

LE ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

Regione e Governo Locale

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

5

**2002 · ANNO XXIII
settembre/ottobre**

La riforma del Titolo V - IV Parte

Studi e Ricerche

Indice 5.02

LA RIFORMA DEL TITOLO V - IV PARTE

- 643** Funzione legislativa e anarcofederalismo / *Pietro Ciarlo*
- 655** Il controllo di costituzionalità sugli statuti regionali. Le lacune del legislatore e la supplenza della Corte costituzionale / *Andrea Cardone*
- 685** Indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e legge regionale. La primazia delle valutazioni scientifiche / *Quirino Camerlengo*
- 709** Titolo V e potere estero delle Regioni. I vestiti nuovi dell'imperatore / *Francesco Palermo*
- 733** Il regime dei poteri sostitutivi alla luce del nuovo art. 120, comma 2, della Costituzione / *Giampiero Veronesi*
- 759** La previdenza sociale dopo la riforma dell'art. 117 / *Annamaria Poggi*

STUDI E RICERCHE

- 797** La ricerca scientifica tra autonomia e indirizzo politico, tra uniformità e differenziazione / *Francesco Meloni*
- 817** Il diritto allo studio universitario: prima e dopo la riforma costituzionale / *Roberto Bin e Filippo Benelli*
- 843** Politiche pubbliche e complessità sociali. Il fenomeno delle aree metropolitane tra riassetto dell'amministrazione locale e riforme costituzionali / *Gerardo Soricelli*
- 877** Il ruolo dei dirigenti nei processi di cambiamento / *Giovanni Diquattro*
- 897** DIA e tutela giurisdizionale / *Federico Gualandi*

Cambiamenti

Ogni tanto la Rivista deve rinnovarsi. L'impegno redazionale ha ritmi e richiede attenzioni che si sovrappongono e interferiscono con le altre attività professionali di ognuna delle persone che vi sono impegnate. Così, ogni tanto, qualcuno non ce la fa più e chiede il cambio: a quel punto tutto il gruppo si accorge di quanto egli facesse e della difficoltà di coprire il vuoto che lascia.

Questa volta a chiedere il cambio è stato Salvatore Vassallo, ormai oberato dagli accresciuti impegni accademici e scientifici. Per noi non è una perdita da poco. Nei cinque anni che è stato nella redazione, Salvatore ha letteralmente fatto la Rivista, portandovi quelle doti di costanza, serietà ed efficienza che colpiscono chiunque lo conosca. A lui quindi va l'affettuoso e grato saluto di tutta la redazione della Rivista: a noi resta il compito di provvedere a tappare i vuoti che lascia. Il che comporterà un mutamento totale dei ruoli che vi vengono svolti e l'immissione di forze fresche. Speriamo di farcela e soprattutto di mantenere l'apporto scientifico preziosissimo che Vassallo ha garantito in tutti questi anni.

La riforma del Titolo V – IV Parte

Funzione legislativa ed anarcofederalismo

di Pietro Ciarlo

Sommario

1. *Concorso sostanziale versus competenza legislativa esclusiva.* – 2. *Anarcofederalismi.* – 3. *Prove di federalismo corporativo.*

1. *Concorso sostanziale versus competenza legislativa esclusiva*

Una delle osservazioni più interessanti relative all'interpretazione dell'art. 117 della Costituzione è stata quella proposta da Leopoldo Elia, secondo cui, con riferimento al riparto delle competenze legislative, il termine "esclusivo" non coincide con il termine "completo": la capacità di convincere di questa affermazione risalta con ogni evidenza se pensiamo alla costante ed estesa sovrapposizione esistente tra fonti comunitarie, fonti statali e fonti regionali. Ad esempio, se è vero che l'art. 117 attribuisce allo Stato la competenza esclusiva in materia di moneta, tale competenza non può certo essere considerata completa, anzi dinanzi al diritto europeo essa appare un mero *flatus vocis*. Non è un caso se ormai è divenuta di uso comune l'espressione: "materie comunitarizzate". Peraltro, anche su ulteriori versanti tradizionalmente riservati al domino esclusivo e completo della legge statale, come il diritto penale, il fenomeno è agli inizi, ma sicuramente in crescita.

Un concorso sostanziale nelle materie qualificate di potestà esclusiva dello Stato si verifica anche da parte regionale, si pensi ad esempio dalla materia "tutela dell'ambiente". È evidente che questa materia non potrà mai essere adeguatamente disciplinata dallo Stato, se non verrà considerato il concorrere sostanziale di potestà regionali come quelle relative al governo del territorio, ai porti, agli aeroporti, all'urbanistica. Va d'altra

parte ricordato che tali intersezioni, in alcuni casi, sono presupposte, o se si vuole “imposte”, dalla stessa norma costituzionale: si pensi al diritto alla salute. La gestione della sanità ormai è regionale, ma è la stessa Costituzione, stabilendo che spetta allo Stato la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, a presupporre un concorso sostanziale.

Discorsi analoghi possono farsi per la competenza esclusiva delle Regioni. La parola “urbanistica” non è nominata espressamente dall’art. 117 della Costituzione, eppure è difficile affermare che il suo esercizio spetti in via completa alle Regioni, viste le innumerevoli “competenze” che contestualmente risiedono in capo all’Unione Europea, allo Stato o che sono da gestirsi in potestà concorrente.

Di fronte alla constatazione che competenza “esclusiva” non significa “competenza completa”, qualcuno ha suggerito di parlare, più che di materie in senso oggettivo, di materie di scopo, di materie teleologiche, di punti di vista e così via. Ma la conseguenza logica dei fenomeni descritti non può limitarsi all’elaborazione di nuove classificazioni: a partire dal concorso sostanziale che sussiste nelle diverse materie, bisogna prendere atto del carattere recessivo che vanno assumendo le stesse idee di materia e di potestà esclusiva a seguito della compenetrazione dei diversi interessi e dei diversi livelli di governo che insistono sui medesimi oggetti. Anche attraverso questi fenomeni si esprime la crisi dell’unicità del sistema delle fonti, e con essa della legge. L’ordinamento giuridico va, infatti, sempre più pluralizzandosi e i rapporti più significativi non si giocano più o solo tra i singoli atti fonte ma tra diversi sistemi normativi. Le fonti comunitarie, quelle statali, le regionali e infine le locali fanno sì che sul medesimo oggetto gravino normative appartenenti a sistemi normativi distinti o se si vuole a diversi circuiti di integrazione politica. Questo fenomeno di concorso sostanziale non appare reversibile o riducibile, anzi la tendenza sembra addirittura espansiva: bisogna prenderne atto ed iniziare a pensare il diritto costituzionale in un contesto di questo tipo.

Inoltre, l’idea di tipicità ed unicità della legge viene messa

in crisi perché la stessa legge assume capacità di regolare assolutamente diverse, in relazione ai rapporti che il sistema legislativo statale intrattiene con altri sistemi di fonti. Dove la normativa europea è molto dettagliata la legge ha una funzione di carattere esecutivo. Per altri versi, anche laddove la presenza regionale sia forte, la legge gode di una ridotta capacità di regolare, mentre ne conserva una, più ampia, di tipo tradizionale, solo nei casi in cui i poteri europei e regionali non siano particolarmente estesi. Dinanzi a queste diversificazioni sostanziali, continuare a riferirsi alla legge come ad una fonte sempre uguale a se stessa inizia ad apparire un inganno formalistico. Del resto quando verrà data attuazione all'art. 11 della legge costituzionale n. 3 del 2001, allora l'area dell'atipicità legislativa subirà una dirimente estensione. Se non si colgono adesso le mutazioni sostanziali già avvenute o che si vanno preparando nei termini di una progressiva estensione del concorso sostanziale e quindi di ulteriore erosione del carattere dell'esclusività e del criterio di competenza, ci troveremo impreparati dinanzi alle ulteriori evoluzioni, accentuando le difficoltà del costituzionalismo.

2. *Anarcofederalismi*

Il compenetrarsi, e dunque lo sfumare, delle competenze con il variare della funzionalità delle singole fonti, legge compresa, sta allargando lo scarto tra l'effettività e una sistematizzazione delle fonti improntata a un modello classico, riferito, appunto, all'esclusività e alla concorrenza della competenza.

L'interprete deve restare fedele al disposto costituzionale, ma deve anche formulare interpretazioni coerenti con le necessità dell'ordinamento, dei valori e degli interessi. È un lavoro molto complicato che non si chiude con una singola decisione, ma si completa giorno per giorno, trovandoci di fronte ad un processo complesso, denso di azioni e retroazioni. Proprio la metafora del "giorno per giorno" suscita, tuttavia, riflessioni preoccupanti, perché, pur ammettendo che da questa non si

possa sfuggire, è pur vero che il caso italiano rivela che “giorno per giorno” la funzione legislativa va costruendosi secondo modalità eccessivamente connotate da occasionalismo.

La riforma del Titolo V non riguarda solo le autonomie territoriali, con essa infatti è stata ridefinita per intero anche la funzione legislativa statale, ma per l'eccesso di occasionalismo cui si accennava, un nuovo federalismo sembra aggiungersi ai 497 tipi già catalogati: quello “impazzito”.

Si va affermando l'idea che per attuare il Titolo V ci voglia una “riforma della riforma”, che riduca l'area della competenza concorrente ed ampli quella delle potestà esclusive, statali e regionali. Una simile concezione sembra ispirata ad un modello del tutto astratto di federalismo, ponendosi in contrasto con l'assetto – per così dire – naturale del governo multilivello che vive, viceversa, del concorso sostanziale di normazioni provenienti da differenti circuiti di integrazione politica. Ipotesi di questo tipo propongono una semplificazione impossibile e probabilmente ottengono il risultato esattamente opposto a quello che si propongono. Infatti, la pretesa di distinguere nettamente le competenze pone, inevitabilmente, le basi di una conflittualità tra centro e periferia destinata a scaricarsi sul giudice amministrativo e sulla Corte costituzionale.

Il rapporto tra legislazione statale e regionale, delineato nei termini di un concorso sostanziale, è eminentemente politico, dunque devono essere costruite le sedi per la mediazione e la decisione politica cercando, per tal via, di ridurre al minimo le aree del conflitto giurisdizionale. La soluzione giuridico-giurisdizionale deve essere concepita come l'estrema *ratio*. Viceversa, costruendo i rapporti sulla base di rigidi criteri competenziali si attribuisce al giudice amministrativo e alla Corte costituzionale un ruolo ordinariamente dirimente. Ma il nodo veramente decisivo è rappresentato dalla cultura politica sottostante. Nessun sistema federale può funzionare adeguatamente se si fomentano egoismi e conflittualità di tutti i tipi e ciascun soggetto dell'ordinamento si sente *legibus solutus*, detto in altri termini, autorizzato a fare quello che gli pare, sotto la spinta dei più diversi interessi. Questa sorta di anarco-federalismo porta

solo alla comune rovina. Bisogna riprendere sul serio e non solo a parole il filo della cooperazione interistituzionale, ma le prospettive non sono incoraggianti.

In questo senso un primo segnale negativo è costituito dalla vicenda della Cabina di regia istituita il 29 novembre 2001 per il monitoraggio dell'attuazione del Titolo V Cost. Secondo le originarie intenzioni tale organo doveva essere il luogo deputato a coordinare la produzione legislativa statale e regionale, eppure ha avuto scarsa fortuna al punto che adesso ha sostanzialmente cessato di funzionare. Le ragioni di tale fallimento sono sostanzialmente quattro. In primo luogo, si trattava di un organo troppo simile alla Conferenza Stato-Regioni tanto da apparire, per alcuni aspetti almeno, quasi un suo doppione. In secondo luogo il Governo ne ha rifiutato la logica più marcatamente codecisionale, infatti mentre nelle conferenze le autonomie sono chiamate ad esprimersi su proposte del Governo, alla base della Cabina di regia vi era l'idea che l'iniziativa dei provvedimenti, e dunque la determinazione dell'agenda, sarebbe potuta venire anche dalle Regioni. Un terzo motivo che ha favorito il declino di tale istituto, va rinvenuto nel fatto che esso ha incontrato l'avversione dei consigli regionali, i quali vi hanno visto un'ulteriore fattore di potenziamento degli esecutivi. Infine, al suo fallimento ha concorso anche l'opposizione degli enti locali che si erano sentiti emarginati.

La Cabina di regia è stata sostituita da un accordo interistituzionale, siglato il 9 maggio 2002, che appare il frutto di una contrattazione triangolare tra Stato, Regioni ed enti locali. In tale accordo si è ribadita la necessità di fare costante riferimento al principio di leale collaborazione per dare un assetto coerente alla legislazione scaturente dai diversi livelli di Governo. Tuttavia, tale documento ha il sapore dell'occasionalità. Infatti, trattandosi di un mero atto politico, privo di un sostanziale potere vincolante, esso appare poco più di una pietosa copertura al fallimento della Cabina di regia, forse il più interessante esperimento di cooperazione interistituzionale avviato dopo l'entrata in vigore del Titolo V.

Altri e più gravi segnali di un federalismo, privo di bussola,

o se vogliamo anarchizzante e corporativo, eccessivamente condizionato da interessi particolaristici, li possiamo cogliere, guardando ai concreti comportamenti dei vari protagonisti. Il Governo in tema di lavori pubblici si è comportato come se i poteri regionali e locali fossero del tutto marginali, se non inesistenti, ben sapendo che in questo modo avrebbe acuito la conflittualità, poi effettivamente sfociata in numerose impugnative innanzi alla Corte costituzionale. Dal canto suo, a dispetto del principio della continuità dell'ordinamento, fatto proprio anche dal disegno di legge governativo A.S. 1545 (cd. "La Loggia", comunicato il 26 giugno 2002), il Ministro dell'Ambiente ha ignorato le Regioni, non applicando la legislazione statale da ritenersi tuttora vigente per la nomina dei preposti ai parchi nazionali. Ma le Regioni, tra le prime Toscana e Campania, hanno immediatamente fatto ricorso al giudice amministrativo.

L'elencazione di casi nei quali il Governo ha proceduto in aperto, e quindi bisogna credere, consapevole contrasto con l'ordinamento potrebbe continuare. In questo clima in cui ognuno fa per sé, alcune Regioni non sono state da meno, emblematica è la cosiddetta "tassa sul tubo". La Regione Sicilia con la finanziaria 2002 (l.r. 2/2002) ha ritenuto opportuno introdurre un tributo, che essa ha pudicamente definito ambientale, ma che si configura come un vero e proprio dazio. La Regione Sicilia pretende un risarcimento, così il pudore le consiglia di denominare il dazio, a carico di tutti i possessori di grandi metanodotti per i danni prodotti dall'attraversamento dei suoi territori: si tratta di quasi 130 milioni di euro l'anno, in pratica a carico solo della SNAM Rete Gas che ovviamente non potrà non rivalersi sul prezzo del metano importato dall'Algeria. La pensata è furbissima perché il tentativo è quello di far pagare un tributo deliberato dalla Sicilia a tutti gli italiani, aggirando la responsabilità politica nei confronti dei propri elettori. Nonostante la palese illegittimità della normativa in discorso il Commissario dello Stato non ha ritenuto di impugnarla, né risulta che il Governo abbia voluto assumere iniziative in proposito. Tempestivamente la Regione Friuli-Venezia Giulia ha operato un tentativo di emulazione: in Consiglio è in discussio-

ne una proposta analoga, che, oltre a prevede il dazio sul gas e i gasdotti, con l'occasione, mira ad estenderlo anche agli oleodotti (proposta di legge n. 262, iniziativa Forza Italia).

Le reazioni alla decisione della Regione Sicilia sono state notevoli. L'Autorità per l'energia ed il Gestore di rete hanno vivacemente protestato con la Regione ed il Governo. Anche dall'interno dell'esecutivo nazionale si sono levate voci estremamente critiche come quella del Ministro delle attività produttive, ma tutte hanno avuto scarsi esiti. Alla fine la reazione più efficace appare quella della SNAM che naturalmente ha deciso di impugnare il tutto dinanzi al giudice. Deboli le argomentazioni della Regione siciliana che ha lamentato i danni ambientali prodotti al suo territorio con l'insediamento di attività industriali che, a suo dire, non produrrebbero introiti per le casse regionali. A parte il fatto che tali insediamenti a suo tempo furono auspicati anche dalla Regione soprattutto per motivi occupazionali, è evidente che la considerazione di un'attività può cambiare nel corso del tempo, ma ciò non può comportare una sorta di vendetta postuma: bisognerebbe chiedersi ad esempio come oggi la Calabria debba considerare la ferrovia che corre lungo le sue coste, dividendola dal mare. E comunque non è un fuor d'opera ricordare che questa ferrovia collega la Sicilia al resto del mondo. I problemi vanno affrontati con il metodo e gli strumenti idonei, non inventandosi scorciatoie che riportano indietro l'orologio della storia. Viceversa, la Regione Sicilia e il Governo che ha lasciato passare la sua legge farebbero meglio a spiegare perché sono ancora inutilizzati i fondi destinati alla bonifica delle aree industriali di Priolo, Gela e Milazzo. Come spesso accade l'incapacità operativa si accompagna ad un eccesso di fantasia.

Siamo dinanzi alla scoperta del secolo: come operare la raccolta fiscale senza farla gravare sui propri elettori e, dunque, non assumerne la responsabilità politica. Non a caso numerose Regioni ed enti locali stanno pensando a tasse di soggiorno e a pedaggi di vario tipo, tutti a carico del viandante. Peraltro con l'ulteriore aggravante di spingere verso un indiscriminato indebolimento del principio di legalità.

In molti dei casi in discorso gli interessi colpiti hanno intrapreso la via giudiziaria, come ha fatto la SNAM. Ma oltre l'ovvia considerazione che i conflitti andrebbero prevenuti piuttosto che decisi a valle dal giudice, bisogna anche sottolineare che la via giudiziaria spesso si mostra inadatta a garantire e ripristinare la coerenza del sistema, in quanto in numerose fattispecie la parcellizzazione dei soggetti colpiti, si pensi alle tasse di soggiorno, la rende di improbabile attivazione.

Troppi soggetti dell'ordinamento stanno optando per una sorta di federalismo fai da te: speriamo che l'anarchia feudale resti soltanto una lontana temperie della storia.

3. *Prove di federalismo corporativo*

Le perniciose caratterizzazioni che il nostro processo federale è andato assumendo stanno creando un ambiente ostile alla considerazione aggregata e generale degli interessi: di questo andamento risentono pesantemente le istituzioni regionali.

I Consigli regionali si stanno proponendo come soggetti autonomi, distinti e contrapposti agli esecutivi regionali, innescando pericolose tensioni interne allo stesso sistema regionale. Il 6 giugno 2002 i consiglieri regionali si sono recati dal Presidente Ciampi a denunciare il funzionamento del circuito Governo-esecutivi regionali, che li esproprierebbe di fatto della funzione normativa. Tale denuncia ha un fondamento di verità, ma va altresì considerato che i Consigli stessi non brillano per efficienza e produttività legislativa: se è quindi vero che i rapporti intessuti tra Governo ed esecutivi regionali emarginano i Consigli regionali, è anche vero che questi ultimi non hanno percepito di essere divenuti, con la revisione del Titolo V, dei veri grandi regolatori sociali.

Molti consiglieri regionali affermano che l'attuale forma di Governo sarebbe antidemocratica, stabilendo il dominio del presidente. A ciò si può facilmente obiettare che la democraticità di un istituto deve essere valutata considerando l'insieme delle relazioni sistemiche in cui si inserisce. Se si ha una visio-

ne angusta, corpuscolare e parcellizzata delle istituzioni qualsiasi momento decisionale può essere percepito o peggio rappresentato come antidemocratico. D'altra parte per il livello regionale di governo non possono essere riproposte, argomentazioni spesso utilizzate in riferimento a quello nazionale in quanto le competenze legislative delle Regioni non investono alcune materie particolarmente sensibili come quelle che coinvolgono le libertà. La verità è che i consiglieri, ossessionati dall'aspirazione a fare amministrazione attiva, vorrebbero ripristinare la situazione precedente nella quale potevano giovare del ricatto fiduciario per influire surrettiziamente sull'operato dell'esecutivo e per nutrire la permanente aspirazione a divenire assessori. Oggi tutto questo non è più possibile: coltivando improbabili frustrazioni, essi sono distolti dalla funzione legislativa, procurando danni a se stessi e all'istituzione.

I consiglieri regionali dovrebbero essere consapevoli che in politica come nelle istituzioni gli spazi lasciati vuoti vengono sempre in qualche modo colmati da altri: la Regione in virtù dei suoi nuovi poteri è un vero grande regolatore sociale al pari dell'Unione Europea e dello Stato, il bilanciamento al potere del Presidente deve venire da un adeguato esercizio del potere legislativo che fonda e limita ogni manifestazione di autorità amministrativa, anche di carattere normativo. In questa fase di lunga transizione del nostro ordinamento non è superfluo ribadire la centralità del principio di legalità. Tra l'altro un Presidente eletto direttamente, soprattutto nelle Regioni meridionali, può servire a ridurre quel *deficit* di legittimazione delle istituzioni regionali che è uno dei grandi difetti della nostra storia. Tuttavia, non bisogna ripetere gli errori commessi a livello nazionale dove un Governo forte è ormai contrapposto ad un Parlamento troppo debole. Il vero problema è quello di costruire un Consiglio forte, che esercitando adeguatamente il suo potere legislativo, faccia da stimolo e da bilanciamento all'esecutivo. A tutti i livelli dell'ordinamento, statale, regionale, locale sono auspicabili esecutivi forti ed assemblee elettive forti: è dal gioco dei reciproci equilibri che si configura un sistema nel suo complesso bilanciato ed efficiente.

La forma di governo attualmente vigente nelle Regioni non è neo-parlamentare, come alcuni formalisticamente affermano, infatti la posizione del Presidente della Giunta è stabilizzata dalla clausola del *simul stabunt simul cadent* rispetto al Consiglio, per cui ben difficilmente quest'ultimo voterà la sfiducia decretando il proprio auto-scioglimento. Per quanto riguarda la forma di governo si possono ipotizzare molte varianti, ma la sostanza dell'assetto attuale dovrebbe essere tenuto fermo: il Presidente deve essere eletto a suffragio universale diretto per la legislatura.

Quando si parla di nuovi statuti le questioni dell'organizzazione e della forma di governo appaiono importanti ed attraenti, ma bisogna evitare che esse diventino autoreferenziali, una questione puramente interna alla classe politica, ma c'è di più.

Il distorto accentramento di potere che si sta realizzando a livello nazionale trova un bilanciamento non trascurabile nel sistema delle autonomie territoriali, che però, per essere un argine effettivo al dilagare dell'esecutivo nazionale, deve fondarsi su poteri locali e regionali adeguatamente organizzati. La dialettica che oggi si instaura tra Governo e Regioni è possibile perché le Regioni hanno amministrazioni forti sia dal punto di vista politico che istituzionale. Non c'è Presidente di Regione che possa competere con il Governo se non è un Presidente eletto per l'intera legislatura. È il plusvalore politico dato dall'elezione diretta e dalla stabilità che consente a Presidenti dello stesso colore politico del Governo di riequilibrare anch'essi, in qualche modo, l'accentramento di potere cui si assiste a livello nazionale.

Se solide argomentazioni sistematiche spingono a tenere ferma l'elezione diretta del Presidente, nel seno dei Consigli regionali le spinte corporative vanno facendosi sempre più marcate, cosicché il ripristino della forma di governo parlamentare che sino a poc'anzi sembrava un'ipotesi del tutto improbabile inizia a prendere corpo. In questo senso particolarmente istruttiva appare la vicenda della Regione Friuli che, con la legge statutaria n. 137 del 2002, ha ripristinato la forma di

governo parlamentare. Tuttavia, su tale legge con una rapidissima raccolta di firme è stato immediatamente richiesto il *referendum*. Questo andamento delle cose sembrerebbe confermare la preferenza che l'opinione pubblica ha nutrito sinora per l'elezione diretta. L'esito del *referendum* friulano, per l'effetto imitativo capace di generare, acquisterà un peso determinante ai fini delle scelte che le diverse Regioni si avviano a compiere nella redazione dei rispettivi statuti, ma qui interessa sottolineare un altro aspetto. L'elezione diretta del Presidente per l'intera legislatura regionale appare la soluzione preferibile da molti punti di vista: da quello ordinamentale generale contribuendo al bilanciamento dei poteri, da quello funzionale garantendo la stabilità degli esecutivi regionali e quindi creando il presupposto necessario per la loro efficienza, infine, ma non per ultimo, sembra intercettare il senso comune della maggioranza dell'opinione pubblica. Eppure, nonostante il concorso di questi elementi favorevoli, nei Consigli regionali si vanno formando degli schieramenti contrari, trasversali dal punto di vista politico. Non a caso in Friuli la citata legge statutaria è stata approvata con il voto favorevole della maggioranza di centro-destra e di Rifondazione comunista. Per dirla in chiaro, questo fenomeno trova il suo fondamento in una posizione corporativa di troppi consiglieri regionali che a dispetto di ogni argomentazione, vogliono affermare in forme distorte il proprio protagonismo.

Credo che il riassetto dei rapporti tra centro e periferia abbia uno dei suoi principali punti deboli nell'inefficienza e nel corporativismo di numerosi Consigli regionali.

Probabilmente non è un caso se la fase statutaria non appare sorretta da una adeguata tensione culturale e politica, tuttavia forse qualcosa sta cambiando: il confronto con i problemi concreti del territorialismo sta dissipando la nebbia demagogica che ha offuscato il nascere del processo federale in Italia.

La fase di incertezza che il nostro ordinamento sta attraversando mette in crisi l'idea stessa di diritto costituzionale in quanto diritto di grado superiore, capace di organizzare l'ordinamento sulla base di principi certi. Sicuramente, con il

passare del tempo, il diritto vivente troverà il proprio *ubi consistam*. Ma è altresì vero che in un momento storico come quello attuale al costituzionalista sono richieste idee nuove, piuttosto che sottili interpretazioni o un atteggiamento acquiescente di fronte a ciò che l'effettività va proponendo: solo con una attiva assunzione di responsabilità scientifica è possibile dare un contributo fattivo alla formazione di nuovi assetti istituzionali conformi ai principi del costituzionalismo. Diversamente, il fariseismo autoreferenziale porterà a una definitiva recessione della cultura di diritto costituzionale. Credo sia giunto il momento di esprimersi senza eccessi di prudenza.

È ora che i costituzionalisti diano un contributo più deciso affinché il costituzionalismo non sia definitivamente tradito.

Il controllo di costituzionalità sugli statuti regionali Le lacune del legislatore e la supplenza della Corte costituzionale

di Andrea Cardone ()*

Sommario

1. *La riforma dell'art. 123 Cost. ed il "problema aperto" del controllo di costituzionalità sugli statuti delle Regioni ordinarie.* – **2.** *Le diverse opzioni interpretative ed il vaglio della dottrina: gli argomenti a favore del carattere preventivo del controllo di costituzionalità.* – **2.1.** *(segue): Gli argomenti a favore del carattere successivo del controllo.* – **3.** *L'intervento della Corte costituzionale con la sentenza n. 304 del 2002: la vicenda ed il merito.* – **3.1.** *(segue): La natura preventiva del sindacato di costituzionalità e le sue ragioni sistematiche.* – **3.2.** *(segue): Le ragioni esegetiche e logico-topografiche.* – **4.** *I problemi lasciati insoluti dalla pronuncia della Corte e le possibili soluzioni.* – **5.** *Considerazioni conclusive.*

1. La riforma dell'art. 123 Cost. ed il "problema aperto" del controllo di costituzionalità sugli statuti delle Regioni ordinarie

Com'è noto, fin dall'entrata in vigore della legge cost. 11 novembre 1999, n. 1, uno dei nodi maggiormente problematici nella ricostruzione della novellata autonomia statutaria delle Regioni cosiddette "ordinarie" è subito apparso quello relativo al controllo di costituzionalità dello statuto a seguito dell'impugnazione governativa ⁽¹⁾.

(*) Dedico queste poche pagine alla memoria del mio amico Pierluigi Caforio.

(1) Per un'analisi complessiva che dia conto, preliminarmente, delle varie questioni ermeneutiche e delle diverse opzioni interpretative vedi A. D'ATENA, *La nuova autonomia statutaria delle Regioni*, in *Rass. Parl.*, 2000, n. 3, p. 610 ss.; Q. CAMERLENGO, *Le fonti del diritto regionale in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 33 e ss.; R. TOSI, *Incertezze e ambiguità della nuova autonomia statutaria*, in *Le Regioni*, 1999, n. 5, p. 848 ss.; A. SPADARO, *Il limite costituzionale dell'"armonia con la Costituzione" e*

In particolare, le principali incertezze si sono appuntate sul carattere preventivo o successivo di tale controllo e ciò fondamentalmente a causa della laconicità e dell'ambiguità della formulazione normativa utilizzata dal legislatore della revisione costituzionale. Il nuovo testo dell'art. 123 Cost., infatti, si limita a prevedere, al secondo comma, che "il Governo della Repubblica può promuovere la questione di legittimità costituzionale sugli statuti regionali davanti alla Corte costituzionale entro trenta giorni dalla loro pubblicazione" ed al terzo ed ultimo comma che "lo statuto è sottoposto a *referendum* popolare qualora entro tre mesi dalla sua pubblicazione ne faccia richiesta un cinquantesimo degli elettori della Regione o un quinto dei componenti il Consiglio regionale". L'adozione di una siffatta formulazione letterale non poteva non lasciare dubbi in ordine alla determinazione del momento a partire dal quale decorre il termine di trenta giorni per la proposizione dell'impugnazione governativa.

Se, infatti, nessuna incertezza sembra potersi prospettare sulla circostanza che la pubblicazione di cui al terzo comma ha carattere meramente notiziale, come dimostra inequivocamente il fatto che la promulgazione dello statuto potrà regolarmente compiersi (aprendo la via alla pubblicazione necessaria, preordinata all'entrata in vigore) allo spirare dei tre mesi, nel caso in cui i soggetti legittimati non abbiano richiesto la consultazione popolare (o in caso di esito positivo della stessa) ⁽²⁾, altrettanto non può dirsi in relazione alla pubblicazione che determina il decorso del termine per la proposizione della questione di legittimità costituzionale della deliberazione statutaria, giacché non è chiaro se anch'essa abbia carattere notiziale oppure se il testo costituzionale intenda fare riferimento alla pubblicazione successiva alla promulgazione. Unico dato certo sembra essere, dunque, che lo statuto, analogamente alle leggi costituzionali approvate a

i rapporti fra lo statuto e le altre fonti del diritto, in *Le Regioni*, 2001, n. 3, p. 481 ss.; A.M. POGGI, *L'autonomia statutaria delle Regioni*, in T. GROPPI-M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie: Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 65-66.

(2) Cfr. A. D'ATENA, *La nuova autonomia statutaria delle Regioni*, cit., p. 610; Q. CAMERLENGO, *Le fonti del diritto regionale in trasformazione*, cit., p. 33.

maggioranza assoluta ⁽³⁾, è destinato ad una doppia pubblicazione: una prima immediatamente dopo la seconda deliberazione consiliare ai fini del decorso del termine per la proposizione del *referendum* ed una seconda, successiva alla promulgazione, ai fini dell'entrata in vigore dello statuto ⁽⁴⁾. La lettera dell'art. 123 Cost. non offre ulteriori appigli al riparo dai dubbi dell'interpretazione.

Pare opportuno sottolineare come il problema ermeneutico lasciato irrisolto dal legislatore investa la stessa natura del controllo di costituzionalità sugli statuti poiché, con tutta evidenza, dalla qualificazione (come notiziale o necessaria) della pubblicazione prevista dal secondo comma dell'art. 123 Cost., deriva il riconoscimento o meno della collocazione infraprocedimentale dell'impugnazione governativa, la quale, a sua volta, incide direttamente e pesantemente sulla stessa fisionomia della nuova autonomia statutaria. È chiaro, infatti, che affermare che il controllo di costituzionalità della Corte ha ad oggetto uno statuto perfettamente formato ed entrato in vigore significa ridurre notevolmente il peso dell'impugnazione governativa, laddove, invece, ammettere che il sindacato sull'"armonia con la Costituzione" ha carattere preventivo (perché la pubblicazione che fa decorrere il termine per l'impugnazione ha natura meramente notiziale) vuol dire riconoscere un più incisivo ruolo della Corte costituzionale nella definizione dei nuovi assetti del sistema delle autonomie.

(3) Sui punti di contatto tra il procedimento di formazione degli statuti regionali e l'*iter* formativo previsto per le leggi costituzionali dall'art. 138 Cost., vedi A. RUGGERI, *In tema di elezione diretta dei Presidenti regionali e di altri profili attinenti all'organizzazione regionale (prime notazioni)*, in *Le Regioni*, 1999, n.6, p. 1067 ss.

(4) Per la verità deve essere osservato come sia stata anche prospettata in dottrina l'ipotesi che la deliberazione statutaria sia soggetta non a due ma a tre pubblicazioni: una prima notiziale, a partire dalla quale decorre il termine per la proposizione del ricorso governativo; una seconda, anch'essa notiziale, che fa decorrere il termine per la richiesta della consultazione referendaria; una terza necessaria, successiva alla promulgazione, con funzione integrativa dell'efficacia. Cfr. A. D'ATENA, *La nuova autonomia statutaria delle Regioni*, cit., p. 613; U. DE SIERVO, *Il sistema delle fonti*, in *Le Regioni*, 2000, n. 3/4, p. 596, i quali avanzano quest'ipotesi nel tentativo di risolvere i problemi di coordinamento tra il controllo di costituzionalità e il *referendum* popolare. Sul punto vedi *infra*, paragrafi 2. e 4.

Su questi ed altri profili è intervenuta, colmando la lacuna lasciata dal legislatore della legge cost. n. 1 del 1999, la stessa Consulta con la sent. n. 304 del 3 luglio 2002 ⁽⁵⁾. Per poter cogliere l'esatta incidenza della pronuncia della Corte e, di conseguenza, comprendere come concretamente si atteggerà il controllo di costituzionalità sugli statuti regionali, è necessario osservare che la questione di interpretazione evidenziata ha dato luogo ad un vero e proprio nodo gorgiano, com'è testimoniato, oltre che dalle rilevanti implicazioni sul sistema delle autonomie territoriali cui si è accennato, anche dalla circostanza che numerosi sono gli argomenti a favore e contro le diverse opzioni ermeneutiche che astrattamente la lettera dell'art. 123 Cost. sembra autorizzare. Ed è proprio per tale motivo che, preliminarmente, pare opportuno indirizzare la riflessione in questa direzione.

2. Le diverse opzioni interpretative ed il vaglio della dottrina: gli argomenti a favore del carattere preventivo del controllo di costituzionalità

Una prima possibile soluzione del problema relativo alla natura della pubblicazione prevista dal secondo comma del novellato art. 123 Cost., è quella di ritenere che l'espressione venga usata dal legislatore con riferimento ad una forma di pubblicità non necessaria, ancorché giuridicamente rilevante ai fini del decorso del termine per la proposizione del ricorso governativo. In sintesi, i motivi che avvalorano la tesi della natura preventiva del controllo di costituzionalità sugli statuti sono i seguenti.

In primo luogo, in favore di questa soluzione potrebbe invocarsi la circostanza che il ricorso al termine pubblicazione, per ben due volte nel contesto del medesimo articolo della Costitu-

(5) Corte cost., sent. n. 304 del 2002, in *G.U.*, n. 27 del 10 luglio 2002. La Corte è così arrivata "prima" rispetto allo stesso legislatore, nonostante un nuovo intervento normativo sia stato più volte indicato dalla dottrina come la soluzione preferibile. Vedi per tutti E. LAMARQUE, *Il problematico procedimento di formazione degli statuti regionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2000, n. 3, p. 639.

zione, e per di più senza l'aggiunta di eventuali aggettivazioni o specificazioni, induce a ritenere che esso sia effettuato in un'unica accezione, che nel caso di specie non potrebbe che essere quella della pubblicazione notiziale o non necessaria, atteso che senza dubbio questa è la natura della forma di pubblicità preordinata al decorso del termine per la richiesta della consultazione referendaria ⁽⁶⁾. Analogamente al *referendum*, dunque, anche il controllo di costituzionalità avrebbe carattere preventivo e precederebbe l'entrata in vigore dello statuto.

In secondo luogo, è stato osservato che il carattere preventivo del controllo di costituzionalità può desumersi anche dalla stessa topografia dell'art. 123 Cost., nella misura in cui si consideri significativo il fatto che il legislatore ha disciplinato il ricorso governativo al secondo comma, subito dopo aver menzionato la necessità della doppia deliberazione assembleare, mentre ha previsto il *referendum* nel terzo ed ultimo comma, come se si trattasse di un istituto "di chiusura" del procedimento di formazione degli statuti ⁽⁷⁾. Il ricorso del Governo sarebbe, dunque, preventivo perché anteriore al *referendum* che, di sicuro, precede l'entrata in vigore dell'atto.

Un ulteriore argomento, per assurdo, a sostegno della tesi in esame è quello che poggia sulle conseguenze, giudicate inammissibili, che deriverebbero dal riconoscimento del carattere successivo del controllo di costituzionalità e dalla sua collocazione in un momento successivo alla consultazione referendaria. È stato, infatti, sostenuto che consentire l'accesso allo strumento referendario prima del decorso del termine per la proposizione del ricorso alla Corte, o prima della conclusione del giudizio di legittimità costituzionale e dell'eventuale integrazione del testo dichiarato parzialmente illegittimo da parte del Consiglio regionale, sarebbe "inopportuno, se non giuridicamente impossibile" per l'eventualità che la Corte si trovi a sovrapporre la propria declaratoria di illegittimità costituzionale ad una pronuncia adesiva del corpo elettorale, alterando così i delicati equilibri che

(6) Vedi A. D'ATENA, *La nuova autonomia statutaria delle Regioni*, cit., p. 611.

(7) Vedi R. TOSI, *I nuovi statuti delle Regioni ordinarie: procedimento e limiti*, in *Le Regioni*, 1999, n. 5, p. 531; U. DE SIERVO, *Il sistema delle fonti*, cit., p. 596.

presiedono al circuito attraverso cui si struttura la stessa forma di governo⁽⁸⁾. Né la dottrina in questione considera “tranquillizzante” la circostanza che un’eventualità simile sia già contemplata dall’ordinamento nel caso delle leggi costituzionali, poiché le due vicende di revisione, statutaria e costituzionale, non vengono considerate assimilabili, a causa della diversa probabilità statistica che si dia luogo al controllo di costituzionalità (sicuramente maggiore nel caso degli statuti) e alla differente “drammaticità istituzionale” del dubbio di legittimità costituzionale (maggiore, stavolta, nel caso delle leggi di revisione *ex art.* 138 Cost.)⁽⁹⁾.

Qualche indicazione supplementare, sempre nella medesima direzione, è stata anche tratta⁽¹⁰⁾ dai lavori preparatori della legge costituzionale n. 1 del 1999. In particolare, è stato evidenziato come alla Camera dei deputati sia stato presentato un emendamento (successivamente ritirato) che prevedeva la sospensione del procedimento referendario in caso di proposizione del ricorso governativo, dando luogo ad un dibattito che, evidentemente, presupponeva che il controllo della Corte costituzionale dovesse avere luogo prima del *referendum* e, quindi, prima dell’entrata in vigore dello statuto. Ancora, deve essere notato come la previsione del ricorso governativo, assente nei progetti di legge iniziali e nel testo redatto dal Comitato ristretto, è stata introdotta a seguito dell’approvazione di un emendamento pre-

(8) Così U. DE SIERVO, *Il sistema delle fonti*, cit., p. 596; ID., *I nuovi statuti nel sistema delle fonti*, in A. FERRARA (a cura di), *Verso una fase costituente delle Regioni?*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 100 ss.; R. TOSI, *I nuovi statuti delle Regioni ordinarie: procedimento e limiti*, cit., p. 534.

(9) Vedi R. TOSI, *Le leggi “statutarie” delle Regioni ordinarie e speciali: problemi di competenza e di procedimento*, in A. RUGGERI-G. SILVESTRI (a cura di), *Le fonti del diritto regionale alla ricerca di una nuova identità*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 71-72.

(10) Per un’accurata analisi delle indicazioni a favore della natura preventiva del sindacato di costituzionalità rinvenibili nei lavori parlamentari, vedi M. CARLI, *L’autonomia statutaria*, in *Commentario alle leggi costituzionali nn. 1/99 e 2/2001-Commentario alla Costituzione* (a cura di BRANCA-PIZZORUSSO), Roma-Bologna, in corso di pubblicazione. Vedi anche R. TOSI, *I nuovi statuti delle Regioni ordinarie: procedimento e limiti*, cit., p. 531, la quale ha cura di sottolineare come il dato emergente dai lavori parlamentari ha carattere “non univoco”, essendo possibile rinvenire, soprattutto nel dibattito al Senato, interventi che si riferivano al giudizio di legittimità considerandolo successivo rispetto alla eventuale consultazione referendaria.

sentato, sempre alla Camera, dal relatore Soda, il quale, dopo la votazione, ha precisato che la disciplina della sospensione del procedimento referendario restava affidata alla legge ordinaria: il che ha rappresentato il motivo per cui è stato ritirato l'emendamento di cui si è detto, ad ulteriore conferma che i lavori si siano effettivamente indirizzati nel senso del ricorso preventivo.

Vale la pena, infine, di ricordare come con la riforma del Titolo V, Parte II della Costituzione operata dalla legge cost. n. 3 del 2001, sia venuto meno l'ulteriore argomento a favore del carattere preventivo del controllo di costituzionalità che riposava sull'analogia formale tra statuto e legge regionale. Subito dopo l'entrata in vigore della legge cost. n. 1 del 1999, infatti, a sostegno della natura infraprocedimentale del ricorso governativo era stato addotto che lo statuto, sulla base del nuovo art. 123 Cost., viene adottato con la legge regionale e che il vaglio di legittimità costituzionale delle leggi regionali ha carattere preventivo, precedendo e condizionando l'entrata in vigore delle stesse. La riforma dell'art. 127 Cost. ha, oggi, mutato in successivo il controllo di costituzionalità degli atti normativi primari della Regione, con la conseguenza che nessuna utile argomentazione può più essere tratta dal riferimento alla qualificazione formale dello statuto come legge, ancorché atipica e rinforzata ⁽¹¹⁾.

(11) L'osservazione è presente in R. TOSI, *Le leggi "statutarie" delle Regioni ordinarie e speciali: problemi di competenza e di procedimento*, cit., p. 70. Contro la praticabilità di questo argomento, indipendentemente dalla intervenuta revisione costituzionale del Titolo V, Parte II, vedi A. RUGGERI, *Nota minima in tema di statuti regionali (con particolare riguardo al piano dei controlli governativi), alla luce della riforma costituzionale del 1999*, in *Id.*, *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti IV: studi degli anni 1999-2000*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 344 e ss., secondo cui "nessun punto di contatto – né per l'aspetto formale, al di fuori del *nomen* di legge regionale [...], né per quello sostanziale – si ha tra statuti e ordinarie leggi regionali". L'autore individua, infatti, sei elementi che creano tra le fonti in esame uno "stacco" tale da rendere impossibile qualsiasi argomentazione di tipo analogico: 1. la competenza materiale riservata ed il contenuto conseguentemente tipizzato dello statuto; 2. il limite esclusivo dell'"armonia con la Costituzione"; 3. la procedura "paracostituzionale" adottata in occasione dell'approvazione degli statuti; 4. l'esplicita soppressione, per lo statuto, del visto del Commissario del Governo sulle leggi comuni (argomento oggi venuto meno a seguito della revisione costituzionale dell'art. 127); 5. la sottoponibilità dello statuto "ad un *referendum* che ne precede la promulgazione, diversamente dai *referendum* che possono

2.1. (segue) *Gli argomenti a favore del carattere successivo del controllo*

Di solidità non minore sono subito apparse anche le basi argomentative su cui si regge l'opposta tesi secondo cui il ricorso governativo andrebbe proposto in un momento successivo al perfezionamento ed all'entrata in vigore dello statuto⁽¹²⁾.

In prima istanza, a sostegno di questa alternativa gioca la constatazione che, come avveniva sulla base del principio ricavabile dal vecchio testo dell'art. 127 Cost. e dalle corrispondenti norme di attuazione degli statuti speciali⁽¹³⁾, i controlli preventivi dello Stato sugli atti normativi della Regione sono, di regola, preceduti dalla trasmissione da parte di quest'ultima di tutti gli atti che al controllo sono sottoposti. Con la conseguenza che, laddove tale trasmissione non sia imposta al fine di "innescare" il controllo preventivo, il termine pubblicazione, utilizzato per individuare il momento a partire dal quale decorre il termine per

aversi sulle comuni leggi ordinarie"; 6. le modalità del controllo governativo sugli statuti, "comunque diverse da quelle minutamente descritte dall'art. 127" (argomento, anche questo, non più utilizzabile a seguito della l. cost. n. 3 del 2001). Sulla natura dello statuto quale legge regionale atipica e rinforzata, vedi T. GROPPI, *L'autonomia statutaria e la forma di governo delle Regioni ordinarie dopo la legge costituzionale n. 1/1999*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, n. 5, pp. 445-447; U. DE SIERVO, *Il sistema delle fonti*, cit., p. 594; R. TOSI, *Le leggi "statutarie" delle Regioni ordinarie e speciali: problemi di competenza e di procedimento*, cit., p. 44; E. DE MARCO, *Gli statuti regionali dopo il nuovo art. 123 della Costituzione e la loro collocazione nel sistema delle fonti*, in AA.VV., *I nuovi statuti delle Regioni*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 44; M. CARLI, cit., p. 57. Dubbi sulla riconducibilità dello statuto al tipo "legge regionale" sono, invece, avanzati da A. D'ATENA, *La nuova autonomia statutaria delle Regioni*, cit., p. 609; A. M. POGGI, *L'autonomia statutaria delle regioni*, cit., p. 67. T. MARTINES, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 146, invece, parlano dello statuto come di una "nuova" fonte del diritto.

(12) La tesi è stata sostenuta con forza da T. MARTINES, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto regionale*, cit., p. 148. Sulla possibilità di sposare quest'opzione interpretativa indipendentemente dal fatto che alcune Regioni procedano a dare attuazione in senso opposto all'art. 123 Cost., senza per questo incorrere nel ricorso governativo, non avendo tali scelte carattere vincolante, vedi N. ZANON, *Referendum e controllo di costituzionalità sugli Statuti Regionali: chi decide qual è la corretta lettura dell'art. 123 Cost.? (Note minime su una legge regionale che interpreta la Costituzione)*, in *Le Regioni*, 2000, n.6, p. 988 e ss.

(13) Vedi, ad es., l'art. 5 dello Statuto del Trentino Alto-Adige, l'art. 28 dello Statuto siciliano, l'art. 33 dello Statuto sardo.

la proposizione del ricorso, viene interpretato con riferimento alla pubblicazione necessaria, ove prevista, considerando, dunque, il sindacato di costituzionalità successivo rispetto al perfezionamento dell'atto sottoposto a controllo⁽¹⁴⁾.

Per sostenere il carattere successivo del controllo in esame sono state, inoltre, invocate ragioni di opportunità interne allo stesso procedimento di formazione degli statuti. Si è, cioè, notato come l'inserimento del sindacato di costituzionalità nel mezzo di una sì articolata e complessa vicenda politico-normativa si riveli un elemento "spurio"⁽¹⁵⁾, in grado di influire pesantemente sul conseguimento dell'obiettivo, venendo l'effettiva approvazione dello statuto ad essere condizionata non solo dall'esito del giudizio di costituzionalità, ma anche dalla capacità del processo politico di riprendere il suo cammino a seguito della traumatica interruzione determinata dal ricorso governativo preventivo.

Nella medesima direzione sembra orientare anche una riflessione sul ruolo della Corte costituzionale in seno al procedimento di formazione degli statuti. È stato, infatti, sottolineato come, dei due strumenti di controllo che l'art. 123 Cost. prevede (*referendum* popolare e sindacato di costituzionalità) è sicuramente il secondo ad offrire maggiori garanzie in ordine alla definizione delle controversie politico-istituzionali ed al raggiungimento dell'imprescindibile scopo di assicurare la certezza del diritto costituzionale⁽¹⁶⁾. Ed è in questa prospettiva, del resto, che sarebbe possibile anche superare l'obiezione posta da chi paventa

(14) Così A. D'ATENA, *La nuova autonomia statutaria delle Regioni*, cit., p. 611, il quale osserva che "questo modello trova applicazione con riferimento ai conflitti di attribuzione tra lo Stato e le Regioni (o tra le Regioni) ed all'impugnativa regionale di leggi statali o di leggi adottate da altre Regioni (artt. 39, comma 2, l. n. 87 del 1953; 2, l. cost. n. 1/1948)".

(15) L'espressione è di A. RUGGERI, *Nota minima in tema di statuti regionali (con particolare riguardo al piano dei controlli governativi), alla luce della riforma costituzionale del 1999*, cit., p. 348.

(16) Vedi A. RUGGERI, *ult. cit.*, p. 347, secondo cui "proprio per la sua natura di isola della ragione, la Corte da maggiore affidamento del corpo elettorale nel non farsi trascinare da umori contingenti, di poter insomma resistere e, se del caso, contrapporsi alla forza della politica, proprio in alcune delle sue più salienti ed espressive manifestazioni, quando appare deviante dal solco costituzionale".

il rischio che la proposizione del ricorso governativo dopo la consultazione referendaria possa pesare sui giudici della Corte, incrinandone la serenità e sollecitandoli a non contrapporsi al verdetto popolare⁽¹⁷⁾. La necessità di garantire alla Corte il suo ruolo di organo di chiusura dell'ordinamento darebbe, infatti, ragione della maggior opportunità di un *iter* caratterizzato da una pronuncia della Consulta a seguito della consultazione referendaria, piuttosto che di un procedimento contraddistinto da un *referendum* celebrato o celebrabile a ridosso della sentenza della Corte e che, presumibilmente, sarebbe minato, nella libertà d'espressione dei votanti, dall'esito del giudizio di costituzionalità e dalla sua autorevolezza (non è difficile immaginare che la pronuncia della Corte diverrebbe il principale argomento dei sostenitori dello statuto)⁽¹⁸⁾.

Deve, infine, darsi conto di uno degli argomenti maggiormente dibattuti tra quelli a sostegno della tesi in questione. Si tratta dell'analisi degli inconvenienti cui darebbe luogo l'opposta soluzione che riconosce al controllo di costituzionalità carattere preventivo. Tali inconvenienti sarebbero fondamentalmente due.

Il primo è relativo alla necessità di individuare, nel silenzio del legislatore, dei meccanismi in grado di coordinare i due "rimedi" previsti dall'art. 123 Cost. Se, infatti, dalla previsione di un termine più breve per la proposizione del ricorso alla Corte che per la richiesta di consultazione referendaria può desumersi

(17) Vedi nota n. 8.

(18) Sul punto vedi B. CARAVITA, "Caso Marche e problemi interpretativi della legge cost. 1/1999", in *Forum dei quaderni costituzionali*, secondo cui "non vi è nessun pericolo o contraddizione sistematica in una pronuncia della Corte costituzionale successiva alla promulgazione dello statuto (vi sono già stati casi di sentenze della Corte aventi ad oggetto norme *post-referendum*); e, ancora, nel nostro sistema di giustizia costituzionale, in cui la Corte interviene *post eventum* e non ha funzione (para)consultiva, la collocazione infraprocedimentale del controllo della Corte rappresenta, specie dopo l'abolizione del controllo preventivo sulle leggi regionali, una evidente deroga ed eccezione, che deve essere esplicitamente prevista e non già dedotta dalla collocazione delle disposizioni. Infine, non può non osservarsi che la collocazione infraprocedimentale del ricorso governativo coinvolge la Corte nel gioco politico ancora più pericolosamente di quanto avverrebbe facendola pronunciare dopo l'eventuale *referendum*, rendendola in tal modo addirittura arbitra dei tempi dell'approvazione degli statuti regionali".

un argomento a favore della tesi secondo cui il legislatore avrebbe inteso così assicurare la priorità temporale del controllo di costituzionalità, deve d'altro canto notarsi come a tale presunto intento non corrisponda il contenuto della disciplina positivamente dettata, la quale non prevede né che la proposizione del ricorso governativo sospenda il procedimento referendario, né che la Corte – preventivamente adita – debba decidere entro un determinato termine ⁽¹⁹⁾.

Il secondo inconveniente insito nella tesi del carattere preventivo del sindacato di costituzionalità è, poi, quello che deriva dalla possibilità, peraltro non remota, che la Corte adotti una declaratoria parziale di illegittimità costituzionale, lasciando “mutilato” il testo approvato dal Consiglio regionale. Tale eventualità renderebbe opportuno che lo stesso fosse messo in condizione di valutare se la pronuncia della Corte rende necessaria una revisione del testo; ciò naturalmente nel caso in cui la declaratoria non investa uno dei contenuti “costituzionalmente imposti” dello statuto, essendo altrimenti il nuovo intervento del Consiglio configurabile non in termini di mera opportunità ma di necessità ⁽²⁰⁾. Neppure di tale questione si è occupato il nuovo testo dell'art. 123 Cost. e, trattandosi di problema di non poco conto, la circostanza legittima ulteriormente il dubbio che non sia questa la prospettiva in cui si è mosso il legislatore della revisione costituzionale.

3. *L'intervento della Corte costituzionale con la sentenza n. 304 del 2002: la vicenda ed il merito*

Come si è detto, sul delicato tema della natura successiva o preventiva del controllo di conformità a Costituzione previsto a carico degli statuti regionali dal secondo comma dell'art. 123 Cost. si è di recente espressa la Corte costituzionale. La citata

(19) Sui possibili scenari che potrebbero realizzarsi nel silenzio del legislatore e sulle possibili soluzioni di questo problema, come si dirà lasciato aperto dalla sentenza della Corte, vedi *infra*, par. 4.

(20) Anche sul punto vedi *infra*, par. 4.

sentenza n. 304 del 2002 è stata pronunciata nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale della deliberazione statutaria adottata, in seconda votazione e conformemente a quanto previsto dal primo comma, dal Consiglio regionale della Regione Marche per dettare la "disciplina transitoria in attuazione dell'articolo 3 della legge costituzionale 22 novembre 1999, n.1".

Con la deliberazione statutaria in questione la Regione Marche ha regolato la sostituzione del Presidente della Giunta, eletto ai sensi della disposizione transitoria contenuta nell'art. 5 della legge costituzionale n. 1/1999, disponendo che: "1) a decorrere dall'entrata in vigore della presente legge statutaria nel caso di morte o impedimento permanente del Presidente della Giunta regionale, prima dell'approvazione del nuovo statuto regionale, il Vicepresidente nominato ai sensi dell'art. 5, comma 2, lett. a) della legge costituzionale 22 novembre 1999, n.1, subentra al Presidente nell'esercizio delle relative funzioni; 2) qualora il Vicepresidente sia stato nominato tra i componenti della Giunta estranei al Consiglio regionale, le funzioni di Presidente di cui al comma 1 sono esercitate dall'assessore in carica più anziano di età eletto consigliere regionale; 3) nel caso in cui lo statuto regionale non sia approvato entro la scadenza della vigente legislatura, le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 non si applicano oltre tale scadenza" ⁽²¹⁾.

Il Consiglio dei ministri ha deliberato di promuovere la questione di legittimità costituzionale della deliberazione statutaria in questione, eccependo, in estrema sintesi, quanto segue ⁽²²⁾:

1. lo statuto della Regione Marche è tutt'ora quello approvato con legge statale 22 maggio 1971, n. 345, fatte salve le modifiche conseguenti alla legge cost. n. 1 del 1999. Una deliberazione legislativa statutaria che non costituisce deliberazione

(21) Deliberazione statutaria n. 50 del 24 luglio 2001, pubblicata in *B.U.R.*, n. 91 del 9 agosto 2001.

(22) Il ricorso governativo è pubblicato in *G.U.*, n. 43 del 31 ottobre 2001. Vale la pena premettere, limitandosi a segnalarlo, che tra i motivi del ricorso governativo non è indicata la mancata adozione da parte del Consiglio regionale della legge sul *referendum* statutario, in mancanza della quale la forma di controllo popolare prevista dall'art. 123, ult. comma, Cost., non può concretamente realizzarsi.

- di un nuovo statuto, ma semplice integrazione allo statuto vigente, integrerebbe e modificherebbe la legge statale approvativa dello statuto, e così porrebbe in essere un insieme normativo statutario “misto”, cioè in parte costituito da una legge statale e in parte da una semplice legge regionale;
2. l’art. 123, commi 1 e 2, della Costituzione attribuisce al legislatore regionale la potestà di approvare “uno statuto” che deve però intendersi come statuto organico e completo, e poi eventualmente di modificarlo: non attribuisce la potestà di modificare mediante limitati interventi parziali il vigente statuto approvato con legge statale;
 3. la deliberazione in esame contrasta manifestamente con l’art. 122, ultimo comma, e con l’art. 126, terzo comma, Cost., nonché con l’art. 5, comma 2, lett. b) della legge cost. n. 1 del 1999, nella misura in cui, prevedendo la successione del Vicepresidente in caso di morte o impedimento permanente del Presidente, introduce un’inammissibile deroga alla regola della contestuale permanenza in carica di quest’ultimo e del Consiglio (*aut simul stabunt, aut simul cadent*).

Anche solo incidentalmente, vale la pena sottolineare come la Corte abbia ritenuto non accoglibili le censure prospettate dal Governo in merito all’ammissibilità delle modifiche statutarie parziali realizzate a mezzo di una fonte, la legge regionale atipica e rinforzata di cui all’art. 123, primo comma, Cost., diversa da quella (la legge delle Camere) originariamente approvativa dello statuto. Viceversa, fondato è stato considerato il terzo motivo di ricorso, relativo all’inammissibilità di deroghe alla regola *aut simul stabunt aut simul cadent* non accompagnate da revisioni della forma di governo *standard* o “neoparlamentare”.

Sul primo punto, infatti, la Consulta, facendo proprio l’indirizzo emerso nettamente come maggioritario in dottrina⁽²³⁾, ha chiarito che “si può certo dire che le norme in essi (i vec-

(23) Sulla possibilità di modifiche statutarie parziali, vedi R. TOSI, *Le leggi “statutarie” delle Regioni ordinarie e speciali: problemi di competenza e di procedimento*, cit., 73-74; M. GORLANI, *Esercizio della potestà statutaria attraverso norme stralcio in tema di forma di governo: la recente delibera delle Marche ed il ricorso del Governo*, in www.statutiregionali.it; B. CARAVITA, “Caso Marche” e problemi interpretativi della

chi statuti) contenute non erano interamente disponibili dalle Regioni, ma oggi, dopo l'innovazione introdotta dalla legge costituzionale n. 1 del 1999, lo sono divenute: solo la legge regionale con il peculiare procedimento previsto dal nuovo art. 123 della Costituzione, può modificarle o sostituirle. Se esse sono destinate a sopravvivere in tutto o in parte e per un periodo transitorio più o meno lungo, ciò accade per una scelta ascrivibile alla Regione".

Quanto, invece, al merito della deliberazione statutaria impugnata dal Governo, la Corte afferma con nettezza il principio di legalità costituzionale ⁽²⁴⁾, chiarendo che la disciplina transitoria contenuta nell'art. 5, comma 2, lettera b) della legge cost. n. 1 del 1999 (che impone la regola *aut simul stabunt, aut simul cadent*) è destinata a permanere fino a quando, nell'esercizio dell'autonomia statutaria riconosciuta dal nuovo testo dell'art. 123 Cost., le Regioni effettueranno le proprie scelte in ordine alla forma di governo. D'altro canto, a fugare ogni dubbio, la Corte precisa, poi, che "solo in quel caso sarà loro consentito esercitare la facoltà prevista dall'ultimo comma dell'art. 126 e optare

legge cost. 1/1999, cit.; A. RUGGERI, *La riforma costituzionale del Titolo V e i problemi della sua attuazione, con specifico riguardo alle dinamiche della normazione ed al piano dei controlli*, in Atti del seminario A.I.C., *Il nuovo titolo V della Parte II della Costituzione-Primi problemi della sua attuazione*, tenutosi a Bologna il 14 gennaio 2002. Sulla modificabilità delle leggi approvative degli statuti a mezzo delle nuove leggi regionali di cui all'art. 123 Cost., la Corte accetta la prospettazione della Regione resistente che individua il fondamento della legittimità dell'operazione nella sostanziale continuità tra "vecchi" e "nuovi" statuti. Sul punto vedi R. TOSI, *ult. cit.*, p. 44; T. GROPPPI, *Quale garante per lo statuto regionale*, in *Le Regioni*, 2001, n. 5, p. 841 ss.; U. DE SIERVO, *La fonte statuto: limiti e procedure di revisione*, in Atti del seminario *Idee e proposte per il nuovo statuto della Regione Toscana*, promosso dal Consiglio regionale Toscana-Commissione speciale statuto e tenutosi a Certosa di Pontignano il 5 luglio 2001; ID., *I nuovi statuti delle Regioni ad autonomia ordinaria dopo la modifica dell'art. 123 (e la l. cost. n. 2 del 2001)*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2000*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 202 e ss.

(24) La maggior parte della dottrina si è mostrata da subito fortemente critica nei confronti dell'operazione svolta dal Consiglio della Regione Marche. Vedi A. BARBERA, *Statuti regionali: cominciamo male.....!*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*; C. FUSARO, *Le Regioni, l'autonomia statutaria in materia di forma di governo e l'interpretazione della Costituzione: qualche osservazione per discutere con Caravita*, ivi; C. TUCCIARELLI, *Modifiche statutarie e disposizioni transitorie di rango costituzionale (appunti sulla legge statutaria della regione Marche)*, ivi; R. BIN, *Statuti regionali e morale costituzionale*, ivi.

per un sistema di elezione del Presidente della Giunta regionale diverso dal suffragio diretto, ciò che li scioglierà dall'osservanza del vincolo costituzionale di cui si parla" (25).

Ai nostri limitati fini, però, occorre osservare soprattutto come la Corte, prima di affrontare il merito della questione, prenda in esame, senza peraltro che la Regione resistente avesse prospettato una specifica eccezione di inammissibilità del ricorso, la questione della natura successiva o preventiva del controllo di costituzionalità dello statuto e della sua conseguente collocazione temporale.

La Consulta, infatti, prende atto del fatto che la deliberazione impugnata non è stata ancora oggetto di promulgazione (e che quello in considerazione è il primo ricorso proposto ai sensi dell'art. 123 Cost.) e dedica, pertanto, al problema una serie di

(25) Viene così disattesa dalla Corte l'obiezione della difesa regionale secondo cui la regola della contestuale permanenza in carica di Presidente della Giunta e Consiglio non può attualmente considerarsi costituzionalmente imposta poiché le elezioni consumate sulla base della legge n. 43 del 1995 e dell'art. 5, comma 1, della l. cost. n. 1 del 1999 non possono essere tecnicamente considerate "a suffragio universale e diretto", come previsto dall'art. 126. A tal proposito, infatti, la Corte si limita ad osservare che "quale che sia la risposta tecnicamente corretta a tale quesito, il fatto stesso che anche per il periodo transitorio si sia inteso rendere operante il principio dell'*aut simul stabunt, aut simul cadent* dimostra che, nella valutazione del legislatore costituzionale, l'elezione del Presidente della Giunta è assimilabile, quanto a legittimazione popolare acquisita dall'eletto, ad una vera e propria elezione a suffragio diretto". In dottrina, *contra*, vedi B. CARAVITA, *Quando si ha elezione del presidente della Giunta regionale "a suffragio universale e diretto"?*, in www.statutiregionali.it. Parimenti, non viene accolta la prospettazione della Regione Marche secondo la quale il limite di legittimità degli statuti rappresentato dall'*armonia con la Costituzione* deve essere riferito esclusivamente ai valori di fondo che ispirano la carta costituzionale. Ancora una volta ponendosi in piena sintonia con il più rigoroso modo di intendere la legalità costituzionale, la Corte afferma che "il riferimento all'*armonia*, lungi dal depotenziarla, rinsalda l'esigenza di puntuale rispetto di ogni disposizione della Costituzione, poiché mira non solo ad evitare il contrasto con le singole previsioni di questa, dal quale non può certo generarsi armonia, ma anche a scongiurare il pericolo che lo statuto, pur rispettoso della lettera della Costituzione, ne eluda lo spirito". In dottrina, *contra*, vedi A. SPADARO, *Il limite costituzionale dell'armonia con la Costituzione e i rapporti fra lo Statuto e le altre fonti del diritto*, cit., 468; G. VOLPE, *I nuovi statuti delle Regioni ordinarie nel sistema delle fonti*, relazione presentata il 1° dicembre 2000 a Milano nel congresso volto a commemorare G. Mor, p. 7 del *paper*, secondo cui "il rapporto tra la Costituzione e i contenuti dello statuto regionale dovrebbe essere ricostruito in termini di compatibilità/incompatibilità e non di conformità/sottoposizione, cercando, in altri termini, di stabilire soltanto i limiti strettamente necessari a garantire l'unità della Repubblica".

puntuali considerazioni, che colmano così, almeno in parte, la lacuna lasciata dal legislatore del 1999. In via del tutto preliminare, infatti, la Corte afferma che “il termine per promuovere il controllo di legittimità costituzionale [...] decorre dalla pubblicazione notiziale della delibera statutaria e non da quella, successiva alla pubblicazione, che è condizione per l’entrata in vigore”. A sostegno di tale interpretazione la Corte pone tre distinti argomenti, ciascuno dei quali afferente ad una distinta sfera logico-concettuale e postulante, pertanto, una separata analisi.

3.1. *(segue) La natura preventiva del sindacato di costituzionalità e le sue ragioni sistematiche*

Il primo argomento utilizzato per giustificare l’interpretazione offerta ha carattere sistematico e si fonda su due distinte considerazioni.

La prima ha ad oggetto l’impossibilità di giungere all’opposta conclusione del carattere successivo del controllo di costituzionalità sulla base di una rilevata analogia o simmetria tra statuti e leggi regionali. Come si è detto, infatti, prima dell’entrata in vigore della l. cost. n. 3 del 2001 recante le modifiche al Titolo V, Parte II della Costituzione, parte della dottrina⁽²⁶⁾ aveva individuato nel parallelismo tra statuto e legge uno degli argomenti in grado di avvalorare la tesi del carattere preventivo del sindacato di legittimità. Ora, a seguito dell’intervenuta revisione costituzionale dell’art 127 Cost. e del nuovo sistema di controlli sulla legislazione regionale, la Corte sente l’esigenza di chiarire che l’argomento non può nemmeno essere utilizzato a sostegno dell’opposta tesi della natura successiva del giudizio costituzionale a causa del diverso valore, “inteso nel senso convenzionale di trattamento giuridico”, che contraddistingue lo statuto rispetto alle ordinarie leggi regionali; valore che risulta comprovato dall’aggravato procedimento di formazione dell’atto che il legislatore del 1999 ha voluto introdurre.

La seconda considerazione svolta dalla Corte è, invece, rela-

(26) Vedi *supra*, par. 2.

tiva a quello che la stessa sentenza n. 304 definisce il “ponderato equilibrio delle scelte” definito con la riforma dell’art. 123 Cost.; equilibrio rispetto al quale risulta essenziale il riconoscimento del carattere preventivo del sindacato di legittimità costituzionale. Afferma, infatti, la sentenza in esame che il pieno soddisfacimento delle istanze autonomistiche, attraverso l’attribuzione allo statuto di “un valore giuridico che lo colloca al vertice delle fonti regionali” e la scomparsa dell’approvazione parlamentare, può conciliarsi con il doveroso rispetto della legalità costituzionale solo attraverso la previsione di un controllo di costituzionalità da effettuarsi in via preventiva, essendo questa l’unica soluzione in grado di “impedire che eventuali vizi di legittimità dello statuto si riversino a cascata sull’attività legislativa e amministrativa della Regione, per la parte in cui queste siano destinate a trovare nello statuto medesimo il proprio fondamento esclusivo o concorrente”.

Vale la pena mettere in evidenza come la Corte, nella ricostruzione sistematica dell’art. 123 Cost., faccia leva, individuando nel sindacato precedente l’entrata in vigore dello statuto lo strumento principe per garantire il rispetto della legalità costituzionale, sull’inscindibilità del binomio autonomia statutaria-controllo preventivo e non sulle inammissibili conseguenze cui darebbe luogo un sindacato di legittimità successivo al *referendum* popolare, argomento che pure andrebbe nella medesima direzione ⁽²⁷⁾. Non pare, infatti, casuale che la Corte tralasci le argomentazioni di quanti hanno voluto prospettare dubbi sulla configurabilità di un controllo di costituzionalità avente ad oggetto un atto normativo suffragato dalla volontà popolare. Tali prospettazioni prendono le mosse da una concezione materiale della Costituzione intesa come tavola di valori che rispecchia la volontà del popolo assunto titolare della decisione politica fondamentale ⁽²⁸⁾ e pertanto ravvisano una latente tensione tra il ca-

(27) Vedi *supra*, sempre par. 2.

(28) Vedi C. MORTATI, *Costituzione (dottrine generali)*, voce in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 143; F. MODUGNO, *Il concetto di costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, I, Milano, Giuffrè, 1977, p. 197 ss.; A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994;

rattere politico del voto popolare e il carattere giurisdizionale del controllo di costituzionalità, giungendo a ritenere inammissibile che un organo, privo di investitura popolare diretta ed irresponsabile nei confronti del corpo elettorale, possa, con una declaratoria di illegittimità costituzionale, travolgere l'atto giuridico fondamentale da quest'ultimo approvato.

Con la sentenza in questione la Corte, evitando di ricorrere a tale argomento, sembra mostrare l'intenzione di porsi in una prospettiva alquanto diversa. La pronuncia, infatti, considera espressamente come il valore sotteso all'adozione del testo statutario, e alla sua eventuale approvazione mediante *referendum*, non sia la sovranità popolare o la democrazia ma l'autonomia costituzionalmente garantita dell'ente territoriale e della sua collettività. Di conseguenza, non vi sarebbe nessuna contraddizione sistematica in un controllo di legittimità costituzionale successivo al *referendum* poiché il controllo della Corte riflette, anche nel caso di specie, la finalità tipica dei sistemi di giustizia costituzionale che si ispirano alla *Verfassungsgerichtbarkeit*, ossia quella di garantire il rispetto della legalità anche a livello costituzionale.

Se ci si pone, infatti, nell'ottica della Costituzione come strumento di positivizzazione di un'etica etero-definita (cd. Costituzione in senso formale) ⁽²⁹⁾, allora l'eventuale pronuncia adesiva del corpo elettorale non costituisce ostacolo al sindacato della Corte perché essa è chiamata non a giudicare i valori di autonomia posti da una libera scelta fondamentale ma a garantire il rispetto dell'autonomia positivamente riconosciuta. In questa prospettiva viene meno, dunque, l'evidenziata tensione tra il carattere politico del voto referendario e la natura giurisdizionale del controllo di costituzionalità. E sembra proprio che sia questo il motivo per cui, nel fornire la giustificazione sistematica della

S. BARTOLE, voce *Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Torino, 1989, 288; G. ZAGREBELSKY, *Società-Stato-Costituzione*, Torino, Giappichelli, 1988; G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 2000.

(29) Per ampi riferimenti bibliografici vedi G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, cit., p. 128 e ss.

riconosciuta natura preventiva del sindacato di costituzionalità, la pronuncia si riferisce esclusivamente al corretto esercizio dell'autonomia statutaria, secondo un'interpretazione che risulta comprensibile, e tanto più apprezzabile, perché si dipana attraverso un *iter* argomentativo che, pur non rinunciando ad un inquadramento sistematico dell'istituto, non perde di vista le esigenze teoriche legate alla corretta ricostruzione del vigente modello di giustizia costituzionale.

3.2. (segue) *Le ragioni esegetiche e logico-topografiche*

Alle motivazioni di ordine sistematico la Corte affianca altri due argomenti, un primo di carattere propriamente esegetico ed un secondo di natura, per così dire, logico-topografica.

Il primo argomento ha ad oggetto l'individuazione del corretto significato da attribuire al termine "pubblicazione". La Corte osserva, in primo luogo, che l'espressione ricorre tanto nel secondo comma, in cui si disciplina il ricorso governativo, quanto nel terzo, in cui si prevede la possibilità di attivare la consultazione popolare. Procede, poi, rilevando come la pubblicazione di cui al terzo comma dell'art. 123 Cost. ha sicuramente carattere notiziale, avendo il compito di far decorrere il termine di tre mesi per la proposizione del *referendum* e non di concretare la fase integrativa dell'efficacia, aprendo la via all'entrata in vigore dell'atto. Da tale constatazione, sulla base della premessa che sarebbe "assai arduo immaginare, in assenza di una esplicita indicazione in tal senso da parte del legislatore costituzionale, che quella stessa parola "pubblicazione" [...] abbia un significato totalmente disomogeneo" quando viene utilizzata nel contesto del secondo comma, la Corte ricava la conclusione che anche in quel caso il termine si riferisce ad una forma di pubblicità notiziale e non necessaria.

Per valutare la soluzione raggiunta a mezzo di siffatto ragionamento credo giovi mettere in luce come esso abbia una struttura fondamentalmente sillogistica. L'argomentazione della Corte può, infatti, essere così ricostruita:

- premessa maggiore = lo stesso termine utilizzato più volte nel

contesto della medesima norma assume identico significato, salvo contraria indicazione del legislatore;

- premessa minore = il termine pubblicazione nel terzo comma si riferisce sicuramente alla pubblicità notiziale e non a quella necessaria;
- conclusione = anche nel secondo comma il termine è utilizzato con riferimento alla pubblicità notiziale.

Come in ogni sillogismo, anche in quello in esame, la validità della conclusione raggiunta dipende esclusivamente dalla bontà delle premesse. Se ci si pone in questo angolo visuale, allora, è dato rilevare come qualche dubbio sembra potersi avanzare sulla prima di tali premesse, quella maggiore. La Corte, infatti, presuppone che, se il termine pubblicazione viene usato due volte nel contesto della medesima disposizione, allora il suo significato deve essere sempre lo stesso, salvo che non vi sia una diversa ed espressa indicazione del legislatore. Tale premessa, però, non considera adeguatamente che il termine cui essa si riferisce non ha una dimensione “naturalistica” (come nel caso di un sillogismo del tipo: l'uomo non vola; A. è un uomo; A. non vola) ma “polisensa” e che, quindi, è necessario tener conto delle diverse possibili interpretazioni di quel termine ed in particolar modo dell'esistenza di un'interpretazione preferibile in relazione al contesto in cui si opera. Orbene, nel caso di specie, non si può passare sotto silenzio che nella disciplina dei procedimenti di formazione degli atti normativi il *nomen iuris* pubblicazione è riservato di regola, non a forme di pubblicità anomale o straordinarie come quella notiziale, ma alla forma ordinaria o necessaria che prelude all'entrata in vigore dell'atto⁽³⁰⁾. L'aver omesso di considerare questa circostanza e di introdurre, conseguentemente, una ipotesi limitativa della premessa maggiore ulteriore rispetto a quella fondata sulla previsione del legislatore, vale ad indebolire, se non ad inficiare, l'argomento utilizzato dalla Corte che pare, alla luce di queste poche riflessioni, alquanto debole.

Nella sua ricostruzione dei motivi che sorreggono il ricono-

(30) Vedi A. RUGGERI, *Gli statuti regionali per la prima volta davanti alla Corte, dopo la riforma del Titolo V*, in www.federalismi.it.

scimento della natura preventiva del sindacato di costituzionalità sugli statuti regionali, la sentenza n. 304 affianca all'argomento sistematico anche una riflessione sulla "architettura logica" dell'art. 123 Cost., così come risulta dalla novella operata con l'art. 3 della legge costituzionale 11 novembre 1999, n.1.

La Corte afferma, infatti, che l'interpretazione testuale dell'art. 123 Cost. viene confermata dall'analisi della sua struttura normativa poiché "le diverse disposizioni delle quali la disciplina degli statuti regionali si compone sono poste in una successione che corrisponde pienamente all'articolazione del controllo in due fasi: il giudizio di legittimità ed il *referendum*".

Alla base di tale asserzione la pronuncia pone un argomento *a contrario*, facente leva sulla constatazione che, se si accogliesse la denegata tesi secondo cui il controllo di costituzionalità deve avere ad oggetto deliberazioni statutarie già entrate in vigore, la sequenza procedimentale prevista dal legislatore del 1999 avrebbe un andamento logicamente non coerente, perché "sarebbe disciplinato prima, nel secondo comma, un controllo di costituzionalità temporalmente successivo, e quindi, nel terzo, una consultazione popolare avente ad oggetto quello stesso atto la cui validità potrebbe essere, in tutto o in parte, negata dalla Corte costituzionale". Se, viceversa, si considera il controllo della Corte situato in un momento anteriore all'entrata in vigore dello statuto, la collocazione topografica delle disposizioni corrisponderebbe alla successione temporale delle attività in esse previste, salvando così la coerenza logica del legislatore.

Per la verità, anche questo secondo argomento sembra fondato su un dato di presa piuttosto labile. La Corte, infatti, assume implicitamente (e verrebbe da dire anche dogmaticamente) che il legislatore della revisione costituzionale abbia dato all'ordine espositivo della cadenza procedimentale del controllo sugli statuti una *ratio* logicamente coerente, laddove, invece, la tecnica redazionale ha manifestamente lasciato a desiderare ⁽³¹⁾

(31) Per tutti vedi R. TOSI, *Incertezze e ambiguità della nuova autonomia statutaria*, in *Le Regioni*, 1999, n. 5, p. 847, secondo cui "molta parte della nuova disciplina nasce nel segno dell'incertezza e dell'ambiguità, per mera sciatteria tecnica, per insufficiente riflessione, quando non per scelta deliberata".

Non si capisce, difatti, perché ci si dovrebbe aspettare coerenza nella collocazione topografica delle disposizioni da parte di un legislatore che ha affidato all'interprete dubbi ben più gravi di quelli relativi alla simmetria tra sequenza delle disposizioni e delle attività. E, soprattutto, non si comprende come si possa argomentare sulla base di tali aspettative, desumendone conclusioni che paiono troppo "fiduciose".

Diversamente sembra doversi concludere per quella parte dell'*iter* argomentativo in questione che fa riferimento alla difficoltà di immaginare un controllo popolare da effettuarsi successivamente a quello di legittimità della Corte, a causa della possibilità che il popolo venga chiamato a votare su un testo che potrebbe essere dichiarato, in tutto o in parte, costituzionalmente illegittimo. Si tratta, infatti, di un argomento che sembra concettualmente autonomo rispetto alle considerazioni sulla coerenza logica della collocazione topografica delle disposizioni, tanto che si fatica a comprendere come mai la Corte abbia voluto "agganciarlo" a queste ultime. E la completa autonomia che si intende sottolineare risulta ancor più evidente se si tiene presente che la pronuncia, con ogni probabilità, non intende accennare ai problemi teorici di opportunità costituzionale connessi con un sindacato di legittimità successivo all'adesione popolare⁽³²⁾ ma all'opportunità pratica di chiamare alle urne il corpo elettorale per decidere su di un testo che deve ancora superare il vaglio di legittimità costituzionale della Corte.

Si tratta, cioè, di un problema di congruità del mezzo allo scopo, laddove il controllo popolare è il mezzo ed il corretto esercizio dell'autonomia statutaria è lo scopo; scopo il cui raggiungimento verrebbe evidentemente reso più complesso da una sequenza procedimentale che consentisse la (faticosa) richiesta di consultazione popolare su un testo non ancora esente da dubbi di legittimità costituzionale.

In altri termini, il *referendum*, sotto il possibile scacco di una declaratoria di illegittimità costituzionale, rischierebbe di essere inutile e di allungare ulteriormente i tempi di una vicenda politi-

(32) Sul tema vedi *supra*, par. 2.

co-istituzionale di per sé assai travagliata come l'approvazione dello statuto.

Se si legge in quest'ottica l'evidenziato passaggio dell'argomentazione in esame, allora esso sembra porre un serio problema di "economia procedimentale", che giustifica pienamente la scelta, da parte della Consulta, dell'opzione interpretativa che considera il controllo di costituzionalità successivo al *referendum*, evitando il rischio di un inutile o prematuro coinvolgimento del corpo elettorale.

4. *I problemi lasciati insoluti dalla pronuncia della Corte e le possibili soluzioni*

Una volta chiarite le argomentazioni alla base della netta opzione per la natura preventiva del controllo di costituzionalità, per completare la ricognizione dello stato dell'arte in materia a seguito della sent. n. 304, occorre verificare se, anche dopo tale pronuncia siano rimasti senza risposta alcuni degli interrogativi che la lacunosa formulazione dell'art. 123 Cost. aveva lasciato agli interpreti.

A tal proposito deve, in primo luogo, essere notato come la Corte non abbia dato risposta al quesito posto dall'Avvocatura, la quale si chiedeva se, una volta trascorsi inutilmente i tre mesi per la proposizione del *referendum*, le leggi statutarie pendenti dinanzi alla Corte possano essere promulgate. Nel caso di specie, infatti, la Consulta, non essendo stata ancora promulgata la deliberazione impugnata ed avendo deciso per la dichiarazione di illegittimità costituzionale, ha potuto non affrontare direttamente la questione, lasciando impregiudicata ogni soluzione per il futuro⁽³³⁾. Tale circostanza, però, nulla toglie al fatto che una

(33) Vale comunque la pena di sottolineare come non sembrano configurabili soluzioni diverse da quelle che ruotano intorno all'alternativa secca promulgabilità-non promulgabilità, non offrendo la sequenza procedimentale del giudizio davanti alla Corte appigli per prospettare una soluzione diversa, come ad es. nel caso della Regione Sicilia, per la quale, essendo previsto un termine entro il quale deve essere adottata la pronuncia, la dottrina ha parlato di una libera promulgabilità una volta scaduto tale termine. Vedi A. RUGGERI, *Gli statuti regionali per la prima volta davanti alla Corte, dopo la*

qualche indicazione sul tema sarebbe stata, di certo, auspicabile.

Sul piano astratto dei modelli di giustizia costituzionale, potrebbe legittimamente sostenersi che, una volta affermata la natura preventiva del sindacato, il divieto di promulgazione in costanza di giudizio può considerarsi implicito, riposando nell'impossibilità di procedere alla fase integrativa dell'efficacia dell'atto normativo fino a quando non ne è stata chiarita la sua conformità a Costituzione. Tale interpretazione del silenzio della Corte è, però, resa difficoltosa, nel caso in esame, dal fatto che la stessa pronuncia rifiuta espressamente la logica del possibile accostamento tra statuti e "ordinarie" leggi regionali, che invece sarebbe sottesa a quest'impostazione.

La pronuncia della Corte lascia aperto anche un secondo problema, relativo al rapporto e alle possibili interferenze tra sindacato di costituzionalità e *referendum* popolare. In particolare, la Consulta non ha chiarito se, ed in quale misura, la proposizione del ricorso governativo, di cui si assume il carattere preventivo, produca effetti sul procedimento referendario. Si è, infatti, rilevato⁽³⁴⁾ come la disciplina dettata dal legislatore non sia di per sé sufficiente a garantire che il controllo di legittimità costituzionale si consumi prima della consultazione referendaria, obiettivo che la stessa Corte indica come prioritario nella prospettata ricostruzione del procedimento di formazione degli statuti⁽³⁵⁾. Dal giudice delle leggi, che afferma la necessità che tutto il giudizio costituzionale, compresa la pronuncia che lo chiude, si

riforma del Titolo V, cit., 2.

(34) Vedi *supra*, par. 2.1.

(35) La Corte parla, infatti, di una "articolazione del controllo in due fasi procedurali distinte ed autonome: il giudizio di legittimità e il *referendum*", lasciando chiaramente intendere che l'espressione "giudizio" fa riferimento al complesso delle attività che essa è chiamata a svolgere nel periodo di tempo compreso tra la proposizione del ricorso e l'adozione della pronuncia e che, quindi, anche quest'ultima deve precedere la consultazione popolare. Viene così scartata dalla Consulta la tesi di quanti (vedi A. SPADARO, *Il limite costituzionale dell' "armonia con la Costituzione" e i rapporti fra lo statuto e le altre fonti del diritto*, cit., p. 481) hanno parlato della questione del termine del ricorso governativo (preventivo o successivo alla promulgazione) come di un falso problema perché il tempo del giudizio sarebbe "interamente nella disponibilità della Corte", la quale potrebbe liberamente scegliere, ancorché adita preventivamente, di decidere sia prima che dopo lo svolgimento del *referendum*.

svolga prima del *referendum* popolare, sarebbe stato lecito attendersi l'individuazione degli strumenti, colpevolmente non previsti dal legislatore, che consentono di assicurare il raggiungimento di questo risultato. Eppure nessuna indicazione si trae dalla sent. n. 304, il che obbliga a procedere per via puramente interpretativa nonostante l'"imbarazzo" che deriva dal silenzio del legislatore⁽³⁶⁾.

La soluzione più opportuna sembra quella di ritenere che la proposizione del ricorso governativo abbia effetto sospensivo del procedimento referendario, di talché l'impugnazione dinanzi alla Corte determini la sospensione del termine di tre mesi per la richiesta della consultazione referendaria fino alla pubblicazione della sentenza di rigetto⁽³⁷⁾ in Gazzetta Ufficiale. Pare, invece, eccessivo rispetto allo scopo (che – è bene ricordarlo – è quello di assicurare che la pronuncia della Corte "arrivi" prima della consultazione popolare) giungere ad affermare che il procedimento referendario possa iniziare, con la raccolta delle firme di consiglieri o elettori, solo dopo che sia spirato il termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso governativo e questo per il semplice motivo che la sovrapposizione delle due forme di "controllo" fino alla sollevazione della questione di legittimità costituzionale non sembra determinare problemi insormontabili⁽³⁸⁾. Sarebbe, infatti, sufficiente concludere che, in caso di pre-

(36) A causa della difficoltà di ancorare direttamente qualsiasi soluzione alla lettera dell'art. 123 Cost., sarebbe auspicabile che qualunque interpretazione venisse recepita da una normativa regionale di attuazione della disciplina costituzionale dell'autonomia statutaria, in modo tale da fornirle un solido supporto positivo.

(37) Nel caso, infatti, di sentenza di accoglimento e di conseguente declaratoria di illegittimità costituzionale totale della legge non si può dar luogo a promulgazione e, quindi, a *referendum* poiché sarebbe del tutto privo di logica ammettere che il corpo elettorale possa essere chiamato ad esprimersi su una deliberazione statutaria dichiarata incostituzionale. Per l'ipotesi di dichiarazione parziale di illegittimità costituzionale, vedi *infra*.

(38) *Contra* vedi R. TOSI, *I nuovi statuti delle Regioni ordinarie: procedimento e limiti*, cit., p. 531, la quale ammette poi che "una simile soluzione – sempre che sia compatibile con la lettera dell'art. 123 – ridurrebbe solo sul piano formale la sovrapposizione tra contestazione di legittimità e contestazione politica, mentre diminuirebbe a due mesi il tempo destinato alla raccolta delle sottoscrizioni della richiesta referendaria, una riduzione insignificante quando si tratti di sottoscrizioni di consiglieri, non da poco invece quando si vogliono raccogliere le firme degli elettori".

sentazione di richiesta referendaria anteriormente al decorso termine di trenta giorni, le operazioni del procedimento referendario eventualmente compiute conservino validità solo in caso di sentenza di rigetto⁽³⁹⁾. Soluzione, quest'ultima, senz'altro preferibile a quella che auspica che sia il Presidente della Giunta ad aspettare, prima di indire il *referendum*, il decorso del termine per la proposizione del ricorso governativo, giacchè una decisione in tale senso (cui il Presidente sembra difficilmente obbligabile in difetto di una espressa previsione normativa) finirebbe per essere presa per motivi di opportunità politica o, nel migliore dei casi, per ragioni di correttezza e leale collaborazione con gli altri pubblici poteri⁽⁴⁰⁾.

Parimenti "sproporzionata" sembra la soluzione che considera la proposizione del ricorso governativo dotata di efficacia non sospensiva ma interruttiva nei confronti del termine per la richiesta referendaria. Anche nell'ipotesi, infatti, di una "inappagante e poco persuasiva sentenza di rigetto che induca o rafforzi i contrari alle disposizioni statutarie in questione a percorrere questa strada [quella del *referendum*]", pare difficile immaginare che la pronuncia della Corte possa avere una portata innovativa tale da rendere necessario che il termine di tre mesi inizi nuovamente a decorrere dalla data di pubblicazione della stessa⁽⁴¹⁾.

Resta, infine, da analizzare l'ultimo dei problemi lasciato insoluto dalla pronuncia della Corte sullo statuto della Regione Marche, ossia quello relativo agli effetti ed alle conseguenze di una eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale parziale della deliberazione statutaria impugnata. Nel tentativo di colmare la persistente lacuna, pare opportuno distinguere due ipotesi, a seconda che la dichiarazione di incostituzionalità colpisca o me-

(39) È questa la soluzione che la Regione Emilia-Romagna ha adottato con l'art. 11, comma 3, della l.r. 25 ottobre 2000, n. 29 (in *B.U.R.* del 27 ottobre 2000).

(40) Cfr. sul punto Q. CAMERLENGO, *Le fonti del diritto regionale in trasformazione*, cit., p. 35.

(41) Vedi la citata legge della Regione Emilia-Romagna, segnatamente l'art. 11, comma 1. In dottrina vedi N. ZANON, *Referendum e controllo di costituzionalità sugli Statuti Regionali: chi decide qual è la corretta lettura dell'art. 123 Cost.? (Note minime su una legge regionale che interpreta la Costituzione)*, cit., p. 986 ss.; Q. CAMERLENGO, *Le fonti del diritto regionale in trasformazione*, cit., pp. 34-35.

no una parte dello statuto che concreta il contenuto cd. necessario desumibile ex art. 123, comma 1, Cost.

Nel primo caso, infatti, sembra innegabile che il procedimento di formazione dello statuto debba arrestarsi per evitare l'entrata in vigore di un atto normativo sprovvisto del suo contenuto costituzionalmente imposto. Sarebbe, quindi, auspicabile che la Corte, in casi di specie, ricorresse alla dichiarazione di illegittimità consequenziale prevista dall'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, colpendo l'intero testo ⁽⁴²⁾.

Nel caso in cui, invece, la dichiarazione di illegittimità parziale abbia ad oggetto il contenuto non necessario dello statuto, il problema della completezza dell'atto rileva più sotto il punto di vista politico-istituzionale che strettamente costituzionale. È, infatti, difficile poter escludere aprioristicamente che il Consiglio regionale possa valutare se le "mutilazioni" del testo determinate dalla pronuncia della Corte rendano necessario il raggiungimento di un nuovo compromesso politico ⁽⁴³⁾; possibilità che, viceversa, dovrebbe essere negata se si ammettesse *sic et simpliciter* che il Presidente della Giunta debba comunque procedere alla promulgazione dello statuto in tutte quelle parti non colpite dalla declaratoria parziale di illegittimità costituzionale. Ed, invero, se pare ammissibile che si possa procedere alla promulgazione di uno statuto il cui testo è comunque diverso da quello deliberato dal Consiglio in alcune limitate ipotesi, come nel caso di sentenze ablatorie di interi istituti o dichiaratorie di incompetenza assoluta della Regione in date materie ⁽⁴⁴⁾, nella generalità dei casi sembra opportuno un nuovo coinvolgimento dell'assemblea rappresentativa.

A tal fine, sarebbe possibile immaginare una deliberazione consiliare che autorizzi il Presidente della Giunta a non promulgare le parti della legge statutaria che sono sopravvissute alla declaratoria di incostituzionalità. A ben vedere, però, neppure tale soluzione è esente da obiezioni, giacché farebbe sì che dispo-

(42) Così R. TOSI, *I nuovi statuti delle Regioni ordinarie: procedimento e limiti*, cit., p. 532; Q. CAMERLENGO, *Le fonti del diritto regionale in trasformazione*, cit., p. 39.

(43) Vedi A. D'ATENA, *La nuova autonomia statutaria delle Regioni*, cit., pp. 612-613.

(44) Queste le ipotesi individuate da U. DE SIERVO, *Il sistema delle fonti*, cit., p. 595.

sizioni statutarie, votate con la maggioranza e la procedura prevista dall'art. 123 e passate al vaglio della Corte, vengano, di fatto, poste nel nulla da una semplice deliberazione consiliare⁽⁴⁵⁾. Nonostante l'evidenziato inconveniente la soluzione indicata continua a sembrare preferibile rispetto all'alternativa rappresentata dalla prosecuzione dell'*iter* formativo in corso, alternativa che consentirebbe un nuovo intervento del Consiglio solo in caso di richiesta referendaria e di esito negativo della consultazione popolare. Ne deriverebbero, infatti un'"emarginazione" dell'assemblea legislativa ed una attenuazione del momento "politico", ulteriori rispetto a quelli già inevitabilmente determinati dalla pur necessaria eliminazione dell'approvazione dello statuto da parte delle Camere⁽⁴⁶⁾.

5. Considerazioni conclusive

Volgendo lo sguardo al di là dei problemi che l'intervento della Corte ha lasciato irrisolti, pare sia opportuna qualche riflessione di carattere generale sui possibili scenari che l'asserito controllo preventivo di costituzionalità sugli statuti regionali apre in questa delicata fase "di passaggio".

Vale, infatti, la pena osservare come, in mancanza di un termine per la decisione della Corte, il controllo preventivo di conformità a Costituzione venga ad incidere pesantemente sulla autonomia statutaria delle Regioni cd. "ordinarie", le quali, per non attendere i tempi della pronuncia del giudice costituzionale, potrebbero trovarsi ad assumere un atteggiamento di sostanziale acquiescenza nei confronti delle richieste avanzate dal Governo dietro la – non tanto velata – minaccia di un ricorso *ex art. 123*, comma 2, Cost.

(45) Il rilievo è di R. Tosi, *I nuovi statuti delle Regioni ordinarie: procedimento e limiti*, cit., p. 533, la quale, per ovviare al problema, prospetta l'ipotesi che la deliberazione consiliare in questione possa essere adottata a maggioranza qualificata.

(46) Vedi R. Tosi, *ult. cit.*, la quale parla, a tal proposito, di "rischio di rimpiangere il vecchio procedimento, ove era consentito di risolvere una situazione analoga con trattative informali tra Parlamento e Consiglio regionale".

In altri termini, rischia di ripetersi quanto si è verificato negli anni Settanta, quando, vigente il vecchio procedimento di formazione degli statuti, i Consigli regionali si videro costretti a modificare le proprie deliberazioni statutarie per adeguarle alle richieste, non sempre fondate, del Parlamento.

Naturalmente tale rischio resterà circoscritto se la Corte, come ha fatto fino ad oggi⁽⁴⁷⁾ e come è auspicabile che continui a fare anche in futuro, risolverà le questioni di legittimità costituzionale ex art. 123, comma 2, Cost. in tempi relativamente brevi, perché questo priverebbe il Governo di gran parte del suo potere “negoziale”. Se, invece, come sembra prevedibile, tali tempi dovessero allungarsi, presumibilmente a causa della crescita esponenziale del numero dei ricorsi, il pericolo che i Consigli regionali vengano tenuti “sotto scacco” dal Governo assumerebbe proporzioni più rilevanti, tali da compromettere il fisiologico svolgimento di questa fase di transizione.

In questa deprecabile ipotesi non resta che augurarsi che Governo e Consigli regionali, nel gestire la nuova stagione statutaria e nel fare, pertanto, ricorso agli strumenti di controllo costituzionale previsti dalla novella del 1999, si ispirino a quel principio di “leale collaborazione”⁽⁴⁸⁾ che dovrebbe presiedere alle relazioni intercorrenti tra i vari livelli di governo territoriali in uno Stato riformato in senso autenticamente regionale. Solo l'accresciuto senso di responsabilità istituzionale dei soggetti coinvolti, infatti, potrà dare l'effettiva misura di quanto lungo sia il passo che, con le riforme del 1999 del 2001, si è compiuto verso una più piena attuazione dei principi costituzionali in materia di autonomia territoriale.

(47) Tanto nel caso della sentenza in esame che in quelli delle sentenze nn. 106 e 306 del 2002, infatti, la Corte ha deciso i ricorsi avverso gli statuti in un arco di tempo compreso tra i 7 ed i 12 mesi.

(48) Per una ricostruzione di tale principio vedi A. ANZON, “Leale collaborazione” tra Stato e Regioni, *modalità applicative e controllo di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 3531 ss.

Indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e legge regionale La primazia delle valutazioni scientifiche

di Quirino Camerlengo

Sommario

1. *Dubbi di persistente asimmetria tra legge statale e legge regionale, nonostante la riforma del Titolo V della Costituzione.* – **2.** *La sentenza 282/2002 della Corte costituzionale: alcuni profili preliminari.* – **2.1.** *(segue): il rilievo assunto dalle valutazioni scientifiche specialistiche.* – **3.** *Tracce di coordinamento tecnico.* – **4.** *La primazia delle conoscenze tecniche come riflesso della tendenza alla neutralità nei processi decisionali.* – **5.** *Seri indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e legge regionale.* – **6.** *La vana invocazione del principio di precauzione.*

1. Dubbi di persistente asimmetria tra legge statale e legge regionale, nonostante la riforma del Titolo V della Costituzione

La riforma del Titolo V della Costituzione ha ridisegnato non solo gli ambiti di estrinsecazione dei poteri legislativi riconosciuti dall'ordinamento, ma, ancor prima, la stessa intima concezione dell'attività normativa demandata alle istituzioni statali ed agli organi regionali ⁽¹⁾.

L'adozione di un modello di riparto pressoché coincidente con quello invalso negli ordinamenti federali e la condivisa soggezione, oltre che al dettato costituzionale, anche agli obblighi internazionali e comunitari hanno suscitato non poche aspettati-

(1) Al riguardo, v., soprattutto, le riflessioni di R. BIN, *Le potestà legislative regionali, dalla Bassanini ad oggi*, in A. RUGGERI, G. SILVESTRI (a cura di), *Le fonti di diritto regionale alla ricerca di una nuova identità* (Atti del Seminario di Messina, 6 aprile 2001), Milano, Giuffrè, 2001, p. 129 ss.; P. CARETTI, *L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale, alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione: aspetti problematici*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1223 ss.; C.E. GALLO, *Le fonti del diritto del nuovo ordinamento regionale. Una prima lettura*, Torino, Giappichelli, 2001.

ve in ordine ad una futura, prossima assimilazione ontologica tra legge statale e legge regionale. In altri termini, i fattori di novità immessi dal legislatore costituzionale sono tali da ridefinire l'assetto dei rapporti tra le due fonti in oggetto al cospetto del principio della separazione delle competenze, la cui compiuta consacrazione dovrebbe contribuire a rimuovere gli elementi di vischiosità correlati al criterio gerarchico. Sicché, la legge statale e la legge regionale apparirebbero destinate ad atteggiarsi a fonti primarie del diritto adottate da assemblee democraticamente rappresentative dei rispettivi elettorati, pariordinate e distinte quanto ad ambiti oggettivi di intervento (nelle ipotesi di potestà esclusiva statale e di potestà regionale di carattere residuale) ovvero in relazione allo specifico ruolo assegnato dalla Carta costituzionale (enunciazione dei principi fondamentali e, rispettivamente, fissazione delle relative norme di svolgimento, nelle materie di competenza concorrente o ripartita).

Senonché, le speranze riposte sugli effetti innovativi imputabili alla riforma in parola rischiano di non trovare un puntuale riscontro nella prassi. Invero, alcune posizioni invalse soprattutto nella giurisprudenza costituzionale tendono a frapporre ostacoli di un certo rilievo nel processo di assimilazione appena descritto, creando così i presupposti per la persistenza di elementi di asimmetria tra i due atti legislativi in esame.

Il dubbio appena paventato è, in qualche misura, suscitato da una recente pronuncia della Corte costituzionale, in forza della quale al legislatore regionale è preclusa la possibilità di vietare, anche solo temporaneamente, alcune pratiche psicoterapeutiche, a ciò ostando la vigenza di principi fondamentali di matrice statale che assegnano ad organi statali il compito di definire la portata, l'efficacia ed i rischi associati a tali metodologie cliniche d'intervento ⁽²⁾.

Più precisamente, la legge regionale impugnata aveva inteso sospendere, a titolo precauzionale, la terapia elettroconvulsivante (nota più comunemente come *elettroshock*), la lobotomia prefrontale e transorbitale e altri simili interventi di psichirurgia.

(2) Corte cost. 26 giugno 2002, n. 282, in www.cortecostituzionale.it.

gia in considerazione non solo della dubbia efficacia di tali pratiche, ma anche dell'elevata pericolosità in termini di danni cagionabili a carico dei pazienti. Pertanto, in attesa di indicazioni ministeriali idonee ad acclarare le reali caratteristiche dei trattamenti in questione, il legislatore locale ha reputato opportuno porre un vincolo agli operatori sanitari in ordine alla scelta delle modalità operative di cura dei pazienti psichici.

Per quanto possa apparire, di primo acchito, incontestabile la statuizione del giudice delle leggi, relativamente alla presenza, nella legislazione vigente, di principi fondamentali recanti la riferita riserva a favore dei competenti organi tecnici statali, nondimeno la pronuncia in commento riflette una concezione dei rapporti tra scienza e diritto, tra regole tecniche e norme giuridiche, tra la dimensione oggettiva dei fenomeni naturali e l'essenza volontaristica delle determinazioni umane, che si rivela idonea a proiettarsi ben oltre i confini tracciati dal caso di specie ⁽³⁾.

2. *La sentenza 282/2002 della Corte costituzionale: alcuni profili preliminari*

In effetti, il nuovo art. 117 della Carta fondamentale ha fornito alla parte ricorrente non pochi argomenti da addurre a sostegno della tesi dell'incostituzionalità della disciplina impugnata, offrendo così alla Corte l'occasione per formulare riflessioni e considerazioni destinate ad illuminare la portata sostanziale dell'assetto costituzionale delineato dalla rievocata riforma. E così, innanzitutto, l'organo di giustizia costituzionale ha escluso la violazione di alcuni limiti correlati a materie o ambiti oggettivi riservati in via esclusiva al legislatore statale.

(3) Peraltro, con l'ordinanza 29 maggio 2002, n. 228, in www.cortecostituzionale.it, la Corte costituzionale aveva dichiarato improcedibile un ricorso governativo, presentato in conformità al vecchio art. 127 Cost., volto ad ottenere una declaratoria di incostituzionalità di una delibera legislativa della Regione Piemonte recante limitazioni all'impiego delle stesse modalità terapeutiche contemplate dalla l.r. Marche 13 novembre 2001, n. 26.

In primo luogo, la normativa impugnata non incide sulla potestà statale di disciplinare l'ordinamento civile di cui alla lett. l) dell'art. 117, secondo comma, in quanto il legislatore regionale ha semplicemente fissato regole di condotta la cui inosservanza risulta destinata a legittimare l'attivazione dei comuni istituti di responsabilità giuridica contemplati dal codice civile ⁽⁴⁾.

Inoltre, la Corte non ha ceduto alla tentazione, stimolata dalla suggestiva prospettazione sviluppata nel ricorso, di promuovere l'affermazione della discussa e controversa lett. m) quale clausola generale *bonne à tout faire*, capace quindi di legittimare ogni ingerenza statale in materie anche rimesse all'esclusiva normazione regionale ⁽⁵⁾. Placando i dubbi paventati in dottrina

(4) Quanto ai problemi di interpretazione di questa disposizione si rinvia a E. LAMARQUE, *Osservazioni preliminari sulla materia "ordinamento civile", di esclusiva competenza statale*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1343 ss. Dal canto suo, N. ZANON, *Per un regionalismo differenziato: linee di sviluppo a Costituzione invariata e prospettive alla luce della revisione del Titolo V*, in AA.VV., *Problemi del federalismo*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 52, rimarca la permanente indole preclusiva del limite del diritto privato.

(5) Su questa previsione, v. le riflessioni di E. BALBONI, *Il concetto di "livelli essenziali uniformi" come garanzia in materia di diritti sociali*, in questa *Rivista*, 2001, p. 1103 ss. I dubbi in merito ad un impiego disinvolto di tale formula sono efficacemente illustrati da G. FALCON, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, pp. 1252-1253, il quale rileva che la disposizione in questione reca "una clausola generale che legittima lo Stato a dettare norme in qualunque materia, quando queste norme abbiano come contenuto la fissazione di un livello essenziale di soddisfacimento dei diritti civili e sociali". Similmente A. RUGGERI, *Le fonti di diritto regionale: ieri, oggi, domani*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 130, nt. 146, osserva che la combinazione della lett. m) con le materie considerate dal dettato costituzionale può "portare a determinazioni "verticali" della capacità di regolazione riconosciuta alle Regioni e, perciò, al recupero della competenza statale a fissare i "principi" delle discipline in ambito locale". Peraltro, non potendosi escludere nemmeno una normazione di estremo dettaglio, "la formula ora richiamata può porsi a veicolo di "transito" negli ambiti regionali di norme statali dotate di imprevedibile (in astratto) intensità prescrittiva e complessiva capacità d'incisione". Cfr. pure ID., *Governo e sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 2002, p. 70, il quale assegna alla suddetta previsione l'attitudine a consentire "massicci interventi dello Stato persino negli ambiti rimessi alla disciplina esclusiva della Regione". V., inoltre, R. ROMBOLI, *Premessa*, in AA.VV., *Le modifiche al Titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Foro it.*, 2001, p. 190. D'altro canto, il profilo in esame è strettamente correlato al tema dell'interesse nazionale, formalmente espunto dal testo costituzionale, ma nondimeno idoneo a perpetuare la propria capacità vincolante: sul punto v., in particolare, A. BARBERA, *Chi è il custode dell'interesse nazionale?*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 345 ss.; R. BIN, *L'interesse nazionale dopo la riforma: continuità dei problemi, discontinuità della giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1213 ss.; R. TOSI, *La legge*

sulla intrinseca vocazione espansiva di tale previsione, questo Collegio ha recisamente negato l'afferenza ai "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" della misura adottata dal legislatore marchigiano, giacché la sospensione in tal modo disposta coinvolge piuttosto l'idoneità terapeutica di alcune, identificate pratiche mediche.

Pur coinvolgendo aspetti sostanziali (i livelli essenziali che la lett. *m*) riserva in via esclusiva al legislatore statale) e profili per così dire preprozessuali (il regime di responsabilità giuridica incluso nella materia dell'ordinamento civile) dei diritti soggettivi, la Corte ha opportunamente deviato il proprio sindacato, imboccando una direzione (indicata, peraltro, in via subordinata nel ricorso) meno impegnativa quanto al ruolo assegnato dal legislatore costituzionale del 2001 all'autonomia regionale in tema di tutela delle fondamentali posizioni giuridiche soggettive.

La definizione del giudizio al livello additato in via principale dalla parte ricorrente avrebbe potuto in qualche modo creare un precedente di non trascurabile rilievo, tale da ridimensionare alquanto l'impatto innovativo della riforma sul piano della normazione relativa ai diritti. Infatti, l'assegnazione al legislatore regionale, sia pure nel rispetto di principi fondamentali, di settori coinvolgenti queste situazioni giuridiche (si pensi al diritto al lavoro, al diritto allo studio e, per l'appunto, al diritto alla salute) rischia di essere sostanzialmente vanificata da interpretazioni eccessivamente late delle previsioni contenute nel secondo comma dell'art. 117, tali da concedere spazi di considerevole ampiezza alla disciplina statale⁽⁶⁾.

Questo *self restraint* della Corte costituzionale affiora vero-

costituzionale n. 3 del 2001: note sparse in tema di potestà legislativa ed amministrativa, *ivi*, p. 1233 ss. e, specialmente, *Id.*, *A proposito dell'interesse nazionale*; in *Quad. cost.*, 2002, p. 86 ss.; Q. CAMERLENGO, *L'ineluttabile destino di un concetto evanescente: l'interesse nazionale e la riforma costituzionale*, in AA.VV., *Problemi del federalismo*, cit., p. 327 ss. Per considerazioni di ampio respiro sul rilievo assunto dal nucleo fondamentale dei diritti riconosciuti e tutelati a livello costituzionale v. I. MASSA PINTO, *Il contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e la concezione espansiva della Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2001, p. 1095 ss.

(6) Intorno a questi aspetti v. T. GROPPI, *La garanzia dei diritti tra Stato e Regioni dopo la riforma del Titolo V*, in www.federalismi.it.

similmente dalla volontà di definire in negativo la portata sostanziale della lett. *m*), identificando cioè quei profili di disciplina che non rientrano nella determinazione dei suddetti livelli essenziali. Posto che è ragionevole supporre un impiego massiccio di tale previsione nei ricorsi governativi contro leggi regionali, appare altrettanto realistico prevedere che un giorno la Corte elaborerà, alla luce delle pronunce nel frattempo rese sul punto, una sorta di *test* volto a chiarire compiutamente l'effettivo contenuto del parametro in parola. In questo momento, sarebbe prematuro fissare una immagine precisa della lett. *m*), le cui sembianze appaiono ancora evanescenti e incerte e, dunque, bisognose di un adeguato processo di decantazione.

L'itinerario argomentativo seguito, quindi, dal giudice costituzionale si snoda lungo il tragitto segnato dalla nuova sistemazione della potestà legislativa concorrente in tema di "tutela della salute". In via preliminare, la Corte procede alla rimozione delle perplessità relative alla possibilità di enucleare i principi fondamentali dalla legislazione già in vigore all'epoca della novella costituzionale. In effetti, il riassetto della funzione legislativa ha alimentato non poche aspettative intorno alla rilettura del concorso di fonti statali e regionali nelle materie di competenza ripartita. In particolare, l'adozione di una innovativa ed originale filosofia a fondamento della revisione di questo segmento di disciplina costituzionale ha istillato in alcuni autori l'aspirazione a veder accolta una nuova dimensione del rapporto tra principi statali e normativa di matrice regionale. La tendenziale assimilazione delle attività di normazione primaria poste in essere in ambito statale e, rispettivamente, in sede regionale ha indotto una parte della dottrina ad invocare una puntuale ed esplicita fissazione dei principi fondamentali, in difetto dei quali il legislatore locale non sarebbe legittimato ad intervenire ⁽⁷⁾. Il giudice

(7) In tre distinte audizioni alla Commissione Affari costituzionali del Senato, alcuni studiosi hanno propugnato tale tesi: oltre a L. ELIA (23 ottobre 2001), A. BALDASSARRE (24 ottobre 2001) ha sostenuto che la via obbligata "è quella di predisporre leggi-cornice nel senso vero della parola (...). Il meccanismo che ha funzionato finora, infatti, non può più funzionare". Analogamente, pur consapevole dei problemi imputabili alla carenza di una disciplina transitoria, S. PANUNZIO (20 novembre 2001) dubita "che i principi di legge statale si possano estrarre dalla vecchia legislazione statale". Una

costituzionale aderisce, invece, alla tesi della sopravvivenza del meccanismo di enucleazione ermeneutica dei principi fondamentali affermatosi in epoca anteriore alla riforma, allo scopo precipuo di evitare soluzioni di continuità rispetto al passato tali da precludere al legislatore regionale l'effettivo godimento di una prerogativa costituzionalmente garantita, da un lato, e, dall'altro, tali da sottrarre alla stessa Corte i necessari parametri normativi di riferimento per esperire il proprio sindacato di legittimità⁽⁸⁾.

2.1. (segue): il rilievo assunto dalle valutazioni scientifiche specialistiche

Il processo induttivo attivato dall'organo giudicante al fine di identificare i predetti canoni basilari appare suggestionato dai consolidati indirizzi giurisprudenziali in tema di rapporti tra l'attività di predisposizione normativa realizzata dal legislatore e le iniziative adottate in seno alle discipline mediche specialistiche. Trattandosi di materia demandata alla potestà legislativa

soluzione in qualche misura intermedia è teorizzata da L. ANTONINI, *Sono ancora legittime le normative statali cedevoli? Intorno ad una lacuna "trascurata" del nuovo Titolo V*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, il quale distingue tra materie "vecchie", per le quali permane il meccanismo della enucleabilità in via interpretativa dei principi in oggetto, e materie "nuove", relativamente alle quali si appalesa necessaria l'adozione di apposite leggi-cornice.

(8) Così V. CAIANIELLO e A. DE ROBERTO, nelle due audizioni alla Commissione Affari costituzionali del Senato (rispettivamente 24 ottobre 2001 e 31 ottobre 2001). Questa tesi è stata accolta anche da M. LUCIANI, *Le nuove competenze legislative delle Regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001*, relazione al Convegno su *Il nuovo Titolo V della Costituzione. Lo Stato delle autonomie* (Roma, 19 dicembre 2001), in www.associazionedeicostituzionalisti.it, per il quale appare preferibile l'interpretazione favorevole alla "perdurante utilizzabilità dei principi fondamentali già esistenti, desumibili dalla legislazione vigente (non importa se "di cornice" o meno)". D'altronde, tale soluzione è stata recepita nel disegno di legge "La Loggia", il cui art. 1, terzo comma, dispone che "nelle materie appartenenti alla legislazione concorrente, le Regioni esercitano la potestà legislativa nell'ambito dei principi fondamentali espressamente determinati dallo Stato o, in difetto, quali desumibili dalle leggi statali vigenti". Cfr., anche a tale riguardo, C. TUCCIARELLI, *La sentenza n. 282 del 2002 della Corte costituzionale: prime interpretazioni delle disposizioni costituzionali sull'esercizio del potere legislativo delle Regioni*, in www2.unife.it/forumcostituzionale/index.html.

concorrente, la legge regionale incontra, secondo quanto ribadito dal nuovo art. 117 della Carta fondamentale, i vincoli specifici scaturiti dai principi fondamentali di scaturigine statale. Tra questi, dunque, s'impongono i canoni intesi a valorizzare il ruolo assolto dagli organi statali chiamati ad adottare "norme, linee guida e prescrizioni tecniche di natura igienico-sanitaria" (art. 114, primo comma, lett. *b*) del d.lgs. 112/1998, nonché art. 47-ter, primo comma, lett. *b*) del d.lgs. 300/1999), o ad approvare "manuali e istruzioni tecniche" (art. 114, primo comma, lett. *d*) del d.lgs. 112/1998 cit.), o ancora a definire "indirizzi generali e [di] coordinamento in materia di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione delle malattie umane" (art. 47-ter, primo comma, lett. *a*) del d.lgs. 300/1999 cit.). Per la Corte, tali previsioni "concorrono tuttora a configurare i principi fondamentali della materia" ⁽⁹⁾.

L'analisi dell'approccio realizzato dalla Corte sul crinale contraddistinto dalla presenza dei principi fondamentali potrebbe a questo punto essere arricchita da una ipotesi di ragionamento in qualche modo sollecitata da alcuni passaggi dell'*iter* argomentativo racchiuso in questa sentenza.

Il giudice costituzionale contesta al legislatore regionale l'adozione di misure limitative non precedute dalle necessarie determinazioni dei competenti organi tecnici incardinati presso le istituzioni statali. Ebbene, *a*) questa obiezione rispecchia la volontà di proteggere e, nel contempo, di valorizzare l'autonomia dei soggetti professionalmente dediti allo svolgimento di attività ad alto contenuto di specializzazione tecnica e scientifica. E *b*) tale intendimento potrebbe essere letto come giustificazione di un implicito addebito di cattivo esercizio del potere legislativo.

a) Sovente le categorie giuridiche, e le norme che ne rappresentano l'operativa configurazione nei rapporti sociali, aspirano

(9) Punto 5 del considerato in diritto, dove si precisa che la riconosciuta natura di tali norme sussiste "indipendentemente dall'attualità del riparto di funzioni che esse realizzavano nel quadro dell'assetto costituzionale dei rapporti fra Stato e Regioni precedente alla legge costituzionale n. 3 del 2001".

a presidiare spazi generalmente rivendicati da quel complesso multiforme di regole e principi definiti dalle discipline scientifiche. Il progresso delle arti e delle tecnologie induce sempre più di frequente il legislatore a porre vincoli e condizionamenti all'adozione di metodologie applicative e di indagine ad opera di organismi d'indole tecnica, in vista del conseguimento di obiettivi legati alla tutela di valori sanciti a livello costituzionale ovvero connessi a contingenti motivazioni di mera opportunità politica. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla disciplina in tema di protezione dalle esposizioni a campi elettromagnetici o anche alla normativa in fase di approvazione in materia di ricerca e sperimentazione biogenetica ⁽¹⁰⁾. Talvolta, poi, il conflitto tra le determinazioni autoritative assunte dai pubblici poteri e gli strumenti concepiti in sede scientifica e tecnologica si manifesta anche in ambito amministrativo, sollecitando così la composizione giudiziaria di interessi confliggenti: il caso Di Bella rappresenta forse una delle più recenti e più significative esemplificazioni di tale antagonismo.

In definitiva, benché spesso i due ambiti in discussione percorrano traiettorie distinte e parallele, il progresso tecnologico, da un lato, e la crescente presenza delle istituzioni pubbliche nella vita sociale, dall'altro, creano i presupposti per un intreccio talvolta inestricabile tra scienza, diritto e politica. Questa fitta trama di interazioni reciproche traspare in quelle situazioni "in cui la scienza non sa dare risposte ragionevolmente certe a problemi che il legislatore o la pubblica amministrazione non possono permettersi di continuare ad ignorare e dei casi in cui un giudice deve dirimere una controversia in cui l'accertamento dei fatti è di alta complessità" ⁽¹¹⁾.

S'impone, dunque, un non agevole temperamento tra le esigenze della politica, tradotte in opzioni normative vincolanti gli operatori dei diversi settori sociali, e le esigenze della scienza, invocanti una adeguata condizione di autonomia nella definizione dei metodi e dei meccanismi d'intervento diretti ad asse-

(10) Cfr., rispettivamente, legge 22 febbraio 2001, n. 36, e A.C. 420.

(11) L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo*, Milano, 1986, p. 7.

condare i bisogni della collettività.

Il diritto, quale complesso di norme generali e astratte intese a garantire il pacifico svolgimento delle relazioni intersoggettive, tende talvolta a manifestare la propria disponibilità a rinunciare alla propria attitudine cogente allorché un dato sistema di rapporti risulti retto da principi e regole poste e controllate dagli stessi componenti il sistema stesso. L'arretramento delle prescrizioni giuridiche si avverte in maniera particolarmente accentuata negli ambiti contraddistinti dallo sviluppo e dal consolidamento di regolamentazioni di matrice deontologica, in quanto tali informate ai criteri generali di comportamento corretto invalsi in seno a soggetti professionalmente impegnati nello svolgimento di un'attività altamente qualificata⁽¹²⁾. Il fondamento etico dei parametri di condotta operanti in tali contesti aspira a garantire l'uniforme adesione dei singoli operatori alle norme caratterizzanti la specifica professione, in guisa di codice che impone moralmente la sottomissione alle sue previsioni⁽¹³⁾.

Ebbene, nella sentenza in commento la Corte manifesta una chiara sensibilità nei confronti delle regole di deontologia professionale nel settore medico, per quanto riguarda l'adozione di trattamenti terapeutici anche particolarmente invasivi verso i pazienti⁽¹⁴⁾. La codificazione dell'autodisciplina destinata ad ope-

(12) Sulla esigenza di leale e corretto contegno posta alla base delle norme in oggetto v., soprattutto, G. ALPA, *Le regole deontologiche*, in *Econ. e dir. terziario*, 1994, n. 2, p. 910.

(13) Invero, come rimarca P. PISCIONE, voce *Professioni (disciplina delle)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 1049 ss., l'adozione di regole di tale natura riflette la tendenza all'aggregazione dei soggetti preposti allo svolgimento di una determinata attività professionale intorno a principi e valori etici, espressivi di una particolare, comune sensibilità morale.

(14) Il riferimento alle previsioni deontologiche è presente anche in altre, precedenti pronunce: si pensi, senza ambizione di completezza a Corte cost., 3 luglio 1997, n. 215, in *Giur. cost.*, 1997, p. 2161 ss., nonché *Id.*, (ord.) 21 dicembre 2001, n. 433, in www.cortecostituzionale.it, in tema di rapporti tra l'ufficio di difensore e l'ufficio di testimone; in generale sulla professione di avvocato cfr. *Id.*, 11 giugno 2001, n. 189, in *Giur. cost.*, 2001, p. 1442 ss., e, relativamente alla condotta processuale di tale professionista, *Id.*, 7 ottobre 1999, n. 380, *ivi*, 1999, p. 2924 ss.; quanto all'attività giornalistica v. *Id.*, 10 febbraio 1997, n. 38, *ivi*, 1997, p. 333 ss. E, relativamente alle controversie tra l'Ordine professionale ed i singoli associati, cfr. *Id.*, 8 febbraio 1991, n. 71, *ivi*, p. 503 ss.

rare in questo ambito rispecchia, dunque, la capacità della struttura sanitaria di orientare i conegni e le scelte professionali dei singoli componenti in armonia con i principi ed i valori che tradizionalmente ispirano tale attività.

In realtà, il richiamo al codice di deontologia medica è congeniale all'affermazione di quelle condizioni di autonomia e responsabilità che dovrebbero, a detta dell'organo giudicante, permettere una attenta ed accurata selezione delle pratiche curative intese a rimuovere determinati stati di afflizione patologica⁽¹⁵⁾. Atteso che "la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dall'autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione"⁽¹⁶⁾. Pertanto, è proprio il livello conseguito dalla scienza medica, e non invece le astratte previsioni normative poste dal legislatore, a fornire allo specialista gli strumenti cognitivi appropriati nella individuazione del percorso terapeutico più efficace e, nel contempo, più rispettoso della integrità fisica e psichica della persona.

Vietando, sia pure provvisoriamente, l'impiego delle ricordate modalità sanitarie di intervento, il legislatore regionale ha oltrepassato il confine che delimita lo spazio rimesso alle determinazioni politiche e l'ambito dominato dalle regole deontologiche della professione medica. Invero, "un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovran-

(15) Al riguardo, peraltro, A.M. SANDULLI, *Regole di deontologia professionale e sindacato della Corte di cassazione*, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 616, ha avuto modo di sottolineare come l'autonomia degli appartenenti ad una data categoria professionale "ha forse la più squisita e gelosa espressione nella creazione spontanea e nella elaborazione dei precetti di deontologia professionale". Accede a conclusioni non dissimili F. TERESI, voce *Professioni*, in *Dig. IV, Disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997, p. 8.

(16) Punto 4 del considerato in diritto.

zionali – a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che, a questi fini, rivestono “gli organi tecnico-scientifici” (...); o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica”⁽¹⁷⁾.

b) Al legislatore regionale viene, dunque, contestata e sanzionata la mancata acquisizione degli indispensabili elementi conoscitivi in ordine ai trattamenti terapeutici oggetto di interdizione temporanea. La fissazione in sede legislativa di una misura proibitiva avrebbe, infatti, imposto una preliminare indagine ricognitiva volta a dimostrare l'idoneità della disciplina così concepita rispetto all'obiettivo di tutela perseguito dalle istituzioni regionali. La carenza di tali fattori di conoscenza impedisce, pertanto, di verificare la congruità della normativa impugnata rispetto alla finalità della legge regionale in parola.

Adottando, sia pure con la necessaria cautela, categorie concettuali tipiche del giudizio amministrativo, ma che in diversi ambiti hanno fatto la loro apparizione anche nel processo costituzionale, si potrebbe sostenere che secondo la decisione qui esaminata la disciplina in oggetto appare viziata da eccesso di potere legislativo per difetto d'istruttoria⁽¹⁸⁾.

Questa parziale conclusione, che peraltro non trova esplicito riscontro nella pronuncia in narrativa (per le ragioni che emergeranno in prosieguo di trattazione), appare influenzata dall'indirizzo giurisprudenziale incline a sindacare anche gli atti legislativi sul versante della ragionevolezza, intesa anche come proporzionalità rispetto al fine perseguito⁽¹⁹⁾.

(17) Punto 5 del considerato in diritto, dove peraltro si richiama Corte cost. 185/1998.

(18) In generale, v., per tutti, R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, Bologna, Monduzzi, 2001, p. 1527.

(19) Al riguardo v. A. ANZON, *Modi e tecniche del controllo di ragionevolezza*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta* (Atti del Seminario di Pisa, 5 maggio 1990), Torino, 1991, p. 31 ss. Quanto alla giurisprudenza costituzionale v., soprattutto, Corte cost., 22 dicembre 1988, n. 1130, in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 5474 ss., ove si statuisce che “il giudizio di ragionevolezza, lungi dal comportare il ricorso a criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati, si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente

Soprattutto in quei campi in cui, come nel settore delle professioni mediche, appare indefettibile un adeguato corredo di conoscenze tecniche specialistiche ai fini dell'adozione di determinate misure obbligatorie i rispettivi operatori, a detta della Corte il legislatore non può prescindere da una compiuta e attendibile ricostruzione dei fatti su cui la disciplina così prodotta è destinata ad incidere. Giova, a tale proposito, rammentare come talvolta il giudice delle leggi abbia accolto eccezioni d'incostituzionalità proprio sulla erroneità del presupposto di fatto destinato a fornire il fondamento della opzione normativa sottoposta al giudizio ⁽²⁰⁾. E questo onere procedurale si appalesa ancor più stringente ove risulti necessario assicurare un congruo grado di autonomia ai soggetti adibiti all'esercizio di peculiari attività professionali.

In generale, tuttavia, può rivelarsi controversa l'attitudine della Corte costituzionale di sindacare gli atti legislativi sul versante dell'eccesso di potere e, in particolare, in relazione a quelle attività istruttorie che, con incidenza variabile, precedono le singole deliberazioni degli organi competenti. In verità, un simile sindacato finisce col lambire il confine che presidia il merito delle scelte discrezionali del legislatore, sottratto com'è noto all'apprezzamento del giudice costituzionale ⁽²¹⁾.

Cionondimeno, il sindacato sulla ragionevolezza degli atti le-

sussistenti”.

(20) Cfr., ad esempio, Corte cost. 15 aprile 1993, n. 163, in *Le Regioni*, 1994, p. 173 ss., con *ivi* commento di L. VIOLINI, *Sulla legittimità costituzionale dei trattamenti parificatori di situazioni diverse*, in cui, relativamente alla previsione di una statura minima identica per uomini e donne ai fini dell'accesso al corpo dei vigili del fuoco, si osserva come la classificazione contemplata dalla legge censurata “risponde evidentemente a una valutazione legislativa che è basata su un presupposto di fatto erroneo, vale a dire l'insussistenza di una statura fisica mediamente differenziata tra uomo e donna”.

(21) Tra coloro che hanno propugnato la tesi della inammissibilità di un simile riscontro, vale la pena rammentare C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia* (1950), in *Id.*, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, CEDAM, 1954, spec. p. 275 ss. Più di recente, questa posizione è stata condivisa da G. MIGNEMI, *Sull'inesistenza dell'eccesso di potere legislativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, p. 167 ss. Favorevole, invece, all'ingresso di tale criterio nella giurisprudenza costituzionale appare C. MORTATI, *Sull'eccesso di potere legislativo*, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, p. 457 ss., sia pure in quella sede con riferimento alle leggi retroattive.

gislativi ha assunto nella stessa giurisprudenza costituzionale dimensioni tali da consentire e incentivare apprezzamenti anche particolarmente penetranti sul corretto esercizio della potestà di normazione primaria ⁽²²⁾. Sicché, l'originaria concezione dell'eccesso di potere legislativo legata all'attuazione dei fini tradotti negli enunciati costituzionali ⁽²³⁾ ha progressivamente lasciato il passo ad una dimensione più eclettica, in cui sono ravvisabili, sia pure in maniera talvolta appena abbozzata, elementi e parametri propri del giudizio amministrativo ⁽²⁴⁾. In questo processo di ampliamento funzionale ha trovato, dunque, una adeguata collocazione anche la verifica della completa acquisizione degli elementi di fatto giustificanti una determinata opzione legislativa ⁽²⁵⁾.

(22) Sulla ragionevolezza quale parametro di giudizio per sanzionare forme di arbitrario esercizio della funzione legislativa v. A.M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1975, p. 562 ss. In generale, v. L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza (aprile 1979 – dicembre 1983)*, in *Giur. cost.*, 1984, p. 219 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1988, p. 147 ss.; P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1993, spec. p. 152; R. NIRO, *Il controllo della ragionevolezza delle scelte del legislatore*, in *Foro it.*, 1998, V, p. 363 ss.; M.R. DONNARUMMA, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 2000, p. 239 ss.; G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000. La collocazione dello scrutinio di ragionevolezza tra la legittimità ed il merito è evidenziata, tra gli altri, da R. TOSI, *Spunti per una riflessione sui criteri di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 545 ss.

(23) V., soprattutto, L. PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, p. 993 ss.

(24) Un tentativo di identificazione delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere legislativo fu a suo tempo realizzato da L. PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 331 ss. Quanto alla giurisprudenza costituzionale, v., ad esempio, Corte cost., 10 dicembre 1981, n. 187, in *Giur. cost.*, 1981, I, p. 1869 ss., e *Id.*, 19 novembre 1982, n. 195, *ivi*, 1982, I, p. 2067 ss. Ricostruzioni dell'orientamento accolto dal giudice delle leggi sono rinvenibili in A. LENER, *L'eccesso di potere legislativo e la Corte costituzionale oggi*, in *Foro it.*, 1982, I, p. 2693 ss., M. ANNUNZIATA, *Formazione delle leggi e brevi cenni sul vizio di eccesso di potere legislativo*, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, p. 1045 ss., e, soprattutto, A. CELOTTO, *Corte costituzionale ed "eccesso di potere legislativo"*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 3724 ss. Tende, invece, a distinguere ragionevolezza ed eccesso di potere legislativo G. SCACCIA, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Pol. dir.*, 1999, p. 408.

(25) Cfr. Corte cost., 7 marzo 1964, n. 14, in *Giur. cost.*, 1964, p. 129 ss., secondo cui ricorre un eccesso di potere legislativo allorquando, ad esempio, l'organo legislativo

3. *Tracce di coordinamento tecnico*

Nel caso di specie, tuttavia, la Corte non ha avvertito la necessità di accedere alla incerta prospettiva delineata dalla ragionevolezza e dall'eccesso di potere: il giudizio di costituzionalità verte, difatti, su di una legge regionale che, nonostante la riforma del Titolo V, continua ad essere assoggettata ad una serie di limiti e vincoli significativamente penetranti.

La specifica natura dell'atto normativo impugnato ha in qualche modo agevolato il sindacato posto in essere dalla Corte costituzionale. Lo svolgimento del procedimento induttivo di enucleazione dei principi fondamentali ha permesso a tale organo di fornire un fondamento positivo all'obbligo per il legislatore locale di subordinare l'adozione delle misure limitative in parola alla previa acquisizione di attendibili e puntuali elementi di conoscenza sulle reali caratteristiche dei trattamenti terapeutici contemplati dalla relativa disciplina. Così opinando, la Corte ha evitato di prendere posizione sulla astratta possibilità che scelte discrezionali del legislatore (sia esso statale o regionale) possano essere condizionate, orientate o persino interdette dalle valutazioni di organismi tecnici privi di legittimazione e, quindi, di responsabilità politica.

La prospettiva accolta in questa pronuncia circoscrive lo spazio d'indagine ai rapporti tra il legislatore regionale e gli organismi tecnici nazionali (visione relativa), senza investire il confronto tra il diritto e la scienza (visione assoluta).

In altri termini, la questione sottoposta all'organo di giustizia costituzionale non abbraccia i problemi associati al bilanciamento tra le ragioni sottese alle opzioni normative del legislatore e le ragioni invalse nell'attività soggetta alla interazione dei canoni scientifici: in verità, il dilemma risolto nella decisione in commento inerisce alla sfera dei rapporti tra le aspirazioni delle comunità locali, i cui interessi sono selezionati e soddisfatti dalle istituzioni regionali, e le esigenze di carattere unitario, in-

non compia alcun apprezzamento sui fini e sui mezzi necessari al conseguimento dell'obiettivo prefissato.

suscettibili di frazionamento o localizzazione territoriale, rimesse alle cure delle autorità centrali. Il percorso tracciato dal ricorso conduce la Corte a ribadire, sia pure implicitamente, la soggezione dei poteri regionali, siano essi legislativi o amministrativi, alle determinazioni tecniche assunte a livello statale e destinate ad indirizzare ed armonizzare le decisioni assunte in ambito locale in conformità a criteri tecnici necessariamente uniformi⁽²⁶⁾.

La prospettiva accolta in questa occasione finisce, dunque, col rievocare le risalenti problematiche associate alla soggezione delle funzioni regionali alle prescrizioni tecniche assunte in ambito nazionale. Per quanto possa rivelarsi legittima, anche a seguito delle recenti riforme costituzionale, l'aspirazione alla tendenziale uniformità in ordine alle regole tecniche abilitate ad operare anche nei diversi contesti locali, restano pur sempre impregiudicate le questioni controverse afferenti alle modalità di esercizio di tali prerogative statali⁽²⁷⁾.

A questo proposito, non si può fare a meno di ribadire l'inapplicabilità per così dire ontologica del principio di legalità sostanziale all'attività di coordinamento tecnico realizzata dai competenti organismi statali: risolvendosi tale azione in "prescrizioni che vengono elaborate generalmente sulla base dei principi desunti dalle cd. "scienze esatte" o dalle arti che ne sono applicazione"⁽²⁸⁾, il legislatore statale non potrebbe fissare criteri generali volti ad orientare nel contenuto le regole tecniche

(26) Sul tema, v. in particolare R. BIN, "Coordinamento tecnico" e poteri regolamentari del Governo: spunti per un'impostazione 'posteuclidea' della difesa giudiziale delle Regioni, in *Le Regioni*, 1992, p. 1449 ss.; M. GIGANTE, Alcune osservazioni sull'evoluzione dell'uso del concetto di tecnica nella giurisprudenza della Corte costituzionale, in *Giur. cost.*, 1997, p. 647 ss.; P. SANTINELLO, Ancora in tema di coordinamento tecnico e norme di attuazione dello Statuto della Regione Trentino-Alto Adige, in *Le Regioni*, 2000, p. 714 ss.; C. BUZZACCHI, Sul riparto di competenza tra Stato e Regioni in materia di parametri di sicurezza: la distinzione tra la tutela minima e quella ulteriore, *ivi*, 2001, p. 550 ss.

(27) L'accentuata duttilità di tale strumento, tale da esporne la concreta applicazione ad abusi e forzature operative, è stata sottolineata specialmente da G. MOR, *Profili dell'amministrazione regionale*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 55, e da F. TRIMARCHI BANFI, *Il regionalismo e i modelli*, in *Le Regioni*, 1995, p. 261.

(28) Corte cost., 14 marzo 1997, n. 61, in *Le Regioni*, 1997, p. 632 ss.

adottate dalle istituzioni in questione ⁽²⁹⁾.

Purtuttavia, il principio di leale cooperazione impone l'adozione di modelli di esercizio dei poteri statali in esame tali da coinvolgere a pieno titolo gli enti interessati dalle relative determinazioni. Ed in effetti l'art. 8 della legge 59/1997 interpreta opportunamente tale aspirazione, sottoponendo all'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra Stato e Regioni (ovvero con la singola Regione interessata) anche l'adozione degli atti di coordinamento tecnico.

Pertanto, in assenza di una esplicita previsione di segno contrario, le disposizioni richiamate dalla Corte al fine di enucleare i principi fondamentali vincolanti il legislatore regionale dovranno essere interpretate e, dunque, applicate in armonia con la scelta procedimentale accolta nella prima legge Bassanini.

Su questo versante, quindi, l'autonomia regionale potrebbe essere salvaguardata in misura non marginale attraverso l'attivazione di un meccanismo procedurale che, contemplando l'intesa in seno alla summenzionata Conferenza, permetta alle Regioni di contribuire alla definizione delle prescrizioni tecniche volte a orientare le diverse opzioni legislative.

4. *La primazia delle conoscenze tecniche come riflesso della tendenza alla neutralità nei processi decisionali*

L'enfasi riposta sulle capacità di autonoma e responsabile gestione delle conoscenze tecniche e scientifiche acquisite in un dato ambito professionale (v., *supra*, par. 2.1., lett. a)) e l'idea, che traspare indirettamente dal ragionamento complessivo sviluppato dalla Corte, di un cattivo esercizio della funzione legislativa (v., *supra*, par. 2.1., lett. b)) suggeriscono un ampliamento della prospettiva d'indagine oltre i confini tratteggiati dal tema dei rapporti tra la legge regionale ed i principi fondamen-

(29) Così Q. CAMERLENGO, *Coordinamento tecnico e autonomia regionale speciale*, in *Le Regioni*, 1997, p. 648, e ID., *Il monopolio statale sulle prescrizioni tecniche e la vulnerabilità dell'autonomia regionale*, in *Giur. it.*, 2001, p. 2221 ss.

tali di origine statale.

In particolare, appare lecito interrogarsi sulla reale portata, in termini di estensione oggettiva, del principio secondo cui il legislatore (regionale, secondo la Corte) non è legittimato a definire discipline idonee a limitare l'autonomia degli specialisti collocati in un determinato ambito professionale, in mancanza di una previa dichiarazione tecnica sull'efficacia e sui rischi di una certa attività terapeutica.

La Corte ha supportato tale conclusione invocando l'esistenza in materia di principi fondamentali abilitati a porre un simile vincolo al legislatore locale.

A prescindere dalla effettiva attitudine delle disposizioni richiamate dal Collegio ad assurgere a canoni basilari in grado di indirizzare ed armonizzare l'attività legislativa regionale, in realtà la soggezione del potere legislativo alle determinazioni tecniche formulate dai competenti organismi statali rispecchia un indirizzo consolidato nella giurisprudenza costituzionale, volto a rimarcare la neutralità e l'obiettività delle decisioni di matrice tecnica specialistica. Il diffuso fenomeno della neutralizzazione della politica conseguente alla erosione di spazi un tempo dominati dagli istituti giuridici a favore delle statuizioni assunte in ambito tecnico trova riscontro in pronunce della Corte costituzionale adottate in alcuni, significativi segmenti dell'ordinamento⁽³⁰⁾.

Sul versante organizzativo, la neutralità è stata in più occasioni additata quale presupposto indefettibile per l'imparzialità dell'azione svolta da organi tecnici, anche in sede di procedure concorsuali⁽³¹⁾. Inoltre, tale caratteristica ha sorretto le riflessioni sviluppate dall'organo di giustizia costituzionale in ordine alla struttura e, soprattutto, alle prerogative istituzionali delle autorità amministrative indipendenti, altra nota esemplificazione paradigmatica della summenzionata neutralizzazione della politica⁽³²⁾. Sul piano, poi, della concreta operatività ed efficacia

(30) Una puntuale e dettagliata ricostruzione è offerta da F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, p. 97 ss.

(31) Cfr. Corte cost., 15 ottobre 1990, n. 453, in *Le Regioni*, 1991, p. 1504 ss.

(32) V., a tale proposito, Corte cost., 7 novembre 1995, n. 482, in *Le Regioni*, 1996, p.

delle prescrizioni emanate in seno a tali organismi, il giudice costituzionale ha talvolta riconosciuto, anche solo implicitamente, la legittimità del recepimento delle norme tecniche in assetti normativi di carattere giuridico⁽³³⁾.

Ad ogni modo, come si è avuto modo di anticipare in precedenza, l'ambito senza dubbio interessato in maniera ragguardevole dalla prevalenza della scienza e della tecnica sul diritto oggettivo è quello dei rapporti tra la legislazione regionale e l'azione di coordinamento tecnico dispiegata da organi o enti di rilievo nazionale⁽³⁴⁾.

Insopprimibili esigenze di uniformità hanno indotto la Corte a riconoscere all'amministrazione centrale l'attitudine a garantire quel corredo di conoscenze tecniche e specialistiche tale da armonizzare la complessiva azione di governo delle istituzioni regionali. E questo anelito di coordinamento appare mosso non tanto dalla necessità di preservare interessi di dimensione sovra-regionale, quanto dal convincimento che il complesso delle regole tecniche invalse in alcuni settori della vita sociale, economica e produttiva, per sua natura non può che valere a prescindere dalle differenze esistenti in ambito locale.

Dall'orientamento giurisprudenziale appena succintamente ricostruito affiora la chiara inclinazione a circoscrivere le espressioni del potere legislativo entro confini idonei a presidiare gli spazi di estrinsecazione delle discipline specialistiche, contraddistinte dalla operatività di regole d'indole tecnica assunte ed applicate dagli stessi operatori del settore.

373 ss. Per tutti, v. M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994, *passim*.

(33) Così, ad esempio, Corte cost., 23 maggio 1964, n. 40, in *Giur. cost.*, 1964, p. 522 ss.; *Id.*, 16 marzo 1990, n. 127, in *Le Regioni*, 1991, p. 525 ss.; *Id.*, 29 gennaio 1996, n. 14, *ivi*, 1996, p. 705 ss.

(34) Senza pretesa di completezza, v. Corte cost., 27 aprile 1988, n. 472 in *Le Regioni*, 1988, p. 1633 ss.; *Id.*, 28 aprile 1989, n. 242, *ivi*, 1990, p. 1237 ss.; *Id.*, 6 febbraio 1991, n. 49, *ivi*, 1992, p. 231 ss.; *Id.*, 27 luglio 1994, n. 356, *ivi*, 1995, p. 907 ss.; *Id.*, 5 novembre 1996, n. 381, *ivi*, 1997, p. 426 ss.; *Id.*, 22 aprile 1999, n. 138, *ivi*, 1999, p. 747 ss.; *Id.*, 3 maggio 2000, n. 127, *ivi*, 2000, p. 947 ss.; *Id.*, 25 gennaio 2001, n. 31, *ivi*, 2001, p. 548 ss.

5. *Seri indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e legge regionale*

La questione risolta con la pronuncia qui considerata impone, a questo punto, di verificare se nella giurisprudenza costituzionale sia ravvisabile una asimmetria tra legge statale e legge regionale in ordine al profilo in esame. In effetti, affiora il dubbio che in presenza di un atto legislativo di matrice statale si sia affermata la propensione ad ammettere una sorta di surrogazione dell'incertezza scientifica con la certezza garantita dalle norme giuridiche, mentre ad una legge regionale non sia riconosciuta la medesima attitudine.

In un altro giudizio, peraltro definito con una sentenza espressamente rievocata nella pronuncia in commento, la Corte, di fronte alla condizione di incertezza caratterizzante un determinato trattamento terapeutico, non ha ravvisato alcun vizio di costituzionalità circa l'adozione di una disciplina legislativa carente di una previa indagine sulla appropriatezza delle cure farmacologiche in oggetto.

Invero, nella sentenza n. 185 del 1998, sul cd. multitrattamento Di Bella, la Corte costituzionale ha riconosciuto che all'epoca dell'emanazione della normativa impugnata era in corso una apposita sperimentazione al fine di appurare gli effetti e l'efficacia terapeutica di detto trattamento⁽³⁵⁾. Astenendosi dal compiere valutazioni riservate alle competenti autorità scientifiche, questo Collegio, chiamato a rimuovere eventuali vizi intorno alla lesione del diritto alla salute, polarizza l'attenzione sulla cogenza del principio di eguaglianza, non potendosi ammettere "che il concreto godimento di tale diritto fondamentale dipenda, per i soggetti interessati, dalle diverse condizioni economiche"⁽³⁶⁾.

Pertanto, in quel caso la Corte ha sindacato la legittimità costituzionale di un atto legislativo adottato in via sperimentale o, più precisamente, pur in presenza di dubbi e perplessità di ordi-

(35) Corte cost., 26 maggio 1998, n. 185, in *Giur. cost.*, 1998, p. 1510 ss.

(36) Punto 9 del considerato in diritto.

ne scientifico sulla appropriatezza della terapia considerata dallo stesso legislatore. Si potrebbe dire, allo scopo di gettare un ponte ideale tra la pronuncia del 1998 e la sentenza in esame in questa sede, che il legislatore statale intervenne in via precauzionale, confidando sulla capacità, non dimostrata dai competenti organi tecnici, del multitrattamento Di Bella di sortire effetti benefici sulle patologie interessate da tale cura. Allora, tuttavia, la Corte non rilevò alcunché di anomalo o di illegittimo nel fatto che il legislatore fosse intervenuto incentivando l'operatività di un trattamento medico dall'efficacia non testata scientificamente. In quel caso, forse, avrebbe trovato una opportuna considerazione la stessa autonomia dei medici invocata nella decisione qui analizzata.

A queste riflessioni si potrebbe obiettare che la disciplina giudicata dalla Corte costituzionale nel 1998 perseguiva proprio il fine di rendere effettiva l'autonoma valutazione del medico circa il ricorso o meno al summenzionato trattamento: infatti, senza la ricomprensione nel prontuario farmaceutico del Servizio sanitario nazionale, l'adozione di questa terapia avrebbe potuto risultare preclusa dalle condizioni di indigenza economica del singolo paziente. Senonché, anche la legge della Regione Marche in qualche misura avrebbe potuto supportare l'autonomo apprezzamento dello specialista in ordine all'impiego dell'*electroshock*. Invocando i propri principi deontologici, il medico avrebbe potuto astenersi dal praticare tale terapia pur in presenza di una esplicita richiesta del paziente o dei suoi familiari, e tale astensione avrebbe avuto un sostegno legislativo, tale da prevenire forme di responsabilità giuridica.

In un altro giudizio, definito con la sentenza n. 114 del 1998⁽³⁷⁾, di fronte ad una disciplina statale di rango primario contemplante una misura afflittiva adottabile in presenza di particolari stati di incapacità, l'incertezza scientifica relativa ai presupposti applicativi delle disposizioni impugnate non ha deter-

(37) Più precisamente, Corte cost., 16 aprile 1998, n. 114, in *Giur. cost.*, 1998, p. 965 ss., sugli artt. 94 e 95 cod. pen., nella parte in cui distinguono tra abitudine nell'ubriachezza e nell'uso di sostanze stupefacenti, e cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti.

minato alcuna dichiarazione d'incostituzionalità. Piuttosto, la Corte ha avuto modo di statuire che perché “si possa pervenire ad una declaratoria di illegittimità costituzionale occorre che i dati sui quali la legge riposa siano incontrovertibilmente erronei o raggiungano un tale livello di indeterminatezza da non consentire in alcun modo una interpretazione e una applicazione razionali da parte del giudice”⁽³⁸⁾.

Il raffronto tra la decisione appena ricordata e la sentenza 282/2002 contribuisce a corroborare la sensazione di un asimmetrico trattamento degli atti legislativi, rispettivamente statali e regionali. Nel primo caso, la Corte manifesta la propria attitudine a sanzionare l'atto normativo soltanto in presenza di un macroscopico travisamento dei dati scientifici o di incertezze tali da precludere l'esercizio della funzione giurisdizionale nella composizione processuale delle controversie. Dinanzi ad una legge regionale, l'incostituzionalità può discendere dalla carente acquisizione preliminare di tali elementi cognitivi, quindi a prescindere dal grado di incertezza riscontrabile nelle conoscenze specialistiche proprie di un dato settore.

6. *La vana invocazione del principio di precauzione*

In conclusione, l'invocazione del principio di precauzione non sembra attenuare il divario tuttora esistente tra questi due modelli di attività legislativa, come del resto insegna il rievocato caso Di Bella. Affacciatosi sulla scena internazionale in materia ambientale, il principio di precauzione ha ottenuto un formale riconoscimento in ambito comunitario con il Trattato di Maastricht sempre in tema di tutela dell'ecosistema⁽³⁹⁾.

Il rilievo assunto da tale canone nel concepimento di molteplici iniziative, statali e sovranazionali, volte ad apprestare una adeguata protezione ai valori anche indirettamente correlati a tale settore, ha condotto ad una significativa valorizzazione delle

(38) Punto 4 del considerato in diritto.

(39) Cfr. art. 174 Trattato U.E., e, ancor prima, la Carta mondiale della natura adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1982.

misure destinate a prevenire la verifica di effetti pregiudizievoli ascrivibili ad attività dall'impatto non dimensionabile con ragionevole certezza⁽⁴⁰⁾. Sicché, il principio in parola si pone attualmente come “il punto d'incontro tra l'ordinamento giuridico e le inedite forme di aggressione all'incolumità e alla salute che derivano dalle applicazioni economiche delle nuove scoperte scientifiche e tecnologiche”⁽⁴¹⁾.

È proprio l'incertezza scientifica a giustificare l'adozione di misure ispirate al principio di precauzione. Basti pensare alla Convenzione di Parigi per la protezione dell'ambiente marino dell'Atlantico nordorientale del 1992, dove si sollecitano gli Stati contraenti a non ritardare l'adozione di iniziative preventive “anche in assenza di una prova conclusiva del nesso causale tra immissioni ed effetti” o, ancor più incisivamente, alla Convenzione di Helsinki sulla protezione e l'utilizzazione dei corsi d'acqua transfrontalieri e dei laghi internazionali del 1992, dove si esclude che le parti possano esimersi dalle responsabilità derivanti da una eventuale inerzia “adducendo come motivo che la ricerca scientifica non ha definitivamente dimostrato l'esistenza di un legame di causalità tra queste sostanze [nocive], da un lato, e un eventuale impatto transfrontaliero”⁽⁴²⁾.

Peraltro, sempre a livello comunitario, la Commissione, con una comunicazione del 2 febbraio 2000, una volta riconosciuta la tendenziale ecletticità del principio di precauzione, ha affermato che le autorità competenti, poste di fronte “ad un rischio inaccettabile, all'incertezza scientifica e alle preoccupazioni della popolazione, hanno il dovere di trovare risposte”⁽⁴³⁾.

(40) Così, nella Dichiarazione di Rio del 1992 il principio in oggetto appare intimamente connesso a tale esigenza: invero, “laddove vi siano minacce di danni seri o irreversibili, la mancanza di piene certezze scientifiche non potrà costituire un motivo per ritardare l'adozione di misure efficaci in termini di costi volte a prevenire il degrado ambientale” (principio n. 15 della Dichiarazione).

(41) F. ACERBONI, *Contributo allo studio del principio di precauzione: dall'origine nel diritto internazionale a principio generale dell'ordinamento*, in *Dir. reg.*, 2000, p. 246.

(42) Cfr., al riguardo, F. ACERBONI, *op. cit.*, p. 247, nt. 6.

(43) V., ancora, F. ACERBONI, *op. cit.*, p. 250, dove ricorda che per la Commissione, le misure rese necessarie dal suddetto principio devono risultare proporzionate, non discriminatorie, coerenti, ponderate e suscettibili di revisione “alla luce dei nuovi dati scientifici”.

Inoltre, la stessa Corte di Giustizia delle Comunità europee ha avuto modo di valorizzare la portata precettiva del principio in questione: “si deve ammettere, quando sussistono incertezze riguardo all’esistenza o alla portata dei rischi per la salute delle persone, che le istituzioni possono adottare misure protettive senza dover attendere che siano esaurientemente dimostrate la realtà e la gravità di tali rischi”⁽⁴⁴⁾.

Benché in ambito nazionale non siano mancate misure volte a circoscrivere l’adozione di iniziative implicanti l’impiego di modalità operative dal dubbio impatto tecnico⁽⁴⁵⁾, rimane irrisolto il dilemma intorno alla effettiva assimilazione ontologica tra i prodotti delle attività legislative poste in essere a livello statale e, rispettivamente, regionale. Il divario, che la riforma del Titolo V avrebbe voluto superare o, quanto meno, fortemente ridimensionare, sembra permanere, al cospetto di una sorta di “riserva di scienza” idonea a contenere l’espansione delle determinazioni politiche assunte in sede legislativa. E non è chiaro se tale riserva investa l’intera produzione legislativa o soltanto quei segmenti inclusi negli spazi di operatività dell’autonomia regionale.

(44) Corte di Giustizia C.E., 5 maggio 1998, nel procedimento C-157/96, National Farmers Union, in <http://europa.eu.int/jurisp>, dove si aggiunge che “questa considerazione è corroborata dall’art. 130 R, n. 1, del Trattato CE, secondo il quale la protezione della salute umana rientra tra gli obiettivi della politica della Comunità in materia ambientale. Il n. 2 del medesimo articolo dispone che questa politica, che mira ad un elevato livello di tutela, è fondato segnatamente sui principi di precauzione e dell’azione preventiva e che le esigenze connesse con la tutela dell’ambiente devono essere integrate nella definizione e nell’attuazione delle altre politiche comunitarie”.

(45) Cfr., al riguardo, il d.P.C.M. 4 agosto 2000, che ha disposto la sospensione della commercializzazione e dell’utilizzazione di alcuni prodotti transgenici in quanto “la carenza di notizie derivanti dalla precedente fase di accertamento istruttorio (...) [al] rilascio ambientale, ai fini dell’autorizzazione semplificata sarebbe gravemente lesivo del principio di precauzione generalmente condiviso in materia”.

Titolo V e potere estero delle Regioni I vestiti nuovi dell'imperatore

di Francesco Palermo

Sommario

1. Introduzione. Problematica e definizione – 2. L'affermazione del potere estero regionale in assenza di una disciplina costituzionale – 3. La riforma costituzionale del 2001. – 3.1. (segue) La proposta di legge attuativa. – 4. La riforma, tra simboli ed efficienza – 5. (segue) Il carattere sperimentale del potere estero regionale e la portata razionalizzatrice della riforma.

1. Introduzione. Problematica e definizione

Per molti anni il potere estero delle Regioni è stato come il vestito invisibile dell'imperatore. In assenza di una sostanziale razionalizzazione del fenomeno, questo si è prodotto prevalentemente in via di fatto e consolidato essenzialmente attraverso il conflitto costituzionale, creando una situazione per alcuni aspetti paradossale: si è lasciata all'imperatore (lo Stato) l'illusione di essere vestito (titolarità formale e presuntiva di ogni relazione con soggetti non appartenenti all'ordinamento interno), mentre nella sostanza le Regioni hanno potuto intessere un fitto sistema di rapporti internazionali purché non in aperto contrasto con la politica estera statale. Come il mantello pietosamente prestato all'imperatore che si scopre nudo, la riforma del Titolo V, Parte II della Costituzione cerca di restituire una copertura normativa ad un fenomeno ormai ampiamente diffuso. Riassunti sommariamente e semplicisticamente il nocciolo del problema e il percorso compiuto, occorre ora ricostruire, in maniera più articolata, la problematica, la sua evoluzione e l'intervento del legislatore costituzionale

In primo luogo si pone un problema di definizione: cos'è il potere estero regionale? In una prima fase l'espressione sembra-

va semplicemente un ossimoro, un'antitesi retorica di due termini opposti, poiché le Regioni per definizione (implicita) non potevano avere alcun rilievo in una dimensione territoriale che non coincidesse con i propri confini geografici. Successivamente, aumentando la difficoltà di territorializzare le competenze, il riconoscimento di un margine di azione esterna alle Regioni diviene sinonimo (anch'esso implicito) del riconoscimento dell'esistenza stessa delle Regioni.

In altre parole, l'imporsi di un potere estero regionale è dovuto alla necessità di compensare in termini di separazione dei poteri il pericolo che all'internazionalizzazione di molte materie corrisponda un accentramento generalizzato in capo al potere centrale. È infatti evidente che l'esercizio "indiscriminato" da parte del Governo dello strumento internazionale potrebbe costituire, se non limitato, un doppio pericolo, potendo scavalcare in questo modo sia il controllo parlamentare sulla politica estera⁽¹⁾ sia il contrappeso in termini di deconcentrazione di poteri costituito dalle attribuzioni regionali. Si afferma così gradualmente in dottrina l'espressione "potere estero" (quasi sempre tra virgolette)⁽²⁾, pur permanendo qualche incertezza definitoria su reale significato da attribuirle.

L'accezione del concetto che qui si prospetta distingue il potere estero regionale sia dai rapporti internazionali, sia da quelli comunitari, sia infine dalla politica estera. Non si tratta di rapporti di diritto internazionale (con le precisazioni che vedremo più avanti in riferimento al *treaty making power* regionale introdotto dalla riforma costituzionale in commento) in quanto, stante la titolarità statale delle relazioni internazionali, ogni eventuale

(1) In tal senso già L. CONDORELLI, *Le Regioni a statuto ordinario e la riserva statale in materia di "rapporti internazionali"*, in *Politica del diritto*, 1973, p. 224 ss.

(2) Sull'accettabilità del termine cfr. S. BARTOLE, *La Regione, problemi generali*, in *Id.* (a cura di), *L'ordinamento regionale*, Bologna, Il Mulino, 1997, p. 43, E. GIZZI, *Il potere estero regionale*, in *Quaderni regionali*, 1981, p. 81 ss., G. LOMBARDI, *Regioni e potere estero: problemi e prospettive*, in *Conferenza per la cooperazione fra le Regioni del Mediterraneo*, Palermo 1986, p. 647 ss., I. PASINI, "Potere estero" delle Regioni: il consolidamento degli indirizzi giurisprudenziali e dottrinali nel d.P.R. 31 marzo 1994, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, p. 981 ss., eadem, *Potere estero e attività di mera rilevanza internazionale (in margine alla sentenza n. 42 del 14 febbraio 1989 della Corte costituzionale)*, in *Giurisprudenza italiana*, 1990, p. 300 ss.

azione esterna delle Regioni è irrilevante per l'ordinamento internazionale o al più preventivamente coperta da un trattato concluso dallo Stato⁽³⁾. Come ha espressamente affermato il Tribunale costituzionale federale tedesco, insomma, agire all'esterno non significa necessariamente ricorrere a strumenti di diritto internazionale⁽⁴⁾. Neppure si possono ritenere parte del potere estero regionale i rapporti delle Regioni col livello comunitario. Pur in presenza di forti analogie procedurali (e conseguentemente di soluzioni), vanno infatti tenute presenti da un lato la distinzione tra gli ambiti sempre compiuta dal legislatore (e confermata a livello costituzionale nella riforma del 2001)⁽⁵⁾, dall'altro la natura dell'ordinamento comunitario, i cui rapporti con gli ordinamenti degli Stati membri non hanno più (se mai hanno davvero avuto) natura internazionale, dovendosi riconoscere piuttosto un'analogia con le relazioni di diritto interno⁽⁶⁾. Neppure può parlarsi in senso proprio di "politica estera regionale", in quanto, pur certamente esistendo il fenomeno⁽⁷⁾, il termine risulta troppo "generico ed onnicomprensivo"⁽⁸⁾, ed espressamente contrastato dalla giurisprudenza costituzionale⁽⁹⁾.

L'espressione potere estero regionale va dunque intesa come l'insieme delle attività regionali volte a "produrre con soggetti di

(3) Cfr. l'art. 46 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, secondo cui uno Stato può invocare il vizio del consenso qualora la conclusione di un trattato sia avvenuta in violazione della ripartizione interna della competenza a stipulare.

(4) BVerfGE 2, 347 (374).

(5) Su cui cfr. per tutti T. GROPPI, *Regioni, Unione Europea, obblighi internazionali*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 133 ss.

(6) In tal senso il Tribunal constitucional spagnolo, sentenza 165/1994 del 26 maggio. Sorprendentemente contra invece la Corte costituzionale italiana, sent. 428/1997.

(7) V. con chiarezza in proposito P. PERNTHALER, *Il modello di federalismo differenziato alla luce dell'esperienza austriaca*, in S. ORTINO, P. PERNTHALER (a cura di), *La riforma costituzionale in senso federale*, Trento, Regione autonoma Trentino-Alto Adige, 1997, p. 58. La stessa formulazione di cui al nuovo art. 117, comma 12 Cost. ("Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: a) politica estera e rapporti internazionali dello Stato ...") sembrerebbe implicitamente non escludere una politica estera delle Regioni.

(8) Così P. CARETTI, *Le attività di rilievo internazionale delle Regioni*, in *Le Regioni*, 1985, p. 113.

(9) Sent. 179/1987.

altri Stati accordi, intese, dichiarazioni e altri consimili atti, dai quali scaturiscono effetti sulla politica legislativa e amministrativa delle Regioni stesse e, non di rado, vere e proprie obbligazioni”⁽¹⁰⁾. È di questo fenomeno – la cui natura e disciplina si esauriscono nell’ordinamento interno – e delle sue nuove procedure di esercizio introdotte dalla revisione costituzionale del 2001 che il presente contributo si occupa.

2. *L’affermazione del potere estero regionale in assenza di una disciplina costituzionale*

Inquadrata la portata concettuale del potere estero delle Regioni, occorre brevemente soffermarsi sulla sua affermazione ed evoluzione nell’ordinamento costituzionale italiano precedentemente all’intervento operato dal legislatore della revisione costituzionale del 2001.

Se da un lato la possibilità per le Regioni di relazionarsi con l’estero assume, come si è detto, un fondamentale ruolo di contrappeso democratico e di sopravvivenza del sistema regionale, dall’altro anche le materie di competenza regionale cessano di avere una dimensione meramente regionale, ed anche le competenze un tempo facilmente territorializzabili a livello regionale assumono oggi dimensioni (anche) nazionali, sovranazionali ed internazionali, sì da non consentire alle Regioni di essere gli unici soggetti titolari della proiezione ultraterritoriale delle stesse. Ne deriva così non solo la necessità di riconoscere la titolarità in capo alle Regioni di forme di potere estero, ma anche una contestuale limitazione della sfera regionale esclusiva in tale settore, pensando a nuove e più efficaci modalità di esercizio. È proprio nella tensione dialettica tra queste esigenze (e in definitiva tra unità e autonomia nel quadro dell’art. 5 Cost.) che la Corte costituzionale ha svolto il proprio ruolo di arbitro della “selezione naturale” (compatibilità rispetto all’ordinamento costituzionale) delle attività estere delle Regioni.

(10) Così E. GIZZI, *Il potere estero regionale*, cit., pp. 90-91.

Attraverso una copiosa giurisprudenza ⁽¹¹⁾, occasionalmente formalizzata in atti di indirizzo e coordinamento dello Stato ⁽¹²⁾, il potere estero regionale è venuto affermandosi nell'ordinamento costituzionale italiano nel corso di almeno un trentennio di contrapposizione sperimentale tra Stato e Regioni sul punto ⁽¹³⁾. Il risultato fondamentale di questa complessa evoluzione è da un lato il passaggio da una iniziale mera tolleranza statale di alcune attività regionali all'estero ad un espresso riconoscimento in capo alle Regioni della titolarità di una certa gradazione di potere estero; dall'altro, e di conseguenza, la proceduralizzazione del potere estero regionale.

L'evoluzione pretoria (e, in parte, normativa) della materia prima della riforma costituzionale del 2001 ha individuato un "nocciolo duro" di attribuzioni riservate allo Stato centrale (la determinazione delle linee di politica estera, la responsabilità internazionale e lo *ius contrahendi*); tutto il resto – ed è molto – può rientrare nell'ambito d'azione delle Regioni. Soprattutto, però, il potere estero regionale è null'altro che una procedura cooperativa, consistente nel dovere regionale di portarne a conoscenza lo Stato (o, per le attività non soggette a comunicazione, nel diritto dello Stato di informarsi) e nel corrispondente dovere statale di motivare l'eventuale blocco delle attività, salvo il sempre possibile conflitto costituzionale per la verifica del rispetto da parte di entrambi i livelli dei rispettivi doveri procedural-cooperativi.

(11) Tra le tappe principali vanno segnalate, dopo alcune timide pronunce dei primi anni '70, le decisioni 179/1987 (la *landmark decision* sul punto), 250/1988, 737/1988, 256/1989, 26/1994, 564/1988, 739/1988, 924/1988, 276/1991, 472/1992, 124/1993, 204/1993, 251/1993, 290/1993, 212/1994, 332/1998, 427/1998. Queste ed altre sentenze hanno tutte contribuito alla definizione del sistema attraverso il riconoscimento della legittimità dell'azione estera regionale nel quadro di sempre più precise e dettagliate indicazioni procedurali.

(12) In particolare il d.P.R. 616/1977, il d.P.C.M. 11 marzo 1980 e il d.P.R. 31 marzo 1994.

(13) Per una più dettagliata ricostruzione dell'evoluzione del fenomeno e per la situazione di diritto precedente alla riforma costituzionale in esame sia consentito il rinvio a F. PALERMO, *Il potere estero delle Regioni*, Padova, CEDAM, 1999. Cfr. anche A. ANZON, *I poteri delle regioni dopo la riforma costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 155 ss.

Il potere estero regionale si è insomma sviluppato con un tasso bassissimo di razionalizzazione normativa, costituendo un emblematico esempio di edificazione di un istituto per via pretoria e processual-politica. Nel suo ruolo di organo giurisdizionale di garanzia del “sistema”, la Corte ha definito, passo dopo passo, una serie di limiti giuridici allo sviluppo della dinamica politica dei rapporti tra Stato e Regioni in tema di potere estero, in ciò sollecitata dalla conflittualità tra i livelli di governo, che in questo contesto si è dunque dimostrata produttrice di nuovo diritto e strumento per l’adeguamento del sistema costituzionale alle nuove realtà⁽¹⁴⁾. La stella polare della definizione dei limiti procedurali da parte della Corte è stato il principio di leale collaborazione, gradualmente specificato nei suoi contenuti concreti e produttivo di una serie di diritti ed obblighi giustiziabili per entrambe le parti (in particolare: obbligo di tempestiva ed esauriente informazione per le Regioni, obbligo di motivazione del diniego di intesa o assenso per lo Stato, e conseguenti reciproci diritti), con ciò contribuendo a sua volta alla precisazione del ruolo del principio collaborativo quale criterio informatore di qualunque rapporto tra l’ente maggiore e l’ente minore.

Già prima della riforma costituzionale in esame, il potere estero regionale poteva dunque essere ritenuto un’attribuzione regionale propria, costituzionalmente garantita, giudizialmente attivabile, basata sul principio di leale collaborazione e suscettibile di ampliamento nel quadro della dinamica politica giuridificata dall’art. 5 Cost. Tuttavia è evidente che si tratta di un potere limitato, sia sotto il profilo sostanziale, sia dal punto di vista procedurale, sostanziandosi in un sistema di *checks and balances* piuttosto complesso, così sintetizzabile:

- riserva allo Stato della determinazione della politica estera, della conclusione dei trattati internazionali e del controllo sulle attività regionali (per il principio di unità e indivisibilità della Repubblica);
- possibilità per le Regioni di esercitare il potere estero in materie di loro competenza (contrappeso generale fondato sul

(14) Cfr. R. BIN, *L’importanza di perdere la causa*, in *Le Regioni* 1995, p. 1012 ss.

principio autonomistico della Costituzione). In taluni casi, se la natura della funzione esercitata lo richiede, la qualità di ente politico ed esponenziale della Regione può far sì che siano proiettabili verso l'esterno anche competenze non strettamente previste, ma soltanto funzionalmente connesse alle competenze regionali (deroga al limite dell'enumerazione delle competenze regionali); tuttavia, ciò è possibile solo in quanto non importi l'assunzione di obblighi internazionali da parte dello Stato (contrappeso in favore dello Stato fondato sulla *ratio* intrinseca della regola generale); in ogni caso, su qualunque attività internazionale delle Regioni il Governo ha diritto di essere informato e di informarsi, e ad esso spettano sempre il potere di verificarne la compatibilità con gli indirizzi di politica estera dello Stato e il conseguente potere di diniego (per la competenza esclusiva in materia di politica estera); comunque, essendo le possibili attività regionali assai diverse per contenuto e non essendo sempre idonee a incidere sulla politica estera, esistono diverse gradazioni del controllo statale (contrappeso in favore di una maggiore rapidità e certezza nell'azione delle Regioni); in ogni caso, attraverso il conflitto di attribuzione, è possibile rendere giustiziabili davanti alla Corte le rispettive condotte (contrappeso giurisdizionale di chiusura del sistema, che di fatto ha operato in favore di un sempre crescente ambito d'azione regionale).

L'intervento normativo, laddove realizzatosi, ha per alcuni versi meramente formalizzato le acquisizioni della giurisprudenza costituzionale sul punto, e per altri complicato la situazione. È il caso, ad es., della (apparente?) abrogazione del potere di indirizzo e coordinamento da parte della legge "Bassanini" (l. 59/1997) ⁽¹⁵⁾. Di conseguenza, insomma, la situazione, sostan-

(15) L'art. 8, comma 5 della l. 59/1997 ha abrogato l'art. 3 della l. 382/1975 e soprattutto l'art. 4, comma 2 d.P.R. 616/1977, che disponeva l'applicazione della funzione di indirizzo e coordinamento anche alle attività svolte all'estero dalle Regioni. Tuttavia, attraverso un'opera di ritaglio dell'art. 4, comma 1 del d.P.R. 616, rimanevano in capo allo Stato le funzioni attinenti, tra l'altro, ai rapporti internazionali. Sembra così eliminato il potere statale di indirizzo e coordinamento nell'esercizio del potere estero regionale, sottraendo il fondamento normativo al relativo regime dei controlli, e più in particolare, stando all'esito letterale del combinato disposto delle norme, al meccani-

zialmente inalterata di fatto, si trovava in un vicolo cieco sotto il profilo giuridico, e si rendeva indispensabile un qualche intervento razionalizzatore sul punto. Stato e Regioni, obbligati a cooperare in materia, hanno così finto per anni di intendersi ritenendo tuttavia, entrambi a ragione, il potere estero esercitato dalle Regioni quale loro attribuzione esclusiva, sia pure reciprocamente limitata.

Ed è proprio sui rispettivi limiti procedurali elaborati e sanzionati dalla Corte che le posizioni si sono potute – volenti o nolenti – incontrare. Il paradosso è potuto continuare per l'operatività di retaggi storici (natura derivata del potere regionale), nonostante la pressoché costante giurisprudenza della Corte indichi che l'esercizio di un limitato potere estero rientra tra le competenze proprie delle Regioni, costituzionalmente garantite e giudizialmente attivabili.

La regola, insomma, era già la limitazione del potere estero regionale, non già il suo esercizio.

simo dell'intesa per le attività promozionali svolte all'estero dalle Regioni. A rigore non dovrebbe invece essere stato modificato il regime dell'assenso (quando previsto), per le attività di mero rilievo internazionale, visto che la l. 59/1997 non incide sull'atto di indirizzo e coordinamento del 1994. Ad una più attenta lettura, tuttavia, la modifica introdotta dalla l. 59/1997 non sembra avere avuto immediate conseguenze sul piano pratico, giacché, dopo la sostituzione del d.P.C.M. del 1980 ad opera del d.P.R. del 1994, non esisteva più nell'ordinamento italiano un fondamento normativo dell'atto di indirizzo e coordinamento relativo al potere estero regionale. Sorge a questo punto il problema di giustificare la possibilità per lo Stato di esercitare comunque in via amministrativa un potere di indirizzo e coordinamento pur in assenza di una esplicita autorizzazione legislativa. A questo proposito, giova ricordare che la Corte costituzionale, nella sent. 425/1995, ha qualificato l'atto di indirizzo e coordinamento quale atto di autoregolamentazione del Governo, al fine di conciliare la necessità di un atto di indirizzo e coordinamento in materia con la mancanza di una sua autorizzazione legislativa. Questa ricostruzione spiegherebbe l'incertezza sul punto della legge Bassanini, ma aprirebbe una nuova aporia, consistente in un giro di vite sotto il profilo dogmatico (tutto il potere estero è del Governo, che lo esercita a sua totale discrezione, anche attraverso le Regioni) proprio attraverso un atto normativo (la l. 59/1997) che allarga di molto (sia pure indirettamente) le possibilità di azione estera delle Regioni ampliandone gli ambiti competenziali. Se così fosse, però, si darebbe una situazione di "illegalità tollerata" in materia di potere estero regionale. Per questo ed altri esempi cfr. F. PALERMO, *Il potere estero*, cit., p. 205 ss.

3. *La riforma costituzionale del 2001*

Il percorso di giuridicizzazione del potere estero regionale nell'ordinamento italiano, passato dapprima dalla finestra della dottrina, poi dalla porta secondaria della giurisprudenza costituzionale, infine dall'anticamera degli atti di indirizzo e coordinamento, rendeva insomma improcrastinabile il suo ingresso anche dalla porta principale della disciplina costituzionale. Dopo la sua inclusione nel progetto di riforma elaborato dalla commissione bicamerale della XIII legislatura⁽¹⁶⁾, la materia ha trovato riconoscimento nel nuovo art. 117 Cost.

Il quadro delineato dal nuovo art. 117 Cost. prevede la riserva alla competenza legislativa esclusiva dello Stato della “politica estera, [dei] rapporti internazionali dello Stato e [dei] rapporti dello Stato con l'UE” (art. 117, comma 2, lett. a), la competenza legislativa concorrente in materia di “rapporti internazionali e con l'UE delle Regioni” e di “commercio con l'estero” (art. 117, comma 3), la competenza regionale per “l'attuazione e l'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione Europea” (art. 117, comma 5) e la possibilità per le Regioni, nelle materie di propria competenza, di “concludere accordi con Stati e intese con enti territoriali interni ad altro Stato, nei casi e con le forme disciplinati da leggi dello Stato” (art. 117, comma 9).

In questo quadro, nei primi commenti che la dottrina ha dedicato alla disciplina del potere estero regionale prevista dalla riforma, si sono essenzialmente evidenziati due aspetti, entrambi condivisibili. Da un lato si è sottolineata la natura di “bilancio”, sul punto, della revisione costituzionale, che per molti versi si è in effetti limitata a costituzionalizzare la situazione (di fatto e) di diritto venutasi a creare con l'evoluzione normativa e giurisprudenziale dei decenni precedenti⁽¹⁷⁾. Dall'altro si è evidenziato il

(16) Su cui cfr. R. BIFULCO, *Le forme cooperative e l'attività internazionale delle Regioni (art. 61)*, in V. ATRIPALDI, R. BIFULCO (cur.), *La Commissione parlamentare per le riforme costituzionali della XIII legislatura*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 114 ss.

(17) In tal senso T. GROPPI, *Regioni, Unione Europea, obblighi internazionali*, cit., p. 134.

momento innovativo costituito dalla nuova previsione del potere di conclusione di accordi e intese riconosciuto alle Regioni dal nuovo art. 117, comma 9⁽¹⁸⁾. Così, se in tema di rapporti comunitari (ma più in generale sotto il profilo procedurale), la nuova cornice costituzionale si limita fondamentalmente a formalizzare le acquisizioni della giurisprudenza e della successiva legislazione ordinaria, è innegabile che la previsione dello *ius contrahendi* in capo alle Regioni costituisca una novità rispetto all'ordinamento precedente. Del resto, questo instabile equilibrio tra continuità e innovazione ha fortemente caratterizzato, come si è visto, tutta l'evoluzione del settore in esame.

Qui pare opportuno aggiungere un ulteriore elemento di riflessione, segnalando la contraddittorietà della nuova disciplina costituzionale (che, come si vedrà, presenta inevitabili ricadute anche sul disegno di legge governativo per la sua attuazione) per un equivoco di fondo che la ispira: la considerazione delle attività estere – e finanche della “politica estera”, art. 117, comma 2 lett. a) – come materie in senso proprio. In realtà, come si è visto, il fenomeno in oggetto altro non è che la procedura di esercizio in proiezione esterna di attribuzioni e competenze espressamente o implicitamente spettanti alle Regioni sul piano interno. Una procedura, inoltre, che, in quanto tale, poco ha a che vedere col piano esterno, riguardando le modalità di cooperazione delle Regioni con lo Stato (unico titolare della responsabilità internazionale) prima che con enti stranieri.

In altre parole, viene da chiedersi se la via seguita sia la più efficace per consentire una maggiore certezza del diritto sul punto, stante la natura procedurale e non già materiale del potere estero regionale. E quindi, poiché il problema fondamentale della disciplina del potere estero regionale è la predisposizione di efficaci meccanismi di cooperazione tra lo Stato e le Regioni, è questa la migliore soluzione cooperativa possibile?

Da una lettura sistematica della nuova disciplina dettata dal

(18) Per questa lettura v. B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 117, e F. PIZZETTI, *L'evoluzione del sistema italiano fra “prove tecniche di governance” e i nuovi elementi unificanti. Le interconnessioni con la riforma dell'Unione Europea*, in www.federalismi.it.

novellato art. 117 Cost., sembra di potersi dedurre che l'intervento del legislatore della revisione abbia avuto tre fondamentali conseguenze: *a)* fornisce una copertura costituzionale (per quanto aperta) al potere estero regionale, *b)* lascia inalterato il sistema procedurale dei rapporti tra Stato e Regioni sul punto, consentendo tuttavia una sua potenziale ridefinizione e *c)* introduce un elemento di novità attraverso il riconoscimento del potere regionale di stipulare accordi e intese.

Il primo obiettivo emerge dalla disposizione di cui all'art. 117, comma 3, che stabilisce la competenza legislativa concorrente in "materia" di rapporti internazionali delle Regioni e di commercio con l'estero. Poiché i rapporti internazionali delle Regioni non possono essere definiti una "materia" ma una procedura, la novella costituzionale pare da un lato idonea a formalizzare la situazione precedente, in cui, come si è visto, l'essenza del potere estero regionale è venuta affermandosi come procedura (anche se non materia) "concorrente" per eccellenza. Dall'altro, e soprattutto, stante l'assenza di un organo in grado di convogliare in modo unitario e uniforme la cooperazione tra Stato e Regioni (la vera grande lacuna della riforma costituzionale in esame), la disposizione in parola pare idonea a costituire il fondamento costituzionale di leggi procedurali per la collaborazione tra Stato e Regioni sul punto, attraverso l'emanazione di leggi statali che determinino i principi fondamentali (verosimilmente riproducibili di quanto già emerso in diversi decenni di giurisprudenza costituzionale) e consentano poi alle diverse Regioni di approvare leggi di dettaglio, anche idonee a differenziare la rispettiva posizione in ambito di rapporti internazionali. In altre parole, il forte deficit di formalizzazione cooperativa della riforma potrebbe essere colmato, in questo settore, attraverso un uso "procedurale" della nuova competenza legislativa concorrente ⁽¹⁹⁾. La mancata attivazione della competenza legislativa

(19) Inoltre, per le Regioni speciali, sembra ipotizzabile un uso procedurale anche delle norme di attuazione degli statuti, finora sempre utilizzate in chiave di rivendicazione di nuove competenze, ma potenzialmente adatte anche a disciplinare aspetti procedurali: poiché appare innegabile che l'azione estera influenzi in modo determinante la concreta attuazione degli statuti, l'utilizzo delle norme di attuazione per la disciplina di

concorrente lascerebbe insomma inalterata la situazione attuale, col fondamento della disciplina delle attività estere delle Regioni essenzialmente nel principio cooperativo e nella giurisprudenza costituzionale, mentre un suo utilizzo avrebbe come conseguenza la regolamentazione (a copertura costituzionale) dei rapporti tra Stato e Regioni in tema di potere estero regionale.

Quanto al commercio con l'estero, questo sembra più facilmente ricostruibile quale materia in senso proprio. Qui pare più agevole l'approvazione di leggi secondo lo schema della competenza concorrente, ma, al di là di questa possibile novità, non può mancare di segnalarsi la sostanziale analogia tra il "commercio con l'estero" e le "attività promozionali" già riconosciute come attività a carattere economico-commerciale fin dal d.P.R. 616/1977. Queste, anzi, hanno costituito e costituiscono la gran parte delle attività estere delle Regioni, e sono quindi già assoggettate ad un procedimento cooperativo con lo Stato secondo le regole già esposte.

Il secondo aspetto (mantenimento del preesistente sistema procedurale dei rapporti tra Stato e Regioni sul punto, delineato dalla giurisprudenza costituzionale e dalla legislazione precedenti) è logica conseguenza del tenore costituzionale della disposizione, volta a dettare regole generali e non adatta ad intervenire sulle singole procedure collaborative. Potrà eventualmente essere la legge di attuazione ad intervenire sul punto, ma come si vedrà anche la relativa proposta non sembra modificare la sostanza di quanto già avviene.

Il terzo ed ultimo aspetto è rappresentato dall'innovazione del riconoscimento alle Regioni della capacità di stipulare. Non pochi sono i problemi interpretativi che questa novità e una certa genericità della formulazione suscitano. Ci si limiterà a segnalarne tre: la portata del criterio delle "competenze" che consen-

procedimenti differenziati di collaborazione tra Regioni speciali e Stato sul punto appare quanto meno una possibile soluzione. Un antecedente interessante in tal senso è costituito dal d.lgs. 266/1992, che ha dettato regole per la disciplina dei rapporti tra la normativa statale e regionale/provinciale in Trentino-Alto Adige e che, pur rappresentando un *unicum* nel panorama delle normative di attuazione degli statuti speciali, e pur risultando ora verosimilmente travolto dalla riforma, rappresenta un interessante modello di riferimento.

tono l'esercizio del *treaty making power* regionale; la possibilità di tipizzare i limiti alle attività regionali; la questione relativa alla soggettività internazionale delle Regioni.

In primo luogo, sembra innanzitutto di doversi ritenere, in chiave sistematica, che l'espressione "materie di competenza" regionale di cui all'art. 117, comma 9 includa tutte le tipologie di competenze regionali e non solo quelle esclusive. Probabilmente inoltre, stante l'evoluzione della materia e il carattere in buona parte ricognitivo della riforma, neppure il criterio delle competenze in senso stretto sembra stringente, in quanto la giurisprudenza costituzionale aveva già riconosciuto che non è necessaria una stretta correlazione tra le competenze delle Regioni e la loro capacità di agire internazionalmente⁽²⁰⁾. Ne risulta un'elevata discrezionalità politica nella valutazione della reale portata della "competenza" regionale, con conseguente probabilità di risoluzione in via cooperativa o di conflitto costituzionale.

In secondo luogo, l'art. 117, comma 9 prevede che lo *jus contrahendi* delle Regioni potrà essere esercitato "nei casi e con le forme disciplinati dalle leggi dello Stato", rinviando alla legislazione ordinaria la scelta tra una tipizzazione dei possibili accordi o la concessione di ampi margini da colmare in via negoziale e politica (ed eventualmente giurisdizionale). Si è segnalata l'esigenza della predisposizione di un catalogo di casi in cui sia possibile l'attivazione internazionale delle Regioni, al fine di impedire che la potestà statale esclusiva in "materia" di politica estera possa essere violata da accordi e intese regionali⁽²¹⁾. A tal fine occorre segnalare come non solo il disegno di legge governativo non si orienti in questa direzione (v. *infra*), ma anche come l'esperienza abbia mostrato l'impossibilità di tipizzare nel dettaglio le attività estere regionali⁽²²⁾. Certo, la legge statale

(20) Cfr. sentt. 829/1988, 276/1991 e 472/1992.

(21) In tal senso C. PINELLI, *Regioni e rapporti internazionali secondo l'art. 117 Cost.*, in www.federalismi.it. Cfr. anche P. BILANCIA, *Un nuovo ruolo per le regioni in materia di rapporti internazionali?*, in www.federalismi.it.

(22) Ricorda correttamente G. DI COSIMO, *La delega legislativa dopo la riforma del Titolo V: primi riscontri*, in questa *Rivista*, 2002, p. 317, che la determinazione dei principi fondamentali da parte dello Stato nelle materie concorrenti, rimessa alla "legislazione", può avvenire anche attraverso decreti. Questa soluzione non cambie-

potrebbe indicare una lista di possibili accordi e intese (a contenuto economico, tecnico, culturale, *ecc.*, come infatti fa il ddl governativo), ma un simile catalogo non potrebbe ritenersi esaustivo, avendo comunque carattere generico e dovendo necessariamente lasciare alla prassi l'inquadramento concreto della singola attività regionale negli ambiti tematici individuati dalla legge (come si può dire a priori, ad es., se un accordo o un'intesa hanno contenuto economico, culturale, tecnico, *ecc.*?)⁽²³⁾.

Un dibattito si è infine aperto relativamente alla possibilità che la disposizione riconosca la soggettività internazionale delle Regioni. Ciò che appare determinante, a tal fine, è che lo Stato, pur riservando alle Regioni la competenza a stipulare in materie di propria competenza, si è posto nelle condizioni di poterla limitare, per cui sembra preferibile l'interpretazione di chi parla di "legittimazione internazionale" delle Regioni a seguito della riforma⁽²⁴⁾, indicandone così la dimensione interna seppur destinata a proiettarsi sul piano dell'ordinamento internazionale. E a ben vedere, solo attraverso il riconoscimento della dimensione meramente interna della disposizione sembra possibile inquadrare il rapporto tra fonti derivanti da obblighi internazionali, e segnatamente argomentare la possibilità che gli atti internazionali delle Regioni possano in ipotesi vincolare lo Stato⁽²⁵⁾. Un'ulteriore conferma viene dalla terminologia impiegata dal legislatore della revisione⁽²⁶⁾. La disposizione in esame distingue infatti gli atti in cui si può sostanziare il *treaty making*

rebbe però il nostro problema perché, come ricordato dall'A., il decreto non potrebbe fissare né i veri principi, né le norme di dettaglio, per cui nelle materie concorrenti non vi sarebbe spazio per i decreti legislativi. Tutto ciò anche ammesso e non concesso che un decreto (per quanto più dettagliato di una legge) o qualunque altro atto possa tipizzare le tipologie di attività regionali.

(23) Un tentativo in tal senso era contenuto nel d.P.R. 31 marzo 1994. Cfr. D. FLORENZANO, *Le attività promozionali all'estero delle Regioni e la legge 15 marzo 1997 n. 59*, Trento, 2000, p. 48 ss.

(24) B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma...*, cit., p. 118.

(25) Si vedano in particolare le riflessioni di E. CANNIZZARO, *La riforma "federalista" della Costituzione e gli obblighi internazionali*, e L.S. ROSSI, *Gli obblighi internazionali e comunitari nella riforma del titolo V della Costituzione*, entrambi nel *Forum dei quaderni costituzionali*, www.unife.it/forumcostituzionale/index/html.

(26) Su cui v. A. D'ATENA, *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione Europea*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

power regionale, denominando “accordi” quelli conclusi con gli Stati e “intese” gli atti stipulati “con enti territoriali interni ad altro Stato”. Si riprende dunque la terminologia della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati⁽²⁷⁾, ma questo rinvio non può trarre in inganno, giacché la stessa Convenzione prevede di applicarsi solo ai trattati conclusi tra stati (art. 1), pur potendosi estendere agli accordi tra stati ed altri soggetti “ogni norma [...] alla quale essi sarebbero soggetti in virtù del diritto internazionale”. Inoltre la giurisprudenza costituzionale ha avuto più volte modo di ricordare (sia pure sotto il regime previgente) la “esclusiva soggettività internazionale dello Stato, che non consente il frazionamento o la pluralità di titolari della politica estera”⁽²⁸⁾. Deve quindi ritenersi che la revisione costituzionale non abbia modificato sostanzialmente la situazione precedente.

3.1. (segue) *La proposta di legge attuativa*

Il già ricordato equivoco costituzionale tra competenze e procedure, unito alla riserva di legge contenuta all’art. 117, comma 9 Cost., rende particolarmente importante la legge attuativa in materia di *treaty-making power* regionale e, più in generale, di disciplina dei rapporti collaborativi tra livelli di governo in tema di potere estero delle Regioni.

Il disegno di legge del Governo, recante disposizioni per l’adeguamento dell’ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3⁽²⁹⁾, dedica all’attività internazionale delle Regioni l’art. 4. Si dispone innanzitutto (comma 1) che le Regioni e le Province autonome provvedano direttamente, nelle materie di propria competenza legislativa, all’attuazione e all’esecuzione degli accordi internazionali ratificati, previa informazione al Governo e fermo restando il potere sostitutivo di quest’ultimo in caso di inadempienza. Anche in questo caso (ma

(27) Il cui art. 2 distingue tra trattati, accordi e intese. Lo ricorda correttamente P. BILANCIA, *Ancora sulle competenze delle Regioni in materia di rapporti internazionali*, in www.federalismi.it.

(28) Così sent. 342/1996.

(29) AS 1545 XIV legislatura (cd. “ddl La Loggia”).

è un problema che risale in molta parte già al testo della riforma costituzionale) il linguaggio non è cristallino: il riferimento sembra essere agli “accordi internazionali ratificati” dallo Stato (e da questo conclusi), in attuazione della previsione dell’art. 117, comma 5 Cost., perché gli accordi e le intese delle Regioni non sono soggetti a procedimento di ratifica. In tal caso la previsione è in larga parte superflua, introducendo una procedura di controllo da parte del Governo ma non aggiungendo particolari novità rispetto alla situazione precedente. Qualora invece il riferimento fosse agli accordi regionali, oltre al problema della ratifica resterebbe l’inutilità di una previsione ovvia.

Molto più chiare nella forma e nel contenuto le disposizioni dei commi 2 e 3 dell’art. 4, che disciplinano le procedure per la conclusione dei “trattati” internazionali da parte delle Regioni (accordi o intese). Con apprezzabile sforzo di superamento del criterio della materia, il comma 2 dispone che le intese con enti territoriali interni ad altri Stati possono riguardare in generale tutte le attività “dirette a favorire il loro sviluppo economico, sociale e culturale, nonché le attività di mero rilievo internazionale”. Dunque le Regioni potranno trasformare in intese con enti substatuali esteri le attività che sotto la vigenza della normativa precedente (il d.P.R. 31 marzo 1994) si definivano promozionali (la formula “sviluppo economico, sociale e culturale” indicava infatti tali attività) e di mero rilievo internazionale.

Anche i vincoli sono quelli che operavano in precedenza per lo svolgimento delle attività in questione: le intese non possono contenere “valutazioni relative alla politica estera dello Stato, né possono assumere impegni dai quali derivino obblighi od oneri finanziari per lo Stato o che ledano gli interessi” degli altri enti territoriali e locali. Analoga nella sostanza resta infine la procedura per la conclusione delle intese, sostanziandosi in definitiva in un obbligo di informazione al Governo⁽³⁰⁾.

La figura dell’intesa con enti territoriali esteri sostituisce insomma le precedenti attività promozionali e di mero rilievo in-

(30) Comunicazione al Dipartimento per gli affari regionali e al Ministero degli esteri, per consentire eventuali osservazioni entro 30 giorni.

ternazionale. Si tratta in ultima analisi solo di un cambio del *nomen iuris*, restando sostanzialmente invariata la procedura di conclusione (il che, come si è detto, in quest'ambito corrisponde alla sostanza). Viene allora da chiedersi perché, in presenza delle medesime attività e nella volontà di mantenerne invariata la disciplina, la nuova legge non abbia semplicemente ripreso i contenuti del precedente atto di indirizzo e coordinamento del 1994, così tra l'altro superando in via definitiva l'incertezza normativa in cui gli atti di indirizzo e coordinamento si trovano a partire dall'entrata in vigore dell'art. 8 della l. 59/1997 (continuando ad applicarsi nella prassi senza avere più una base giuridica certa).

La conclusione che se ne trae è che la nuova disciplina non si discosta dalla vecchia se non sotto l'aspetto terminologico (intese invece che attività promozionali e di mero rilievo internazionale), vanificando la portata potenzialmente innovativa del nuovo art. 117, comma 9 Cost. Anzi, la procedura di informazione obbligatoria prevista per entrambe le attività ora sussunte nella categoria delle intese viene paradossalmente a configurarsi come più rigida di quella precedente, sotto la cui vigenza molta parte delle attività di mero rilievo internazionale (visite di studio, scambi, ecc.) era stata sottratta al regime della previa comunicazione al Governo. Il nuovo regime risulta insomma più restrittivo del precedente, anche se l'obbligo generalizzato di comunicazione al Governo rappresenta senza dubbio la migliore garanzia di copertura cooperativa da parte dello Stato per le attività estere delle Regioni.

In questo modo, tuttavia, la nuova disposizione cerca di risolvere un problema postosi sotto la vigenza della precedente normativa, riguardante la disciplina della concreta collaborazione tra Regioni e Stato nello svolgimento delle attività di mero rilievo internazionale. Queste potevano bensì essere condotte, almeno in alcuni casi, senza obbligo di previa comunicazione al Governo (com'è ovvio, essendo impensabile un dovere di informazione, ad es., per ogni viaggio all'estero di un funzionario o assessore regionale), ma in caso di conflitto promosso dallo Stato sull'attività estera regionale tale mancata informazione già di per sé costituiva, per ormai costante giurisprudenza costitu-

zionale, motivo sufficiente per dichiarare illegittima l'attività della Regione ⁽³¹⁾. Il disegno di legge del Governo sembra ora assicurare la possibilità (di fatto l'obbligo) per le Regioni di concludere, con le procedure indicate, una sorta di "intesa sulle intese", un'intesa di carattere generale ed ampio volta a coprire tutte le attività di mero rilievo internazionale conseguenti allo scopo dell'intesa, dando per presupposto il consenso implicito dello Stato ad attività funzionalmente connesse a quelle coperte dall'intesa generale (come continua ad essere, per ovvie ragioni quantitative, per le attività di mero rilievo internazionale di Comuni, Province e Città metropolitane, che questi, per il ddl in esame, possono "continua[re] a svolgere nelle materie loro attribuite", art. 3 comma 7).

La soluzione dell'intesa sulle intese potrebbe rivelarsi positiva ed efficace, almeno in condizioni fisiologiche. Non va tuttavia dimenticato che, in quest'ambito, situazioni patologiche possono ed anzi devono verificarsi per la sperimentalità della "materia" ⁽³²⁾, e la loro soluzione non può che trovare sbocco nel principio collaborativo concretizzato nel singolo caso dalla Corte costituzionale: così ad es., anche in presenza di un'intesa sulle attività di mero rilievo internazionale, se un Presidente di Regione esprime all'estero indicazioni contrastanti con le linee della politica estera dello Stato, il Governo potrebbe comunque ricorrere al conflitto costituzionale, con la certezza quasi assoluta (in base alla consolidata giurisprudenza della Corte) di ottenere ragione. Nonostante i meritori tentativi di regolamentazione, insomma, il potere estero regionale continuerà a funzionare solo se ed in quanto funzioni il principio collaborativo, e questo soprattutto perché non si tratta di una materia ma di procedure di esercizio di competenze, tra l'altro mai compiutamente definite.

(31) Cfr. e *pluribus* sentt. 739/1988, 472/1992, 124/1993, 428/1997, 331/1998.

(32) L'edificazione in via conflittuale del potere estero regionale ha consentito la creazione di nuovo diritto proprio sulla scorta dei casi anomali. L'attività della Corte costituzionale sul punto, pertanto, deve correttamente ritenersi non già creativa del potere estero regionale, ma semplicemente evolutiva dello stesso: una sorta di darwinismo costituzionale che ha consentito lo sviluppo della specie "potere estero regionale" sulla base di progressive deviazioni dal modello originario (riserva statale), selezionando le attività più adatte alla sopravvivenza nell'ordinamento in evoluzione.

Realmente nuova è invece l'opportunità per le Regioni di concludere accordi con Stati esteri, disciplinata nel dettaglio dall'art. 3 comma 3 del ddl governativo. Vi si dispone che le Regioni possono stipulare due diversi tipi di accordi con gli Stati: "accordi esecutivi ed applicativi di accordi internazionali regolarmente entrati in vigore" e "accordi di natura tecnico-amministrativa o [...] programmatica". Stante l'incontrastata riserva allo Stato della determinazione della politica estera, la proposta correttamente distingue tra accordi esecutivi e applicativi di trattati internazionali già conclusi dallo Stato (in cui la volontà politica è già stata espressa dal livello di governo competente e che dunque non presentano rischi di intromissione regionale nella politica estera statale) e accordi, per così dire, "propri" delle Regioni, per i quali si esplicita il limite del "rispetto della Costituzione, dei vincoli derivanti dagli impegni internazionali e dalle linee e dagli indirizzi di politica estera italiana, nonché dei principi fondamentali dettati dalle leggi dello Stato". Mentre la prima categoria di accordi non minaccia la continuità della politica estera dello Stato, è la seconda a necessitare di limitazioni circostanziate, dalle quali si desume che tali accordi non possono in nessun caso avere natura politica né possono venire in essere senza la totale acquiescenza dello Stato, anche in considerazione della possibilità, già puntualmente evidenziata in dottrina³³, che i "trattati" regionali, per il principio della superiorità degli obblighi internazionali, vincolino anche il legislatore statale.

In quest'ottica possono leggersi le limitazioni procedurali per l'esercizio del *treaty-making power* regionale: la Regione deve dare "tempestiva comunicazione" delle trattative al Governo (sulla portata della tempestività può evidentemente esercitarsi una valutazione discrezionale del Governo, salvo, immaginiamo, un potere di ricorso al conflitto costituzionale da parte della Regione interessata per far accertare la sussistenza della tempestività nel caso concreto). Il Ministero degli esteri "può indicare principi e criteri da seguire nella conduzione dei negoziati"

(33) E. CANNIZZARO, *op. cit.*

(eventualmente attraverso l'assistenza delle rappresentanze diplomatiche all'estero) e mantiene comunque un potere di controllo finale, precedente alla sottoscrizione dell'accordo, per l'accertamento della sua "opportunità politica" e della sua legittimità. Solo dopo tale accertamento il Governo conferisce alla Regione i pieni poteri di firma previsti dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Com'è evidente, il criterio dell'opportunità politica non potrà essere contestato in via giurisdizionale dalle Regioni, in ciò manifestandosi una discrezionalità assoluta del Governo sull'esercizio del *treaty-making power* regionale, ribadita anche dalla previsione del successivo comma 5 dello stesso art. 3, in cui si stabilisce il potere del Ministero degli esteri di rappresentare in qualsiasi momento alla Regione interessata "questioni di opportunità politica" inerenti alle attività estere, e "in caso di dissenso [di] chiedere che la questione sia portata in Consiglio dei ministri".

4. *La riforma tra simboli ed efficienza*

In definitiva, le Regioni, nell'esercizio del loro neoistituito *treaty-making power*, altro non saranno che il braccio del Governo, che agirà internazionalmente per loro tramite se e in quanto decida di farlo. Un *treaty-making power* regionale, insomma, tale solo nella forma, e che si esaurisce nella sostanza in un mero diritto di proposta da parte delle Regioni, sempre discrezionalmente limitabile dal Governo. Un simulacro, uno strumento che può consentire alle Regioni di giocare a fare gli Stati sul teatrino internazionale, ma nulla più.

E non poteva essere altrimenti. Anche negli altri ordinamenti in cui si riconosce un potere internazionale alle Regioni, questo è esercitabile solo in quanto e nella misura in cui ciò sia condiviso dallo Stato. Lo strumento dell'accordo in capo alle Regioni nasce insomma giuridicamente obsoleto, tanto che ordinamenti che tradizionalmente lo prevedevano per la loro genesi federativa (come quello tedesco), hanno introdotto fin dall'inizio meccanismi di raccordo volti a trasferire il potere di stipulare in capo

al livello centrale, in cambio di efficaci garanzie di partecipazione regionale alla formazione della volontà generale⁽³⁴⁾. Anche ordinamenti che hanno introdotto il *treaty-making power* regionale solo in seguito a pressioni rivendicative degli enti substatali (come l’Austria, nel 1988) non hanno poi mai visto perfezionarsi alcun accordo internazionale stipulato da una Regione, essendosi evidentemente scelte altre vie, più efficaci e meno formalizzate, per l’azione estera dei *Länder*. L’unica parziale eccezione a questa regola è il caso belga, dove all’introduzione del potere di Regioni e Comunità di concludere accordi internazionali è seguita una prima fase di “euforia internazionale” degli enti substatali, che hanno prodotto numerosi accordi, poi comunque drasticamente ridotti dopo alcuni anni di sperimentazione della loro sostanziale inutilità. È facilmente prevedibile che anche la prassi delle Regioni italiane si incamminerà sulla stessa strada: pochi trattati regionali meramente simbolici (su cui potrebbe concentrarsi la maggiore conflittualità col governo) e moltissimi rapporti concreti gestiti attraverso procedure poco formalizzate e necessariamente cooperative.

Né la riforma costituzionale né il ddl governativo di attuazione affrontano aspetti che avrebbero necessitato di un chiarimento. In particolare, rimane il problema del rapporto tra la nuova legge attuativa della riforma costituzionale del 2001 e l’atto di indirizzo e coordinamento in materia di rapporti esteri delle Regioni (d.P.R. 31 marzo 1994). Se, come sembra di doversi ritenere, la nuova legge assorbirà l’atto di indirizzo e coordinamento, verranno meno tutte le regole procedurali previste dal decreto del 1994 per le attività promozionali e di mero rilievo internazionale. Ma poiché tali regole sono state sviluppate dalla giurisprudenza costituzionale⁽³⁵⁾ e dato che il conflitto tra Stato e Regioni sul punto non sembra destinato a cessare (nono-

(34) In tal senso l’accordo di Lindau del 1957 tra i *Länder* e la Federazione, su cui diffusamente B. HARTUNG, *Die Praxis des Lindauer Abkommens*, Köln, 1984. In lingua italiana v. A. REPOSO, *Autonomie locali e potere estero (spunti comparatistici)*, in *Diritto e società*, 1983, p. 145 ss.

(35) V. le riflessioni di R. BIN, L’atto di indirizzo e coordinamento può trovare nella giurisprudenza costituzionale il fondamento della sua legalità?, in *Le Regioni* 1996, p. 320 ss.

stante gli sforzi in tal senso da parte del ddl governativo, con la formalizzazione del criterio dell'opportunità politica), pare prevedibile che la prassi procedurale delle intese regionali andrà ad orientarsi in senso non dissimile a quanto avvenuto finora per le attività disciplinate dal d.P.R. del 1994.

Un margine di intervento razionalizzatore sembra tuttavia ancora sussistere in base all'art. 1 comma 4 del ddl governativo, che prevede l'emanazione da parte del Governo di decreti legislativi ricognitivi dei principi fondamentali nelle "materie" di competenza concorrente, tra cui rientrano le attività internazionali delle Regioni. Un tale decreto potrebbe ad es. stabilire una diversa intensità dei controlli a seconda delle attività regionali, riprendendo in sostanza la precedente distinzione tra attività promozionali e di mero rilievo internazionale e collocandosi nella delineata direttrice procedurale già sopra indicata in riferimento alla competenza legislativa concorrente di cui all'art. 117, comma 3.

5. (segue) Il carattere sperimentale del potere estero regionale e la portata razionalizzatrice della riforma

Il potere estero regionale è (e sarà sempre) un potere non ancora scoperto del tutto. Quando la legislazione è intervenuta, essa si è in buona parte limitata a recepire le acquisizioni giurisprudenziali ma, pur non mancando di fornire il proprio importante contributo all'edificazione della materia, non è stata in grado di intervenire in modo incisivo sui suoi contenuti essenziali. Viene dunque da chiedersi se questo sbilanciamento verso la giurisprudenza costituzionale non dipenda dalla funzione di inquadramento della prassi effettiva del potere estero nelle pieghe dell'ordinamento che solo la giurisprudenza costituzionale può svolgere, oltre che dalla funzione di interpretazione progressiva fornita anche in occasione di sentenze apparentemente non favorevoli allo sviluppo di tale prassi.

In determinati settori appare evidente l'impossibilità di una esaustiva analisi fondata esclusivamente sul dato normativo. È

questo il caso di temi come il potere estero delle Regioni, che cozza, in tutti gli ordinamenti, con le tradizionali categorie dogmatiche legate all'indivisibilità della sovranità e si fonda su basi giuridiche plurime, se non addirittura sfuggenti (per tutti, il tema della collaborazione transfrontaliera). A fronte di questi sviluppi del fenomeno è inevitabile domandarsi se, in luogo di dettagliate e necessariamente rigide previsioni normative (spesso nate vecchie in quanto si limitano a cristallizzare nella norma la situazione di un dato momento storico in rapida evoluzione) non risulti più efficace una previsione legislativa quanto più agile e aperta possibile, per consentire un proficuo dispiegarsi della dialettica "azione-diritto", ossia della contrapposizione, produttiva di nuovo diritto, tra l'attività delle Regioni e l'inquadramento che volta per volta abbia a darne la giurisprudenza costituzionale.

Questo dubbio sorge spontaneo dall'evoluzione dell'ordinamento in questo settore, e spinge a domandarsi se non sia piuttosto il tema del potere estero regionale a sfuggire, per la sua stessa natura non competenziale, alla possibilità di una dettagliata regolamentazione normativa. In questa prospettiva potrebbe insomma paradossalmente ritenersi che solo il mantenimento della conflittualità tra le Regioni e lo Stato può consentire una progressiva edificazione pretoria delle nuove basi giuridiche di un settore in cui il rapporto tra regola (titolarità esclusiva statale del potere estero) ed eccezione (liceità di margini di azione regionale) si è da tempo invertito. La scorta che può venire dalla prassi (anche, talvolta, *praeter legem* o *contra legem*) delle attività estere delle Regioni appare insomma il concime indispensabile affinché si possa giungere ad una configurazione giuridica più precisa della materia.

Si dimostra insomma ancora una volta come l'essenza di questa tematica sia costituita dal principio collaborativo tra le Regioni e lo Stato: poiché tutto o quasi è possibile alle Regioni in ambito estero con il consenso dello Stato, e nulla o quasi in mancanza di tale consenso, la disciplina sul punto non può che riguardare le modalità di collaborazione. Quanto maggiore è il sospetto da parte dello Stato che una Regione possa provocarne

la responsabilità internazionale o violarne le direttrici di politica estera, tanto maggiore sarà l'esigenza di controllo. Il che equivale a dire che le Regioni, a fronte del riconoscimento di un simbolico *treaty-making power*, si vedono costrette a procedure di concertazione più complesse per le attività estere che realmente importano. Un pessimo affare.

In assenza di un meccanismo di partecipazione diretta dello Stato alla conclusione degli accordi delle Regioni (secondo il modello tedesco), assumendone in questo modo la copertura politica (e così evitando di dover richiamare in una legge il sempre fastidioso criterio dell'opportunità politica), la vera potenzialità innovativa pare rappresentata dall'attivazione delle leggi procedurali di cooperazione in tema di rapporti internazionali delle Regioni di cui al nuovo art. 117, comma 3, il solo strumento previsto (*rectius*, consentito) dalla riforma in grado realmente di innovare (in senso anche differenziale) la situazione preesistente, fornendo altresì una maggiore certezza alle prassi cooperative attualmente in uso. Altrimenti, la vitalità con cui si è sviluppato negli ultimi decenni il potere estero delle Regioni e delle Province autonome italiane in assenza di una disciplina normativa, lascia ritenere che la gran parte delle attività estere delle Regioni si svolgerà, ancora una volta, nella penombra della disciplina statale. Nelle pieghe dei nuovi vestiti dell'imperatore.

Il regime dei poteri sostitutivi alla luce del nuovo art. 120, comma 2, della Costituzione

di Giampiero Veronesi

Sommario

1. *Premessa.* – 2. *La natura politico-amministrativa dell'art. 120, comma 2, della Costituzione.* – 3. *Le tipologie sostitutive con riferimento al ruolo delle Regioni interessate.* – 4. *Il potere sostitutivo dello Stato inteso come intervento surrogatorio che prescinde dall'inadempiamento regionale: l'urgenza a provvedere.* – 5. *Differenze e problematiche applicative del potere sostitutivo contenuto nell'art. 117, comma 5, Cost., e nell'art. 120, comma 2, Cost.* – 6. *Brevi note a margine dell'art. 5 del d.d.l. "La Loggia" recante "Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3".* – 7. *Conclusioni.*

1. Premessa

La recente riforma del Titolo V della Costituzione e l'incerta formulazione del suo art. 120, comma 2, mi spingono a riprendere l'argomento dei poteri sostitutivi dal punto in cui lo avevo lasciato nel numero 1/2001 di questa Rivista. Ritengo superfluo, quindi, tornare su quelle stesse premesse già sviscerate ed alle quali mi permetto di rinviare ⁽¹⁾. Il problema che ora mi trovo ad affrontare è ben più importante, infatti, di quello di allora: oggi non si tratta di capire come applicare in modo corretto un articolo di legge sulla base delle interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali esistenti, ma si tratta, invece, di capire ciò che è co-

(1) Per maggiori approfondimenti sul dibattito dottrinale esistente in merito al regime del potere sostitutivo prima dell'entrata in vigore della riforma costituzionale si veda "Il progetto di legge costituzionale recante modifiche al Titolo V della Parte seconda della Costituzione", a cura di A. FERRARA, L.R. SCIUMBATA, Consiglio Nazionale delle Ricerche (Istituto di Studi sulle Regioni "Massimo Severo Giannini"), Osservatorio sul processo di riforma dell'ordinamento regionale, Atti del Seminario, Roma, 29 settembre 2000.

stituzionalmente esistente per poi individuare ciò che è costituzionalmente corretto.

Non è una differenza di poco conto se si pone mente al fatto che nella riforma della Parte seconda del Titolo V della Costituzione, anche sulla base degli orientamenti dottrinali più recenti, l'articolo avente la formulazione più "incerta" risulta essere proprio l'art. 120, comma 2⁽²⁾.

Prima di addentrarmi nell'analisi del nuovo regime costituzionale caratterizzante i poteri sostitutivi, però, ritengo non siano peregrine alcune brevi osservazioni sul contesto amministrativo, costituzionale ed anche politico, nel quale la riforma del Titolo V in generale, e del nuovo art. 120, comma 2, in particolare, si inseriscono: l'ambizioso obiettivo è quello di dare un modesto contributo alla comprensione di una norma costituzionale rispetto alla quale non si riuscirebbero a cogliere gli aspetti essenziali se prima non se ne conoscessero le premesse di fondo ed il contesto nel quale è stata inserita⁽³⁾.

Occorre partire da un dato di tipo politico noto a tutti, il quale ha creato buona parte della polemica attualmente esistente sulla riforma del Titolo V della Costituzione: l'intera riscrittura dell'ordinamento delle Regioni e delle Autonomie locali è stata approvata con il solo voto favorevole dell'attuale maggioranza, il che sia alla Camera sia al Senato ha portato a raggiungere "di misura" il *quorum* richiesto.

Si tratta, per intenderci, di un atto riferibile alla sola maggio-

(2) Sull'art. 120, comma 2, Cost., mi sia concesso, per completezza espositiva, un generale richiamo all'ampio e puntuale commento di C. MAINARDIS, *I poteri sostitutivi statali: una riforma costituzionale con (poche) luci e (molte) ombre*, in *Le Regioni*, 2001, n. 6.

(3) Uno dei maggiori problemi riscontrati nella stesura del presente contributo, è stato certamente la necessità di un aggiornamento quasi quotidiano rispetto ad una problematica in continuo divenire, come è quella della costituzionalizzazione dei poteri sostitutivi. Ritengo utile, quindi, riportare l'indirizzo del sito internet ove sono reperibili i resoconti stenografici delle sedute tenutesi all'interno della I Commissione Permanente del Senato della Repubblica (Affari costituzionali, Affari della Presidenza del Consiglio e dell'interno, Ordinamento generale dello Stato e della Pubblica amministrazione), aventi ad oggetto "*Indagine conoscitiva sugli effetti nell'ordinamento delle revisioni del Titolo V della Parte II della Costituzione*": <http://www.parlamento.it/att/resocon/home.htm>.

ranza e perciò senza precedenti nella storia delle revisioni costituzionali del nostro Paese. La vera questione, però, non è solo nella maggioranza con cui si sono approvate le modifiche costituzionali ma, a ben vedere, nel significato di queste ultime e nel ruolo riconosciuto alle norme costituzionali di cui le procedure di votazione costituiscono non una premessa, ma una conseguenza.

Questo è il discorso in termini di principi; può, però, risultare utile ripercorrere brevemente anche i tre casi di modifica costituzionale che si sono avuti nell'ultima legislatura:

1. con il primo (legge costituzionale n. 1 del 1999) si è ritoccata la forma di Governo regionale in senso presidenziale provvedendo a ridefinire, in termini notevolmente più ampi, l'autonomia statutaria delle Regioni ordinarie;

2. con il secondo (legge costituzionale n. 2 del 1999) si sono inseriti i principi del "giusto processo" nel titolo delle norme sulla giurisdizione, riformulando l'art. 111 della Costituzione;

3. con il terzo (legge costituzionale n. 1 del 2001), si è provveduto alla riscrittura dell'intero Titolo V della Carta costituzionale, vale a dire dell'ordinamento delle Regioni e degli enti territoriali con l'aggiunta di due importanti disposizioni transitorie e finali.

Se, da un lato, i principi del "giusto processo" possono forse ritenersi la mera esplicitazione di canoni generali già presenti all'interno del nostro ordinamento costituzionale, non c'è dubbio che l'introduzione della forma di Governo presidenziale nelle Regioni e il nuovo testo del Titolo V della Costituzione, costituiscano vere e proprie riforme costituzionali.

Indubbiamente, vi erano molte ed importanti ragioni a fondamento della necessità di riscrivere il Titolo V della Costituzione, prima tra tutte quella di assicurare un forte legame alle riforme amministrative delle leggi cd. "Bassanini": tutto questo, però, rimane sul piano del merito politico. Sul piano amministrativo, invece, resta il fatto che un'importante riforma della Costituzione è nata, come dicevo, in un Parlamento che ha visto il voto favorevole di una parte sola, con una chiara rottura rispetto al principio della netta separazione tra il livello di con-

fronto tra le parti ed il livello delle sue regole e dei suoi principi.

La riforma del Titolo V della Costituzione, peraltro, è stata oggetto di numerose critiche relativamente a sue lacune ed imperfezioni: le ragioni di tali lacune ed imperfezioni, conseguenti anche ai modi ed ai tempi dell'approvazione della riforma, sono ben note (e su questo, quindi, credo non sia opportuno dilungarsi) ⁽⁴⁾.

Ritengo comunque opportuno osservare che, così come nessuna legge è perfetta, lo stesso vale per le Costituzioni: oggi, questa è la Costituzione vigente, e la buona riuscita di una Costituzione dipende, forse, più che dalla perfezione della sua redazione, da come viene attuata e dall'impegno che in ciò viene profuso da chi ha responsabilità attuative, dal legislatore agli interpreti. A supportare le mie affermazioni, ricordo che la Costituzione di Weimar, pur di pregevole fattura, ha avuto la triste sorte che tutti conosciamo; al contrario, la causa della fortuna della Costituzione americana non mi pare risieda nella perfezione e nel modo in cui è stata scritta.

Lo sforzo attuale, a mio avviso, non è tanto quello di mettere in luce e rimarcare le imperfezioni, quanto trovare soluzioni concrete e immediate per cercare di fare funzionare il sistema: probabilmente ci sono aspetti che non si potrà fare a meno di correggere, ma questo, per ora, credo sia un problema da accantonare nei limiti del possibile.

Rimettere troppo di frequente in discussione un testo costituzionale, infatti, finisce con il ledere la stessa Costituzione, indebolendone il valore simbolico ed il ruolo di fattore di integrazione politica. Probabilmente, invece, occorre concentrarsi al fine di non perdere questa "seconda occasione".

La Costituzione del 1948, infatti, nel suo impianto originario ha voluto realizzare una democrazia pluralista: questo modello affondava le sue radici in due parti ben precise della Costituzione, vale a dire la disciplina dei diritti delle persone e dei gruppi e

(4) Per una prima ed approfondita lettura della riforma costituzionale del Titolo V si veda *Le autonomie territoriali: dalla riforma amministrativa alla riforma costituzionale*, a cura di G. BERTI e G.C. DE MARTIN, Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet", Quaderno n. 20, Milano, 2001.

la disciplina dell'autonomia degli enti territoriali contenuta nel Titolo V. Su questo secondo terreno, in particolare, l'attuazione del testo originario non è stata delle più felici a causa di molteplici fattori: tutto questo ha determinato la necessità di modificare un testo che forse, se fosse stato attuato più felicemente, avrebbe dato migliori risultati. Ora, come dicevo, abbiamo una seconda occasione che si spera non venga persa.

2. *La natura politico-amministrativa dell'art. 120, comma 2, della Costituzione*

Entrando nel merito dell'art. 120, comma 2, della Costituzione, occorre in primo luogo capire se, oltre a quella amministrativa in senso stretto, vi sia un'eventuale connotazione politica con riferimento all'intervento sostitutivo dello Stato nei confronti di Regioni ed enti locali, partendo proprio da quella parte dell'art. 120 in cui si prevede che "il Governo può sostituirsi ad organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni (...)"⁽⁵⁾.

La questione non è di poco conto se si pone mente, in particolare, alla possibilità o meno, a seconda della tesi sposata, di esercitare il controllo giurisdizionale in ordine ai contenuti dei provvedimenti adottati nonché alla doverosità o meno dell'intervento statale⁽⁶⁾.

(5) In merito alla problematica inerente l'effettuazione di un unico richiamo indistinto a Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni, si veda T. GROPPi, M. OLIVETTI, *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino, Giappichelli, 2002. Gli autori, infatti, sostengono che "può apparire in controtendenza la concentrazione in capo al Governo del potere di sostituzione nei confronti di qualunque ente territoriale, rispetto ad una possibile soluzione alternativa che individui nel livello territoriale di governo immediatamente superiore il soggetto in grado di supplire alle omissioni del livello inferiore. Sul punto, la legge prevista dall'ultimo comma dell'art. 120 Cost., è chiamata ad introdurre importanti elementi di chiarificazione, introducendo, auspicabilmente, tutte le volte in cui ciò sia possibile, la previsione di interventi sostitutivi del livello territoriale di governo immediatamente superiore a quello rimasto inerte e, solo nel caso d'inattività anche di questo, del livello ulteriore, prevedendo l'intervento del Governo come ipotesi di chiusura del sistema, oltre che, di cura di interessi infrazionabili ed urgenti".

(6) Su questo specifico punto si veda B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma*

Un'interpretazione della norma che riconoscesse la natura politica dell'esercizio del potere sostitutivo, peraltro, non sarebbe del tutto peregrina: oltre alla formulazione della norma in senso stretto, infatti, militerebbe l'ulteriore elemento in base al quale il legislatore ha voluto riconoscere come facoltativo e non obbligatorio, il potere dell'Esecutivo di intervenire in via surrogatoria ⁽⁷⁾. Indubbiamente, quindi, il parametro di riferimento pare essere, nel caso di specie, quello della discrezionalità politica. Ragionando in astratto, e forse in modo provocatorio, si potrebbe ipotizzare un sistema centro-periferia che consenta allo Stato di intervenire sulle inerzie di Regioni ed enti locali in base ad un potere politico e non giuridico (e quindi, come tale, un potere sottratto a qualsivoglia sindacato di legittimità).

D'altro canto, una tesi di questo tipo potrebbe costituire, probabilmente, una forzatura giuridica in senso stretto.

Infatti, occorre rilevare come, in primo luogo, se l'intervento statale avesse natura politica, non esisterebbe nessuna forma di controllo e nessun sindacato sulle scelte di merito e sulla discrezionalità dell'intervento, fatto salvo per quello legato alla mera responsabilità politica del Governo nei confronti delle Camere (con una chiara esclusione, peraltro, del ruolo delle Regioni direttamente interessate).

In tal senso, inoltre, mi pare troppo labile il richiamo della norma in questione ai principi di "sussidiarietà" e "leale collaborazione" ⁽⁸⁾. Ora, non nascondo un certo imbarazzo nel dovere

del Titolo V, Torino, Giappichelli, 2002.

(7) In tal senso si veda C. MAINARDIS, *op. cit.*, in *Le Regioni*, 2001, n. 6.

(8) In tal senso, forse, può essere utile menzionare l'espressione letterale utilizzata nel comma 1 dell'art. 6, del d.d.l. cd. "La Loggia" nella sua terza versione (cheavrò modo di commentare nel prosieguo della mia trattazione): l'inserimento (non previsto nell'art. 5 del d.lgs. n. 112 del 1998) della dicitura "anche su iniziativa delle Regioni o degli enti locali", con riferimento alla fissazione di un congruo termine a favore dell'ente interessato per provvedere all'adozione degli atti dovuti o necessari, infatti, riconosce a Regioni ed enti locali un potere equivalente a quello della "proposta del Ministro competente" nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri sempre al fine di fissare il congruo termine a provvedere per l'ente interessato. L'inserimento di una dicitura di questo tenore, forse, risulterebbe essere sufficientemente rafforzativa del ruolo delle Regioni rispetto al procedimento di adozione di provvedimenti sostitutivi da parte del Governo.

affrontare una norma che, se da un lato non si presta fattualmente ad un'interpretazione in senso politico della sostituzione operata dal Governo (la quale, per inciso, porrebbe una serie innumerevole di problemi a livello interpretativo), dall'altro, però, si presta a tale suddetta interpretazione sotto il profilo letterale.

Infatti, ed ancora, se da un lato una soluzione di questo tipo potrebbe rappresentare una via percorribile, la quale concretizzerebbe un modello di regionalismo realmente cooperativo, limitando l'eventuale intervento della Corte Costituzionale che non potrebbe investire il merito del provvedimento adottato dal Governo, dall'altro, sarebbe quantomeno incoerente ipotizzare un assetto dei rapporti tra Stato, Regioni ed enti locali che preveda forti poteri di intervento politico dello Stato che non fossero controbilanciati da un effettivo coinvolgimento di Regioni ed enti locali.

Certamente, comunque, l'ipotesi della natura politica dell'intervento sostitutivo del Governo, incontrerebbe un chiaro ostacolo nei casi di sostituzione amministrativa in senso stretto: in particolare, mi riferisco alla questione della tutela della sfera giuridica dei soggetti privati, i quali non potrebbero contestare l'intervento sostitutivo, nella misura in cui avessero un interesse a farlo, in quanto lo stesso sarebbe espressione, appunto, di una discrezionalità politica⁽⁹⁾. In tal senso, infatti, pare francamente poco condivisibile la conseguenza primaria del sussesposto assunto: i soggetti privati, in sostanza, non disporrebbero di nessun mezzo di tutela a fronte del provvedimento sostitutivo adottato dal Governo. D'altro canto, un dato mi pare difficilmente contestabile: sulla base del tenore letterale della norma, ed in caso di intervento sostitutivo che non incida sulla sfera giuridica di soggetti privati, diviene piuttosto difficile sconfessare la tesi secondo cui sarebbe concepibile, in ipotesi, un intervento sostitutivo di origine politica da parte del Governo, almeno in ordine alla decisione sul se intervenire o meno.

In conclusione, quindi, anche sulla base della formulazione letterale dell'art. 120, comma 2, non è del tutto peregrino soste-

(9) Su questo punto, cfr. C. MAINARDIS, *op. cit.*, in *Le Regioni*, 2001, n. 6.

nera, a mio avviso, che la funzione di intervento sostitutivo del Governo può essere interpretata come espressione di un potere politico, fatte salve, chiaramente, le summenzionate ipotesi di sostituzione amministrativa in senso stretto che comportino l'adozione di un atto che incida sulla sfera giuridica di soggetti terzi⁽¹⁰⁾. In tal senso, comunque, non vorrei essere frainteso: mi rendo conto che tale tesi sia, sotto il profilo fattuale, difficilmente condivisibile (ed anzi, mi rendo anche conto dei suoi tanti limiti interpretativi); ma in questa sede mi limito a rilevare come altro è il dato fattuale e altro è il dato letterale che, al contrario, supporta piuttosto bene la tesi della sostituzione intesa come intervento politico. Anche questa specifica riflessione, forse, si ascrive alla più ampia problematica inerente la difficile interpretazione dell'art. 120, comma 2: una semplice constatazione, questa, sulla quale forse varrebbe la pena riflettere attentamente⁽¹¹⁾.

3. *Le tipologie sostitutive con riferimento al ruolo delle Regioni interessate*

Un'ulteriore questione interpretativa, concerne la portata dell'esercizio del potere sostitutivo statale nei confronti delle Regioni⁽¹²⁾: più precisamente, ci si domanda se tale potere possa essere esercitato solo nei confronti di inerzie amministrative, oppure anche nei confronti di inerzie legislative⁽¹³⁾.

Riaffiora, quindi, in un certo senso, la problematica inerente la natura politica o meno del potere sostitutivo contenuto nel

(10) Parzialmente diversa è la tesi di C. MAINARDIS, *op. cit.*, in *Le Regioni*, 2001, n. 6, alla quale sia consentito rinviare.

(11) Per un approfondimento della problematica si veda G. ROLLA, *Diritto regionale e degli enti locali*, Milano, Giuffrè, 2002; C. MAINARDIS, *op. cit.*, in *Le Regioni*, 2001, n. 6.

(12) Con riferimento alla distinzione tra potere sostitutivo esercitato nei confronti delle Regioni e potere sostitutivo esercitato nei confronti delle Province e dei Comuni, si veda ampiamente G. ROLLA, *op. ult. cit.*, Milano, Giuffrè, 2002.

(13) In tal senso si veda anche T. GROPPi, M. OLIVETTI, *op. cit.*

nuovo art. 120, comma 2, Cost. ⁽¹⁴⁾. Occorre immediatamente chiarire come le due succitate forme di inerzia regionale siano molto differenti l'una dall'altra: nel primo caso, infatti, si parla di una funzione strettamente giuridica, mentre nel secondo caso ci riferiamo ad una funzione latamente politica; ancora, nel primo caso ci riferiamo ad un potere statale che sfocia in un provvedimento amministrativo (quello omesso dalla Regione), la cui adozione è giuridicamente vincolata dalla legge, nel secondo caso, invece, ci riferiamo ad un intervento legislativo dello Stato che, in quanto tale, non è sottoposto a vincoli perché frutto di una scelta politica discrezionale ⁽¹⁵⁾.

Un primo dato da cui partire per una riflessione di ampio respiro su questo specifico punto, può essere l'individuazione della natura implicita od esplicita del fondamento di una potestà legislativa in via sostitutiva da parte dello Stato nei confronti della competenza legislativa (anche esclusiva) delle Regioni all'interno della Carta costituzionale.

È appena il caso, infatti, di rilevare che lo stesso legislatore costituente, pur eliminando la formula degli “interessi nazionali”, ha sempre inserito sia nell'art. 120, comma 2, Cost., sia nell'art. 117 Cost., alcune ipotesi precise che legittimano l'intervento dello Stato a scapito dell'autonomia delle Regioni.

Tutte le suddette ipotesi, peraltro, fanno riferimento ad esigenze unitarie che devono essere tutelate e che corrispondono, di fatto, ad altrettante declinazioni dell'“interesse nazionale”: in tal senso, conseguentemente, si potrebbe anche omettere una disposizione costituzionale che preveda un potere sostitutivo statale di tipo legislativo, trovando quest'ultimo il proprio fondamento nell'art. 5 Cost. ⁽¹⁶⁾.

Orbene, prescindendo dalla questione del fondamento costituzionale di una potestà sostitutiva statale di tipo legislativo, è comunque fuor di dubbio che tale potestà non possa trovare il proprio fondamento nell'art. 120, comma 2, Cost.: in realtà, infatti, anche ad ammettere che un intervento sostitutivo statale di

(14) Su questa specifica problematica si veda, B. CARAVITA, *op. cit.*

(15) In particolare, su queste distinzioni, G. ROLLA, *op. cit.*

(16) Su questo punto, in particolare, si veda C. MAINARDIS, *op. cit.*

tipo legislativo venga introdotto, lo stesso può essere riferito esclusivamente ad inadempienze regionali nell'attuazione e nell'esecuzione di accordi internazionali ed obblighi comunitari *ex art. 117, comma 5, Cost.* ⁽¹⁷⁾.

Il dato decisivo, con riferimento a quest'ultimo assunto, è dato anche dal fatto che l'art. 120, comma 2, Cost., assegna la titolarità del potere sostitutivo in capo al Governo (e non allo Stato genericamente): quindi, o si afferma che il Governo può adottare provvedimenti sostitutivi rispetto ad una legge regionale, oppure occorre riconoscere che il potere sostitutivo summenzionato non riguarda inerzie di tipo legislativo bensì solo di tipo amministrativo ⁽¹⁸⁾. Ancora, l'art. 120, comma 2, Cost., individua indistintamente i destinatari del potere sostitutivo statale nelle Regioni, nelle Città Metropolitane, nelle Province e nei Comuni (senza nessuna distinzione tra Regioni ed enti locali): in tal senso, quindi, risulta chiaro ancora una volta che, quantomeno nei confronti degli enti locali, è ipotizzabile solo ed esclusivamente una forma di sostituzione di tipo amministrativo, essendo quella di tipo legislativo una prerogativa riservata alle Regioni. Il fatto che il legislatore costituzionale abbia omesso una netta differenziazione tra Regioni ed enti locali, pare conseguentemente debba essere interpretato come una chiara volontà di comune sottoposizione ad un'unica funzione sostitutiva statale di tipo amministrativo.

Un ultimo argomento a sostegno della tesi suesposta, è quello in base al quale l'art. 117, comma 5, Cost., che si riferisce ai poteri sostitutivi statali in ipotesi di inadempimenti regionali nell'attuazione e nell'esecuzione di accordi internazionali ed obblighi comunitari, individua chiaramente nello Stato (e non certo nel Governo) il soggetto titolare del potere sostitutivo: ma ecco che allora, a differenza di quanto previsto dall'art. 120, comma 2, Cost., solo nella specifica ipotesi contemplata dall'art. 117, comma 5, Cost. (il quale, peraltro, non si richiama al principio di leale collaborazione avente rango costituzionale), si po-

(17) La tesi è sostenuta da C. MAINARDIS, *op. cit.*

(18) Si veda, in tal senso, C. MAINARDIS, *op. ult. cit.*

trà ipotizzare la possibile introduzione di un potere sostitutivo di tipo legislativo.

In conclusione, quindi, anche sulla base dei suesposti argomenti, mi pare che la tesi più sostenibile e coerente sia quella che individua nell'art. 120, comma 2, Cost., un potere sostitutivo statale di tipo amministrativo nei confronti delle Regioni: rimane configurabile (a titolo di eccezione) una sola ipotesi di potere sostitutivo statale di tipo legislativo, e cioè quella che si riferisce agli obblighi internazionali e comunitari di cui all'art. 117, comma 5, Cost. ⁽¹⁹⁾. Se si volesse, invece, avallare l'ipotesi della natura legislativa del potere sostitutivo dello Stato nei confronti delle Regioni, occorrerebbe trovare un diverso fondamento costituzionale (esplicito o implicito) come già accennato in precedenza.

4. *Il potere sostitutivo dello Stato inteso come intervento surrogatorio che prescinde dall'inadempimento regionale: l'urgenza a provvedere*

Ritengo opportuno, ora, affrontare un'ulteriore questione concernente la natura del potere sostitutivo di cui al nuovo art. 120, comma 2, Cost.: chiarire essenzialmente, cioè, se si tratti di un potere sostitutivo in senso stretto, oppure se si tratti di un potere sostitutivo in senso generico il quale prescinde da eventuali inadempimenti delle autonomie locali ⁽²⁰⁾.

Occorre, infatti, rilevare, in premessa, che nella nuova disposizione costituzionale (a differenza di quanto avvenuto per l'art. 5, comma 3, del d.lgs. n. 112 del 1998) non si parla espressamente di "inerzie" o "inadempimenti" da parte degli enti sostituiti come presupposto per l'esercizio del potere sostitutivo statale. Su questo punto, la giurisprudenza costituzionale si è storicamente assestata su una posizione di tolleranza, secondo la

(19) C. MAINARDIS, *op. ult. cit.*

(20) Su questo punto v. T. GROPPI, M. OLIVETTI, *op. cit.*; B. CARAVITA, *op. cit.*; C. MAINARDIS, *op. cit.*

quale situazioni di emergenza giustificano effettivamente eventuali compressioni dell'autonomia regionale, previa verifica della congruità e della proporzionalità dell'intervento statale e del rispetto del principio di leale collaborazione ⁽²¹⁾.

Venendo agli interventi statali sostitutivi dettati dall'urgenza a provvedere, intesa come necessità di perseguire immediatamente uno degli interessi sottesi alla sostituzione a prescindere dal verificarsi di un'inerzia regionale, occorre ricordare come il nuovo art. 120, comma 2, Cost., si inserisca in una fattispecie amministrativa ove, di fatto, esiste una legislazione ordinaria da tempo in vigore.

Partendo da queste premesse, occorre sottolineare come siano due le possibili interpretazioni dell'art. 120 comma 2, Cost., in merito alla fattispecie ad oggetto: da una parte si potrebbe affermare, infatti, che il nuovo art. 120, comma 2, Cost., non introduce nuovi poteri in capo allo Stato ma, al contrario, copre costituzionalmente dei poteri statali già introdotti con legge ordinaria compatibile con la stessa Costituzione (mi riferisco, ancora una volta, all'art. 5 del d.lgs. n. 112 del 1998, ed in particolare al suo comma terzo), dall'altra, però, si potrebbe affermare che l'art. 120, comma 2, Cost., laddove demanda ad una legge ordinaria la disciplina delle procedure per l'esercizio dei poteri sostitutivi, impone l'adozione di una nuova legge statale che renda operativa la fattispecie concreta ⁽²²⁾. La scelta per una delle due tesi summenzionate, si badi, non è scevra da implicazioni di grossa portata: nell'un caso, infatti, ci si potrebbe spingere a riconoscere in capo allo Stato un potere di enorme peso, che si concretizzerebbe in una forma di competenza alternativa in via d'urgenza rispetto ai poteri riconosciuti alle Regioni, nell'altro, al contrario, sarebbe possibile configurare solo una peculiare procedura per l'adozione di atti sostitutivi di particolare urgenza.

A prescindere, comunque, dalle diverse posizioni, è stato ampiamente argomentato ⁽²³⁾ come l'art. 5, comma 3, d.lgs. n.

(21) Sul punto cfr. G. ROLLA, *op. cit.*; C. MAINARDIS, *op. ult. cit.*

(22) In tal senso, C. MAINARDIS, *op. ult. cit.*

(23) Per tutti, M. CAMMELLI (con la collaborazione di), *Lo Stato autonomista. Funzioni*

112 del 1998, potrebbe effettivamente individuare una fattispecie del tutto autonoma di potere sostitutivo dello Stato, con i suoi presupposti specifici e la sua procedura *ad hoc*: infatti, la disposizione riconosce al Consiglio dei ministri il potere di adottare direttamente l'atto senza bisogno di nominare previamente un commissario *ad acta* (a differenza di quanto previsto per gli atti sostitutivi in senso proprio).

Peraltro, questa impostazione sarebbe comunque in linea con l'orientamento della giurisprudenza costituzionale anche sotto l'aspetto dei rapporti tra l'autonomia regionale e gli interventi statali dettati da ragioni d'urgenza.

Secondo la tesi opposta, invece, non sarebbe configurabile, sulla base del disposto dell'art. 5, comma 3, d.lgs. n. 112 del 1998, un intervento statale il quale, sebbene supportato dall'urgenza a provvedere, non fosse sostitutivo in senso stretto (nemmeno alla luce dell'introduzione di una norma di rango costituzionale come l'art. 120, comma 2, cost).

Occorre allora evidenziare un dato di estrema importanza rispetto alla problematica che si affronta: il riferimento al fondamento normativo dell'art. 5, d.lgs. n. 112 del 1998, contenuto nella legge statale di delega, e precisamente nell'art. 3, comma 1, lett. c), legge n. 59 del 1997, si riferisce espressamente ad "inadempimenti" delle Regioni e degli enti locali a fronte dei quali scattano gli interventi sostitutivi statali ⁽²⁴⁾.

Ecco che allora, però, un dato diviene palese: un'interpretazione dell'art. 5, comma 3, che miri a legittimare interventi statali d'urgenza svincolati da inerzie regionali appare senz'altro in contrasto con la legge statale di delega, profilando quindi un possibile vizio di incostituzionalità ⁽²⁵⁾.

L'art. 5, pertanto, parrebbe del tutto privo di un fondamento normativo nella legge statale di delega qualora lo si intendesse rivolto a disciplinare poteri statali di natura diversa.

statali, regionali e locali nel decreto legislativo n. 112 del 1998 di attuazione della legge Bassanini n. 59 del 1997, commento a cura di G. FALCON, Bologna, Il Mulino, 1998.

(24) Si veda nuovamente M. CAMELLI, *op. ult. cit.*

(25) In tal senso, si veda C. MAINARDIS, *op. cit.*

In conclusione, se si accogliesse la tesi per cui l'art. 120, comma 2, Cost., potrebbe trovare immediata applicazione attraverso la legge ordinaria già in vigore, si dovrebbe comunque riconoscere che dai dati normativi esistenti non è comunque legittimo configurare un potere di intervento statale di natura surrogatoria del tutto sganciato da inerzie o inadempimenti regionali imposti dalla legge, nonostante il presupposto dell'urgenza a provvedere (anche se, ritengo opportuno chiarirlo quantomeno per "onestà interpretativa", la nuova – ed infelice – formulazione dell'art. 120 comma 2, Cost., si presta anche ad una possibile interpretazione in senso opposto).

Si tenga comunque conto, infine, che sarebbe possibile (in un futuro non troppo lontano), che l'art. 120, comma 2, Cost., legittimasse di per sé interventi statali surrogatori sganciati da inerzie regionali tramite una legge ordinaria che ne disciplinasse le procedure. A complicare un quadro interpretativo già di per sé difficile, rimangono le posizioni contraddittorie della giurisprudenza costituzionale, che potrebbero consentire interpretazioni difformi da quella che ho appena esposto e che può essere così riassunta: mi pare preferibile la tesi secondo la quale l'art. 120, comma 2, Cost., laddove prevede di disciplinare i poteri sostitutivi dello Stato, deve essere interpretato con riferimento ad ipotesi di sostituzione amministrativa in senso stretto, senza potere configurare un potere statale d'intervento surrogatorio rispetto alle competenze regionali e motivato, in particolare, dall'urgenza a provvedere. A questa riflessione, però, deve esserne affiancata un'altra: il tenore letterale dell'art. 120, comma 2, Cost. (così come visto nel paragrafo precedente), consentirebbe anche una possibile interpretazione in senso opposto, permettendo allo Stato di utilizzare poteri sostitutivi genericamente surrogatori di competenze regionali sulla falsariga dell'urgenza a provvedere. Questo è un dato di enorme importanza che credo meriterebbe, ancora una volta, un'accurata riflessione anche da parte del nostro legislatore⁽²⁶⁾.

(26) Per maggiori approfondimenti si veda G. ROLLA, *op. cit.*; C. MAINARDIS, *op. ult. cit.*

5. *Differenze e problematiche applicative del potere sostitutivo contenuto nell'art. 117, comma 5, Cost., e nell'art. 120, comma 2, Cost.*

Ritengo opportuno, a questo punto, effettuare una succinta analisi dei vincoli comunitari e degli obblighi internazionali contenuti nell'art. 117, comma 5, Cost., e nell'art. 120, comma 2, Cost., con una preliminare avvertenza: considerato l'oggetto della presente trattazione, l'analisi della relativa problematica avrà come riferimento primario l'art. 120, comma 2, Cost., e solo laddove necessario, verranno effettuati precisi richiami ad altre disposizioni costituzionali ⁽²⁷⁾.

In premessa, occorre ricordare come tanto i vincoli comunitari quanto gli obblighi internazionali, anche alla luce dell'intero complesso normativo, si pongano essenzialmente come due nuovi elementi di unificazione.

Questo concetto, è avallato, *in primis*, dal fatto che essi si posizionano su diversi piani: quello della partecipazione alla formazione degli atti normativi comunitari (art. 117, comma 5, Cost.); quello dell'attuazione e dell'esecuzione degli atti europei nonché degli accordi internazionali (ancora art. 117, comma 5, Cost.); ed, infine, quello del mancato rispetto di norme e trattati ovvero di normativa comunitaria (art. 120, comma 2, Cost.).

In secondo luogo, dal fatto che, quantomeno con riferimento al potere sostitutivo, questi problemi riguardano anche soggetti in parte diversi, sia con riferimento a coloro che possono adottare gli atti sia con riferimento a coloro che, rispetto a quegli atti, sono considerati i diretti destinatari. Occorre, infatti, ricordare che, con riferimento allo specifico ambito del potere sostitutivo previsto dall'art. 117, comma 5, Cost., i destinatari degli atti relativi (intesi come i soggetti che possono essere "effettivamente sostituiti") sono solo le Regioni, mentre il titolare del potere sostitutivo non è specificato. Al contrario, nell'ambito del potere

(27) In tal senso, per approfondire la differenza tra il potere sostitutivo derivante da inadempimento c.d. "fisiologico" di cui all'art. 120, comma 2, Cost., ed il potere sostitutivo derivante da inadempimento c.d. "patologico" di cui all'art. 117, comma 5, Cost., si veda B. CARAVITA, *op. cit.*

sostitutivo disciplinato dall'art. 120, comma 2, Cost., i destinatari degli atti (e cioè, ancora una volta, i soggetti che possono essere "effettivamente sostituiti") sono gli organi delle Regioni ma anche dei Comuni, delle Province, delle Città metropolitane; inoltre, a differenza dell'art. 117, comma 5, Cost., il titolare del potere sostitutivo è esplicitamente individuato nel Governo.

Fatta questa doverosa premessa, vediamo ora più analiticamente sia il potere sostitutivo previsto dall'art. 117, comma 5, Cost., sia quello disciplinato dall'art. 120, comma 2, Cost.

Come ricordato precedentemente, le formulazioni adottate nelle due disposizioni presentano considerevoli differenze. L'art. 117, comma 5, Cost., fa riferimento ad un potere sostitutivo senza individuarne il titolare, mentre l'art. 120, comma 2, Cost., disciplina il potere sostitutivo con riferimento al Governo.

Ancora, l'art. 117, comma 5, Cost., fa riferimento ad un potere sostitutivo che deve essere esercitato in caso di inadempienza delle Regioni rispetto all'attuazione ed all'esecuzione di accordi internazionali o di atti comunitari; l'art. 120, comma 2, Cost., invece, fa riferimento ad un potere sostitutivo da esercitarsi nei confronti degli organi delle Regioni, delle Province, delle Città metropolitane e dei Comuni, nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria.

Ambedue le disposizioni, infine, fanno riferimento ad una legge statale che disciplinerà l'esercizio del potere sostitutivo in esse contenuto (anche se poi le condizioni ed i criteri direttivi che tali leggi dovranno seguire sono diversi nei due casi). Un primo problema da affrontare concerne la possibilità o meno di raccordare tra loro le due norme costituzionali fino all'ottenimento di una sola tipologia di potere sostitutivo, il cui esercizio sia concretamente disciplinato nello stesso modo. Con riferimento a questo primo interrogativo, il dibattito è stato piuttosto fumoso, nel senso che la maggioranza degli intervenuti, preso atto delle difficoltà di armonizzare fra loro due disposizioni considerevolmente differenti, ha (nonostante questo) genericamente concluso nel senso di considerare unico (o comunque unificabile) il potere sostitutivo previsto dalle due norme costituzionali.

Questa tesi potrebbe anche essere confortata da una futura le-

gislazione statale che disciplinasse, con forme e modalità sostanzialmente identiche, il potere sostitutivo di cui all'art. 117, comma 5, Cost., e quello fondato invece sull'art. 120, comma 2, Cost.: tuttavia, ad avviso di chi scrive, tale soluzione non sarebbe probabilmente né la migliore né la più rispondente al vero contenuto delle due disposizioni.

L'art. 117, comma 5, Cost., infatti, sembra riguardare essenzialmente gli eventuali inadempimenti da parte del potere normativo regionale, mentre l'art. 120, comma 2, Cost. (sia per la sua collocazione sia per il suo contenuto normativo) parrebbe riferirsi agli atti ed alle attività degli organi delle Regioni e degli altri enti territoriali richiamati dalla stessa disposizione.

Rispetto a questa ricostruzione si potrebbe obiettare che l'art. 117, comma 5, Cost., riguarda genericamente le Regioni e le Province autonome, senza uno specifico riferimento alla loro attività normativa, e che, inoltre, il potere sostitutivo, anche in questa disposizione, è previsto per l'inadempimento riconducibile ad atti che sono qualificati come normativi solo quando ci si riferisce a quelli comunitari, ma non quando ci si richiama a quelli di carattere internazionale.

Per contro, però, si può rispondere che, rispetto alla suesposta tesi, non viene in rilievo la natura dell'atto rispetto al quale si determina l'inadempimento: ciò che conta, invece, è la natura dell'inattività che causa il verificarsi dell'inadempimento stesso.

Ciò che qui si sostiene, infatti, è che l'art. 117, comma 5, Cost., si riferisce solo agli atti normativi del legislatore regionale. Questa disposizione, quindi, troverebbe la sua giustificazione proprio nel riferimento a quanto disposto dallo stesso art. 117, comma 1, Cost., e ribadito al comma 5.

Le due norme, infatti, indicano chiaramente il rapporto diretto che nel nuovo sistema si instaura tra fonti comunitarie (o accordi internazionali) ed attività legislativa delle Regioni.

Contrariamente a quanto detto sopra, invece, il potere sostitutivo di cui all'art. 120, comma 2, Cost., riguarda ogni attività non legislativa che, indipendentemente dall'organo regionale o locale che la pone in essere, determini il mancato rispetto di norme comunitarie o internazionali.

Peraltro, mi pare che solo seguendo questa ricostruzione si possa dare un significato coerente all'esistenza delle due disposizioni, ed anche alle differenze che ne caratterizzano il contenuto: solo in questo modo appare comprensibile, infatti, perché il potere sostitutivo sia intestato al Governo nell'ipotesi di cui all'art. 120, comma 2, Cost., e non in quella di cui all'art. 117, comma 5, Cost.

Se il Governo in quanto tale, infatti, non può sostituirsi all'inadempienza del legislatore, esso può, però, intervenire in sede di esercizio del potere sostitutivo di cui all'art. 120, comma 2, Cost., rispetto ad atti degli organi regionali e territoriali che non abbiano carattere legislativo.

Esso, infatti, è certamente l'organo più adatto ad esercitare il potere sostitutivo quando sussista il mancato rispetto di norme comunitarie o internazionali conseguente all'attività non legislativa degli organi regionali e territoriali.

Parallelamente, inoltre, è solo con queste motivazioni che diventa comprensibile il motivo per cui il quinto comma dell'art. 117 Cost., non individua nominativamente tanto il soggetto quanto l'organo al quale spetta esercitare il potere sostitutivo (posto, infatti, che in questa ipotesi si tratterebbe essenzialmente di esercitare il potere sostitutivo nei confronti dell'inadempienza del legislatore, non sarebbe stato ammissibile, se non rischiando una grave rottura del sistema, individuare nel Governo l'organo costituzionalmente abilitato ad esercitare tale potere).

Lasciare innominato non solo l'organo, ma anche il soggetto che potrà esercitare tale potere, consente comunque alla legge statale di avere la massima libertà nell'individuare le soluzioni più opportune: soluzioni che, comunque, andranno cercate anche tenendo conto di quanto è stato detto con riferimento all'effetto unificante che i vincoli contenuti nell'art. 117, comma 1, Cost., e richiamati dall'art. 117, comma 5, Cost., determinano.

Con riferimento allo specifico contenuto di tali soluzioni, esse dovranno essere ricercate tenendo conto dell'estrema delicatezza richiesta nel sostituirsi al legislatore regionale: occorrerà, inoltre, la sicurezza che questa sostituzione sia organizzata in modo da non cozzare con il ruolo proprio della Corte costituzio-

nale e del suo sindacato sulla legittimità delle leggi.

Concludendo, sarà necessario garantire, comunque e sempre, il massimo rispetto del ruolo delle Regioni e del legislatore regionale nel quadro di un ordinamento costituzionale che, sulla base dell'art. 114 Cost., equipara lo Stato e le Regioni (oltre che i Comuni, le Province e le Città metropolitane) quali elementi costitutivi della Repubblica.

6. *Brevi note a margine dell'art. 5 del d.d.l. "La Loggia" recante "Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3"*

A completamento dell'analisi sull'art. 120, comma 2, Cost., ritengo opportuno un breve commento all'art. 5 ("Attuazione dell'art. 120 della Costituzione, sul potere sostitutivo") del d.d.l. "La Loggia" recante "Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3".

Tale articolo, infatti, a fronte di alcuni possibili aspetti innovativi, presenta alcune parti di difficile interpretazione.

In premessa, occorre ricordare (come dato generale) che il Consiglio dei ministri del 19 aprile 2002 (n. 50), su proposta del Presidente del Consiglio e del Ministro per gli Affari regionali, ha approvato, dopo una lunga fase di gestazione e di confronto con i rappresentanti delle autonomie locali, uno schema di disegno di legge con il quale si vorrebbe adeguare l'ordinamento della Repubblica alle modifiche introdotte al titolo V della Costituzione dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, dettando le norme necessarie per rendere operative le nuove funzioni delle Regioni e degli enti locali.

Il testo, trasmesso per il parere (ai sensi degli artt. 2, comma 3, e 9, comma 3, del d.lgs. n. 281 del 1997) alla Conferenza unificata, è stato sottoposto ad un primo esame nella seduta della Conferenza del 9 maggio 2002. Il disegno di legge predisposto dal Governo si compone di nove articoli che sotto vari aspetti prevedono le disposizioni per dare attuazione alla riforma, ade-

quando l'ordinamento repubblicano alle nuove norme costituzionali, salvo per quanto riguarda l'autonomia finanziaria degli enti locali, riservata ad altro provvedimento.

Venendo all'art. 5 in particolare, il suo comma 1, che ricalca interamente il contenuto dell'art. 5 del d.lgs. n. 112 del 1998, prevede che nei casi e per le finalità previsti dall'art. 120 della Costituzione, il Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del ministro competente per materia, anche su iniziativa delle Regioni o degli enti locali, assegna all'ente interessato un congruo termine per adottare i provvedimenti dovuti o necessari. Decorso inutilmente tale termine, il Consiglio dei ministri, sentito l'organo interessato, su proposta del ministro competente o del Presidente del Consiglio dei ministri, adotta il provvedimento ovvero nomina un apposito Commissario che provvede in via sostitutiva. Ove la situazione lo richieda, il Consiglio dei ministri può approvare un disegno di legge o un decreto legge per assicurare il conseguimento delle finalità suddette.

Tale formulazione, che riguarda in particolare (come detto sopra) il comma 1 dell'art. 5, non può essere esente da alcune osservazioni di merito.

In primo luogo, pare apprezzabile l'inserimento (non previsto nell'art. 5 del d.lgs. n. 112 del 1998) della dicitura "anche su iniziativa delle Regioni o degli enti locali", con riferimento alla fissazione di un congruo termine, a favore dell'ente interessato, per provvedere all'adozione degli atti dovuti o necessari.

Tale dicitura, infatti, riconosce a Regioni ed enti locali un potere equivalente a quello della "proposta del Ministro competente" nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri al fine della fissazione del congruo termine a provvedere per l'ente interessato. A ben vedere però, a fronte di una buona valorizzazione del ruolo di Regioni ed enti locali nell'utilizzo del potere sostitutivo, occorre rilevare come, in realtà, tale dicitura non sia del tutto nuova: il procedimento di coinvolgimento di Regioni ed enti locali, infatti, è riscontrabile, seppure con modalità indirette e sulla base della segnalazione alla Conferenza Unificata, nell'art. 7, commi 10 e 11 del d.lgs. n. 112 del 1998.

Del tutto nuova, invece, è la dicitura "adotta il provvedi-

mento” inserita sempre nel comma 1 dell’art. 5: con essa, in sostanza, si consente direttamente al Consiglio dei ministri, senza bisogno, quindi, di nominare un apposito Commissario *ad acta*, di adottare il provvedimento in via sostitutiva. La norma, in effetti, desta più di una perplessità nella misura in cui palesa, con l’espressione “ovvero”, la possibilità per il Consiglio dei ministri di agire del tutto autonomamente rispetto alla nomina del Commissario *ad acta* la quale, peraltro, era invece prevista quale ipotesi unica ed esclusiva dall’art. 5 del d.lgs. n. 112 del 1998.

Il comma 2 dell’art. 5, invece, non risulta essere del tutto nuovo rispetto al panorama legislativo preesistente: in esso si prevede che qualora l’esercizio dei poteri sostitutivi riguardi Comuni, Province o Città metropolitane, la nomina del Commissario deve tenere conto dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione.

Ora, posta la chiara ispirazione di tale suddetta formulazione all’art. 4, comma 5, della legge n. 59 del 1997, il tenore letterale pare non aggiungere nulla di nuovo o di particolarmente rilevante rispetto a quanto già esistente sulla fattispecie del potere sostitutivo: ciò che intendo dire è che, a fronte di una formulazione formalmente inedita, non mi pare si aggiunga, in realtà, nulla di sostanzialmente rilevante.

In tal senso, infatti, occorre valutare la vera portata di espressioni di “intenzione” come quella ad oggetto: sussidiarietà e leale collaborazione sono, infatti, principi cui deve conformarsi tutta l’azione della pubblica amministrazione.

Il comma 3 dell’art. 5 prevede che nei casi di assoluta urgenza, qualora l’intervento sostitutivo non sia procrastinabile senza mettere in pericolo le finalità tutelate dall’art. 120 della Costituzione, il Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente, ovvero della Regione o dell’Ente locale, adotta i provvedimenti necessari, che sono immediatamente comunicati alla Conferenza Stato-Regioni o alla Conferenza Stato-Città e Autonomie locali allargata ai rappresentanti delle Comunità Montane, che possono chiederne il riesame.

Ora, fatta salva la ripetizione della dicitura “ovvero su iniziativa delle Regioni o degli enti locali”, la quale riconferma

l'apertura ad un maggior coinvolgimento di Regioni ed enti locali nell'utilizzo e nella gestione dei poteri sostitutivi, occorre rilevare come il comma ad oggetto riporti fedelmente il contenuto dell'art. 5 del d.lgs. n. 112 del 1998.

Un'importante differenza si impone, però, ad un'attenta lettura: mi riferisco alla sostituzione della lettera "e", riferita alla comunicazione dei provvedimenti sostitutivi necessari sia alla Conferenza Stato-Regioni sia alla Conferenza Stato-Città e Autonomie Locali, con la lettera "o", la quale rende incontestabilmente alternativa la suddetta comunicazione alle due Conferenze. Ora, la speranza è che una tale sostituzione (pur apparentemente di poco conto) sia avvenuta sulla base di una mera svista: se così non fosse, infatti, si affermerebbe il principio secondo il quale la comunicazione dei provvedimenti sostitutivi necessari può essere effettuata ad una delle due Conferenze alternativamente, quasi a volere intendere che le stesse siano in qualche modo equivalenti tra loro o comunque che la comunicazione a favore di una di esse faccia venire meno l'onere della comunicazione all'altra.

Il comma 4 dell'art. 5, ancora, afferma che in tutti i casi suddetti, i provvedimenti sostitutivi devono essere proporzionati alle finalità perseguite; vengono comunque fatti salvi i provvedimenti di scioglimento dei Consigli comunali, provinciali e degli altri enti locali, previsti dal d.lgs. n. 267 del 2000. In tal senso, pare apprezzabile l'inserimento di un principio di proporzionalità nell'utilizzo dei provvedimenti sostitutivi: inserimento che, auspicato da più parti, non ha però ancora trovato un riconoscimento ufficiale nel dettato costituzionale.

L'ultimo comma dell'art. 5, infine, prevede che il Governo, anche per assicurare la tutela delle esigenze e finalità indicate dall'articolo 120 della Costituzione, può promuovere la stipulazione di intese in sede di Conferenza Stato-Regioni, e di Conferenza Unificata, diretta a favorire l'armonizzazione delle rispettive legislazioni o il raggiungimento di posizioni unitarie o il conseguimento di obiettivi comuni; in tal caso è esclusa l'applicazione dei commi 3 e 4 dell'art. 3 del d.lgs. n. 281 del 1997. Ancora una volta si conferma, quindi, la ricerca di una

collaborazione con Regioni ed enti locali al fine di utilizzare al meglio i provvedimenti sostitutivi: la possibilità di “stipulare intese per assicurare la tutela delle esigenze e delle finalità indicate nell’art. 120 della Costituzione”, infatti, pare essere chiaramente ispirata da questo principio.

Difficile esprimere un giudizio conclusivo sull’articolo in commento: occorrerebbe, in effetti, verificare i risultati che in concreto esso potrebbe produrre; ma allo stato attuale una verifica di questo tipo risulta impossibile. Ciò che può essere embrionalmente rilevato, in chiusura, è l’attenzione allo spirito che anima l’utilizzo di intese nel rapporto tra Stato, Regioni ed enti locali, il quale, peraltro, non deve certo essere trascurato, soprattutto in vista di una possibile modifica dell’art. 120 della Costituzione: ma questo è un argomento diverso che non ritengo possibile affrontare in questa sede.

7. Conclusioni

Al termine di questa breve disamina dei contenuti del nuovo art. 120, comma 2, Cost., si impongono alcune riflessioni conclusive, non senza, però, un’importante precisazione: la riforma del suddetto art. 120, comma 2, Cost., si inserisce chiaramente in più ampio disegno di riforma teso a modificare una parte dell’assetto costituzionale del nostro paese.

Per questo motivo ritengo opportuno riflettere, in sede conclusionale, non solo sull’art. 120, comma 2, Cost., (sforzo che risulterebbe, a mio avviso, troppo “asettico”), bensì sull’intero impianto della riforma costituzionale del Titolo V, in modo da offrirne una panoramica più completa e puntuale⁽²⁸⁾.

Come già anticipato in premessa, in questa sede ho cercato di esporre ciò che è costituzionalmente esistente per poi individuare, al fine, ciò che è costituzionalmente corretto.

Mi pare indubitabile che dalla riforma del Titolo V della Co-

(28) Certamente condivisibile la conclusione recentemente avanzata in tal senso da L. TORCHIA, *I vincoli derivanti ...*, *op. cit.*

stituzione emerga una decisa opzione verso il modello c.d. "di amministrazione unica" (regionale - locale), tipico del federalismo alla tedesca, con in più il corollario del cd. "federalismo di esecuzione".

Tal modello, chiaramente, non può intendersi come assoluto (penso, ad esempio, alla riserva allo Stato centrale delle funzioni di *puissance*), ma nel contempo, esso esprime chiaramente l'asse prescelto per il nuovo ordinamento.

Sulla base di questa prima considerazione, risulta forse più agevole capire quale sia il modello amministrativo a cui ci si è voluti ispirare nel nostro ordinamento. Sappiamo bene, infatti, che pur con tutti gli adattamenti che ogni realtà necessariamente richiede, in materia di relazioni tra centro e periferia (o meglio, tra Stato e autonomie territoriali) i possibili modelli riscontrabili nell'esperienza europea sono due:

a) l'opzione federale, ed il connesso principio dell'amministrazione unica, con un possibile avvicinamento alla versione gradualistica dell'esperienza spagnola;

b) il parallelismo "razionalizzato" (di cui alla legge francese del 1992), nel quale l'articolazione decentrata dello Stato rimane, ma è sottoposta a forti innovazioni interne ed a principi largamente comuni e condivisi con l'amministrazione degli enti territoriali per quanto attiene alle sue funzioni, alle relazioni con gli apparati centrali ed al proprio ordinamento interno.

Se questi sono i modelli riscontrabili in una prospettiva comparata, può allora essere utile ripercorrere le direttrici praticate, almeno in via tendenziale, dalle riforme amministrative degli anni '90: in tal senso, mi pare innegabile la presenza di una certa molteplicità di linguaggi e di linee strategiche. Infatti, se per il riordino dei Ministeri il riferimento è all'esperienza britannica (ed, in parte, nord-americana), si è invece optato per il modello federale tedesco nel Capo I della legge n. 59 del 1997 e nel d.lgs. n. 112 del 1998, mentre nei confronti degli enti locali territoriali la strada praticata (si pensi, ad esempio, alla legge n. 265 del 1999) è quella della valorizzazione diretta, ma senza il parallelismo razionalizzato della legge francese del 1992.

Poste queste brevi considerazioni, mi pare si possano distin-

guere due piani di ragionamento, l'uno specifico e l'altro più generale e metodologico.

Sul primo piano, la revisione del Titolo V della Costituzione deve essere valutata, a mio avviso, positivamente per almeno tre ordini di motivi:

a) le leggi di riforma amministrativa degli anni '96-2000 trovano finalmente una piena legittimazione costituzionale che prima mancava;

b) l'amministrazione, pur con i limiti esposti, riceve uno statuto solo "potenzialmente" (sono, infatti, altre le parti della Costituzione in cui sono racchiusi principi generali e attori principali della materia) più avanzato e innovativo;

c) emerge embrionalmente la possibilità di un regionalismo cd. "a geometria variabile", che può essere considerato la possibile chiave di volta rispetto alla realizzazione di un effettivo sistema decentrato nel nostro ordinamento.

Occorre comunque riconoscere come siano innegabili, a fronte delle suesposte considerazioni, alcuni dubbi, o vere e proprie perplessità, di non trascurabile importanza:

a) non si risponde ai grandi quesiti sollevati dalle riforme amministrative degli anni '90, mancando, come già detto, un'opzione chiara in favore del principio dell'amministrazione unica (regionale-locale), o del parallelismo razionalizzato (legge francese del 1992);

b) il sistema locale non viene collocato all'interno di quello regionale o, comunque, non viene progettato un sistema binario razionalizzato;

c) non si prevede il riordino dei comuni minori.

Sul secondo piano, invece, si pongono due ulteriori questioni che meriterebbero un'attenta riflessione:

a) gli interventi sul Titolo V della Costituzione hanno determinato, in modo chiaro, una trasformazione del ruolo e del significato di Costituzione: essa cessa di essere il "progetto da perseguire" e diviene il "metodo di registrazione" di riforme, già in parte varate con legge ordinaria, cui assicurare una protezione più solida;

b) il ricorso alla veste costituzionale, intesa come metodo di

stabilizzazione di scelte operate in sede legislativa ordinaria, finisce (in parte) per consegnare a quest'ultima anche la legittimazione ed il consenso della revisione costituzionale (da qui deriva, credo, l'inedito sostegno al procedimento di revisione limitato alla sola maggioranza politica).

Come già anticipato in precedenza, mi paiono tutti aspetti sui quali sarebbe doveroso, prima ancora che necessario, invitare tutti alla più accurata ed approfondita riflessione. In questa sede, infatti, si è sostanzialmente cercato di illuminare alcuni aspetti di questa ampia problematica e di offrire alcune possibili ipotesi di applicazione della nuova norma costituzionale. Sull'art. 120, comma 2, Cost., poi, ritengo inerente un'ultima riflessione a margine: la sua nuova formulazione, la quale pone, peraltro, diversi dubbi interpretativi ⁽²⁹⁾ che ho cercato di esemplificare con il presente contributo, potrà essere valutata oggettivamente solo alla prova dei fatti. Resta il rammarico (forse scontato) per la mancata costituzionalizzazione del potere sostitutivo anche in senso ascendente: probabilmente, una maggiore attenzione al contenuto dell'art. 7, commi 10 e 11, del d.lgs. n. 112 del 1998, avrebbe potuto colmare in tempo questa lacuna.

Per il resto, anche su questi problemi, così come sui tanti altri che la riforma costituzionale pone, sarà il futuro a dirci quali saranno veramente i caratteri del nuovo ordinamento italiano.

(29) La natura giuridica dell'intervento sostitutivo è stata studiata ampiamente dalla dottrina la quale già parlava in proposito (ed in tempi molto lontani dalla riforma costituzionale) di "ibrido concetto".

La previdenza sociale dopo la riforma dell'art. 117 (*)

di Annamaria Poggi

Sommario

1. La previdenza complementare e integrativa nel nuovo Titolo V: le "discontinuità" rispetto al quadro costituzionale e istituzionale precedente. – 1.1. Le discontinuità costituzionali. – 1.2. Le discontinuità istituzionali. – 2. Le possibili ragioni: l'effetto "trascinamento" del decentramento delle funzioni amministrative e della conseguente riorganizzazione costituzionale del potere legislativo. – 3. Il nuovo riparto di competenze legislative: il ruolo delle Regioni (lo sviluppo delle "politiche" locali). – 4. Il ruolo dello Stato: la garanzia del diritto di "cittadinanza" sociale. – 5. La materia della "previdenza complementare e integrativa": il contenuto della formula. – 6. Lo spazio legislativo regionale tra funzionalizzazione della previdenza complementare alla previdenza di base e libertà privata di costituzione dei fondi pensione. – 7. I limiti alla competenza legislativa regionale sulla previdenza complementare e integrativa: i limiti unificanti. – 8. I limiti connessi a competenze legislative esclusive dello Stato: in particolare "la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di diritti civili e sociali da garantire su tutto il territorio nazionale". – 9. Lo spazio possibile: due possibili livelli di competenza legislativa regionale.

1. La previdenza complementare e integrativa nel nuovo Titolo V: le "discontinuità" rispetto al quadro costituzionale e istituzionale precedente

L'attribuzione della competenza legislativa concorrente alle Regioni in materia di "previdenza complementare e integrativa" costituisce un'indubbia novità come del resto, e più in generale, la stessa competenza legislativa regionale nel settore del diritto

(*) Relazione al Convegno *Riforma del Titolo V della Costituzione e nuovi confini tra pubblico e privato. La protezione sociale del lavoratore infortunato tra principi costituzionali di devoluzione e nuovi modelli gestionali*, Roma, 17-18-19 ottobre 2002.

del lavoro. A differenza di altre attribuzioni che costituiscono il portato finale sia di percorsi normativi, sia di evoluzioni giurisprudenziali (basti pensare a molti dei settori in cui, per effetto della l. n. 59/97 e del d.lgs. n. 112/1998 si era già verificato il trasferimento delle funzioni amministrative) ⁽¹⁾ in questo caso la nuova normativa costituzionale non costituisce né l'esito di una evoluzione interpretativa del vecchio articolo 117; né la risultante di processi legislativi di riforma intervenuti nel settore negli anni Novanta. Neppure può dirsi che verso tale direzione spingesse una particolare e felice esperienza registratasi nelle Regioni speciali o, tantomeno, che vi fosse l'obbligo di aderire ad un vincolante suggerimento proveniente dal diritto comunitario o da quello internazionale.

1.1. *Le discontinuità costituzionali*

Nel contesto costituzionale precedente la modifica del Titolo V Cost. le Regioni erano prive di qualsiasi competenza legislativa in materia di lavoro. L'unica materia "lavoristica" attribuita alla potestà legislativa concorrente – nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato – era l'"istruzione artigianale e professionale". Il d.lgs. 469/1997 – in virtù della delega conferita dalla l. 59/1997 – ha poi ulteriormente ampliato la competenza delle Regioni, attribuendo loro anche la potestà legislativa in materia di organizzazione dei sistemi regionali di politica del lavoro. In questo caso però si è trattato di potestà legislativa delegata dallo Stato a norma dell'art. 117.2 Cost., dunque da esercitarsi soltanto in attuazione delle norme dettate in

(1) Come, per esempio nel settore della formazione professionale (su cui v. M. RENNA *I conferimenti agli enti locali in materia di formazione professionale* in G.C. DE MARTIN, F. MERLONI, F. PIZZETTI, L. VANDELLI (a cura di), *Il decentramento amministrativo. La complessa attuazione del d.lgs. n. 112/1998*, Rimini, Maggioli, 2000, p. 115 ss.), dei servizi sociali (su cui v. E. BALBONI, *I servizi sociali* in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico, III, L'azione dei pubblici poteri*, Bologna, Il Mulino, 1997, p. 167 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *I servizi sociali* in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 1998, p. 991 ss. e per l'analisi conseguente alla revisione costituzionale sia consentito rinviare a A. POGGI, *Istruzione, formazione e servizi alla persona tra Regioni e Comunità nazionale*, Torino, Giappichelli, in corso di pubblicazione.

materia dal legislatore nazionale. Pertanto, sebbene il Governo abbia rimesso gran parte della disciplina della materia alla normazione regionale, la potestà legislativa delle Regioni rimaneva finalizzata alla sola attuazione della disciplina statutale.

Le discontinuità costituzionali sono apprezzabili anche sotto il profilo della riconduzione della formula previdenza complementare e integrativa nell'ambito delle politiche sociali. È infatti noto come dalle dizioni "beneficenza pubblica" e "assistenza sanitaria e ospedaliera" sia stata generalmente esclusa la nozione di previdenza sociale. Da questo punto di vista il vecchio art. 117 per un verso applicava coerentemente la distinzione tra assistenza e previdenza già emersa in sede di stesura dell'art. 38 Cost. ⁽²⁾ e, per altro verso razionalizzava le forme di intervento a favore di situazioni di bisogno della persona perfezionatesi in precedenza distinguendo tre grandi settori: la beneficenza pubblica (intesa come complesso di interventi caratterizzati dal "ben volere del soggetto pubblico o privato che eroga la beneficenza che dalle esigenze del beneficiato") ⁽³⁾, l'assistenza sociale (attraverso cui la "collettività pubblica si renderebbe pienamente responsabile dell'intervento necessario per rimuovere una determinata condizione di difficoltà") ⁽⁴⁾ e la previdenza sociale (fondata sulla solidarietà nella condivisione dei rischi sociali).

Ed anzi l'opera di successivo affinamento interpretativo della norma è stata condotta in porto anche grazie all'estromissione dai due settori indicati nel vecchio art. 117 della materia della previdenza. I primi trasferimenti di funzioni amministrative

(2) La distinzione, rinvenibile nel Progetto della Commissione per cui l'assistenza si qualificava quale diritto che spetta ad ogni individuo privo di mezzi e di possibilità di lavoro e la previdenza quale diritto che scaturisce dalla prestazione di lavoro, fu accolta dalla prevalente dottrina: cfr., tra gli altri, M.S. GIANNINI, *Profili costituzionali della protezione sociale delle categorie lavoratrici*, in *Riv. giur. lav.*, 1953, I, p. 1 ss.; G. MAZZONI, *Previdenza, assistenza e sicurezza sociale*, in *Studi in memoria di Ascarelli*, III, Milano, Giuffrè, 1969, p. 1226 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1984, p. 905 ss. Sul dibattito innestatosi su tale distinzione v. per tutti, M. STIPO, *Beneficenza, assistenza e previdenza nei rapporti tra Stato e Regione*, Roma, 1977, p. 38 ss.

(3) E. FERRARI, *I servizi sociali. Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo speciale*, I, Milano, Giuffrè, 2000, p. 601.

(4) *Ibidem*.

dallo Stato verso le Regioni e gli altri enti locali del 1972 esclusero le funzioni di assistenza sociale, creando notevoli problemi pratici e interpretativi. Solo a distanza di cinque anni, con i secondi trasferimenti di funzioni amministrative, il legislatore fu costretto a ridefinire la materia "beneficenza pubblica" in modo da sottrarvi soltanto "le funzioni relative alle prestazioni economiche di natura previdenziale" (art. 22, 1° comma d.P.R. n. 616/1977).

In tal modo diveniva evidente che: *a*) l'assistenza sociale rientrava a pieno titolo nei trasferimenti di funzioni, sotto la dizione "beneficenza pubblica" ⁽⁵⁾; *b*) essa diveniva, nel contempo, un settore di funzioni ben separate dalla previdenza, ricondotta nel settore del diritto del lavoro in forza del duplice criterio soggettivo e finalistico individuato di lì a poco dalla Corte costituzionale ⁽⁶⁾.

I trasferimenti operati dal d.lgs. n. 112/1998 (sulla base della legge delega n. 59/1997) hanno confermato tale impostazione. I servizi sociali non sono più la denominazione di una serie di materie, ma sono essi stessi una materia (artt. 128-134, d.lgs. n. 112/1998) che, insieme alla tutela della salute (artt. 112-127), l'istruzione scolastica (artt. 135-139), la formazione professionale (artt. 140-147), i beni e attività culturali (artt. 148-155), lo spettacolo (art. 156) e lo sport (art. 157) vengono ascritti ai "servizi alla persona ed alla comunità". In questo quadro sono definiti "servizi sociali" "tutte le attività relative alla predisposi-

(5) La Corte costituzionale plaudiva a questo intervento e nella sentenza n. 174 del 1981 (con cui dichiarava infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 22 d.P.R. n. 616 del 1977, con cui si trasferivano alle Regioni una serie di funzioni in materia assistenziale precedentemente assolve da enti pubblici e privati, sollevata con riguardo agli artt. 117 e 118 Cost.) registrava che "le finalità e l'ampiezza della ridefinizione rappresentano certo il frutto di una nuova analisi delle funzioni razionalmente suscettibili di essere riunite nella materia, ma costituiscono innanzitutto i primi risultati di una nuova politica sociale".

(6) Soprattutto con la sent. n. 131 del 1986 in cui i due settori vengono separati in relazione al duplice criterio soggettivo (l'assistenza attiene ai cittadini e la previdenza ai lavoratori) e finalistico (l'assistenza garantisce il minimo vitale mentre la previdenza "anche il soddisfacimento di ulteriori esigenze relative al tenore di vita dei lavoratori"). In precedenza la Corte si era già espressa in tal senso, anche se con meno ricchezza di motivazioni, nelle sentt. n. 22, 124 e 155 del 1969; n. 26 del 1980.

zione ed erogazione di servizi, gratuiti e a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia” (art. 128, 2° comma). Lo schema di distinzione: previdenza, sanità (meglio, tutela della salute) e assistenza (meglio, servizi sociali) rimane intatto. Al punto che, commenta taluno forse in maniera eccessivamente sicura, “di quelle esclusioni non vi era bisogno” ⁽⁷⁾, poiché, per quanto riguarda il settore previdenziale, queste non sono prestazioni che corrispondono “a situazioni di difficoltà della persona umana, ma a determinati presupposti lavorativi e contributivi” ⁽⁸⁾. La consapevolezza che le situazioni di bisogno sono complesse e, dunque, difficilmente nei fatti sono separabili bisogno di assistenza o di previdenza, unita alla coscienza che la domanda di protezione in tali settori è in parte costante ma in parte dipende altresì da variabili che inevitabilmente mutano nel tempo, dovrebbe forse consigliare di considerare queste categorie come tentativi di separazione concettuale, al fine di favorire una migliore sistemazione normativa della materia, e non quali categorie astratte cui devono corrispondere assetti immutabili. Da questo punto di vista la struttura dell’art. 38 è realmente “aperta” ⁽⁹⁾ sia dal punto di vista dei modelli organizzativi, sia dal punto di vista della qualificazione dei settori ⁽¹⁰⁾.

In ogni caso e avendo riguardo al percorso normativo sopra tracciato, è plausibile ritenere che il nuovo art. 117 abbia inteso riferirsi al concetto di previdenza nella sua accezione tradizio-

(7) E. FERRARI, *op. cit.*, p.434.

(8) *Ibidem*.

(9) M. CINELLI, *Sicurezza sociale* in *Enc. del dir.*, XLII, Milano, Giuffrè, 1990, p. 4.

(10) Sulle diverse ricostruzioni, tanto sotto il versante del significato dei diritti alla protezione e sicurezza sociale, quanto sotto il profilo dei modelli organizzativi desumibili dall’art. 38 v. le ricostruzioni di A. LA SPINA, *La protezione sociale* in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo speciale*, cit., p. 540 ss. e A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all’uguaglianza sostanziale*, Napoli, Jovene, 1999, p. 37 ss.

nale ⁽¹¹⁾ con ciò apportando un indubitabile elemento di novità rispetto al quadro precedente.

A fronte del totale silenzio osservato nel precedente testo costituzionale ben sette sono ora le disposizioni che si occupano di “lavoro”. Le prime due garantiscono la libera circolazione delle persone e l’esercizio del diritto al lavoro “in qualunque parte del territorio nazionale” (art. 120, comma 1). Le altre cinque (contenute nell’art. 117, commi 2 e 3) ascrivono alla legislazione esclusiva dello Stato la “previdenza sociale”, a quella esclusiva delle Regioni l’istruzione e formazione professionale”, alla legislazione concorrente la “tutela e sicurezza del lavoro”, le “professioni”, la “previdenza complementare e integrativa”. Vi sono, poi, altre tre norme di carattere generale relative al sistema delle fonti: la prima riserva allo Stato la fissazione dei “principi fondamentali” nelle materie oggetto di legislazione concorrente” (art. 117, comma 3, ultimo periodo); la seconda attribuisce alle Regioni, nelle stesse materie, la potestà regolamentare (art. 117, comma 6); la terza ritaglia allo Stato “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale” (art. 117, comma 2, lett. m).

Non v’è dubbio, inoltre, che toccano la materia del lavoro, sebbene secondo gradazioni diverse: anche: la norma che fa obbligo alle Regioni di “rimuovere ogni ostacolo” alla realizzazione della parità fra uomini e donne nella vita economica (art. 117, comma 7); quella che prevede “interventi speciali” dello Stato a favore di determinate Regioni ed enti locali per promuoverne lo sviluppo economico o per rimuovere squilibri di ordine economico e sociale (art. 119, comma 5) e quella che attribuisce al Governo poteri sostitutivi nei confronti delle Regioni e degli enti locali che non rispettino (fra l’altro) la normativa internazionale e comunitaria o che non assicurino “la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali” (art. 120, comma 2).

(11) G. DONDI e G. ZAMPINI, *Previdenza pubblica e complementare privata nella riforma del Titolo V, Parte II della Costituzione*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, suppl. gennaio-febbraio 2002, p. 179.

1.2. *Le discontinuità istituzionali*

Le discontinuità introdotte con la revisione costituzionale sono altresì evidenti con riguardo ai sentieri intrapresi dalle riforme della previdenza complementare degli anni Novanta.

Pur non mancando aperture alla dimensione territoriale ⁽¹²⁾, l'impronta impressa al sistema previdenziale dalle riforme del 1993 e 1995 è quella efficientistica per cui la garanzia di cui all'art. 38 non è disgiunta dalla necessità di definire "i criteri di calcolo dei trattamenti pensionistici attraverso la commisurazione dei trattamenti alla contribuzione, le condizioni di accesso alle prestazioni con l'affermazione del principio di flessibilità, l'armonizzazione degli ordinamenti pensionistici nel rispetto della pluralità degli organismi assicurativi, l'agevolazione delle forme pensionistiche complementari allo scopo di consentire livelli aggiuntivi di copertura prevenzione, la stabilizzazione della spesa pensionistica nel rapporto con il prodotto interno lordo e lo sviluppo del sistema previdenziale medesimo" (art. 1, 1 comma l. 335/1995). A sottolineare la valenza unificatrice della materia autoassunta dalla legge del 1995 provvede il secondo comma dell'art. 1 per cui "Le disposizioni della presente legge costituiscono principi fondamentali di riforma economico-

(12) Nell'art. 2, primo comma, del d.lgs. 124/1993 a norma del quale le forme pensionistiche complementari possono essere istituite "b) per raggruppamenti sia di lavoratori autonomi sia di liberi professionisti, anche organizzati per aree professionali e per territorio"; Nel successivo art. 3, comma 1, dello stesso provvedimento secondo cui le fonti istitutive della previdenza complementare sono, tra l'altro, "b) accordi fra lavoratori autonomi o fra liberi professionisti, promossi da loro sindacati o associazioni di rilievo almeno regionale". L'art. 17 del d.lgs. 47/2000, poi, nel prevedere modificazioni all'art. 3, comma 1 del d.lgs. 124/1993 aggiunge un ulteriore comma che rinvia per l'istituzione di fondi pensione ad "accordi tra soggetti destinatari del decreto legislativo 16 settembre 1996, n. 565, promossi da loro sindacati o associazioni di rilievo almeno regionale". La legge n. 152/2001, ancora, prevede all'art. 2 che possono costituire e gestire istituti di patronato e di assistenza sociale, le confederazioni e le associazioni nazionali di lavoratori che, tra l'altro, "b) abbiano sedi proprie in almeno un terzo delle Regioni e in un terzo delle Province del territorio nazionale". Una qualche apertura alla legislazione regionale alla materia del lavoro può intravedersi altresì nella sentenza della Corte costituzionale n. 359/1993 in cui la Corte afferma che la contrattazione collettiva non può incidere più di tanto sulla disciplina del rapporto di lavoro dei dipendenti regionali poiché in tal modo vanificherebbe le competenze legislative regionali in materia di organizzazione dei propri uffici.

sociale della Repubblica". In tal modo il legislatore ottiene l'effetto di vincolare al rispetto delle sue prescrizioni anche le Regioni speciali, in relazione al loro massimo grado di potestà legislativa, quella esclusiva, allo scopo di portare alla luce ambiti materiali qualificati da un interesse prevalente all'unità nazionale, rispetto all'esigenza del decentramento territoriale⁽¹³⁾

Allo stesso modo la l. 144/1999, laddove prevede il riordino degli enti pubblici previdenziali (art. 57) ovvero laddove si occupa espressamente di previdenza complementare (art. 71), è pervasa dallo stesso spirito razionalizzatore teso a non recidere del tutto il nesso tra lo sviluppo in senso garantistico del sistema previdenziale con gli equilibri della finanza pubblica. Anche quando si prevedono forme di decentramento territoriale (degli enti previdenziali e assistenziali) queste paiono funzionalizzate ad una migliore e più razionale gestione amministrativa degli enti stessi piuttosto che indirizzate a dar corpo al disegno politico che vede negli ordinamenti locali una dimensione più adeguata allo sviluppo economico e alla razionalizzazione della spesa pubblica⁽¹⁴⁾.

Del resto basti rammentare come il disegno di legge "Delega al Governo in materia previdenziale, misure di sostegno alla previdenza complementare e all'occupazione stabile e riordino degli enti di previdenza e assistenza obbligatoria" attualmente in discussione in sede parlamentare, pur essendo stato presentato dopo l'entrata in vigore del nuovo Titolo V, non si curi minimamente di dar seguito, per quanto riguarda la previdenza complementare, alla nuova attribuzione legislativa regionale come emerge linearmente sin dal primo articolo a norma del quale: "Il Governo è delegato ad emanare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi-

(13) Ed anzi l'autoqualificazione di una legge statale quale legge di riforma economico-sociale si pone l'obiettivo di limitare la massima espressione della potestà legislativa delle Regioni speciali, cioè quella esclusiva.

(14) Come emerge nel punto *i*) dell'art. 57 della l. 144/1999 che prevede quale principio di delega il "decentramento territoriale degli enti, in sintonia con il principio di distinzione e separazione della funzione di indirizzo e vigilanza da quella di gestione amministrativa e di quest'ultima dalla gestione operativa, come previsto dall'articolo 27-bis del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni".

vi contenenti norme intese a: *a)* certificare il conseguimento del diritto alla pensione di anzianità al momento della maturazione dei requisiti per la pensione stessa; *b)* introdurre sistemi di incentivazione di carattere fiscale e contributivo che rendano conveniente, per i lavoratori che maturino i requisiti per la pensione di anzianità, la continuazione dell'attività lavorativa; *c)* liberalizzare l'età pensionabile; *d)* eliminare progressivamente il divieto di cumulo tra pensioni e redditi da lavoro; *e)* sostenere e favorire lo sviluppo di forme pensionistiche complementari ⁽¹⁵⁾.

Per la verità tale disegno di legge pare indirizzato in senso decisamente opposto, come dimostrano quelle norme che attribuiscono rilevanti poteri, non solo di vigilanza ma altresì di indirizzo generale, sia al Ministero del lavoro e delle politiche sociali (nella forma delle direttive), sia alla Commissione di vigilanza sui fondi pensione (nella forma di atti amministrativi). In tal senso pare doversi leggere il punto *h)* del secondo comma dell'art. 1 laddove enuncia come criterio direttivo “perfezionare l'unitarietà e l'omogeneità del sistema di vigilanza sull'intero settore della previdenza complementare, con riferimento a tutte le forme pensionistiche collettive e individuali previste dall'ordinamento e semplificare le procedure amministrative tramite: 1) l'esercizio da parte del Ministero del lavoro e delle politiche sociali dell'attività di alta vigilanza mediante l'adozione di direttive generali in materia; 2) l'attribuzione alla Commissione di vigilanza sui fondi pensione, ferme restando le competenze attualmente ad essa attribuite, del compito di impartire disposizioni volte a garantire la trasparenza delle condizioni contrattuali fra tutte le forme pensionistiche collettive e individuali, ivi comprese quelle di cui all'articolo 9-ter del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124, e successive modificazioni, e di vigilare sulle modalità di offerta al pubblico di tutti i predetti strumenti previdenziali, al fine di tutelare l'adesione consapevole dei soggetti destinatari”.

(15) Camera dei Deputati, XIV Legislatura, disegno di legge n. 2145 presentato il 28 dicembre 2001 dal Presidente del Consiglio dei ministri (Berlusconi) e dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali (Maroni), di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze (Tremonti).

Se poi si rivolge lo sguardo all'esperienza condotta nelle Regioni speciali sino all'adozione del nuovo Titolo V, non si intravedono esperienze tali e consolidate da aver potuto costituire un sicuro punto di riferimento verso lo sviluppo di un sistema decentrato di previdenza complementare. Tali Regioni, pur se tutte titolari *ab origine* di competenza legislativa in materia di previdenza complementare e integrativa, se la vedono attribuita, in forza dei propri statuti, nella forma prevalente della competenza attuativa-integrativa. Così, lo statuto del Friuli-Venezia Giulia la prevede all'art. 6 quale potestà integrativa-attuativa ("La Regione ha facoltà di adeguare alle sue particolari esigenze le disposizioni delle leggi della Repubblica, emanando norme di integrazione nelle seguenti materie: ...2) lavoro, previdenza e assistenza sociale"); lo statuto del Trentino-Alto Adige la prevede quale competenza integrativa (art. 6, primo comma: "Nelle materie concernenti la previdenza e le assicurazioni sociali la Regione ha facoltà di emanare norme legislative allo scopo di integrare le disposizioni delle leggi dello Stato ed ha facoltà di costituire appositi istituti autonomi per agevolarne l'istituzione"); lo statuto della Valle d'Aosta la indica quale competenza integrativa-attuativa (art. 3: "La Regione ha la potestà di emanare norme legislative di integrazione e di attuazione delle leggi della Repubblica, per adattare alle condizioni regionali nelle seguenti materie: ...h) previdenza e assicurazioni sociali"); infine lo statuto della Sardegna la attribuisce alla Regione quale competenza integrativa-attuativa (art. 5: "La Regione ha facoltà di adattare alle sue particolari esigenze le disposizioni delle leggi della Repubblica, emanando norme di integrazione ed attuazione in materia di: ...b) lavoro, previdenza ed assistenza sociale"). Solo lo statuto siciliano la contempla quale potestà concorrente all'art. 17 ("Entro i limiti dei principi ed interessi generali di cui si informa la legislazione dello Stato, l'Assemblea regionale può, al fine di soddisfare alle condizioni particolari e agli interessi propri della Regione, emanare leggi, anche relative all'organizzazione dei servizi, sopra le seguenti materie concernenti la Regione: ...f) legislazione sociale: rapporti di lavoro, previdenza ed assistenza sociale, osservando i minimi stabiliti dalle leggi dello Stato").

Nonostante tali previsioni non possiamo dire di essere in presenza di un'esperienza significativa sul punto che costituisca un modello possibile. Ed anzi il d.lgs. n. 221 del 2001 contenente norme di attuazione dello statuto del Trentino, intervenendo ora sul punto (e dunque alla luce del nuovo 117 che gli consentiva di interpretare la propria competenza quale competenza concorrente, alla stregua delle Regioni ordinarie) dimostra che la Regione in questione ha deciso di attenersi assai scrupolosamente negli ambiti del tipo di competenza originariamente attribuita, cioè l'attuativa-integrativa.

Né, infine, l'attribuzione della competenza legislativa concorrente in materia di "previdenza complementare e integrativa" può ritenersi scaturita da obblighi internazionali ovvero da obblighi derivanti dall'adesione all'Unione europea. Per quanto riguarda questi ultimi, che certamente più potrebbero incidere ai fini della ricostruzione complessiva del sistema, va preso atto che, allo stato attuale, vi è una certa indifferenza dell'Unione rispetto alla ripartizione interna delle competenze, ritenendosi prevalenti altri aspetti. Così, nel vertice di Barcellona il Consiglio europeo ha ribadito la necessità di incrementare il tasso di partecipazione al lavoro della popolazione attiva, soprattutto nelle fasce di età più elevata, (per far fronte al dato dell'invecchiamento della popolazione) ed ha indicato l'obiettivo di aumentare gradualmente (entro il 2010) di circa cinque anni l'età media effettiva di pensionamento.

Il Consiglio, conseguentemente, ha ribadito che l'UE non mira all'armonizzazione dei sistemi pensionistici nazionali: la struttura di questi, il ruolo svolto in tale ambito da ciascuno dei cd. "pilastri" è questione che viene lasciata alle decisioni dei singoli Paesi. Tuttavia, il vertice di Barcellona, nella consapevolezza dell'importanza di forme di collaborazione nel settore, ha avallato l'indicazione elaborata congiuntamente dal Comitato di protezione sociale e dal Comitato di politica economica di applicare alle pensioni il cd. "metodo aperto di coordinamento" che prevede la definizione di orientamenti generali comuni, la loro attuazione nelle strategie di politica nazionali, la valutazione ad intervalli regolari dei risultati raggiunti, da compiersi, per

quanto possibile, sulla base di indicatori comuni e concordati⁽¹⁶⁾. In tale prospettiva è previsto che gli Stati membri presentino una prima relazione sulla strategia nazionale da seguire in materia di pensioni; su tali basi la Commissione e il Consiglio dovranno predisporre un rapporto congiunto, nel quale siano identificate pratiche e impostazioni di interesse comune, da presentarsi per la prima volta al vertice dei Capi di Stato e di Governo che si terrà in Grecia nella primavera del 2003.

Già da questi pochi elementi si dovrebbe dedurre che non solo l'Unione è in qualche misura indifferente ad una organizzazione interna decentrata dei singoli sistemi previdenziali ma che, al contrario, se una spinta giunge è quella verso l'armonizzazione delle diverse discipline statali dal momento che il principio cardine dell'Unione, la mobilità dei lavoratori, tende ad es-

(16) Il "Metodo di coordinamento aperto" è stato introdotto nell'Unione dal Consiglio europeo di Lisbona 23-24 marzo 2000 (che ha posto tra gli obiettivi generali dell'azione politica quello di ammodernare i sistemi nazionali di protezione sociale con la riforma del *welfare* in materia di mercato del lavoro, di pensioni e salute). Nelle sue Conclusioni, al paragrafo 37, si legge infatti: "Il nuovo metodo aperto di coordinamento implica la definizione di orientamenti europei, nonché di un calendario di azioni per la realizzazione di obiettivi prestabiliti, basandosi, qualora necessario, su indicatori e parametri di comparazione al fine di comparare le buone prassi, di tradurre tali orientamenti europei in obiettivi e misure specificamente adattate alle particolarità nazionali e regionali e, infine, di elaborare una procedura di apprendimento reciproco basata su un processo regolare di sorveglianza, valutazione e revisione da parte di pari, dei progressi raggiunti". Nel paragrafo 38 si afferma che "un'impostazione totalmente decentrata sarà applicata coerentemente con il principio di sussidiarietà, a cui l'Unione, gli Stati membri, i livelli regionali e locali, nonché le parti sociali e la società civile parteciperanno attivamente mediante diverse forme di partenariato". Sul metodo comunitario v. S. GOZI, F. MOSCONI, *Il metodo comunitario al lavoro*, Bologna, Il Mulino, 1, 2001, p. 23 ss. Sulla sua applicazione alle tematiche del lavoro in senso lato v., dubitativamente T. TREU, *Diritti sociali europei: dove siamo*, in *Lavoro e dir.*, 2000, p. 445. Del resto, come ben evidenzia P. OLIVELLI, *Diritti sociali e metodo aperto di coordinamento in Europa, Argomenti di diritto del lavoro*, in corso di pubblicazione, soprattutto sul versante dei diritti l'Unione risente dell'ottica mercantile della sua origine per cui mentre da un lato si vanno progressivamente affermando modalità informali - la cd. *soft law* - non consistenti in norme tecnicamente giuridiche, ma in indicazioni di obiettivi economici e sociali, dall'altro si pone il problema di una Costituzione europea. Sul punto v., almeno J. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the treaty of Amsterdam: European Constitution revisited*, in *Common Market Law Review*, 36 (1999), p. 703 ss.; U. DE SIERVO (a cura di.), *La difficile Costituzione europea*, Bologna, Il Mulino, 2001; A. BARBERA, *Esiste una "costituzione europea"?*, in *Quad. Cost.*, 2000, p. 59 ss.

sere ostacolato da differenti discipline statali e, a maggior ragione, da differenti discipline regionali.

2. *Le possibili ragioni: l'effetto "trascinamento" del decentramento delle funzioni amministrative e della conseguente riorganizzazione costituzione del potere legislativo*

Le discontinuità che sul terreno della previdenza complementare segnano l'impalcatura del Titolo V trovano probabilmente spiegazione nel contesto più generale in cui esse si inseriscono. Vi è infatti una convergenza di fondo tra i processi di innovazione economica e la riorganizzazione dei rapporti centro-periferia realizzatisi nel nostro Paese nell'ultimo decennio: il graduale ritrarsi dello Stato si manifesta, infatti, con una certa evidenza tanto nell'ambito economico (attraverso l'apertura verso il mercato e alla concorrenza), quanto in quello istituzionale della rielaborazione dei rapporti Stato-altri enti territoriali. Per rimanere su un terreno assai prossimo a quello della previdenza basti pensare all'intreccio realizzatosi nel settore del lavoro pubblico tra privatizzazione (o contrattualizzazione) dello stesso e riassetto politico-funzionale dei rapporti tra Stato centrale e Regioni⁽¹⁷⁾.

Difficile, dunque, sottrarsi alla convinzione di una stretta interconnessione tra le riforme avviate dalla legge n. 59 del 1997 e l'inizio di una stagione per molti versi nuova anche nel settore del diritto del lavoro in senso lato. Difficile, in sostanza, immaginare che la complessa riorganizzazione delle funzioni ammini-

(17) Introdotta dal d.lgs. n. 29 del 1993 (art. 2). A commento di tale importante riforma v., tra gli altri, E. CARDI, F. CARINCI, M. SACCONI, M. TERRY, *Pubblico impiego. Verso il diritto comune del lavoro*, a cura di T. TREU, Milano, Giuffrè, 1993. Più in generale sulla privatizzazione del pubblico impiego v. M. D'ALBERTI, *Lavoro pubblico e privato*, in *Scritti per Mario Nigro*, Milano, Giuffrè, 1991, II, p. 145 ss.; C.E. GALLO., *La riforma del rapporto di lavoro nel pubblico impiego: riflessioni*, in *Studi in onore di Gustavo Vignocchi*, II, Modena, 1992, p. 663; con riguardo all'intreccio con il riassetto dei rapporti Stato-Regioni v. L. ZOPPOLI, *Neoregionalismo e contrattualizzazione del lavoro pubblico*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*. Commentario diretto da F. CARINCI e M. D'ANTONA, I, Milano, Giuffrè, 2000, p. 75 ss.

strative e dell'amministrazione (statale e locale) nel suo complesso si sarebbe arrestata alle soglie del diritto del lavoro⁽¹⁸⁾.

L'impatto ordinamentale della legge n. 59, in sostanza, è così profondo ed esteso a tanti e tali settori confinanti con quello della previdenza (mercato del lavoro, attività produttive, trasporti, formazione professionale, tutela della salute, assistenza sociale...) che non tarda a riverberare i suoi effetti anche su di essa. Questo spiega la (solo) apparente contraddizione per cui mentre la legge n. 59/97⁽¹⁹⁾ e poi il d.lgs. n. 112/1998⁽²⁰⁾ escludono dal settore dei conferimenti alle Regioni, e all'ordinamento regionale nel suo complesso, l'intera materia della "previdenza", i contestuali lavori della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali della XIII legislatura⁽²¹⁾, che si snodano contestualmente alle discussioni e all'approvazione della legge n. 59/1997 conducono, invece, alla separazione della materia (previdenza sociale allo Stato e previdenza complementare alle Re-

(18) Sull'inevitabilità di tali connessioni v. L. MARIUCCI, *Federalismo e diritti del lavoro*, in *Lavoro e dir.*, 2001, n. 3, p. 403 ss.

(19) L'art. 1, comma 3, lett. O) della legge escludeva dai trasferimenti anche la "previdenza sociale, eccedenze di personale temporanee e strutturali".

(20) All'art. 128.

(21) Istituita con l. cost. 24 gennaio 1997, n. 1 "Istituzione di una Commissione parlamentare per le riforme costituzionali". Sulle peculiarità della legge istitutiva v. A. DI GIOVINE, *Note sulla legge costituzionale n. 1 del 1997*, in *Quad. cost.*, 1997, p. 381 ss. Per un commento alla parte del Progetto concernente la riforma delle funzioni dell'ordinamento regionale v. AA.VV., *Per uno statuto costituzionale delle autonomie*, in *Le Regioni*, 1998, p. 209 ss.; AA.VV., *Il federalismo nel Progetto della Bicamerale del novembre 1997*, in questa *Rivista*, 1997, nn. 3-6; G. C. DE MARTIN, *Autonomie e federalismo tra attuazione della Costituzione vigente e riforme costituzionali*, in *Studi parl. e di pol. cost.*, 1997, p. 5 ss.; L. MARIUCCI, *La riforma federale: vademecum per la Commissione Bicamerale e il parlamento costituente*, Rimini, Maggioli, 1997; A. RUGGERI, *Il regionalismo italiano, dal "modello" costituzionale alle proposte della Bicamerale: innovazione o "razionalizzazione" di vecchie esperienze?*, in *Le Regioni*, 1998, p. 271 ss. Sulla riforma degli enti locali nella Commissione parlamentare per le riforme costituzionali dell'XI legislatura v. G. PASTORI, *Gli enti locali nella riforma dell'ordinamento regionale*, in *Le Regioni*, 1995, p. 633 ss.; G. FALCON, *La potestà amministrativa tra Stato*, in *Regioni e governo locale*, in G. ZACCARIA (a cura di), *Riflessioni sulla forma di Stato proposta dalla Commissione bicamerale*, Padova, Cedam, 1998, p. 27 ss. Sui progetti di riforma del Titolo V s v. F. PIZZETTI, *Il federalismo e i recenti progetti di riforma del sistema regionale italiano*, in *Le Regioni*, 1995, p. 225 ss. e *Per uno statuto costituzionale delle autonomie*, in questa *Rivista*, 1997, p. 5 ss.

gioni) che poi transiterà, senza soluzione di continuità, nella l. cost. 3/2001 all'interno del nuovo articolo 117.

L'effetto "trascinamento" che la materia della previdenza complementare e integrativa subisce al cospetto della riorganizzazione anche costituzionale dell'ordinamento si percepisce, per un verso dalla mancanza di un approfondimento specifico sul punto dell'attribuzione alle Regioni ordinarie di competenze specifiche in materia di previdenza complementare e integrativa⁽²²⁾ e, per altro verso, dalla Relazione D'Onofrio sui lavori del Comitato Forma di Stato e precisamente nel punto in cui viene specificato il criterio che ha guidato la revisione della distribuzione delle competenze legislative. Si legge, infatti, nella Relazione: "L'individuazione delle materie di competenza statale avviene sulla base di tre distinti interessi: *a)* la soggettività internazionale dello Stato; *b)* l'organizzazione dello Stato medesimo; *c)* i compiti di benessere per i quali viene attribuita allo Stato la potestà legislativa concernente la definizione dei livelli minimi uniformi nazionali per i diritti sociali, economici e civili".

La esplicitazione dei tre interessi specifici che vengono direttamente ricondotti in capo allo Stato costituisce la spia più evidente della discontinuità organizzativa che si vuole introdurre nell'ambito dei rapporti Stato-Regioni. La sua traduzione nel settore di quelli che vengono definiti i compiti di benessere è particolarmente esemplificativa di un significativo mutamento concettuale fondato sulla fine dell'idea di minorità o incapacità delle Regioni che, al di là del dettato costituzionale, ha continuato a caratterizzare lo sviluppo dell'ordinamento regionale sino all'approvazione della legge n. 59/1997. Ed infatti si legge ancora nella Relazione D'Onofrio: "I livelli minimi sono definiti dal Parlamento nazionale, lasciando alle Assemblee legislative regionali l'articolazione dei livelli ulteriori di copertura dei diritti dei cittadini, e la definizione delle scelte amministrative e finanziarie ritenute opportune per il conseguimento degli obiettivi che ciascuna Regione ritiene di voler perseguire". Conse-

(22) Come emerge dalle sedute del Comitato Forma di Stato del 19 e 20 marzo 1997.

guentemente nella proposta di articolato conclusivo alla competenza dello Stato viene riservata "l'ordinamento generale della tutela e della sicurezza del lavoro" in un contesto che non conosce la competenza concorrente delle Regioni e vede dunque unicamente l'elenco (chiuso) delle competenze statali.

La l. cost. 3/2001 riproduce, senza che in proposito si registri un particolare approfondimento nell'ambito dei lavori preparatori, quella distribuzione di competenze confermando in tal modo che, laddove le attribuzioni di competenze legislative alle Regioni non sono state il frutto di evoluzioni interpretative della materie, così come concepite nel vecchio art. 117, esse sono divenute una logica conseguenza del nuovo assetto federalista impresso all'ordinamento.

3. *Il nuovo riparto di competenze legislative: il ruolo delle Regioni (lo sviluppo delle "politiche" locali)*

L'inversione del criterio di attribuzione delle materie segna la fine dell'idea di una minorità politica delle Regioni. L'esiguità delle precedenti competenze ed i vincoli cui l'esercizio del potere legislativo era subordinato non hanno mai consentito alle Regioni di divenire soggetti di "politica" locale. Di essere cioè investite di un "potere generale di disciplina legislativa e amministrativa dei rispettivi territori e delle libertà delle persone le quali liberamente scelgano di insediarsi senza che sia tracciato aprioristicamente un discrimine tra il campo delle libertà civili e quello delle libertà sociali o economiche" ⁽²³⁾.

In questa prospettiva "organica" vanno lette molte delle competenze attribuite alle Regioni, oltretutto la stessa clausola residuale.

Per rimanere sul settore che qui interessa non è superfluo sottolineare che alla "previdenza complementare e integrativa" si accompagnano una serie di altre materie che fanno sistema

(23) V. ANGIOLINI, *Legalità, eguaglianza e "pluralismo" giuridico: in margine alla Carta europea dei diritti e al dibattito italiano sul federalismo*, Riv. giur. lav., 2001, 1, p. 14.

con questa (si pensi alla “tutela e sicurezza del lavoro”, alla “tutela della salute”, alla formazione professionale, all’assistenza sociale) e che consentono alle singole Regioni di elaborare vere e proprie politiche di settore per lo sviluppo economico e sociale del proprio territorio. La ricostruzione della legge regionale quale fonte di organizzazione e di dislocazione delle funzioni sul territorio è, da questo punto di vista, inevitabilmente tramontata. La legge regionale è oggi, per ambiti di competenza e per strumenti processuali di difesa, fonte di disciplina generale del territorio e delle libertà delle persone. Il mutamento dei rapporti competenza statale - competenza regionale è stato già sottolineato dalla Corte costituzionale quando ha osservato che il problema dell’eccesso di competenza di una legge regionale deve muovere, nel quadro del nuovo Titolo V, “non tanto dalla ricerca di uno specifico titolo costituzionale di legittimazione dell’intervento regionale, quanto, al contrario, dalla indagine sulla esistenza di riserve, esclusive o parziali, di competenza statale” (24).

Del resto il nocciolo duro del decentramento è in questa possibilità di legare saldamente le esigenze locali (del territorio) con una politica legislativa adeguata alle stesse.

4. *Il ruolo dello Stato: la garanzia del diritto di “cittadinanza” sociale*

L’enucleazione di politiche locali non equivale all’individuazione, come ha avuto modo di precisare la stessa Corte costituzionale, di “popoli” locali (25).

(24) Sent. n. 282/2002.

(25) Sent. n. 496/2000 della Corte costituzionale. In questo senso vanno lette anche le sentenze della Corte costituzionale che sono intervenute sul tema della denominazione dei Consigli regionali quali “Parlamenti”. Nella n. 106/2002 (con cui la Corte ha dichiarato che non spetta al Consiglio regionale della Liguria adottare una delibera recante “istituzione del Parlamento della Liguria”) si legge che la dizione Parlamento attiene ad una “funzione di rappresentanza nazionale” non circoscrivibile territorialmente e nella sent. 306/2002 (con cui è stata dichiarata costituzionalmente illegittima la deliberazione legislativa statutaria del Consiglio regionale della Regione Marche recante la

Il decentramento territoriale mantiene (ed anzi si fonda saldamente) l'unitarietà della "cittadinanza" quale collante dei sistemi politici (e legislativi) locali. La sicurezza previdenziale in quanto diritto sociale è costitutivo del diritto di "cittadinanza", inteso quale diritto all'eguaglianza sostanziale, cioè alla rimozione, da parte dei pubblici poteri, delle situazioni di impedimento all'esercizio dei diritti⁽²⁶⁾.

La differenziazione e il policentrismo del sistema, da questo punto di vista, non possono comprimere lo statuto della cittadinanza che, in un sistema così differenziato e differenziabile, diventa realmente il terreno della comune appartenenza alla comunità nazionale. Ciò non equivale a dire che garante dei diritti civili e sociali possa essere solo lo Stato⁽²⁷⁾, bensì che solo allo Stato compete fissare per tutto il territorio nazionale le condizioni in presenza delle quali si possano assumere come assicurati i livelli essenziali delle prestazioni in materia di diritti civili e sociali⁽²⁸⁾.

dizione Consiglio regionale-Parlamento delle Marche) la Corte ha ribadito il nesso inscindibile tra *nomen* (Parlamento) e funzione di rappresentanza nazionale.

(26) Sul rapporto tra diritti sociali e *status* di cittadinanza v. T.H. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale* (1963), Torino, Utet, 1976; J. HABERMAS, *Cittadinanza politica e identità nazionale* in J. HABERMAS, *Morale, diritto, politica* (trad. a cura di L. CEPPA), Torino, Einaudi, 1992, p. 109 ss.; D. ZOLO, (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Bari, 1994; Il coinvolgimento dello Stato nel settore dei diritti sociali (nella fattispecie il riferimento è al diritto all'istruzione) viene indicato con il termine di "cittadinanza" da M. HILL, *Le politiche sociali. Un'analisi comparata*, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 253 e trova fondamento nella richiesta che lo Stato intervenga ad aprire "ad altri l'istruzione riservata alle élite", al fine di realizzare "l'eguaglianza delle opportunità nel sistema educativo". Sulla costruzione della cittadinanza federale come limite alle prerogative degli stati v. la sintesi efficace di T. GROPPI, *Autonomie territoriali e uguaglianza nei diritti: tra decentramento delle competenze e garanzia del principio unitario* in L. AMMANNATI, M. A. CABIDDU, P. DE CARLI, *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Milano, 2001, p. 31 ss.

(27) Come sembra ritenere S. GAMBINO, *Diritti sociali e stato regionale. L'esperienza italiana nell'ottica comparatistica* in L. CHIEFFI (a cura di), *Evoluzione dello stato delle autonomie e tutela dei diritti sociali. A proposito della riforma del Titolo V della Costituzione*, Padova, Cedam, 2001, p. 73. Sull'inconciliabilità tra processi federali e garanzia dell'eguaglianza v. nello stesso volume G. FERRARA, *Eguaglianza e federalismo (Ovvero del federalismo virtuoso e di quello perverso)*, p. 31 ss.

(28) Clausole analoghe si trovano, ad esempio, nella Costituzione spagnola il cui art. 149, comma 1, n. 1 attribuisce allo Stato la competenza esclusiva in materia di regolamentazione delle condizioni fondamentali che garantiscano l'uguaglianza di tutti gli

Nella Costituzione la differenza tra le classiche libertà dello stato liberale ed i nuovi diritti sociali risiede essenzialmente nel fatto che, mentre i primi tutelano una sfera dell'individuo nella quale egli può operare liberamente, i secondi richiedono l'intervento dei pubblici poteri per soddisfare esigenze essenziali dei cittadini, avendo come scopo la realizzazione dell'eguaglianza "o più precisamente una sintesi fra libertà ed eguaglianza, o in una parola della libertà eguale" ⁽²⁹⁾. Ed anzi gli interventi finalizzati a rimuovere le disuguaglianze di fatto "esigono che la loro attuazione non possa subire difformità o deroghe in relazione alle diverse aree geografiche e politiche del Paese" ⁽³⁰⁾.

In questa prospettiva non solo si comprendono i limiti alla competenza legislativa regionale, ma si può giungere a legittimare la permanenza dell'interesse nazionale, al di là della scomparsa del dato testuale dal Titolo V ⁽³¹⁾.

L'esigenza di ricavare dal testo costituzionale momenti di unitarietà è indispensabile per la tenuta complessiva del sistema. Avendo sostituito 20 legislatori regionali al legislatore nazionale abbiamo certamente compiuto un passo sicuro verso un reale fe-

spagnoli nell'esercizio dei diritti e nell'assolvimento dei doveri costituzionali ed ancora nella Legge fondamentale tedesca che all'art. 72, comma 2 riconosce alla federazione la potestà di legiferare nelle materie di competenza concorrente quando ciò sia necessario per "la creazione di condizioni di vita equivalenti nel territorio federale". Sul dibattito costituzionale e sulla sanzione dei diritti sociali nella Costituzione repubblicana v. la ricostruzione di B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 95 ss.

(29) A. BALDASSARRE, *Diritti sociali* in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, p. 6.

(30) Così la Corte costituzionale nella nota sent. n. 109 del 1993 in materia di azioni positive con cui ha dichiarato incostituzionali (su ricorso proposto dalla Provincia autonoma di Trento e della Regione Lombardia) alcune disposizioni contenute nella legge 215 del 1992 (Azioni positive per l'imprenditoria femminile). Nella sentenza si legge: "Infatti, se ne fosse messa in pericolo l'applicazione uniforme su tutto il territorio nazionale, il rischio che le azioni positive si trasformino in fattori (aggiuntivi) di disparità di trattamento, non più giustificate dall'imperativo costituzionale di riequilibrare posizioni di svantaggio sociale legate alla condizione personale dell'essere donna, sarebbe di tutta evidenza".

(31) *Contra* P. CAVALERI, *La nuova autonomia delle Regioni*, in *Le modifiche alla parte seconda della Costituzione*, in *Foro it.*, 2001, V, p. 202 e C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, *ivi*, p. 200.

deralismo ma abbiamo, nel contempo, dato vita ad un formidabile dilemma: dove (su quali terreni) e come (con quali strumenti) si ricostruisce l'unitarietà del sistema.

5. La materia della "previdenza complementare e integrativa": il contenuto della formula

Il quadro appena delineato costituisce lo sfondo nel quale collocare il tema che a questo punto va affrontato circa l'ambito contenutistico della materia della "previdenza complementare e integrativa".

Uno dei criteri possibili, perlomeno per quelle materie che abbiano etichette che trovano riscontro nella tradizione normativa (come è il caso della "previdenza complementare e integrativa" e della "previdenza sociale") è certamente quello storico-normativo⁽³²⁾ poiché non è insensato ritenere che l'utilizzo di quella formula sia stata effettuato nella coscienza e nella consapevolezza di contenuti e assetti definiti dalla legislazione vigente, nell'interpretazione stabilizzatrice della giurisprudenza⁽³³⁾.

Anzitutto la formula pone una prima questione e cioè se "complementare" e "integrativa" costituiscano un concetto sintetico comunque riferito al solo settore della previdenza ovvero se i due termini indichino una competenza complessa, estensibile anche al settore sanitario. Il problema nasce dal fatto che la legislazione attualmente in vigore indica come "complementari" esclusivamente le forme pensionistiche contemplate dal d.lgs. n. 124/1993 e come "integrativi" i fondi che estendono le presta-

(32) Come sostiene A. D'ATENA, *op. ult. cit.*

(33) Inoltre, come evidenzia A. D'ATENA, *op. ult. cit.* "l'attuale applicazione del criterio storico-normativo è agevolata dalla riallocazione delle funzioni amministrative avvenuta sulla base della legge n. 59 del 1997 (la prima legge Bassanini). E questo – si badi – non perché nel nuovo Titolo V possa ravvisarsi la meccanica costituzionalizzazione di tale riallocazione (rispetto alla quale esso presenta non trascurabili elementi di tensione), ma per la ragione che, in occasione di essa, il legislatore ordinario e quello delegato hanno proceduto ad una sistematica rivisitazione degli ambiti di competenza. La quale, essendo praticamente contemporanea all'elaborazione della riforma del Titolo V, non è stata verosimilmente ignorata dagli autori di questa".

zioni del S.S.N. ex art. 9, d.lgs. n. 229/1999.

Pare, sul punto, di poter aderire alla ricostruzione che circo-
scrive al solo settore della previdenza questo tipo di competenza
adducendo, tra le altre, una motivazione assorbente: una conce-
zione più ampia sfumerebbe la distinzione tra assistenza e previ-
denza che, invece, e, assai opportunamente, costituisce una ac-
quisizione ferma del nostro sistema. Probabilmente l'aggiunta
"integrativa" deriva dalla terminologia precedente il d.lgs. n.
124 del 1993 che vedeva, appunto, molteplici fondi pensione
denominati, appunto, integrativi che venivano costituiti spesso
su base aziendale, ma anche a livello categoriale, secondo le
previsioni del contratto collettivo⁽³⁴⁾. Ne discende che i ragio-
namenti che seguono assumono quale punto di partenza termi-
nologico (e sostanziale) l'ambito della previdenza complementare
così come definito dal d.lgs. n. 124 del 1993.

In secondo luogo e, sempre allo scopo di chiarire l'ambito in
cui ci si muove, le prestazioni previdenziali complementari cui
si riferisce il d.lgs. n. 124 del 1993 sono i cd. fondi negoziali
(art. 3) e i fondi aperti (art. 9) i cui destinatari sono i lavoratori
dipendenti (privati e pubblici), i lavoratori autonomi e liberi pro-
fessionisti, i soci lavoratori di cooperative di produzione e lavoro⁽³⁵⁾.

In terzo luogo, le prestazioni cui si riferisce sono la pensione
complementare di vecchiaia e quella di anzianità.

I tratti distintivi della materia così identificata paiono essere:

- l'esistenza di una fonte collettiva o di natura contrattuale o,
più raramente, regolamentare;
- la separazione del patrimonio destinato all'obiettivo della
previdenza complementare;
- la prefissione degli stessi obiettivi della previdenza di base;
- la previsione di strumenti diversi rispetto alla previdenza di
base: la capitalizzazione e la corresponsività.

Il contenuto della materia, dunque, alla luce dell'evoluzione

(34) Sul punto v. la ricostruzione analitica e articolata di G. CIOCCA, *La libertà della previdenza privata*, Giuffrè, Milano, 1998.

(35) Tra i destinatari della previdenza complementare vi sono anche i soggetti contem-
plati dal d.lgs. n. 565/1996 e cioè le casalinghe.

normativa impressa dalle leggi di riforma del 1993 e 1995 ruota intorno a due fulcri:

- *il nesso funzionale con la previdenza obbligatoria* che ne ha oggettivamente trasformato i caratteri, ponendo in discussione la sua connotazione privatistica e dunque assottigliando linee di distinzione che in precedenza parevano assodate;
- *il principio di libertà* e più precisamente di “una libertà di tipo funzionale, in quanto, appunto gli atti di estrinsecazione della stessa devono essere finalizzati al conseguimento dello specifico obiettivo della previdenza complementare”⁽³⁶⁾.

Sul primo fulcro, è dato difficilmente contestabile che le riforme del 1993 e 1995 abbiano collocato, a torto o ragione poco importa, la previdenza complementare “all’interno della complessiva struttura diretta ad attuare la garanzia di cui all’art. 38, 2° comma, Cost.”⁽³⁷⁾.

In tale direzione concorrono indubbiamente anche i più recenti provvedimenti normativi.

In primo luogo, la nuova disciplina fiscale del settore introdotta dal d.lgs. n. 47/2000 come modificato ed integrato dal d.lgs. n. 168/2001, che, innalzando il tetto di deducibilità e ampliando la base di commisurazione del limite percentuale del 12%, ora costituita dal reddito complessivo del soggetto, hanno configurato i presupposti per un incremento dei livelli di contribuzione e per l’adesione al sistema di nuove fasce di soggetti.

In secondo luogo, il d.P.C.M. 2 marzo 2001, recependo le indicazioni previste nella l. 388/2000: ha spostato al 1 gennaio 2001 la data a partire dalla quale inizia a operare automaticamente per i nuovi assunti l’istituto del TFR; ha previsto uno stanziamento per il finanziamento della quota di contribuzione a carico del datore di lavoro; ha affidato all’INPDAP il compito di ripartire quella somma tra i vari fondi interessati.

In terzo luogo, la l. 152/2001 di riforma degli istituti di patronato e di assistenza sociale, ha riconosciuto a questi enti un potere di intervento e di rappresentanza degli interessati anche

(36) P. SANDULLI, *Previdenza complementare, Digesto Discipl. Pubbl., Sez. commerciale*, LXI, Torino, Utet, 1995, p. 253.

(37) M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 61.

nel settore dei fondi pensione per il conseguimento delle prestazioni, compresa l'attività di assistenza degli interessati in sede giudiziaria. Tali attività, peraltro, sono in linea di massima gratuite e prescindono dall'adesione dell'interessato all'organizzazione promotrice⁽³⁸⁾

Il dato normativo, inoltre, è accompagnato da un'opera di interpretazione della Corte tesa a stabilizzarne l'interpretazione in tal senso. La collocazione della previdenza complementare nel sistema dell'art. 38, secondo comma, è stata più volte confermata dalla Corte costituzionale dopo la riforma del 1995.

Assolutamente netta in tal senso è la sent. n. 393/2000 in cui la Corte, dopo aver ricostruito il sistema normativo così come modificato per effetto delle riforme del 1993-1995, ed aver fatto cenno ad una "tendenza riformatrice" più volte evidenziata (sentt. 421/1995; 292/1997; 178/2000) afferma che "alla stregua dell'evidenziato quadro normativo non può essere posta in dubbio la scelta del legislatore, enunciata sin dalla legge 23 ottobre 1992, n. 421, e, via via, confermata nei successivi interventi, di istituire (così come, del resto, non sfugge allo stesso rimettente) un collegamento funzionale tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare, collocando quest'ultima nel sistema dell'art. 38, secondo comma, della Costituzione." (39).

Il riferimento che la Corte opera ad un modello interpretativo che lega il secondo comma dell'art. 38 (comprensivo della previdenza complementare) al principio di solidarietà (per cui vi sarebbe un "dovere specifico di cura dell'interesse pubblico a integrare le prestazioni previdenziali, altrimenti inadeguate, spettanti ai soggetti economicamente più deboli") mette in discus-

(38) Artt. 7, 8 e 9.

(39) Prosegue la Corte: "Né a tale conclusione contraddice il contributo di solidarietà, imposto dalla legge, sulle somme versate dai datori di lavoro a detti fondi, trattandosi, come la Corte stessa ha precisato, di una contropartita necessaria di tale estraneità, in esplicazione del "principio di razionalità-equità (art. 3 della Costituzione) coordinato col principio di solidarietà, con il quale deve integrarsi l'interpretazione dell'art. 38, secondo comma, della Costituzione". E questo onde far sì che la tutela dell'interesse individuale dei lavoratori ad usufruire di forme di previdenza complementare non vada disgiunta, in misura proporzionata, da un "dovere specifico di cura dell'interesse pubblico a integrare le prestazioni previdenziali, altrimenti inadeguate, spettanti ai soggetti economicamente più deboli".

sione la stessa configurazione della previdenza complementare come strumento che, secondo la dizione della legge, assicura più elevati livelli di copertura. La previdenza complementare, infatti, pare concorrere (più che aggiungersi) con quella obbligatoria ad assicurare livelli adeguati. A questa configurazione della previdenza complementare come quasi-obbligatoria, tuttavia, contraddice sia il carattere facoltativo della istituzione dei regimi pensionistici sia l'inesistenza di reciproci condizionamenti tra gli importi delle prestazioni pensionistiche complementari e quelli delle prestazioni pensionistiche di base⁽⁴⁰⁾. Dubbi e perplessità non completamente fugati neppure dalle previsioni contenute nell'attuale disegno di legge delega per la riforma del sistema previdenziale in cui si accentua fortemente la pubblicità della previdenza complementare, senza tuttavia giungere a postularne l'obbligatorietà⁽⁴¹⁾.

Per quanto attiene, poi al secondo fulcro, è altrettanto indubbio, nonostante i condizionamenti e i limiti connessi al regime tributario e alle esigenze di tutela del risparmio, che le principali scelte sono affidate all'autonomia collettiva. È il contratto col-

(40) M. CINELLI, *op. cit.*, p. 61.

(41) Dispone, infatti, la lett. f) "adottare misure finalizzate ad incrementare l'entità dei flussi di finanziamento alle forme pensionistiche complementari con contestuale incentivazione di nuova occupazione con carattere di stabilità, prevedendo a tale fine: 1) il conferimento del trattamento di fine rapporto maturando alle forme pensionistiche complementari di cui al decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124, e successive modificazioni, individuando le eccezioni connesse all'anzianità contributiva, all'età anagrafica o a particolari esigenze del lavoratore stesso e garantendo che il lavoratore abbia una adeguata informazione sulla facoltà di scegliere il fondo a cui conferire il trattamento di fine rapporto; 2) l'individuazione di forme tacite di conferimento del trattamento di fine rapporto ai fondi istituiti in base ai contratti e accordi collettivi di cui alla lettera a) del comma 1 dell'articolo 3 e al comma 2 dell'articolo 9 del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124, e successive modificazioni, nel caso in cui il lavoratore non eserciti la facoltà di cui al numero 1); 3) la riduzione da 3 a 5 punti percentuali degli oneri contributivi dovuti dal datore di lavoro, senza effetti negativi sulla determinazione dell'importo pensionistico del lavoratore, per le nuove assunzioni con contratto a tempo indeterminato delle categorie di lavoratori che saranno definite in sede di attuazione della delega". L'obbligatorietà dell'iscrizione alla previdenza complementare è prevista in altri ordinamenti e la Corte di giustizia delle Comunità europee (in relazione a professionisti) non l'ha ritenuta contrastante con il diritto dei Trattati dell'Unione (sent. 12 settembre 2000 che può leggersi in *Riv. della prev. pubbl. e priv.*, 2001, n. 1, p. 141 ss.).

lettivo (normalmente) che istituisce il fondo, che ne identifica l'assetto strutturale, che definisce la tipologia delle prestazioni, che disciplina il finanziamento che, ancora, definisce l'importo della pensione complementare.

La centralità della contrattazione collettiva quale scelta originaria del rilancio della previdenza complementare è stata progressivamente potenziata dall'art. 9 del d.lgs. n. 335 del 1995 secondo cui se non sussistono o non operano diverse previsioni in merito alla costituzione dei fondi aperti, "la facoltà di adesione ai fondi aperti può essere prevista anche dalle fonti istitutive su base contrattuale collettiva".

6. *Lo spazio legislativo regionale tra funzionalizzazione della previdenza complementare alla previdenza di base e libertà privata di costituzione dei fondi pensione*

Se questa è, come pare, la prospettiva in cui si colloca la previdenza complementare, allora la problematica della sua riconduzione o nel secondo o nel quinto comma dell'art. 38 perde gran parte della sua "drammaticità".

Come in molti degli strumenti introdotti nelle riforme degli ultimi anni (l'autonomia funzionale delle camere di commercio, delle Università e delle istituzioni scolastiche, la riforma dei servizi sociali attuata dalla legge quadro n. 328 del 2000) "pubblico" e "privato" sono destinati a convivere in un intreccio che nella previdenza complementare è ben espresso dalla definizione di "libertà di tipo funzionale" (di Pasquale Sandulli).

In altri termini la previdenza complementare sta nell'uno e nell'altro poiché è nel contempo uno strumento privatistico, quanto a genesi, contenuto e struttura e uno strumento finalizzato (a realizzare la prestazione adeguata in campo previdenziale) e, dunque, pubblicizzato.

Proprio perciò diventa irrinunciabile un'opzione per una prospettiva sostanzialistica, per cui quello che conta è la "realiz-

zazione degli obiettivi garantiti dalla norma costituzionale”⁽⁴²⁾. Tale prospettiva diventa, infatti, l’unico possibile argine alla tendenza alla degradazione dei diritti sociali, fondata sulla motivazione della limitatezza delle risorse disponibili⁽⁴³⁾.

In questa prospettiva lo spazio legislativo regionale nella previdenza complementare è naturalmente stretto dai due cardini prima evidenziati: il nesso funzionale con la previdenza di base e la libertà privata.

Il primo nesso la stringe perché molti aspetti della sua disciplina sono necessariamente connessi alla disciplina della previdenza di base e dunque vengono in qualche misura attratti dalla disciplina statale della prima: le prestazioni pensionistiche per vecchiaia sono consentite alla stessa età prevista nel regime previdenziale obbligatorio di appartenenza (art. 7 d.lgs. n. 124/1993); il requisito anagrafico che deve essere presente nella pensione complementare di anzianità è quello richiesto per la pensione obbligatoria di anzianità (art. 7, d.lgs. n. 124/1993); la perequazione automatica della previdenza pubblica è stata estesa come regime a quella complementare (art. 59, quarto e tredicesimo comma l. 144/1997); la disciplina anticumulo tra prestazioni e retribuzioni è ora quella dettata per le prestazioni obbligatorie (art. 59, quarto comma l. n. 144/1997); il regime di tassazione e se tassazione dei contributi e delle prestazioni della previdenza complementare è agganciato agli sgravi ai fini IRPEF (v. d.lgs. n. 47/2000).

La libertà privata, nella duplice dimensione della libertà individuale di adesione al fondo e di libertà di costituzione e strutturazione del fondo ugualmente stringe la competenza legislativa

(42) M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., p. 33.

(43) Molto netta in tal senso la sent. n. 356 del 1992, in cui la Corte ha affermato che “in presenza di un’inevitabile limitatezza delle risorse non è possibile poter spendere senza limite, avendo riguardo soltanto ai bisogni quale ne sia la gravità e l’urgenza”. Nel caso di specie alcune Regioni speciali avevano impugnato alcune norme della legge n. 412 del 1991, recante disposizioni in materia di finanza pubblica, lamentando la riduzione, nei loro confronti, delle quote di parte corrente del fondo sanitario nazionale e deducendo la violazione sia dei parametri statutari che attribuiscono alle Regioni e alle Province autonome competenze nella materia, sia dei principi in tema di autonomia finanziaria regionale e provinciale, sia, ancora degli artt. 3, 32, 81, comma 4, 116 e 119 Cost.

regionale poiché quasi tutti gli aspetti del funzionamento del fondo e delle modalità di erogazione delle prestazioni sono regolati per un verso dalla contrattazione collettiva e, per altro verso, dagli statuti dei fondi. Ciò implica una primazia e una centralità delle fonti di autonomia che trovano limiti unicamente nella funzionalizzazione dello strumento.

In un tale contesto lo spazio regionale sulla previdenza complementare pare assai esiguo. Prima ancora perché assoggettato ai limiti che di seguito si esamineranno in quanto stretto tra competenza legislativa esclusiva statale sulla previdenza sociale (che esplica effetti anche sulla previdenza complementare in forza del nesso funzionale tra le due) e libertà del lavoratore e dei sindacati di costituire e disciplinare il fondo pensione ⁽⁴⁴⁾.

7. I limiti alla competenza legislativa regionale sulla previdenza complementare e integrativa: i limiti unificanti

Posta tale premessa vanno ora esaminati in maniera più dettagliata i limiti in cui dovrebbe muoversi la competenza legislativa regionale in materia che potrebbero distinguersi in:

limiti unificanti e cioè i limiti generali di cui al primo comma dell'art. 117 che hanno la funzione non solo di parificare l'attività legislativa dello Stato e delle Regioni attraverso la previsione degli stessi vincoli ma hanno altresì la funzione di unificare (negli elementi indispensabili) le diverse legislazioni regionali nei settori di potestà concorrente;

limiti che derivano dall'esercizio di competenze legislative esclusive statali. I settori materiali assegnati a Stato e Regioni, infatti, non sono stati immaginati nella logica dell'asettica separazione. Al contrario molte competenze statali sono in qualche misura "trasversali", in particolare quella inerente "la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio

(44) Sulla difesa di tale libertà insistono, oltre a P. SANDULLI, *Previdenza complementare*, cit.; M. MAGNANI, *Il lavoro nel Titolo V della Costituzione*, in *Studi in onore di Giuseppe Suppiej*, in corso di pubblicazione.

nazionale”.

a) *Il limite internazionale e comunitario.* A livello europeo non è ancora configurabile una politica sociale comune e non esistono vincoli comunitari che impongano ai Paesi membri strutture organizzative per la garanzia dei diritti sociali. Tale assetto è confermato dall'art. 152 del Trattato di Maastricht (così come introdotto dal Trattato di Amsterdam) che sancisce una riserva di organizzazione in materia di protezione della salute in capo agli Stati membri.

In questa prospettiva va letto l'art. 6, par. 2, del Trattato di Maastricht che contiene una clausola generale di tutela nei confronti dei diritti fondamentali contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Quest'ultima, infatti, si preoccupa di questi aspetti agli artt. 33 e 34. Il primo, intitolato, *Vita familiare e vita professionale* recita: “1) È garantita la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale. 2) Al fine di poter conciliare vita familiare e vita professionale, ogni individuo ha il diritto di essere tutelato contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio”. L'art. 34, intitolato *Sicurezza sociale e assistenza sociale*, così prevede: “1) L'Unione riconosce e rispetta il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali che assicurano protezione in casi quali la maternità, la malattia, gli infortuni sul lavoro, la dipendenza o la vecchiaia, oltre che in caso di perdita del posto di lavoro, secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e le legislazioni e prassi nazionali. 2) Ogni individuo che risieda o si sposti legalmente all'interno dell'Unione ha diritto alle prestazioni di sicurezza sociale e ai benefici sociali conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali. 3) Al fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e le legislazioni e prassi nazionali”.

È comunque indubbio che anche nei settori di *Welfare* vi sia una innegabile spinta verso una qualche forma di integrazione. Il Libro Verde del 1997 ha probabilmente costituito la prima riflessione organica sul punto, seguita da una comunicazione del 1999 (Com 99, 134, 11/5/1999) in cui si prefigurava in modo esplicito il “mercato unico dei sistemi pensionistici” funzionalizzato non solo alla libera circolazione dei lavoratori ma altresì all’obiettivo della coesione sociale europea⁽⁴⁵⁾. Nella stessa linea pare collocarsi la Proposta di direttiva europea sui fondi pensione e le norme relative agli investimenti che si propone di sottoporre gli enti pensionistici per lavoratori autonomi e subordinati ad una disciplina prudenziale uniforme, finalizzata a realizzare il mercato interno della previdenza integrativa, e nel contempo a dettare una tutela adeguata degli aventi diritto e una effettiva parità concorrenziale fra gli operatori⁽⁴⁶⁾.

È indubbio che una tale direzione spinga verso l’uniformità nazionale dei sistemi previdenziali, al di là dell’ovvia constatazione che il limite europeo gioca nei confronti delle Regioni tanto quanto rileva anche nei confronti dello Stato⁽⁴⁷⁾.

b) La Costituzione. Oltre al limite generale che la Costituzione impersona in tutte le sue norme e nei principi che da essa si desumono, è certo che alcune sue disposizioni sono particolarmente gravide di conseguenze per la materia in oggetto quali quelle che fanno divieto alle Regioni di “*adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni*” (art. 120, primo comma), o quella che vieta di “*limitare l’esercizio del diritto al lavoro in*

(45) Sull’integrazione dei sistemi previdenziali nella prospettiva della coesione sociale v. L. CAMPIGLIO e F. TIMPANO, *La dimensione della coesione sociale: lavoro, famiglia e Welfare State* in A. QUADRIO CURZIO (a cura di), *Profili della Costituzione economica europea*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 419 ss.

(46) Sui contenuti della Proposta di direttiva v. N. LINCIANO e L. PIATTI, *La proposta di direttiva europea sui fondi pensione e le norme relative agli investimenti: profili regolamentari ed economici*, in *Riv. della prev. pubbl. e priv.*, 2002, n. 2.

(47) In questo senso, tra gli altri, R. BIFULCO, *La previdenza complementare nella riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Rivista della prev. pubbl. e priv.*, 2001, n. 6, p. 70 e G. DONDI e G. ZAMPINI, *op. cit.*, p. 194.

qualunque parte del territorio nazionale” (art. 120, primo comma). È anche nella Costituzione che va fondato il limite derivante dalla contrattazione collettiva nazionale piuttosto che sull’ordinamento civile⁽⁴⁸⁾ in quanto più adeguato a porre in rilievo tutti i profili implicati e non solo quello riflettente la configurazione della contrattazione collettiva come “mera composizione di un conflitto di interessi privati”⁽⁴⁹⁾. Ed ancora è nella Costituzione che trova radice il limite del territorio che in questa materia ha una significativa incidenza poiché di fatto impone la fonte della contrattazione collettiva come fonte garantita non solo dal rispetto della libertà sindacale ma altresì dalla sua valenza su tutto il territorio nazionale. Ed infine nella Costituzione trova fondamento il limite dell’ “ordinamento civile” che vincola le Regioni, salvo che una futura legge quadro non disponga diversamente, a tenere i modelli organizzativi previsti nell’art. 4, d.lgs. n. 124/1993 (patrimonio di destinazione ex art. 2117 c.c., associazione riconosciuta e non riconosciuta, ecc.)

8. I limiti connessi a competenze legislative esclusive dello Stato: in particolare “la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di diritti civili e sociali da garantire su tutto il territorio nazionale”

La previdenza complementare si interseca con alcune materie di competenza esclusiva statale destinate a dar vita ad un forte ruolo regolativo statale in settori quali “tutela del risparmio e mercati finanziari” e “tutela della concorrenza”.

Il limite più rilevante alla competenza regionale in materia di previdenza complementare per quanto si è sopra ricostruito in merito ai caratteri della stessa pare quello della lett. m) dell’art. 117 Cost.

Il termine “livelli essenziali”, infatti, in linea con la garanzia

(48) A. VISCOMI, *Prime riflessioni sulla struttura della contrattazione collettiva nelle pubbliche amministrazioni nella prospettiva della riforma costituzionale*, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, suppl. gennaio-febbraio 2002, p. 169.

(49) *Ibidem*.

costituzionale del diritto, andrebbe interpretato ponendo “in rapporto le prestazioni con i fini cui sono ordinate”⁽⁵⁰⁾. Dunque né livelli minimi⁽⁵¹⁾, né *standard* uniformi⁽⁵²⁾, piuttosto una correlazione tra la prestazione e i molteplici contenuti in cui si sostanzia il diritto⁽⁵³⁾. Il livello essenziale, pertanto, ha un carattere inevitabilmente “relativo”, poiché la sua determinazione non può essere disgiunta “dalla concreta e reale situazione in cui le diverse pretese soggettive si innestano”⁽⁵⁴⁾. Infatti gli elementi che entrano in gioco nella concreta e reale situazione sono almeno due: quello economico (risorse finanziarie disponibili, limiti all’indebitamento, pressione fiscale) e quello culturale (ciò che è ritenuto essenziale, ovvero ciò che consente di condurre una vita dignitosa)⁽⁵⁵⁾.

L’ambito di competenza legislativa delle Regioni nella materia della competenza complementare e in un contesto in cui questa forma di previdenza è divenuta parte costitutiva del sistema previdenziale pubblico è, evidentemente, assai limitata nella misura in cui è finalizzata alla realizzazione degli obiettivi di cui al secondo comma dell’art. 38 Cost. Del resto è assolutamente evidente che il rilancio della previdenza complementare ha coinciso con un abbassamento del livello di intervento statale nel settore e, dunque, con una scissione concettuale previdenza obbligato-

(50) G. PASTORI, *Il diritto allo studio universitario tra riforme istituzionali ed amministrative* (Dattiloscritto della Relazione al Seminario dall’analogo titolo svoltosi a Torino, 5 giugno, 2002).

(51) Così anche G. GHEZZI, *Le riforme costituzionali e il diritto al lavoro: la Bicamerale è ibernata, ma i problemi restano*, in *Scritti in onore di Gino Giugni*, I, Bari, Cacucci, 1999, p. 508.

(52) M. PALLINI, *op. cit.*, p. 42.

(53) In questo senso anche E. BALBONI, *Il concetto di “livelli essenziali e uniformi” come garanzia in materia di diritti sociali*, in questa *Rivista*, 2001, n. 6, p. 1111, secondo cui “Ciascuna regione sembrerebbe libera di offrire di più, una volta che abbia garantito il livello essenziale dei servizi”.

(54) A. GIORGIS, *op. cit.*, pp. 167-168.

(55) *Ibidem*, p. 168 ss. In proposito l’A. richiama la sent. n. 240/1994 con cui la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale in riferimento all’ipotesi per cui il pensionato, pur con l’apporto di una seconda pensione, risulti in possesso di un reddito complessivo inferiore a due volte l’ammontare della pensione minima in considerazione del fatto che l’applicazione del divieto in questione avrebbe comportato una rilevante “compressione delle esigenze di vita cui era precedentemente commisurata la prestazione previdenziale”.

ria=garanzia del diritto sociale. Conseguentemente, la scelta tecnico-normativa contenuta nella legislazione del 1993-1995 ha posto un problema fondamentale: “quello del concetto di prestazione adeguata”⁽⁵⁶⁾. Quest’ultima, infatti, non garantisce più necessariamente il livello adeguato di protezione in campo previdenziale. Da questo punto di vista la distinzione tra previdenza obbligatoria come necessaria e previdenza complementare come eventuale è in parte superata. Precisamente è superata nella parte in cui quella complementare concorre al mantenimento della prestazione adeguata poiché per quella parte anch’essa si fonda, come la previdenza obbligatoria, sulla situazione giuridica soggettiva e non sul rapporto giuridico.

A questo punto vi è da chiedersi se i livelli essenziali coincidano o meno con la previdenza di base. In teoria la risposta potrebbe essere positiva ma il vero problema non è teorico ma pratico e di effettività della tutela: per cui il confine è mobile ed è evidente che se si diminuiscono le garanzie della previdenza sociale inevitabilmente quella complementare entra a definire i livelli essenziali. Tale interrelazione è stata evidenziata dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 393 del 2000 quando la Corte ha asserito che il terzo comma dell’art. 59 opera in “funzione riequilibratrice del sensibile scostamento che, altrimenti, si sarebbe determinato tra disciplina dei fondi integrativi e disciplina del regime obbligatorio, dopo quelle scelte legislative di riforma che hanno reso più restrittivo, attraverso l’innalzamento dell’età pensionabile e del requisito contributivo, l’accesso al pensionamento di vecchiaia e di anzianità previsto nel regime generale”.

Il problema allora diventa quello di individuare il livello essenziale della prestazione in campo previdenziale che potrebbe essere agganciato alla previsione dell’art. 36 ed alla garanzia per ogni lavoratore di un’esistenza libera e dignitosa. In questo campo non è possibile, come invece è valso per i servizi sociali e per la sanità, individuare il livello essenziale attraverso l’elencazione di una serie di prestazioni dichiarate, appunto, es-

(56) M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., p. 60.

senziali (il pronto soccorso, l'assistenza domiciliare agli anziani...). Qui la prestazione è già individuata (la pensione), trattandosi casomai sia di quantificarne l'importo, sia di immaginare forme e modalità di erogazione che possano concretare il livello essenziale. Ma tali concretizzazioni dipendono, con tutta evidenza, da variabili temporali, oltretutto, culturali: il bisogno della persona, il costo della vita, le disponibilità finanziarie, ecc.

9. *Lo spazio possibile: due possibili livelli di competenza legislativa regionale*

Tirando le fila dei ragionamenti sin qui esposti pare di poter concludere asserendo che sono possibili tre livelli di competenza legislativa regionale: un primo assai stretto in cui dovremmo tenere ricompresa la “previdenza complementare” *tout court*; un secondo, più esteso, in cui potrebbe rientrare la disciplina delle forme pensionistiche private fuori dalle previsioni del d.lgs. n. 124/1993 e che si potrebbe denominare “previdenza integrativa”.

Nella materia della previdenza complementare così come individuata nel d.lgs. n. 124 del 1993, per tutti i motivi sopra ricordati, pare che un esercizio di competenza legislativa ad opera delle Regioni non potrebbe che assumere la configurazione della competenza di attuazione o integrazione, sul modello, del resto, del d.lgs. n. 221/2001 (di modifica delle norme di attuazione della Regione Trentino-Alto Adige relative alla previdenza complementare e integrativa) che, nel delegare alla Regione la disciplina del funzionamento dei fondi pensione a carattere regionale o infraregionale ha previsto che tale esercizio debba avvenire:

- nel rispetto “del principio di economicità e dei criteri direttivi stabiliti dalla legislazione statale in ordine alla specificità ed unicità della finalità previdenziale, alle modalità costitutive dei fondi negoziali, alle funzioni degli organismi dei fondi stessi, al finanziamento, alla gestione ed al deposito dei patrimoni, alle prestazioni erogate ed alle responsabilità”(art. 1, primo comma);

- assicurando l'eguale diritto di iscrizione ai fondi, tanto dei dipendenti delle amministrazioni locali che lavorino al di fuori del territorio regionale, tanto dei dipendenti statali o di altre pubbliche amministrazioni che esercitino le loro mansioni sul territorio regionale;

- rispettando il principio della negoziabilità dei fondi;

- garantendo l'applicazione della disciplina fiscale e del regime tributario previsti dalle norme dello Stato;

- garantendo l'applicazione delle norme sul regime autorizzatorio e di vigilanza previste dalle leggi dello Stato.

Rispetto a questo livello di competenza legislativa regionale si è correttamente avvertito che esso configura non un modello di Regione legislatore, bensì un modello di Regione come "service amministrativo" ⁽⁵⁷⁾ che assume determinati servizi centralizzati nella gestione del fondo assumendo un ruolo niente affatto riduttivo (raccolta dei contributi, tenuta dei conti individuali). Sempre in questo livello di competenza si potrebbe immaginare, anche qui con riferimento alla recente normativa del Trentino ⁽⁵⁸⁾ una competenza legislativa regionale sulla previdenza complementare dei dipendenti della propria amministrazione. Posti tutti i limiti derivanti dalla competenza statale sull'ordinamento civile, si potrebbe, però immaginare un potere negoziale regionale (al posto dell'ARAN) che consentirebbe alle singole Regioni di negoziare con i sindacati le regole per la divisione delle competenze normative sui fondi, con l'avvertenza di prevedere meccanismi unificanti che non vanifichino la dimensione nazionale della contrattazione collettiva.

Naturalmente anche in questa ipotesi occorrerebbe prevedere la vigenza della disciplina fiscale e tributaria statale e un'applicazione uniforme delle norme sul regime autorizzatorio e di vigilanza previste dalle leggi dello Stato.

(57) G. DONDI e G. ZAMPINI, *op. cit.*, p. 195.

(58) Sempre l'art. 1 del d.lgs. n. 221/2001 prevede infatti che "A tali fondi possono aderire, secondo le modalità previste nei rispettivi contratti, anche i dipendenti delle pubbliche amministrazioni locali anche se prestano la loro attività fuori dal territorio regionale e, se e come previsto dalla relativa normativa statale, i dipendenti statali e delle altre pubbliche amministrazioni operanti nel territorio regionale".

Il rischio qui è che se il discorso decolla dovrebbe decollare per tutte le Regioni per evitare una “balcanizzazione” del diritto del lavoro. Ciò rende impraticabile la strada delle intese tra Stato e singole Regioni (come è avvenuto di recente per la sperimentazione della cd. riforma Moratti) mentre imporrebbe l’adozione di una legge statale attributiva di questa specifica competenza e regolativi degli aspetti problematici sopra evidenziati.

L’ipotesi, già avanzata in dottrina⁽⁵⁹⁾ e che pare assai convincente, è che la “previdenza integrativa” di cui al nuovo art. 117 potrebbe indicare la previdenza privata che oggi non coincide più con la previdenza complementare. In tal caso “il riferimento normativo non sarebbe più il d.lgs. n. 124/1993, bensì l’ultimo comma dell’art. 38 Cost. e le regole civilistiche sulle associazioni ed anche sulle società di mutuo soccorso”⁽⁶⁰⁾. Qui la regola fondamentale sarebbe quella della mutualità tra lavoratori che, in quanto tale sarebbe svincolata sia dalla normativa statale sulla previdenza “pubblica” (obbligatoria e complementare), sia dalla dimensione sindacale. L’ipotesi ha già preso forma con i fondi sanitari integrativi previsti dall’art. 9, primo comma del d.lgs. n. 229/1999 e “finalizzati a potenziare l’erogazione di trattamenti e prestazioni non comprese nei livelli uniformi ed essenziali di assistenza di cui all’art. 1, definiti dal Piano sanitario nazionale”. Tali fondi negoziano sul mercato con soggetti pubblici o privati convenzionati condizioni e forme di assistenza sanitaria non garantite dal S.S.N. La vigilanza su tali fondi (quelli regionali o sub-regionali) è stata trasferita dallo Stato alle Regioni dall’art. 122 del d.lgs. n. 112/1998 e ciò, si è osservato, potrebbe preludere alla possibilità per le Regioni di partecipare alla gestione dei fondi⁽⁶¹⁾.

(59) G. CIOCCA, *Le prestazioni in La previdenza complementare* a cura di Carinci e Bessone, Torino, UTET.

(60) *Ibidem*.

(61) G. DONDI e G. ZAMPINI, *op. cit.*, 197.

Studi e Ricerche

La ricerca scientifica tra autonomia e indirizzo politico, tra uniformità e differenziazione

di Francesco Merloni

Sommario

1. Premessa – **2. Tendenze attuali della disciplina giuridica della ricerca scientifica in Italia.** – **2.1. Le intromissioni della “politica” nella programmazione e nella gestione della ricerca.** – **2.2. La regionalizzazione dell’istruzione e della ricerca scientifica.** – **3. Per una riflessione di fondo sul ruolo e il destino della ricerca scientifica: le te “aree” di ricerca.** – **4. Una risposta possibile: gli enti di ricerca non strumentale come “amministrazioni repubblicane”.**

1. Premessa

In tutti i Paesi europei il settore della ricerca si presenta, dal punto di vista della configurazione delle funzioni pubbliche di intervento e di regolazione, come un cantiere sempre aperto. Continui sono i rimaneggiamenti sia del cosiddetto “quadro di comando” (Ministeri ora legati al mondo accademico e scientifico, ora alle esigenze dello sviluppo economico e industriale; enti di ricerca, pubblici o privati con funzioni di tipo strategico), sia della rete dei soggetti che svolgono le attività di ricerca (università, enti pubblici di ricerca, ricerca privata). In Italia il processo di trasformazione ha assunto negli ultimi tempi un andamento ancora più rapido, soprattutto con la recente riforma costituzionale che ha compreso la materia “ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all’innovazione per i settori produttivi” tra le materie di legislazione regionale, sia pure concorrente. Scopo di queste note è non tanto la mera illustrazione delle conseguenze possibili del nuovo assetto istituzionale, quanto l’avvio di una riflessione più di fondo sul fondamento delle trasformazioni in atto. Con una modesta proposta di una possibile soluzione.

2. Tendenze attuali della disciplina giuridica della ricerca scientifica in Italia

La necessaria schematicità di queste note impone di isolare due tendenze generali in atto: da un lato un evidente “ritorno della politica” nella programmazione della ricerca; dall’altro, la ricordata “regionalizzazione” non solo della ricerca scientifica, ma della stessa “istruzione”. Vediamo separatamente i due punti.

2.1. Le intromissioni della “politica” nella programmazione e nella gestione della ricerca

Alla fine degli anni ’80, primi anni ’90 dello scorso secolo, la ricerca scientifica italiana sembrava avviata ad un assetto più chiaro e stabile. Con la costituzione del Ministero dell’università e della ricerca scientifica e tecnologica (legge n.168 del 1989) si portava a compimento un lungo percorso che aveva visto un debole Ministro (senza portafoglio) della ricerca affiancarsi, alla ricerca di un proprio spazio, al CNR, dal 1945 unico soggetto (qualificato come “organo dello Stato” anche se si trattava di un ente pubblico) titolare delle (poche) funzioni di programmazione e coordinamento della ricerca e alla ricerca universitaria, fino ad allora ricompresa, come le università, nel Ministero della pubblica istruzione.

La nascita di un più forte soggetto titolare dei compiti di programmazione generale della ricerca (pubblica e di finanziamento di quella privata) veniva bilanciata, nella stessa legge e in modo esplicito, da un ampio riconoscimento di autonomia, in attuazione (e interpretazione estensiva) dell’art. 33, ultimo comma, della Costituzione, sia alle università che ad un certo numero di enti pubblici di ricerca, qualificati come di “ricerca a carattere non strumentale”.

Parlamento e Governo si riservavano le scelte di grande indirizzo, legate soprattutto alla distribuzione delle risorse tra ricerca di base e ricerca applicata (mentre la promozione dell’innovazione tecnologica restava di competenza del Ministero

dell'industria), tra ricerca pubblica e promozione della ricerca privata, tra università ed enti di ricerca, tra i grandi settori disciplinari e tra i grandi obiettivi di avanzamento scientifico e tecnologico. Era comunque assicurata un'ampia partecipazione del modo scientifico alle scelte di indirizzo politico, attraverso organi rappresentativi, per via elettiva (diretta o indiretta), della comunità scientifica.

Le funzioni operative, fossero esse di promozione (finanziamento) della ricerca o di diretto svolgimento delle attività scientifiche, restavano affidate al mondo scientifico: ai Comitati consultivi del Consiglio universitario nazionale per il finanziamento dei progetti scientifici di interesse nazionale o ai Comitati consultivi del CNR per le funzioni di finanziamento della ricerca. Alle università (che nel frattempo si riorganizzavano per dare, attraverso la costituzione dei Dipartimenti, maggiore peso alla ricerca) e agli enti pubblici di ricerca, primo tra tutti il CNR che perdeva i compiti di coordinamento generale, ma restava l'ente di ricerca a competenza generale, spettavano i compiti di organizzazione e svolgimento delle attività di ricerca. Le scelte organizzative e operative erano tutte affidate all'autonomia di questi soggetti.

Il modello così definito non è stato mai compiutamente realizzato: nel MURST non si è proceduto alla costituzione a regime del Consiglio nazionale della scienza e della tecnologia, nelle università si è aperta una fase "statutaria", senza però che la prevista "legge generale sull'autonomia universitaria" aprisse nuovi spazi all'autonomia, organizzativa e didattica; negli enti di ricerca non si sono modificate le normative fondamentali, statuarie o regolamentari.

Anche a causa dell'incompletezza del riassetto realizzato, una nuova fase di riforma complessiva della ricerca si è aperta con la legge n. 59 del 1997 (legge Bassanini) che ha conferito al Governo un'amplissima delega (con pochissimi limiti e criteri direttivi) per la riforma dell'intero settore. La delega è stata pienamente utilizzata con l'approvazione di numerosi decreti legislativi, che hanno riordinato i compiti del Ministero e l'organizzazione di molti enti di ricerca, a cominciare dal CNR.

Senza entrare nella descrizione di questo articolato complesso di disposizioni, ci si può limitare a ricordare alcuni passaggi essenziali.

In primo luogo il Ministero (ora divenuto Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca scientifica, MIUR) concentra su di sé tutti i compiti di programmazione della ricerca, attraverso l'adozione del Programma nazionale, ma soprattutto si vede attribuire compiti di finanziamento della ricerca, in continuità con i precedenti compiti del CUN, ma senza i relativi comitati. Negli anni i compiti di finanziamento della ricerca sono andati crescendo con la creazione di una serie di fondi, gestiti direttamente dal Ministero (con priorità dettate direttamente dal Ministro e selezione dei progetti con il sistema della *peer review*).

Vengono previsti organi rappresentativi della comunità scientifica (sei Consigli nazionali elettivi) e una Assemblea della scienza e della tecnica, composta dai membri dei CSN e da altri 39 esperti (in rappresentanza delle amministrazioni dello Stato e del mondo della produzione e del lavoro), ma questi organi non sono mai stati costituiti.

Il sistema di finanziamento degli enti di ricerca viene legato ad un procedimento che prevede l'approvazione di piani triennali, senza che però ne derivino garanzie certe sull'attribuzione delle risorse nel triennio, dal momento che il Ministro ha una notevole discrezionalità sia nell'approvazione dei piani triennali che nell'assegnazione annuale dei finanziamenti. Si arriva addirittura a sottrarre agli enti una quota del loro bilancio (il 5%) a favore del Ministero, che poi provvede a ridistribuire il relativo fondo, tra gli enti stessi, secondo proprie priorità.

Il CNR viene confermato come primo ente di ricerca non strumentale a competenza generale e profondamente riorganizzato, con un Presidente ancora nominato dal Governo, un Consiglio direttivo per la metà di nomina governativa e per l'altra metà di elezione (di secondo grado; da parte dei CSN), un Comitato consultivo rappresentativo della comunità scientifica (per metà universitaria e per metà interna al CNR), ma totalmente privo di poteri, una rete di istituti che è stata profondamente ra-

zionalizzata.

Quanto alle funzioni istituzionali, il CNR si vede confermare sia la promozione che lo svolgimento diretto delle attività di ricerca, ma in realtà viene quasi immediatamente ricondotto di fatto al solo secondo compito, attraverso una duplice azione: da un lato l'autorizzazione ad ampliare il proprio corpo di ricercatori (da tempo stabile) e dall'altro la progressiva riduzione, in termini reali e nominali, dei finanziamenti. Con il risultato di irrigidire il bilancio intorno alle spese per il personale in servizio e di non poter destinare nessuna risorsa per il finanziamento/promozione della ricerca (universitaria e non).

La riorganizzazione degli altri enti di ricerca non strumentale (INGV, INFN, INAF ecc.) segue il modello del CNR.

Nella ultima legislatura, l'indirizzo di fondo non muta, anzi viene accentuato. Il Governo ottiene una nuova delega in tutto uguale alla precedente per rivedere la riforma appena realizzata con il dichiarato intento di sottoporre gli enti di ricerca ad un più stretto controllo politico e la recente legge sul c.d. *spoil system* potrà essere applicata sia alla nomina degli organi di governo sia ai direttori generali degli enti di ricerca, senza nessun riguardo per la posizione di autonomia che loro deriva dall'essere classificati come enti di ricerca a carattere non strumentale.

Quanto ai rapporti finanziari i recenti tagli (del 10%!) previsti in occasione della legge finanziaria per il 2003, applicati ormai all'intero settore pubblico, comprese università e enti di ricerca, si configurano come vero e proprio strangolamento degli enti. Il CNR, il cui bilancio è già pesantemente condizionato dalle spese per il personale, è in grave difficoltà ad approvare un bilancio credibile, a meno di non stabilire il principio della mera sussistenza delle strutture e dei ricercatori, che per svolgere un minimo di attività siano poi costretti a concludere convenzioni per attività solo per conto di terzi committenti.

Dato e non concesso che tali risorse ci siano (in realtà in Italia l'assenza di investimenti nella ricerca da parte delle imprese private è un dato strutturale), da un simile sistema di finanziamento deriverebbe, semmai, la totale dipendenza delle attività di ricerca (che essendo finanziate con fondi pubblici dovrebbero

essere libere, *curiosity oriented*, o, al massimo, finalizzate ad interessi generali di sviluppo) dalle esigenze del mercato, senza una effettiva programmazione nell'utilizzo di risorse che restano, per la gran parte, a carico della collettività. Con buona pace per l'autonomia, la libertà e lo stesso sviluppo della ricerca non strumentale.

2.2. La regionalizzazione dell'istruzione e della ricerca scientifica

Nel nuovo Titolo V della Costituzione, modificato dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, troviamo, tra le materie di legislazione concorrente sia l'istruzione che la ricerca scientifica.

Prima di considerare distintamente gli effetti di una simile ripartizione delle competenze legislative tra Stato e Regioni, richiamiamo sommariamente le conseguenze di carattere generale. C'è ormai un largo consenso in dottrina sull'assetto complessivo delineato dal nuovo Titolo V, assetto che sembra aver condotto l'Italia al di là del mero rafforzamento del regionalismo, inteso come processo di decentramento di uno Stato unitario, per giungere ad un modello che presenta molti tratti del federalismo, almeno nel senso che viene garantita l'autonomia degli enti territoriali (Regioni, Province, Comuni) ma non come autonomia concessa, derivata dallo Stato, ma come autonomia riconosciuta ai diversi livelli di governo come soggetti costituenti, insieme allo Stato (indicato, non a caso, dall'art. 114 Cost. come uno dei soggetti dell'ordinamento), la Repubblica.

Vi è, poi, il ribaltamento del criterio di riparto delle competenze legislative, che riserva allo Stato solo poteri tassativamente delimitati alle materie elencate in Costituzione, mentre alle Regioni viene riconosciuta una competenza di tipo residuale, generale. Sul piano dell'amministrazione viene costituzionalizzato il principio di sussidiarietà, che impone il riconoscimento delle funzioni amministrative dal basso verso l'alto, dai Comuni fino allo Stato, principio che, insieme a quello di adeguatezza e di differenziazione deve essere applicato dalla legge, sia essa la legge statale (nelle materie tassativamente elencate) sia essa la

legge regionale (in tutte le altre). Ciò comporta che lo Stato potrà riservare a sé medesimo funzioni amministrative (e costituire i relativi apparati di esercizio) solo nelle materie di propria competenza legislativa esclusiva, mentre in tutte le altre materie, siano esse residuali o concorrenti, la distribuzione delle funzioni amministrative spetta alle Regioni, che potranno riservare funzioni (e apparati) solo fino al rispettivo livello.

D'altra parte sembra escluso che lo Stato possa riservare tali funzioni e apparati amministrativi in sede di determinazione dei principi fondamentali nelle materie concorrenti. Qui la distribuzione del potere legislativo segue il criterio della distinzione tra norme di principio e norme di dettaglio, restando esclusa l'applicazione di altri criteri di concorrenza (quali quello tedesco che autorizza lo Stato a stabilire quale sia l'ambito di copertura legislativa della materia).

Così come è del tutto chiaro che il legislatore costituente ha voluto escludere il riconoscimento in capo allo Stato di poteri di carattere generale che possano delimitare l'autonomia legislativa delle Regioni: non si fa più cenno all'"interesse nazionale" come limite, non si fa più cenno a "principi delle riforme economico-sociali". Né sono adottate formule che assicurino questo intervento dello Stato, sul modello spagnolo (si pensi al potere statale esclusivo di fissare "la disciplina delle condizioni fondamentali che garantiscano l'eguaglianza di tutti gli spagnoli nell'esercizio dei diritti e nell'adempimento dei doveri costituzionali", art. 149, comma 1, 1, CE, o al generale potere, di cui all'art. 150, comma 3, CE, di "adottare leggi che stabiliscano i principi necessari per armonizzare le disposizioni normative delle Comunità autonome").

In sostanza, nel nuovo assetto costituzionale lo Stato può curare interessi unitari della Repubblica solo in due modi: nell'esercizio dei poteri, legislativi e amministrativi, nelle materie di propria legislazione esclusiva; nella determinazione dei principi fondamentali nelle materie di legislazione regionale concorrente. Il resto della disciplina è lasciato alla competenza legislativa regionale ed è, pertanto, differenziabile, sia quanto alla disciplina dell'esercizio delle funzioni (attività, procedi-

menti), sia quanto alla relativa organizzazione.

Vediamo ora gli effetti del nuovo riparto di competenze nelle materie che qui ci interessano.

Istruzione. Nella materia troviamo due distinte previsioni. Da un lato la riserva allo Stato, come materia di legislazione esclusiva, delle “norme generali sull’istruzione”, dall’altro la comprensione dell’“istruzione” tra le materie concorrenti. Come spiegare questa doppia previsione, dal momento che le norme generali sull’istruzione sembrano coincidere con i principi fondamentali che nella materia spetta allo Stato di determinare?

L’unica spiegazione sta proprio nei diversi effetti, prima indicati, che derivano sul piano dell’esercizio di funzioni amministrative. Se lo Stato si dovesse limitare a determinare i principi fondamentali nella materia non potrebbe riservare a sé compiti amministrativi. La previsione di un potere di fissare le norme generali sull’istruzione tra le materie di legislazione esclusiva consente allo Stato, non solo di adottare leggi generali, ma anche di prevedere funzioni (e apparati) per vigilare sul loro rispetto.

Chiariti gli effetti vediamo quali possono essere i contenuti di questo residuo potere uniformante riservato allo Stato nei confronti dell’istruzione che qui ci interessa, quella universitaria.

Certamente sono da comprendere in questo potere la disciplina degli ordinamenti didattici e dei titoli di studio con valore legale che le università sono abilitate a rilasciare. Spetta allo Stato determinare i contenuti minimi dei *curricula* didattici che le università sono obbligate a rispettare se intendono conferire titoli di studio con valore legale nazionale (o comunitario nel quadro della relativa disciplina dei riconoscimenti). Contenuti minimi che, peraltro, nulla hanno a che vedere con una dettagliata determinazione degli insegnamenti necessari (secondo il precedente sistema delle tabelle nazionali, oggi sostituito da tabelle non più per insegnamenti ma per crediti minimi per settore disciplinare il cui effetto uniformante è molto vicino al precedente), né, tanto meno, con la indicazione dei contenuti specifici o dei metodi di insegnamento (lasciati all’autonomia didattica dei corsi e, soprattutto, alla libertà individuale dei docenti).

Spetta, poi, allo Stato fissare norme di garanzia dell'autonomia universitaria, sul versante dell'autonomia normativa e dell'autogoverno delle università. L'autonomia universitaria, non è espressamente richiamata dalla nuova norma costituzionale diversamente da quanto accade per l' "autonomia delle istituzioni scolastiche", ma è agevole ritenere che il principio non avesse bisogno di un richiamo espresso dal momento che esso è sancito nella parte prima della Costituzione (art. 33, ultimo comma) mentre quello delle istituzioni scolastiche era stato introdotto solo di recente per via di leggi ordinarie.

Così come, nel quadro dell'autonomia, la legge statale deve fissare principi di garanzia della libertà individuale di ricerca e di insegnamento, che potrebbero essere compromessi proprio da un eccessivo uso dei poteri di normazione autonoma (soprattutto in sede di disciplina di dettaglio degli ordinamenti didattici e di programmazione delle attività, ma non solo).

Spetta, infine, allo Stato garantire la qualità minima dell'insegnamento e della ricerca in sede di disciplina delle procedure di reclutamento, nonché dello stato giuridico e del trattamento economico dei professori e ricercatori universitari, tutti appartenenti, anche se dipendenti dalle rispettive università, ad una unica comunità scientifica nazionale (o a distinte comunità scientifiche settoriali, ma sempre nazionali).

Stretta tra un così ampio potere normativo dello Stato e l'autonomia delle università, quale potrebbe essere il ruolo della legislazione (e dell'amministrazione) delle Regioni?

Qui l'esperienza spagnola potrebbe essere di grande interesse perché essa mi sembra caratterizzata proprio da un ampio decentramento di funzioni amministrative e di spesa (quasi integralmente trasferita alle *Comunidades autónomas*) nel quadro di una disciplina statale uniforme proprio con riferimento a contenuti unitari del tutto simili ai nostri (vedi in particolare l'art. 149, 1, 30 della CE: "disciplina delle condizioni per il conseguimento, rilascio e omologazione dei titoli accademici e professionali e norme fondamentali per lo svolgimento dell'art. 27 della Costituzione, al fine di assicurare l'attuazione degli obblighi dei pubblici poteri in questa materia").

Il campo di sicuro intervento regionale è quello del finanziamento delle università e della programmazione delle sedi (che oggi già avviene a livello regionale, ma come decentramento della programmazione nazionale).

Per il finanziamento l'unico limite sarà "il coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario" compresa tra le materie concorrenti (e non esclusive dello Stato), con l'effetto (Brancasi) che le scelte sulla distribuzione delle pressioni tributarie saranno scelte comuni, condivise tra Stato e Regioni, mentre spetta alla legislazione regionale la disciplina dei tributi, non solo regionali, ma anche locali. È ragionevole interpretare la nuova norma costituzionale nel senso che continuerà a spettare allo Stato (in sede di norme generali sull'istruzione) la determinazione dei limiti massimi al prelievo contributivo che le università potranno far gravare sugli studenti, mentre l'attuale fondo nazionale di finanziamento delle università dovrà essere regionalizzato.

Anche la programmazione delle sedi diventa campo di scelta regionale, con lo Stato che potrà, al massimo, fissare dei requisiti minimi di qualità per l'attivazione di nuove sedi, al fine di arginare la prevedibile proliferazione di sedi universitarie che potrebbe derivare dalla competenza regionale (anche se lo Stato, quando spettava a lui la programmazione, non ha fin qui dato buona prova in questa direzione).

In sostanza il nuovo sistema sembra andare verso un assetto nel quale spetta alle Regioni promuovere la creazione (ma anche procedere alla soppressione) di sedi universitarie e provvedere al loro finanziamento (integrativo di quello derivante dalle entrate proprie – le tasse – delle università), mantenendo eventualmente a proprie spese anche sedi e corsi che non incontrino il favore degli studenti, mentre spetta allo Stato garantire che in ogni parte del sistema universitario così realizzato siano rispettati alcuni requisiti minimi di qualità della ricerca e dell'insegnamento, nonché l'autonomia delle comunità scientifiche che vi si formano e la libertà individuale di ciascuno dei componenti di tali comunità.

Ricerca Scientifica. Si possono applicare anche alla ricerca scientifica i criteri di ripartizione delle competenze legislative e delle funzioni amministrative che abbiamo visto per l'istruzione. Sì, ma solo in parte.

In primo luogo va ricordato che la materia ricerca scientifica è compresa solo tra le materie concorrenti, mentre non vi è nessuna delle materie di legislazione esclusiva che consenta allo Stato quella penetrazione significativa (e il mantenimento di funzioni e apparati amministrativi statali) che abbiamo visto in materia di istruzione.

In sede di principi fondamentali della materia, quindi, ben potrà lo Stato garantire l'autonomia (normativa, organizzativa, scientifica) degli enti di ricerca a carattere non strumentale, così come potrà fissare principi di garanzia della libertà individuale dei ricercatori che vi si trovino ad operare o disciplinare le procedure di reclutamento, lo stato giuridico dei ricercatori al fine di garantire una qualità minima dell'attività di ricerca.

Ma ciò che è escluso lo Stato possa fare è di riservare a sé medesimo funzioni amministrative o che possa costituire (o mantenere in vita) degli enti pubblici di livello nazionale, per di più sottoposti alla sola vigilanza di un suo Ministero.

L'effetto principale della regionalizzazione della materia ricerca scientifica è che anche i compiti (di promozione/finanziamento o di svolgimento diretto di attività di ricerca) e i relativi apparati, oggi costituiti dalla rete degli enti pubblici di ricerca si devono regionalizzare, nel senso che spetta alle Regioni provvedere alla loro costituzione, alla loro disciplina (nel rispetto dei principi di autonomia e libertà prima richiamati) e al loro finanziamento. Lo Stato ha perduto ogni competenza sugli enti di ricerca, tanto che il recente rinnovo al Governo della delega già conferita con la legge n. 59 del 1997 (vedi la legge n. 137 del 2002) è da considerarsi in aperto contrasto con la Costituzione. Gli effetti della regionalizzazione della materia sono, quindi, ben più importanti di quelli ora esaminati per l'istruzione universitaria. Per le università, la cui autonomia resta garantita costituzionalmente, cambia il quadro dei soggetti di riferimento (non più il solo Stato, ma lo Stato e le Regioni, secondo la divi-

sione dei compiti prima indicata), ma non viene posto in discussione lo stesso fondamento costitutivo.

Per gli enti di ricerca, invece, è posta in discussione la loro stessa dimensione nazionale ed è aperta la strada ad un loro superamento per dar luogo a distinti enti di ricerca regionali (20 Consigli nazionali delle ricerche, ad esempio) o, comunque, a distinte strutture di ricerca (istituti, laboratori ecc.) dipendenti non più dallo Stato o dall'ente nazionale di ricerca, ma dalla Regione (o dal rispettivo ente regionale di ricerca).

Si tratta di un effetto paradossale, che sembra andare al di là della stessa volontà del legislatore costituente, in una fase di sviluppo della ricerca scientifica nella quale la stessa dimensione nazionale è fortemente in discussione ma verso l'alto, non solo per la naturale dimensione internazionale della comunità scientifica in quasi tutti i settori scientifici (in particolare nelle scienze naturali), ma per l'effetto di spinta verso una dimensione sovranazionale realizzato dalle politiche comunitarie in materia di ricerca scientifica.

3. Per una riflessione di fondo sul ruolo e il destino della ricerca scientifica: le tre "aree" di ricerca

I fenomeni che abbiamo segnalato, la progressiva penetrazione nel campo della scienza degli interessi di tipo politico, la regionalizzazione della ricerca scientifica, possono condurre ad una profonda trasformazione, se non ad un vero e proprio stravolgimento dell'assetto istituzionale della ricerca che abbiamo conosciuto fin ad ora. È quindi opportuno avviare una riflessione più di fondo sia sulle motivazioni e sulle spinte che hanno prodotto i fenomeni in atto sia sui caratteri che in ogni caso occorre garantire alle attività di ricerca nel rispetto dei principi costituzionali (art. 33, ma anche art. 9 della Costituzione).

A questo fine appare utile distinguere tra almeno tre diverse aree di ricerca che si sono venute enucleando per il convergere di elementi organizzativi e di esigenze conoscitive e tecniche da soddisfare.

Una prima area è quella che potremmo definire della ricerca non strumentale libera (nel senso di non programmata), che coincide quasi totalmente, in Italia e negli altri paesi sviluppati, con la ricerca universitaria, cioè svolta da professori e ricercatori nelle strutture di ricerca delle università, in stretta connessione con le esigenze dell'insegnamento.

Al polo opposto troviamo la ricerca strumentale, quella che i soggetti titolari di funzioni pubbliche organizzano o richiedono per il soddisfacimento di proprie esigenze conoscitive e tecniche, per il migliore esercizio delle funzioni.

In una posizione intermedia tra le due si colloca la ricerca non strumentale programmata, che coincide, in Italia e all'estero, con la c.d. seconda rete di ricerca, costituita da enti pubblici o privati a prevalente finanziamento pubblico per lo svolgimento (o la promozione presso le altre aree, in primo luogo quella universitaria) di attività di ricerca non per il soddisfacimento di immediate esigenze conoscitive ma per garantire l'avanzamento stesso delle conoscenze, la ricerca rilevante di per sé.

Analizziamo ora distintamente la situazione delle tre aree indicate.

a) Ricerca non strumentale libera. Nelle università il modello humboldtiano, che ancora ne caratterizza l'organizzazione, prevede che sia sufficiente che le università si dotino di un numero adeguato di docenti e ricercatori di qualità minima garantita perché la ricerca libera si sviluppi spontaneamente. A questo fine vale soprattutto il sistema di reclutamento dei professori e ricercatori, fondato prevalentemente sulla qualità della produzione scientifica e in misura molto inferiore sulle esigenze della didattica. Il modello prevede un insegnamento che continuamente si arricchisce e si aggiorna con la ricerca, propria e altrui, dei professori e presuppone che questi dispongano di tempo sufficiente (ivi compresi gli anni sabbatici) e di un ammontare non eccessivo, ma disponibile in pratica per tutti, di risorse finanziarie (vedi il cosiddetto fondo del 60% previsto nei singoli atenei per la ricerca di base) per dedicarsi ad attività di ricerca. Laddove si in-

tendano intraprendere ricerche di maggiori dimensioni, ma sempre organizzabili con le risorse proprie delle università, sono previsti altri canali di finanziamento più mirati (fin qui anche in Italia è valso il *dual support system*, cioè una doppia serie di sportelli di finanziamenti gestiti da esperti della comunità scientifica, prima Comitati del CNR e Comitati del CUN, nel modello attuale ancora CNR e MIUR, entrambi secondo il modello della *peer review*).

Il modello rischia di incepparsi se le esigenze della didattica richiedono una minore qualità della didattica o, peggio, impediscono al docente di dedicare sufficiente tempo alla ricerca. Ciò può avvenire (sta avvenendo) non solo in virtù dell'accesso di massa degli studenti all'istruzione universitaria, ma soprattutto per la moltiplicazione dell'offerta didattica cui le università devono (per scelta o per imposizione legislativa) fare fronte. Si pensi solo all'intervento crescente delle università nella formazione professionalizzante, dapprima con l'affiancamento dei diplomi alle lauree e oggi con la riforma della stessa struttura dell'insegnamento (3 più 2), dove le esigenze didattiche dei primi cicli sono sicuramente di minore qualità rispetto a quelli successivi (lauree specialistiche e dottorati di ricerca). A questo proposito basti ricordare come in altri sistemi di istruzione (in particolare in Francia e in Germania) le esigenze di formazione professionalizzante sono soddisfatte da altre strutture formative esterne (anche se collegate) alle università, che possono così concentrare la propria attenzione sulla formazione culturale di base e specialistica.

I rischi aumentano in rapporto ai criteri di finanziamento delle università. Tanto più il finanziamento (per trasferimento da parte delle amministrazioni competenti: oggi lo Stato domani le Regioni; o per riconoscimento di una maggiore autonomia nell'entrata) è legato ai "risultati" della didattica (numero degli iscritti, numero dei laureati, in corso o nel totale) tanto meno rischiano di essere finanziate le attività di ricerca. Si pensi solo al potenziale conflitto per le risorse tra le facoltà umanistiche, ricche di studenti, e le facoltà scientifiche, a forte domanda di risorse.

In sostanza la tendenziale prevalenza della didattica nella conformazione delle università rischia di pregiudicare lo sviluppo della ricerca scientifica e questi tratti rischiano di essere accentuati dalla “regionalizzazione” dell’istruzione, almeno nella misura in cui i poteri regionali di finanziamento fossero esercitati per esaltare anziché correggere il potenziale conflitto in atto tra le due funzioni fondamentali delle università, a favore della didattica.

b) Ricerca strumentale. Qui il discorso si presenta, almeno sul piano teorico, più semplice. Le esigenze conoscitive di tipo strumentale delle amministrazioni pubbliche sono da ritenersi un potere implicito, strettamente connesso al conferimento di funzioni amministrative di cura di interessi pubblici. In rapporto alle funzioni di cui è titolare, ciascuna amministrazione, a ciascun livello di governo, può soddisfare in modo autonomo, con le risorse a disposizione, queste esigenze conoscitive ed è anche libera nella scelta delle soluzioni organizzative più idonee, che vanno dalla costituzione di uffici interni alla stessa amministrazione, alla costituzione di strutture amministrative ad essa collegate (secondo il modello dell’ente pubblico o dell’agenzia) e da essa vigilate, fino al semplice avvalimento di strutture già costituite (pubbliche o private), con l’adozione di moduli convenzionali per l’affidamento delle attività di ricerca di proprio interesse. Se si guarda alle sole esigenze di ricerca strumentale, quindi, non vi era alcun bisogno di regionalizzare la ricerca scientifica, potendo le Regioni autonomamente provvedervi.

Vi è, invece, un diversa lettura possibile della riforma costituzionale nella materia. Che con la comprensione della ricerca scientifica tra le materie di legislazione regionale concorrente si intendesse regionalizzare non solo la ricerca strumentale, quanto la stessa ricerca non strumentale (libera o programmata che sia). Cioè che l’obiettivo sia l’utilizzazione a fini conoscitivi strumentali delle strutture di ricerca autonome, universitarie o degli enti di ricerca. Quasi che la Regione nel cui territorio sia localizzato un istituto di ricerca sull’atmosfera del CNR (istituto operante per una dimensione nazionale) possa poi programmare

l'attività per il soddisfacimento delle proprie esigenze di conoscenza in materia, a scapito delle esigenze di altre Regioni o, peggio, delle esigenze di avanzamento non strumentale delle conoscenze in quella materia.

Con il che possiamo passare all'esame della terza area.

c) Ricerca non strumentale programmata. Si tratta, lo ricordiamo, della ricerca promossa (finanziata) o direttamente svolta dalla seconda rete, extrauniversitaria, di ricerca pubblica. Questa seconda rete, dappertutto, si giustifica con l'insufficiente sviluppo della ricerca universitaria (per la scarsità delle risorse, tra le quali la disponibilità di adeguato personale tecnico, per la tendenziale chiusura delle ricerche nei confini dei settori scientifico-disciplinari, delimitati in rapporto alle esigenze didattiche), con l'insufficiente sviluppo delle ricerche di tipo strumentale, siano esse private (si è ricordata la strutturale incapacità di investimenti a lungo termine per l'innovazione delle nostre imprese) o pubbliche.

I caratteri che questa seconda rete ha fin qui assunto sono, in sintesi:

- costituzione di enti pubblici a carattere nazionale;
- compiti di svolgimento di attività di ricerca, in qualche caso (soprattutto per il CNR) affiancati da compiti di finanziamento esterno di attività di ricerca (soprattutto, ma non solo, universitaria);
- riconoscimento di una autonomia sul modello dell'autonomia universitaria (gli enti di ricerca a carattere non strumentale rientrano tra le "istituzioni di alta cultura" di cui all'art. 33, ultimo comma, Cost.), anche se con più di un'attenuazione, per diversi aspetti: c'è autonomia normativa e organizzativa, c'è una minore autoamministrazione (gli organi di governo degli enti solo in parte sono rappresentativi delle comunità scientifiche operanti negli enti), c'è una maggiore dipendenza dal finanziamento pubblico (in presenza di una assai limitata autonomia nell'entrata);
- costituzione di corpi professionali di ricercatori totalmente dedicati alle attività di ricerca (proprio a differenza e a com-

- pensazione delle università nelle quali professori e ricercatori devono conciliare didattica e ricerca);
- investimenti di medio-lungo termine, nel senso che la costituzione di strutture di ricerca è fondata su esigenze di avanzamento delle conoscenze di maggior respiro;
 - programmazione dei settori di intervento in rapporto alla situazione della ricerca e dell'innovazione a livello nazionale e internazionale;
 - attenzione ai risultati delle ricerca organizzate o promosse, con l'attivazione di più stringenti procedure di valutazione della ricerca e con la possibilità di sopprimere strutture di ricerca non produttive (a differenza delle università dove la ricerca è legata strettamente alle esigenze dell'insegnamento).

Il problema di fondo di questa area sta proprio nell'incerto confine che fin qui l'ha divisa sia dalla ricerca universitaria (con la quale essa è necessariamente fortemente implicata) sia dalla ricerca strumentale (dappertutto le amministrazioni che finanziano spingono verso il raggiungimento di risultati pratici, immediatamente spendibili e difficilmente accettano di limitarsi ad un finanziamento esterno e alla valutazione del raggiungimento dei risultati che gli stessi scienziati autonomamente si pongono).

Si comprende, quindi, come sia proprio la ricerca non strumentale programmata quella destinata a patire le principali conseguenze, fino alla pratica scomparsa, per il concorrere dei fenomeni della intromissione politica nella gestione e della regionalizzazione.

Regionalizzazione che, intesa come disarticolazione su base regionale dei compiti fin qui svolti a livello nazionale appare difficilmente comprensibile, sia sul versante della promozione della ricerca (il finanziamento dei progetti si disperderebbe in mille rivoli con enormi problemi di coordinamento), sia sul versante dello svolgimento delle attività.

4. *Una risposta possibile: gli enti di ricerca non strumentale come "amministrazioni repubblicane"*

Come rispondere a questi fenomeni con una soluzione che sia compatibile con la nuova previsione costituzionale e nello stesso tempo salvaguardi la ricerca non strumentale dalle ripetute incursioni della politica in campo scientifico?

Se si accantona la risposta apparentemente più semplice, che consiste nel considerare la comprensione della ricerca scientifica tra le materie di legislazione regionale concorrente come un semplice "errore" del costituente, da correggere alla prima occasione utile, per classificarla semmai tra le materie riservate alla competenza esclusiva dello Stato, si può tentare una strada diversa, ardua ma non impossibile.

Si tratta cioè di affermare che, in coerenza con il dettato costituzionale, vi è una ricerca scientifica che si colloca naturalmente nelle università, intimamente connessa all'insegnamento, che può essere tutelata in sede di norme generali sull'istruzione (o di principi fondamentali sull'istruzione e sulla ricerca scientifica) con disposizioni che salvaguardino appieno la ricerca nell'organizzazione delle università, interrompendo l'attuale tendenza alla prevalenza delle esigenze della didattica. Qui la differenziazione della disciplina della ricerca può avvenire in virtù dell'esercizio da parte delle università dei poteri di normazione autonoma, sede per sede.

Vi è, poi, una ricerca strumentale che rientra nei poteri che sono conferiti ai diversi livelli di governo. Anche in questo caso la differenziazione avviene non tanto a livello regionale, quanto per ciascuna delle amministrazioni che organizzano o commettono ricerche di tipo strumentale.

Vi è, infine, una ricerca che non appartiene a nessun livello di governo, ma è "promossa dalla Repubblica" secondo la previsione dell'art. 9 della Costituzione. La ricerca non strumentale extrauniversitaria potrà essere promossa (finanziata, presso le università o presso le strutture di ricerca privata) o direttamente svolta da enti pubblici operanti a dimensione nazionale, ma non più vigilati né finanziati dallo Stato, ma dal concorso dello Stato

e delle Regioni. Qui in realtà non si riscontrano esigenze di differenziazione della disciplina delle attività di ricerca su base regionale, ma, semmai, in rapporto alle esigenze diversificate dei diversi enti di ricerca.

Si tratterebbe, quindi, di costituire, sulla base di accordi con valore di interpretazione delle disposizioni costituzionali sul riparto delle competenze in materia di ricerca scientifica, degli enti aventi la natura di "amministrazioni della Repubblica" (non dello Stato, che ha perso il potere di riservare a sé funzioni e apparati nella materia).

Tali amministrazioni dovrebbero conciliare le esigenze di programmazione delle attività con quelle dell'autonomia degli scienziati nella gestione delle ricerche.

Il loro finanziamento potrebbe essere assicurato in parti uguali dallo Stato e da tutte le Regioni (secondo il modello dei compiti comuni in Germania che non a caso riguardano proprio gli enti di ricerca, a cominciare dalla Max Planck Gesellschaft) e in rapporto al finanziamento si potrebbe pensare ad un organo misto (ancora a composizione paritetica tra Stato e Regioni) di supervisione e controllo.

La progettazione delle attività, dalla costituzione delle strutture fino all'approvazione dei progetti di ricerca dovrebbe, invece, essere lasciata alla piena autonomia della comunità scientifica, sia in generale sia con riferimento ai settori scientifico-disciplinari interessati dalle attività di ricerca, autonomia che dovrebbe consistere tanto nel pieno autogoverno (con organi di gestione elettivi e non di nomina) quanto nella piena autonomia organizzativa e normativa.

Le difficoltà per un simile modello stanno nel fatto che un accordo del tipo indicato non è previsto nell'attuale testo costituzionale, così come del tutto trascurata nel nuovo Titolo V è la materia dei raccordi tra Stato e autonomie territoriali.

Un accordo, un accordo "forte", potrebbe però consentire allo Stato di emanare, senza andare incontro al rischio di conflitti sulla ripartizione delle competenze davanti alla Corte costituzionale, disposizioni di legge, di istituzione degli enti di ricerca come amministrazioni repubblicane, per le quali ha perso in

realtà la competenza (la materia non è di competenza esclusiva dello Stato, né in sede di principi fondamentali si possono creare apparati amministrativi in materie di competenza regionale). Alla legge statale potrebbero poi corrispondere leggi regionali aventi lo stesso contenuto.

D'altra parte, se si vuole salvaguardare la dimensione nazionale e repubblicana degli enti di ricerca, la stessa competenza legislativa regionale si rivela del tutto inadeguata: anche ammesso il concorso unanime di 20 leggi regionali sullo stesso modello organizzativo di gestione di queste funzioni sovraregionali in materia, resterebbe l'impossibilità con la sola legge regionale di imporre comportamenti allo Stato.

La soluzione prospettata avrebbe una ricaduta positiva su entrambi i fenomeni segnalati. Sulla impropria regionalizzazione della ricerca non strumentale, con la creazione, al posto di tanti enti regionali di ricerca, di enti ancora operanti a livello nazionale, ma, comunque, più strettamente legati alle Regioni (e quindi più facilmente portati a svolgere attività di ricerca, sempre non strumentale, ma legate alle esigenze generali dello sviluppo del proprio territorio).

Anche la intromissione della politica nella scienza ne risulterebbe diminuita: l'affermazione che la ricerca non strumentale è compito della Repubblica e non dello Stato, che tale compito è svolto sulla base di un accordo di fondo tra i due livelli di governo comporterebbe, come necessario per la salvaguardia dell'autonomia delle situazioni scientifiche, la definizione di indirizzi politici meno penetranti e comunque necessariamente *bi-partisan* (perché formati con il concorso di amministrazioni rette da Governi di diversa maggioranza politica), senza che vi siano spazi per improprie applicazioni del principio dello *spoil system*, la cui validità, per quanto fortemente opinabile, non può che restringersi alle amministrazioni sottoposte ad un più stringente indirizzo politico.

Il diritto allo studio universitario: prima e dopo la riforma costituzionale (*)

*di Roberto Bin e Filippo Benelli (**)*

Sommario

1. I principi della materia e la disciplina previgente. – 2. La legislazione regionale sul DSU prima dell'approvazione della legge n. 390/1991. – 3. La legge n. 390/1991. – 4. Il modello organizzativo disciplinato dalla legge n. 390/1991 ed il suo impatto con la legislazione regionale precedente. – 5. Le nuove prospettive sul diritto allo studio aperte dalla modifica del Titolo V della Costituzione.

1. I principi della materia e la disciplina previgente

L'art. 34 della Costituzione garantisce che la “scuola è aperta a tutti” (primo comma) e che “i capaci e i meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi” (terzo comma). È da queste due previsioni normative che si articola e dipana tutta la materia del diritto allo studio universitario. Occorre, tuttavia, un'immediata precisazione: ciò di cui stiamo parlando è un “diritto” o qualche cosa di diverso? Al fine di fornire la risposta al quesito prospettato, occorre subito rilevare che la perentorietà della proclamazione costituzionale non deve indurre né a sopravvalutare la portata né – dal verso opposto – a ritenere questa previsione come una mera norma-manifesto. Si tratta, infatti, di una disposizione giuridica vera e propria, con un proprio valore nel bilanciamento tra contrapposti interessi costituzionali, così come sarà evidenziato nelle pagine successive. L'art. 34 della Costituzione, infatti, individua un diritto so-

* Relazione al convegno Nazionale ANDISU “Il governo del diritto allo studio universitario nel nuovo ordinamento regionale”, Ferrara, 29 novembre 2002.

** ROBERTO BIN ha curato la stesura del paragrafo n. 5; FILIPPO BENELLI i paragrafi 1,2,3 e 4.

ziale costituzionalmente protetto e, come tale, potenzialmente influente nei confronti di altri diritto costituzionali⁽¹⁾.

Il contenuto di tale diritto è quello di consentire ai più capaci ed ai più meritevoli di raggiungere i gradi più alti degli studi a mezzo di borse di studio, assegni alle famiglie ed altri tipi di provvidenze ancora. Dalla lettura sistematica dell'art. 34, secondo comma, della Costituzione si ricava che tale disposizione "non stabilisce affatto un obbligo assoluto rispetto alla generalità dei cittadini, ma, inteso in connessione con il successivo terzo comma, prevede un diritto dei capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, di raggiungere i gradi più alti degli studi, diritto che la Repubblica rende effettivo con borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze, che devono essere attribuite per concorso"⁽²⁾.

Sotto altro profilo, tale diritto si manifesta come una delle possibili declinazione del principio generale di eguaglianza. Il diritto allo studio, infatti, è anche "uno strumento volto ad assicurare parità di trattamento a tutti gli studenti universitari, a correggere, mediante gli strumenti della programmazione, gli squilibri in atto e ad offrire ulteriori strumenti per promuovere l'armonico sviluppo del sistema universitario"⁽³⁾. Al diritto allo studio di ogni singolo cittadino meritevole corrisponde, quindi, un preciso dovere della comunità di garantire a tutti i capaci e meritevoli uguali punti di partenza ed uguali possibilità di portare a compimento i percorsi formativi⁽⁴⁾, così rimuovendo gli "ostacoli di ordine economico e sociale" ai sensi dell'art. 3.2 della Costituzione. In un'accezione ancora più ampia, il diritto

(1) P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1998, p. 699 contestano che, in riferimento allo studio, possa parlarsi di vero e proprio diritto, rilevando che "si tratta di un'espressione impropria, perché la limitazione di fatto è tale che queste provvidenze non possono essere destinate altro che ad una parte degli interessati". Non sembra che la critica possa essere condivisa, perché si fonda sull'equivoco di sovrapporre la qualificazione giuridica di una determinata pretesa e l'effettività degli strumenti apprestati per soddisfarla.

(2) Così Corte cost., sent. n. 125/1975.

(3) A. BARETTONI ARLERI, F. MATARAZZO, *Università*, in *Enc. diritto*, 1992, vol. XLV, p. 850.

(4) Cfr. E. VESENTINI, *L'accademia dello spreco*, in *Il Mulino*, 1992, p. 301.

allo studio può essere inteso come “diritto al compimento degli studi, e non come diritto formale ad ottenere l’istruzione”⁽⁵⁾. In ogni caso, ha sottolineato la Corte, gli obblighi posti dall’art. 34 della Costituzione ed intesi a garantire il diritto dei capaci e meritevoli di raggiungere i gradi più alti degli studi “debbono essere adempiuti nell’osservanza dei limiti del bilancio dello Stato”⁽⁶⁾. È il limite che condiziona l’attuazione di tutti i diritti, quelli “sociali” in primo luogo: ogni diritto si scontra con il problema delle risorse disponibili. Si chiude così il cerchio: il diritto allo studio universitario è soggetto al bilanciamento con altri diritti o interessi tutelati costituzionalmente, inclusi quelli connessi all’equilibrio di bilancio: sicché la realizzazione del diritto non segna un progresso lineare, ma può subire alle volte anche l’arretramento della tutela. Mai sino al punto però di comprimere quello che la Corte usa definire “nucleo essenziale” del diritto, che resiste all’arretramento dell’intervento pubblico e costituisce il “livello essenziale” delle prestazioni che devono essere comunque garantite.

Tralasciando ogni considerazione circa la realizzazione concreta del diritto allo studio nel nostro ordinamento (realizzazione che dipende in grande parte dal livello delle risorse economiche dedicate agli interventi di perequazione), deve essere sottolineato, da un punto di vista giuridico, come, da un lato, la previsione costituzionale si sia inserita in un contesto normativo preesistente e, dall’altro, per molti anni la sua attuazione sia stata demandata ad interventi legislativi regionali non coordinati tra loro.

Di entrambi tali dati bisogna pertanto considerare le implicazioni. La prima legge per l’Università (la legge Casati del 1859) non prevedeva particolari interventi per l’assistenza agli studenti. La scelta legislativa traduceva la realtà sociale italiana di quegli anni, dove l’accesso all’istruzione universitaria (e non solo) era riservata ai ceti più abbienti. Solo dopo 60 anni si ha la pri-

(5) O. SEPE, *Università degli studi*, in *Enc. giurid. Treccani*, Roma, 1998, vol. XXXII, p. 13.

(6) Corte cost., sent. n. 125/1975. Cfr., altresì, Corte cost., sentt. nn. 7/1967 e 208/1996.

ma riforma universitaria (la cosiddetta Riforma Gentile, approvata con R.D. n. 2102/1923), che prevedeva una forma ancora elementare di finanziamento agli studenti meno abbienti al fine di far fronte alle tasse universitarie. Tale strumento perequativo era finanziato mediante l'istituzione di una cassa scolastica presso ogni università e istituto superiore, allo scopo di fornire ai giovani di disagiate condizioni economiche e più meritevoli i mezzi per far fronte, in tutto o in parte, al pagamento delle tasse, delle soprattasse e dei contributi per l'accesso ai corsi universitari.

La successiva tappa legislativa di maggior rilievo è l'approvazione del Testo Unico delle leggi sull'istruzione superiore (R.D. n. 1592/1933), con cui viene raccolta e coordinata la legislazione in materia universitaria in un unico *corpus* normativo. Per ciò che riguarda il tema specifico del diritto allo studio, si deve rilevare come la legge disciplini in maniera organica la materia delle esenzioni dal pagamento delle tasse universitarie, individuando le categorie dei soggetti ammessi al beneficio (cfr., ad esempio, art. 153⁽⁷⁾). Presso ogni Ateneo venivano, inoltre, costituite le Opere universitarie (art. 189) con il compito di promuovere, attuare e coordinare le varie forme di assistenza materiale, morale e scolastica agli studenti. Si trattava di enti pubblici non economici⁽⁸⁾ dotati di personalità giuridica e governate da

(7) Tale norma prevedeva che "Non sono tenuti al pagamento delle tasse e soprattasse scolastiche coloro che si trovino nelle condizioni previste dalle leggi 14 giugno 1928, n. 1312, e 2 luglio 1929, n. 1182. L'esenzione totale di cui all'art. 1°, lettera c), n. 5, della legge 14 giugno 1928, n. 1312, è, peraltro, subordinata alle seguenti condizioni: 1° che i beneficiari contemplati dalle lettere a) e b) dell'art. 2 della legge stessa abbiano, rispettivamente, sette o più figli, ovvero dieci o più figli, viventi ed a carico, di nazionalità italiana; 2° che gli studenti abbiano superato con una media non inferiore a sette decimi gli esami che costituiscono titolo per l'ammissione all'università o istituto, ovvero gli esami consigliati dalla facoltà o scuola per l'anno precedente, o un numero corrispondente di esami, qualora abbiano seguito un diverso piano di studi, e non siano stati respinti in alcuna prova".

(8) Sulla qualificazione giuridica di tali enti cfr. Cass. sez. Unite, sent. n. 2175/1981, ai sensi della quale, "le opere universitarie, costituite a norma del R.D. 31 agosto 1933, n. 1592 presso le università e gli istituti di istruzione superiore, hanno qualità di enti pubblici non economici, in quanto, inserite nell'ambito dell'amministrazione statale dell'istruzione pubblica, perseguono finalità di ordine generale nel campo dell'assistenza materiale, morale e scolastica degli studenti". Cfr., altresì, Cass., sez. Unite,

un Consiglio di amministrazione composto da rappresentanti di docenti e studenti e presieduto dal Rettore. Tali opere, a norma dell'art. 191, erano sottoposte alla vigilanza del Ministero dell'educazione nazionale, secondo la scelta centralista che caratterizza tutta la legislazione di quel periodo.

Da un punto di vista sostanziale, i compiti affidati alle Opere universitarie erano individuati attraverso la specificazione del fine perseguito (promuovere, attuare, ecc. l'assistenza scolastica universitaria), con il solo vincolo dell'istituzione del servizio sanitario ai sensi dell'art. 189, terzo comma, del R.D. n. 1592/1953.

Se il compito attribuito dal legislatore a tali Opere era senz'altro rilevante, non può tuttavia tacersi il fatto che il contributo effettivamente fornito da tali enti per il perseguimento del diritto allo studio è stato assai modesto. Difatti la mancata attribuzione di risorse finanziarie adeguate ha, di fatto, paralizzato tali enti e ne ha ridotto sensibilmente le potenzialità⁽⁹⁾.

In tale contesto, l'approvazione di una norma di rango costituzionale in materia di diritto allo studio ha rappresentato una novità importante nella legislazione italiana, perché ha riconosciuto piena e primaria dignità al diritto allo studio. Tuttavia, così come era facile prevedere, la costituzionalizzazione del diritto non ha garantito la sua piena ed immediata effettività. Anzi, almeno fino al trasferimento delle relative funzioni a favore delle Regioni avvenuto negli anni '70, la previsione costituzionale non ha trovato significativo seguito normativo eccezion fatta che per l'istituzione dell'assegno di studio, avvenuta nel 1963⁽¹⁰⁾, che ha consentito, altresì, la promozione di servizi quali le mense e gli alloggi, fino ad allora oggetto di interventi normativi assai poco efficaci e comunque episodici.

sent. n. 5348/1982 e Cass., sez. Unite, sent. n. 2097/1986.

(9) Sulla scarsa utilità di tali opere è significativo il commento di M. MAYER, *Diritto allo studio universitario: momento di analisi e di confronto nelle prospettive di uno sviluppo per gli anni '80*, in REGIONE TOSCANA, *Momento di analisi e di confronto nelle prospettive di uno sviluppo per gli anni '80*, p. 25, che rilevava come "quest'anno, 1983, ricorre il cinquantenario delle Opere universitarie senza particolari ricordi, emozioni o commemorazioni".

(10) Cfr. legge n. 80/1963 e legge n. 162/1969.

La legge n. 80/1963, infatti, ha previsto l'attribuzione per concorso di un assegno di studio, non cumulabile con altri assegni, borse di studi e posti gratuiti in collegi o convitti, al fine di assicurare agli studenti capaci e meritevoli privi di mezzi il raggiungimento dei gradi più alti dell'istruzione⁽¹¹⁾. Si deve tenere presente che l'assegno di studio finiva per essere, assieme a quello sanitario, l'unico intervento obbligatorio *ex lege* delle Opere universitarie⁽¹²⁾.

2. *La legislazione regionale sul DSU prima dell'approvazione della legge n. 390/1991*

Benché il diritto sia un *corpus* fluido e soggetto a continue e graduali evoluzioni ed assestamenti, è indubbio che il trasferimento alle Regioni delle funzioni in materia di diritto allo studio abbia rappresentato un elemento di forte innovazione e di rottura rispetto all'esperienza pregressa.

La nuova fase ha inizio alla fine degli anni '70 con il trasferimento alle Regioni delle funzioni relative all'assistenza universitaria ad opera del d.P.R. n. 616/1977. L'art. 44, infatti, dispone che "sono trasferite alle Regioni, per il rispettivo territorio, le funzioni amministrative esercitate dallo Stato in materia di assistenza scolastica a favore degli studenti universitari. Sono trasferiti alle Regioni a statuto ordinario le funzioni, i beni ed il personale delle Opere universitarie di cui all'art. 189 del regio decreto 31 agosto 1933, n. 1592, e successive modificazioni. Il trasferimento è disciplinato dalla legge di riforma dell'ordinamento universitario e, in mancanza, decorre dal 1° novembre 1979. In tale ipotesi al trasferimento dei beni e del personale delle opere universitarie provvede con decreto il Ministro per la pubblica istruzione, sentite le Regioni interessate".

La riforma entrerà nel vivo l'anno successivo, quando il tra-

(11) Tale legge regolava in maniera assai dettagliata tutti gli aspetti relativi all'assegno di studio.

(12) Così F.C. RAMPULLA, *La legge quadro ed i principi fondamentali sul diritto allo studio nelle università*, in *Riv. Giur. scuola*, 1981, p. 536.

sferimento delle funzioni, dei beni e del personale delle opere universitarie, previsto dall'articolo 44 del d.P.R. n. 616/1977, sarà attuato con il d.l. n. 536/1979, convertito in legge n. 642/1979 (recante "Trasferimento alle Regioni delle funzioni, dei beni e del personale delle Opere universitarie di cui all'art. 44 del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616").

La riforma così innescata non deve, tuttavia, essere letta in termini di un effettivo miglioramento dei livelli di prestazione. Anzi, gli interventi normativi succedutisi a livello regionale a partire da quegli anni offrono un'immagine non facilmente intelligibile e neppure pienamente soddisfacente⁽¹³⁾. Difatti la carenza di una legge quadro che disciplinasse in maniera organica ed a livello statale i principi della materia ha rappresentato un elemento di grande confusione⁽¹⁴⁾.

Invero, l'art. 1 del d.l. n. 536/1979 prevedeva che "Il trasferimento delle funzioni, dei beni e del personale delle opere universitarie, previsto dall'articolo 44 del d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616, è attuato in conformità delle seguenti disposizioni, nel rispetto dell'autonomia delle università degli studi garantita dall'art. 33 della Costituzione e nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato per rendere effettivo il diritto allo studio di cui all'art. 34 della Costituzione". Tuttavia la legge quadro in materia sarà approvata solo nel 1991 e – fino ad allora – le scelte dei singoli legislatori regionali si sono susseguite in maniera piuttosto episodica. Ciò che deve far riflettere non è la presenza di scelte diverse tra loro: è proprio il ricono-

(13) E. VESENTINI, *L'accademia* cit., p. 302, dà un giudizio assai severo sui risultati dei primi anni del trasferimento di funzioni alle Regioni. Secondo l'autore il d.P.R. 616 "non ha migliorato le cose, come i riferimenti statistici... bastano a ricordare. Un esame sommario di qualche dato economico relativo all'attività meramente assistenziale alla quale si è ridotto in questi anni il cosiddetto diritto allo studio universitario, indica che l'efficienza di quest'ultimo è addirittura inferiore a quello del sistema universitario".

(14) Sulle differenziazioni all'interno della legislazione regionale e sulla sua intima interrelazione con l'assenza di un quadro normativo generale di riferimento cfr. CENSIS, *Quando assistere non basta più: indagine sul diritto allo studio universitario*, 1990, p. 21. Anche F.C. RAMPULLA, *La legge quadro*, cit., p. 537, mette in luce le differenze sostanziali ed istituzionali delle soluzioni adottate dai legislatori regionali.

scimento alle Regioni della potestà legislativa in materia a determinare la potenziale eterogeneità delle opzioni legislative di volta in volta adottate. Tuttavia, la presenza di differenze, anche significative, in una materia che tocca da vicino i diritti sociali quali, appunto, la tutela del diritto allo studio universitario apre la strada ad alcuni dubbi sul rispetto del principio di eguaglianza.

Anche in questo caso occorre una precisazione, che non smentisce i dubbi ora espressi. È vero che il panorama della legislazione in materia di diritto allo studio universitario sviluppatosi prima dell'approvazione della legge quadro si caratterizza per una sostanziale omogeneità per quanto concerne il complesso delle prestazioni, dei servizi e delle attività previste a favore degli studenti universitari ⁽¹⁵⁾; ma è altresì vero che gli assetti organizzativi predisposti dai legislatori regionali per dare attuazione alla delega di funzioni non sono stati sempre uguali tra loro e differenziata è stata l'efficacia, la resa dei vari modelli scelti di volta in volta. Le disomogeneità, talvolta ragguardevoli, tra le risorse destinate all'attuazione dell'art. 34 tra Regione e Regione hanno – di fatto – articolato in maniera eterogenea la garanzia del diritto allo studio. Non è poi negabile che in taluni casi siano mancati chiari ed espliciti riferimenti al rafforzamento delle politiche di sostegno a favore degli studenti svantaggiati. Ebbene, tali differenziazioni non possono che essere lette in chiave critica in ragione del fatto che quello tutelato è un diritto di rango costituzionale e che, come rilevato in precedenza, gli interventi a sostegno del diritto allo studio universitario sono o, meglio, sa-

(15) Così G. ROLLA, *Brevi note in ordine alla competenza della regione di creare enti destinatari della delega di funzioni amministrative*, in *Giur. cost.*, 1990, p. 2610. Di segno diverso la ricostruzione della normativa regionale proposta da CENSIS, *Quando assistere*, cit., p. 21, che parla di “grave ... disomogeneità nell'articolazione tipologica ed organizzativa degli interventi. (...) La differenza a volte sostanziale tra gli importi degli assegni di studio, le condizioni di alloggio e la numerosità dei posti letto, il criterio di merito richiesti dal bando di concorso per l'assegnazione dell'assistenza, nonché l'efficienza dei diversi servizi erogati ha profondamente condizionato la distribuzione territoriale della domanda sottoponendo le strutture di assistenza di alcune delle sedi universitarie ad uno *stress* eccessivo e del tutto artificiale indotto sostanzialmente dalla disomogeneità delle condizioni di accesso, erogazione e fruizione degli interventi e dei servizi per il DSU”.

rebbero dovuti essere, finalizzati precipuamente all'eliminazione delle differenze in applicazione dell'art. 3 della Costituzione. È già stato rilevato che la lettura della legislazione regionale adottata in precedenza all'approvazione della legge n. 390/1991 evidenzia alcune interessanti differenze in merito alle scelte organizzative-gestionali in materia di diritto allo studio.

Il più delle volte le Regioni hanno optato per l'esercizio delle funzioni loro trasferite sostituendo le disciolte Opere universitarie (che rappresentavano o avrebbero dovuto rappresentare la colonna portante del sistema previgente) con appositi enti ⁽¹⁶⁾ o istituti ⁽¹⁷⁾ regionali finalizzati a rendere effettivo il diritto allo studio universitario ed all'inserimento degli studenti nel contesto sociale della comunità regionale, favorendo anche la predisposizione di iniziative di raccordo con le Università. Da un punto di vista operativo il più delle volte i servizi assicurati da tali enti sono stati l'attribuzione dell'assegno di studio universitario, l'istituzione di prestiti d'onore, l'attivazione di servizi editoriali, culturali, di promozione sportiva, di orientamento professionale, di informazione sulla situazione occupazionale e sugli sbocchi professionali, di trasporto, di supporto a favore degli studenti portatori di *handicap*, di medicina preventiva nonché l'istituzione di borse di studio per favorire la partecipazione e/o la realizzazione di attività di studio e di ricerca presso le università italiane e straniere, ecc. Tali enti, in sintesi, erano quindi chiamati a porre in essere l'intera gamma di interventi che possono influire sulla effettività del diritto allo studio ⁽¹⁸⁾.

(16) Cfr. l'art. 1 della legge Regione Umbria n. 66/1981; l'art. 4 della legge Regione Veneto n. 50/1982; l'art. 4 della legge Regione Liguria n. 43/1983; l'art. 4 della legge Regione Calabria n. 32/1984; l'art. 4 della legge Regione Campania n. 3/1986; l'art. 4 della legge Regione Molise n. 3/1986; l'art. 4 della legge Regione Puglia n. 12/1988 e l'art. 4 della legge Regione Marche n. 7/1989.

(17) Cfr. l'art. 4 della legge Regione Lombardia n. 7/1981; l'art. 4 della legge Regione Lazio n. 14/1983 ed, infine, l'art. 13 della legge Regione Basilicata n. 34/1989.

(18) Cfr., ad esempio, l'art. 3 della legge Regione Umbria n. 66/1981; l'art. 2 della legge Regione Veneto n. 50/1982; l'art. 2 della legge Regione Liguria n. 43/1983; l'art. 3 della legge Regione Calabria n. 32/1984; l'art. 2 della legge Regione Campania n. 3/1986; l'art. 2 della legge Regione Molise n. 3/1986; l'art. 2 della legge Regione Puglia n. 12/1988; l'art. 2 della legge Regione Marche n. 7/1989; l'art. 2 della legge Regione Lombardia n. 7/1981; l'art. 2 della legge Regione Lazio n. 14/1983; l'art. 4 della

La scelta di base che ha ispirato queste leggi è stata quella di tenere nettamente distinti il diritto allo studio universitario rispetto a quello della scuola dei gradi inferiori, costituendo un organismo specifico, in linea di massima istituito in ogni sede di università, e quindi legato ad essa da uno stretto legame non solo geografico ma anche amministrativo. Tali enti, pur con alcune differenze tra legislazione e legislazione, erano infatti governati da un Consiglio di amministrazione con una composizione più articolata rispetto alle Opere universitarie, ma pur sempre legato con i vertici di ateneo. Accanto agli enti o istituti per il diritto allo studio (variamente denominati: I.S.U., E.S.U., E.R.S.U.) incardinati presso le sedi di università ed aventi compiti deliberativi e di gestione, le leggi regionali hanno spesso istituito strutture con compiti consultivi a livello regionale (i Comitati regionali per il diritto allo studio universitario) con lo scopo di perseguire una politica di interventi omogenea a livello regionale. Un caso a parte è rappresentato dalla normativa apprestata dalla Regione Toscana e dalla Regione Emilia-Romagna e, per certi versi, dalla Regione Piemonte, che possono essere letti come un tentativo di privilegiare l'integrazione dei servizi per gli studenti universitari con quelli della scuola di grado superiore ⁽¹⁹⁾.

Nel caso della Toscana ⁽²⁰⁾ (legge regionale n. 37/1989) e dell'Emilia-Romagna ⁽²¹⁾ (legge regionale n. 46/1990) la delega

legge Regione Basilicata n. 34/1989.

(19) Così M. MAYER, *Diritto allo studio*, cit., p. 28.

(20) La legge Regione Toscana n. 37/1989 aveva disposto che le funzioni amministrative per attuare gli interventi in materia di diritto allo studio universitario fossero delegate ai Comuni (precisamente di Firenze, Pisa, Siena, Arezzo e Carrara). La stessa legge disponeva che i primi tre Comuni dovevano avvalersi per la gestione degli interventi di una propria azienda dotata di autonomia funzionale organizzativa e finanziaria. Viceversa, i Comuni di Arezzo e Carrara erano chiamati ad effettuare gli interventi in forma diretta.

(21) La Regione Emilia-Romagna aveva disciplinato la materia dapprima con la legge regionale n. 8/1983 (che aveva già istituito le aziende per la gestione degli interventi per il diritto allo studio) e, quindi, con la legge regionale n. 46/1990, con cui era stata disposta un'ampia delega di funzioni amministrative ai Comuni sede di università. La legge imponeva a tali Comuni di avvalersi di appositi enti pubblici, amministrati da Consigli composti per metà da rappresentanti del Consiglio comunale, per un quarto da rappresentanti degli studenti e per il restante quarto da docenti designati dal Consiglio

di funzioni amministrative è stata strutturata in maniera “anomala”⁽²²⁾ disponendo da una parte la delega ai Comuni e, al contempo, organizzando le concrete modalità di esercizio di tali funzioni mediante l’istituzione di un ente strumentale di derivazione regionale.

Isolata, invece, la soluzione adottata dalla legge Regione Piemonte n. 84/1980, che ha delegato le funzioni amministrative relative agli interventi per il diritto allo studio ai Comuni sede di ateneo, riconoscendo loro un’ampia autonomia in ordine alle soluzioni organizzative da adottare⁽²³⁾.

3. *La legge n. 390/1991*

In questo contesto di disomogeneità normativa si inserisce la legge quadro sul diritto allo studio universitario. Per ciò che concerne il procedimento legislativo, si deve ricordare che il testo della legge n. 390/1991 è la sintesi di due progetti di legge assai differenti nelle loro scelte di fondo, di cui la legge quadro rappresenta in parte la sintesi.

Le finalità del provvedimento in esame sono espressamente

di amministrazione dell’università.

(22) Così Corte costituzionale, sent. n. 437/1990. Con tale decisione la Corte ha rigettato la questione di legittimità costituzionale sollevata in via di azione dal Governo nei confronti della delega contenuta nella legge della Regione Emilia-Romagna. Secondo il ricorrente, la legge regionale avrebbe istituito delle aziende comunali speciali riconducibili alla categoria delle aziende municipalizzate già regolate dal R.D. n. 2578/1925 in violazione della competenza legislativa regionale delineata nell’art. 117 Cost. Secondo la Corte, invece, il modello organizzativo-gestionale delineato nella disposizione impugnata, seppur anomalo, non ha istituito né un’azienda municipalizzata né un ente strumentale comunale, bensì un “ente pubblico locale non territoriale destinato ad operare – ai sensi dell’art. 13 del d.P.R. n. 616 del 1977 (e dell’art. 62 dello statuto della Regione Emilia-Romagna) – in una delle materie (assistenza scolastica) trasferite dallo stesso d.P.R. n. 616 alla sfera regionale”. Secondo la Corte, infatti, “la delega di funzioni regionali non esclude la possibilità per il delegante di disciplinare con legge l’esercizio delle funzioni delegate anche nei loro aspetti organizzativi”. Le stesse considerazioni valgono in riferimento alla legge toscana, ancorché non impugnata.

(23) Ai sensi dell’art. 5 della legge Regione Piemonte n. 84/1980, infatti, i Comuni sede di ateneo potevano liberamente avvalersi dei propri servizi, degli uffici regionali, di un’apposita commissione per il diritto allo studio universitario, della collaborazione degli uffici degli enti interessati e dei Comuni aventi sedi universitarie decentrate.

indicate nell'art. 1, che contiene un espresso richiamo alla volontà di dare attuazione agli artt. 3 e 34 della Costituzione attraverso l'introduzione di norme strumentali alla rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che di fatto limitano l'eguaglianza dei cittadini nell'accesso all'istruzione universitaria. Al fine di realizzare tali obiettivi, la legge ha disciplinato gli interventi in questo settore affidati, in un quadro di reciproca collaborazione, allo Stato, alle Regioni ed alle università.

La ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni si esprime nel riservare al primo l'indirizzo, il coordinamento e la programmazione degli interventi in materia di diritto agli studi universitari, mentre alle Regioni spetta il compito di attivare gli interventi volti a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale per la corretta realizzazione del diritto allo studio. All'università, infine, è affidata l'organizzazione dei propri servizi destinati a rendere effettivo e proficuo lo studio universitario. Difatti, ai sensi dell'art. 12, le università, oltre ad esercitare le funzioni già assegnate dalla legge n. 341/1990, concedono l'esonero parziale o totale dal pagamento dei contributi, agevolano la frequenza ai corsi, promuovono corsi di insegnamento a distanza per studenti lavoratori, promuovono attività culturali, sportive e ricreative, curano l'informazione circa le offerte per lo studio, promuovono gli interscambi di studenti e sostengono le attività formative autogestite dagli studenti.

Occorre subito precisare che nell'architettura della legge quadro, il ruolo dello Stato è tutt'altro che marginale⁽²⁴⁾. L'art. 4, infatti, al fine di garantire l'uniformità di trattamento sul territorio nazionale, ha previsto l'adozione di un decreto emanato dal Presidente del Consiglio dei ministri⁽²⁵⁾ (da adottarsi previa

(24) Efficacemente F.C. RAMPULLA, *Le Regioni sbagliano l'obiettivo sul tema del diritto allo studio*, in *Le Regioni*, 1993, p. 542, mette in evidenza che la legge quadro "ha dettato principi molto rigidi ed accentratori in materia e, in particolare, ha riservato allo Stato il potere di definire, ai fini di indirizzo e coordinamento, i due punti chiave della materia: i requisiti socio-economici di accesso ai servizi ed alle provvidenze da un lato e le condizioni di merito scolastico minimo per conseguire quei servizi e quelle provvidenze dall'altro".

(25) Questo atto è qualificato dalla giurisprudenza costituzionale come atto di indirizzo e coordinamento diretto alle Regioni ed è per questo motivo che deve essere preceduto

deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'università e sentito il Consiglio universitario nazionale e la Consulta nazionale istituita a norma dell'art. 6) ⁽²⁶⁾. Si tratta di un tipico atto di indirizzo e coordinamento, ossia dello strumento con cui il Governo, appositamente autorizzato dalle leggi, può dettare norme e criteri necessari ad assicurare la necessaria unità dell'azione legislativa e amministrativa delle Regioni. Con questo d.P.C.M. vengono stabiliti: *a)* i criteri per la determinazione del merito e delle condizioni economiche degli studenti; *b)* le procedure di selezione per l'accesso ai benefici previsti in materia di diritto allo studio; *c)* le tipologie minime degli interventi che le Regioni devono adottare; *d)* gli indirizzi per la graduale riqualificazione della spesa a favore degli interventi riservati ai capaci e meritevoli privi di mezzi.

Come è evidente, la legge quadro non solo detta già una disciplina di principio che delimita le funzioni regionali, ma poi affida al Governo compiti assai penetranti che vanno ben al di là del mero coordinamento e del monitoraggio delle politiche regionali. Le norme del d.P.C.M. sono infatti destinate a vincolare

dal parere della Conferenza Stato-Regioni. L'ultimo d.P.C.M. è stato emanato il 9 aprile 2001. Il precedente d.P.C.M. 30 aprile 1997 è stato applicato anche per l'anno accademico 2000/2001. Come si legge nella circolare 24 marzo 2000, n. 1331, "ciò al fine di non interrompere l'erogazione delle provvidenze per il diritto allo studio, ponendo, al tempo stesso, le Regioni nelle condizioni di poter predisporre per tempo la propria programmazione e provvedere puntualmente all'emanazione dei bandi di concorso per l'accesso ai servizi e agli interventi non destinati alla generalità degli studenti".

(26) Nelle more della costituzione della Consulta, si era posto il problema di come procedere all'approvazione delle norme regolamentari previste per l'esecuzione della legge n. 390/1991. Sul punto merita di essere menzionata la giurisprudenza del Consiglio di Stato, che ha precisato come "le norme regolamentari per l'esecuzione della l. 2 dicembre 1991, n. 390 sul diritto agli studi universitari, non possono essere emanate se prima non sia stata costituita la Consulta nazionale per il diritto agli studi universitari, il cui parere è per legge obbligatorio" (Cons. Stato, Adunanza Generale, parere n. 70/1993). Da ciò ne consegue che "il regolamento di cui all'art. 4 della l. 2 dicembre 1991 n. 390, non possa essere emanato senza il prescritto parere della Consulta nazionale per il diritto agli studi universitari, anche se tale difetto è dovuto alla mancata costituzione dell'organo". L'effetto preclusivo del mancato parere si spiega con il fatto che la Consulta è un tipico organo rappresentativo, cosicché "attraverso il prescritto parere della Consulta la legge (...) vuole che siano manifestati nel procedimento gli interessi delle componenti universitarie e, in particolare, degli studenti, beneficiari delle prestazioni" (Cons. Stato, Adunanza Generale, parere n. 70/1993).

sia le funzioni amministrative che quelle legislative, tanto delle Regioni ordinarie che di quelle speciali ⁽²⁷⁾. In altre parole, l'insieme dei principi e delle regole cui devono attenersi le Regioni non si ricava solamente dalla legge quadro, ma anche dal decreto presidenziale più volte menzionato, che pure ha la natura dell'atto amministrativo, gerarchicamente inferiore al livello della fonte primaria, cui appartiene anche la legge regionale.

Per ciò che concerne l'individuazione dei principi generali, la legge quadro li esprime analiticamente nell'art. 7. Tale norma differenzia da una parte i servizi e le provvidenze economiche garantite alla generalità degli studenti e, dall'altra, quelli (servizi e provvidenze) riservate alla non generalità degli studenti.

I primi sono garantiti a tutti gli studenti iscritti secondo criteri di parità di trattamento ed indipendentemente dalle aree geografiche di provenienza. L'art. 7, primo comma, lett. a) detta, tuttavia, un'importante limitazione, poiché condiziona la fruizione dei servizi all'iscrizione presso una delle università che hanno sede nella Regione, così ponendo un limite all'intervento presso sedi distaccate se collocate *ultra* regione.

La legge si ispira anche a criteri partecipativi, prevedendo

(27) In merito alla natura del vincolo delle previsioni del decreto nei confronti delle Regioni, deve essere ricordata la sentenza della Corte costituzionale n. 202/1995. La vicenda merita di essere descritta per la sua attinenza al tema. Con proprio ricorso, il Commissario dello Stato per la Regione siciliana aveva impugnato l'art. 1, comma 1, della legge approvata dall'Assemblea regionale siciliana il 25 ottobre 1994 che disciplinava alcuni interventi urgenti nel settore del diritto allo studio universitario. L'oggetto della doglianza consisteva nell'autorizzazione (contenuta nella disposizione impugnata) all'Assessore regionale per i beni culturali ed ambientali e per la pubblica istruzione a derogare, per l'anno accademico 1994-1995 ai criteri di formulazione delle graduatorie dei benefici e dei servizi relativi al diritto agli studi universitari stabiliti nell'art. 3, comma 3, del d.P.C.M. 13 aprile 1994 emanato in esecuzione dell'art. 4 della legge quadro. Secondo il commissario, infatti, non sarebbe consentito alle Regioni di adottare criteri di selezione difforme da quelli fissati nel decreto presidenziale. La Corte, dopo aver rilevato che a norma dell'art. 17, lettera d) dello Statuto speciale, la Regione Sicilia ha potestà legislativa in materia di assistenza universitaria entro i limiti dei principi generali cui si informa la legislazione dello Stato, ha rigettato la questione. Secondo la Corte, infatti, è consentito al legislatore regionale introdurre adattamenti nel bilanciamento dei criteri di determinazione del merito e delle condizioni economiche fissati dal decreto presidenziale per l'accesso ai servizi e alle provvidenze riservate dalla legge non alla generalità degli studenti, purché rispetti scrupolosamente i principi espressi dalla legge n. 390/1991.

che tutti gli studenti siano chiamati a contribuire al costo dei servizi e limitando la possibilità per gli enti per il diritto allo studio di disporre la gratuità o particolari agevolazioni solo a favore degli studenti capaci e meritevoli privi di mezzi.

Per ciò che riguarda l'accesso ai servizi ed alle provvidenze fruibili dalla non generalità degli studenti, l'art. 7, primo comma, lett. c) rinvia alle procedure selettive da adottarsi secondo le indicazioni contenute nel decreto triennale del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'art. 4.

In riferimento agli interventi in concreto disciplinati dalla legge, occorre evidenziare come nella maggior parte dei casi si tratti di misure già presenti nella legislazione nazionale e/o regionale precedente. Così, ad esempio, per ciò che riguarda l'erogazione dei servizi collettivi tra cui mense, alloggi, trasporti, l'assegnazione di borse di studio, l'orientamento al lavoro e l'assistenza sanitaria, la concessione di borse di studio, prestiti d'onore, ecc.

4. *Il modello organizzativo disciplinato dalla legge n. 390/1991 ed il suo impatto con la legislazione regionale precedente*

L'intervento più rilevante della legge quadro sul *corpus* normativo nazionale e regionale preesistente riguarda l'aspetto organizzativo-gestionale degli interventi per il diritto allo studio universitario.

Come già rilevato, prima della legge quadro i legislatori regionali avevano orientato le scelte organizzative percorrendo, essenzialmente, due diverse strade: l'istituzione di enti pubblici *ad hoc* e la delegazione di funzioni ai Comuni. In tale contesto, l'art. 25 della legge n. 390/1991 può essere letto come un elemento di rottura rispetto al passato, atteso che la previsione dell'obbligo di costituzione dell'organismo di gestione ivi contenuta ha avuto l'effetto di escludere la possibilità di perpetrare le precedenti scelte organizzative adottate dai legislatori regionali.

Il "sistema organizzativo" indicato dall'art. 25 si impernia su

organismi di gestione, istituiti presso ogni università⁽²⁸⁾, che agiscono come amministrazione indiretta della Regione (cfr. TAR Marche, sent. n. 901/2000) anche se sono gestiti in maniera paritetica da rappresentanti della Regione e dell'università⁽²⁹⁾.

La natura strumentale di tali enti comporta che gli stessi si vengano a trovare in una situazione di stretta dipendenza con l'entità amministrativa sopraordinata, rispetto alla quale svolgono una funzione servente o ausiliaria che viene inevitabilmente a condizionare anche la sfera d'autonomia operativa e gestionale di cui pure godono.

Tuttavia occorre osservare quali siano le modalità di gestione di tali enti. Per ciò che concerne l'organizzazione ed il concreto funzionamento delle attività di informazione e sostegno degli studenti svantaggiati e dei più meritevoli, come pure l'organizzazione dei servizi di ristorazione, d'alloggio e d'assistenza sanitaria, gli enti per il diritto allo studio debbono provvedere direttamente con l'utilizzazione di proprio personale, oppure mediante l'affidamento, in appalto ed a operatori qualificati, di quei servizi per i quali è possibile il coinvolgimento di altri soggetti estranei alla propria organizzazione burocratica ed operativa, come è il caso dei servizi abitativi e di ristorazione. È da ritenere che agli enti per il diritto allo studio sia preclusa l'utilizzazione del modello organizzativo della società per azioni, del consorzio e, comunque, dell'associazione aperta all'adesione di altri soggetti pubblici e privati per la realizzazione dei compiti loro assegnati. Tale divieto, infatti, deriva dalla legge quadro n. 390/1991, il cui art. 25, in alternativa all'erogazione diretta degli interventi di sostegno e promozione, consente agli enti per il diritto allo studio universitario di avvalersi soltanto dei servizi resi da altri soggetti pubblici e privati e da cooperative di studenti,

(28) È fatta salva la possibilità di prevedere l'aggregazione volontaria delle università ai fini della costituzione di un unico organismo di gestione nel caso in cui vi siano città sedi di più atenei o, comunque, nell'ipotesi in cui tale aggregazione risponda all'opportunità di garantire una maggiore razionalità ed efficienza di gestione.

(29) La norma introduce anche un meccanismo di tutela e partecipazione delle rappresentanze degli studenti, prevedendo che la metà dei rappresentanti delle università siano designati dagli studenti.

previa stipula della relativa convenzione senza, tuttavia, prefigurare in alcun modo la possibilità di dare corso alla costituzione di ulteriori organismi associativi, consortili o società per far fronte a tali incombenze istituzionali (così TAR Marche, sent. n. 901/2000).

Occorre subito rilevare che il rigido modello organizzativo disegnato dalla legge quadro suscita non pochi interrogativi in merito alla sua tenuta costituzionale già alla luce della precedente formulazione del Titolo V della Costituzione e, ancor più, oggi.

L'oggetto del quesito è facilmente intuibile: come si giustificano scelte di natura così dettagliata, che scendono nei particolari della disciplina organizzativa di questi organismi, con la competenza regionale in materia di enti amministrativi dipendenti? La questione è stata sottoposta al vaglio della Corte costituzionale all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 390/1991, quando le Regioni Toscana, Emilia-Romagna e Puglia impugnarono varie disposizioni della legge n. 390/1991 tra cui proprio l'art. 25, primo comma. In riferimento a tale norma, due erano i profili denunciati: come si giustifica la scelta di incardinare le competenze delle Regioni in materia di diritto allo studio devolvendole *ex lege* ad un organismo predefinito nei suoi tratti dalla legge statale e come si giustifica, a sua volta, la coesistenza paritetica di tale ente da parte di Regioni ed università.

Entrambi i rilievi furono rigettati dalla Corte costituzionale, sulla base della constatazione che la materia in questione, il diritto allo studio universitario, tocca – per sua natura – gli interessi e le competenze di tre soggetti diversi, tutti di rango costituzionale. Da una parte, infatti, vi è lo Stato che, proprio per la collocazione nella Costituzione del diritto allo studio tra i diritti ed i doveri dei cittadini disciplinati e tutelati costituzionalmente, è chiamato a garantire la realizzazione del diritto *de quo* in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale. Da qui deriva la legittimità del potere di indirizzo e coordinamento previsto dalla legge n. 390/1991. Dall'altra parte vi sono le Regioni, titolari della competenza in materia di assistenza universitaria ai sensi dell'art. 117 Cost. Infine, le università, anch'esse dotate di auto-

nomia, a cui spetta il diritto di disciplinare le proprie attività didattiche e formative ai sensi dell'art. 33 della Costituzione ed alla luce dei principi espressi dalla normativa sull'autonomia universitaria.

In proposito, è utile soffermarsi sull'attenzione riservata dalla legge al temperamento delle competenze della Regione (cui grosso modo spettano, anche per il tramite delle aziende per il diritto allo studio, i compiti di amministrazione attiva) con le attività didattiche universitarie. È esplicito, sul punto, l'art. 7, quarto comma, che prevede che gli interventi disciplinati nei commi precedenti (servizi mensa, alloggi, borse di studio ecc.) devono essere funzionali alle esigenze derivanti dallo svolgimento delle attività didattiche e formative, che restano autonomamente regolate dalle università ai sensi dell'art. 33 della Costituzione.

Secondo la Corte costituzionale (sent. n. 281/1992), la legge ha compiuto un corretto bilanciamento di interessi, tutti di rilievo costituzionale⁽³⁰⁾. Gli interessi coinvolti (dello Stato, delle Regioni e delle università) non sono, quindi, ordinati in senso gerarchico, ma si riferiscono ad un unico principio costituzionale, ovvero la promozione della cultura e dello sviluppo scientifico e tecnico⁽³¹⁾.

La materia del diritto allo studio universitario, allora, nella struttura della legge quadro, può trovare piena attuazione solo attraverso l'attivazione del raccordo coordinato di tre soggetti diversi: Stato-Regioni-università, che sostituisce la sequenza tradizionale e collaudata "Stato-Regioni-enti locali"⁽³²⁾.

Questo è dunque l'assetto organizzativo e l'intreccio delle

(30) F.C. RAMPULLA, *Le Regioni sbagliano*, cit., p. 549, offre una lettura problematica della decisione della Corte costituzionale, concludendo che "forse la 'verità vera' è che, come accade in quasi tutta l'Europa, il diritto allo studio universitario è funzione propria agli atenei ed il suo trasferimento alle Regioni, forzando palesemente l'ambito della materia dell'assistenza scolastica, è stato un errore di allocazione del livello di gestione, che sconta oggi tutte le contraddizioni in esso insite".

(31) Così G. BIANCO, *Alcune osservazioni in tema di bilanciamento*, in *Giur.cost.*, 1992, p. 2156.

(32) Così U. POTOTSCHNIG, *La collaborazione tra due autonomie di genere diverso: autonomia regionale e autonomia universitaria*, in *Le Regioni*, 1993, pp. 530-531.

competenze che è rimasto fissato sino all'entrata in vigore della riforma del Titolo V della Parte seconda della Costituzione.

5. *Le nuove prospettive sul DSU aperte dalla modifica del Titolo V della Costituzione*

La riforma introdotta con la legge costituzionale n. 3/2001 ha reso ancora più complesso il quadro delle competenze amministrative in materia di diritto allo studio universitario e potrebbe condurre ad una nuova stagione di interventi altamente differenziati tra Regione e Regione, similmente (ma per ragioni diverse) a quanto già avvenuto in passato nelle more dell'approvazione della legge n. 390/1991.

Infatti la riforma costituzionale del 2001 ha interamente mutato il quadro costituzionale delle attribuzioni in materia. Se in precedenza il trasferimento delle funzioni amministrative operato con il d.P.R. n. 616/1977 aveva realizzato il sistema di concorrenza tra norme statali e norme regionali, inserendo sia la legge regionale che gli atti amministrativi susseguenti nel quadro tracciato, rispettivamente, dalla legge statale di "cornice" e dall'atto di indirizzo e coordinamento, oggi, interamente riscritto l'art. 117 Cost., la potestà legislativa regionale si espande ben oltre i limiti tipici della competenza "concorrente". Come è noto, il diritto allo studio universitario non rientra né tra le materie di potestà esclusiva dello Stato né tra quelle "concorrenti": è quindi attribuito alla potestà "residuale" della Regione.

Su ciò non vi sono dubbi. Quello che resta assai poco chiaro è come questa trasformazione si possa realizzare in concreto, ossia nella attuale situazione normativa, come essa è stata in precedenza descritta. Il problema è che l'attuazione della riforma del Titolo V presenta numerosi punti oscuri.

Il primo quesito è se la legge cornice sia ancora in vigore, o meglio, se essa costituisca ancora un limite per le Regioni.

In linea di principio la risposta dovrebbe essere negativa, poiché il superamento della potestà concorrente dovrebbe comportare il superamento dei principi della legislazione dello Stato. Le

Regioni potrebbero perciò, sin da subito, legiferare andando oltre ai limiti e ai modelli organizzativi previsti dalla legge statale. Come ha affermato la stessa Corte costituzionale in una recentissima sentenza (sent. 422/2002), l'entrata in vigore della riforma costituzionale consente alle Regioni di esercitare le proprie competenze legislative senza bisogno che vengano rimosse (dal legislatore statale o dalla stessa Corte costituzionale, con proprie sentenze di annullamento) le precedenti norme statali.

Tuttavia una prima attenuazione della portata di questa affermazione discende dalla lett. *m*) dell'art. 117.2 (nuovo testo), che riserva alla legge dello Stato la "determinazione dei livelli essenziali" delle prestazioni che devono essere garantite su tutto il territorio nazionale. Non v'è dubbio che il diritto allo studio universitario rientri tra queste prestazioni, sicché resta nelle competenze statali la regolazione legislativa dei "livelli essenziali" dell'assistenza universitaria. Che estensione essa potrà avere è impossibile da dirsi allo stato attuale e ragionando per schemi astratti: spetterà alla Corte costituzionale, in sede di contenzioso tra Stato e Regioni, definire l'estensione della competenza statale e dire, per esempio, se essa andrà interpretata restrittivamente, come semplice individuazione delle prestazioni minime, o estensivamente, magari sino al punto di ricomprendervi anche i principi di un'organizzazione uniforme degli interventi assistenziali (cosa da non escludersi a priori, in considerazione del fatto che la citata giurisprudenza della Corte costituzionale ha individuato nella disciplina delle Aziende "l'esigenza di operare un giusto temperamento tra gli interessi connessi a due diverse sfere di autonomia (regionale e universitaria), ambedue dotate di copertura costituzionale").

Sta di fatto che, finché non vi sarà un intervento ulteriore del legislatore statale, è difficile negare che resti in vigore la legge n. 390/1991 almeno per la parte in cui essa, ricollegandosi al principio costituzionale di eguaglianza "sostanziale" nell'accesso all'istruzione superiore, pone l'esigenza di "uniformità di trattamento" e di individuazione delle "tipologie minime e (de)i relativi livelli degli interventi" (art. 4). Essendo queste disposizioni la proiezione di principi costituzionali fondamentali, certo

non intaccati dalla riforma, è assai probabile che la Corte costituzionale ne difenda la portata normativa, di “vincolo” nei confronti delle Regioni.

Senonché le disposizioni legislative citate rinviano la disciplina concreta all’atto di indirizzo e coordinamento (d.P.C.M.), innescando un secondo ordine di problemi. Il nuovo testo costituzionale non fa alcun riferimento alla funzione di indirizzo e coordinamento né al “limite” degli interessi nazionali, che di essa, per uniforme opinione della giurisprudenza costituzionale, è il fondamento. Larga parte della dottrina ritiene perciò che, nel nuovo “ordine costituzionale”, non vi sia più spazio per tale funzione, ossia che non possano più essere emanati “nuovi” atti di indirizzo e coordinamento. Infatti nel nuovo Titolo V anche il potere regolamentare è stato ridistribuito tra i diversi livelli di governo, essendo consentito allo Stato di emanare regolamenti solo nelle materie di sua competenza “esclusiva”. Di conseguenza, ragionando in adesione alla lettera del nuovo testo costituzionale, si dovrebbe concludere per l’impossibilità del Governo di intervenire con atti di tipo regolamentare o comunque con atti amministrativi di indirizzo fuori dalle materie “proprie”.

Tuttavia le esigenze di coordinare la legislazione regionale sono spesso evidenti, e il caso del diritto allo studio lo dimostra a perfezione. La stessa Corte costituzionale ha già in passato ancorato questa esigenza al principio di unità nazionale, espresso dall’art. 5 Cost. e non modificato dalla riforma. Per cui è del tutto prevedibile che, forse per stessa iniziativa delle Regioni, si giunga ad individuare qualche forma di coordinamento e di indirizzo comune degli interventi in materia di diritto allo studio universitario. Potrà forse essere un coordinamento “orizzontale”, basato su accordi tra le Regioni; o potrà forse trattarsi di un atto del Governo, concordato in sede di Conferenza Stato-Regioni nell’ambito (e con le garanzie) delle procedure di leale collaborazione, ossia attraverso un accordo politico “paritario” tra Stato e Regioni. Di conseguenza, due sono le ipotesi prevedibili: o in futuro prevarrà la tesi per cui di atti governativi di indirizzo e coordinamento (quali i d.P.C.M. di attuazione della legge 390) non potranno più essercene, e allora dovrà divenire più analitica

e pervasiva la disciplina legislativa che fissa i “livelli essenziali” di cui alla lett. *m*) dell’art. 117.2 Cost.; oppure – il che sembra più credibile – ci potranno essere nuovi atti di indirizzo e coordinamento, ma solo se le Regioni si accorderanno con lo Stato sui loro contenuti.

Resta l’ulteriore quesito di quale sia l’efficacia del d.P.C.M. attuale a seguito della riforma costituzionale.

Qui si tocca un punto cruciale: in assenza di norme transitorie, l’entrata in vigore del nuovo testo costituzionale “libera” le Regioni dal vincolo agli indirizzi comuni fissati dal d.P.C.M. del 2001 o questi permangono? Permangono certamente le “esigenze unitarie” e di coordinamento nazionale, anche perché esse si saldano con i “livelli essenziali” che devono essere determinati dallo Stato in forza del novellato art. 117, secondo comma, lett. *m*) della Costituzione. Il fatto che il quadro normativo attuale sia caratterizzato da norme sui “livelli essenziali” che sono ripartite tra norme di legge formale e norme di “indirizzo e coordinamento” non sembra giustificare conclusioni diverse, tali da suggerire che le Regioni possano legiferare ignorandole. Infatti questo quadro normativo si è sviluppato in coerenza con le regole sulla produzione normativa vigenti prima della riforma costituzionale: potrà essere mutato solo applicando le nuove norme costituzionali, ma per il momento non può essere considerato implicitamente abrogato dalla riforma. La legge n. 390/1991 resta in vigore, così come resta in vigore il d.P.C.M. di attuazione: la situazione potrà mutare – oltre che per intervento del legislatore statale – solo attraverso la produzione di una legge regionale che ridisciplini la materia.

Non c’è dubbio, infatti, che la riforma costituzionale abbia espanso la potestà legislativa regionale in materia, e non c’è dubbio, perciò, che la Regione possa produrre nuove leggi che occupino lo spazio normativo che ad esse si apre: ma è chiaro che le nuove leggi regionali, seppure libere dal rispetto dei “principi fondamentali della materia” che in passato le condizionava, dovranno attenersi alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, così come essi risultano attualmente fissati dalla disciplina statale. L’eventuale mancato rispetto di

tali indicazioni potrà essere fatto valere dal Governo attraverso l'impugnazione della nuova legge regionale, ed è su questo meccanismo che si impernia il sistema: nel senso che – in assenza, si ripete, di norme transitorie e di attuazione della riforma costituzionale – è nella fisiologica sostituzione della “vecchia” legislazione statale con la “nuova” legislazione regionale che si compie il passaggio tra il vecchio e il nuovo ordinamento costituzionale delle competenze, mentre è attraverso l'impugnazione diretta (e successiva) delle nuove leggi che, sia lo Stato, che le Regioni, possono difendere il nuovo ordine costituzionale da altrui sconfinamenti.

Se queste considerazioni sono fondate, appare perciò chiaro ciò che la Regione può oggi fare e ciò che non può fare. Può porre mano alla sua legislazione, modificando l'attuale disciplina del diritto allo studio universitario, ben sapendo però che non può non tenere conto di quelle esigenze di uniformità nei livelli essenziali delle prestazioni che sono espresse nella legge n. 390/1991 e nel d.P.C.M. del 2001, perché altrimenti potrà vedersi impugnare la legge dal Governo.

Sembra invece che non possa agire in via puramente amministrativa, usando per esempio il potere di direttiva che la legge regionale attribuisce alla Giunta regionale, per modificare tratti salienti dell'attuale assetto degli interventi. Infatti, in questo caso, non solo verrebbe ad essere violata la riserva di legge che la gran parte della dottrina ritiene, oggi come in passato, coprire la disciplina delle funzioni regionali, ma avremmo il tentativo di superare con un atto amministrativo regionale ciò che risulta essere la disciplina vigente dettata sulla base di una legge statale, aggirando anche il sistema delle garanzie di unità dell'ordinamento giuridico e di tutela della Costituzione imperniato sull'impugnazione diretta della legge regionale. Oltretutto, nella misura in cui le direttive incidano sui presupposti dell'erogazione delle prestazioni o sui loro contenuti, la direttiva amministrativa, incidendo direttamente sui diritti degli aventi diritto, si presterebbe a probabili impugnazioni da parte degli interessati, come atto presupposto rispetto al provvedimento dell'Azienda che respingesse la richiesta di una prestazione che

trova fondamento sul d.P.C.M. attuale.

Sempre nelle potenzialità della competenza legislativa regionale è la disciplina degli strumenti “aggiuntivi” – rispetto ai “livelli essenziali” – di intervento a favore del diritto allo studio. Ormai le Regioni hanno acquisito una potestà legislativa piena su tutto il comparto dei servizi sociali, sull’istruzione professionale, sulla politica dell’avviamento al lavoro, nonché su un largo versante dell’istruzione scolastica, fatta eccezione per le “norme generali sull’istruzione” (riservata allo Stato dalla lett. *n*) dell’art. 117.2) e i “principi fondamentali della materia”, anch’essi riservati alla legislazione statale. Si profila quindi l’opportunità di una riforma regionale degli interventi riconducibili sotto l’etichetta comune del “diritto allo studio”, tale da ricomporre visioni tradizionalmente separate e parziali che hanno impedito sinora di creare le necessarie connessioni e le sinergie più efficaci degli interventi di assistenza scolastica, di orientamento alla scelta degli studi universitari, di orientamento al lavoro, di programmazione dell’istruzione professionale ai suoi diversi livelli. In questa prospettiva di “approccio integrato”, che le stesse Regioni avevano auspicato sin dal trasferimento operato dal d.P.R. 616 (33), ma non hanno poi mai praticato, la stessa Regione andrebbe sollecitata ad abbandonare le impostazioni di tipo ministeriale, che tende a suddividere per strutture politico-burocratiche interventi che invece andrebbero coordinati in una visione tipicamente progettuale.

Un ultimo aspetto è quello più propriamente organizzativo. L’attuale assetto delle Aziende regionali, che in origine le Regioni avevano subito come un’imposizione da parte dello Stato, potrà essere ampiamente modificato dal legislatore regionale. Su questo non pare possano sussistere dubbi. Le future leggi regionali non potranno trovare ostacolo nella precedente disciplina organizzativa del 1991, ora che la materia è interamente compresa tra le competenze “residuali” delle Regioni. Quanto la Corte costituzionale ebbe a dire con la citata sent. n. 281/1992,

(33) Cfr. S. ANDO, *Art. 44 – Opere universitarie*, in BARBERA, BASSANINI (a cura di), *I nuovi poteri delle regioni e degli enti locali*, Bologna, Il Mulino, 1978, p. 287 ss.

circa l'esigenza di coordinare, negli interventi per il diritto allo studio universitario, tre diversi livelli di interesse, oggi non è più ripetibile negli stessi termini. Allora l'interesse dello Stato era di assicurarsi l'omogeneità organizzativa e l'equilibrata rappresentanza dell'autonomia regionale e dell'autonomia universitaria. Oggi l'interesse statale è fuoriuscito dallo schema, e si esaurisce nella definizione dei "livelli essenziali": restano dunque da coordinare, nella gestione degli interventi, solo gli interessi della Regione e quelli dell'Ateneo, anch'essi costituzionalmente garantiti. È un "bilanciamento" che rimane necessario, ma che ormai è affidato alla legge regionale: il rispetto dell'autonomia universitaria dovrà essere assicurato, ma lo Stato potrà farlo non disciplinando direttamente il tipo di organizzazione ma esclusivamente attraverso l'impugnazione della legge regionale "sbilanciata". Che l'Azienda regionale per il diritto allo studio continui a porsi come la forma organizzativa che meglio corrisponde al coordinamento tra questi due interessi non può essere dato per scontato, ma va sostenuto con tutti gli argomenti, e non sono pochi, che l'esperienza di questi anni può fornire.

Politiche pubbliche e complessità sociali. Il fenomeno delle aree metropolitane tra riassetto dell'amministrazione locale e riforme costituzionali

di Gerardo Soricelli

Sommario

1. Breve itinerario di ricerca – 2. Il significato e l'importanza del fenomeno metropolitano nello studio del sistema delle autonomie locali. – 3. Ricerca e sue implicazioni. Più di una ragione per avviare il processo di costruzione istituzionale delle aree metropolitane in Italia fra integrazione socio-economica ed interrelazioni funzionali. – 4. Analisi degli artt. 22 e 23 del d.lgs. n. 267/2000: obiettivi della riforma sulle aree metropolitane e principali elementi innovativi – 5. La natura giuridica delle Città metropolitane: riflessioni sulla “costituzionalizzazione” un nuovo paradigma pubblico locale ad autonomia “differenziata” e “funzionale”: progetti e premesse per un diritto pubblico delle autonomie. – 6. Per concludere: uno sguardo al futuro della nuova governance “metropolitana”.

1. Breve itinerario di ricerca

L'istituzione dei governi metropolitani costituisce una delle sfide più complesse dei nostri tempi nel campo delle riforme istituzionali dei sistemi autonomistici basati su una profonda trasformazione sociale e giuridica degli strumenti tradizionali di governo. Sotto questo aspetto, il governo metropolitano si profila come una nuova forma di intervento pubblico delle politiche istituzionali tese ad assicurare, sempre di più, forme autonome, coerenti e razionali di responsabilità di “gestione” dei sistemi governativi locali (la cd. cultura della *governance*) (1).

(1) La *governance*, oltre ad essere un elemento della cultura pubblicistica sulla gestione dei governi locali, costituisce l'insieme delle modalità che si devono adottare per garantire flessibilità alle organizzazioni complesse ma anche circolarità e partecipazione collettiva alle decisioni che interagiscono le une con le altre, al di là di ogni separazio-

ne formale di competenza. Così intesa e calata nelle realtà istituzionali regionali e locali, la nozione tende naturalmente a trasformarsi in una forma di tecnica e di raccordo amministrativo che occorrerà sviluppare per consentire il funzionamento complessivo del sistema italiano, così delineato dal nuovo Titolo V della Parte II della Costituzione. Sul punto, più ampiamente e chiaramente, F. PIZZETTI, *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico esploso*, in *Le Regioni*, 2001, n. 6, p. 1153 ss.; *Id.*, *Il cambiamento costituzionale in Italia tra governance e governabilità democratica dei sistemi complessi*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2001, n. 4, p. 7 ss. Più in particolare, il sistema di *governance* e di governabilità dei sistemi istituzionali involge più da vicino il problema del cd. "pluralismo istituzionale paritario" ossia fondato su articolazioni del sistema amministrativo non più improntate su posizioni di gerarchia o di preminenza ma su posizioni di parità istituzionale. Tutto ciò comporta, conseguenzialmente, l'esistenza di un principio di differenziazione "istituzionale" in relazione alle caratteristiche dei diversi ambiti territoriali che portano alla creazione di amministrazioni locali differenziate da luogo a luogo, in ragione delle condizioni istituzionali e socio-economiche del contesto a cui si riferiscono. Parla di diversità come corollario generale ed ineliminabile dell'applicazione del principio della pubblica amministrazione come amministrazione locale, M. CAMMELLI, *Amministrazione (ed interpreti) nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni* 2001, n. 6, p. 1279 e ss. il quale sottolinea la rilevanza attuale del mutamento del "posto" della nuova amministrazione nel sistema di riforma costituzionale. In quest'ordine di idee sembra emergere un nuovo principio costituzionale, il cd. principio di differenziazione su cui si fonda il pluralismo paritario di cui all'art. 114, 1° comma Cost.; principio che tende a distinguere tra loro i diversi livelli di governo ma che, nello stesso tempo, impone ad essi la necessità di garantire l'esercizio unitario delle funzioni (in applicazione dei principi di sussidiarietà ed adeguatezza) nel caso in cui il ruolo dei Comuni di "primazia nel sistema ordinamentale" non venga svolto secondo i parametri dell'efficienza, dell'efficacia e della economicità della gestione amministrativa. La differenziazione assume la valenza di principio costituzionale che permette di regolare ed organizzare in modo diverso situazioni diverse verificabili di volta in volta, in modo da assicurare le necessarie interazioni ed interrelazioni tra le responsabilità dei governi e delle maggioranze e i contesti territoriali socio-economici, nel più ampio quadro di un'amministrazione orientata al risultato, alla trasparenza del proprio agire, all'efficienza "istituzionale". Sul tema della complessità dei raccordi funzionali fra Stato e Regioni come strumenti di regolazione preventiva di possibili conflitti e cura coordinata di interessi pubblici L. TORCHIA, *Le amministrazioni nazionali*, Padova, CEDAM, 1988, spec. p. 18 ss.; F. PIZZETTI, *Il nuovo ordinamento italiano tra riforme amministrative e riforme costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 61. Sulla riforma del Titolo V della Costituzione, la letteratura sta diventando estremamente vasta. A riguardo si segnalano le opere di B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V-Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 33 ss.; T. GROPPI, M. OLIVETTI, (a cura di), *La Repubblica delle autonomie*, Torino, Giappichelli, 2001. Tra i primi commenti vanno segnalati gli atti del Convegno organizzato il 31 gennaio 2002 a Roma presso la LUISS dal Centro Bachelet; atti racchiusi nel volume G. BERTI, G.C. DE MARTIN, (a cura di), *Il sistema amministrativo dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Roma, LUISS, 2002 e ivi comprendenti le relazioni di V. CERULLI IRELLI, *Consolidamento delle riforme amministrative e innovazioni costituzionali: problemi attuativi e di integrazione* p. 19 ss.; M. CAMMELLI, *Principio di sussidiarietà e sistema*

Con questo saggio si cerca di analizzare e approfondire i fondamenti legittimanti dei governi metropolitani della cultura socio-giuridica, tentando di delineare le linee portanti dei diversi livelli governativi locali, così come si presentano e si sviluppano nel processo di integrazione socio-economica di tipo “federalista”.

La presente ricerca, incentrata sull’esperienza italiana, prende avvio dalla definizione del concetto di Città metropolitana per affrontare, poi, i tanti perché della nascita “istituzionale” delle aree metropolitane in Italia.

Ampia trattazione viene riservata pure ai rapporti tra sistema regionale e governi metropolitani nell’ambito dei principi del decentramento e della sussidiarietà, anche ai fini della complessa problematica sull’avvenuta costituzionalità delle aree metropolitane. In questo contesto, sono rilevanti, in prospettiva (nelle conclusioni), le argomentazioni sui processi di sviluppo del fenomeno metropolitano nell’ambito delle riforme costituzionali che ci accingiamo ad intravedere nel più vasto panorama delle innovazioni istituzionali.

2. Il significato e l’importanza del fenomeno metropolitano nello studio del sistema delle autonomie locali

È assunto di fondo quello secondo il quale le politiche pubbliche possono incidere sensibilmente sulla struttura delle relazioni pubbliche e sui modelli di comportamento delle istituzioni e dei soggetti economici privati fino a condizionarne la stessa ef-

amministrativo nel nuovo quadro costituzional, p. 45 ss.; G.C. DE MARTIN, *Processi di rideterminazione delle funzioni amministrative* p. 99 ss.; F. GALLO, *Le risorse per l’esercizio delle funzioni amministrative e l’attuazione del nuovo art. 119*, p. 141 ss.; S. MANGIAMELI, *Riassetto dell’amministrazione locale, regionale e statale tra nuove competenze legislative, autonomie normative ed esigenze di concertazione*” p. 183 ss. Rilevante sul piano dei primi commenti alla riforma è stata la Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome, *Prime valutazioni sui mutamenti dell’assetto costituzionale a seguito della riforma del Titolo V, parte II della Costituzione (l. cost. n. 3 del 2001)*; documento presentato alla Conferenza Stato-Regioni del 29 novembre 2001.

fettività e vigenza nell'ordinamento. Il fenomeno metropolitano è stato considerato, in quest'ottica, prima di costituire un modello strutturale e funzionale di gestione degli interessi locali, un caso emblematico di politica pubblica volto a creare un sistema di rapporti istituzionali tendente a coniugare l'evoluzione dei processi sociali con la propensione degli attori pubblici e privati all'azione collettiva a livello locale ⁽²⁾.

(2) Sui temi delle politiche pubbliche con particolare riferimento alle dinamiche collettive locali, si legga D. CEROSIMO, G. WOLLEB, *Politiche pubbliche e contesti istituzionali. Una ricerca sui patti territoriali in Stato e Mercato*, 2001, n. 3, p. 369 e ss. A riguardo si potrebbe discutere di aree metropolitane come poteri che hanno una base organica di autonomia di secondo grado, in quanto costituita con frammenti organici di più ordinamenti autonomi diversi (Comune capoluogo e altri Comuni ad esso uniti da contiguità territoriale e da rapporti di stretta integrazione economica, ambientale, sociale e culturale). Onde, i cd. ordinamenti autonomi vengono a rivestire la funzione di partecipare con altri ordinamenti alla costituzione di ordinamenti di secondo grado e cioè composti che, di volta in volta, costituiscono la base istituzionale dei vari poteri. Ecco come la territorialità e l'autonomia diventano fattori mediati degli ordinamenti composti che diventano attivi in funzione del potere. Sul punto G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, CEDAM, 1968, pp. 374-375. L'art. 23 del d.lgs. n. 267/2000 sottolinea come il solo modo di attuare l'autonomia sia proprio quello di rendere molteplici autonomie cooperanti nella determinazione dei poteri unitari (ad es. in tema di pianificazione o di programmazione territoriale). Tutto ciò fa pensare che una garanzia dell'autonomia sia raggiungibile e verificabile non tanto come la protezione di una sfera esclusiva quanto come la garanzia dell'effettiva partecipazione degli ordinamenti territoriali ai procedimenti, la cui realizzazione determina l'assunzione di interessi comprensivi di più interessi riferiti ad ordinamenti singoli. In proposito, è da segnalare come la letteratura sul governo delle aree metropolitane stia assumendo proporzioni considerevoli anche nella prospettiva di ricerca di nuove soluzioni di governo locale. Tra gli scritti più recenti, oltre quelli già evidenziati in nota, si segnalano i saggi di cui lo scrivente ha tenuto particolarmente conto: S. AMOROSINO, *La costituzione delle Città metropolitane in Italia: un percorso giuridico ad ostacoli*, in *I TAR*, 1991, p. 329 ss.; E. BALBONI, *L'area/Città metropolitana tra funzioni e finzioni*, in *Le Regioni*, 1997, p. 815; M. BASSANI, *Commento agli artt. 22 e 23 del D. lg. vo 18 agosto 2000 n. 267*, in AA.VV., *Testo unico degli enti locali*, I, Milano, Giuffrè, 2000 p. 323 ss. con ampia bibliografia ivi citata; S. BELLOMIA, *Il governo metropolitano e i problemi di Roma capitale della Repubblica*, in *Riv. Giur. Edil.* 1998, II, p. 133; S. CASSESE, *Il processo di riforma comunale in Italia (1960-1980)*, in *Scritti in onore di E. Tosato*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 763 ss.; N. D'AMATI, *Aspetti finanziari dell'area metropolitana*, in *Riv. dei Tributi Locali*, 1992, p. 349; F. DELLO SBARBA, *Organizzazione funzionale o strutturale delle aree metropolitane: modelli a confronto innanzi alla Corte Costituzionale*, in *Giur. Costituz.*, 1997, p. 2603; G.D. FALCON, *La Città metropolitana della l. 142/1990: il caso di Venezia*, in *Le Regioni*, 1994, p. 36 ss.; M. IMMORDINO, *Aree metropolitane e autonomia comunale: un difficile equilibrio*, in *Le Regioni*, 1998, p. 163; C.L. KUSTERMAN, *Autonomia comunale, tassatività degli enti territoriali e istituzione delle aree metropolitane in Sicilia*, in *Giur. Costituz.* 1997, p.

Da sempre, infatti, le aree metropolitane hanno rappresentato, soprattutto per sociologi ed economisti, nuovi paradigmi interpretativi dei processi di sviluppo delle politiche sociali, nonché osservatorio privilegiato nella lettura di politiche territoriali votate ai problemi del mercato e dello sviluppo economico integrato e funzionale.

L'idea di fondo del fenomeno trova la sua naturale genesi nel termine "metropoli" (città madre) che sta a significare l'esistenza di un insediamento urbano a spiccata vocazione egemone rispetto al territorio circostante "con caratteristiche di alta urbanizzazione e concentrazione insediativa, e di elevata dinamica territoriale" ⁽³⁾, basata sulla capacità di sviluppare una progettualità locale di tipo economico-sociale che tragga, altresì, vantaggio dagli strumenti di sostegno offerti a questo fine dai livelli istituzionali superiori. Uno dei segni distintivi del fenomeno

2610; A. MAGRO, M. PIREDDA, *Materiali sull'attuazione della riforma delle autonomie locali*, Vol. III: *Itinerari bibliografici*, coordinamento di G. MELONI, *Quaderni-17*, Milano, 2000, p. 55 ss.; A. MARZANATI, *Quale soluzione per le aree metropolitane? (osservazioni a margine del d.d.l. 1388 approvato dal Senato)*, in *Amm. it.*, 1998, p. 867; F. MERLONI, *Servizi pubblici e aree metropolitane (enti locali)*, in *Le Regioni*, 1997, p. 825; *Id.*, *Roma: tra aspirazioni metropolitane e ruolo di capitale*, in *Le Regioni*, 1994, p. 7 ss.; *Id.*, *Aree e governi metropolitani*, in *Annuario del governo locale, 1999-2000*, Barcellona, 2000, p. 1 e ss.; L. OLIVIERI, *Commento agli artt. 22 e 23 del D. lgs. 18 agosto 2000 n. 267*, in *AA.VV.*, *Commento al Testo Unico in materia di ordinamento degli enti locali*, Rimini, Maggioli, 2000, p. 153 ss.; G. PASTORI, *Aree metropolitane*, in *D. disc. pubbl.*, I, Torino 1987, p. 381 ss.; F. PIZZETTI, *La nuova autonomia dei Comuni e delle Province nella legge 265 del 1999*, in *Le Regioni*, 1999, p. 627 ss.; C. POIDOMANI, *I servizi nelle aree metropolitane*, in *Comuni d'Italia*, 1991, p. 535; A. PUBUSA, *Città metropolitana*, in *Enc. Diritto*, Agg., III, Milano, 1999, p. 360; G. PERICU, *L'assetto istituzionale delle aree metropolitane in Il nuovo governo locale 1991*, n. 1, p. 94 ss.; P. RAGO, *Autonomia comunale e area metropolitana in Sicilia (nota a Corte Costituzionale 30 luglio 1997 n. 286)*, in *Riv. Amm.*, 1997, p. 1108; G. ROLLA, T. GROPPI, *L'ordinamento dei Comuni e delle Province*, II ed., Milano, Giuffrè, 2000, p. 397 ss., con ampia bibliografia aggiornata sull'argomento; E. ROTELLI, *Le aree metropolitane in Italia: una questione istituzionale insoluta*, in *La dimensione metropolitana* a cura di G. MARTINOTTI, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 299 ss.; P. URBANI, *Il problema del governo metropolitano*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 2000, p. 273; L. VANDELLI, *Dalle aree metropolitane ai Comuni minori: riordino territoriale e forme di collaborazione*, in *Le Regioni*, 1997, p. 831; G. VESPERINI, *Le Regioni e gli enti locali*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2000, p. 1629 ss.

(3) Così P. URBANI, *Voce Aree metropolitane*, in *Enc. del dir.*, vol. V, Milano, 2000, p. 111 ss.

metropolitano sta, pertanto, nel suo carattere funzionale, teso a trasformare la concentrazione di funzioni economiche, sociali e pubbliche in un processo di interazione tra i diversi attori giuridici ed economici legati ad attività strategiche di governo locale.

Riconoscere e valorizzare il ruolo delle aree metropolitane significa, quindi, collocarle in un ambito istituzionale dove la complessità del bilanciamento e dell'equilibrio degli interessi pubblici locali comportano specifici problemi di governo ⁽⁴⁾.

Per le ragioni appena esposte, la scelta di affrontare lo studio delle aree metropolitane ha posto alcuni problemi preliminari di qualificazione giuridica e di metodo della ricerca.

Vi è, infatti, tanto nell'ordinamento italiano delle autonomie locali, quanto in quelli di Paesi dove i fenomeni "metropolitani" si sono da tempo verificati ⁽⁵⁾ nella loro imponenza, una certa

(4) Sul tema, oltre a E. ERCOLE, *Il fenomeno metropolitano in Italia: 1951-1991 in Amministrare*, 1996, n. 2, pp. 195-196, si vedano G. MARTINOTTI, *Metropoli. La nuova morfologia sociale della città*, Bologna, Il Mulino, 1993, pp. 48-50. Il concetto di metropoli costituisce un logico sviluppo del termine "città", "comunemente concepita come porzione del territorio ad alta densità insediativa caratterizzata da un'edificazione intensa e compatta, sviluppatasi durante le prime fasi dell'urbanizzazione industriale intorno ad un centro storico preesistente". Così E. ERCOLE, *Il fenomeno metropolitano*, cit., p. 196 il quale aggiunge come "la città sia il luogo della convergenza degli scambi, dei flussi di persone e di beni, di informazioni, a cui sono connesse le funzioni direzionali, di gestione e di rappresentanza di una porzione di territorio che fa capo alla città". Per un profilo storico a riguardo, è sufficiente il rinvio al contributo di G. MARTINOTTI, *Le aree metropolitane: introduzione*, in *Amministrare*, 1996, n. 2, pp. 165-168.

(5) La presenza di diversi modelli istituzionali "metropolitani" adottati nei maggiori Paesi della Comunità Europea dimostra la varietà delle problematiche di integrazione socio-economica e giuridica esistente da Paese a Paese. Ciò è il frutto delle diverse evoluzioni degli ordinamenti costituzionali e dei sistemi dei poteri locali in quanto soggetti alle numerose variabili (territoriali, economiche, politiche e istituzionali). L'esperienza europea metropolitana degli ultimi anni delle grandi città come Londra, Parigi, Barcellona, Madrid e Berlino ha dimostrato, tra l'altro, come "tutte le forme di governo, risultato di azioni d'ingegneria istituzionale, anche le autorità metropolitane soffrono di un difetto di legittimazione politica relativa alla rappresentanza degli interessi delle collettività amministrate, essendo in realtà, superata una certa soglia, soluzioni organizzatorie "artificiali", giustapponendosi sugli originari confini amministrativi degli enti elettivi primari". Così P. URBANI, *op. ult. cit.*, p. 112 e ss., ad un archetipo metropolitano di tipo accentrato dove si presenta forte il peso dello Stato centrale (Francia e Gran Bretagna) si contrappongono modelli di amministrazione metropolitana votati a promuovere forme di coordinamento pattizio tra enti locali (soprattutto Spagna e Italia). Al centro dello scenario europeo è sempre stato posto il problema della ricerca di un adeguato spazio da assegnare al governo metropolitano in maniera tale da

difficoltà ad individuare le coordinate strutturali e funzionali di questa nuova formazione di governo locale.

In tale quadro, la previsione dell'area metropolitana costituirebbe una peculiare attuazione dell'art. 5 della Cost., in quanto volta a creare una risistemazione della relazione tra ordinamenti territoriali e poteri in maniera tale da elevare i primi a sistemi istituzionali capaci di promuovere l'unitarietà funzionale ed operativa del potere locale. Ciò può avvenire proprio attraverso il fenomeno dei governi metropolitani, destinato ad introdurre forme di cooperazione tra ordinamenti comunali su base paritaria, al di fuori di vincoli sostanziali di supremazia di un ordinamento rispetto all'altro. La forza della realtà metropolitana è tale da trasformare l'autonomia territoriale in autonomia funzionale

garantire l'equilibrio dei poteri tra livelli di governo sia all'interno dell'area metropolitana che all'esterno di tale area, nei contesti dei territori più ampi come le Regioni, i Länder e le Comunidades. L'attenzione degli ordinamenti costituzionali si è maggiormente appuntata sulla ricerca di soluzioni strutturali e funzionali. Mentre nelle prime si è inciso sulla struttura dei livelli di governo esistenti (Regione, Comune centrale, Comuni confinanti) con il preciso scopo di conformare gli assetti territoriali alla dimensione metropolitana interessata (processo di fusione tra enti o assorbimento nell'ente di maggiore dimensione di quelli minori appartenenti alla medesima categoria), con le soluzioni funzionali si è cercato di ridistribuire le funzioni tra i diversi livelli di governo locale esistenti, cercando di mantenere inalterate le strutture, favorendo, nel contempo forme associative o di cooperazione regolate da accordi amministrativi tra enti dello stesso livello (è il caso di Lisbona o quello di Londra dopo l'abolizione del Greater London Council). Sul punto ampiamente P. URBANI, *Voce Aree metropolitane*, cit., p. 113. Per una panoramica sui problemi delle aree metropolitane straniere si vedano le opere di F. MERLONI, *Aree e governi metropolitani in Annuario del governo locale, 1999-2000*, Barcellona, 2000, 1; P. URBANI, *Pianificazione urbanistica ed esasperazione del "laissez faire" in Inghilterra e negli Stati Uniti*, in *Economia pubblica*, 1972, n. 5/6, p. 5 ss. Sull'abolizione dell'autorità metropolitana di Londra, P. YOUNG, *Metropolis R.I.P.*, in *The political quarterly*, 1986, p. 2 ss. Sui modelli originariamente adottati in Germania e preordinati a garantire l'equilibrio tra livelli di governo centrali e locali (Länder), G. SCIULLO, *Rapporto sulle aree metropolitane della Repubblica Federale Tedesca*, in *Quaderni regionali*, 1985, p. 1459 ss.; R. FERRARA, *Esperienze e prospettive del governo delle aree metropolitane nella Repubblica Federale di Germania*, in *Nomos*, 1990, n. 4, p. 7 ss.; F. PALERMO, *Germania ed Austria. Modelli federali e bicamerali a confronto*, Trento 1997, p. 63 ss.; A. GERN, *Deutsches Kommunalrecht*, Baden-Baden, 1994, p. 21 ss.; F. PALERMO, J. WOELK, *Il riordino territoriale dei Comuni in Germania*, in *Amministrare*, 2001, n. 3, p. 474. Sulle questioni inerenti le grandi aree metropolitane statunitensi, si consulti V. OSTROM, R. BISH ed E. OSTROM, *Il governo locale negli Stati Uniti* (Centro Studi Fondazione Olivetti), Milano, 1984 e ivi ampia bibliografia.

e stabilire, così, un equilibrio tra l'esclusività dell'ordinamento del Comune capoluogo e la cooperazione con gli altri ordinamenti territoriali legati al primo da rapporti di stretta integrazione sociale, economica e giuridica ⁽⁶⁾.

Diviene centrale, pertanto, dare una prima ricostruzione dogmatica e scientifica del fenomeno, nella considerazione della estrema relatività del concetto, suscettibile di continue rivisitazioni a seconda dei contesti socio-economici ed urbanistici in cui ci si imbatte. In questo contesto, l'evolversi dei moltiplicatori dello sviluppo economico tende a trasformare l'area metropolitana in una forma urbana tipica delle società ad economia avanzata che si identifica più come sistema economico-funzionale e che come un'unità insediativa demografico-edilizia. Ciò fa sì che le dimensioni sia territoriali che demografiche siano molto più ampie e i confini fisici appaiano più sfumati rispetto a quelli delle città e dell'area urbana. La conseguenza di tale rilievo è che le funzioni tipiche dell'area sono più numerose e complesse e, soprattutto, ciò che caratterizza l'area metropolitana è così la presenza di rapporti di interrelazione e interdipendenza tra le diverse attività e funzioni insediate nel suo ambito ⁽⁷⁾. Ma, al di là delle precisazioni terminologiche e teoriche, l'idea di area metropolitana trova le sue radici in connotazioni reali empiricamente osservabili che affondano nella nuova morfologia territoriale e sociologica delle società ad economia avanzata.

Il tema delle aree metropolitane e delle funzioni di vasta area rappresenta, quindi, uno degli argomenti più discussi e contrastati delle politiche istituzionali soprattutto in relazione al quadro normativo che ne è derivato. In un momento storico-politico come quello attuale, impegnato nella soluzione dei problemi delle conurbazioni nonché nella ricerca di adeguati equilibri socio-economici e funzionali tra centri di grandi dimensioni e poli-

(6) Il problema dell'autonomia con particolare riferimento a quella territoriale costituì l'oggetto di un famoso studio che ancora oggi si dimostra attuale nella sua impostazione teorico-dogmatica. Mi riferisco a S. ROMANO, *Autonomia in Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Treccani, 1947, p. 14 ss.

(7) L'acuta riflessione è di E. ERCOLE, *Il fenomeno metropolitano*, cit., spec. p. 197 ss.

funzionali e centri minori, il dibattito sulle aree metropolitane torna ad assumere dimensioni di grande interesse ed attualità. Affacciatesi nella sfera istituzionale con la legge di riforma delle autonomie locali (l. 8 giugno 1990, n. 142), dopo aver giaciuto per anni nelle mere teorizzazioni dei cultori della materia e dei politici, i sistemi dei governi metropolitani si impongono oggi all'attenzione delle politiche di governo locale come una possibile soluzione flessibile che consente un ordinamento differenziato idoneo a costituire nuovo livello di governo con un suo ambito territoriale, una sua struttura organizzativa e una sua gamma di funzioni. Più in particolare, il sistema governativo delle funzioni di area vasta nelle aree metropolitane si caratterizza, principalmente, nell'ottica del legislatore, per un'azione dinamica a tutto campo che coinvolge compiti e funzioni di tipo strategico, dando luogo ad un governo di tipo progettuale dalle realtà assai complesse e trainanti per l'economia nazionale. In questi termini, l'area metropolitana si presenta come una nuova "dimensione" caratterizzata da uno specifico dinamismo economico-sociale che travalica i confini territoriali, creando le premesse per concrete strategie di sviluppo locale che richiedono di essere verificate all'interno di una rete di relazioni statali, regionali ed internazionali. In sostanza, il sistema di governo metropolitano, visto nella sua capacità di porre interrelazioni fra realtà urbane diverse ma legate da fenomeni di dipendenza socio-economica e funzionale, è destinato a configurarsi come l'ente plurifunzionale volto al riordino, alla razionalizzazione e alla concentrazione strategiche delle funzioni statali e regionali.

Per queste ragioni, nella tendenza a utilizzare queste forme di organizzazione "funzionale" di governo locale, l'ordinamento italiano, superando il concetto di area metropolitana come mero ambito territoriale ed identificandolo, invece, come luogo di innovazione e trasformazione socio-economica, ha voluto necessariamente aprirsi ad esperienze da più tempo consolidate presenti in altri Paesi europei. Qui il fenomeno del riordino territoriale è da sempre l'espressione di una complessa pianificazione di politiche pubbliche volta a costituire una rete coerente di misure istituzionali, organizzative, contabili, finanziarie tese ad armo-

nizzare vantaggi economici e flessibilità organizzative.

Su questa scia, gli ultimi decenni hanno fatto registrare in Italia un profondo cambiamento degli assetti politico-amministrativi dei governi locali. Questo processo è in gran parte il risultato sia di una serie di fattori esterni come la globalizzazione, la crescente interdipendenza economica, la conoscenza di nuove tecnologie di informatizzazione, sia la conseguenza dei notevoli cambiamenti interni all'amministrazione come il riordino delle strutture amministrative, la privatizzazione dei servizi pubblici, il ruolo del singolo nel processo di rinnovamento e di avvicinamento dei rapporti Stato-società. Tutti elementi, questi, che contribuiscono a caratterizzare l'ambiente in cui operano i governi locali nella continua ricerca del miglioramento dei servizi all'utente, attraverso lo strumento di mediazione degli interessi sociali con la mutevole natura dello Stato moderno e del suo polimorfismo organizzativo e funzionale.

Una siffatta impostazione colloca gli enti locali in una logica funzionale dove l'organizzazione economico-produttiva dei servizi pubblici locali tende a rispondere, in termini efficientistici, alle esigenze manifestate dalla collettività.

La tradizionale visione dell'ente locale come soggetto istituzionale coordinatore dei servizi pubblici nell'ambito del rapporto Stato-istituzione e cittadino viene ad essere soppiantata da un nuovo modello di organizzazione locale, flessibile, più funzionale nel raggiungimento degli obiettivi delle politiche pubbliche ed economiche ma, nello stesso tempo, maggiormente votato a confrontarsi con la collettività amministrata, nell'ottica dell'instaurazione di quei processi democratici che introducono la sovranità popolare nel governo locale.

L'idea di istituire i governi metropolitani risponde sicuramente alla logica della produttività dei servizi, della crescita economica che procede ad unificare le finalità specifiche dei diversi "soggetti" locali all'interno delle collaborazioni urbane su base territoriali, aprendo, nel contempo, alla cd. "sovranità sociale".

Nella sua accezione più pura, il termine 'governo metropolitano' rinvia a specifici modelli istituzionali di governo, caratte-

rizzati da significative aree di competenza, da una base territoriale a destinazione vincolata (la stretta integrazione dei territori in ordine alle attività economiche, ai servizi essenziali, alla vita sociale, alle relazioni culturali).

Come accennato, l'idea di istituire tali strutture nasce dalla constatazione della necessità di realizzare una determinata corrispondenza funzionale tra sistema istituzionale urbano e sviluppo economico-sociale dei territori⁽⁸⁾.

In pratica, la necessità di una stretta connessione tra fenomeno dell'urbanizzazione e sistema di sviluppo economico e sociale ha imposto un nuovo modo flessibile ed armonico di concepire i rapporti funzionali e reciproci dei territori limitrofi di una determinata area urbana.

Gran parte della letteratura, soprattutto straniera, mette in rilievo l'efficacia della soluzione amministrativa delle aree metropolitane, argomentando "sull'efficienza della produzione di un certo numero di servizi prodotti da grandi unità amministrative, in quanto basati sullo sfruttamento delle economie di scala consentite da un territorio più ampio e da una popolazione più numerosa"⁽⁹⁾.

Come si potrà notare, le motivazioni a sostegno degli assetti amministrativi dei governi metropolitani, oltre ad assumere carattere politico e sociale, tendono a rivestire principalmente connotazioni "funzionalizzate" in quanto destinate a caratterizzare,

(8) C. LEFEVRE, *Governi metropolitani e governance nei Paesi occidentali*, in *Problemi di Amministrazione Pubblica, Riv. Trim. del Forzez*, Il Mulino, 1999, n. 3, p. 323 ss. Sul tema della nuova morfologia sociale dell'area metropolitana e, più in generale sul fenomeno dei governi metropolitani dal punto di vista sociologico ed economico, E. ERCOLE, *Il fenomeno metropolitano in Italia*, cit. spec., p. 195 ss.; G. MARTINOTTI, *Metropoli. La nuova morfologia sociale della città*, Bologna, Il Mulino, 1993, pp. 48-50.

(9) C. LEFEVRE, cit. p. 322, e *Id.*, *Analyse comparative des insitutions d'agglomerations dans les pays industrielles*, relazione DATAR, Parigi, 1993, *passim*; K. NEWTON, *Is small really so beautiful? Is big really so ugly? Size effectiveness and democracy in local government*, in *Political Studies*, 1982, *passim*. Per un'analisi critica sul problema del fallimento delle riforme istituzionali delle aree metropolitane imposte dall'alto senza un fattivo approccio dal basso e costitutivo di un maggiore flessibilità, volontarietà e collaborazione nell'azione pubblica collettiva, M. KEATING, *Efficiency and Democracy: Consolidation, Fragmentation and public choice* in D. JUDGE, G. STOKER e H. WOLMAN *Theories of urban politics*, Londra, Sage 1994, *passim*.

sotto il profilo dell'efficienza, l'attività amministrativa di un soggetto istituzionale preposto alla cura e al coordinamento di servizi e funzioni pubbliche rivolte al grande pubblico.

In questo contesto, il modello metropolitano presenta delle caratteristiche peculiari che ne fanno un ente locale a sé stante dalle competenze multiple e finalizzate, dalla forte autonomia finanziaria, dalla funzionalità interconnessa dei territori.

Se da questa analisi introduttiva, necessariamente essenziale, si può trarre una rappresentazione sufficientemente chiara ai fini della presente analisi, occorre, dunque, chiedersi se, soprattutto a partire dall'ultimo decennio, si è in presenza di un "fenomeno metropolitano" di difficile definizione sotto il profilo istituzionale ed amministrativo. È vero che le aree metropolitane sono andate progressivamente formandosi come risposta istituzionale ai continui fenomeni abnormi d'insediamento diffuso sul territorio in termini economico-produttivi e sociali.

C'è da chiedersi nondimeno, a questo punto, se la nuova disciplina normativa sia sufficiente alla riorganizzazione ed al riassetto delle competenze dei livelli di governo locali nell'ottica di una armonica coesistenza di interessi finalizzata al miglior perseguimento degli obiettivi pubblici. Tutto dipenderà dalla concreta operatività delle strutture e dai reali rapporti collaborativi ed istituzionali che i governi metropolitani saranno in grado di instaurare nell'ambito delle interrelazioni tra sistema istituzionale urbano ed esigenze economico-sociali del territorio "integrato".

Sotto tale angolazione, le nuove aree metropolitane dovranno affrancarsi dalla loro ambigua posizione istituzionale e sviluppare le funzioni normative già individuate sulla base delle esigenze reali economiche e sociali per abbandonare la logica della contrapposizione interna e abbracciare quella della leale collaborazione e cooperazione già operante a livello di strutture governative superiori⁽¹⁰⁾.

Solo in questo senso si potrà conferire funzionalità ed effetti-

(10) E. CASETTA, *L'istituzione delle aree metropolitane*, in *Diritto Amministrativo* 1994, pp. 3-4.

vità all'esercizio delle funzioni amministrative e dei servizi nelle grandi aree urbane ⁽¹¹⁾ nell'ottica della creazione di un'amministrazione "prestazionale" capace di offrire una soluzione accettabile sia dei problemi legati al pluralismo organizzativo ed istituzionale dei governi locali, sia di quelli relativi ad un ordinato assetto organizzativo delle principali aree urbane.

3. Ricerca e sue implicazioni. Più di una ragione per avviare il processo di costruzione istituzionale delle aree metropolitane fra integrazione socio-economica ed interrelazioni funzionali

Dalle riflessioni condotte si ricava che molti sono i punti di riferimento per affrontare il tema delle aree metropolitane. Da un lato, si tratta di procedere all'inquadramento costituzionale dei governi metropolitani. In primo luogo, quindi, andrà accertata la natura giuridica delle aree metropolitane nel quadro costituzionale vigente e nella prospettiva del cd. regionalismo "autonomistico" così come delineato nel recente testo unico sugli enti locali (d.lgs. n. 267 del 2000). E proprio qui che tale discorso finisce per confluire sia sul versante dei rapporti Stato-Sistema delle autonomie, sia su quello dei sistemi di relazioni presenti nell'ambito dello stesso governo locale. Sullo sfondo della problematica collocata in primo piano si profila, infatti, il tema più generale degli equilibri tra sfera decisionale regionale e centro decisionale dei territori metropolitani, tenuto conto del peso rivestito dai rapporti tra Regioni e modelli di governo metropolitano nella ricostruzione del sistema delle organizzazioni autonomistiche di origine costituzionale. E se si considera l'importanza che l'istituzione delle aree metropolitane riveste per il corretto funzionamento delle sinergie e delle interrelazioni culturali, sociali, economiche dei territori interessati, l'orizzonte del ragionamento potrebbe divenire ancora più ampio, comprendendo, addirittura, alcune riflessioni sulle diverse letture possibili dei

(11) G. ROLLA, *Diritto degli enti locali. Profili istituzionali*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 81.

governi metropolitani come momento di sintesi tra componenti sociali, economiche e culturali nel contesto dell'attuazione dei superiori principi costituzionali del decentramento, della specialità, della flessibilità e, non ultimo, della funzionalità amministrativa.

Si acquisiranno, così, elementi utili per valutare se le attuali strutture politico-istituzionali metropolitane saranno in grado di costituire una base di valori democratici prima ancora che giuridici sulla quale procedere per individuare i confini della tanto anelata riforma istituzionale federalista.

In Italia, in tempi relativamente recenti, l'associazionismo strutturale e funzionale tra governi locali si è aperto a più estesi orizzonti, rivolgendo il proprio impegno alla realizzazione costante di interessi che non si esauriscono nella cerchia pur vasta dei soggetti aderenti, ma investono, sia pur di riflesso, la collettività generale: la rigida separazione di competenze tra enti locali ha ceduto il passo all'integrazione "pubblica", alle interrelazioni, al cd. collaborazionismo funzionale-economico tra strutture di governo.

Già nel 1961, infatti, sono presenti tutti gli elementi per poter dar vita ad ordinamenti differenziati delle aree metropolitane in Italia in quanto matura, sotto il profilo istituzionale, la convinzione che occorresse un'adeguato riassetto del territorio e dei servizi pubblici, dai trasporti all'ambiente, riorganizzazione che "più di ogni altra cosa avrebbe dovuto persuadere sulla strada della completa frammentazione, e quindi anarchia, nell'amministrazione delle aree metropolitane e dell'urgenza di studiare per queste ultime una qualche forma di governo locale unitario"⁽¹²⁾.

Esiste, cioè, un forte nesso di inscindibilità tra razionale organizzazione multicentrica degli insediamenti urbani ed organizzazione produttiva dei servizi pubblici tale da convertire il sistema socio-economico da sistema imperniato sul semplice svi-

(12) E. ROTELLI, *Le aree metropolitane in Italia: una questione istituzionale insoluta* (1956-1996) in AA.VV., *Le aree metropolitane*, in *Amministrare*, 1996, n. 2, pp. 275-276.

luppo industriale e sull'espansione della cultura urbana in sistema capace di produrre nuovi modelli di urbanizzazione e di aggregazione territoriale più idonei a pianificare e favorire una localizzazione flessibile degli insediamenti produttivi e residenziali. A riguardo, uno dei principali argomenti a favore della costituzione delle strutture governative metropolitane è quello di realizzare una sintesi ed un *continuum* funzionale-strutturale tra sistema istituzionale urbano e conseguente sviluppo economico e sociale del territorio.

L'ispirazione "filosofica" che è alla base delle politiche dei governi metropolitani inizia a fondarsi, quindi, su un progetto unitario che persegue l'obiettivo di attivare forme di coordinamento dei diversi soggetti pubblici territoriali nell'esercizio delle rispettive competenze, così da recuperare condizioni di equilibrio socio-economico, culturale ed urbanistico all'interno dell'area⁽¹³⁾.

Dalle considerazioni menzionate sono possibili una pluralità di paradigmi di lettura e di reti interpretative entro cui si dipanano precise strategie progettuali e programmatiche in materia.

Va innanzitutto sottolineato che, visto in questi termini, il fenomeno metropolitano ha costituito oggetto di attenzione sotto diversi profili disciplinari. Sotto il profilo socio-economico si è innestato il problema delle interrelazioni funzionali tra i territori, sotto quello urbanistico si è posto il problema dei progetti di ridisegno dei confini territoriali e geografici, mentre gli studi urbanistici e socio-economici hanno concentrato la loro attenzione sul tema del governo metropolitano come modello differenziato e derogatorio delle politiche locali emergenti dal quadro normativo vigente per le autonomie locali⁽¹⁴⁾.

Negli ultimi anni sessanta, la questione delle aree metropolitane prende corpo e si impone agli studiosi della scienza giuridica e politica come esigenza di razionalizzazione territoriale e socio-economica che l'Italia aveva ereditato fin dalla sua unifica-

(13) Va segnalato a tal proposito il pensiero di G. PASTORI, Voce *Aree Metropolitane* in *Digesto Pubbl.*, I, cit., p. 382 e ss.

(14) Sul punto P. URBANI, *Governi metropolitani e interessi nazionali*, Padova, CEDAM, 1988, p. 46.

zione amministrativa e che avrebbe lasciato insoddisfatta per tutto il ventesimo secolo, contraddistinguendosi in maniera negativa rispetto agli sviluppi dei governi delle grandi metropoli dei Paesi dell'Europa nord-occidentale. In questo contesto politico-economico, gli enti locali sono chiamati ad affrontare problemi sempre più ampi e complessi in materia di erogazione di servizi pubblici alla collettività organizzata. Nello stesso periodo temporale il numero dei Comuni cresce sensibilmente arrivando a ottomila contro i settemilacentotrenta del 1931. I Comuni devono così fronteggiare, con mezzi, risorse umane e disponibilità finanziarie inadeguate una situazione anomala ed eccezionale quale la crescente domanda collettiva di erogazione di servizi pubblici e di realizzazione di attività pubbliche. Mentre nei Comuni di vaste dimensioni si tenta di rimediare alla palese inefficienza burocratica con l'istituzione della circoscrizione e, quindi, con l'utilizzo di una formula di attuazione del decentramento organizzativo, le azioni e gli interventi dei Comuni di minor densità di popolazione si propongono, nel contesto di formule istituzionali associative (ad es. i consorzi), quale elemento di razionalizzazione e di efficienza dell'azione amministrativa. In definitiva, il problema delle dimensioni dell'ente territoriale locale fa sentire tutto il suo peso nel richiamare l'attenzione dei governi locali ad attuare forme di politiche pubbliche votate alla programmazione negoziata e alle istanze associative tra enti.

Per queste ragioni, emerge la necessità di prevedere e realizzare nuove forme associative e collaborative tra più enti locali territoriali, tendenti a valorizzare il miglioramento dei servizi, anche attraverso l'attuazione del principio di economicità che, nella fattispecie, investe il contenimento delle spese. A riguardo, l'orientamento da seguire per la soluzione dei problemi dei vasti fenomeni metropolitani è quello di affidare alle comunità interessate un ruolo centrale nella politica del dialogo socio-economico, cercando di valorizzare nel contempo lo strumento tecnico proprio dei livelli decisionali di governo locale: le attività di collaborazione associativa nella programmazione negoziata. L'enfasi dell'adozione di strumenti di concertazione nelle politiche di governo locale porta, in sostanza, le istituzioni locali,

nei successivi anni settanta, a ricoprire il ruolo di garanti e di ispiratori di una visione “neocorporativa” dello sviluppo “funzionale”, culturale e socio-economico dei territori interessati, tanto che le Regioni varano piani territoriali e socio-economici di “area vasta”, entro cui affrontare in maniera specifica i problemi di riassetto e di sviluppo delle aree interessate delle singole Regioni ⁽¹⁵⁾. In relazione a ciò, i problemi connessi al riordino territoriale si identificano, conseguentemente, nel problema della costituzione delle aree metropolitane, tanto da cogliere nel regime speciale da introdurre nelle aree suddette il principale fattore “di razionalizzazione territoriale infra-regionale complessiva perché, modificando la circoscrizione del livello intermedio (metropolitano-provinciale), si modificano necessariamente almeno le circoscrizioni analoghe confinanti (provinciali), con o senza istituzione di nuove Province” ⁽¹⁶⁾. In

(15) Sui temi più recenti e generali inerenti i patti territoriali e dei contratti di area nelle realtà locali, si segnala la bella monografia di G.M. ESPOSITO, *La nuova organizzazione amministrativa dell'intervento pubblico. Procedura della programmazione economica*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 76 ss., che fa seguito a quella più generale che lo stesso autore ha dedicato allo studio dei rapporti tra autorità e consenso nell'amministrazione pubblica e dal titolo “*Amministrazione per accordi e programmazione negoziata*” Napoli, ESI, 1999, p. 176 ss. L'autore, nel primo lavoro, definisce il patto territoriale “una quarta categoria di accordo della programmazione negoziata, introdotta per effetto dell'art. 8, legge 8 agosto 1995, n. 341 che ha aggiunto all'art. 1, legge n. 104 del 1995 le disposizioni di cui alle lettere e-bis ed e-tris”. In pratica, secondo la definizione legale che viene offerta, il patto costituisce “l'accordo tra soggetti pubblici e privati per l'individuazione, ai fini di una realizzazione coordinata, di interventi di diversa natura finalizzati alla promozione dello sviluppo locale nelle aree depresse del territorio nazionale, in linea con gli obiettivi e gli indirizzi allo scopo definiti nel quadro comunitario di sostegno approvato con decisione C(94) 1835 del 29 luglio 1994 dalla Commissione dell'Unione Europea. Posto tale quadro, rappresenta dato acclarato quello secondo cui la dimensione dell'ente territoriale locale sia connaturata alle esigenze di buon andamento specificato nella frequente ricerca di forme istituzionali associative e collaborative tra enti. Più in particolare, sul problema dimensionale e sulle enormi diversità operative ed organizzative esistenti in rapporto all'ampia differenziazione dimensionale, F. LONGO, *Collaborazioni tra enti locali nella logica della economicità dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 13.

(16) E. ROTELLI, *op. ult. cit.* p. 278 il quale continua affermando che “per la sua inconsistenza funzionale, rispetto al Comune capoluogo e alla Regione, sembrava proprio la Provincia l'ente meno in grado di offrire resistenza ad una incisiva revisione territoriale (anche se erano essenzialmente provinciali l'amministrazione statale periferica e l'organizzazione partitica)”. Lo avrebbe confermato indirettamente, negli anni Novanta, la istituzione di nuove Province (anche in aree metropolitane).

pratica, si opera in profondità per ripensare a tutto campo le ragioni di una razionalizzazione territoriale che non si arresta alla soluzione dei problemi economici e sociali dei territori (riduzione delle risorse a disposizione dello Stato sociale, costo crescente delle amministrazioni pubbliche, scarsità delle risorse economiche a disposizione degli enti locali) ma si estende a ridisegnare un progetto riformatore delle articolazioni territoriali su tre livelli strettamente interconnessi: quello istituzionale, quello amministrativo, quello delle autonomie locali.

Ciò in quanto, i problemi connessi al riordino strutturale territoriale non hanno solo rilevanza urbanistica ma presentano un marcato aspetto socio-economico che trascende la singola e specifica riorganizzazione comunale per abbracciare ambiti sovra-comunali di interessi "estesi", a valenza e considerazione unitari, la cui realizzazione è connessa, inscindibilmente, alle esigenze di efficacia, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa.

Solo per questa strada, si creano i presupposti per assicurare un'ottica di razionalizzazione e di modernizzazione dentro la quale porre le basi per rispondere in maniera efficace all'evolversi e all'accrescersi, in quei tempi, della domanda di servizi pubblici.

Sulla scorta di tali premesse si registrano, così, le ulteriori spinte di aggregazione istituzionale per una gestione associata ed integrata dei servizi attraverso l'utilizzazione degli strumenti che la legislazione prevede. Eppure, nonostante le innumerevoli posizioni favorevoli ad una certa razionalizzazione territoriale infra-regionale di cui è parte integrante l'area metropolitana con la sua articolazione interna, si aggiungono voci partitiche di aperto dissenso sulla bontà dei meccanismi di coinvolgimento dei molteplici attori dello sviluppo territoriale (Regioni, Province e comuni). Il vasto processo di regionalizzazione, sviluppatosi a partire dagli anni settanta, non ha contribuito alla creazione di un sistema regionale delle autonomie locali capace di imporsi come riforma generale dell'amministrazione pubblica locale e momento di trasformazione "costituzionale" del volto delle istituzioni statali. Al contrario, tale "regionalizzazione" ha accen-

tuato l'estraneità del modello regionale dal sistema amministrativo locale, a causa di disarmonie e squilibri istituzionali che avevano alterato le rispettive identità e i reciproci rapporti.

Conseguentemente, fino a giungere agli anni ottanta, la realtà istituzionale italiana si caratterizza per ambiguità e contraddizioni, nel contesto della disciplina dei rapporti funzionali tra i diversi livelli di governo statale, regionale e locale, preoccupandosi più della dimensione quantitativa che qualitativa dei compiti e delle funzioni localmente attribuiti ⁽¹⁷⁾. Si impone, quindi, una riforma del governo locale tesa a compattare il sistema delle autonomie con l'avvenuto regionalismo, al fine di consentire una completa razionalizzazione territoriale compreso l'assetto delle aree metropolitane.

Ma, in buona sostanza, anche questa aspettativa va delusa.

Agli inizi degli anni ottanta, infatti, le Regioni si oppongono all'assetto territoriale delle aree metropolitane argomentando in parte sulla pretesa inconciliabilità tra pianificazione urbanistica e circoscrizioni degli enti ed in parte col sistema del diritto amministrativo tradizionale che tendeva ad identificare le collettività locali con le circoscrizioni esistenti, assunte come immutabili in un panorama costituzionale ancora troppo "conservatore".

Così, i tentativi di costituire dei governi metropolitani non sortiscono nessun effetto proprio in ragione della riluttanza regionale alla ridefinizione dimensionale delle comunità locali sulla base della valenza sovracomunale degli interessi pubblici locali. Alla necessità di attivare processi di "macroscopica" urbanizzazione di determinate aree, contrassegnate da una particolare crescita dei fattori demografici, economici ed industriali anche con riguardo ai profili di protezione ambientale, le Regioni cercano di ovviare con l'istituzione dei comprensori comunali quali organismi differenziati sul territorio costituiti, sia nella

(17) Si tratta, peraltro, "di una condizione di emarginazione con radici profonde nel sistema amministrativo in quanto risale alla nascita dello Stato unitario e alla scelta accentratrice allora compiuta sotto l'influenza del regime napoleonico, il cui modello di governo locale venne trapiantato nel Paese con la cd. "piemontesizzazione" dell'ordinamento amministrativo avvenuta con la legge Rattazzi del 1859". Così M.T. SERRA, *Il sistema autonomistico locale nell'ordinamento regionale. Le ragioni della riforma*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 30.

forma dei consorzi tra enti locali, sia nella forma di organi regionali periferici retti da un'assemblea composta interamente da rappresentanti eletti dalle assemblee degli enti territoriali minori, per far fronte all'inerzia del legislatore statale ad intervenire per un riassetto globale dei poteri locali. Più in particolare, i comprensori si propongono quali organismi di governo locale di decentramento regionale nei settori della pianificazione territoriale e della programmazione dello sviluppo economico-sociale e, in taluni casi, di gestione dei servizi a livello infraregionale⁽¹⁸⁾.

Questa situazione, più che rappresentare una soluzione per le istanze di dimensione territoriale di ordine sovracomunale e sub-regionale, maschera in realtà l'incapacità del legislatore e delle forze politiche istituzionali di costituire un sistema di autonomia locale capace di "governare" e di risolvere i problemi delle conurbazioni metropolitane e delle connesse questioni economico-sociali. L'intervento delle politiche pubbliche e istituzionali si è così indirizzato verso un "insaccamento dei problemi, che si è tradotto in un approccio funzionale settoriale (trasporti, alloggi, istruzione) su porzioni limitate del territorio urbano, ben illustrato dall'espressione "metropoli per progetti"⁽¹⁹⁾. In Italia, alla fine degli anni ottanta, pur in presenza di alcuni contingenti entusiasmi propositivi della dottrina nel definire l'assetto dei governi metropolitani⁽²⁰⁾, si registra il fallimento delle riforme istituzionali delle aree metropolitane imposte dall'alto. Le ragio-

(18) Sulla questione dei comprensori quali nuovi organismi territoriali o enti di decentramento regionali deputati al governo di comunità locali, S. PALAZZOLO, *Rapporti fra Regioni e comprensori*, in *Nuova Rass.*, 1980, n. 13/14, p. 1180 ss.; F. PIZZETTI, *Gli Enti locali diversi dai Comuni e dalle Province*, in *Le Regioni*, 1975, p. 1105 ss.; C. LEFEVRE, *L'Italie: l'échelon intermédiaire introuvable*, in *Revue politique et parlementaire*, n. 965, pp. 25-42; U. POTOTSCHNIG, *Il Comprensorio e il riassetto generale dell'amministrazione locale*, in *Le Regioni*, 1997, p. 426 ss.; C. ROEHRSEN, *Le autonomie locali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Nuova Rass.*, 1980, n. 7-8, pp. 657-658; A. VITALE, *Riorganizzazione dei servizi locali con riferimento all'attuale Provincia*, in *Nuova Rass.*, 1978, n. 7-8, p. 891 ss.; F. STADERINI, *Le Province e i Comprensori*, in *Nuova Rass.*, 1977, n. 3, p. 272; D. DI GIOIA, *Una politica coordinata delle autonomie*, in *Nuova Rass.*, 1981, n.3-4, p. 282 ss.

(19) B. DENTE *et al.* *Metropoli per progetti: attori e processi di trasformazione urbana a Firenze, Torino, Milano - Bologna*, 1990, p. 34 ss.

(20) E. ROTELLI, *cit.*, p. 278.

ni sono da ricondursi alla funzione centrale e attiva attribuita all'intervento delle politiche pubbliche nelle dinamiche dei governi metropolitani, la quale ha spesso impedito la costruzione dal basso dei nuovi soggetti istituzionali accantonando la ricerca del consenso collettivo nella predisposizione delle trasformazioni urbanistico-territoriali; consenso necessario per attivare sistemi di concertazione e partenariato istituzionale, sociale ed economico idonei ad uno sviluppo equilibrato e coerente delle politiche istituzionali locali nella gestione degli interessi sovra-comunali.

La flessibilità, la collaborazione, il volontariato sono gli elementi costitutivi di un'azione collettiva volta allo sviluppo democratico di un'istituzione che non rappresenta un dato di fatto inconfutabile ma qualcosa da costruire legittimandosi di continuo, parallelamente allo sviluppo dei processi culturali, sociali ed economici della collettività in espansione. Istituzione democratica e azione collettiva costituiscono due momenti dello stesso sistema ordinamentale che si costruisce e si evolve con il mutare degli elementi al suo interno in corrispondenza del mutare e dell'evolversi delle esigenze sociali ed economiche e degli interessi delle comunità rappresentate.

Ciò dà luogo ad una sorta di ricerca di armonizzazione tra territorio funzionale (quale risultava dalla esigenza di gestione degli interessi sovra-comunali) e territorio istituzionale (delle Comunità esistenti). Il confronto, le interazioni e le interrelazioni tra istituzioni e collettività sono considerate dal legislatore del '90, nella riforma del sistema delle autonomie locali, le ragioni di fondo della creazione degli enti metropolitani, nella speranza di addivenire ad un riassetto definitivo dei poteri locali, ispirato effettivamente ai principi del decentramento, della specialità e della funzionalità delle aree metropolitane.

I contenuti della riforma del '90 in materia di governo locale, nel contesto di una nuova stagione delle politiche istituzionali, si basano essenzialmente su una ridefinizione funzionale e strutturale delle aree metropolitane che si articola su quattro caratteristiche principali: 1) una forte legittimazione politica che deriva dall'elezione diretta dei rappresentanti politici; 2) un notevole

grado di autonomia organizzativa e finanziaria delle aree metropolitane rispetto sia ai livelli governativi superiori che delle Comunità locali di base; 3) significative aree di competenza funzionale, economica e d'interrelazione culturale e sociale; 4) una base territoriale "pertinente" che comprende l'area funzionale urbana. Quadro, questo, destinato a completarsi con interventi correttivi ed integrativi da parte del legislatore. Interventi puntualmente verificatisi con la riforma del 2000 (D.lgs n. 267/2000), di cui si dirà appresso.

4. *Analisi degli artt. 22 e 23 del d.lgs. n. 267/2000: obiettivi della riforma sulle aree metropolitane e principali elementi innovativi*

Con la legge n. 142 del 1990 nascevano le aree metropolitane nel nostro Paese. Veniva dato alle realtà locali la possibilità di sviluppare processi di integrazione economico-sociale nei territori interessati, al fine di realizzare un'omogenea e razionale distribuzione di funzioni e compiti nell'ottica del buon andamento e dell'efficienza dei servizi. Nonostante i buoni propositi, oggi, la scelta legislativa si è dimostrata fallace sia per gli aspetti operativi che per quelli culturali. Le amministrazioni hanno, infatti, rallentato i processi di delimitazione delle aree più per la difficoltà di capire i termini giuridici delle operazioni che per la concreta volontà di operare nel senso voluto dalla legge. Oltretutto, nella coscienza nazionale e in particolare in quella locale, non si è ancora consolidata la cultura della "funzionalizzazione economico-sociale dei territori delle grandi aree urbane", tanto che il legislatore ha dovuto prevedere, per la costituzione delle aree metropolitane, un procedimento complesso a più fasi, comprendente l'intervento sostitutivo governativo, previa consultazione delle Conferenza unificata di cui all'art. 8 del d.lgs. n. 281/97, per i casi di inadempimento delle Regioni nell'esercizio delle loro funzioni in materia.

In particolare, gli artt. 22 e 23 del d.lgs. n. 267 del 2000 delineano l'esercizio integrato di funzioni e di servizi attraverso la determinazione organizzativa e funzionale delle aree metropoli-

tane e la possibilità di costituire, all'interno di essa, Città metropolitane ad ordinamento differenziato.

Più in particolare, la legge considera aree metropolitane le zone inclusive i territori dei Comuni di Torino, Milano, Venezia, Genova, Bologna, Firenze, Roma, Bari, Napoli e quelli legati a questi da una sorta di compenetrazione funzionale in ordine alle attività giuridico-economiche, ai servizi sociali e culturali e a quant'altro si ritenga necessario per favorire uno sviluppo unitario dell'intero territorio in senso lato. A queste aree, debbono poi essere aggiunte quelle previste dalle Regioni a statuto speciale (art. 22, comma 3 del d.lgs.n. 267/2000) nei propri statuti nell'ambito dei principi generali previsti dal d.lgs. n. 267 del 2000.

In definitiva, il testo unico, riproducendo integralmente le modifiche apportate all'art. 17 della legge 8 giugno 1990, n. 142 dall'art. 16 della legge 3 agosto 1999, n. 265, prevede un complesso procedimento regionale di costituzione delle Città metropolitane comprendente una fase preparatoria e necessaria di delimitazione unilaterale dell'area metropolitana (art. 22, comma 2) seguita da una fase consequenziale ed attuativa di individuazione delle Città metropolitane, caratterizzata da iniziative e competenze ripartite fra più centri di governo locale (art. 23).

L'obbligatorietà della conclusione del procedimento di delimitazione regionale dell'area metropolitana è sancita dalla disciplina generale dei rimedi all'inerzia nella quale incorre la Regione con riguardo alla funzione di delimitazione territoriale dell'area nei centottanta giorni dalla proposta degli enti locali interessati. Accertata l'inadempienza regionale, il Governo, su conforme parere della Conferenza unificata di cui all'art. 8 del d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281, invia una diffida ad adempiere entro un congruo termine alla Regione, trascorso il quale procede autonomamente alla delimitazione di che trattasi.

Con tale disciplina il legislatore ha voluto assicurare la necessità della costituzione di governi locali unitari comprensivi di una grande area urbana e di enti territoriali limitrofi ad essa legati da contiguità territoriale di sviluppo economico, sociale ed urbano. Il che conferma come la legislazione ordinaria imponga

la costituzione di aree metropolitane attraverso un procedimento formale di costituzione affiancato da un eventuale subprocedimento sostitutivo preordinato alla realizzazione definitiva delle aree. Al procedimento di delimitazione territoriale delle aree metropolitane si collega, in via eventuale, il procedimento di costituzione delle Città metropolitane ad ordinamento differenziato. I commi 2 e 3 dell'art. 23 ne dettano una specifica disciplina, delineando un procedimento complesso in cui intervengono gli enti locali interessati la cui proposta di istituzione è sottoposta ad uno speciale *referendum* a cura di ciascun Comune partecipante. Le altre norme "procedimentali" (commi 4-5-6 dell'art. 23 della legge) dettano disposizioni generali sulla configurazione funzionale e territoriale delle Città metropolitane. Tuttavia, è agevole notare come qui il principio di autonomia locale trovi il suo limite nella preliminare considerazione di un esercizio integrato ed istituzionalizzato di funzioni distribuito tra grandi aree urbane e Comuni limitrofi e finalizzato allo sviluppo economico e sociale dell'intera area interessata. E ciò in forza della finalità ultima, che ha ispirato sia il costituente che il legislatore degli ultimi anni, di assicurare, ogni volta che sia possibile, l'esercizio delle funzioni pubbliche in modo diretto dalle comunità territoriali interessate: l'immedesimazione dei cittadini nel riordino delle comunità sociali territoriali come presupposto della prosimità delle istituzioni rispetto alla collettività (una sorta di sistema ordinamentale democratico di tipo "circolare" e a sussidiarietà "integrata" in cui le istituzioni penetrano nella comunità e sono a loro volta penetrate da quest'ultima).

5. *La natura giuridica delle Città metropolitane: riflessioni sulla "costituzionalizzazione" di un nuovo paradigma pubblico locale ad autonomia "differenziata" e "funzionale": progetti e premesse per un diritto pubblico delle autonomie*

Prima della recente approvazione della legge di modifica costituzionale del Titolo V della Costituzione (avvenuta con legge Cost. n. 3 del 2001), risultava difficile trovare una collocazione

giuridica alla Città metropolitana, avendo il nostro legislatore preferito, forse volutamente, non cimentarsi in un compito così delicato, forse anche per evitare eccessive cristallizzazioni di una istituzione naturalmente e funzionalmente votata agli incerti e mutevoli confini.

Ci si trovava, quindi, in presenza di un organismo privo di apposita qualificazione normativa e non inquadrabile agevolmente in schemi qualificatori desumibili con certezza dalla lettera della legge. Si trattava, altresì, di problema non eludibile, a causa delle rilevanti implicazioni di autonomia organizzativa e funzionale che ne derivano. In proposito, occorre tener presente un dato fondamentale imprescindibile da cui partire per una corretta ricostruzione della natura giuridica delle Città metropolitane: esse costituiscono, innanzitutto, il modello più idoneo di conformazione amministrativa dei territori per lo svolgimento, in forma coordinata, delle funzioni di carattere sovracomunale che per ragioni di economicità ed efficienza non possono essere gestite dal singolo ente locale. Sicché, al riguardo, si è cimentata la dottrina sollevando *in primis* il problema ed identificando le Città metropolitane in un nuovo ente locale territoriale a vocazione legale e generale con funzioni predeterminate, mostrando di superare il previgente dettato costituzionale che precludeva la creazione di nuovi enti territoriali. A questa interpretazione si obiettava che la disposizione costituzionale (art. 114 Cost. ora riformulato come si dirà) era tesa ad impedire la nascita di nuovi enti uniformemente distribuiti sull'intero territorio nazionale ma non a precludere il sorgere di nuovi enti caratterizzati dalla limitazione territoriale e funzionale dei propri compiti istituzionali⁽²¹⁾. A riguardo, la previsione normativa delle "Città metropolitane" non violava la Costituzione, tenuto conto che le stesse insistono su porzioni circoscritte del territorio nazionale.

Ciò premesso, pur valutando valide le argomentazioni riferite, non si poteva sottacere l'importanza che il fenomeno assume all'interno dei tre profili unitariamente considerati: istituzionale, organizzativo e funzionale, senza contare il risvolto delle fun-

(21) G. ROLLA, cit., p. 82.

zioni economiche.

Ora, da questa prospettiva, va osservato preliminarmente come il problema non sia tanto quello di considerare le Città metropolitane un nuovo ente che va ad aggiungersi a quelli già esistenti, il che potrebbe essere plausibile ma foriero di interrogativi di non poco conto (si pensi solo alla difficoltà di inquadramento del fenomeno nel già caotico panorama degli enti pubblici e dintorni), ma, soprattutto, quello di considerare come formule organizzatorie della generalità degli interessi e delle finalità che i territori delle grandi aree urbane esprimono. A tali formule organizzatorie sono riconosciute distinte attribuzioni e compiti che ne assicurano una effettiva autonomia anche sul piano funzionale. Sulla base della disciplina attuale nell'ambito più generale delle autonomie locali, un tratto distintivo delle Città metropolitane è dato dal fatto che queste sono calate nella veste formale della Provincia, ma ciò non toglie che esse diano luogo ad un substrato comunitario allargato per esigenze di "funzionalità" dell'azione amministrativa integrata.

Ci si trova, cioè, in presenza di una collettività che si deve poter organizzare e determinare autonomamente per lo svolgimento di attività economiche, sociali e culturali che, per esigenze di funzionalità, richiedono un assetto istituzionale integrato ed unitario. In questi limiti si possono eventualmente considerare le Città metropolitane come una nuova formula organizzatoria caratterizzata da una speciale autonomia territoriale allargata e deputata a garantire la funzionalità delle attività economiche e sociali delle grandi aree urbane. Una sorta di *tertium genus* (o meglio di "terza territorialità istituzionale") compreso fra le autonomie locali e le istituzioni statali e regionali, in quanto struttura flessibile, almeno allo stato della normativa, destinata al perseguimento di finalità e compiti che hanno carattere pubblico-economico e che devono armonizzarsi con le esigenze di sviluppo dei territori statali, regionali e degli enti locali in senso stretto (Comuni e Province).

A questi fini non c'è dubbio che l'eventuale espresso riconoscimento delle Città metropolitane come espressione di autonomia organizzatoria e funzionale dei governi, considerati nella lo-

ro unitarietà funzionale, aggregativa ed economica può rappresentare un presidio più sicuro e più stabile di efficienza e funzionalità amministrativa, a dispetto della *voluntas legis* di racchiudere entro spazi rigidi la soggettività di tali organismi.

Ed ecco che, opportunamente, il legislatore costituzionale, prendendo atto di queste considerazioni e questioni, ha riformulato l'art. 114, conferendo rilievo costituzionale alle Città metropolitane al pari di Comuni, Province e Regioni ⁽²²⁾. Dalla espressa equiparazione delle Città metropolitane agli altri enti locali territoriali e alle Regioni in termini di autonomia statutaria, poteri e funzioni, si evince la volontà legislativa non solo di potenziare l'autonomismo delle Città metropolitane ma di riconoscere alle stesse natura di "potere locale complesso e differenziato (in quanto comprendente più livelli istituzionali)" a rilievo costituzionale che si presenta quale nuovo modello istituzionale intermedio che ha cambiato l'assetto istituzionale di fatto esistente nell'area metropolitana e a cui va legittimamente riconosciuto un ruolo essenziale nello sviluppo locale.

Ad un'organizzazione locale di tipo soggettivo-organico, la riforma costituzionale va sostituendo, riconoscendola, un'organizzazione territoriale di tipo funzionale e ad integrazione economico-sociale tesa a valorizzare il ruolo delle istituzioni intermedie come assetti territoriali non fissi ed imm modificabili ma elastici, adattabili alla realtà sociale. Tali considerazioni impongono un'ulteriore riflessione di non poco momento. La considerazione del fenomeno giuridico delle aree metropolitane in questo contesto risulta particolarmente "esposta": l'identità dell'"ordinamento metropolitano" si lega oggi alla costituzione repub-

(22) L'art. 114 della Costituzione è stato così riformulato dall'art. 1 della legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3 "La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato. I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione. Roma è la capitale della Repubblica. La legge dello Stato disciplina il suo ordinamento". Più nello specifico, le Città metropolitane, in tanto hanno ragione di esistere e di operare nel nuovo quadro costituzionale, in quanto ciò sia necessario "per assicurare l'esercizio unitario delle funzioni ad esse assegnate, sempre che questo avvenga in presenza dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza". Così F. PIZZETTI, *Il cambiamento costituzionale in Italia tra governance e governabilità democratica dei sistemi complessi*, cit., p. 15.

blicana e, attraverso questa, alla sovranità dello Stato. Ma la sovranità dello Stato sulla Città metropolitana è una sovranità di “principi” (intesi come limite inerente al potere metropolitano e, dunque, anche alla volontà di chi lo esercita) che si traduce nel potere legislativo statale di definire il nocciolo duro delle funzioni fondamentali e delle competenze comunali, provinciali e delle Città metropolitane (art. 117 Cost.) (il che non mette in discussione il ruolo primario dei Comuni stabilito nel primo comma dell’art. 118 Cost. ma lo rafforza, perché il Comune viene riconosciuto come soggetto destinatario dei principi che devono presiedere alla ripartizione delle competenze amministrative tra le diverse amministrazioni elencate nell’art. 114 Cost.). Sembra, pertanto, affermarsi, in questo quadro, posta la situazione di sostanziale equiordinazione dei soggetti pubblici componenti la Repubblica fra loro caratterizzati da differenziazioni funzionali, una sovranità costituzionale delle aree metropolitane che non costituisce attributo rigido ed indeclinabile, ma elemento suscettibile di gradazioni che assumono rilievo giuridico in certi contesti e a certi fini.

L’esercizio unitario delle funzioni amministrative, le stesse funzioni metropolitane conferite con legge statale e regionale, le funzioni amministrative proprie costituiscono i diversi modi di atteggiarsi delle gradazioni della sovranità territoriale e funzionale dell’istituzione metropolitana. Ma, ancora, proprio il principio di sovranità “funzionale” ora evocato è il tramite attraverso cui il rilievo simbolico del sistema di autonomia locale si trasforma in istituzione operativa; perché ogni sistema “educa” i propri livelli di governo a ricercare il “bene comune” e ad imporre ai consociati regole e principi che consentono di assumere iniziative per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà (art. 118 Cost.)⁽²³⁾. E ciò

(23) Il problema delle nuove funzioni delle aree metropolitane alla luce della riforma costituzionale è stato di recente illustrato da A. CORPACI, *Revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo*, in *Le Regioni*, 2001, n. 6 pp. 1314-1315, il quale, sottolineando che il nuovo testo costituzionale con riferimento a Comuni, Province e Città metropolitane parla da un lato di “funzioni fondamentali” (art. 117 Cost., comma 2, lett. p), e, dall’altro, di funzioni “proprie” e “conferite”, ritie-

non è senza significato da un punto di vista giuridico; la medesima analisi pubblicistica, anche attraverso la riforma costituzionale del Titolo V, ha superato l'idea delle aree metropolitane come mera variabile economicamente e funzionalmente dipendente dalla società civile di riferimento, per intenderle come strutture che interagiscono in questa, in rapporto tendenzialmente circolare. Di qui la natura di amministrazione locale differenziata e funzionale delle Città metropolitane che sembra trovare fondamento sia nella effettiva compenetrazione e legittimazione nel tessuto economico e sociale del "territorio" (art. 118, comma 4 Cost.), sia nella preminente centralità del raccordo dell'esercizio unitario delle funzioni individuate ex art. 118, comma 1 Cost. così come riformulato. È chiaro, infatti, che sulla

ne l'inutilità di quest'ultima distinzione e riconosce due tipologie di funzioni: le fondamentali, coincidenti con le "proprie", e le "conferite". Intuizione logica anche se il discorso non è così semplice come a prima vista può sembrare. Ritengo infatti che l'aggettivazione fondamentale debba essere esteso anche alle funzioni "conferite", cambia solo la fonte di produzione che nel caso delle "fondamentali" è solo lo Stato con la legislazione esclusiva, mentre nell'ipotesi delle funzioni "conferite" è la legge statale e regionale. La ragione di fondo di una simile ricostruzione risiede nella constatazione che la cd. "importanza fondamentale delle funzioni" costituisce una scelta di fondo del legislatore (sia esso statale o regionale) che riconosce come "fondamentali" quelle funzioni metropolitane se rapportate ad un determinato contesto storico, socio-economico e funzionale giuridicamente e normativamente circoscritto. E infatti, in quanto "conferite", tali funzioni diventano fondamentali se esercitate ed in quanto esercitate dalle Città metropolitane, nei limiti stabiliti dalle leggi statali e regionali. Sul tema dei principi del pluralismo paritario come alla nascita di un'amministrazione di tipo locale, autonoma, funzionale ma, soprattutto, differenziata, sono interessanti ed altamente originarie ed innovative le riflessioni di M. CAMMELLI, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Cost.*, in *Le Regioni*, 2001, n. 6, p. 1278 ss., al quale preme sottolineare la profonda trasformazione costituzionale delle nostre amministrazioni da soggetti pubblici nazionali, a strutture fondamentalmente in senso funzionale e, quindi, autonome e differenziate, con l'amministrazione comunale come perno dell'organizzazione dei compiti e delle funzioni amministrative generali. Infine, sempre nel solco dei primi commenti al nuovo Titolo V della Costituzione con riferimento ai rapporti tra i diversi livelli di governo istituzionali si consultino F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 178 e N. ZANON, *Sussidiarietà e differenziazione: linee di sviluppo a costituzione invariata e prospettive alla luce della revisione del Titolo V*, in *Non Profit*, 2001, p. 321 ss. Più in generale, sui meccanismi istituzionali di organizzazione politica e giuridica si veda G.D. FALCON, Editoriale, *Il big bang del regionalismo italiano*, in *Le Regioni*, 2001, n. 6, p. 1141 ss., il quale introduce le questioni fondamentali dell'impatto della riforma del Titolo V della Cost. nelle realtà amministrative e costituzionali del nuovo secolo "federalista".

base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza, la Città metropolitana risulta essere, dopo i Comuni, il livello di governo più idoneo ad assicurare l'esercizio unitario delle funzioni in quanto più vicino alle esigenze e ai bisogni della collettività artificialmente e funzionalmente costituita⁽²⁴⁾. Ritengo, dunque, alla luce di tali riflessioni, che la Città metropolitana, oltre a costituire una componente del sistema policentrico delle autonomie locale, rappresenti essa stessa un sistema poli-funzionale, di coordinamento istituzionale e di raccordo "territoriale, predisposto a stabilire nuovi raccordi sistematici, nuove sinergie ed interrelazioni tra l'insieme di valori economici e sociali presenti nel territorio e la ripartizione funzionale dei poteri e delle funzioni tra i diversi centri di governo territoriale. Ciò nel contesto di una dialettica propria del più recente federalismo "competitivo" di impronta neo liberista⁽²⁵⁾.

In una visione prospettica di politica del diritto, viene da chiedersi quale possa essere la collocazione o la funzione del sistema giuridico locale in rapporto alle vicende delle politiche pubbliche: il diritto rincorre la politica e la politica la società in maniera tale da consentire il costituirsi di nuove sinergie di sistema, tale da riprodurre, nel campo delle autonomie, quell'unione di politica e diritto da cui è scaturito il diritto pubblico dello Stato⁽²⁶⁾. L'assunto cruciale che guida il disegno

(24) Nel quadro dei problemi dei concetti di autonomia locale rileva il pensiero di G. PASTORI, *Rapporti fra Regioni ed enti locali nella recente riforma costituzionale* in AA.VV., *I problemi del federalismo*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 220 ss. L'autore afferma che "l'autonomia locale è la componente costitutiva dell'autonomia regionale e l'autonomia regionale è insieme il quadro e il coronamento dell'autonomia locale" (*Id.*, *op. ult. cit.* p. 220 ss.).

(25) Inciso quanto mai significativo a proposito delle recenti tendenze del federalismo estratto dal contributo di A. REPOSO, *Tecniche costituzionali del federalismo: modelli recenti*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2001, n. 131, p. 25. Più in generale, B. CARAVITA, *La costituzione dopo la riforma del Titolo V-Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 34-45.

(26) Diversamente argomenta, ma con riguardo alla situazione normativa e socio-politica di un decennio fa, G. BERTI, *Amministrazione comunale e provinciale*, Padova, CEDAM, 1994, p. 291, il quale nega che possa parlarsi, comunque, di poteri locali in quanto "le autonomie, intese in senso generico, e cioè come autoregolazione di strati sociali in una permanente cornice statale, caricano su se stesse interessi e bisogni di comunità o di territorio di gruppi sociali che non sono destinati ad amalgamarsi con

istituzionale della riforma costituzionale sui nuovi governi locali è basato sulla creazione di un sistema di poteri costituito dalla sintesi di politica-diritto, quale è appunto il sistema del diritto pubblico (con i sottosistemi del diritto amministrativo e del diritto costituzionale). In altre parole, viene meno, nell'ordinamento locale, l'evidente scissione tra la funzione in senso stretto rappresentativa e la funzione amministrativa, con conseguente trasmissione di impulsi giuridici all'amministrazione locale che, così, assume una sua autolegittimazione, con competenze, funzioni e poteri propri da esercitare autonomamente. Amministrazioni locali, quindi, come fattori di produzione di poteri, compiti, prerogative, sovranità, garanti di un nuovo ed autonomo diritto pubblico e non solo istituzioni legittimate dalla sovranità statale.

6. *Per concludere. Uno sguardo al futuro della nuova governance "metropolitana"*

Lo stato attuale delle conoscenze non consente di tirare bilanci definitivi. Al termine di queste brevi osservazioni (necessariamente frammentarie ed incomplete, data anche l'ovvia impossibilità di posizionare giuridicamente le Città metropolitane alla luce della recente riforma del Titolo V della Costituzione) pare comunque possibile abbozzare una risposta all'interrogativo posto inizialmente, e cioè se ed in quali termini l'istituzione delle Città metropolitane possa essere letta come completamento ed integrazione del sistema "funzionale" delle autonomie locali e, quindi, come il prodotto finale di un processo di costituzione del governo unitario complesso ma efficiente e a vocazione aggregativa.

A questo proposito, e le normative in commento sembrano

analoghi interessi e bisogni e a dar quindi consistenza agli interessi generali, che attendono soddisfazione mediante atti e interventi della sovranità statale. Un'organizzazione comunitaria o associativa, che è destinata a procurare utilità, sia pure di ordine collettivo, agisce necessariamente fuori dei circuiti della sovranità e quindi del diritto pubblico, che è l'immagine giuridica della sovranità statale".

confermarlo in linea di massima, si può affermare che, se da un lato, i governi metropolitani sono visti come fattori evolutivi delle politiche istituzionali nell'ottica della funzionalizzazione delle scelte economiche e politiche che tendono ad investire i centri decisionali delle grandi aree urbane, dall'altro ancora si guarda alle aree metropolitane come a quel processo incompiuto di soluzioni logiche ed armoniche tra sistema istituzionale urbano e sviluppo economico e sociale dei territori legati tra loro da rapporti di reciproca integrazione ed interrelazione.

In questa prospettiva, l'insistenza legislativa nel riproporre l'istituto delle aree e delle Città metropolitane sembra rispondere a logiche e ad esigenze in qualche modo riconducibili a quelle che caratterizzano oggi il sistema autonomistico italiano nell'ottica attuativa del principio di sussidiarietà e dell'avvicinamento dei livelli di governo locali ai cittadini. Più in particolare, i governi metropolitani appaiono non già come una sorta di semplice prolungamento dell'organizzazione locale e delle relative problematiche istituzionali, ma come il risultato di scelte politico-istituzionali ed economiche ben delineate dal legislatore sulla base dei valori e principi "organizzativi" come la cooperazione tra i comuni, le negoziazioni, il partenariato, la flessibilità delle competenze integrate.

In tal modo, tutto ciò induce a concepire l'istituzione in un modo sicuramente nuovo e più consono alle esigenze reali ed effettive delle collettività che, per legge, devono organizzarsi, economicamente e politicamente, su larga scala territoriale. Secondo alcuni, i governi metropolitani non devono nascere in maniera "predeterminata", secondo un processo legislativo astrattamente esaustivo e perciò immodificabile, ma essere il risultato di un processo costitutivo che si forma costantemente nel tempo con l'apporto di diversi attori istituzionali in gioco⁽²⁷⁾. Tale logica trova il suo legittimo fondamento nel fatto che la realtà metropolitana non può vivere di luce riflessa della staticità

(27) C. LEFEVRE, *Governi metropolitani e governance nei Paesi occidentali*, in *Problemi di amministrazione pubblica*, in *Riv. Trim del Formez*, 1999, Bologna, cit. pp. 340-341.

funzionale ed economica che ha caratterizzato per molti anni l'autonomia locale come apparato rigido, avulso dal contesto sociale, rappresentato e strutturalmente poco propenso alla collaborazione e alla negoziazione istituzionale. L'istituzione metropolitana, per autolegittimarsi amministrativamente, deve costantemente cercare nuovi spazi di autonomia, di intervento, di collaborazione, di compenetrazione "repubblicana": costituire, in una parola, fattore dinamico e funzionale di produzione dello sviluppo economico e sociale delle realtà sociali in continua evoluzione.

Comunque, quale che sia il giudizio che di tale riforma si voglia dare, pare insomma da escludere che l'istituzione dei governi delle grandi aree urbane corrisponda ad una soluzione dettata dalle necessità organizzative come risposta immediata ai grandi problemi dell'urbanizzazione, del degrado civile, sociale, economico ed ambientale che affliggono le grandi città italiane. È pacifico affermare, invece, come il nuovo approccio del legislatore italiano sia figlio di una esigenza impellente di sperimentare nuove forme di razionalizzazione delle funzioni e di collaborazione-concertazione tra gli assetti governativi dei territori di vasta area.

È vero, peraltro, che, come si è potuto notare, se si supera l'endemica staticità organizzativa delle autonomie locali, si vengono necessariamente a valorizzare tutte quelle forme di collaborazione istituzionali che sono all'origine dei modelli funzionali di organizzazione delle competenze territoriali, fondati sulla flessibilità e sulla costante ricerca di nuove legittimazioni e di nuovi *standard* di efficienza. Diviene allora necessario riportare, da un punto di vista ricostruttivo e sistematico, le aree metropolitane nell'alveo dell'ottimizzazione dell'esercizio delle funzioni territorialmente integrate, nonché valorizzare la ricerca del consenso e della collaborazione per avviare quel processo di aggregazione patto idoneo ad assicurare flessibilità e autonomia alle istituzioni metropolitane nello svolgimento dei molteplici compiti istituzionali di volta in volta individuati. Nonostante l'instabilità normativa, le incertezze, le lungaggini burocratiche e i ritardi nell'attuazione delle procedure, il consenso intorno al

modello delle aree metropolitane non è stato affatto scalfito. Anzi, la riforma costituzionale del Titolo V sta proprio a testimoniare il contrario.

Ed è così che solo attraverso il riconoscimento dell'importanza strategica della condivisione, della concertazione, della cooperazione, il governo metropolitano potrà dimostrare di superare l'*impasse* del tradizionale isolamento istituzionale che affligge da sempre le realtà locali e che le rinchiude in una sorta di autoreferenzialità improduttiva. Ciò consentirà all'istituzione metropolitana di proiettarsi verso il futuro dell'interazione e dell'aggregazione, sicure di poter creare nuove sinergie di sistema, nuove categorie concettuali di potere in grado di delineare un sistema statutario delle istituzioni locali. Sistema, quest'ultimo, che dovrà dimostrare di imporsi dapprima come valore condiviso nella società locale e, poi, come momento giuridico evolutivo dell'azione collettiva di sviluppo economico e sociale. Diversamente, si rischierà di sviluppare una serie di politiche pubbliche altamente tecniche e settoriali, che non sono concepite in maniera organica e che con difficoltà si adattano alle esigenze di maggiori sinergie degli interventi pubblici avvertita da tutti gli attori territoriali.

D'altra parte, per concludere, il fatto stesso che la Costituzione si sia ricordata delle Città metropolitane può certo significare che le istituzioni locali non sono poi così insensibili all'azione della politica pubblica del nuovo "stato federalista". Di quello Stato "embrionale", cioè, ancora piuttosto timido nel suo presentarsi al "palcoscenico repubblicano", ma, sicuramente, più aperto di quanto possa sembrare in apparenza a nuove dimensioni organizzative basate sulla coalizione istituzionale dei processi decisionali pubblici. Se ci si pone in quest'ottica, il discorso sulle aree metropolitane potrà essere correttamente sviluppato ed arricchirsi di nuova linfa giuridica. Solo così, infatti, la stagione costituzionale delle revisioni "territoriali" potrà rappresentare un serio momento di discussione e di confronto sempreché i legislatori (statali e regionali) prendano finalmente coscienza "pubblica" dell'importanza delle istituzioni metropolitane per lo sviluppo economico-produttivo dei territori.

Il ruolo dei dirigenti nei processi di cambiamento

di Giovanni Diquattro

Sommario

1. La funzione di direzione. – **1.1. Il dirigente nel settore privato.** – **1.2. Il dirigente nel settore pubblico.** – **1.3. Il d.P.R. 30 giugno 1972, n. 748 e la disciplina delle funzioni dirigenziali nell'amministrazione dello Stato.** – **2. La dirigenza nell'ente locale.** – **2.1. Il profilo professionale del dirigente nel d.P.R. 25 giugno 1983 n. 347.** – **2.2. Il dirigente pubblico oggi.** – **3. Disposizioni per il riordino della dirigenza statale e per favorire lo scambio di esperienze e l'interazione tra pubblico e privato.** – **3.1. Il potere di dismissione oggi.** – **3.2. La definizione e la negoziazione degli obiettivi.** – **4. Conclusioni.**

1. La funzione di direzione

L'efficienza e il buon andamento di qualsiasi organizzazione dipendono dalla maggiore o minore capacità con cui le risorse e le energie disponibili vengono utilizzate e finalizzate al raggiungimento degli scopi dell'organizzazione. La presenza di una direzione e il corretto funzionamento dei processi decisionali, più o meno complessi in relazione alla struttura della singola organizzazione, costituiscono elementi indispensabili per qualsiasi forma di vita e di attività organizzata. La funzione di direzione, che si può schematicamente riassumere nei compiti di programmazione, organizzazione, attuazione, coordinamento e comando, controllo e valutazione, rimane inalterata nei suoi elementi fondamentali qualunque sia il tipo, la dimensione e la natura dell'organizzazione.

1.1. Il dirigente nel settore privato

L'art. 2095 del codice civile del 1942 sostituisce all'antica

bipartizione (impiegati e operai) la distinzione tra dirigenti amministrativi o tecnici, impiegati e operai.

Il legislatore, come precisa la relazione del guardasigilli al nuovo codice, non ha ritenuto opportuno dare nel codice una definizione che sarebbe stata comunque imperfetta. La dottrina ha individuato i seguenti elementi per la configurazione di tale posizione di lavoro:

- collaborazione immediata del dirigente con l'imprenditore, con conseguente subordinazione esclusiva e responsabilità diretta nei confronti dello stesso;
- carattere spiccatamente intellettuale e *fiduciario* di tale collaborazione;
- ampio potere di autodeterminazione nell'ambito dell'indirizzo generale fissato dall'imprenditore;
- superiorità gerarchica sul personale, con relativo ampio potere di controllo, valutazione ed eventuale potere disciplinare;
- rappresentanza, nelle forme prescritte, all'interno o all'esterno dell'azienda, generale o limitata a determinate specie di affari.

Il dirigente dunque è il primo e più elevato collaboratore del datore di lavoro, sia questo persona fisica o giuridica, anche se la tradizionale e più remota concezione del dirigente come *alter ego* dell'imprenditore, posto al vertice della gerarchia aziendale, sottoposto solo alle direttive generalissime dell'imprenditore, con poteri di autonomia, iniziativa e sostituzione che trovano un limite soltanto nel rispetto di tali direttive ed abbracciano ed influenzano l'intera attività aziendale, ovvero uno dei suoi rami più importanti, appare oggi superata da una realtà che vede la presenza nell'impresa di una pluralità di soggetti sindacalmente e contrattualmente definiti dirigenti, con la conseguenza che vi sono nella categoria stessa dei dirigenti diversi gradi, collegati da un rapporto gerarchico.

È dunque nella contrattazione collettiva o aziendale che vengono in concreto individuate le posizioni e le funzioni dirigenziali. L'ultimo contratto collettivo nazionale di lavoro per i diri-

genti industriali ⁽¹⁾, senza sostanziali modifiche rispetto ai precedenti, così definisce la figura:

“Sono dirigenti i prestatori di lavoro per i quali sussistano le condizioni di subordinazione di cui all’art. 2094 del codice civile e che ricoprono nell’azienda un ruolo caratterizzato da un elevato grado di professionalità, autonomia e potere decisionale ed esplicano le loro funzioni al fine di promuovere, coordinare e gestire la realizzazione degli obiettivi dell’impresa. Rientrano sotto tale definizione, ad esempio, i direttori, i condirettori, coloro che sono posti con ampi poteri direttivi a capo di importanti servizi o uffici, gli institori ed i procuratori ai quali la Procura conferisca in modo continuativo poteri di rappresentanza e di decisione per tutta o per una notevole parte dell’azienda. L’esistenza di fatto delle condizioni di cui sopra comporta l’attribuzione della qualifica e quindi l’applicabilità del presente contratto”.

Questa, in sintesi, la situazione della dirigenza nel settore privato, situazione che non sembra aver subito grossi mutamenti a seguito del riconoscimento giuridico, di cui alla legge 13 maggio 1985 n. 190, dei quadri intermedi, di quei prestatori di lavoro subordinato cioè che svolgono con carattere continuativo funzioni di rilevante importanza ai fini dello sviluppo e dell’attuazione degli obiettivi dell’impresa, pur non appartenendo alla categoria dei dirigenti.

Ai quadri intermedi, la cui individuazione viene demandata alla contrattazione collettiva, si applicano infatti, salvo diversa disposizione, le norme riguardanti la categoria degli impiegati.

È opportuno però sottolineare che la nuova formulazione dell’art. 2095 del codice civile, che supera la distinzione tra dirigenti amministrativi e tecnici ⁽²⁾ non fa che accentuare il ruolo della contrattazione collettiva nella individuazione della posizione di lavoro del dirigente e dei quadri intermedi.

(1) Cfr. CCNL Dirigenti industria - 23 maggio 2000, Il Sole 24 Ore editore, Milano, 2001, p.3 ss.

(2) Il testo novellato dell’art. 2095 c.c. così recita: “I prestatori di lavoro subordinato si distinguono in dirigenti, quadri, impiegati e operai”.

1.2. *Il dirigente nel settore pubblico*

Se nel privato connotato essenziale della posizione di lavoro del dirigente è il rapporto fiduciario, nel pubblico l'elemento peculiare era dato dal rapporto organico.

Al concetto di rappresentanza, che tiene ben distinti, dal punto di vista giuridico, soggetto rappresentante e soggetto rappresentato, si sostituiva il concetto di immedesimazione o incardinazione.

Ma è solo nel 1972, a conclusione di un *iter* lungo e travagliato, che anche nella pubblica amministrazione italiana veniva individuata una figura di dirigente distinta da quella di impiegato. Per troppo tempo infatti, la teoria organica o antropomorfa, che concepiva la realtà statale come immedesimazione con le persone fisiche dei singoli funzionari, aveva posto l'accento sull'esercizio di potestà pubbliche da parte dell'impiegato, elemento questo ritenuto assorbente e tale da farne il fondamento della teoria giuridica del pubblico impiego.

Già l'articolo 97 della Costituzione prevedeva che i pubblici uffici dovevano essere organizzati secondo disposizioni di legge e che nell'ordinamento degli uffici dovevano essere determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari. Determinare le competenze vuol dire certamente determinare la misura del potere giuridico attribuito ad un ufficio amministrativo ed al suo funzionario titolare, ma vuol dire anche individuare la persona fisica cui compete, per legge, la funzione di direzione, vuol dire individuare in concreto contenuti e limiti di una funzione che è presupposto indispensabile per il buon andamento della pubblica amministrazione.

I motivi di tanto ritardo erano forse da ricercare nel modo di essere, all'epoca, dell'alta burocrazia italiana, che mirava a privilegiare la garanzia del posto e della carriera in cambio di una perdita di prestigio e di potere: la dirigenza amministrativa quindi accettava un ruolo minore in cambio della sicurezza di poter gestire la propria carriera senza intromissioni ⁽³⁾.

(3) Sui rapporti tra politica e amministrazione al vertice delle strutture burocratiche ita-

1.3. *Il d.P.R. 30 giugno 1972, n. 748 e la disciplina delle funzioni dirigenziali nell'amministrazione dello Stato*

Il d.P.R. 30 giugno 1972 n. 748 individuava nell'ambito della carriera direttiva un'autonoma figura dirigenziale, articolata sulle tre qualifiche di dirigente generale, dirigente superiore e primo dirigente, delimitandone le funzioni sia nei confronti degli organi governativi che nei confronti degli altri funzionari dello Stato.

Vediamo quali aspetti innovativi maggiormente interessano la nostra trattazione:

a) *La consistenza numerica e la carriera.* Il tentativo di identificare poche persone con compiti veramente dirigenziali fu reso vano dalle pressioni della burocrazia, che portarono ad un numero di dirigenti globali decisamente eccessivo, circa 8.000, e alla creazione di una vera e propria carriera dirigenziale articolata su tre livelli: anzi, in relazione a funzioni dirigenziali particolari, quali quelle dell'ambasciatore, del Prefetto di prima classe, del capo della polizia, del ragioniere generale dello Stato ecc. furono mantenute alcune qualifiche di livello superiore a quello di dirigente generale.

b) *Le norme di accesso.* Il d.P.R. n. 748 dettava agli articoli 39-62 la disciplina transitoria per l'inquadramento delle qualifiche dirigenziali dei funzionari già appartenenti alla carriera direttiva e agli articoli 22-25 il procedimento per le successive nomine a primo dirigente e gli avanzamenti alle altre qualifiche dirigenziali. La nomina a primo dirigente si conseguiva attraverso due fasi costituite da un concorso per titoli di servizio e da un successivo corso di formazione dirigenziale con esami finali.

La promozione alla qualifica di dirigente superiore aveva luogo, per la metà dei posti disponibili, mediante scrutinio per merito assoluto e per l'altra metà mediante concorso per titoli di

liane, S. CASSESE, *La carriera del burocrate: dirigenza amministrativa e dirigenza politica in Italia*, in *Lavoro, professionalità e carriera nella pubblica amministrazione*, Collana di sociologia del lavoro e delle organizzazioni, Franco Angeli, Milano, 1982.

servizio: allo scrutinio e al concorso potevano partecipare i primi dirigenti con almeno tre anni di anzianità nella qualifica.

La nomina a dirigente generale avveniva con deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente: è chiaro l'intento di introdurre un rapporto fiduciario fra Ministro e direttore generale. La nomina poteva essere conferita anche ad estranei all'amministrazione dello Stato (art. 25) ed era anche previsto il conferimento della funzione di dirigente generale mediante incarico a tempo determinato non superiore al biennio, non rinnovabile e revocabile in qualsiasi momento (art. 16). Occorre però rilevare che i nuovi criteri di selezione basati su criteri rigidi e obiettivi, poiché minacciavano di mettere in crisi il potere di cooptazione che l'alta burocrazia voleva mantenere nei confronti dei gradi inferiori, rimasero per lungo tempo inattuati. L'uso del potere di nomina da parte del Ministro si era per lungo tempo sostanziato nella proposta di nominare il dirigente superiore più anziano.

La norma che, consentendo la nomina di estranei all'amministrazione, mirava a creare una certa mobilità tra carriera statale e altre carriere, non ha per lungo tempo trovato pratica applicazione.

c) Le sfere di competenza. L'articolo 2 e seguenti del d.P.R. n. 748 elencavano dettagliatamente i compiti dei dirigenti, i cui poteri decisionali riguardavano non solo gli atti vincolati ma anche molti atti discrezionali, nell'ambito dei limiti di materia e di valore indicati per le singole qualifiche. I provvedimenti adottati nell'ambito della potestà amministrativa "propria" erano definitivi. Spettava poi al Ministro vigilare sull'operato dei dirigenti mediante direttive generali ed eventualmente mediante provvedimento successivo di annullamento, revoca, riforma o sospensione, da adottarsi entro quaranta giorni dall'emanazione del provvedimento adottato dal dirigente. La sottrazione degli atti di alta amministrazione non aventi natura o carattere politico al Ministro, sollevava quest'ultimo dalle attribuzioni meramente amministrative e gli consentiva di dedicarsi al suo compito specifico di determinare l'indirizzo politico nel settore di sua com-

petenza. È questa indubbiamente l'innovazione di maggiore significato.

d) La responsabilità per l'esercizio delle funzioni dirigenziali. Ferma restando la responsabilità penale, civile, amministrativa, contabile e disciplinare prevista per tutti gli impiegati dello Stato, i dirigenti erano responsabili del buon andamento, dell'imparzialità e della legittimità dell'azione degli uffici cui erano preposti. Gli eventuali risultati negativi dovevano formare oggetto di contestazione degli addebiti (art. 19, 1°, 2° e 3° comma del d.P.R. n. 748).

e) Il potere di dismissione. Qualora i risultati negativi fossero stati obiettivamente accertati, tenuto conto anche delle controdeduzioni fornite dagli interessati, era prevista non solo la revoca dall'incarico dirigenziale, ma anche il collocamento a disposizione e, nei casi più gravi, anche il collocamento a riposo anticipato (art. 19, 6° e 7° comma del d.P.R. n. 748).

Queste norme conferivano al Governo poteri che prima aveva solo nei confronti di particolari categorie di personale, quali i prefetti, i questori e il personale diplomatico.

Questo potere di dismissione, però, era di fatto inoperante ⁽⁴⁾.

f) Il trattamento economico. Pur prevedendo notevoli aumenti retributivi, di circa il 90 per cento per i dirigenti generali, il d.P.R. n. 748 non colmava certamente il divario tra il livello retributivo del dirigente privato e quello del dirigente pubblico: questo, non aiutava la crescita di una dirigenza pubblica professionalmente preparata e motivata. Il trattamento economico così determinato veniva successivamente aggiornato con provvedimenti legislativi, certamente non in maniera da ridurre detto divario, e veniva escluso dalla contrattazione collettiva in forza dell'art. 26, 4° comma della legge quadro sul pubblico impiego.

(4) Pare sia stato adoperato una sola volta, nel 1979, al Ministero dei trasporti per la nota questione relativa ai controllori del traffico aereo.

2. *La dirigenza nell'ente locale*

Fatta eccezione per la posizione di lavoro del segretario comunale con qualifica dirigenziale, è con grande ritardo che si comincia a parlare di dirigenza a livello di ente locale.

Questo perché il tema della dirigenza si inserisce in un quadro vasto e complesso, i cui contorni possono essere adeguatamente definiti solo alla luce di una concezione più moderna ed avanzata dell'ente locale, una concezione che avrebbe dovuto sgomberare il campo dall'identità di ruoli e competenze tra dirigenza politica e dirigenza amministrativa.

L'articolo 6 del d.l. 29 dicembre 1977 n. 946, convertito con modificazioni nella legge 27 febbraio 1978 n. 43, prevedeva che il trattamento giuridico ed economico del personale dei Comuni, delle Province e dei loro consorzi venisse determinato in conformità ai principi, ai criteri ed ai livelli retributivi risultanti da accordi nazionali a scadenza triennale.

I primi due accordi nazionali di lavoro, approvati con d.P.R. 1 giugno 1979, n. 191 e con d.P.R. 7 novembre 1980 n. 810, non contenevano un'articolata e chiara concezione della dirigenza nell'ente locale. Possiamo solo rilevare che l'art. 24 del d.P.R. n. 191 faceva riferimento alla figura del coordinatore, ma la funzione di coordinamento, tanto più se priva di poteri di comando e se affidata in via temporanea, legava il suo successo alla buona volontà dei coordinati ed era solo una minima parte della funzione di direzione.

L'art. 17 del d.P.R. n. 810, concernente il coordinamento, ricalcava nella sostanza la formulazione del d.P.R. n. 191, precisando che la funzione di coordinatore dipartimentale era affidata ai dipendenti del massimo livello dirigenziale presente nell'ente (X e XI livello).

Mancava ancora un'individuazione delle competenze.

L'art. 12 del d.P.R. n. 810 cominciava però a fare riferimento a criteri e modalità oggettivi di valutazione del personale e l'art. 29 del medesimo d.P.R. prevedeva la costituzione di una commissione paritetica con il compito di formulare le declaratorie delle qualifiche funzionali, comprese quelle dirigenziali, e di in-

dividuare e descrivere i conseguenti profili professionali, con l'intento di ricondurre a pari trattamento in ambito nazionale qualifiche e posizioni di lavoro di pari contenuto professionale.

2.1. *Il profilo professionale del dirigente nel d.P.R. 25 giugno 1983, n. 347*

L'allegato A) al D.P.R. 25 giugno 1983 n. 347 disegnava e descriveva, per la prima volta in maniera compiuta, il profilo professionale del dirigente nell'ente locale.

L'esercizio della funzione dirigenziale, inteso ad assicurare l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa nell'ambito della legalità, veniva allora caratterizzato da:

- preparazione culturale e professionale, tale da garantire i più ampi rapporti interdisciplinari, la collaborazione con e tra diverse professionalità specifiche, l'utilizzo integrato di molteplici competenze tecniche e scientifiche;
- piena autonomia tecnica di decisione e di direzione, in particolare nell'organizzazione ed utilizzazione delle risorse umane e strumentali assegnate;
- diretta responsabilità dell'attività personalmente svolta, nonché delle decisioni assunte e delle disposizioni impartite nell'esercizio delle rispettive attribuzioni.

I dirigenti erano responsabili:

- dell'osservanza delle direttive generali e dei programmi di massima formulati dagli organi competenti nonché dell'esecuzione degli atti degli organi stessi;
- delle disposizioni da loro impartite;
- del conseguimento dei risultati dell'azione dell'ufficio o dell'attività in termini di rapporto tra risultati proposti e risultati raggiunti, anche sotto l'aspetto dell'adeguatezza del grado di soddisfacimento dell'interesse pubblico.

L'esercizio della funzione dirigenziale comportava, ovviamente, un impegno a tempo pieno e la disponibilità alla prestazione di orari di lavoro corrispondenti alle esigenze dei compiti da assolvere anche in rapporto al funzionamento degli organi istituzionali.

La declaratoria sembrava ricalcare, nella sostanza, la disciplina della dirigenza statale ⁽⁵⁾.

2.2. *Il dirigente pubblico oggi*

Siamo partiti da molto lontano per meglio comprendere il presente: diversi contratti si sono succeduti nel tempo, molte norme sono state promulgate con il chiaro intento di portare nella pubblica amministrazione innovazione, trasparenza, efficacia, efficienza, managerialità, semplificazione del sistema amministrativo, delle sue regole e dei suoi procedimenti, semplificazione nell'uso del linguaggio e nei rapporti tra i cittadini e la pubblica amministrazione, chiarezza e distinzione tra il ruolo del tecnico e il ruolo del politico. E' davvero strano un Paese in cui i cambiamenti sociali e culturali, la individuazione del responsabile di un procedimento, la disciplina delle attività di informazione e di comunicazione, l'innovazione, in genere, nella pubblica amministrazione, sembrano dover passare attraverso norme di legge, direttive e circolari.

Non bastano le leggi per determinare il cambiamento di una realtà che ha propri ritmi e propri tempi di maturazione; oggi il cambiamento si presenta anzitutto come cambiamento di natura culturale, come cambiamento nel modo di essere e di operare; compito del legislatore è saper cogliere il segno dei tempi, incentivando le politiche che vanno verso l'innovazione e lo sviluppo, scoraggiando, o rendendo non più possibili, quelle che dovrebbero andare in senso inverso.

Una produzione legislativa eccessiva e ridondante, non sempre coerente e non sempre di adeguata qualità ⁽⁶⁾, non può che rallentare e complicare i processi di cambiamento: occorre ricor-

(5) Per la declaratoria, per un esame più approfondito di analogie e differenze e per alcune considerazioni sulla evoluzione della figura nell'accordo per il triennio 1985-1987, cfr. G. DIQUATTRO, *La dirigenza nell'ente locale*, in *L'Amministrazione Italiana*, 1989, n. 2, p. 206 e n. 3, p. 423.

(6) Cfr. in proposito L. PEGORARO, *Semplificazione del linguaggio e tecniche di redazione degli atti amministrativi*, nel volume *La Semplificazione Amministrativa* edito dall'Università degli Studi di Bologna nella collana *Quaderni della SPISA*.

rere alle norme di legge e regolamentari solo quando non esistono altre possibili forme di regolazione, ampliando nello stesso tempo i poteri e le competenze dell'amministrazione attiva.

A proposito di cambiamenti organizzativi, segnalo in nota ⁽⁷⁾ l'esperienza, interessante e replicabile anche nel pubblico, dell'Officina di Organizzazione presso il dipartimento di Discipline economico-aziendali dell'Università di Bologna.

Mi piace chiudere questa parte del discorso con una bella definizione del dirigente pubblico, che traggio da una recentissima, pratica ed intelligente pubblicazione della Regione Basilicata ⁽⁸⁾.

Il dirigente o *manager* è colui il quale occupa una posizione di superiorità rispetto ad altri per motivi di competenza, professionalità e capacità di gestire e coordinare persone, soldi e strutture. Egli ha il potere di prendere decisioni circa le attività di sua competenza. Egli è responsabile anche del buon andamento del suo ufficio, della qualità, dell'economicità, della trasparenza e dell'efficacia dei servizi che l'organizzazione che egli dirige deve rendere ai cittadini. Egli infine è responsabile degli obiettivi assegnatigli dall'organo di governo della sua amministrazione (Sindaco, Presidente della Regione o della Provincia, Giunta)".

È necessario che tutti i nostri dirigenti acquisiscano piena consapevolezza, ma è altrettanto necessario che cittadini ed amministratori riconoscano questo ruolo; e il riconoscimento non è richiesta di potere, il riconoscimento non è richiesta di visibilità, riconoscimento significa dare un valore, che è altra cosa.

(7) Un gruppo di *manager* di diverse imprese, accomunati dall'essere protagonisti di cambiamenti organizzativi, perché li progettano, li guidano, li coordinano, si riuniscono in un'aula universitaria, per discutere tra loro, e con ricercatori e studiosi dell'organizzazione d'impresa, i casi di cambiamento che stanno vivendo e cui dedicano la propria attività professionale. Tra questi casi di cambiamento organizzativo, dodici sono presentati e commentati nel volume a cura di B. MAGGI, *Le competenze per il cambiamento organizzativo*, Etas, Milano, 2001.

(8) Ascoltare, capire, comunicare, rispondere, farsi capire, andando oltre il linguaggio della burocrazia è l'intento del volume a cura di P. ALBANO, *Parola per parola – istruzioni per l'uso di una regione aperta*, edito dalla Regione Basilicata, 2002.

3. Disposizioni per il riordino della dirigenza statale e per favorire lo scambio di esperienze e l'interazione tra pubblico e privato

La legge 15 luglio 2002, n. 145, reca sostanziali modifiche al Testo Unico sul pubblico impiego n.165/2001, finalizzate al riordino della dirigenza statale.

Afferma il giornalista Mario Pirani ⁽⁹⁾ che una iniziativa di tale generale portata non venne presa né all'avvento del fascismo né dopo la Liberazione e che, anche nel periodo 1922-1925, il problema di un collegamento organico tra Governo e amministrazione venne affrontato rafforzando i poteri discrezionali dell'Esecutivo in materia di nomina, di trasferimento e di destituzione, ma lasciando fundamentalmente intatte le garanzie tradizionali; e ancora che l'inamovibilità, pur non incentivando l'efficienza e la responsabilità, rappresentava una garanzia di autonomia del dirigente; e infine, tra le tante notazioni contenute in un'analisi lucida e concreta, che il marchio politico imposto ai vertici dell'amministrazione si ripercuoterà anche sui 4.600 dirigenti di seconda fascia e, più in generale, su tutta la conduzione dei 3.700.000 dipendenti statali.

Nei giorni immediatamente precedenti e successivi alla data di cessazione automatica degli incarichi prevista dall'art. 3, comma 7, della legge Frattini, molti articoli hanno parlato di *spoils system* ⁽¹⁰⁾

Anche Sabino Cassese, autorevole giurista ed *ex* Ministro della funzione pubblica nel governo Ciampi, conclude un suo articolo ⁽¹¹⁾ affermando che "i dipendenti pubblici sapranno che, d'ora in poi, a essi non si chiede efficienza, ma fedeltà, perché debbono avere la fiducia del vertice politico. E che, quando questo cambia, altri esodi seguiranno. Si ripete, al vertice dello Stato, quanto è accaduto altrove, nelle strutture ospedaliere meri-

(9) Cfr. articolo dal titolo *La grande epurazione dei pubblici dirigenti*, pubblicato sul quotidiano *La Repubblica* del 5 ottobre 2002.

(10) Il termine *spoils system* risalirebbe ad un discorso, fatto intorno al 1831, nel corso del quale il senatore, diplomatico ed *ex* militare americano William Leonard Marcy pronunciò la frase "le spoglie del nemico appartengono a chi vince".

(11) Cfr. articolo pubblicato sul quotidiano *Il Sole - 24 Ore* di venerdì 11 ottobre 2002.

dionali, ad esempio, dove i chirurghi sono più noti per la loro affiliazione politica che per la loro bravura tecnica. Non aspettiamoci, dunque, per il futuro, da questa amministrazione, maggiori rendimenti”.

Non condivido tanto pessimismo e non condivido una valutazione così assolutamente critica sulla legge Frattini.

Già l'art. 1, comma 1, lett. c) del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, contenente le norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, aveva previsto l'applicazione nel pubblico impiego di condizioni uniformi rispetto a quelle del lavoro privato, superando il precedente criterio di gradualità e passando a quello dell'applicazione immediata.

Del resto, il generale riassetto della disciplina dell'accesso al ruolo dirigenziale pubblico, operato dal legislatore attraverso i successivi interventi di cui ai decreti legislativi n. 29/93, n. 80/98 e n. 165/2001, aveva già determinato la netta separazione tra il momento acquisitivo dello *status* dirigenziale e la fase attributiva delle funzioni dirigenziali. In particolare, l'acquisto della qualifica dirigenziale costituisce il solo effetto immediato del superamento del relativo concorso, posto che all'attribuzione delle “funzioni” dirigenziali ⁽¹²⁾ si perviene invece esclusivamente in seguito e per effetto di un ulteriore, complesso procedimento, finalizzato all'identificazione, e conseguente investitura, del soggetto idoneo a rivestire la singola funzione ⁽¹³⁾.

La legge Frattini, quindi, pur con qualche forzatura relativa alla durata degli incarichi ed al campo di applicazione ⁽¹⁴⁾, sem-

(12) Cfr. in proposito l'articolo 19 del Testo Unico sul pubblico impiego nel testo previgente e nel testo novellato.

(13) Cfr. Tribunale Cosenza, Sezione II Civile – Ordinanza 25 febbraio 2002 – Gioia c. Ministero delle Finanze, in *Giust.it*, 2002, n. 3; poiché, già prima del recente riordino, il rapporto non era più regolato dal diritto amministrativo e dai suoi formalismi, giurisprudenza costante esclude un diritto soggettivo al conferimento dell'incarico, sia per i dirigenti in servizio che per gli stessi vincitori di concorso; parimenti l'utilizzazione della graduatoria ha un carattere potestativo e non vincolante per l'ente, in quanto le superiori esigenze organizzative giustificano l'assegnazione delle sedi dirigenziali in base alle capacità professionali e alle finalità istituzionali perseguite dall'ente e non in base alla posizione ottenuta in graduatoria.

(14) Nel testo previgente i contratti avevano una durata minima di due anni e massima

bra comunque idonea a chiudere un percorso che, una volta, finalmente, spezzato il mito della inamovibilità della dirigenza pubblica, dovrebbe valorizzare la responsabilità politica degli organi di vertice nella scelta dei dirigenti, sulla base delle attitudini, delle capacità professionali e dei risultati conseguiti, come del resto previsto dall'articolo 19 del Testo Unico.

La dirigenza ha visto crescere in questi ultimi anni gli ambiti della responsabilità decisionale autonoma, ma, ancora di più con l'ultima riforma, sembra avere perduto in termini di stabilità dell'incarico e di garanzie della titolarità: solo una buona classe politica potrà fare esistere, crescere ed operare una buona dirigenza ⁽¹⁵⁾.

A questo proposito, il testo novellato dell'articolo 19, oltre ad ampliare i limiti percentuali relativi alla possibilità del conferimento di incarichi dirigenziali al di fuori dei ruoli organici della dirigenza statale, introduce un inciso che amplia a dismisura il numero di persone cui può essere conferito un incarico dirigenziale a tempo determinato, anche di direzione generale; infatti, alla comprovata qualificazione professionale con esperienza acquisita per almeno un quinquennio in funzioni dirigenziali, alla particolare specializzazione professionale, culturale e scientifica desumibile dalla formazione universitaria o da pubblicazioni scientifiche, alla esperienza nei settori della ricerca, della docenza universitaria, delle magistrature e dei ruoli degli avvocati e procuratori dello Stato, si aggiunge una non meglio definita concreta esperienza di lavoro maturata, anche presso amministrazioni statali, in posizioni funzionali previste per l'accesso alla dirigenza. Positiva ed auspicabile appare una maggiore mo-

di sette: nel testo novellato la durata massima viene ridotta a tre anni e non viene previsto nessun periodo minimo; la possibilità di far decadere, sia pure con provvedimenti motivati, gli attuali incarichi dirigenziali di livello non generale è virtualmente idonea a far decadere un numero grandissimo di incarichi: di dubbia legittimità appare comunque la immediata applicazione della nuova norma sulla durata massima dell'incarico.

(15) Cfr. in proposito l'interessante articolo di G.D. FALCON, *Riforma della Pubblica Amministrazione e responsabilità della dirigenza*, in *Le Regioni*, 1998, n. 5, p. 1203, che conclude affermando come la *questione amministrativa* non potrà mai essere risolta senza una corrispondente messa a punto di idonei criteri di selezione e legittimazione di una buona classe politica.

bilità tra dirigenza privata e dirigenza pubblica, in quanto la cultura del cambiamento richiede anche il superamento della tradizionale autoreferenzialità della pubblica amministrazione; tuttavia estremamente pericolosa appare la possibilità di prescindere da oggettivi e documentati requisiti di professionalità e di esperienza, perché questo lascia il campo a scelte basate sull'appartenenza e può portare a confusione di ruoli⁽¹⁶⁾. Non è questa, però, la sede per entrare nel merito delle scelte che sono state o che saranno, in concreto, effettuate: molto più interessante appare l'analisi di come il legislatore intende disegnare il ruolo dei dirigenti nei processi di cambiamento.

È necessario che la nuova disciplina venga letta e, soprattutto, applicata nel pieno rispetto dei principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità; l'attività amministrativa, a tutti i livelli, deve essere libera da qualsiasi forma di condizionamento e deve svolgersi in modo da tenere in adeguata considerazione i diritti e gli interessi dei soggetti pubblici e privati, senza favorire indebitamente un soggetto a danno di un altro.

3.1. *Il potere di dismissione oggi*

L'articolo 22 del vigente CCNL per i dirigenti d'industria prevede che l'azienda, nel caso di risoluzione di propria iniziati-

(16) Il quotidiano *La Repubblica* del 6 ottobre 2002, in una pagina interamente dedicata agli effetti della riforma, afferma, tra l'altro, che il dicastero della attività produttive "paga un prezzo cospicuo sull'altare dello *spoils system*: sei direttori generali su dieci lasciano l'incarico. Suscita scalpore e preoccupazione la sostituzione di Tullio Maria Fanelli alla direzione fonti di energia, un tecnico stimato da tutti gli operatori del settore oltre che dai dipendenti del Ministero delle attività produttive. Sarà sostituito da Alessandro Ortis, ex vicepresidente dell'ENEL. Tra i nuovi direttori generali, due fondatori di club di Forza Italia. Oltre a Fanelli, decadono dal loro incarico: Gianfranco Vecchio, Pierantonio Cinti, Carlo Sappino, Antonio Lirosi e Mario Gerbino. Prevista l'uscita di scena di altri nove dirigenti. La Cgil fa notare la non provata professionalità dei nuovi tecnici." Peraltro il Ministro della funzione pubblica, Franco Frattini, come precisa il quotidiano *Il Sole-24 Ore* del 22 ottobre 2002, sottolinea che non c'è stata nessuna epurazione, anche perché i dati parlano chiaro: dei 387 dirigenti ministeriali di prima fascia (su 439 complessivi) interessati al recepimento della riforma il 60% è stato confermato; l'11% è stato spostato ad altri incarichi operativi di livello dirigenziale generale con trattamento economico equivalente; al 7% è stato attribuito un incarico di studio della durata di un anno; e il ricorso a nuovi incarichi è stato pari al 22%.

va del rapporto di lavoro, sia tenuta a darne comunicazione per iscritto all'altra parte, specificandone contestualmente la motivazione; il dirigente, ove non ritenga giustificata la motivazione, potrà ricorrere al collegio arbitrale; il collegio, dopo aver esperito il tentativo di conciliazione, ove, con motivato giudizio, riconosca che il licenziamento è ingiustificato, accoglierà il ricorso, disponendo contestualmente a carico dell'azienda un'indennità supplementare che va da un minimo pari all'indennità di preavviso maturata, maggiorata di un importo equivalente a due mesi, ad un massimo pari al corrispettivo di 22 mesi di preavviso.

La giurisprudenza prevalente della Cassazione ⁽¹⁷⁾ afferma che, affinché il licenziamento del dirigente sia da considerarsi motivato e giustificato, è sufficiente che sia sorretto da un motivo reale ed effettivo e che il datore di lavoro si sia comportato conformemente ai principi di correttezza e buona fede nell'esercizio del diritto di recesso che, appunto, non deve essere pretestuoso, discriminatorio o immotivato e deve essere sorretto da motivi giuridicamente rilevanti.

L'articolo 27 del vigente CCNL dell'area dirigenziale del comparto Regioni/Autonomie locali prevede che in caso di recesso dell'amministrazione per giusta causa si applichi l'articolo 2119 del codice civile e precisa che la giusta causa consiste in fatti e comportamenti, anche estranei alla prestazione lavorativa, di gravità tale da essere ostativi alla prosecuzione, sia pure provvisoria, del rapporto di lavoro ⁽¹⁸⁾.

Appare chiaro come diversi siano presupposti e conseguenze del potere di dismissione, a seconda che parte datoriale sia l'impresa o l'ente pubblico.

La riforma Frattini sembra consentire il superamento di un periodo, forse troppo lungo, in cui gli incarichi dirigenziali rimanevano assegnati a tempo indeterminato, un periodo in cui la rimozione dall'incarico dava luogo ad un apposito procedimento

(17) Cfr. Cassazione. 9 giugno 1995, n. 6520; Cassazione, Sez. Unite 29 maggio 1995, n. 6041; Cassazione, 6 aprile 1998, n. 3527.

(18) Trattasi peraltro di norma la cui applicazione è differita alla data di stipulazione del contratto concernente il collegio di conciliazione, ad oggi non ancora perfezionato.

di natura sostanzialmente sanzionatoria, con i rischi e le conseguenze inevitabilmente legate ai frequenti ricorsi giurisdizionali.

L'articolo 27 del Testo Unico prevede che le Regioni a statuto ordinario, nell'esercizio della propria potestà statutaria, legislativa e regolamentare, e le altre pubbliche amministrazioni, nell'esercizio della propria potestà statutaria e regolamentare, adeguano ai principi dell'articolo 4 e del Titolo II, Capo secondo, concernente la dirigenza, i propri ordinamenti, tenendo conto delle relative peculiarità.

Ne consegue che anche gli enti territoriali, negli spazi ancora più ampi di autonomia che la riforma del Titolo V della Costituzione sembra loro riconoscere, potranno/dovranno valutare se, come e con quali limiti, introdurre nei propri ordinamenti una disciplina del recesso per giusta causa maggiormente aderente a quella in essere nel contratto dei dirigenti d'industria.

È infatti necessario, a garanzia della imparzialità e del buon andamento, che i dirigenti generali vengano scelti, pur con ampi spazi di autonomia e discrezionalità, tra soggetti aventi particolari requisiti, come oggi avviene per i direttori generali delle aziende sanitarie od ospedaliere e per i segretari comunali e provinciali; è opportuno, quando è possibile, che la scelta venga preceduta da un avviso pubblico che consenta a coloro che sono in possesso dei prescritti requisiti di avanzare la loro candidatura; ma è pur sempre necessario garantire alla direzione politica, così come viene garantito all'imprenditore, ricorrendone i presupposti, il potere di risoluzione motivata del rapporto di lavoro.

3.2. La definizione e la negoziazione degli obiettivi

Mentre il privato imprenditore assegna ai propri dirigenti, con ampi spazi di autonomia, sia pure temperati dai contratti collettivi, poteri gestionali più o meno limitati per competenza o valore, l'organizzazione degli uffici pubblici deve essere regolata dalla legge; coloro che agiscono nella pubblica amministrazione, non operano quali rappresentanti o procuratori, ma quali organi, in quanto immedesimano l'amministrazione stessa nel loro agire giuridico.

Ancora più importante è il rispetto dei ruoli e delle competenze, da quando anche i dirigenti pubblici adottano, a termini di legge, tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo: i dirigenti, che sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati, sono divenuti oggi veri e propri organi, sia pure di natura tecnica e non elettiva.

Il recente riordino della dirigenza statale, come precisa la circolare ministeriale del 31 luglio 2002, mira alla coerente attuazione del principio, contenuto nell'articolo 4 del Testo Unico sul pubblico impiego, del necessario collegamento tra la definizione dei criteri direttivi dell'azione amministrativa, lo svolgimento dell'attività gestionale e la verifica dei risultati conseguiti, secondo parametri oggettivi.

È dunque doveroso avere sempre presente la distinzione tra indirizzo e controllo, da un lato, e attuazione e gestione dall'altro: ci sono certamente ambiti di responsabilità facilmente ed inequivocabilmente riconducibili al potere di indirizzo degli organi di governo o al potere gestionale del dirigente, ambiti che devono essere rispettati.

La separazione, tuttavia, non è e non può essere congelata da una linea di demarcazione rigida, formale e statica.

Esiste una zona grigia, ed è quella più importante nei momenti e nei progetti di cambiamento, in cui gli ambiti delle competenze sono la risultante dinamica di un processo di negoziazione, di un processo di relazione e discussione su alcuni punti e contenuti, di volta in volta resi espliciti.

Ciò che conta e che serve è precisare le reciproche attese di ruolo e le regole del gioco: i ruoli separati e distinti ci conducono all'esigenza di un patto per il cambiamento; il patto per il cambiamento è possibile solo se i ruoli sono chiari e accettati; se questo avviene, la separazione non è più un valore in sé, ma è il punto di partenza per vivere nuovi valori, nuove proposizioni, nuovi stimoli.

È però necessario ricercare e riconoscere le competenze, all'interno dell'organizzazione in primo luogo, è necessario mi-

gliorare processi e metodi di definizione e costruzione di obiettivi ed indicatori, è necessario valorizzare i processi di negoziazione degli obiettivi e delle risorse, per aumentare il grado di condivisione della struttura con gli indirizzi strategici e politici.

4. Conclusioni

Un abito nuovo, quindi, per la dirigenza pubblica.

Bisogna acquisire la consapevolezza che la pubblica amministrazione è, oggi più di ieri, ricca di notevoli potenzialità inesprese, che chiedono solo un adeguato riconoscimento per emergere ed operare; ma è anche necessaria una maggiore integrazione con le esperienze maturate nel campo della ricerca scientifica e nelle aziende private.

Le politiche per il cambiamento, l'innovazione e lo sviluppo non si costruiscono certamente sul cambiamento di interi gruppi dirigenti; basterà cambiare, o confermare con apposito atto, dopo attenta valutazione, i titolari di uffici destinati in modo diretto alla collaborazione con gli organi politici o al supporto dei medesimi. Per cambiare una organizzazione o un sistema sociale occorre cambiare anche il modo di proporre il cambiamento: ciò che conta e ciò che serve non è la rottura con il passato, l'improvvisa ed eccezionale evenienza, la rivoluzione, ma è, piuttosto, la quotidiana contemporaneità, l'evoluzione e lo sviluppo plurale e condiviso, in termini di azione e di consapevolezza⁽¹⁹⁾. La pubblica amministrazione, oggi, deve saper mutare dal privato la capacità di individuare la competenza, intesa come "saper essere" relativo al contesto di riferimento, saper essere basato sulle conoscenze, sull'esperienza e sulle caratteristiche personali⁽²⁰⁾.

(19) Cfr. a questo proposito E. SPALTRO e P. DE VITO, *Psicologia per le organizzazioni – Teoria e pratica del comportamento organizzativo*, Carocci editore, Roma, 2002, in particolare il sesto capitolo sulla motivazione al cambiamento.

(20) In tema di selezione, cfr. G. DIQUATTRO, *L'innovazione nelle procedure di selezione del personale e dei dirigenti. Alcuni strumenti per il cambiamento della pubblica amministrazione*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2002, n.1, p. 97.

Sarebbe sbagliato forzare i principi costituzionali per applicare in maniera indiscriminata lo *spoils system* in un ordinamento che non lo prevede, in una realtà che non ha un adeguato mercato del lavoro, in un contesto che non ha ancora conquistato la cultura della mobilità.

Non voglio, in questa sede, formulare giudizi o valutazioni di merito sulla concreta attuazione della legge di riforma. Ove, però, fossero stati sistematicamente utilizzati, per il conferimento dei nuovi incarichi, criteri diversi da quelli volti a valutare la comprovata ed adeguata qualificazione professionale, è auspicabile che si pronunci quanto prima la Corte costituzionale, con una sentenza additiva, che dichiari la illegittimità della legge 15 luglio 2002 n. 145, per contrasto con l'articolo 97 della Costituzione, nella parte in cui non prevede una adeguata valutazione, sul punto, nei provvedimenti di nomina, consentendo così una scelta basata sulle appartenenze di schieramento, più che sulle capacità professionali.

Ovvero con una sentenza di accoglimento parziale, nella parte in cui la legge di riforma sembra consentire la nomina a direttore generale di chi ha maturato esperienze solo in posizioni funzionali previste per l'accesso alla dirigenza.

Se appare, infatti, positiva la possibilità di utilizzare in maniera più ampia e flessibile il potere di dismissione, occorre sottolineare che l'imparzialità nello svolgimento della funzione dirigenziale, presuppone anche imparzialità e trasparenza nei provvedimenti di nomina.

D'altra parte, è proprio nei processi di cambiamento, che devono essere valorizzati criteri e metodi per la scelta dei più capaci e meritevoli, formando ed implementando, attraverso seri e rigorosi processi di formazione e di selezione, una classe dirigente consapevole ed orgogliosa del proprio sapere e del proprio ruolo.

DIA e tutela giurisdizionale (*)

di Federico Gualandi

Sommario

1. *Premessa.* – 2. *La l. 443/2001 e la legge regionale n. 31/2002 (“Disciplina generale dell’edilizia”).* – 3. *Le conseguenze con riferimento al potere sanzionatorio.* – 4. *La tutela giurisdizionale in genere.* – 5. *La tutela del terzo.*

1. Premessa

La tesi che si intende esporre deriva da una “lettura” dell’istituto della DIA in campo edilizio un po’ provocatoria e sicuramente molto “liberale”, come tale opinabile e criticabile⁽¹⁾.

In estrema sintesi, si ritiene che con l’introduzione della DIA non si sia verificata una semplice diversa procedimentalizzazione dei titoli abilitativi, ma si sia verificata una vera e propria ricategorizzazione sostanziale che individua una nuova “griglia” di interventi e di sanzioni ad essi corrispondenti. In pratica, per tutti gli interventi “minori” il legislatore ha operato una chiara scelta di campo, come si può desumere dall’inciso contenuto nel 15° comma dell’art. 4 della l. n. 662/1996, laddove si precisa che “in ogni caso” gli interessati possono presentare, in alternativa alla DIA una richiesta di “autorizzazione”.

Si tratta di una costruzione che fa leva sulla “qualificazione oggettiva” dell’intervento, considerato “minore” per espressa

(*) Questo saggio riproduce l’intervento al Convegno della Società degli Avvocati amministrativisti, Sezione dell’Emilia–Romagna, svoltosi a Bologna in data 28 giugno 2002 sul tema “Attività edilizia ed innovazioni legislative”.

(1) Per una costruzione del tutto antitetica a quella quivi esposta, vedi la lucida ricostruzione di B. GRAZIOSI, *Limite degli interventi edilizi in regime di asseverazione e tutela dei terzi*, in *Riv. Giur. Ed.*, 1996, II, p. 98 ss.

scelta del legislatore, con ciò che ne consegue anche sotto il profilo sanzionatorio⁽²⁾.

Un solido avallo a questa ricostruzione può essere individuato nella sentenza della Corte costituzionale⁽³⁾, nella quale la Corte espressamente afferma che “la necessità di autorizzazione, comune a tutte le opere che hanno identiche caratteristiche edilizie o urbanistiche, è correlata alla qualificazione giuridica oggettiva dell'intervento, senza che muti il tipo di provvedimento e venga richiesta la concessione anziché l'autorizzazione quando vi sia la presenza di vincoli particolari”. Si tratta di una pronuncia sicuramente opinabile, ma richiamata anche di recente dalla stessa Corte di Cassazione (penale)⁽⁴⁾, laddove rileva che tale interpretazione della Corte “deve ritenersi vincolante poiché dalla stessa scaturisce la legittimità costituzionale delle norme denunciate”. Risulta assai significativo, inoltre, che tale ricostruzione sia espressamente condivisa in un interessante contributo di un magistrato penale in tema di DIA⁽⁵⁾, il quale espressamente riconosce che “la posizione assunta dalla Corte costituzionale che considera comunque assoggettabili ad autorizzazione determinati interventi per le loro caratteristiche oggettive, i quali sono dunque in ogni caso sottratti al regime della concessione a prescindere dall'eventuale esistenza di vincoli o di contrasti con prescrizioni urbanistiche, riacquista innegabilmente una sua validità in seguito alla precisa scelta effettuata dal legislatore la quale, si badi bene, è destinata a riflettersi anche sull'interpretazione dell'art. 7 del d.l. n. 9/1982” (...) “le con-

(2) In senso opposto, B. GRAZIOSI, *op. cit.*, p. 98, per il quale “la liberalizzazione non cancella la rilevanza urbanistica degli interventi in regime asseverativo: la (doppia) conformità alla normativa urbanistico - sostanziale è, infatti, un requisito di ammissibilità dell'intervento asseverando. Dal difetto di tale requisito, che chiameremo “ontologico”, consegue, quindi che l'intervento si configura come privo di concessione edificatoria e, pertanto, come abuso edilizio tipico; abuso edilizio tipico da qualificare come totale o parziale a seconda dei criteri di cui agli artt. 7,8,9 e 10 della l. n. 47/1985, e da reprimere conseguentemente”.

(3) Corte costituzionale 24 marzo 1994 n. 100.

(4) Cass. penale, sez. III, 06 maggio 1999 – 11 settembre 1999 in *Riv. Giur. Ed.*, 2000, pp. 1198 - 1199.

(5) A. PADALINO MORICHINI, *La denuncia di inizio di attività*, in *Foro it. Rep.* 2000, voce *Edilizia ed urbanistica*, n. 102.

clusioni raggiunte non mancano di manifestare i loro effetti in ambito penale: infatti la realizzazione degli interventi elencati nel comma 7 dell'art. 4, con denuncia di inizio di attività in assenza di una o più delle condizioni legittimanti il ricorso a tale procedura integra in ogni caso l'ipotesi di esecuzione dei lavori in assenza di autorizzazione e non di concessione e dunque la conseguente impossibilità di configurare i reati di cui all'art. 20, lett. *b)* e *c)*, l. n. 47/1985, per mancanza appunto di uno degli elementi essenziali di tale fattispecie, vale a dire l'esecuzione di opere edilizie subordinate allo specifico obbligo del preventivo rilascio della concessione".

In senso analogo, si esprime quella dottrina che afferma che "l'art. 4 della l. n. 493 del 1993 è intervenuto tanto sull'individuazione delle procedure praticabili per la realizzazione degli interventi nello stesso enumerati quanto sulla determinazione della incidenza edilizia ed urbanistica dei medesimi interventi. Ha infatti operato l'assimilazione di questi ultimi alle opere assoggettate ad autorizzazione, con effetti che non si esauriscono in ambito meramente procedurale. La procedura semplificata ammessa costituisce anzi la naturale conseguenza logica della considerazione sostanziale delle opere e della loro rilevanza solo sotto il profilo edilizio (e non urbanistico) ⁽⁶⁾. D'altronde, vi sono almeno due ragioni che giustificano ed avvalorano questa ricostruzione. Innanzitutto, pare un'evidente forzatura ed un non-senso sanzionare come realizzato "in assenza di concessione" un intervento (si pensi ad una "pertinenza" che non rispetti le distanze dai confini stabilite nel Regolamento edilizio) che indubbiamente non avrebbe potuto essere realizzato neanche ricorrendo al titolo "maggiore". In secondo luogo, il termine di confronto individuato dalla Legge è la "trasformazione del territorio" e questo parametro risulta di tipo "oggettivo" e non suscettibile di mutare (anche ai fini penali) in ragione di elementi estranei (la conformità alla normativa urbanistica ed edilizia) che con il medesimo non hanno nulla a che vedere.

(6) Così D. FODERINI, *Il regime sanzionatorio degli interventi edilizi assoggettati a denuncia di inizio di attività*, in *Riv. Giur. Ed.*, 1999, p. 319.

2. *La l. 443/2001 e la legge regionale n. 31/2002 (“Disciplina generale dell’edilizia”)*

Occorre ora valutare se le conclusioni raggiunte con riguardo a quanto disposto dalla l. n. 662/1996 siano valide anche in riferimento alla l. n. 443/2001 ed alla legge regionale n. 31/2002 (“Disciplina generale dell’edilizia”). Si omette volutamente ogni riferimento al TU dell’Edilizia, perché si tratta di un TU che assai difficilmente “vedrà la luce” nel nostro ordinamento, per i noti motivi dovuti alla riforma del Titolo V della Costituzione. Si può affermare, in estrema sintesi, che le conclusioni non mutano. Anche in questo caso, infatti, il legislatore ha dato una qualificazione “sostanziale” agli interventi, criticabile fin che si vuole, ma innegabile.

Il legislatore ha ritenuto cioè che la rilevanza di detti interventi sia marginale (non a caso, la presentazione “giornalistica” delle finalità della legge è quella che si esprima nel noto *slogan* “padroni a casa nostra”), e che tali interventi non determinino quella “trasformazione del territorio” che è il presupposto per l’applicazione del regime sanzionatorio proprio della concessione edilizia.

In questo senso pare esprimersi anche la prima dottrina, laddove rileva che “una volta che una categoria di attività sono state sottoposte dalla legge al regime della dichiarazione, costituendo la legge stessa il titolo per il loro svolgimento, il potere concessorio è del tutto inesistente, sicché più che di regime alternativo si dovrà, tecnicamente, parlare di liberalizzazione delle attività e loro sottoposizione al regime della dichiarazione” (7). Può aggiungersi che l’11° comma dell’art. 1 della l. n. 443 del 2001, abroga espressamente il comma 8° dell’art. 4 del decreto-legge 5 ottobre 1993 n. 398, quasi a voler “svincolare” gli interventi “minori” dalla rigorosa verifica della sussistenza di tutte quelle condizioni (tra cui la conformità agli strumenti urbanistici vigenti ed adottati) previste, appunto, dal comma 8 ora espres-

(7) Così L.R. PERFETTI, *La denuncia di inizio di attività in alternativa alla concessione e all’autorizzazione*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2002, p. 481.

samente abrogato. Per quanto riguarda la recente legge regionale n. 31/2002, si ritiene che la obbligatorietà della DIA (che elimina così ogni lettura solo “procedimentale” della riforma) e la previsione (art. 10, comma 8) che “la realizzazione delle trasformazioni con denuncia di inizio di attività è soggetta alla disciplina sanzionatoria e fiscale prevista dalle norme statali vigenti per l’esecuzione delle corrispondenti opere confermino quanto sopra detto. Al di là di una formulazione un po’ “criptica” della previsione, pare che il legislatore regionale abbia inteso dire che solo laddove il legislatore statale prevede come titolo il (solo) “permesso di costruire” sia possibile applicare le corrispondenti sanzioni per le trasformazioni effettuate con DIA (e non, viceversa, quando il legislatore statale – come nel caso della ristrutturazione – prevede che l’intervento possa essere realizzato in base a “semplice denuncia di inizio di attività”). Un’ulteriore conferma di tale ricostruzione pare desumersi da quanto disposto al 2 e 3 comma dell’art. 8 laddove, dapprima si prevede che il Consiglio comunale procede a stabilire quali tra alcuni interventi assoggettati a denuncia di inizio di attività (si tratta degli interventi restauro e risanamento conservativo, della ristrutturazione edilizia e dei mutamenti di destinazione d’uso senza opere), quindi si precisa che la “realizzazione delle trasformazioni sottoposte a permesso di costruire ai sensi del comma 2 è soggetta alla disciplina sanzionatoria e fiscale prevista dalle norme statali per l’esecuzione delle corrispondenti opere”. Da ciò si dovrebbe dedurre che – fatta salva questa speciale ipotesi – nella generalità dei casi la disciplina sanzionatoria applicabile dovrà identificarsi con quella dettata dal legislatore statale per le opere “minori”, a prescindere dall’eventuale esistenza di vincoli o di contrasti con prescrizioni urbanistiche.

3. *Le conseguenze con riferimento al potere sanzionatorio*

Le conseguenze della costruzione sopra delineata sono di immediata ed intuitiva evidenza. Infatti, nelle ipotesi in cui l’intervento sia oggettivamente qualificabile come “intervento

minore” e come tale riconducibile alla categoria delle opere eseguibili con semplice DIA, non risulterà possibile applicare sanzioni “reali” o “restitutorie”, con ciò che ne consegue anche in tema di tutela del terzo “controinteressato”. La sola sanzione applicabile sarà infatti solo quella pecuniaria.

Tale conclusione, che discende dall’esame del diritto positivo, trova la propria ragione sostanziale sia nella rilevanza delle trasformazioni che viene ritenuta “minima”, sia nella seguente considerazione. Dato che la DIA in edilizia non è altro (in un rapporto da genere a specie) che il riadattamento, in campo edilizio, dell’art. 19 della l. n. 241/1990, è logico che il *focus* del legislatore sia posto sull’“attività” esercitata in assenza delle condizioni legittimanti, così da giustificare la previsione di sanzioni aventi natura “afflittiva” (piuttosto che sanzioni di natura “rispristinativa”), laddove – nella l. n. 47/1985 – il *focus* è sulla idoneità dell’opera abusiva a determinare una trasformazione del territorio.

In sintesi, mentre la l. 662/1996 sanziona una “attività”⁽⁸⁾ scorretta, la l. n. 47/1985 sanziona invece le conseguenze dell’“attività” e cioè quegli “interventi” e quelle “opere” che realizzano una trasformazione non consentita del territorio.

Vi è quindi una evidente difficoltà (quando non una vera e propria impossibilità) a “tenere insieme” le due categorie.

4. La tutela giurisdizionale in genere

Passando ora all’esame delle possibili forme di tutela giurisdizionale, non si ritiene che sussistano particolari problemi per l’ipotesi in cui – entro il termine previsto dalla legge – vi sia il “motivato ordine di non effettuare le previste trasformazioni”. In questo caso, infatti, il soggetto che ha effettuato la “denuncia” potrà impugnare detto provvedimento innanzi al TAR, e richiedere tutela (anche cautelare) al giudice amministrativo. Non pare

(8) Per “attività” deve intendersi infatti “un insieme di operazioni, comportamenti e decisioni proprie di un individuo (o di una categoria di individui) tesi alla realizzazione di uno scopo” (così Zingarelli, Zanichelli, 1971).

però inutile sottolineare che – a differenza di quanto sostenuto da una recente dottrina⁽⁹⁾ – la posizione di detto soggetto è *ab origine* di “diritto soggettivo”⁽¹⁰⁾, cosicché il “denunciante” potrà sì impugnare il provvedimento della PA, ma anche chiedere al giudice l’accertamento del proprio (giusto) diritto ad effettuare le trasformazioni in questione⁽¹¹⁾.

A questo punto appare però necessario sciogliere un altro “nodo” fondamentale. Occorre cioè chiedersi che cosa accade decorso il periodo di tempo che la legge assegna all’amministrazione per “notificare agli interessati l’ordine motivato di non effettuare le previste trasformazioni”.

Ci si deve chiedere cioè, se si tratti di un termine perentorio o ordinatorio e quali siano i poteri che residuano all’amministrazione una volta che detto termine sia decorso.

Per quanto riguarda il primo aspetto, la dottrina più autorevole e qualificata opta chiaramente per la natura perentoria del termine stesso⁽¹²⁾, così come parte della giurisprudenza (cfr. TAR Friuli-Venezia Giulia, 30 gennaio 2001 n. 18⁽¹³⁾, e Cons. di Stato, sez. V, 11 maggio 1998 n. 554⁽¹⁴⁾); *contra*: TAR Puglia,

(9) Cfr. A. MANDARANO, *La DIA nel T.U. edilizia e nella Legge obiettivo*, in *Urb. e App.*, 2002, p. 148, secondo il quale solo alla scadenza del termine, “con il definitivo consolidarsi della denuncia di inizio di attività, l’interesse legittimo si espande in diritto soggettivo”.

(10) In tal senso si vedano i fondamentali lavori di L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996; E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo*, Padova, 2001; A. TRAVI, *Silenzio-assenso, denuncia di inizio di attività e tutela dei terzi controinteressati*, in *Dir. Proc. Amm., op. cit.*, p. 16 ss.

(11) Qualche problema potrebbe porsi con riferimento ad un eventuale provvedimento cautelare del giudice che sospenda il provvedimento del Comune. In questo caso, infatti, il termine riprenderebbe a decorrere e, se si accetta la tesi della “perentorietà” del termine, l’amministrazione rischierebbe di vedere definita, in sede cautelare, la controversia.

(12) Cfr. A. TRAVI, *Silenzio assenso e denuncia di inizio di attività* p. 16 ss.; ma vedi anche, ad esempio, A. MANDARANO, *La DIA nel T.U. edilizia...*, *op. cit.*, p. 148.

(13) Secondo tale pronuncia tale perentorietà varrebbe anche “nell’ipotesi in cui i lavori dovessero essere assentiti, in realtà, con la concessione edilizia. Ed invero, occorre considerare tutti quei casi in cui, in buona fede, il privato ha posto in essere il procedimento per denuncia, nella convinzione (che potrebbe essere, in ipotesi, avvalorata da pareri tecnici) che non sia necessario il formale titolo autorizzatorio”. Tale ultima precisazione mi pare eccessiva e non condivisibile.

(14) In *Foro Amm.*, 1998, p. 1403.

Bari, sent. n. 4792/2001 e TAR Toscana, sez. II, 17 febbraio 1998 n. 225).

In talune pronunce, poi, parrebbe che al termine (preventivo) di venti giorni si accompagni il termine più generale di sessanta giorni previsto dall'art. 19 della l. n. 241/1990⁽¹⁵⁾. Tale ultima costruzione (denuncia 20 gg. prima, con la possibilità di ordine motivato di non effettuare le previste trasformazioni / inizio dell'intervento / altri 40 gg. per la verifica circa la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti, con possibilità di disporre – se del caso – con provvedimento motivato, il divieto di prosecuzione dell'attività e la rimozione dei suoi effetti e con la possibilità per l'interessato di conformare alla normativa vigente la propria attività) può apparire un po' forzata, ma ha il pregio di evitare che l'utilizzo della DIA in edilizia (utilizzo che il legislatore ha ritenuto richiedesse maggiori cautele rispetto alle altre ipotesi di cui all'art. 19 della l. n. 241/1990), finisca, viceversa, per fruire di un trattamento "privilegiato", dato che il termine (perentorio) previsto dalla l. n. 662/1996 risulterebbe assai più breve di quello previsto (in generale) dall'art. 19 (come modificato dalla l. n. 537/1993)⁽¹⁶⁾.

Affermare la "perentorietà" del termine non significa affatto, però, escludere che il Comune possa – nell'esercizio del suo potere di accertamento e repressione degli abusi edilizi (espressione di un potere che è assai diverso rispetto al potere di verifi-

(15) Cfr. Cons. di Stato, Ad. Generale, 28 aprile 1994 n. 137, in *Foro it.*, 1996, III, p. 329, secondo il quale "relativamente alle attività che il privato può svolgere previa comunicazione all'amministrazione del loro inizio, è limitato al termine perentorio di sessanta giorni l'esercizio, da parte dell'amministrazione stessa, del potere di verifica d'ufficio dei presupposti e dei requisiti di legge, nonché di disporre ulteriori incombenzi"; analoga parrebbe la posizione del TAR Emilia-Romagna, Parma, 08 giugno 2001 n. 325, laddove si rileva che "il diniego comunale ... è intervenuto ben oltre il termine perentorio di sessanta giorni previsto dall'art. 2 della legge 24 dicembre 1993 n. 537, per l'esercizio del potere di controllo sulle denunce di inizio di attività. Infatti, decorso tale termine, sono consentiti solo interventi analoghi a quelli esercitabili in sede di autotutela tenuto conto da un lato dell'interesse pubblico e dall'altro dell'affidamento ivi generato al privato dalla scadenza del suddetto termine".

(16) Si consideri, al riguardo, che la stessa l. n. 662/1996 afferma che la denuncia di inizio attività in ambito edilizio è disposta "ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2 della legge 24 dicembre 1993, n. 537".

ca preventiva circa la regolarità della DIA ⁽¹⁷⁾ – procedere a sanzionare gli abusi stessi.

Sono allora possibili due ipotesi:

- l'abuso consiste in un intervento che rientra tra quelli "oggettivamente" riconducibili alla DIA, nel qual caso risultano applicabili – per le considerazioni espone in precedenza – le sole sanzioni pecuniarie previste dalla legge 662/1996;
- l'abuso consiste in un intervento che "eccede" (oggettivamente) la categoria degli interventi assoggettabili a DIA, in quanto per detto intervento sarebbe stato necessario richiedere la concessione edilizia (o il "permesso di costruire"). In questo secondo caso, l'amministrazione potrà senza dubbio procedere, senza limiti di tempo, ad adottare le sanzioni previste dalla l. 47/1985, ivi comprese quelle "reali" o ripristinatorie.

In ogni caso, sarà possibile applicare la sanzione (penale) prevista dall'art. 20, lettera *a*) della l. n. 47/1985, vera e propria "norma penale in bianco, la cui sfera di applicazione non è affatto limitata alla sola attività edilizia per la quale è richiesta la concessione, ma comprende ogni tipo di intervento, comunque effettuabile, che abbia determinato l'inosservanza delle norme di legge e delle altre disposizioni indicate nel precetto" ⁽¹⁸⁾.

5. La tutela del terzo

Dalla costruzione sopra delineata discendono importanti conseguenze anche in riferimento alla tutela giurisdizionale del terzo, vero e proprio *punctum dolens* dell'istituto della DIA.

Si consideri infatti che, in teoria, l'attività soggetta a DIA dovrebbe essere – per sua stessa natura – un'attività che non va ad incidere nella sfera giuridica di soggetti terzi ⁽¹⁹⁾.

(17) Non a caso, il disegno di legge regionale distingue (art. 11) tra un controllo preventivo di tipo "formale" ed un controllo successivo "di merito", volto a verificare la sussistenza delle condizioni sostanziali.

(18) Così A. PADALINO MORICHINI, *La denuncia di inizio di attività*, *op. cit.*, p. 258.

(19) Cfr. Cons. di Stato, Adunanza Generale 06 febbraio 1992 n. 27/1992, laddove si

In realtà, tale rilievo manifesta tutta la sua insufficienza quando la DIA viene utilizzata in ambito edilizio e quando se ne dilata a dismisura l'operatività (come è avvenuto con la Super-DIA). Ciò premesso, si passa ad esaminare le diverse soluzioni che possono profilarsi.

Nella precedente ipotesi *sub a*), al terzo che si ritenga danneggiato dalla DIA, dopo la scadenza del termine (perentorio) previsto dalla legge, residuerà solo la possibilità di una tutela innanzi al giudice ordinario, con le ben note azioni previste dal codice civile (denuncia di nuova opera, azioni possessorie, *etc.*). Si potrebbe ritenere che – dopo la riforma introdotta dall'art. 34 del d.lgs. n. 80/1998 – anche queste azioni debbano oggi essere proposte innanzi al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva.

Personalmente si ritiene che tale soluzione non sia corretta, dato che si tratterebbe di una controversia tra due privati, cosicché difetterebbe quel carattere *trilatero* ⁽²⁰⁾ (e cioè involgente anche l'attività dell'amministrazione) che pare imprescindibile perché la controversia possa rientrare nella cognizione del giudice amministrativo.

Inoltre, il terzo danneggiato potrebbe agire nei confronti della pubblica amministrazione che abbia agito con negligenza, non esercitando tempestivamente i propri poteri.

In questo senso la dottrina più qualificata ricorda i casi già affrontati dalla giurisprudenza (es. per l'attività di controllo della Consob) e qualifica anche la posizione giuridica soggettiva del terzo come vero e proprio “diritto soggettivo” ⁽²¹⁾.

Viceversa, nell'ipotesi *sub b*) le possibilità di tutela sono più

rileva che “il regime previsto dagli artt. 19 e 20 della l. n. 241/1990 sembra destinato, d'altra parte, a trovare applicazione, in linea di massima, con riferimento a casi in cui il rilascio dell'autorizzazione o dell'atto di assenso non incida direttamente sulla sfera giuridica di terzi; sicché, per essi, non sembra sussistere la necessità di quelle particolari garanzie predisposte, anche in riferimento ai terzi, dalla disciplina del Capo III della legge” (n. 241/1990: n.d.r.).

(20) Cfr., sul punto, TAR Lombardia, Milano, sez. III, 22 gennaio 2001, n. 130, in *Trib. Amm. Reg.*, 2000, p. 4999.

(21) Così A. TRAVI, *Silenzio-assenso, denuncia di inizio di attività e tutela dei terzi controinteressati*, *op. cit.*, pp. 27-28.

ampie. Il terzo potrà infatti sollecitare l'intervento della pubblica amministrazione e – a fronte di una inerzia della medesima – sfruttare le possibilità oggi offerte dal “rito del silenzio” di cui all'art. 2 della l. n. 205/2000.

Non pare inutile sottolineare che non potrà essere opposto al terzo la insussistenza di un obbligo di provvedere in capo all'amministrazione, dato che – ai sensi dell'art. 4 della l. n. 47/1985 – l'attività di verifica degli abusi e della repressione dei medesimi ha carattere doveroso, con conseguente obbligo di provvedere.

Peraltro, se la pretesa del terzo è ricostruibile in termini di “diritto soggettivo”, si può anche ipotizzare un'azione di accertamento (*ex art. 34 del d. lgs. n. 80/1998*), che prescindendo da una previa diffida e che abbia ad oggetto l'accertamento dell'illegittimità del “comportamento” inerte della PA ⁽²²⁾ e l'accertamento del diritto ad ottenere l'inibizione dell'attività (eventualmente anche in sede cautelare, con un'ordinanza di inibizione del *facere*).

Tali conclusioni non dovrebbero mutare anche se si sceglie di aderire ad una ricostruzione che, se si presta ad alcune critiche da un punto di vista teorico, ha l'inevitabile pregio di riproporre categorie e schemi giuridici più noti e più familiari.

Ci si riferisce a quella ricostruzione ⁽²³⁾ che vede nella DIA un “titolo edilizio”, a formazione progressiva (denuncia / decorso dei venti giorni / silenzio mantenuto dalla PA) che non proviene dall'amministrazione, ma trae origine direttamente dalla legge. Tale ricostruzione ha il pregio di condurre alla identificazione di un “titolo abilitante”, assai più rassicurante e “ordinario”.

Pare che si muova in questa direzione (non so quanto consapevolmente) la recente legge regionale n. 31/2002, che all'art 10, comma 6 (“Disciplina della denuncia di inizio di attività”),

(22) In tal senso S. BINI, *Il rito del silenzio applicato alla DIA*, in *Urb. e App.*, 2001, p. 1121; in senso analogo A. BIANCHI, *La denuncia di inizio di attività in materia edilizia. Profili ricostruttivi dell'istituto con particolare riferimento alla tutela giurisdizionale del terzo*, in *Riv. Giur. Ed.*, 1998, pp. 171-172.

(23) Cfr. A. BIANCHI, *La denuncia di inizio attività...*, *op. cit.*, p. 173 ss.

espressamente dispone che “la sussistenza del titolo edilizio è provata con la copia della denuncia di inizio di attività da cui risulta la data di ricevimento della stessa da parte dell’amministrazione comunale, l’elenco di quanto presentato a corredo del progetto, l’attestazione del professionista abilitato, nonché gli atti di assenso di altre amministrazioni eventualmente necessari”.

In questo senso può trovare giustificazione e comprendersi anche quella giurisprudenza del TAR Emilia-Romagna, Bologna⁽²⁴⁾ che ha ritenuto di poter sospendere, in sede cautelare, una DIA nei confronti della quale l’amministrazione era rimasta inerte.

Come si è detto, anche nell’ipotesi in cui si configuri la DIA come un vero e proprio “titolo edilizio” (e non come semplice esercizio di un’attività “libera”, riconducibile alla sfera dell’*agere licere*) le conseguenze non mutano né sotto il profilo sanzionatorio né sotto quello della tutela del terzo.

Se, infatti, la sanzione rimane legata alla qualificazione giuridica oggettiva dell’intervento, appare assai arduo configurare in capo al terzo una legittimazione ed un interesse effettivo a richiedere l’applicazione di misure sanzionatorie di tipo pecuniario, essendo ben noto che la giurisprudenza nega generalmente la configurabilità di detta possibilità, posto che il terzo non riceverebbe alcun concreto vantaggio dall’applicazione della sanzione stessa⁽²⁵⁾.

(24) Cfr. Ordinanza TAR Emilia-Romagna, sez. II, 28 maggio 1999 n. 179.

(25) Vedi, ad esempio, TAR Lombardia, Brescia, 26 maggio 1992, n. 498.