua sopravvivenza sarebbe, infatti, assicurata non da una corretta gestione finanziaria della propria attività, ma dall'intervento sistematico dello Stato o di un qualsiasi altro ente pubblico.

Questo legame strutturale tra i due bilanci, funzionale alla eliminazione del rischio imprenditoriale, fa sorgere chiaramente una situazione di dipendenza economica nei confronti dell'autorità pubblica. In sostanza, quindi, è necessario che coesista con il terzo requisito e cioè con l'influenza dominante da parte dei pubblici poteri. È chiaro che non ci sarebbero i presupposti per considerare un soggetto come organismo di diritto pubblico allorché l'apporto finanziario sia ricollegabile ad un legame di natura diversa, come può verificarsi per esempio nel caso di enti assistenziali.

Ancora rileva sottolineare come il legame strutturale a cui si è fin qui fatto riferimento, in realtà, non si verifica solo quando ci sia un trasferimento di risorse da un bilancio ad un altro. Questo forse è il caso più chiaro e forse anche il più comune. Tuttavia, perché si possa verificare questo legame sarebbe sufficiente che la pubblica autorità rinunciasse in maniera stabile e continuativa in favore di un organismo di diritto pubblico a percepire diritti, canoni, contributi o retribuzioni che le sarebbero spettati se essa non avesse delegato al suddetto organismo l'esercizio dell'attività da cui derivano i suddetti proventi. Inoltre, è chiaro che occorre, anche, che la cessione di tali proventi consenta all'organismo di sopravvivere in spregio dei principi della normale gestione commerciale. Un'ipotesi del genere si realizza allorché l'autorità pubblica consenta ad un organismo di diritto pubblico di esercitare un'attività di servizio pubblico applicando tariffe tali da eliminare ogni rischio connesso alla attività stessa⁽⁴⁴⁾.

(44) Vedi, ad esempio, Corte di giustizia, sentenza 18 marzo 1997, causa 343/95, *Diego Cali & Figli Srl c. Servizi ecologici porto di Genova Spa*, in *Racc.*, 1997, p. 1547, punto 13 delle motivazioni.

L'intervento della pubblica autorità che sistematicamente ripiana le perdite di gestione potrebbe porre, però, una questione di non poco momento. Ad una prima analisi, un sistema così fatto sembrerebbe in contrasto con alcuni istituti di diritto societario. Per essere più precisi, si ponga mente al fatto che per classificare un soggetto quale organismo è assolutamente irrilevante la forma giuridica di tale soggetto. Potrebbe, quindi, darsi (e, anzi, questo è il caso più comune) che l'organismo assuma la forma giuridica di una società per azioni. In un caso del genere, ci troveremmo di fronte ad un soggetto (la S.P.A., appunto) che trova una rigida disciplina nel nostro Codice civile, ma che per essere considerata come organismo di diritto pubblico deve avere i tre requisiti di cui sopra. E, quindi, per il profilo che a noi qui interessa, la società dovrebbe avere come soddisfatto anche il requisito della non industrialità o commercialità. Il problema sembra essere evidente nel caso in cui l'amministrazione partecipante ad una s.p.a. mista annulli il rischio di impresa attraverso un apporto sistematico di risorse, in modo tale che ripiani le eventuali perdite che si generano nel bilancio della s.p.a.

Per considerare, quindi, una società come organismo, questa non deve subire le eventuali perdite di gestione. Solo così, infatti, un soggetto del genere potrebbe agire sul mercato in modo del tutto anomalo rispetto ad altri soggetti societari. Supponiamo, pertanto, che una società chiuda l'anno contabile con una perdita. A questo punto, diventa dirimente ai nostri fini vedere quale sia la sorte di tale perdita. Se la società, dopo aver intaccato le riserve, riduce il capitale sociale, abbiamo una situazione in cui le partecipazioni di tutti i soci vengono ridotte, con la palese conseguenza che la società nel suo complesso ha visto concretizzarsi il rischio di impresa, subendo le conseguenze di una cattiva (o, semplicemente, sfortunata!) gestione. Tale società non potrà essere considerata come organismo di diritto pubblico. Al di là dello scopo sociale, infatti, che può anche essere la soddisfazione dell'interesse generale, il soggetto svolge la propria attività come un normale soggetto privato, e nel nostro caso come una normale società, subendone tutti i rischi connes-

si. Ma se, invece, quando la società subisce perdite di esercizio, queste non incidono sul capitale sociale dei singoli soci privati perché l'amministrazione copre sistematicamente ogni perdita, allora si può affermare che la società sia un organismo di diritto pubblico e come tale sia soggetta alla normativa pubblica sugli appalti. Senonché, almeno in linea teorica il problema si complica notevolmente. Uno schema societario così fatto, infatti, sembrerebbe in contrasto con l'art. 2265 c.c. secondo cui: “*E' nullo il patto con il quale uno o più soci sono esclusi da ogni partecipazione agli utili o alle perdite*”. Il problema del “patto leonino” si pone con riferimento al contratto di società, escludendosi una sua applicazione ad altri istituti limitrofi (es. contratto di cointeressenza), indipendentemente dal tipo di società prescelto, attenendo alle condizioni essenziali del contratto di società. Sebbene l'art. 2247 c.c. non preveda espressamente la partecipazione del socio alle perdite, la giurisprudenza, ormai costante, ritiene necessaria che la partecipazione del socio si estenda anche alle perdite⁽⁴⁵⁾. Il patto leonino deve essere valutato in senso sostanziale e non formale⁽⁴⁶⁾. Quindi, indipendentemente dalla forma che il patto assume, se il risultato è che uno o più soci non subiscono le perdite derivanti dalla normale attività imprenditoriale per l'intervento di un altro socio, allora è senza dubbio integrata la fattispecie *de qua*⁽⁴⁷⁾.

Tutte le considerazioni fatte sembrano indirizzare verso un reale problema di conciliabilità tra la forma societaria mista che non abbia carattere industriale o commerciale in cui il socio di maggioranza, cioè l'amministrazione, ripiana le perdite che si generano, eventualmente, in corso di esercizio, e il divieto di patto leonino. Le soluzioni possibili di questo contrasto potrebbero, però, essere diverse.

Si potrebbe arrivare alla conclusione della disapplicazione automatica del divieto del patto leonino, perché in contrasto con la *ratio* e le finalità delle direttive comunitarie in materia di

(45) Corte di Cassazione 70/361.

(46) Corte di Cassazione 94/8927.

(47) Sulla forma del patto leonino si veda ABRIANI, *Il divieto di patto leonino: vicende storiche e prospettive applicative*, Giuffrè, Milano, 1994, pgg. 57 e ss.

appalti pubblici. Le direttive comunitarie in tema di appalti, infatti, hanno esteso l'ambito soggettivo di applicazione dell'evidenza pubblica anche a quei soggetti che, indipendentemente dalla forma giuridica utilizzata, fossero stati istituiti per soddisfare specificamente interessi di carattere generale e la cui attività non avesse carattere industriale o commerciale. La *ratio* evidente di una tale previsione è quella di sottoporre alle procedure di evidenza pubblica anche soggettività nazionali, difficilmente individuabili una volta per tutte e a priori a livello comunitario, che, per loro sostanziale natura, non operano nel mercato come normali soggetti privati. Questa esigenza fu sentita come preminente quando ci si rese conto che gli interessi pubblici non solo potevano essere soddisfatti da soggetti diversi dalle amministrazioni, ma che era, addirittura, auspicabile un intervento diretto di soggetti privati. Tale necessità nasce proprio da logiche riflessioni di opportunità ed economiche.

A non diversa soluzione si perverrebbe se si facesse riferimento al principio della preminenza del diritto comunitario sul diritto nazionale. Principio cardine cui la giurisprudenza comunitaria è giunta già da molto tempo e che, sebbene dopo qualche iniziale tentennamento della Corte costituzionale, è oggi pacificamente condiviso anche in Italia.

Da un altro punto di vista, si ponga mente al fatto che il problema della violazione del divieto di patto leonino sussiste solo se alcuni soci siano totalmente esclusi dalle perdite, cioè solo se la partecipazione di questi non subisca alcun tipo di attacco dal verificarsi nella normale gestione di perdite di esercizio. Questo si ha solo se si verificano simultaneamente due condizioni: *a)* che le perdite vengano appianate dalla sola amministrazione e, *b)* che da un punto di vista contabilistico ciò non comporti alcuna variazione nella partecipazione dei soci privati. Sul punto *sub a)* sembra esserci concordia in dottrina nell'affermare che la società se è tenuta immune dalle perdite, lo è proprio grazie ad un sistematico intervento da parte dell'amministrazione stessa. La questione può assumere connotazione diversa a seconda di come si concretizzi l'intervento della P.A. A questo punto è necessario, però, fare una riflessione sulle modalità attraverso

cui può avvenire la copertura della perdita. Senza entrare nel merito di questioni attinenti la contabilità ed il bilancio, che esulerebbero dall'oggetto del presente lavoro, possiamo passare in rassegna le principali forme di intervento in questo senso. Oltre al "rinvio a nuovo" della perdita, uno strumento che potrebbe essere utilizzato è l'aumento immediato del capitale sociale. Tralasciando le forme estreme per porre rimedio alla perdita (come, ad esempio, il mutamento della veste giuridica o lo scioglimento anticipato della società), soffermiamo l'attenzione su quello che sicuramente rappresenta lo strumento più utilizzato per casi del genere e che fa sorgere i problemi maggiori al riguardo: i versamenti a fondo perduto. Si tratta di versamenti di somme necessarie per la copertura del *deficit* accertato. Tali somme, costituendo una sopravvenienza attiva, consentono di eliminare la perdita prima ancora della sua formazione, ovvero di reintegrarla, qualora sia già stata accertata in bilancio. Tenendo conto di quanto affermato, quindi, si può notare che il problema della lesione del divieto di patto leonino si presenterebbe solo in tale ultima modalità. Se, infatti, alla chiusura dell'esercizio, verificatasi una perdita, l'amministrazione decidesse di ripianarla direttamente attraverso, appunto, un versamento a fondo perduto, si può facilmente dire che non avendo la perdita intaccato la partecipazione dei singoli soci, è stato violato il divieto di patto leonino. Ma ben può aversi il caso che l'amministrazione agisca sul capitale sociale attraverso la sottoscrizione di un aumento⁽⁴⁸⁾. In questo caso, sebbene sia la sola P.A. a neutralizzare gli effetti che la perdita ha avuto sul capitale sociale, non si può dire che si sia verificata la violazione dell'art. 2265 c.c. Infatti, il socio privato, sebbene non abbia direttamente e concretamente provveduto all'esborso della cifra necessaria per sopperire alla perdita, ne ha subito tutti gli effetti

(48) Si noti che questa, in realtà, sembra essere l'unica ipotesi presa in considerazione dalla giurisprudenza. Si prenda in considerazione, infatti, l'ordinanza di rimessione all'adunanza plenaria n. 1831 del 2003. Al punto 15.3. si legge, infatti, che: "se dalle concrete circostanze si evince che l'ente pubblico che partecipa alla società, ove necessario, procede ad una ricapitalizzazione della società in perdita per consentirle la continuazione della sua funzione...". Da tale contesto sembra chiaro, quindi, che l'unica pratica utilizzata sia la modifica del capitale sociale.

in via indiretta perché, dopo l'intervento dell'amministrazione, vedrà diluita la propria partecipazione, cioè il rapporto tra le sue azioni ed il capitale sociale, a favore del socio pubblico.

4. Considerazioni conclusive sulla rilevanza dell'organismo di diritto pubblico

La nozione di organismo di diritto pubblico, sebbene sia stata creata per costringere alla gara pubblica soggetti con determinate caratteristiche, ha avuto una importantissima eco in ambito processuale. L'organismo ha finito per incidere, quindi, sul sistema del riparto di giurisdizione. Il legislatore italiano, infatti, al fine di garantire una tutela rapida, efficace ed effettiva, ha recepito le c.d. "direttive ricorsi" attraverso l'introduzione dell'art. 13 della legge 142/92. All'art. 13 si legge che "*i soggetti che hanno subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori o di forniture o delle relative norme di recepimento possono chiedere all'amministrazione aggiudicatrice il risarcimento del danno. La domanda di risarcimento è proponibile dinanzi al giudice ordinario da chi ha ottenuto l'annullamento dell'atto lesivo con sentenza del giudice amministrativo*". Già da questa norma si evince il tentativo di superare il binomio ente pubblico – giudice amministrativo. L'attenzione viene spostata sulla necessaria sottoposizione alle regole di evidenza pubblica, anche se l'appaltante sia un soggetto privato. Insomma, sembra già delinearsi una situazione in cui la discriminante non sia più la posizione giuridica soggettiva vantata (interesse legittimo o diritto soggettivo), bensì le categorie di amministrazione aggiudicatrice⁽⁴⁹⁾.

Dalla formulazione dell'articolo 13 si è innescato un annoso dibattito giurisprudenziale e dottrinale. La questione centrale era definire che natura avessero gli atti emessi da soggetti che,

(49) In tal senso, Corte di Cass., sez. un., 12 giugno 1999 n. 332, Atac. Roma c. Soc. Fiat ferroviaria, in *Giust. Civ.*, 1999, p. 1443.

benché formalmente privati, svolgessero attività volte alla cura di pubblici interessi.

Nel nostro ordinamento è prevalsa negli ultimi tre quarti di secolo una posizione di tendenziale chiusura riguardo alla possibilità, per i privati, di porre in essere atti amministrativi⁽⁵⁰⁾.

Questo dibattito è stato sopito una volta per tutte dall'art. 6 della legge n. 205/2000. In forza di tale disposizione sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *“tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavoro, di servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale”*. Da questa norma è chiaro come sia stato superato il binomio provvedimento amministrativo – giudice amministrativo. Ciò che rileva ai fini della giurisdizione, quindi, non è più la natura (appunto, amministrativa) del provvedimento emesso dal soggetto. Se la procedura di affidamento è seguita da un soggetto, anche formalmente privato, che rientri nella nozione di amministrazione aggiudicatrice, allora le controversie saranno decise dal giudice amministrativo. Con tale legge si supera quindi la tendenza, fatta palese dal Consiglio di Stato⁽⁵¹⁾, secondo cui la procedura di evidenza pubblica sarebbe oggettivamente pubblica, chiunque la ponga in essere.

Da tutto quanto precede si evince in modo chiaro che l'istituto *de quo*, così come interpretato nella prassi giurisprudenziale, ha contribuito in modo notevole a mutare le caratteristiche del nostro ordinamento. Si deve ritenere superata la rigida dicotomia tra soggetto pubblico e soggetto privato e, quindi, tra diritto pubblico e diritto privato. Non è più valido l'assioma secondo cui ad un soggetto privato si applica il diritto privato e ad un soggetto pubblico si applica il diritto pubblico. In un quadro così delineato si fa strada un *tertium genus*, cioè il diritto dell'economia europea, caratterizzato dal fatto che vengono

(50) CERULLI IRELLI, *“Atti amministrativi” di soggetti privati e tutela giurisdizionale: a proposito della legge Merloni*, in *Gior. Dir. Amm.*, 1999, n.11, p. 1063.

(51) Consiglio di Stato, 27 Ottobre 1998, n.1478, in *Foro Amm.*, 1998, p. 2748.

utilizzati gli istituti idonei al raggiungimento delle finalità preposte. Se, quindi, il diritto europeo ha prodotto questo risultato da un punto di vista sostanziale, un simile mutamento ha avuto parimenti origine sul piano della tutela giurisdizionale. Infatti, in un sistema così fatto non avrebbe più ragion d'essere un criterio di riparto che dalla natura del soggetto deducesse il regime giuridico degli atti.

Storicamente si sosteneva che *“l'atto amministrativo si presenta nei nostri ordinamenti come atto di pubblica autorità, dotato di imperatività e assistito dall'autotutela; per la sua imperatività, esso è idoneo a produrre l'effetto di ridurre o cancellare diritti soggettivi dell'amministrato... e per l'autotutela esso è tale da potere essere eseguito dallo stesso suo autore”* ⁽⁵²⁾.

Del resto, anche, la stessa Costituzione agli articoli 103 e 113 qualifica come amministrativi solo gli atti emanati da una pubblica amministrazione.

Ed è proprio questo il punto più delicato della questione. La figura dell'organismo di diritto pubblico è nata essenzialmente per assoggettare all'evidenza pubblica alcuni soggetti “ibridi”. Questo ha prodotto, però, degli effetti considerevoli sull'intero ordinamento giuridico italiano. Per fornire una adeguata tutela, infatti, si è imposta una lettura estensiva di atto amministrativo e di pubblica amministrazione, così come definite una volta per tutte nella Carta costituzionale. In sostanza, quindi, il concetto di pubblica amministrazione, seppure identico nel contenuto letterale, si evolve nel significato materiale ed effettuale, per adeguarsi alle differenti realtà di fatto.

(52) GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, p. 160.