

LE ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

Regione e Governo Locale

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

5

**2008 · ANNO XXIX
settembre/ottobre**

Il “federalismo” fiscale

Stranieri e diritti

Approfondimenti

Indice 5.08

IL "FEDERALISMO" FISCALE

- 525** Che ha di federale il "federalismo fiscale"? / *Roberto Bin*
- 531** Riflessioni in tema di federalismo fiscale, responsabilità politica e tetti massimi di incremento da parte dello Stato / *Mario Vanni*

STRANIERI E DIRITTI

- 541** *Welfare* e immigrazione: le declinazioni dell'uguaglianza / *Giuditta Brunelli*
- 557** I diritti sociali degli stranieri tra frammentazione e non discriminazione. Alcune questioni problematiche / *Francesca Biondi Dal Monte*

APPROFONDIMENTI

- 599** Diritti fondamentali e Regioni: il nuovo Titolo V alla prova della giurisprudenza costituzionale / *Andrea Guazzarotti*
- 623** L'art. 120 della Costituzione e il suo ruolo nella riforma del Titolo V / *Annamaria De Michele*
- 697** Povertà e ordinanze dei Sindaci: le politiche pubbliche e l'importanza delle questioni organizzative / *Fulvio Cortese*

Il “federalismo” fiscale (*)

(*) All'avvio del lungo percorso legislativo che dovrebbe portare all'attuazione dell'art. 119 Cost., pubblichiamo due note critiche al d.d.l. sul “federalismo fiscale” sperando che servano a stimolare il dibattito. Qualsiasi contributo sarà ben accetto.

Che ha di federale il “federalismo fiscale”?

di Roberto Bin

Da molti anni nel linguaggio della politica dell’aggettivo *federale* e dei suoi derivati si fa un uso smodato. Nel 2001 la maggioranza di centro-sinistra ha approvato, in nome del federalismo, una riforma del Titolo V nel cui primo articolo, l’attuale art. 114 Cost., alla parola *Repubblica* si è tolta solo *in extremis*, forse per un rigurgito di buon gusto, l’aggettivazione ‘*federale*’. Pochi anni dopo, il centro-destra ha fatto passare in Parlamento una vasta riforma costituzionale (fortunatamente respinta dal *referendum* popolare) in cui l’appellativo di ‘*federale*’ veniva appiccicato ad un Senato rimodellato nel modo più stravagante e impossibile da far funzionare. Oggi tocca di essere “federale” alla legge di attuazione dell’art. 119 Cost., dalla quale dipendono in effetti le residue speranze di un accettabile funzionamento delle relazioni tra Stato, Regioni e enti locali. Il nome in codice di questa riforma è “federalismo fiscale” e – a prestar fede a quanto dice e ripete la Lega – dalla sua approvazione dipende la sopravvivenza stessa della coalizione di Governo.

Si tratta di un disegno di legge (S. 1117) che contiene una “*Delega al Governo in materia di federalismo fiscale*”: è indicato come un “collegato” alla manovra di finanza pubblica e quindi godrà dei privilegi procedurali disposti dai regolamenti parlamentari. Annunciando questo “collegato”, il DPEF per gli anni 2009-2013 precisava che “*l’attuazione del federalismo fiscale non deve comportare né aumenti della spesa pubblica né inasprimenti dell’imposizione fiscale sui cittadini*”, ma deve garantire “*la massima trasparenza ed efficienza nelle decisioni di entrata e di spesa, in modo da valorizzare il controllo democratico dei cittadini e la responsabilità degli amministratori*”. Obiettivi ambiziosi, che è difficile non condividere: ma il d.d.l. mantiene le promesse?

Per il momento si tratta solo di una delega legislativa, ma le linee generali della riforma emergono già dalla definizione dell'oggetto e dei *principi e criteri direttivi* e sono abbastanza nette. La strada che il Governo dovrà seguire nell'attuazione della delega è scandita da alcune tappe ormai prestabilite.

In primo luogo, il "federalismo fiscale" muove il suo primo passo con l'esercizio della potestà legislativa esclusiva che l'art. 117.2, lett. *m*), Cost. assegna allo Stato. Per determinare le risorse da attribuire alle Regioni, si dovranno infatti definire i "livelli essenziali" delle prestazioni pubbliche, di cui si garantisce il finanziamento integrale. Ma non di tutte, ché sarebbe impossibile, ma solo di quelle relative all'istruzione, alla sanità, all'assistenza e ai trasporti locali. Sono in effetti i settori che assorbono la maggior parte dei bilanci regionali: definiti i "livelli essenziali" (per il trasporto si parla di un "livello adeguato"), sarà possibile poi calcolare i fabbisogni, necessari al finanziamento integrale (attraverso l'IRAP e il sistema delle aliquote e delle compartecipazioni nei tributi erariali) delle prestazioni regionali sulla base di costi *standard*, prevedendo perciò un progressivo superamento del riferimento alla spesa storica. Per le altre competenze regionali, invece, "*il concetto di fabbisogno standard è sostanzialmente inapplicabile e quindi scongiurato, anche perché, per esse, non esistono le preoccupazioni di ordine politico e sociale che possono suggerire la scelta della perequazione integrale*"; rispetto ad esse è invece prevista "*una perequazione alla capacità fiscale, tale da assicurare che le dotazioni di risorse non varino in modo eccessivo da territorio a territorio e quindi compatibile con una maggiore differenziazione territoriale nella composizione della spesa pubblica locale*" (le citazioni sono tratte dalla *Relazione* al d.d.l.). Questa parte della spesa regionale verrà finanziata con il gettito dei tributi regionali (e con un limitato concorso statale in perequazione). Infatti, il d.d.l. prevede che le Regioni, nelle materie non assoggettate a imposizione da parte dello Stato, possano istituire propri tributi.

Meccanismi simili devono essere istituiti anche per il finanziamento degli enti locali. Anche qui si inizia con l'esercizio

della potestà legislativa esclusiva dello Stato (art. 117.2, lett. p)): una classificazione delle spese degli enti locali dovrà distinguere principalmente tra spese riconducibili alle "funzioni fondamentali" (per le quali è garantito il finanziamento integrale in base al fabbisogno *standard*, attraverso tributi propri, addizionali o compartecipazioni al gettito di tributi erariali e regionali, e il fondo perequativo) e le spese relative alle altre funzioni (finanziate con il gettito dei tributi propri e con il fondo perequativo). Spetterà allo Stato individuare i tributi propri dei comuni e delle Province (risultanti dall'attribuzione di tributi o parti di tributi già erariali, nonché dalla sostituzione o trasformazione di tributi già esistenti) e stabilirne le aliquote di riferimento valide per tutto il territorio nazionale; ma gli enti locali potranno istituire un tributo comunale e uno provinciale per particolari scopi, ed anche le Regioni potranno istituire nuovi tributi comunali e provinciali.

Il quadro appare abbastanza chiaro nelle sue linee essenziali. Ma – ci si può chiedere – che cosa ha di "federale"? Esso, in fondo, appare più coerente con il vecchio Titolo V che con il nuovo. Sembra che il Governo, scrivendo il d.d.l., abbia dimenticato la riforma costituzionale del 2001. L'assetto che viene delineato dal "nuovo" art. 117 Cost. si regge infatti su un criterio ben chiaro: che la Costituzione si occupa di enumerare le competenze legislative e amministrative dello Stato, non quelle delle Regioni. Ora questo criterio potrà sembrare un po' velleitario per quanto riguarda la ripartizione della funzione legislativa, ma non altrettanto per quelle amministrative: in altre parole, si potrà criticare che allo Stato siano state negate quelle funzioni legislative di impulso e di coordinamento che infatti la Corte costituzionale gli ha saggiamente riaccreditato attraverso la rilettura del principio di sussidiarietà e la scoperta del "senso dinamico" della tutela della concorrenza; ma non vi sono ragioni per ritenere inopportuno che allo Stato centrale vengano tolte le funzioni di amministrazione attiva che devono essere esercitate sul territorio e nei confronti dei cittadini. Però fare le leggi non costa (o perlomeno non costa molto), amministrare invece sì. Perché allora procedere nella direzione segnata dal "vecchio"

art. 117 Cost., invece di seguire quella del “nuovo” testo? Non sarebbe stato più semplice, oltre che “più federale”, iniziare enumerando le funzioni amministrative che restano a carico dello Stato, anziché quelle poste a carico del sistema regionale e locale? Come mai un Governo così platealmente pervaso da “afflato federalista” non ha colto questa “opportunità”?

Merita sottolineare l'aporia che incombe sul legislatore che si accinga a individuare le funzioni amministrative poste a carico delle Regioni e degli enti locali: nel sistema dell'attuale Costituzione, queste funzioni sono per definizione non enumerabili, anzi tendenzialmente indefinibili se non infinite. Al contrario, le funzioni amministrative dello Stato sono facilmente determinabili proprio seguendo la falsariga dell'art. 117.2 Cost.: il “servizio” della difesa, quello della sicurezza pubblica, quello diplomatico, quello della giustizia, quello del debito pubblico ecc.; si aggiungano i costi degli organi costituzionali, quello degli apparati amministrativi necessariamente centrali e l'elenco può tranquillamente essere definito e “quotato” in termini di fabbisogno finanziario. Il resto spetta al sistema locale e copre tutti le prestazioni che esso deve erogare.

Se si fosse ragionato da un punto di vista coerentemente “federale” (uso questo termine con il dovuto distacco, perché assunto il punto di vista interno ad un quadro costituzionale, quello vigente, che comunemente non è ritenuto qualificabile con questo aggettivo) si sarebbero ottenuti alcuni obiettivi, oltre a quello di una maggior chiarezza. Mi riferisco ad un obiettivo sacrosanto, che la riforma varata dal Governo innalza come bandiera, quello della responsabilità finanziaria.

Il d.d.l. ne fa un vessillo, ma gli offre ben poca strumentazione. Il primo dei principi generali che devono ispirare la delega è infatti quello della “*autonomia e responsabilizzazione finanziaria di tutti i livelli di governo*” (art. 2.2, lett. a)); più in là, nelle norme sul coordinamento finanziario, si prevedono (art. 15, lett. d)) meccanismi di premio e di sanzione per gli enti più virtuosi e meno virtuosi rispetto agli obiettivi di finanza pubblica: fra le sanzioni si contemplano anche “*l'attivazione nella misura massima dell'autonomia impositiva*”, nonché sanzioni nei

confronti degli organi di governo e amministrativi, sino all'ineleggibilità nei confronti degli amministratori responsabili dello stato di dissesto finanziario. Lo Stato insomma si erge paternalisticamente a tutore del rigore finanziario degli altri, ma non certo anche del suo: la sua sovranità finanziaria resta intatta; responsabilità finanziaria sì, dunque, ma *not in my backyard*. Anche questo è un atteggiamento ben poco rispondente ad una visione "federale".

Si è imboccata insomma una strada complicata e oscura. Cercare di definire il *quantum* delle finanze necessarie allo svolgimento dei compiti amministrativi delle Regioni e degli enti locali, per poi individuare gli strumenti fiscali necessari alla copertura, è un'operazione assai più ardua e assai meno trasparente di quella che si sarebbe potuto affrontare iniziando a definire il costo delle funzioni accollate alle amministrazioni statali. Imporre un controllo sul rigore finanziario delle Regioni e degli enti locali può servire soltanto alle esigenze di equilibrio finanziario dello Stato, non anche all'interesse dei cittadini ad avere finanze pubbliche sane nel loro complesso: sicché la responsabilità finanziaria degli amministratori locali è uno strumento del controllo finanziario dello Stato, non uno strumento del controllo politico che il corpo sociale deve poter esercitare su tutti i livelli di governo.

Proprio qui sta il punto cruciale. Un sistema equilibrato di governo "multilivello" non può che basarsi su due principi fondamentali. In primo luogo, sulla massima trasparenza e veridicità di *tutti* i bilanci pubblici, non solo di quelli dei governi periferici: la "*lealtà istituzionale fra tutti i livelli di governo*" (art. 2.2, lett. *r*) è un principio che deve essere applicato attraverso una procedura di certificazione dei bilanci e dei rendiconti di tutti, a partire da quelli dello Stato. In secondo luogo, sulla responsabilità politica di ogni livello di governo nei confronti degli elettori per la propria gestione finanziaria. Nulla è più contrario a questo principio della prassi di ripianare i *deficit* prodotti dai governi locali con interventi *ad hoc* da parte dello Stato, come invece è avvenuto per i "buchi" provocati dalle amministrazioni comunali di Catania e di Roma o dalla spesa sanita-

ria della Regione Lazio. Purtroppo questa prassi è stata “protetta” anche dalla Corte costituzionale (sent. 216/2008), che ha negato che le altre Regioni abbiano interesse ad impugnare i provvedimenti legislativi che ripianano il passivo di una Regione.

La regola per cui dei buchi di bilancio devono essere chiamati a rispondere gli amministratori non può essere separata dalla regola per cui al ripiano si deve procedere con risorse proprie dell’ente, e non con “regali” provenienti dal bilancio dello Stato: il che significa che si deve provvedere attraverso l’aumento delle tasse. Solo così si possono centrare gli obiettivi indicati assai opportunamente dal DPEF, “*valorizzare il controllo democratico dei cittadini e la responsabilità degli amministratori*”. Infatti anche i cittadini che hanno eletto quegli amministratori sono responsabili per *culpa in eligendo*: altrimenti si corre il rischio che, invece di sanzionare gli amministratori colpevoli del *deficit*, rivotino coloro che hanno il merito perverso di aver procurato alla città il “premio” del ripiano, e magari li eleggano alla Presidenza della Regione o al Senato della Repubblica!

Riflessioni in tema di federalismo fiscale, responsabilità politica e tetti massimi di incremento da parte dello Stato

di Mario Vanni

Questa breve nota intende soffermarsi su un profilo specifico dell'AC 2105 "*Delega al Governo in materia di federalismo fiscale in attuazione dell'art. 119 della Costituzione*": l'imposizione, da parte dello Stato, di tetti massimi entro i quali potrà svilupparsi l'autonomia tributaria di Regioni ed enti locali ⁽¹⁾. Tale profilo, a parere di chi scrive, rischia di limitare fortemente la capacità di questa attesissima riforma legislativa di raggiungere i suoi obiettivi, esplicitati negli artt. 1 e 2 dell'AC 2105 e per i quali da anni la questione del federalismo fiscale è posta al centro del dibattito politico e istituzionale italiano.

L'art. 1 dell'AC 2105 afferma che la finalità ultima di tutto il complesso intervento normativo che si intende realizzare consiste nel "*garantire la responsabilizzazione di tutti i livelli di governo coinvolti e l'effettività e la trasparenza del controllo democratico nei confronti degli eletti*".

Il federalismo fiscale appare quindi, innanzitutto, uno strumento istituzionale con cui dar vita a nuovi meccanismi di responsabilità politica, attraverso la costruzione di un nuovo sistema fiscale, ispirato al modello – astratto – per cui lo Stato deve garantire, anche attraverso il ricorso alla perequazione finanziaria, soltanto i livelli minimi ed essenziali delle prestazioni sociali e delle funzioni fondamentali da offrire su tutto il ter-

(1) Si vedano a tal proposito: l'art. 7, comma 1, lett. *c*), che prevede che "le Regioni, con propria legge, possono modificare le aliquote nei limiti massimi di incremento stabiliti dalla legislazione statale"; l'art.12, comma 1, lett. *h*), che prevede che "gli enti locali, entro i limiti fissati dalle leggi, possono disporre del potere di modificare le aliquote dei tributi"; l'art. 26, comma 2, lettera *c*), che afferma, quale clausola generale, che "sia salvaguardato l'obiettivo di non produrre aumenti della pressione fiscale complessiva".

ritorio, mentre per tutte le restanti spese le amministrazioni - regionali, Provinciali e comunali - devono ricorrere a risorse proprie, e cioè alla tassazione dei propri elettori: questo meccanismo, nelle intenzioni dei suoi sostenitori, potrebbe consentire di superare le più radicate e risalenti inefficienze della macchina pubblica italiana, costringendo le amministrazioni a contenere le spese e a ridurre le inefficienze, pena la necessità di “chiedere i soldi ai propri cittadini” e di doverne quindi rispondere al momento del voto.

Dunque, pur in presenza di molteplici profili di interesse istituzionale, il cuore costituzionale della riforma, punto fermo da cui impiantarne l'intera analisi, risiede nella responsabilità politica, intesa come presupposto necessario a garantire “*il controllo democratico degli elettori nei confronti degli eletti*” e dunque a favorire la democraticità della Repubblica. Alla luce di ciò appare necessario non fermarsi ai numeri, alle proiezioni e alle disposizioni sull'assetto finanziario (che invero riempiono un dibattito pubblico piuttosto vuoto di contenuti e caratterizzato da un approccio spesso meramente ragionieristico), ma occorre andare alla ricerca degli effetti che le varie soluzioni proposte possono avere proprio sui meccanismi di responsabilità politica, punto di partenza e di arrivo dell'intero processo di riforma e “metro” su cui misurarne, al di là di qualsiasi propaganda, la reale portata innovativa.

Nelle democrazie pluraliste il presupposto alla diffusione della responsabilità politica tra i diversi livelli di governo è il riconoscimento di una vera e piena autonomia politica agli enti territoriali diversi dallo Stato e più vicini al cittadino ⁽²⁾. In tema di federalismo fiscale, pertanto, riconoscere alle amministrazioni una piena autonomia finanziaria e - soprattutto - impositiva costituisce una sorta di *prius* logico per poterle rendere responsabili dei propri atti, delle proprie spese e delle proprie risorse dinanzi agli elettori.

Perché ciò accada - e qui sta il punto - occorre che lo Stato

(2) Sul legame tra responsabilità e autonomia politica si veda G.U. RESCIGNO, *La responsabilità politica*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 74 ss., e G. PITRUZZELLA, *Responsabilità politica*, in *Dig. pubb.*, Volume XIII, Utet, 1997, p. 296 ss.

faccia un passo indietro. Se si vuole “*garantire la responsabilizzazione di tutti i livelli di governo coinvolti e l’effettività e la trasparenza del controllo democratico nei confronti degli eletti*”, occorre che lo Stato rinunci ad imporre tetti massimi entro i quali può svolgersi l’autonomia tributaria dei diversi livelli di governo, limite sancito dall’art. 7, comma 1, lettera dell’AC 2105 per le Regioni, e dall’art. 12, comma 1, lettera *h*) per gli enti locali, completato infine dal vincolo generale (art. 26) per cui, al netto di tutto il complesso intervento normativo, la pressione fiscale complessiva non potrà comunque aumentare. La previsione di tetti massimi definiti dallo Stato, all’interno e sotto i quali dovrà svolgersi l’autonomia regionale e locale, rischia infatti di depotenziare fortemente la portata innovativa di tutta la riforma e di impedire il realizzarsi di nuovi meccanismi di responsabilità. Perché si instaurino nuovi meccanismi di responsabilità politica, occorre avere il coraggio di lasciare l’elettore “solo” dinnanzi ai rappresentanti che è chiamato a scegliere: a fronte dei soppressi trasferimenti statali, occorre lasciare le amministrazioni più vicine al territorio libere di tassare i propri cittadini per finanziare i servizi offerti, rendendo evidente agli occhi dell’elettore il rapporto tra prestazioni ricevute e tributi versati, mettendolo così nella condizione (e nella necessità) di punire le amministrazioni inefficienti e di premiare quelle più virtuose. Occorre che lo Stato rinunci a ripianare i disavanzi generati dalle amministrazioni più inefficienti (si pensi ai casi di Roma e Catania o ai “buchi” nella sanità della Regione Lazio), costringendole a far fronte con risorse proprie ai buchi di bilancio, tassando i propri cittadini e rispondendo a loro al momento del voto (cosa che non sarebbe naturalmente possibile in presenza di tetti d’incremento imposti dallo Stato). Occorre che lo Stato rinunci ad ogni atteggiamento paternalistico o protezionistico, volto a tutelare i cittadini *dai* propri rappresentanti, principio che sembra stare alla base dei tetti statali all’imposizione regionale e locale, così come all’avvenuta abolizione dell’ICI sulla prima casa, imposta locale cancellata dal decreto legge n. 93/2008 (e sostituita da trasferimenti statali, secondo lo schema tipico della finanza derivata) perché ritenu-

ta, forse con qualche interesse elettorale, un'ingiusta modalità di finanziamento degli enti locali a danno dei propri cittadini.

Perché si possano instaurare nuovi meccanismi di responsabilità e di buona amministrazione è necessario che lo Stato rinunci a questa "protezione interessata" dei cittadini *dalle* amministrazioni da loro elette; bisogna che venga meno per tutte le amministrazioni la possibilità di imputare le proprie disfunzioni alla carenza di risorse concesse dallo Stato, meccanismo fortemente deresponsabilizzante e tipico della finanza derivata italiana, che potrebbe riproporsi in presenza di stringenti tetti statali all'imposizione regionale e locale.

Occorre mettere i cittadini nella condizione di premiare i comportamenti virtuosi e di punire, con il voto, le amministrazioni che producono disavanzi e inefficienze: proprio il contrario di ciò che è sinora avvenuto in alcune delle zone più inefficienti del paese, dove talvolta è quasi preoccupante la stabilità del quadro politico locale, favorita dai ripiani dei disavanzi, garantiti dal centro, che spingono i cittadini a premiare e votare proprio quegli amministratori (inefficienti) che hanno prodotto disavanzi di bilancio ma avuto poi il merito di "ottenere" da Roma le risorse necessarie a coprire i "buchi", facendo pagare all'intera collettività nazionale le disfunzioni di quella amministrazione, con l'effetto di annacquare ogni possibile meccanismo di responsabilità tra eletti ed elettori ⁽³⁾.

L'AC 2105 contiene certamente l'apprezzabile sforzo di muovere verso il superamento del sistema della finanza derivata e del criterio della spesa storica, che hanno contribuito nei decenni a rendere l'Italia un paese dagli sprechi e dalle inefficienze patologiche, ma al posto di questo sembra delineare un modello di finanza pubblica che non garantisce comunque l'instaurarsi di nuovi meccanismi di responsabilità diffusa sul territorio.

Infatti, oltre alla previsione dei citati tetti massimi di incremento all'autonomia regionale e locale, il nascente sistema fi-

(3) Su questo tema, si veda il contributo di ROBERTO BIN, *Che ha di federale il federalismo fiscale?* in questo Fascicolo.

scaie prevede che ai trasferimenti statali, che verranno soppressi, si dovrebbe sostituire non già un incremento significativo dello spazio riservato ai cd. "tributi propri" ⁽⁴⁾ – rispetto ai quali potrebbero costruirsi i citati meccanismi di responsabilità diffusa – bensì essenzialmente un aumento delle compartecipazioni e delle addizionali ai tributi erariali ⁽⁵⁾ (oltre al ricorso, ove necessario, al fondo perequativo), rispetto ai quali, come affermato dalla Corte costituzionale, trattandosi di tributi istituiti dalla legge dello Stato "la disciplina sostanziale dell'imposta rientra nella competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., ed è preclusa, se non nei limiti riconosciuti dalla legge statale, la potestà delle Regioni di legiferare su tale imposta" (sent. 397/2005 ⁽⁶⁾). Rispetto a

(4) Accogliendo qui la definizione di "tributo proprio" fornita dalla giurisprudenza costituzionale (sentenze nn. 311, 297 e 296 del 2003; 431, 381 e 241 del 2004; 397 del 2005; 2 e 412 del 2006), che ha escluso che possano ritenersi tali i tributi istituiti da legge statale, ancorché il corrispondente gettito fosse destinato, anche integralmente, alle Regioni.

(5) Il finanziamento delle spese regionali è definito dall'art. 8, comma 1, lettera d), che prevede che le spese riconducibili ai livelli minimi ed essenziali, di cui alla lettera m), secondo comma, dell'art. 117 Cost. sono finanziate con il gettito di tributi regionali da individuare in base al principio di correlazione, della riserva di aliquota sull'IRPEF o dell'addizionale regionale all'IRPEF e della compartecipazione regionale all'IVA, nonché con quote specifiche del Fondo perequativo, in modo tale da garantire nelle predette condizioni il finanziamento integrale in ciascuna Regione; in via transitoria, le spese di cui al primo periodo sono finanziate anche con il gettito dell'IRAP fino alla data della sua sostituzione con altri tributi"; soltanto per le "restanti spese", l'art. 8, comma 1, lett. e), prevede che "sono finanziate con il gettito dei tributi propri e con quote del fondo perequativo di cui all'articolo 9". Il finanziamento delle spese dei comuni relative alle funzioni fondamentali "sono prioritariamente finanziate da una o più delle seguenti fonti: dal gettito derivante da una compartecipazione all'IVA, dal gettito derivante da una compartecipazione all'IRPEF, dalla imposizione immobiliare, con esclusione della tassazione patrimoniale sull'unità immobiliare adibita ad abitazione principale del soggetto passivo" (art. 12, comma 1, lettera b)). Il finanziamento delle spese delle Province, relative alle funzioni fondamentali, sono prioritariamente finanziate dal "gettito derivante da tributi il cui presupposto è connesso al trasporto su gomma e dalla compartecipazione ad un tributo erariale" (art. 12, comma 1, lettera c)).

(6) Nella sent. 397/2005 è dichiarata l'incostituzionalità di una norma regionale molisana nella parte in cui prevede l'aumento del "Tributo speciale per il deposito in discarica dei rifiuti solidi", istituito con la legge dello Stato n. 549/2005, a far data dal 1° gennaio 2005, con l'argomento che "si tratta dunque di un tributo che, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, va considerato statale e non già "proprio" della Regione, nel senso di cui al vigente art. 119 Cost., senza che in contrario rilevi-

questi tributi, che nell'AC 2105 si configurano come il vero strumento di finanziamento di Regioni ed enti locali, coprendo di fatto circa l'80/90% delle spese totali delle Regioni ⁽⁷⁾ e almeno l'80% delle spese degli enti locali ⁽⁸⁾, lo Stato resterebbe comunque il "padrone dell'imposta", soggetto competente a definirne la consistenza e i limiti di incremento ammessi da parte di Regioni ed enti locali.

Il ruolo dei tributi propri sembra quindi rimanere, anche nel nuovo assetto, minoritario e residuale. L'autonomia impositiva degli enti locali appare infatti sostanzialmente limitata all'istituzione di un "tributo di scopo" (art. 12, comma 1, lett. *d*) ed *e*) dell'AC 2105) – connesso "*a particolari scopi quali la realizzazione di opere pubbliche ovvero al finanziamento degli oneri derivanti da eventi particolari quali flussi turistici e mobilità urbana*" o, per le sole Province, legato "*a particolari scopi istituzionali*" – di cui paiono incerti i confini e la reale possibile portata. Per le Regioni il discorso è diverso: è sì vero, infatti, che a queste è riconosciuta la possibilità di istituire tributi propri (art. 7, comma 1, lett. *b*)) ma, stante il divieto di doppia imposizione su un medesimo presupposto (art. 2, comma 2, lett. *r*)), ci vorrà fantasia ad individuare basi imponibili che non siano già assoggettate ad imposizione erariale e che non siano destinate alla fine della "*Tassa di concessione per la ricerca e la raccolta dei tartufi*", istituita dalla legge della Re-

no né l'attribuzione del gettito alle Regioni ed alle Province, né le determinazioni espressamente attribuite alla legge regionale dalla citata norma statale".

(7) Le spese riconducibili ai livelli minimi ed essenziali delle Regioni, ex art 117, comma 2, lettera *m*), Cost, sono infatti individuate dall'AC 2105 in quelle relative a "sanità, assistenza e, per quanto riguarda l'istruzione, spese per i servizi e le prestazioni inerenti all'esercizio del diritto allo studio, nonché per lo svolgimento delle altre funzioni amministrative attribuite alle Regioni dalle norme vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge" (art. 8, comma 3, dell'AC 2105). Tali spese, pur variando come consistenza da Regione a Regione, rappresentano circa l'80/90% dei bilanci delle Regioni (si vedano, a tal proposito, i bilanci 2008 della Regioni Lombardia, Emilia-Romagna e Campania).

(8) Le spese relative alle funzioni fondamentali degli enti locali, invece, sono quantificate in via transitoria (art. 20, comma 1, lett. *d*), dell'AC 2105) nell'80% delle spese complessive degli enti locali, in attesa della promulgazione dell'apposito d.d.l. sulle funzioni fondamentali degli enti locali, che dovrebbe definire in maniera chiara quali sono le funzioni fondamentali di Comuni e Province.

gione Veneto n. 30/1988 e successivamente abolita "in considerazione dell'esiguità dell'introito derivante in rapporto ai costi di gestione amministrativa" ⁽⁹⁾.

Si può dunque concludere rilevando che l'imposizione da parte dello Stato di tetti di incremento all'autonomia regionale e locale, assieme al ruolo secondario e recessivo che andranno di fatto a ricoprire i tributi propri nel nascente assetto fiscale, rischiano di depotenziare la portata innovativa di questa attesissima riforma. L'AC 2105 infatti, pur delineando il superamento del sistema della finanza derivata, sembra di fatto lasciare nelle mani dello Stato la "leva fiscale", rinunciando a distribuire realmente la responsabilità impositiva tra gli enti più vicini al cittadino, con ciò rischiando di compromettere lo sviluppo di nuovi, possibili, meccanismi di responsabilità diffusa, che costituirebbero – loro soli – il vero elemento rivoluzionario di questa riforma.

Da questo punto di vista vi è il rischio che su questo assetto si possa creare una sorta di convergenza: da una parte dello Stato, che non sembra voler rinunciare al controllo della leva fiscale come strumento per la gestione del consenso politico ed elettorale; dall'altra delle amministrazioni regionali e locali (specialmente quelle più inefficienti) che sembrano guardare con preoccupazione alla prospettiva di dover chiedere ai propri elettori, e non più a Roma, le risorse necessarie a finanziare i propri disavanzi e le proprie inefficienze.

(9) L'espressione è tratta dai lavori preparatori della legge della Regione Veneto n. 18/2002, che ha disposto, all'art. 5, l'eliminazione della tassa. Si noti come la "Tassa di concessione per la ricerca e la raccolta dei tartufi", è stata riconosciuta dalla Corte costituzionale, nella sent. 297/2003, (punto 3 del "Considerato in diritto), come uno dei pochi tributi propriamente "regionali" esistenti nel nostro ordinamento.

Stranieri e diritti

Welfare e immigrazione: le declinazioni dell'eguaglianza (*)

di Giuditta Brunelli

Sommario

1. Un modello euristico: la sentenza costituzionale n. 11/2009. – **2. Sottosistemi normativi irragionevoli (accertati e accertabili dalla Corte).** – **3. Il divieto di discriminazione (e il recupero dell'eguaglianza come diritto).** – **4. Immigrazione e assetto del sistema scolastico: il caso delle cosiddette "classi ponte".**

1. Un modello euristico: la sentenza costituzionale n. 11/2009

La recente sentenza n. 11/2009 rappresenta un nuovo intervento della Corte costituzionale in materia di prestazioni sociali e immigrazione, attraverso l'estensione dell'accesso a benefici e servizi pubblici ai cittadini extracomunitari stabilmente residenti in Italia. Essa dichiara costituzionalmente illegittima la disposizione che richiede il possesso della carta di soggiorno e della relativa condizione reddituale affinché gli stranieri inabili civili possano fruire della pensione di inabilità (il caso riguardava un cittadino albanese in stato di invalidità totale, con necessità di assistenza continua, in seguito ad un grave incidente stradale verificatosi nel 2003). Le argomentazioni fondamentali che avevano condotto la Corte a pronunciare la sentenza n. 306/2008 (richiamata come specifico precedente) – e cioè "la intrinseca irragionevolezza del complesso normativo [...] censurato e la disparità di trattamento che esso determina tra citta-

(*) L'articolo è frutto della ricerca PRIN (2006-2008), Unità locale dell'Università di Ferrara, "Diritti di cittadinanza" e prevenzione della devianza attraverso l'integrazione sociale degli immigrati, Coordinatore scientifico nazionale: Prof.ssa C.C. De Maglie.

dini e stranieri legalmente e non occasionalmente soggiornanti in Italia” – sussistono “a maggior ragione anche con riguardo alla pensione di inabilità”. Mentre, infatti, l’indennità di accompagnamento è concessa per il solo fatto della minorazione, senza che le condizioni reddituali vengano in alcun modo in rilievo ⁽¹⁾, la pensione di inabilità è preclusa dalla titolarità di un reddito superiore ad una certa misura fissata dalla legge. La subordinazione dell’attribuzione di tale prestazione al possesso, da parte dello straniero, di un titolo di soggiorno il cui rilascio presuppone il godimento di un reddito, “rende ancor più evidente l’intrinseca irragionevolezza del complesso normativo in scrutinio” ⁽²⁾. Ancora una volta, dunque, si riscontra la violazione dell’art. 3 Cost. sotto un duplice profilo: irragionevolezza e divieto di discriminazione.

2. *Sottosistemi normativi irragionevoli (accertati e accertabili dalla Corte)*

I parametri indicati dal giudice *a quo* erano gli artt. 2, 3 e 117, primo comma, Cost.: la Corte, tuttavia, risolve la questione richiamandosi soltanto alla violazione dell’art. 3, e ritenendo assorbite le altre censure. Così era accaduto anche nella decisione n. 432/2005 (relativa al diritto, per gli stranieri residenti

(1) La sentenza n. 306/2008 ha dichiarato illegittimi gli artt. 80, comma 19, legge n. 388 del 2000, e 9, comma 1, d.lgs. n. 286 del 1998, nella parte in cui escludevano che l’indennità di accompagnamento (di cui all’art. 1 della legge n. 18 del 1980) potesse essere attribuita agli stranieri extracomunitari soltanto perché essi non risultavano in possesso dei requisiti di reddito già stabiliti per la carta di soggiorno e ora previsti, per effetto del d.lgs. n. 3 del 2007 (di attuazione della direttiva 2003/109/CE), per il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo. La Corte, infatti, ha ritenuto manifestamente irragionevole “subordinare l’attribuzione di una prestazione assistenziale quale l’indennità di accompagnamento – i cui presupposti sono [...] la totale disabilità al lavoro, nonché l’incapacità alla deambulazione autonoma o al compimento da soli degli atti quotidiani della vita – al possesso di un titolo di legittimazione alla permanenza del soggiorno in Italia che richiede per il suo rilascio, tra l’altro, la titolarità di un reddito” (n. 10 del considerato in diritto). In argomento vedi F. BIONDI DAL MONTE, *Immigrazione e welfare: condizioni di accesso e principio di non discriminazione*, in *Le Regioni*, 2008, p. 1100 ss.

(2) N. 3 del considerato in diritto.

nella Regione Lombardia con totale invalidità civile, a circolare gratuitamente sui servizi di trasporto pubblico di linea), nella quale pure la Corte aveva accolto la questione attribuendo rilievo esclusivamente alla violazione dell'art. 3 Cost., senza esaminare le altre censure proposte ⁽³⁾. Nella stessa sentenza n. 306/2008, la violazione, oltre che del principio di eguaglianza, degli artt. 32, 38 e 2 Cost., viene, per così dire, "veicolata" dall'irragionevolezza: è proprio l'irragionevolezza delle disposizioni impugnate a "incidere" sul "diritto alla salute, inteso anche come diritto ai rimedi possibili, e [...] parziali, alle menomazioni prodotte da patologie di non lieve importanza". Di qui il loro contrasto "non soltanto con l'art. 3, ma anche con gli artt. 32 e 38, nonché [...] con l'art. 2 della Costituzione" ⁽⁴⁾.

L'utilizzazione dell'autonomo principio di ragionevolezza ⁽⁵⁾, che può dunque riverberarsi nella violazione di più parametri costituzionali, consente alla Corte di verificare per linee interne la coerenza del sottosistema normativo di riferimento, il

(3) In quel caso, fu ritenuto contrario a Costituzione l'art. 8, comma 2, legge Regione Lombardia n. 1 del 2002, come modificato dall'art. 5, comma 7, legge Regione Lombardia n. 25 del 2003, nella parte in cui non includeva gli stranieri residenti nella Regione fra gli aventi diritto alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea riconosciuto alle persone totalmente invalide per cause civili. Proprio perché la Corte, nell'accogliere la questione, ha attribuito rilievo esclusivamente alla violazione dell'art. 3 Cost., la pronuncia costituisce "un'interessante occasione per riflettere su alcuni problemi che riguardano l'applicazione agli stranieri del principio di eguaglianza e il ruolo che la cittadinanza può svolgere all'interno del giudizio di ragionevolezza delle discriminazioni operate in sede legislativa": così M. CUNIBERTI, *L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, in *Le Regioni*, 2006, p. 512.

(4) Nelle *Considerazioni finali del Presidente Giovanni Maria Flick sulla giurisprudenza costituzionale del 2008 in occasione dell'Udienza straordinaria del 28 gennaio 2009*, Roma, Palazzo della Consulta (in www.cortecostituzionale.it), 9, si sottolinea come nella sentenza n. 306 la Corte abbia "puntualizzato che l'irragionevolezza della norma censurata non si rifletteva soltanto sul principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione, ma anche sugli artt. 32 e 38 della medesima Carta, nonché sul principio sancito dall'art. 2, in quanto il diritto alla salute è diritto fondamentale della persona".

(5) Elevato al rango di principio costituzionale, "almeno quando si dice "nei limiti del rispetto della ragionevolezza e degli altri principi costituzionali", come la Corte ha cominciato a fare dalla sentenza n. 81 del 1963" (C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, Cedam, III, 1973, p. 1574).

quale, ove non si presenti come un insieme di norme coerente e completo ⁽⁶⁾, richiede l'intervento riparatore del giudice costituzionale. Sotto questo aspetto, le pronunce considerate contengono un'applicazione esemplare dei criteri enunciati dalla Corte stessa per questo genere di giudizi, quando ha precisato, con una decisione dall'importante significato dottrinale, che "il principio di eguaglianza pone al giudice di costituzionalità l'esigenza di verificare che non sussista violazione di alcuno dei seguenti criteri: *a)* la correttezza della classificazione operata dal legislatore in relazione ai soggetti considerati, tenuto conto della disciplina normativa apprestata; *b)* la previsione da parte dello stesso legislatore di un trattamento giuridico omogeneo, ragionevolmente commisurato alle caratteristiche essenziali della classe (o delle classi) di persone cui quel trattamento giuridico è riferito; *c)* la proporzionalità del trattamento giuridico previsto rispetto alla classificazione operata dal legislatore, tenendo conto del fine obiettivo insito nella disciplina normativa considerata: proporzionalità che va esaminata in relazione agli effetti pratici prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita" ⁽⁷⁾ (elemento, questo, che allude chiaramente alla tutela in concreto delle posizioni giuridiche soggettive coinvolte). Del resto, proprio in materia di ingresso e circolazione dello straniero nel territorio nazionale, la Corte ha precisato come il legislatore sia tenuto a rispettare il "canone della ragionevolezza, espressione del principio di eguaglianza, che, in linea generale, informa il godimento di tutte le posizioni soggettive" ⁽⁸⁾.

Nei casi che qui interessano, risulta scorretta la classificazione operata dal legislatore, di volta in volta fondata, irragionevolmente, sulla titolarità della cittadinanza o sul possesso di un titolo (la carta di soggiorno, ed ora del permesso di soggiorn-

(6) I sottosistemi del sistema giuridico, cioè il complesso delle disposizioni che disciplinano una determinata materia o un determinato istituto, sono infatti generalmente concepiti come insiemi "di norme coerenti (privi di contraddizioni o antinomie) e completi (privi di lacune)": R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica, P. Zatti, Milano, Giuffrè, p. 378.

(7) Sentenza n. 163/1993, n. 4 del considerato in diritto.

(8) Sentenza n. 148/2008, n. 3 del considerato in diritto.

no CE per soggiornanti di lungo periodo) che richiede per il suo rilascio, tra l'altro, la titolarità di un reddito.

Non risulta invece privo di ragionevole giustificazione, ad avviso della Corte, il ricorso alla condizione di residenza continuativa per l'accesso a benefici o servizi pubblici ⁽⁹⁾, fino ad affermare, nell'ordinanza n. 32/2008, che tale requisito, ai fini dell'assegnazione di un alloggio di edilizia residenziale pubblica, "risulta non irragionevole quando si pone in coerenza con le finalità che il legislatore intende perseguire, specie là dove le stesse realizzino un equilibrato bilanciamento tra i valori costituzionali in gioco" (nel caso, si trattava della legge della Regione Lombardia n. 7 del 2005, che richiede una residenza nel territorio regione di almeno cinque anni per il periodo immediatamente precedente alla data di presentazione della domanda). Qui si pone senz'altro il problema, segnalato dalla dottrina, di un diverso orientamento del giudice costituzionale italiano rispetto a quello della Corte di giustizia, secondo la quale i requisiti di residenza sono invece suscettibili di configurare una discriminazione indiretta o dissimulata ⁽¹⁰⁾. Orientamento che il

(9) Nella ricordata sentenza n. 432/2005, la Corte precisa che "mentre la residenza, rispetto ad una provvidenza regionale, appare un criterio non irragionevole per l'attribuzione del beneficio", a conclusioni diverse "deve pervenirsi per la cittadinanza, che pertanto si presenta come requisito ulteriore, ultroneo ed incoerente, agli effetti di un ipotetico regime differenziato rispetto ad una misura sociale che vede negli invalidi al 100% la categoria dei beneficiari. Distinguere, ai fini della applicabilità della misura in questione, cittadini italiani da cittadini di paesi stranieri – comunitari o extracomunitari – ovvero apolidi, finisce dunque per introdurre nel tessuto normativo elementi di distinzione del tutto arbitrari, non essendovi alcuna ragionevole correlabilità tra quella condizione positiva di ammissibilità al beneficio (la cittadinanza italiana, appunto) e gli altri peculiari requisiti (invalidità al 100% e residenza) che ne condizionano il riconoscimento e ne definiscono la *ratio* e la funzione" (n. 5.2 del considerato in diritto). Sulla necessità di riconoscere l'esistenza del "principio di indifferenza della cittadinanza ai fini della sicurezza sociale" vedi T. VETTORI, *I diritti sociali dei lavoratori stranieri: le innovazioni della legge n. 189/2002*, in *Lavoro e immigrazione*, a cura di A. Tursi, Torino, Giappichelli, 2005, p. 291.

(10) Per A. GUAZZAROTTI, *Lo straniero, i diritti, l'eguaglianza*, in *Quest. giust.* (in corso di pubblicazione), par. 3, "un conto è parlare di residenza "istantanea", come condizione di accesso a un beneficio pubblico, un conto è parlare di residenza "continuata", protratta addirittura per 5 o 10 anni! In questo secondo caso, la condizione appare senz'altro come condizione *prima facie* sospetta, non troppo diversamente da quanto visto per il godimento della cittadinanza". F. CORVAJA, *Libera circolazione dei cittadini e requisito di residenza regionale per l'accesso all'edilizia residenziale*

legislatore italiano è pronto a “sfruttare”, come mostrano i numerosi profili discriminatori contenuti nella manovra finanziaria per il 2009.

Nella legge n. 133 del 2008, infatti, accanto a vere e proprie discriminazioni dirette, come la riserva della carta acquisti, finalizzata all’acquisto di beni o servizi da parte di appartenenti alle fasce deboli di popolazione in stato di particolare bisogno, esclusivamente ai “residenti di cittadinanza italiana” ⁽¹¹⁾, vi so-

pubblica, in corso di pubblicazione in *Le Regioni*, 2008, p. 619, sottolinea come diverse decisioni della Corte di giustizia abbiano mostrato di “ritenere “sospetti”, e quindi bisognosi di stringente giustificazione, i requisiti di residenza (o quanto meno di residenza abituale) per l’accesso a benefici o servizi pubblici. In altri termini, la previsione del diritto nazionale che subordina la concessione di un beneficio alla residenza (o alla residenza abituale) dell’interessato è stata considerata *prima facie* come discriminatoria: il controllo della Corte di giustizia verifica allora se ricorrono ragioni obiettive che giustifichino una disparità di trattamento, accertando se la misura persegue uno scopo legittimo, e se rispetto a tale scopo essa sia adeguata e proporzionale, secondo gli schemi di un sindacato di ragionevolezza”. In argomento vedi G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2005, p. 118 ss.

(11) Art. 81, comma 32, legge n. 133 del 2008: “In considerazione delle straordinarie tensioni cui sono sottoposti i prezzi dei generi alimentari e il costo delle bollette energetiche, nonché il costo per la fornitura di gas da privati, al fine di soccorrere le fasce deboli di popolazione in stato di particolare bisogno e su domanda di queste, è concessa ai residenti di cittadinanza italiana che versano in condizioni di maggior disagio economico, individuati ai sensi del comma 33, una carta acquisti finalizzata all’acquisto di tali beni e servizi, con onere a carico dello Stato”. Si può ribadire in questa ipotesi quanto affermato dalla Corte costituzionale circa l’irragionevolezza di una classificazione legislativa fondata sulla cittadinanza. La discriminazione è palese. La questione è emersa anche in sede europea, con le affermazioni del commissario Barrot in risposta all’interrogazione dell’europarlamentare Donata Gottardi: le disposizioni in materia di “carta acquisti” a favore dei cittadini italiani – secondo il commissario – debbono essere valutate alla luce dell’art. 11 della direttiva n. 2003/109/CE sul permesso di soggiorno CE per lungo soggiornanti, che stabilisce il principio della parità di trattamento in materia di assistenza e protezione sociale. Le disposizioni del diritto europeo “escludono dal loro ambito di applicazione qualsiasi possibilità che uno Stato membro conceda particolari privilegi ai propri cittadini senza concederli anche ai soggiornanti di lungo periodo sul suo territorio” (i testi dei documenti parlamentari citati sono reperibili nel sito www.asgi.it, al quale si rinvia anche per il *Commento alla manovra economico-finanziaria 2009* realizzato da W. CITTI per l’ASGI). Su altri profili discriminatori della *social card*, attribuita in base a criteri di reddito, patrimonio ed età (essendone destinatari i cittadini italiani di oltre 65 anni poco abbienti e le famiglie povere in cui ci sia un bambino sotto i tre anni), vedi P. MONTI, *L’età rende iniqua la card* (10 dicembre 2008), in www.lavoce.info, che mette in luce come secondo le stime siano gli anziani a dominare la platea dei beneficiari, benché non sia solo in questa fascia che si trovano le situazioni di disagio.

no previsioni che fanno leva proprio su quel requisito di residenza abituale verso il quale la Corte italiana è stata fino ad oggi piuttosto condiscendente, e che pure appaiono non meno lesive del principio di non discriminazione dello straniero. Si pensi al piano casa, che prevede interventi per l'accrescimento dell'offerta abitativa da destinarsi a prima casa per determinate categorie di "soggetti deboli", tra i quali si ricomprendono gli immigrati regolari a basso reddito, residenti da almeno dieci anni nel territorio nazionale ovvero da almeno cinque anni nella medesima Regione (art. 11, comma 2, lett. g). E, ancora, all'assegno sociale, corrisposto dal 1° gennaio 2009 agli aventi diritto a condizione che abbiano soggiornato legalmente, in via continuativa, per almeno dieci anni nel territorio nazionale (art. 20, comma 10). Sembra dunque urgente che anche la Corte italiana, sulla scia di quella comunitaria, affronti il tema della residenza continuativa attraverso quello scrutinio stretto da riservare alle condizioni e alle classificazioni *prima facie* sospette. Perché davvero questa rischia di diventare la "nuova frontiera" della discriminazione, tanto più in presenza di politiche restrittive sugli ingressi e il soggiorno, destinate ad aumentare il numero di coloro che sono costretti a risiedere in condizione irregolare ⁽¹²⁾.

L'incidenza della povertà, infatti, è altrettanto grave, se non maggiore, tra le famiglie con un solo genitore o con molti figli, essendo proprio il numero dei bambini (e non la loro età) a esporre i nuclei familiari al rischio povertà. Così il requisito finisce per escludere dalla misura la maggior parte delle famiglie con redditi nulli o molto bassi.

(12) A. GUZZAROTTI, *Lo straniero*, cit., par. 4. Sui recenti sviluppi normativi miranti a rendere sempre più rigorosi i requisiti per l'ingresso e il soggiorno degli stranieri vedi A. ADINOLFI, *Tecniche legislative e rispetto di obblighi comunitari nei recenti interventi normativi in tema di immigrazione*, in www.osservatoriosullefonti.it, fasc. n. 3/2008. Alla circostanza che la vigente legislazione italiana e le conseguenti lungaggini amministrative tendono a "produrre" e ad estendere la condizione di irregolarità, deve aggiungersi la vigenza della cd. aggravante di clandestinità, secondo cui la pena è aumentata fino ad un terzo nel caso in cui il colpevole abbia commesso il fatto mentre si trovava illegalmente sul territorio nazionale (art. 1, lett. f), legge n. 125 del 2008, che ha aggiunto il numero 11-*bis* all'art. 61, primo comma, del codice penale), nonché la recente approvazione da parte del Senato del disegno di legge governativo n. 733 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), che all'art. 21 introduce il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro (il testo si trova ora all'esame della Camera dei deputati).

3. *Il divieto di discriminazione (e il recupero dell'eguaglianza come diritto)*

Nelle decisioni della Corte, come abbiamo visto, emerge un secondo profilo di violazione dell'art. 3 Cost., il divieto di discriminazione, riferito – nella sentenza n. 306/2008 – anche al diritto internazionale consuetudinario (*ex art. 10, comma 1, Cost.*), in quanto le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute “rientrano fra quelle che, nel garantire i diritti fondamentali della persona, indipendentemente dalla appartenenza a determinate entità politiche, vietano discriminazioni nei confronti degli stranieri, legittimamente soggiornanti nel territorio dello Stato”⁽¹³⁾.

Vorrei a questo proposito proporre due osservazioni. La prima riguarda il recupero, da parte del giudice costituzionale, dell'idea di eguaglianza come diritto individuale⁽¹⁴⁾. Così nasce, del resto, l'eguaglianza, come diritto del cittadino: nella proposizione testuale di ogni Costituzione che riconosce il principio, titolari del diritto sono i cittadini. Ma la proposizione, come ha notato Ferrara⁽¹⁵⁾, viene subito dicotomizzata: da diritto, l'eguaglianza diviene principio informatore dell'ordinamento, trasformandosi in generalità e astrattezza e perdendo il collegamento con i soggetti titolari della situazione giuridica

(13) Sentenza n. 306/2008, n. 10 de considerato in diritto. Su questo aspetto della decisione vedi F. BIONDI DAL MONTE, *Immigrazione e welfare*, cit., p. 1110 ss.

(14) Sulla giurisprudenza costituzionale che interpreta il principio di eguaglianza come diritto fondamentale della persona nell'ambito dell'autonomia privata vedi S. BORELLI, *Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 13 ss. Sull'interpretazione dell'art. 3 Cost. attualmente incentrata sulle modalità e gli strumenti più adatti a combattere le discriminazioni, anche attraverso l'utilizzazione di clausole di divieto di discriminazione sempre più “sostanziate”, vedi D. TEGA, *Discriminazione e diritto antidiscriminatorio: considerazioni istituzionali (a partire dal diritto costituzionale italiano)* (12 dicembre 2008), in www.forumcostituzionale.it, che analizza anche il contesto comunitario e il sistema di protezione dei diritti che fa riferimento alla CEDU. Vedi anche D. GOTTARDI, *Le discriminazioni basate sulla razza e sull'origine etnica*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, a cura di M. Barbera, Milano, Giuffrè, 2007, p. 1 ss.

(15) G. FERRARA, *La pari dignità sociale (appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 1095-1096.

soggettiva (diritto) all'eguaglianza. Il passo successivo consiste nell'incorporare la generalità-astrattezza nel concetto di comando, e quindi nella legge come comando tipico. Così il predicato acquisisce un soggetto nuovo, lo Stato, proprio quell'espressione giuridica del potere e dell'autorità nei confronti della quale era stato originariamente rivendicato il diritto all'eguaglianza. Per alcuni, si è trattato di una manipolazione del principio di eguaglianza e di una mistificazione del diritto ad esso sotteso; per molti altri, si è trattato di un processo inevitabile, derivante dalla natura stessa dello Stato costituzionale democratico. Possiamo oggi osservare che proprio nella tematica controversa dei migranti e della loro condizione giuridica all'interno del nostro ordinamento tende a riemergere questo profilo, a lungo rimasto in ombra, dell'eguaglianza. Del resto, il fenomeno si manifesta anche a livello di legislazione ordinaria, con l'introduzione di "un diritto di azione atipico che sembra considerare il principio di non discriminazione proprio come l'oggetto di un diritto" (il riferimento è all'azione contro la discriminazione *ex artt. 43 e 44 del T.U. sugli stranieri*) ⁽¹⁶⁾.

(16) A. GUAZZAROTTI, *Lo straniero*, cit., par. 3. Proprio in base agli artt. 43 e 44 del T.U. sull'immigrazione del 1998 e dell'art. 4 del d.lgs. n. 215 del 2003 (di attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica), il Tribunale di Brescia – Sezione Lavoro, con ordinanza n. 335 del 26 gennaio 2009 ha ritenuto discriminatoria la delibera del Comune di Brescia n. 52053 del 21 novembre 2008, che attribuiva un "bonus bebè" di 1000 euro alle famiglie di ogni bambino nato nel 2008, purché figlio di almeno un genitore italiano. Il Tribunale rileva "la realtà discriminatoria oggettiva del comportamento denunciato", essendo "evidente che la suddetta scelta determina in concreto una disparità di trattamento tra cittadino e straniero, in svantaggio di quest'ultimo", ed ordina al Comune "di eliminare tale discriminazione e i suoi effetti, attribuendo, mediante i provvedimenti ritenuti più idonei, il beneficio a tutti gli stranieri che ne facciano richiesta e siano in possesso degli ulteriori requisiti, esclusa la cittadinanza". Si condanna, inoltre, l'amministrazione comunale di Brescia a pubblicare a proprie spese l'ordinanza su un quotidiano a diffusione nazionale, a scelta tra i primi tre a maggior tiratura (misura accessoria prevista dalla normativa nazionale di recepimento della direttiva europea n. 2000/43/CE). In seguito alla pronuncia del giudice del lavoro, con delibera n. 46 del 30 gennaio 2009 la Giunta comunale di Brescia ha deciso di "revocare [...] la propria deliberazione n. 1062/52953", affermando che in tale provvedimento "l'estensione del beneficio a tutti gli stranieri in possesso dei requisiti risulterebbe in contrasto con la finalità prioritaria di sostegno alla natalità delle famiglie di cittadinanza italiana che si prefiggeva questa amministrazione con l'adozione dell'atto impugnato". Si precisa, inoltre, che in ogni caso "si procederà a ricercare

La seconda osservazione riguarda la circostanza che la Corte ha esteso agli stranieri regolarmente soggiornanti protezioni assistenziali che sembrano difficilmente inquadrabili tra i “diritti fondamentali”⁽¹⁷⁾. Si sanziona, in definitiva, la discriminazione dello straniero anche nei diritti non fondamentali, trattandosi di una lesione della “pari dignità sociale” della persona: “[p]er il semplice fatto di essere lo straniero collocato nella stessa comunità di vita del cittadino, attribuire un vantaggio (non importa quanto lontano dal “cuore” dei diritti dell’uomo, dal “nucleo duro” di questo o di quel diritto fondamentale) soltanto al secondo e non al primo è per ciò stesso in grado di ledere tale pari dignità”⁽¹⁸⁾. In questo mi pare si possa cogliere un’evoluzione dei principi affermati con la nota sentenza n. 172/1999, riferita

forme diversificate e giuridicamente sostenibili di valorizzazione della maternità e della promozione della natalità e, più in generale, ad individuare efficaci strumenti di sostegno economico per le famiglie di cittadinanza italiana che, comunque, rimangono tra gli obiettivi di governo preminenti di questa amministrazione”. La revoca, dunque, lungi dal dare attuazione al provvedimento giudiziario, si propone esattamente di perseguire la finalità (illegittime) che si proponeva la prima delibera. Un epilogo sconcertante, che sembra smentire quanto affermato nella motivazione dell’ordinanza, secondo cui l’attribuzione del *bonus* anche per i figli di coppie di genitori costituite da un(a) cittadino(a) italiano(a) e da uno(a) straniero(a), “impone di escludere una matrice razziale alla delibera [...] e al suo contenuto”. Appaiono invece chiare le motivazioni demografiche di tipo etnico-identitario del provvedimento, così come risulta evidente l’effetto “politico” della decisione di ritirarlo: provocare il risentimento contro gli immigrati e contro la magistratura di un’opinione pubblica già caratterizzata da forti spinte xenofobe (sul caso di Brescia vedi il comunicato 11 febbraio 2009 in www.asgi.it). Del resto, non mancano vicende analoghe anche sul piano nazionale: l’art. 19, comma 18, della legge n. 2 del 2009 (di conversione in legge del cd. decreto-anticrisi) autorizza la spesa di due milioni di euro (in riferimento all’anno 2009) per rimborsare alle famiglie le spese sostenute per acquistare pannolini e latte artificiale per i neonati fino a tre mesi di *cittadinanza italiana* inseriti in nuclei familiari con requisiti di basso reddito, dimostrabili attraverso l’apposita certificazione ISEE. Sui profili discriminatori della disposizione, in contrasto con il quadro normativo costituzionale e comunitario, si veda il commento a cura della Segreteria organizzativa dell’ASGI (13 febbraio 2009) in www.asgi.it.

(17) M. CUNIBERTI, *L’illegittimità costituzionale*, cit., p. 516, auspica un deciso abbandono da parte delle Corti costituzionale del risalente orientamento secondo cui il principio di eguaglianza, pur se riferito testualmente nell’art. 3 Cost. ai “cittadini”, vale anche per lo straniero quando si tratti di rispettare i suoi diritti “fondamentali” o “inviolabili”. Si tratta, infatti, di un criterio interpretativo che “nella migliore delle ipotesi risulta inidoneo a sortire qualsiasi risultato significativo, mentre, nella peggiore delle ipotesi, si presta a legittimare il più totale arbitrio del legislatore”.

(18) A. GUAZZAROTTI, *Lo straniero*, cit., par. 2.

specificamente alla condizione degli apolidi, ma probabilmente riferibile a chiunque si trovi in una condizione di non cittadinanza collegata ad una residenza stabile e regolare. Si parla in quella decisione di partecipazione degli apolidi ad una “comunità di diritti e di doveri, più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio di cittadinanza in senso stretto”, la quale “accoglie e accomuna tutti coloro che, quasi come in una seconda cittadinanza, ricevono diritti e restituiscono doveri, secondo quanto risulta dall’art. 2 Cost., là dove, parlando di diritti inviolabili dell’uomo e richiedendo l’adempimento dei corrispettivi doveri di solidarietà, prescinde del tutto [...] dal legame di cittadinanza” (19). Parole che oggi, in un contesto migratorio profondamente mutato, assumono una portata forse imprevedibile nel momento in cui la decisione fu pronunciata.

4. *Immigrazione e assetto del sistema scolastico: il caso delle cosiddette “classi ponte”*

Vorrei brevemente affrontare, in chiusura di discorso, un tema certamente inerente all’ambito dei diritti sociali, quello del rapporto tra immigrazione e assetto del sistema di istruzione scolastica. Anche in questo delicato settore, si misura una distanza grave e preoccupante tra le indicazioni europee e alcuni orientamenti ideologici che sembrano prevalere nel nostro paese. In questo caso, il discorso va riferito non solo ai cittadini dei paesi terzi, ma anche ai cittadini dell’Unione che risiedono in Italia: come sottolinea, infatti, il Libro Verde Migrazione e mobilità: le sfide e le opportunità per i sistemi d’istruzione europei, presentato dalla Commissione nel luglio 2008 (20), benché le due situazioni non siano giuridicamente comparabili, alcune questioni rilevanti in materia di istruzione molto probabilmente si possono considerare comuni. Basti pensare, con riguardo all’Italia, che, rispetto alle nazionalità, si trovano ai primi posti

(19) Sentenza n. 172/1999, n. 2.3 del considerato in diritto.

(20) Commissione delle Comunità Europee, COM (2008) 423 definitivo, 3 luglio 2008.

i gruppi di studenti provenienti dai paesi dell'Est europeo, in particolare dalla Romania. Nel Libro Verde – in cui si rileva, appunto, il livello storicamente elevato dell'immigrazione proveniente da paesi terzi, unito ad una forte migrazione interna in seguito ai due ultimi allargamenti ⁽²¹⁾ – sono contenute analisi e proposte di intervento di notevole interesse.

I problemi dell'integrazione scolastica vengono presi in esame nella loro complessità, considerandone la specificità a livello di classi, scuole e sistemi di istruzione, e mettendo in luce l'esigenza di combattere la tendenza alla segregazione, spesso presente – basti pensare che in alcuni paesi si rileva addirittura una forte concentrazione di figli d'immigrati in scuole speciali per bambini disabili ⁽²²⁾. Tra le misure ipotizzabili, si indicano: corsi di lingua per gli alunni di recente immigrazione (e per gli alunni provenienti da un ambiente migratorio, nati nel paese ospitante, ma che non ne dominano ancora la lingua); valutazione delle competenze linguistiche per tutti i bambini; formazione linguistica sin dal ciclo pre-primario. Ancora, si sostiene l'importanza di misure non specificamente rivolte a gruppi di popolazione migrante, ma particolarmente adatte ai loro bisogni (borse di studio o quote per accedere ad istituti prestigiosi; sovvenzioni alle famiglie condizionate alla frequenza o ai risultati scolastici; programmi di sostegno scolastico in gruppo, come i centri di assistenza all'apprendimento e allo svolgimento dei compiti a casa; l'utilizzazione di mediatori scolastici; l'aumento del numero di insegnanti provenienti da un ambiente migratorio). Vi è inoltre una riflessione sul ruolo che potrebbe svolgere in futuro la direttiva 77/486/CEE ⁽²³⁾ nell'elaborazione delle politiche nazionali. Essa si applica ai bambini la cui scolarizzazione è obbligatoria in virtù della legislazione dello Stato mem-

(21) Il testo non fa riferimento “a gruppi di cittadini non migranti dell'Unione appartenenti ad una etnia o che abbiano una specifica identità culturale, e che sono spesso vittime di esclusione sociale (ad es. i Rom). Numerosi aspetti dell'analisi e delle sfide descritte nel presente documento possono tuttavia applicarsi a questi gruppi”: *Migrazione e mobilità*, cit., 2, nt. 2.

(22) Ad esempio, nel 1999 i bambini migranti in Germania erano il 9,4% della popolazione totale, ma costituivano il 15% della popolazione nelle scuole speciali.

(23) Attuata in Italia con d.P.R. n. 722 del 1982.

bro ospitante e che dipendono da un lavoratore originario di un altro Stato membro: *a)* garantendo un insegnamento gratuito, adeguato alle esigenze specifiche di questi bambini, in particolare della lingua ufficiale o di una delle lingue ufficiali dello Stato ospitante e *b)* favorendo l'insegnamento della lingua materna e della cultura del paese d'origine, in coordinamento con l'insegnamento normale e in cooperazione con lo Stato membro ospitante ⁽²⁴⁾.

In Italia, al momento, ci troviamo di fronte non solo alla percezione di un'emergenza educativa drammatizzata dallo smantellamento delle risorse per fronteggiarla ⁽²⁵⁾, ma anche a vicende quali l'approvazione di una mozione parlamentare sulle cd. classi ponte, il cui significato di segregazione non sembra seriamente contestabile ⁽²⁶⁾. Nella mozione si impegna il Governo a rivedere il sistema di accesso degli studenti stranieri alle scuole di ogni ordine e grado, autorizzando il loro ingresso previo il superamento di test e specifiche prove di valutazione, nonché a istituire classi ponte, le quali consentano agli studenti stranieri che non hanno superato i test "di frequentare corsi di apprendimento della lingua italiana, propedeutiche all'ingresso degli studenti stranieri nelle classi permanenti". Si chiede, inoltre, di non consentire ingressi nelle scuole ordinarie oltre il 31 dicembre di ciascun anno, con la giustificazione – davvero poco credibile – che ciò sarebbe finalizzato ad un "razionale ed

(24) Si afferma, nel documento europeo, la necessità di migliorare i meccanismi di attuazione e di controllo della direttiva, ampliandone – eventualmente – il campo di applicazione anche ai bambini originari di paesi terzi. Si sottolinea, inoltre, l'importanza della raccomandazione del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 dicembre 2006 (2006/962/CE), sulle competenze fondamentali per l'istruzione e la formazione permanenti, la quale individua "le attitudini, le conoscenze e gli atteggiamenti di cui l'istruzione dovrebbe dotare gli individui per favorire la loro integrazione, la loro realizzazione e il loro sviluppo personali, la cittadinanza attiva, l'integrazione sociale e l'occupazione nell'Europa moderna". Le *competenze sociali e civiche* e la *consapevolezza ed espressione culturali* (indicate nell'*Allegato*) sono, ad avviso della Commissione, "particolarmente pertinenti nel contesto di un'elevata presenza di alunni migranti e potrebbero utilmente contribuire ad elaborare strategie educative a livello nazionale" (*Migrazione e mobilità*, cit., 13).

(25) M. AMBROSINI, *Classi ponte? Un'invenzione italiana* (28 ottobre 2008), in *www.lavoce.info*.

(26) Mozione Cota e altri, Atto Camera 1-00033, approvata il 14 ottobre 2008.

agevole inserimento degli studenti stranieri nelle nostre scuole”. Del resto, nella motivazione dell’atto non si esita a parlare, a proposito di provvedimenti di questo tipo, di “discriminazione provvisoria positiva, a favore dei minori immigrati, avente come obiettivo la riduzione dei rischi di esclusione”⁽²⁷⁾.

In realtà, sembra trattarsi di una reintroduzione surrettizia delle classi differenziali⁽²⁸⁾, questa volta riservate non ai portatori di *handicap*, ma ai figli dei migranti. Al di là delle considerazioni sugli effetti ghettizzanti di una scelta di questo tipo e sul fatto che non si tengono in alcuna considerazione gli studi che mostrano l’importanza dell’apprendimento linguistico anche in contesti informali (l’intervallo, il gioco), tanto che i figli di migranti ottengono generalmente migliori risultati quando si trovano all’interno di una classe con bambini che dominano la lingua del paese ospitante e che sono molto motivati sul piano scolastico⁽²⁹⁾, forse basterebbe richiamare una sentenza della

(27) La mozione richiama in proposito la Convenzione sui diritti dell’infanzia del 20 novembre 1989, ratificata in Italia con legge n. 176 del 1991, il cui art. 29 presenta invece, ad avviso di chi scrive, contenuti incompatibili con il documento parlamentare, laddove gli Stati contraenti convengono che l’educazione debba, tra l’altro, “favorire lo sviluppo della personalità del fanciullo nonché lo sviluppo delle sue facoltà e delle sue attitudini mentali e fisiche, *in tutta la loro potenzialità*” e “sviluppare nel fanciullo il rispetto [...] della sua identità, della sua lingua e dei suoi valori culturali, nonché il rispetto dei valori nazionali del paese nel quale vive, del paese di cui può essere originario e delle civiltà diverse dalla sua”. Non sembra proprio che modalità educative fondate sulla *separazione*, anziché sull’integrazione, siano idonee al perseguimento di questi obiettivi.

(28) Si domanda se esista il rischio di “reintrodurre surrettiziamente le classi differenziali abolite ormai da tanti anni, perché ghettizzanti”, M. AMBROSINI, *Classi ponte?*, cit., p. 2, il quale osserva che non si conoscono, in epoca recente, “precedenti nei paesi avanzati in cui si sia scelta la strada di classi separate per i bambini immigrati, anche se si danno molte esperienze di didattica speciale, volta al rafforzamento delle competenze linguistiche”. In Australia e nel Regno Unito, ad esempio, “i bambini sono inseriti nelle classi normali, ma inizialmente ricevono una formazione intensiva in lingua inglese, in gruppi separati e con insegnanti specializzati, mentre stanno in aula e lavorano con i compagni per materie come l’educazione fisica, l’educazione artistica, le attività manuali. Dopo qualche settimana, cominciano a diminuire le ore “speciali” e aumentano quelle “normali”, fino a giungere a una completa integrazione”. Il modello francese è invece orientato all’aumento del personale educativo e delle risorse a disposizione delle scuole dei cosiddetti “quartieri sensibili” (p. 1).

(29) *Migrazione e mobilità*, cit., 9, ove si ricorda che gli studi in materia dimostrano come gli alunni provenienti da minoranze che frequentano scuole in cui si pratica la segregazione non sfruttino pienamente il loro potenziale (nt. 18).

Corte costituzionale di oltre vent'anni fa, i cui contenuti assumono oggi una rinnovata attualità. Si tratta della decisione n. 215/1987, che ha dichiarato illegittima una disposizione che non assicurava ai portatori di handicap il diritto alla frequenza nelle scuole secondarie superiori⁽³⁰⁾. La Corte analizza l'evoluzione normativa che ha condotto, negli anni Settanta, all'abolizione delle scuole speciali e delle classi differenziali nella scuola dell'obbligo⁽³¹⁾, sottolineando come la legge n. 517 del 1977, che prevede per la scuola elementare e media forme di integrazione e di sostegno a favore degli alunni portatori di handicap, da realizzarsi tra l'altro attraverso limitazioni numeriche delle classi in cui sono inseriti, predisposizione di particolari servizi ed impiego di docenti specializzati, persegua il fine di "agevolare l'attuazione del diritto allo studio e la promozione della piena formazione della personalità"⁽³²⁾. La Cor-

(30) Si trattava dell'art. 28, terzo comma, legge n. 118 del 1971, nella parte in cui, in riferimento ai soggetti portatori di *handicap*, prevedeva che "Sarà facilitata", anziché disporre "E' assicurata", la frequenza alle scuole medie superiori.

(31) Ancora negli anni Sessanta, le leggi n. 1073 del 1962 e n. 942 del 1966 prevedevano stanziamenti per il funzionamento delle scuole speciali e delle classi differenziali, e la legge n. 1859 del 1962, istitutiva della scuola media statale, contemplava classi differenziali per "alunni disadattati scolastici" (art. 12), mentre la legge n. 444 del 1968, relativa alla scuola materna statale, istituiva sezioni o, per i casi più gravi, scuole speciali per i bambini da tre a cinque anni affetti da disturbi dell'intelligenza o del comportamento o da menomazioni fisiche o sensoriali. Negli anni Settanta, questo indirizzo viene sostanzialmente ribaltato. La legge n. 118 del 1971 stabilisce che "l'istruzione dell'obbligo deve avvenire nelle classi normali della scuola pubblica" (art. 28) e che "[e]sclusivamente quando sia accertata l'impossibilità di far frequentare ai minorati la scuola pubblica dell'obbligo" si istituiranno "per i minori ricoverati" nei centri di degenza e di recupero, classi normali "quali sezioni staccate della scuola statale" (art. 29). La legge n. 517 del 1977, poi, "al fine di agevolare l'attuazione del diritto allo studio e la promozione della piena formazione della personalità" prevede per la scuola elementare (art. 2) e media (art. 7) forme di integrazione e di sostegno a favore degli alunni portatori di *handicap*, da realizzarsi tra l'altro attraverso limitazioni numeriche delle classi in cui costoro sono inseriti, predisposizione di particolari servizi ed impiego di docenti specializzati. Con la medesima legge (art. 7, ultimo comma) sono abolite le classi differenziali. La successiva legge n. 270 del 1982 provvede (art. 12) circa le dotazioni organiche, nei ruoli di dette scuole, degli insegnanti di sostegno (di regola, uno ogni quattro alunni portatori di *handicap*).

(32) Sentenza n. 217/1987, n. 5 del considerato in diritto. Si delinea, così, un *modello di intervento* certamente proponibile anche per l'integrazione scolastica dei bambini stranieri, il quale tuttavia presuppone l'esistenza di due elementi di contesto che sembrano oggi mancare: un clima culturale orientato all'accoglienza e la disponibilità

te, ancora, evidenza come la legislazione degli anni Settanta intenda “evitare i possibili effetti di segregazione ed isolamento e i connessi rischi di regressione”. Parla, poi, con riferimento all’art. 2 Cost., di “comunità scolastica” come formazione sociale, e valorizza il secondo comma dell’art. 3 Cost., che impone la rimozione di ogni tipo di ostacolo, non soltanto quelli di ordine economico ⁽³³⁾. Affermazioni nette, e preziose: certamente riproponibili dal giudice costituzionale, nella malaugurata ipotesi che le classi ponte divenissero in futuro una realtà ⁽³⁴⁾.

ad investire risorse economiche significative nell’istruzione e nella formazione. Un modello non dissimile emerge anche nel citato d.lgs. n. 722 del 1982, di attuazione della direttiva del Consiglio 77/486/CEE, relativa alla formazione scolastica dei figli dei lavoratori migranti (sulla quale, come si è detto, si è aperta di recente una riflessione in sede europea). Esso prevede, infatti, che l’assegnazione alle classi degli alunni figli di lavoratori stranieri residenti in Italia che abbiano la cittadinanza di uno dei Paesi membri della Comunità europea sia “effettuata, ove possibile, raggruppando alunni dello stesso gruppo linguistico che, comunque, non devono superare il numero di cinque per ogni classe” (art. 1, comma 4); che la programmazione educativa debba “comprendere apposite attività di sostegno o di integrazione, al fine di: a) adattare l’insegnamento della lingua italiana e delle altre materie di studio alle loro specifiche esigenze; b) promuovere l’insegnamento della lingua e della cultura del Paese d’origine coordinandolo con l’insegnamento delle materie obbligatorie comprese nel piano di studi” (art. 2, comma 1); che il Ministero dell’istruzione “adotti apposite iniziative per l’aggiornamento dei docenti che impartiscono l’insegnamento nelle attività di cui al precedente art. 2”.

(33) Quanto all’art. 34 Cost. – secondo cui l’effettività dell’istruzione dell’obbligo è garantita dalla sua gratuità e quella dell’istruzione superiore è garantita anche a chi, capace e meritevole, sia privo di mezzi, mediante borse di studio, assegni alle famiglie e altre provvidenze – “l’accento è posto essenzialmente sugli ostacoli di ordine economico, giacché il costituente era ben consapevole che è principalmente in queste che trova radice la disuguaglianza delle posizioni di partenza (...)”. Ciò però non significa che non vi siano anche “ostacoli di altro ordine, la cui rimozione è postulata in via generale come compito della Repubblica nelle disposizioni di cui agli artt. 2 e 3, secondo comma: sostenere ciò significherebbe sottacere il fatto evidente che l’inserimento nella scuola e l’acquisizione di una compiuta istruzione sono strumento fondamentale per quel “pieno sviluppo della persona umana” che tali disposizioni additano come mete da raggiungere” (n. 6 del considerato in diritto).

(34) Al momento, la stampa quotidiana ha annunciato un prossimo incontro di rappresentanti dei gruppi parlamentari della Lega con il Ministro dell’istruzione per l’adozione di un regolamento sull’istituzione delle “classi di inserimento” e sulla distribuzione degli alunni stranieri proporzionata al numero complessivo degli alunni per classe (*La Lega e le classi d’inserimento. “Tempi maturi per realizzarle”*, ne *La Repubblica* del 13 febbraio 2009).

I diritti sociali degli stranieri tra frammentazione e non discriminazione Alcune questioni problematiche

di Francesca Biondi Dal Monte

Sommario

1. *Diritti che costano e stranieri: un difficile compromesso.* – 2. *La condizione giuridica dello straniero fra Stato, Regioni e enti locali.* – 3. *Prestazioni assistenziali e permesso CE per soggiornanti di lungo periodo: un binomio spezzato.* – 4. *(segue) Prestazioni sociali tra non discriminazione e discipline regionali e locali.* – 5. *Diritto all'abitazione e accesso all'edilizia residenziale pubblica* – 6. *Minori stranieri tra bonus bebè e bonus istruzione.* – 7. *La manovra finanziaria per il 2009 ed alcuni dati sui "costi" e le "entrate" dell'immigrazione.* – 8. *Rilievi conclusivi. Le condizioni giuridiche dello straniero tra titoli di soggiorno e discipline regionali e locali.*

1. Diritti che costano e stranieri: un difficile compromesso

Secondo il noto studio di Holmes e Sunstein sul *costo dei diritti*, tutti i diritti costano perché tutelarli costa e costa soprattutto garantirli in modo uniforme ed equo: essi dipendono infatti dalla disponibilità collettiva a contribuirvi, poiché la loro tutela è finanziata dalle entrate fiscali.

Tuttavia, constatare che un diritto costa equivale ad ammettere che «si deve rinunciare a qualcosa per averlo e per proteggerlo, mentre ignorare la questione dolorosa dei costi serve a evitare la scelta dolorosa di cosa prendere e cosa lasciare»⁽¹⁾ di fronte ai compromessi tipici della finanza pubblica. In questo quadro, l'attenzione al tema del costo dei diritti impone inoltre ulteriori riflessioni, non solo a proposito di quanto costa effetti-

(1) A tal proposito cfr. S. HOLMES, C. R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 25.

vamente la tutela dei diversi diritti, ma anche a proposito di chi decide come distribuire le limitate risorse pubbliche, per la difesa di quali diritti e a beneficio di chi. In particolare, fare attenzione al costo dei diritti non induce soltanto a porre questioni di bilancio, ma anche a porre fondamentali interrogativi in relazione alla giustizia distributiva e alle responsabilità democratiche, e cioè al rapporto che deve sussistere tra democrazia e “giustizia”, tra principi che devono guidare le decisioni collettive e criteri di equità che consideriamo validi (o devono in ogni caso prevalere) a prescindere dalle scelte politiche e dalle volontà della maggioranza ⁽²⁾.

Se tutti i diritti presuppongono un costo e in qualche misura un compromesso nella scelta relativa a quanto di tali diritti deve essere necessariamente garantito, anche in bilanciamento con altri, la questione appare più complessa in relazione a quali e quanto di questi diritti debba essere garantito anche a coloro che non sono cittadini. Dal momento che le risorse disponibili sono infatti limitate, appare assai problematico decidere quali diritti garantire anche a coloro che hanno un legame meno intenso con il territorio e che contribuiscono da minor tempo, o non vi contribuiscono affatto, alle entrate dello Stato di residenza.

A riguardo, se il riconoscimento dei diritti individuali e delle libertà classiche (diritto alla vita, diritto all'integrità fisica, libertà di pensiero, libertà di espressione, ecc.) sembra per definizione indiscutibile, discendendo del resto anche dai molti trattati internazionali in conformità dei quali la condizione giuridica dello straniero deve essere disciplinata ai sensi dell'art. 10, comma 2, Cost., merita una più approfondita indagine la garanzia dei diritti sociali. In riferimento a questi ultimi, infatti, l'equilibrio finanziario è il fattore condizionante più problematico ⁽³⁾, almeno per quanto riguarda i diritti sociali cosiddetti di prestazione, e su di essi il d.lgs. 286/1998 (testo unico in materia di immigrazione) si sofferma particolarmente quale necessa-

(2) A tal proposito cfr. S. HOLMES, C. R. SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 138.

(3) D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Jovene, Napoli, 2003, p. 18.

rio veicolo di integrazione sociale dell'immigrato⁽⁴⁾. Del resto non si può far a meno di notare come la percentuale della popolazione straniera regolarmente presente sul territorio abbia ormai raggiunto circa il 6% della popolazione totale⁽⁵⁾ ed il notevole aumento delle presenze di stranieri sul territorio nazionale imponga una più attenta riflessione sul limite entro il quale al legislatore è consentito differenziare la posizione dello straniero da quella del cittadino nell'accesso al sistema di *welfare*, al fine di evitare differenziazioni di trattamento arbitrarie e quindi irragionevoli. Tanto più che anche all'interno della categoria degli stranieri, in ragione della durata della loro residenza o del titolo di soggiorno da essi posseduto, Stato, Regioni e enti locali hanno già introdotto alcune differenziazioni nel godimento di diritti sociali (si pensi all'accesso alle prestazioni assistenziali, all'accesso all'edilizia residenziale pubblica, al sistema dei *bonus* bebè o dei *bonus* istruzione), che hanno posto alcuni problemi sulla legittimità dei fini perseguiti e sulla congruità tra detti fini e i mezzi prescelti alla luce del principio di non discriminazione⁽⁶⁾.

(4) In generale, sui diritti sociali riconosciuti agli stranieri cfr. P. BONETTI, *I principi, i diritti e i doveri, Le politiche migratorie*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, Cedam, 2004, p. 110 ss., e A. DI FRANCIA, *La condizione giuridica dello straniero in Italia*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 93 ss.

(5) Secondo l'Istat i cittadini stranieri residenti all'inizio del 2008 sono quasi 3.433.000, inclusi i comunitari, il 62,5% nel Nord (più di 2 milioni), il 25,0% nel Centro (poco meno di 1 milione) e il 12,5% nel Mezzogiorno (quasi mezzo milione). Nel *Dossier Caritas Migrantes 2008* si accredita invece un numero superiore di immigrati regolarmente presenti, che oscilla tra i 3.800.000 e i 4.000.000, su una popolazione complessiva di 59.619.290 persone, con un'incidenza del 6,7% (leggermente al di sopra della media UE, che è stata del 6,0% nel 2006). Come evidenziato dallo stesso *Dossier*, queste due fonti, seppure differenti, non sono tuttavia in contrasto perché si riferiscono a distinte categorie di immigrati: a differenza dell'Istat, il *Dossier* prende in considerazione anche gli stranieri che non hanno ancora acquisito la residenza (il cui ottenimento richiede spesso più di un anno).

(6) Esse possono essere attuate attraverso discipline che direttamente o indirettamente discriminano lo straniero nell'accesso al sistema di *welfare*. Sulle nozioni di discriminazione diretta e indiretta cfr. art. 2 del d.lgs. 215/2003, recante "Attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica" e art. 43 del d.lgs. 286/1998, secondo il quale «costituisce discriminazione ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le pratiche religiose, e che abbia

Le numerose pronunce su ricorsi promossi ai sensi dell'art. 44 del d.lgs. 286/1998 (testo unico in materia di immigrazione), con il quale è stata introdotta nel nostro ordinamento l'azione civile contro la discriminazione⁽⁷⁾, la normativa europea in materia di antidiscriminazione (direttiva CE 2000/43, attuata nel nostro ordinamento con il d.lgs. 215/2003), la normativa internazionale sulla parità di trattamento dei lavoratori migranti (convenzioni OIL 143/1975 e 45/1990), nonché la giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo⁽⁸⁾ hanno infatti progressivamente delineato un preciso concetto di non discriminazione che appare necessario indagare al fine di ricostruire correttamente le condizioni di accesso dello straniero al sistema di *welfare* statale e regionale.

lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica». In dottrina cfr. F. GHERA, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2003, p. 85 ss.; D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, Cedam, Padova, 2008, p. 85, e con riferimento all'elaborazione giurisprudenziale compiuta dalla Corte di giustizia cfr. O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 40 ss.

(7) L'art. 44 del d.lgs. 286/1998 ha infatti previsto che quando il comportamento di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, il giudice può, su istanza di parte (la domanda si propone con ricorso), ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole e adottare ogni altro provvedimento idoneo, secondo le circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione. In generale sul punto cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori nel diritto civile, alla luce degli artt. 43 e 44 del T.U. sull'immigrazione*, in *Dir. famiglia* 2002, p. 112 ss., V. LA BROCCA, *L'azione civile contro la discriminazione: un nuovo modello per il futuro della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2001, p. 1246 ss. Di recente, per quanto riguarda la natura dell'azione, cfr. A. GUARISO, *Per la Cassazione l'azione civile contro la discriminazione è un procedimento cautelare*, in *D&L – Riv. crit. dir. lav.*, 2008, p. 715 ss.

(8) In particolare a partire dalla sentenza del 16 settembre 1996, *Gaygusuz c. Austria*, con la quale la Corte ha enucleato il principio, desunto direttamente dall'art. 14 CEDU, per cui ciascuno ha diritto ad usufruire della distribuzione di beni o benefici pubblici aventi rilievo anche economico senza subire discriminazioni basate sulla nazionalità. Principi analoghi sono stati affermati anche nelle sentenze *Koua Poirrez c. Francia* del 30 settembre 2003 e *Okpisz v. Germania e Niedzwiecki v. Germania* del 25 ottobre 2005. Sul punto si veda in generale A. SACCUCCI, *Il divieto di discriminazione nella Convenzione europea dei diritti umani: portata, limiti ed efficacia nel contrasto a discriminazioni razziali o etniche*, in *I diritti dell'uomo*, 2005, p. 11 ss.

Questa recente elaborazione giurisprudenziale si pone del resto in linea e rappresenta un completamento del percorso già iniziato dalla Corte costituzionale con l'utilizzo del principio di uguaglianza e ragionevolezza ⁽⁹⁾ e da ultimo approdato a ricondurre il divieto di discriminazione degli stranieri regolarmente presenti sul territorio all'art. 10, comma 1, Cost. ⁽¹⁰⁾, e quindi alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute.

Attraverso l'analisi di alcune questioni problematiche ⁽¹¹⁾ si vuole quindi evidenziare come la garanzia dei diritti sociali degli stranieri risenta a monte di un difficile compromesso che il legislatore statale e regionale è chiamato a compiere in ragione della limitatezza delle risorse disponibili, ma sempre e comunque in ossequio al principio di non discriminazione.

2. *La condizione giuridica dello straniero fra Stato, Regioni e enti locali*

Preliminare all'indagine che si propone, appare tuttavia la

(9) In particolare, la Corte costituzionale, nell'affermare l'eguaglianza dello straniero nel godimento dei diritti inviolabili della persona e delle libertà democratiche, ha esercitato un sindacato di ragionevolezza sulla pertinenza di ogni differenziazione della condizione di straniero. Sul punto si rinvia in generale a L. PALADIN, voce *Eguaglianza (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 530; A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1994; M. CUNIBERTI, *La cittadinanza*, Padova, Cedam, 1997, p. 159 ss., e G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, p. 222 ss.

(10) Si tratta della sent. 306/2008, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disciplina che subordinava il riconoscimento dell'indennità di accompagnamento al possesso da parte dello straniero di un reddito, richiesto per il rilascio della carta di soggiorno ed ora previsto, per effetto del d.lgs. 3/2007, per il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo. Sul punto si veda comunque *infra* § 3.

(11) Si analizzerà il sistema di accesso degli stranieri alle prestazioni assistenziali non contributive, recentemente oggetto di alcune decisioni della Corte costituzionale, ed alcune discipline regionali e locali in materia di prestazioni assistenziali. Una specifica attenzione sarà dedicata al diritto all'abitazione con riferimento alle discrasie rilevabili tra discipline statali, regionali e locali in materia di accesso agli alloggi di edilizia residenziale pubblica, per concentrarsi infine sulla problematica questione dei *bonus bebè* e dei *bonus* istruzione e sulle misure recentemente introdotte dalla manovra finanziaria per il 2009.

ricostruzione delle competenze in materia di immigrazione fra Stato, Regioni ed enti locali. Non si può infatti trascurare come la diversa ripartizione dei poteri tra le autonomie territoriali vada ad influenzare la protezione dei diritti sociali e il livello di uguaglianza con cui gli stessi vengono garantiti nelle diverse entità territoriali che compongono lo Stato⁽¹²⁾.

Già prima della riforma del Titolo V della Costituzione, il d.lgs. 286/1998 aveva affidato a Regioni ed enti locali rilevanti compiti nella predisposizione di servizi e prestazioni a favore degli stranieri. E con la l. 328/2000, recante «legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali»⁽¹³⁾, molti interventi di *welfare* sono stati devoluti alla competenza locale, delineando un sistema integrato di interventi e servizi sociali finalizzato alla creazione di una struttura reticolare di apporti, risorse e risposte sociali, nella quale assumono un rilievo centrale il piano regionale ed il piano di zona, predisposto a livello comunale e Provinciale come documento di programmazione degli interventi socio-sanitari e assistenziali sul territorio⁽¹⁴⁾.

A seguito della revisione costituzionale del 2001, molte Regioni hanno poi adottato proprie leggi in materia di immigrazione⁽¹⁵⁾ e «cittadinanza» sociale⁽¹⁶⁾, contribuendo a delineare

(12) D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, cit., p. 22.

(13) La legge 328/2000, di riorganizzazione dei servizi sociali, ha ricomposto definitivamente il quadro nazionale costruendo un sistema integrato di opportunità e di servizi per le persone. Sul punto cfr. C. GORI, *La riforma dei servizi sociali in Italia*, Carrocci, Roma, 2004 ed E. FERIOLI, *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, Giappichelli, Torino, 2003.

(14) Cfr. L. D'ARCANGELO, *Quale programmazione per un welfare locale?*, in *Rivista della sicurezza sociale*, 2006, p. 461 ss. R. FINOCCHI GHERSI, *I servizi sociali e l'assistenza*, in L. TORCHIA (a cura di), *Welfare e federalismo*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 56 ss.

(15) Cfr. l.r. Abruzzo n. 46/2004, recante «Interventi a sostegno degli stranieri immigrati»; l.r. Emilia-Romagna 5/2004, recante «Norme per l'integrazione sociale dei cittadini stranieri immigrati. Modifiche alle leggi regionali 21 febbraio 1990, n. 14 e 12 marzo 2003, n. 2»; l.r. Liguria 7/2007, recante «norme per l'accoglienza e l'integrazione sociale delle cittadine e dei cittadini stranieri immigrati»; l.r. Lazio 10/2008, recante «disposizioni per la promozione e la tutela dell'esercizio dei diritti civili e sociali e la piena uguaglianza dei cittadini stranieri immigrati».

(16) Cfr. l.r. Piemonte 1/2004, recante «Norme per la realizzazione del sistema regionale integrato di interventi e servizi sociali e riordino della legislazione di riferimen-

autonomamente un quadro completo e specifico degli interventi a favore degli stranieri sul territorio regionale.

Del resto la stessa giurisprudenza costituzionale ha progressivamente riconosciuto uno spazio di intervento sempre più ampio alla legislazione regionale in materia di immigrazione, circoscrivendo da ultimo con la sentenza 50/2008 la competenza statale esclusiva alla «programmazione dei flussi di ingresso ovvero al soggiorno degli stranieri nel territorio nazionale»⁽¹⁷⁾. La Corte ha peraltro rilevato come sia la stessa legge statale a disciplinare la materia dell'immigrazione e della condizione giuridica degli stranieri proprio prevedendo che una serie di attività pertinenti la disciplina del fenomeno migratorio e degli effetti sociali di quest'ultimo vengano esercitate dallo Stato in stretto coordinamento con le Regioni, affidando direttamente a queste ultime alcune competenze, secondo criteri che tengono ragionevolmente conto del fatto che l'intervento pubblico non si limita al doveroso controllo dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale (cd. politiche *di* immigrazione), ma riguarda necessariamente altri ambiti, dall'assistenza

to»; l.r. Toscana 41/2005, recante «Sistema integrato di interventi e servizi per la tutela dei diritti di cittadinanza sociale»; l.r. Friuli-Venezia Giulia n. 6/2006, recante «Sistema integrato di interventi e servizi per la promozione e la tutela dei diritti di cittadinanza sociale»; l.r. Liguria 12/2006, recante «Promozione del sistema integrato di servizi sociali e sociosanitari»; l.r. Puglia 19/2006, recante «Disciplina del sistema integrato dei servizi sociali per la dignità e il benessere delle donne e degli uomini in Puglia»; l.r. Basilicata 4/2007, recante «Rete regionale integrata dei servizi di cittadinanza sociale»; l.r. Campania n. 11/2007, recante «Legge per la dignità e la cittadinanza sociale. Attuazione della legge 8 novembre 2000, n. 328»; l.r. Lombardia 3/2008, recante «Governo della rete degli interventi e dei servizi alla persona in ambito sociale e sociosanitario». Sulle problematiche relative alle conseguenze che il nuovo riparto di competenze legislative ha prodotto in materia di assistenza sociale si veda E. FERIOLI, *op. cit.*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 138, che si sofferma.

(17) La Corte sembra leggere in modo unitario le pur distinte materie di cui alle citate lett. *a*) e *b*) dell'art. 117, comma 2, Cost., di fatto rinunciando a dare un significato autonomo al titolo «condizione giuridica dello straniero non comunitario» rispetto a quello di «immigrazione», come già osservato nelle precedenti sent. 300/2005 e 156/2006. Sul punto cfr. P. PASSAGLIA, «Immigrazione» e «condizione giuridica» degli stranieri extracomunitari: la Corte costituzionale precisa i termini del riparto di competenza (...e torna sulla portata delle enunciazioni di principio contenute negli statuti), in *Foro it.*, 2006, I, p. 352, e D. STRAZZARI, *Riparto di competenze tra Stato e Regioni: alla ricerca del confine perduto?*, in *Le Regioni*, 2006, p. 1041.

all'istruzione, dalla salute all'abitazione (cd. politiche *per* l'immigrazione), materie che intersecano *ex* Costituzione, competenze dello Stato con altre regionali, in forma esclusiva o concorrente ⁽¹⁸⁾.

La natura degli interessi coinvolti può quindi legittimare l'intervento statale, per quanto riguarda il controllo dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale (art. 117, comma secondo, lett. *b*) e la definizione della condizione giuridica dello straniero ⁽¹⁹⁾ (art. 117, comma secondo, lett. *a*)), ma anche interventi regionali, per quel che concerne invece le condizioni declinate al plurale e risultanti dai singoli campi di esperienza: salute, lavoro, abitazione, assistenza sociale, la cui determinazione è rimessa, per ciascuno di questi ultimi, a discipline ora congiunte di Stato e Regioni, ora residuali di queste ultime ⁽²⁰⁾.

A tal proposito dalla metà degli anni novanta si è anche assistito ad un progressivo coinvolgimento delle amministrazioni locali, considerate non più come semplici attuatori di leggi o decisioni prese altrove, bensì come livelli di governo direttamente responsabili dell'inserimento sociale degli immigrati presenti sul territorio, soprattutto in riferimento all'accesso ai servizi sociali ⁽²¹⁾.

(18) Le potestà legislative regionali in tema di salute, lavoro, assistenza sociale non possono infatti vedersi sottratto tutto il settore relativo agli immigrati, essendo invece logico che il livello istituzionale chiamato a disciplinare, in via generale, queste materie, le delinei anche nei confronti degli immigrati. Sul punto si veda C. CORSI, *Immigrazione e ruolo degli enti territoriali*, in *Dir. imm. e citt.*, 2005, p. 40.

(19) Da intendersi come il complesso delle situazioni giuridiche che hanno lo straniero come destinatario o beneficiario, e che ne individuano e ne definiscono complessivamente la posizione nell'ordinamento italiano. Sul punto G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella costituzione italiana*, Padova, 1992, p. 115. Sotto tale profilo tuttavia sembra alquanto difficile individuare una netta separazione tra competenze statali e regionali, *infra* § 8.

(20) Cfr. A. RUGGERI, C. SALAZAR, *Ombre e nebbie nel riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di emigrazione/immigrazione dopo la riforma del Titolo V*, in M. REVENGA SANCHEZ (a cura di), *I problemi costituzionali dell'immigrazione in Italia e Spagna*, Valencia, Tirant lo blanch, 2005, p. 324.

(21) Cfr. T. CAPONIO, *Governo locale e immigrazione in Italia. Tra servizi di welfare e politiche di sviluppo*, in questa *Rivista*, 2004, p. 789, che procede ad una ricostruzione storica degli interventi locali in materia di immigrazione, sottolineando, in particolare, come i governi locali del centro-nord avessero già iniziato a realizzare im-

In questo contesto, tuttavia, le politiche regionali e locali destinate agli immigrati residenti sul territorio non hanno sempre seguito le medesime tendenze. Nell'autonomia loro concessa dalla riforma del Titolo V, si è infatti assistito all'alternarsi di misure inclusive ed esclusive, finalizzate da un lato a garantire la piena integrazione dello straniero nella società o al contrario a "preservare" le peculiarità ed il sistema di preferenza della comunità regionale o locale nell'accesso al *welfare*. Senza contare anche alcune differenze rilevabili tra queste discipline e il testo unico in materia di immigrazione.

Inoltre è indubbio che differenze organizzative, sociali, culturali o finanziarie possono incidere fortemente sugli strumenti programmati ed adottati a livello regionale e locale ⁽²²⁾. Ecco allora che la condizione giuridica dello straniero, perlomeno per quanto concerne la garanzia dei diritti sociali, oltre a dipendere dal titolo di soggiorno di cui lo straniero è titolare ⁽²³⁾, dipende inevitabilmente anche dal luogo in cui il soggetto si trova a risiedere, contribuendo entrambi questi fattori ad impedire una ricostruzione unitaria della condizione giuridica dello straniero, "frammentata" appunto in relazione al luogo di residenza.

portanti interventi a favore degli stranieri anche prima del d.lgs. 286/1998. Con riferimento ad alcune esperienze concrete cfr. sempre dello stesso A., *Città italiane e immigrazione. Discorso pubblico e politiche a Milano, Bologna e Napoli*, Bologna, Il Mulino, 2006. Del resto si è evidenziato come la vicinanza del fenomeno migratorio alle comunità locali ha infatti permesso loro di farsi attenti recettori delle istanze di tutela e delle necessità della popolazione immigrata. Sul punto Cfr. M. VRENNÀ, *Immigrazione e nuovo welfare locale*, in *Gli stranieri*, 2003, p. 298, P. BONETTI, *I principi, i diritti e i doveri cit.*, p. 177 e L. MELICA, *Lo straniero extracomunitario. Valori costituzionali e identità culturale*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 282.

(22) La stessa esigibilità dei diritti si confronta infatti necessariamente con l'esigenza di reperire le risorse per garantirli, rischiando quindi di avviare un processo di costruzione di welfare regionali e locali a velocità diverse, con nuove disuguaglianze, a seconda delle capacità fiscali dei singoli enti territoriali. Sul punto cfr. R. TOSI, *Cittadini, Stato e Regioni di fronte ai "livelli essenziali delle prestazioni..."*, in *Quad. cost.*, 2003, p. 629 ss. Sul tema si veda anche M. GORLANI, *Accesso al welfare state e libertà di circolazione: quanto «pesa» la residenza regionale?*, in *Le Regioni*, 2006, p. 345 ss.

(23) Sull'inesistenza di una nozione unitaria di "straniero" in ragione del titolo di soggiorno, cfr. M. CUNIBERTI, *La cittadinanza*, cit., p. 193, e E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, UTET, Torino, 1999, p. 159.

3. *Prestazioni assistenziali e permesso CE per soggiornanti di lungo periodo: un binomio spezzato*

Uno dei settori maggiormente critici nel quale di recente ha trovato affermazione il principio di non discriminazione è quello relativo al riconoscimento delle prestazioni assistenziali non contributive, in riferimento al quale si è originata una cospicua giurisprudenza, non soltanto nazionale, volta a prevederne un'estensione anche a favore degli stranieri non titolari del permesso di soggiorno CE.

In materia, fino alla legge finanziaria per il 2001, trovava applicazione l'art. 41 del d.lgs. 286/1998, rubricato "assistenza sociale", il quale prevedeva per gli stranieri titolari di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore all'anno l'equiparazione ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e prestazioni di assistenza sociale, incluse quelle previste in favore di ciechi, sordomuti ed invalidi civili. L'art. 80 della legge finanziaria per il 2001, l. 388/2000, intervenne tuttavia su tale disposizione prevedendo che, ai sensi del citato articolo 41, l'assegno sociale e le provvidenze economiche che costituiscono diritti soggettivi in base alla legislazione vigente in materia di servizi sociali fossero concessi, alle condizioni previste dalla legislazione medesima, agli stranieri titolari di carta di soggiorno (oggi permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo⁽²⁴⁾) – titolo di soggiorno per il cui rilascio è richiesto, tra l'altro, il possesso da almeno cinque anni di un permesso di soggiorno in corso di validità ed il possesso di un reddito almeno pari all'importo annuo dell'assegno

(24) Il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo è stato introdotto dal d.lgs. 3/2007, recante "Attuazione della direttiva 2003/109/CE relativa allo *status* di cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo". Per ottenere tale titolo di soggiorno lo straniero deve essere in possesso da almeno 5 anni di un permesso di soggiorno in corso di validità; deve dimostrare la disponibilità di un reddito non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale (per il 2009 l'importo annuo dell'assegno sociale è pari ad € 5.317,65) e di un alloggio idoneo che rientri nei parametri minimi previsti dalla legge regionale per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica ovvero che sia fornito dei requisiti di idoneità igienico-sanitaria. Tale titolo si differenzia dal semplice permesso di soggiorno perché è a tempo indeterminato.

sociale ⁽²⁵⁾.

La disposizione sollevò da subito molteplici critiche, ponendosi peraltro in evidente contrasto anche con il quadro internazionale di riferimento ⁽²⁶⁾.

A tal proposito la Convenzione O.I.L. n. 47 del 1949 (ratificata con l. n. 1305/1952), garantisce agli stranieri un trattamento in materia di sicurezza sociale non meno favorevole di quello applicato dagli Stati ai propri cittadini (cfr. art. 6) e la Convenzione O.I.L. n. 143 del 1975 (ratificata con l. n. 158/1981), garantisce parità di opportunità e di trattamento anche in materia di sicurezza sociale (cfr. art. 10), senza quindi dover richiedere il possesso di un titolo di soggiorno particolare. Secondo tali fonti internazionali, cioè, la garanzia di pari trattamento in materia di sicurezza sociale è espressamente riferita alla generalità dei migranti che si trovano sul territorio di ogni Stato membro, alla sola condizione che essi vi si trovino legalmente, senza alcuna distinzione basata sull'anzianità o sul "consolidamento" del loro soggiorno o sulla disponibilità di un reddito minimo. Ed anche la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), pur non contenendo specifiche disposizioni in materia di diritto alla sicurezza sociale, assicura per mezzo dell'art. 1 del Protocollo n. 1 un'ampia protezione anche in riferimento alle

(25) Peraltro deve rilevarsi che il d.d.l. delega al Governo per la modifica della disciplina dell'immigrazione e delle norme sulla condizione dello straniero, presentato al Parlamento durante la scorsa legislatura con il numero C-2976, prevedeva l'equiparazione ai cittadini italiani degli stranieri regolarmente soggiornanti da almeno due anni (e dei minori iscritti nel loro permesso di soggiorno) in materia di accesso alle provvidenze sociali, ad eccezione dell'assegno sociale laddove non derivane dalla conversione del trattamento di invalidità in godimento (art. 1, lett. l)). Nella relazione di accompagnamento si quantificava l'onere finanziario di tale modifica legislativa in 91 milioni di euro nel 2008, 144 nel 2009, 200 nel 2010, 203 nel 2011 e 207 nel 2012.

(26) Sulla problematica si veda in generale M. VRENNÀ, *Le prestazioni economico-assistenziali e gli immigrati extracomunitari*, in *Gli stranieri*, 2004, 1, p. 1 ss., M. PAGGI, *Prestazioni di assistenza sociale e parità di trattamento*, in *Dir. imm. e citt.*, 2004, 4, p. 77 ss.; R. MIELE, *Assegno per invalidi civili. Considerazioni sulla possibilità di erogazione del beneficio anche in assenza di carta di soggiorno*, in *Gli stranieri*, 2006, 3, p. 230 ss., e da ultimo L. CASTAGNOLI, *Il diritto alle prestazioni assistenziali di invalidità dello straniero in Italia, nella normativa interna e comunitaria. Orientamenti giurisprudenziali*, in *Immigrazione.it*, n. 87-88/2009.

prestazioni sociali, comprese quelle di tipo non contributivo, che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ricondotto ai diritti patrimoniali tutelati da detta norma, applicando per conseguenza anche a tali benefici il principio di non discriminazione sancito dall'art. 14 della stessa Convenzione⁽²⁷⁾.

Nella giurisprudenza di merito si sono registrate quindi soluzioni interpretative differenti, finalizzate a ridurre, talvolta "creativamente", la portata applicativa della disposizione sopracitata.

In talune pronunce si è proceduto al riconoscimento di prestazioni assistenziali disapplicando l'art. 80, comma 19, cit., per contrasto con il regolamento comunitario n. 2003/859, il quale prevede che i diritti, anche economici, di sicurezza sociale di cui al regolamento 1971/1408 sono riconosciuti anche al lavoratore non comunitario ed ai suoi familiari conviventi alle stesse condizioni del cittadino italiano⁽²⁸⁾, benché nei casi oggetto di decisione lo straniero non avesse esercitato il suo diritto di circolazione all'interno degli Stati membri dell'Unione europea. Si deve infatti segnalare che tale regolamento dovrebbe applicarsi ai lavoratori extracomunitari che transitano da uno Stato membro all'altro al fine di svolgere un'attività lavorativa e non ai lavoratori extracomunitari rimasti esclusivamente nel

(27) A tal proposito cfr. sentenza *Gaygusuz c. Austria*, del 16 settembre 1996, nella quale la Corte afferma che ricadono nella previsione di cui all'art. 1, Prot. n. 1, CEDU anche tutte quelle prestazioni non necessariamente connesse con il pagamento di tasse o contributi. Tale principio viene poi confermato nella successiva sentenza *Koua Poirrez c. Francia*, del 30 settembre 2003, nella quale la Corte europea ha riconosciuto il diritto all'assegno per minorati adulti ad un cittadino ivoriano fisicamente disabile dall'età di sette anni, dichiarando conseguentemente discriminatoria la disciplina francese che riconosceva tale prestazione unicamente ai titolari di cittadinanza o ai cittadini di Paesi con i quali la Francia aveva concluso accordi di reciprocità in materia di sicurezza sociale. La Corte europea considera infatti discriminatoria ogni distinzione che non sia fondata su giustificazioni obiettive e ragionevoli, e cioè qualora non persegua un legittimo scopo o quando non sia ravvisabile una ragionevole relazione di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo che si vuol realizzare. Sul punto si veda inoltre la sentenza *Luczak c. Polonia*, del 2 agosto 2008. Tutte le sentenze della Corte di Strasburgo sono reperibili all'indirizzo <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>.

(28) Cfr. Tribunale di Trento sentenza n. 202 del 29 ottobre 2004 e Tribunale di Perugia sentenza 20 agosto 2007.

primo Paese di ingresso⁽²⁹⁾. In altre decisioni si è invece cercato di interpretare la disposizione di cui al citato articolo 80 in senso conforme a Costituzione, restringendone l'ambito di applicazione alle sole prestazioni che possono essere erogate dai servizi sociali presso gli enti locali. Secondo questa impostazione, il previo possesso del permesso CE per soggiornanti di lungo periodo non potrebbe quindi essere richiesto per le prestazioni assistenziali regolate dalla legge, come indennità di accompagnamento, indennità di frequenza, assegno per invalidi civili, assegno sociale⁽³⁰⁾. Altre decisioni si caratterizzano invece per la disapplicazione dell'art. 80, comma 19, della l. 388/2000, in quanto ritenuto in contrasto con le disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 14 CEDU, in relazione all'art. 1, Prot. n. 1, CEDU)⁽³¹⁾.

A ricomporre i diversi orientamenti è tuttavia intervenuta la Corte costituzionale dapprima con la sentenza 306/2008 e poi

(29) Il regolamento 1408/71 del Consiglio è infatti relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità e costituisce lo strumento fondamentale del coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale dei diversi Stati membri.

(30) Cfr. Tribunale di Verona sentenza 22 maggio 2006. Sul punto cfr. E. FAVÈ, *I cittadini comunitari e le provvidenze di assistenza sociale: portata e limiti del principio di non discriminazione*, in *Rivista crit. dir. lav.*, 2006, 3, p. 959 ss. Per una rassegna critica della giurisprudenza in materia si rinvia in generale a W. CHIAROMONTE, *Le prestazioni di assistenza sociale per i cittadini non comunitari ed il principio di non discriminazione. Una rassegna critica della giurisprudenza nazionale ed europea*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2008, p. 101 ss.

(31) A tal proposito cfr. Tribunale di Pistoia, sentenza 23 marzo 2007, con commento di W. CHIAROMONTE, *La disapplicazione delle norme nazionali confliggenti con la CEDU e l'accesso dei non comunitari alle prestazioni di assistenza sociale. Nota a Tribunale di Pistoia, 4.5.2007*, in *Dir. Imm. e Citt.*, 2007, 2, 89 e ss.; Corte di Appello di Firenze, sentenza 9 giugno 2007, n. 702; e Tribunale di Ravenna, sentenza 16 gennaio 2008, n. 476. Tali decisioni si pongono in linea con un orientamento della Cassazione civile favorevole alla disapplicazione della normativa interna contrastante con la CEDU (cfr. Cassazione, sez. I, 19 luglio 2002, n. 10542, Cassazione, Sezioni Unite, 23 dicembre 2005, n. 28507). Tale orientamento è stato tuttavia sconfessato dalla Corte costituzionale con le sentenze 348 e 349/2007, con le quali la Corte ha chiarito la necessità, di fronte ad un presunto contrasto tra normativa interna e disposizioni internazionali (nella specie si trattava proprio della CEDU), di sollevare questione di costituzionalità in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., il quale prevede che la potestà legislativa di Stato e Regioni sia esercitata non soltanto nel rispetto della Costituzione ma anche dei vincoli comunitari e degli obblighi internazionali.

recentemente con la sentenza 11/2009⁽³²⁾.

Con la prima decisione la Corte costituzionale ha finalmente spezzato il binomio permesso CE per soggiornanti di lungo periodo e prestazioni assistenziali dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 80, comma 19, della legge n. 388/2000, e dell'art. 9 del d.lgs. 286/1998, nella parte in cui escludono che l'indennità di accompagnamento possa essere attribuita ai cittadini extracomunitari soltanto perché essi non risultano in possesso dei requisiti di reddito già stabiliti per la carta di soggiorno ed ora previsti, per effetto del decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 3, per il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo.

In particolare, la Corte ha ritenuto che fosse manifestamente irragionevole, e quindi in contrasto con l'art. 3 Cost., subordinare la fruizione di una prestazione assistenziale quale l'indennità di accompagnamento, che come è noto è rilasciata a coloro che sono incapaci di deambulare autonomamente o di compiere gli atti quotidiani della vita⁽³³⁾, al possesso di un titolo di soggiorno per il cui rilascio è richiesta la dimostrazione di un determinato livello di reddito. Tanto più che tale previsione si pone in contrasto anche con gli artt. 2, 32 e 38 Cost. in quanto l'indennità di accompagnamento è finalizzata a garantire il diritto alla salute dello straniero, inteso anche come «diritto ai rimedi possibili e, come nel caso, parziali, alle menomazioni prodotte da patologie di non lieve importanza», nonché con

(32) A tal proposito si segnala che la Corte costituzionale era stata già investita di una questione analoga, decisa tuttavia con la sent. 324/2006 nel senso della inammissibilità, in quanto a parere della Corte i giudici *a quibus* avrebbero potuto interpretare la disposizione censurata in senso conforme a Costituzione, e cioè escludendone la portata retroattiva in riferimento a tutte quelle situazioni in cui cittadini extracomunitari, privi di carta di soggiorno, già percepivano prestazioni di questo tipo sulla base della previgente disciplina. Per un commento cfr. M. PAGGI, *La Corte costituzionale e le prestazioni di assistenza sociale per i cittadini extracomunitari*, in *Diritto, Immigrazione e citt.*, 4/2006, p. 81 ss.

(33) L'indennità di accompagnamento agli invalidi civili è una prestazione di natura universalistica non soggetta a limiti reddituali e prevista al solo titolo della minorazione. Ai sensi della legge 18/1980, viene concessa alle persone disabili per le quali sia stata accertata una inabilità al 100% e l'impossibilità di deambulare o compiere gli atti quotidiani della vita.

l'art. 10, comma 1, Cost., dal momento che tra le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute rientrano, a parere della Corte, anche quelle che «vietano discriminazioni nei confronti degli stranieri, legittimamente soggiornanti nel territorio dello Stato».

Con la più recente sentenza 11/2009, la Corte costituzionale è tornata sull'illegittimità dell'art. 80, comma 19, della legge 388/2000, con riferimento tuttavia ad un'altra prestazione assistenziale non contributiva. A tal proposito la Corte sembra aver raggiunto un traguardo ulteriore nella demolizione del sistema di riconoscimento di tali prestazioni per come delineato dalla finanziaria per il 2001, affermando in particolare che: «la intrinseca irragionevolezza del complesso normativo qui censurato e la disparità di trattamento che esso determina tra cittadini e stranieri legalmente e non occasionalmente soggiornanti in Italia – sussistono a maggior ragione anche con riguardo alla pensione di inabilità». Riferendosi ai principi precedentemente espressi nella citata sentenza 306/2008, la Corte rileva infatti che, mentre l'indennità di accompagnamento è concessa per il solo fatto della minorazione, senza che le condizioni reddituali vengano in alcun modo in rilievo, la pensione di inabilità è preclusa dalla titolarità di un reddito superiore ad una misura fissata dalla legge⁽³⁴⁾. Con riferimento a tale prestazione, la Corte ritiene quindi che la disciplina in questione violi l'art. 3 Cost. anche per «l'intrinseca irragionevolezza» del complesso normativo in questione, il quale, da un lato, prevede che tale prestazione sia erogata soltanto se il richiedente non superi un determinato livello di reddito, ma, allo stesso tempo, quando questi è straniero, esige il possesso di un titolo di soggiorno – carta di soggiorno, ora permesso di soggiorno CE per lungo soggiornanti – il cui rilascio è subordinato alla dimostrazione di un cer-

(34) La pensione di inabilità di cui all'art. 12 della legge n. 118 del 1971 è concessa ai mutilati ed invalidi civili di età superiore agli anni 18, nei cui confronti, in sede di visita medico-sanitaria, sia accertata una totale inabilità lavorativa. Quanto alle condizioni economiche richieste per la concessione della prestazione, è previsto un limite di reddito personale annuo pari ad € 14.466,57 (sul punto cfr. i dati pubblicati su www.inps.it).

to livello di reddito ⁽³⁵⁾.

4. *(Segue) Prestazioni sociali tra non discriminazione e discipline regionali e locali.*

La questione dell'accesso degli stranieri alle prestazioni assistenziali assume un particolare rilievo anche in ambito regionale e locale. Si sono infatti registrati orientamenti normativi differenti finalizzati talvolta a restringere o addirittura a precludere la fruizione di determinate prestazioni da parte dei cittadini extracomunitari, o, al contrario, ad estendere l'accesso degli stranieri al sistema integrato dei servizi sociali, anche in deroga a quanto previsto dall'art. 80, comma 19, della citata l. 388/2000.

Sotto quest'ultimo profilo appare interessante menzionare alcune leggi regionali in materia.

A tal proposito l'art. 3 della l.r. Liguria 12/2006, rubricato significativamente "destinatari dei diritti di cittadinanza sociale", prevede che accedono ai servizi, alle prestazioni, alle provvidenze economiche del sistema integrato di promozione e di protezione sociale tutte le persone residenti nel territorio della Regione, compresi: gli stranieri con permesso umanitario di cui all'articolo 18 del d.lgs. 286/1998 e gli stranieri con permesso di soggiorno di cui all'articolo 41 dello stesso decreto legislativo (lett. a)); i minori di qualsiasi nazionalità (lett. b)); i richiedenti asilo per la durata del permesso emesso nelle more dell'istruttoria della domanda di riconoscimento dello *status* di

(35) Per accedervi lo straniero non può superare un livello massimo di reddito fissato dalla legge, ma, allo stesso tempo, deve possedere il permesso di soggiorno CE per lungo soggiornanti, il cui rilascio è subordinato alla dimostrazione di un certo livello di reddito. A tal proposito si segnala che l'art. 80, comma 19, è oggetto di altre ordinanze di remissione attualmente pendenti dinanzi alla Corte costituzionale. Si tratta in particolare dell'ordinanza del 22 maggio 2008 del Tribunale di Pistoia, sempre in riferimento all'indennità di accompagnamento ed alla pensione di inabilità (analoga a quella già decisa con la sentenza 11/2009), e all'ordinanza del 27 maggio 2008 della Corte di Appello di Torino sollevata in riferimento all'indennità di accompagnamento e all'indennità di frequenza.

rifugiato, nonché durante il tempo dell'autorizzazione prefettizia a permanere sul territorio nazionale in pendenza di ricorso giurisdizionale a norma dell'articolo 17 del d.P.R. 303/2004 (lett. *c*) e gli stranieri cui è stato riconosciuto lo *status* di rifugiato (lett. *d*).

Tali soggetti possono quindi beneficiare degli interventi e delle prestazioni di cui all'art. 2 della medesima legge, tra i quali rientrano espressamente anche «gli emolumenti economici, erogati in forma occasionale, destinati a contrastare la povertà ed a rimuovere condizioni di insufficiente o mancato reddito, nonché a compensare incapacità involontaria di lavoro e di guadagno derivante da disabilità» (art. 2, comma 4).

A riguardo anche la l.r. Toscana 41/2005 prevede che abbiano diritto ad accedere agli interventi e ai servizi del sistema integrato tutte le persone residenti in Toscana, comprese: le donne straniere in stato di gravidanza e nei sei mesi successivi al parto, comunque presenti sul territorio regionale ⁽³⁶⁾ (lett. *a*); gli stranieri con permesso umanitario di cui all'articolo 18 del d.lgs. n. 286/1998 e gli stranieri con permesso di soggiorno di cui all'articolo 41 dello stesso decreto legislativo (lett. *b*); i richiedenti asilo e rifugiati (lett. *c*); i minori di qualsiasi nazionalità comunque presenti nel territorio regionale (comma 3). Anche in questo caso, ai sensi dell'art. 1, comma 2, della medesima legge, per interventi e servizi sociali si intendono tutte le attività relative alla predisposizione ed alla erogazione di servizi, gratuiti e parzialmente o completamente a pagamento, o di *prestazioni economiche* destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona incontra nel corso della vita, escluse quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché le funzioni assicurate in sede di amministrazione della giustizia.

Giunge addirittura alla disapplicazione della disciplina statale la deliberazione della Giunta Provinciale di Bolzano, del 27 giugno 2005, recante “provvedimenti concernenti gli invalidi

(36) La formula “comunque presenti sul territorio nazionale” ricomprende anche le situazioni in cui lo straniero sia privo del permesso di soggiorno.

civili, ciechi civili e sordomuti". Con tale atto è stata infatti disposta la disapplicazione dell'art. 80, comma 19, in applicazione del citato regolamento (CE) n. 859/2003 che estende le disposizioni del regolamento (CEE) n. 1408/71 e del regolamento (CEE) n. 574/72 ai cittadini di Paesi terzi, in materia di parità di trattamento dei lavoratori all'interno degli Stati membri dell'Unione europea.

In particolare, la Provincia autonoma ha deliberato di considerare, per la concessione delle prestazioni economiche concesse ai sensi legge Provinciale 46/1978, recante "provvedimenti concernenti gli invalidi civili, i ciechi civili e i sordomuti", i requisiti previsti dall'art. 39 della legge 40/1998, il quale prevede che gli stranieri titolari di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno siano equiparati ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze economiche per invalidi civili, ciechi civili e sordomuti ⁽³⁷⁾.

In senso opposto si pone invece la discussa ordinanza 23 gennaio 2008, n. 4, del Sindaco del Comune di Azzano Decimo, in Provincia di Pordenone, con la quale si è proceduto all'esclusione dei cittadini extracomunitari e comunitari dalle prestazioni del "sistema integrato di interventi e servizi per la

(37) Poi confluito appunto nell'art. 41 del d.lgs. 286/1998. Con tale delibera si disponeva inoltre di accogliere il ricorso di un cittadino extracomunitario concedendogli la pensione per invalidi civili parziali anche in difetto di carta di soggiorno (titolo che, come abbiamo visto, è stato sostituito di recente dal permesso CE per soggiornanti di lungo periodo, ma ne sono rimasti pressoché invariati i presupposti). In riferimento a tale provvedimento si deve tuttavia evidenziare, come già accennato in riferimento alle sentenze del Tribunale di Trento n. 202 del 29 ottobre 2004 e del Tribunale di Perugia sentenza 20 agosto 2007, che il regolamento citato ha disposto l'equiparazione anche per i benefici in questione, ma alla condizione che si tratti di persone in situazione di soggiorno legale nel territorio di uno Stato membro e che «si trovino in una situazione in cui non tutti gli elementi si collochino all'interno di un solo Stato membro». Come precisato al punto 12 del preambolo del regolamento, esso non vale infatti "quando la situazione di un cittadino di un paese terzo presenta unicamente legami con un paese terzo e un solo Stato membro." A tal proposito cfr. R. MIELE in nota alla delibera, su www.immigrazione.it, il quale rileva come il provvedimento della Giunta di Bolzano avrebbe potuto correttamente disapplicare la normativa nazionale soltanto a condizione che il denegato diritto fosse stato rivendicato non dal cittadino straniero in quanto tale, ma in quanto cittadino di Paese terzo che si fosse avvalso della libertà di circolazione, trasferendo la sua dimora da uno Stato membro ad un altro, circostanza questa che non sembra sussistere nella caso in questione.

promozione e la tutela dei diritti di cittadinanza sociale”. La l.r. Friuli-Venezia Giulia n. 6/2006 stabilisce infatti un principio di parità di trattamento tra cittadini italiani e stranieri regolarmente soggiornanti in materia di accesso agli interventi e ai servizi del sistema integrato, incluso il reddito di base di cittadinanza di cui all’art. 59 (reso poi esecutivo con decreto del Presidente della Regione n. 278 del 10 settembre 2007). Con tale provvedimento si dispone invece l’esclusione dei cittadini stranieri regolarmente soggiornanti dagli interventi di assistenza sociale erogabili dall’amministrazione, con l’ulteriore indicazione al proprio personale competente di provvedere alla segnalazione all’autorità di pubblica sicurezza di eventuali richieste di assistenza presentate da cittadini stranieri in stato di bisogno, ai fini dell’avvio di eventuali provvedimenti espulsivi o di allontanamento dal territorio nazionale ⁽³⁸⁾. Nelle premesse dell’ordinanza si fa riferimento al citato art. 80, comma 19, che riduce appunto il campo di ammissibilità alle prestazioni di servizi sociali ai soli titolari di carta di soggiorno (oggi permesso CE per soggiornanti di lungo periodo) ed al fatto che i titolari del permesso CE, secondo quanto previsto dalla direttiva europea 2003/109, recepita in Italia con il d.lgs. 3/2007, per acquisire lo *status* di soggiornante di lungo periodo, devono dimostrare di disporre di un reddito sufficiente e di una assicurazione contro le malattie, tale da non diventare un onere per lo Stato membro (parametrato nel nostro ordinamento all’importo an-

(38) Con l’ordinanza si incarica inoltre gli uffici comunali, e più precisamente i servizi socio-sanitari, il servizio demografico, il servizio di vigilanza a dare piena e completa attuazione a quanto disposto dal presente provvedimento ed, in caso di richieste di prestazioni da parte dei titolari di permesso, ai sensi del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, di procedere «a vagliare attentamente le documentazioni o autocertificazioni presentate a comprova di una condizione di indigenza (cioè sotto la soglia dell’assegno sociale) che diventano incompatibili con il diritto di soggiorno, per le eventuali segnalazioni alle autorità competenti». Nel caso tuttavia di accertato sopravvenuto stato di bisogno che necessiti di un intervento di assistenza sociale si prevede che esso possa essere programmato «unicamente per il tempo strettamente necessario a coprire l’*iter* procedurale connesso alla revoca del titolo di soggiorno, data oltre la quale lo straniero dovrà abbandonare il territorio nazionale se non autorizzato per altro titolo».

nuo dell'assegno sociale) ⁽³⁹⁾.

Con la successiva ordinanza 9 aprile 2008, n. 10, il Sindaco di Azzano Decimo ha disposto anche l'esclusione dal diritto alle prestazioni di cui al reddito di base per la cittadinanza, stabilito dall'art. 59 della citata l.r. 6/2006, di quei cittadini extracomunitari e comunitari nei limiti in cui tali provvidenze possano costituire elemento essenziale per l'acquisizione ed il perdurare del permesso di soggiorno. Tale disposizione aveva infatti istituito il reddito minimo di cittadinanza a favore delle persone residenti sul territorio della Regione Friuli-Venezia Giulia da almeno un anno ⁽⁴⁰⁾.

Si segnala tuttavia che il citato articolo 59 è stato comunque abrogato dalla l.r. Friuli-Venezia Giulia 9/2008, recante "Assessment del bilancio 2008 e del bilancio pluriennale per gli anni 2008-2010 ai sensi dell'art. 34 della legge regionale 8 agosto 2007, n. 21", con la quale peraltro è stata integralmente abrogata anche la l.r. 5/2005, recante "Norme per l'accoglienza e l'integrazione sociale delle cittadine e dei cittadini stranieri immigrati". Peraltro ai sensi dell'art. 9 della medesima legge è stato istituito un apposito fondo da destinare ai Comuni finaliz-

(39) Nelle premesse si fa inoltre riferimento all'art. 54 del d.lgs. 267/2000 – inerente le attribuzioni conferite al Sindaco in qualità di ufficiale di Governo, tra le quali rientrano le funzioni in qualità di Autorità locale di pubblica sicurezza, al quale compete la vigilanza su tutto quanto possa interessare la sicurezza e l'ordine pubblico – ed alla necessità che anche l'organo amministrativo, nel caso in specie il Sindaco, o in senso lato, l'amministrazione comunale debba garantire la vigenza e l'applicazione del diritto comunitario (riferendosi appunto alla direttiva 2003/109). Deve tuttavia segnalarsi che l'art. 16, comma 2, lett. d), del d.P.R. 394/1999, recante "Norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'art. 1, comma 6, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286", così come modificato dal d.P.R. 334/2004, prevede che il reddito necessario per richiedere la carta di soggiorno (oggi permesso CE per soggiornanti di lungo periodo) possa provenire anche da fonti derivanti dal trattamento pensionistico per invalidità.

(40) A tal proposito nell'ordinanza si rileva che l'art. 59 della l.r. 6/2006 ed il relativo regolamento abbiano alterato i parametri fissati a livello di legislazione statale dal d.lgs. 286/1998 per poter legalmente risiedere in Italia, in quanto le prestazioni assistenziali offerte dalla Regione vengono considerate e computate ai fini del riconoscimento del reddito minimo richiesto per ottenere il permesso di soggiorno, pur non essendo indicative di un'adeguata capacità di produrre reddito, ponendosi inoltre in contrasto con la disciplina comunitaria.

zato a perseguire il contrasto dei fenomeni di povertà e disagio sociale nel territorio regionale. I destinatari di tali provvidenze sono stati tuttavia individuati nei soli cittadini comunitari (italiani e di altri Stati membri dell'Unione europea) residenti nel territorio regionale da almeno 36 mesi, escludendo quindi radicalmente i cittadini extracomunitari ⁽⁴¹⁾.

A riguardo deve segnalarsi come l'esclusione dei cittadini extracomunitari da provvidenze regionali di carattere assistenziale sia stata già scrutinata dalla Corte costituzionale con la sentenza 432/2005. In tale occasione la Corte dichiarò costituzionalmente illegittima la previsione di una legge regionale lombarda che escludeva gli stranieri residenti nella Regione Lombardia dagli aventi diritto alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea, riconosciuta alle persone totalmente invalide per cause civili ⁽⁴²⁾.

In particolare, sebbene la Regione avesse nella specie introdotto un regime di favore senz'altro eccedente i limiti dell'essenziale, sia sul versante del diritto alla salute, sia su quello delle prestazioni concernenti "i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale", la Corte affermò chiaramente che ciò «non esclude affatto che le scelte connesse alla individuazione delle categorie dei beneficiari – necessariamente da circoscrivere in ragione della limitatezza delle risorse finanziarie – debbano essere operate, sempre e comunque, in ossequio al principio di ragionevolezza». Al legislatore (statale o regionale che sia) è consentito, infatti, introdurre regimi differenziati, circa il trattamento da riservare ai singoli consociati «soltanto in presenza di una "causa" norma-

(41) In particolare, con delibera n. 199/2009 del 29 gennaio 2009, la Giunta regionale del Friuli-Venezia Giulia ha poi approvato il regolamento per la disciplina del Fondo. In riferimento alla legittimità della misura si veda la segnalazione dell'ASGI, Associazioni Studi Giuridici sull'Immigrazione, alla Commissione europea, al fine di avviare il procedimento di infrazione nei confronti della Repubblica Italiana per violazione degli obblighi comunitari (<http://www.asgi.it/content/documents/dl09021700.memo.comm.eu.fondo.poverta.pdf>).

(42) Sul punto M. CUNIBERTI, *L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, in *Le Regioni*, 2006, p. 510 ss. Si veda inoltre il commento di F. RIMOLI, *Cittadinanza, eguaglianza e diritti sociali: qui passa lo straniero*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 4675 ss.

tiva non palesemente irrazionale o, peggio, arbitraria»⁽⁴³⁾. Ed a tal proposito, il requisito della cittadinanza non può assumersi quale criterio preliminare di accesso al beneficio, senza che lo stesso sia stato pensato in riferimento ad una specifica categoria di soggetti, integrando quindi una violazione dell'art. 3 Cost.⁽⁴⁴⁾.

5. *Diritto all'abitazione e accesso all'edilizia residenziale pubblica*

Un altro ambito particolarmente problematico nel quale è possibile indagare l'operatività del principio di non discriminazione attraverso l'eterogeneità delle discipline regionali e locali è quello relativo al diritto all'abitazione, con riferimento specifico all'accesso agli alloggi di edilizia residenziale pubblica.

L'art. 40, comma 6, del d.lgs. 286/1998 prevede che gli stranieri titolari di carta di soggiorno e gli stranieri regolarmente soggiornanti in possesso di permesso di soggiorno almeno biennale e che esercitano una regolare attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo hanno diritto di accedere, in condizioni di parità con i cittadini italiani, agli alloggi di edilizia residenziale pubblica e ai servizi di intermediazione delle agenzie sociali eventualmente predisposte da ogni Regione o dagli

(43) A tal proposito cfr. M. Gnes, *Il diritto degli stranieri extracomunitari alla non irragionevole discriminazione in materia di agevolazioni sociali*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 4681 ss., per il quale in tale occasione la Corte ha proceduto all'applicazione del principio di ragionevolezza non in collegamento con il principio di uguaglianza, bensì come parametro autonomo al quale il legislatore deve sempre attenersi.

(44) In particolare, la Corte ritiene che il requisito della cittadinanza non possa legittimamente concorrere a selezionare i fruitori della provvidenza in ragione delle esigenze finanziarie, al pari di quello della residenza, dal momento che «mentre la residenza, rispetto ad una provvidenza regionale, appare un criterio non irragionevole per l'attribuzione del beneficio – la cittadinanza si presenta invece come condizione ulteriore, ultronea ed incoerente agli effetti di un ipotetico regime differenziato rispetto ad una misura sociale che vede negli invalidi al 100% la categoria dei beneficiari». La Corte non ritiene infatti che vi sia alcuna ragionevole correlabilità tra quella condizione positiva di ammissibilità al beneficio (la cittadinanza italiana, appunto) e gli altri peculiari requisiti (invalidità al 100% e residenza) che ne condizionano il riconoscimento e ne definiscono la *ratio* e la funzione. Cfr. *Cons. in dir.* § 5.2.

enti locali per agevolare l'accesso alle locazioni abitative e al credito agevolato in materia di edilizia, recupero, acquisto e locazione della prima casa di abitazione.

Sul punto, tuttavia, coesistono discipline regionali e locali differenti: l'art. 10 della l.r. Emilia-Romagna 5/2004⁽⁴⁵⁾ e l'art. 16 della l.r. Liguria 7/2007 stabiliscono generalmente che vi possano accedere gli stranieri regolarmente soggiornanti nella Regione; l'art. 15 della l.r. Abruzzo 46/2004 fa riferimento agli stranieri immigrati residenti, domiciliati o altrimenti presenti, nel rispetto della normativa vigente, sul territorio della Regione, nelle ipotesi sia di immigrazione definitiva che di permanenza limitata e finalizzata.

Peraltro, in questo ambito, sono spesso le discipline locali a fissare i criteri di accesso degli stranieri agli alloggi di edilizia residenziale pubblica.

Alcuni Comuni hanno ad esempio condizionato l'accesso alla condizione di reciprocità, ossia a condizione che nello Stato di origine dell'interessato fosse riconosciuta pari possibilità di accesso del cittadino italiano all'edilizia pubblica⁽⁴⁶⁾, sebbene tale previsione non abbia poi passato il vaglio della magistratura⁽⁴⁷⁾.

Altri Comuni hanno invece subordinato l'accesso alla durata

(45) L'articolo è stato scrutinato dalla Corte nella citata sent. 300/2005 senza tuttavia affrontare questo specifico profilo. Sul punto D. STRAZZARI, *op. cit.*, p. 1042 ss., che sottolinea l'incertezza degli effetti delle future discipline regionali sul T.U. sull'immigrazione: se cioè debbano considerarsi cedevoli o espressione della competenza di cui all'art. 117, comma 2, lett. m), dovendo essere garantite la fissazione di un minimo di tutela dei diritti degli stranieri non derogabile *in peius* dalle Regioni.

(46) Cfr. delibera di Giunta del Comunale di Chiari (BS) 18 novembre 2004, n. 239.

(47) Cfr. Tar Lombardia, sezione staccata di Brescia, ordinanza 25 febbraio 2005, n. 264, con la quale è stata disposta la sospensione della delibera impugnata. Il giudice amministrativo ha ritenuto che l'art. 2 del d.lgs. 286/1998, riconoscendo ai cittadini stranieri legalmente soggiornanti in Italia gli stessi diritti in materia civile ed economica di cui gode il cittadino italiano, prescinde dall'avveramento della condizione di reciprocità e non è pertanto riconoscibile un potere derogatorio in capo all'amministrazione comunale. In riferimento ad alcune discipline discriminatorie introdotte in bandi locali di accesso all'e.r.p., cfr. L. GILI, *La condizione di reciprocità non può essere condizione di discriminazione nell'accesso all'edilizia residenziale pubblica*, in *Dir. imm. e citt.*, 2005, p. 98 ss., e D. PIOMBO, *Sulla discriminazione per motivi razziali ai fini dell'assegnazione di alloggi popolari*, *Foro it.*, 2003, 11, p. 3175 ss.

della residenza. Così il bando di assegnazione di alloggi pubblici del Comune di Torino del 2001⁽⁴⁸⁾ richiedeva allo straniero il requisito di essere legalmente soggiornante e quello di svolgere una regolare attività di lavoro subordinato o autonomo da almeno tre anni dalla presentazione della domanda, mentre la l.r. Lombardia n. 1/2000 prevede, tra i criteri necessari per l'assegnazione di un alloggio di edilizia residenziale pubblica, la residenza o lo svolgimento di attività lavorativa nella Regione Lombardia da almeno 5 anni precedenti alla presentazione della domanda.

Entrambe le previsioni sono state impugnate. Con riferimento alla prima, il giudice amministrativo ha respinto il ricorso rilevando, con riferimento all'art. 3 Cost., «che la prescrizione di tale requisito per gli stranieri non implica una violazione del principio di parità di trattamento, trovando essa giustificazione nella preoccupazione del legislatore regionale di evitare che gli alloggi pubblici vengano assegnati a soggetti che non abbiano ancora un legame sufficientemente stabile con il territorio (e possano abbandonarli per trasferirsi altrove) rendendoli comunque inutilizzabili per altri soggetti aventi diritto e frustrandone in tal modo la funzione socio-assistenziale»⁽⁴⁹⁾. La seconda è stata addirittura oggetto di una questione di legittimità costituzionale, decisa dalla Corte costituzionale con l'ordinanza 32/2008. In tale occasione, la Corte, pur non argomentando in ordine alla congruenza tra il mezzo impiegato e le finalità che il legislatore regionale intendeva perseguire, ritiene costituzionalmente legittima la disposizione regionale ritenendo che il requisito della residenza continuativa, ai fini dell'assegnazione dell'alloggio, risulti non irragionevole «quando si pone in coerenza con le finalità che il legislatore intende perseguire, specie là dove le stesse realizzino un equilibrato bilanciamento tra i valori costituzionali in gioco»⁽⁵⁰⁾.

(48) Si tratta del bando pubblicato in data 29 ottobre 2001.

(49) A tal proposito cfr. Tar Piemonte, sez. I., sent. 13 febbraio 2002 n. 323.

(50) Sul punto cfr. F. CORVAJA, *Libera circolazione dei cittadini e requisito di residenza regionale per l'accesso all'edilizia residenziale pubblica*, in *Le Regioni*, 2008, p. 633, il quale tuttavia rileva come, rispetto alla precedente sentenza 432/2005, la

Altri bandi e delibere hanno invece previsto l'attribuzione di punti aggiuntivi in relazione al possesso della cittadinanza italiana o a seconda della durata della residenza. A tal proposito si citano le delibere del Comune di Verona n. 4 del 4 settembre 2007 e n. 23 del 25 settembre 2007 ⁽⁵¹⁾. La prima di esse ha previsto una maggiorazione di punteggio, da uno fino a quattro punti, a favore dei soli cittadini italiani residenti nel Comune di Verona o che vi svolgano attività lavorativa principale da almeno 8, 10, 15 o 20 anni. La successiva delibera ha invece previsto una maggiorazione di quattro punti a favore dei nuclei familiari composti esclusivamente da persone di età superiore o uguale ad anni sessanta e con almeno un componente con età superiore od uguale ad anni sessantacinque, purché residenti nel Comune di Verona da almeno 10 anni ⁽⁵²⁾.

Tali delibere hanno sollevato molteplici critiche ⁽⁵³⁾ e sono state peraltro oggetto di una interrogazione alla Commissione europea ⁽⁵⁴⁾, nonché di un parere dell'Ufficio nazionale contro le discriminazioni razziali (UNAR) ⁽⁵⁵⁾.

Corte non argomenti in ordine alla congruenza tra il mezzo impiegato e le finalità perseguite e non dimostri l'adeguatezza del bilanciamento tra i valori costituzionali in gioco.

(51) Entrambe in materia di assegnazioni relative ai bandi di concorso di cui alla l.r. Veneto 10/1996 per alloggi di edilizia residenziale pubblica.

(52) Entrambe le delibere citano quale fondamento legale l'art. 7, comma 1, lett. a), punto 10), della l.r. Veneto 10/1996 che prevede la possibilità per le autorità di assegnare, nella formazione della graduatoria, un punteggio aggiuntivo per particolari condizioni relative a situazioni presenti nel territorio comunale.

(53) A tal proposito si veda la nota dell'ASGI: <http://www.asgi.it/content/documents/dl08022102.agec.pareredéf.pdf>.

(54) Si tratta dell'interrogazione scritta E-6390/07, promossa da Donata Gottardi (PSE) ed altri. Con risposta del 20 febbraio 2008, l'allora Vicepresidente della Commissione europea Franco Frattini rilevò che uno Stato membro non può attribuire particolari privilegi ai propri cittadini senza attribuire i medesimi privilegi anche ai cittadini comunitari ed ai soggiornanti di lungo periodo, in conformità a quanto previsto dalle direttive 2004/38 e 2003/109, comunicando peraltro che sarebbero state contattate le autorità italiane al fine di ricevere maggiori informazioni sulla questione.

(55) Si tratta dell'ufficio nazionale per la promozione della parità di trattamento e la rimozione delle discriminazioni fondate sulla razza o l'origine etnica istituito dal d.P.C.m. 11 dicembre 2003, ai sensi dell'art. 7 del d.lgs. 215/2003, recante "Attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica". L'ufficio fornisce ausilio nei procedi-

A tal proposito l'UNAR ha rilevato che «le disposizioni di favore che sono previste in correlazione diretta con il possesso del requisito della cittadinanza italiana – oltre che *contra legem* – appaiono anche non giustificate riguardo all'oggetto delle relative determinazioni (attribuzione degli alloggi di edilizia residenziale) che riguardo agli scopi di codesto Ente», invitando conseguentemente l'AGEC (Agenzia Gestione Edifici Comunali) di Verona ad annullare in via di autotutela le predette deliberazioni per violazione dell'articolo 2 del d.lgs. 215 del 2003⁵⁶.

Peraltro analoghe disposizioni sono state già oggetto di una sentenza del Tribunale Milano, con la quale è stata accolta l'azione civile contro la discriminazione promossa ai sensi dell'art. 44 del T.U. 286/1998. In tale occasione il giudice dichiarò discriminatorio il sistema di assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica stabilito dal Comune di Milano – che prevedeva l'attribuzione di cinque punti in ragione esclusivamente della cittadinanza italiana del richiedente – in quanto finiva per imporre agli stranieri, pur regolarmente soggiornanti in Italia, condizioni più svantaggiose di accesso agli alloggi, e ciò solo in ragione del loro *status* di cittadini stranieri. In particolare, il giudice ritenne che l'applicazione di tale sistema avesse come effetto inevitabile quello di determinare una condizione di favore per i cittadini italiani, con correlativa penalizzazione dei cittadini stranieri, osservando come non vi fosse alcuna ragione di interesse pubblico sottesa all'attribuzione dei punteggi nel modo anzidetto, né alcuna norma di legge che consentisse alla amministrazione di procedere in tal senso⁽⁵⁷⁾.

Nonostante le indicazioni provenienti dall'UNAR e dalla giurisprudenza, di recente sono state comunque introdotte ulte-

menti giurisdizionali o amministrativi alle vittime delle discriminazioni; svolge inchieste autonome dirette a verificare l'esistenza di fenomeni discriminatori; promuove l'adozione da parte di soggetti pubblici e privati di azioni positive dirette ad evitare o compensare situazioni di svantaggio che possono essere connesse alla razza o all'etnia; formula pareri e raccomandazioni; riceve ed esamina direttamente le denunce da parte di potenziali vittime di azioni discriminatorie o da parte di possibili testimoni.

(56) Cfr. parere 18 febbraio 2008, prot. n. 97/UNAR.

(57) Si veda Tribunale Milano, sentenza 21 marzo 2004, n. 3614.

riori previsioni restrittive. Si segnala a tal proposito l'art. 38, comma 1, della l.r. Friuli-Venezia Giulia 16/2008 ⁽⁵⁸⁾ che ha modificato il sistema di attribuzione dei punteggi per l'assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica nel territorio regionale prevedendo una maggiorazione progressiva in base agli anni di residenza anagrafica nel territorio regionale. L'art. 38, comma 2, della medesima legge regionale ha poi introdotto quale ulteriore requisito per beneficiare dell'assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica quello della residenza anagrafica ovvero dello svolgimento di attività lavorativa nel territorio nazionale da almeno dieci anni, anche non continuativi, di cui cinque nel territorio regionale ⁽⁵⁹⁾.

6. *Minori stranieri tra bonus bebè e bonus istruzione*

Al centro dei recenti dibattiti si è posta peraltro anche la questione dei cosiddetti *bonus bebè*, prestazioni assistenziali erogate alternativamente da Stato, Regioni e Comuni in relazione alle nuove nascite.

Il caso più noto ha riguardato l'art. 1, comma 333, della l. 266/2005 (finanziaria per il 2006), che aveva previsto l'erogazione di una provvidenza (pari a 1.000 euro) per ogni figlio nato nel 2005 e nel 2006, sempreché il genitore fosse residente e cittadino italiano ovvero comunitario. Nonostante ciò, il bonus veniva comunque pubblicizzato in una lettera della Presidenza del Consiglio indirizzata a tutte le famiglie residenti, comprese quelle di extracomunitari, cui seguiva rettifica governativa diffusa attraverso i media e conseguenti azioni ministeriali di recupero della prestazione indebitamente percepita dai cittadini extracomunitari. All'esito delle numerose contestazio-

(58) Recante "Norme urgenti in materia di ambiente, territorio, edilizia, urbanistica, attività venatoria, ricostruzione, adeguamento antisismico, trasporti, demanio marittimo e turismo".

(59) Anche in questo caso si vedano le critiche dell'ASGI, e la richiesta alla Commissione europea di avviare un procedimento di infrazione nei confronti della Repubblica italiana per violazione degli obblighi comunitari (<http://www.asgi.it/content/documents/dl09021600.memoria.legge.regionale.16.pdf>).

ni fu poi approvato l'art. 1, comma 1287, della l. 296/2006 (finanziaria per il 2007) che dichiarava irripetibili le somme erogate in favore dei soggetti sprovvisti del requisito della cittadinanza italiana o comunitaria.

La questione appare tuttavia di particolare interesse, anche perché, al di là della *querelle* politica, essa è stata anche oggetto di una pronuncia del Tribunale di Biella, adito ai sensi dell'art. 44 del d.lgs. 286/1998 per accertare la sussistenza di un comportamento discriminatorio in relazione all'esclusione dei cittadini extracomunitari da tale beneficio. A riguardo il giudice ha avuto modo di precisare che l'art. 2 del d.lgs. 286/1998 (che sancisce la parità di trattamento tra extracomunitari e italiani) e l'art. 4 del medesimo decreto (che sancisce il diritto al riconoscimento delle prestazioni assistenziali a favore di tutti gli extracomunitari titolari di un permesso di soggiorno almeno annuale) esprimono principi generali cui occorre far riferimento anche nell'interpretazione di norme di legge speciale che attribuiscono misure economiche di assistenza sociale, nelle quali il sostantivo "cittadino" deve essere interpretato in coerenza con le predette norme. Secondo tale interpretazione, quindi, il comportamento del Ministero dell'economia e delle finanze volto a negare la corresponsione della predetta somma a favore della figlia extracomunitaria del ricorrente doveva ritenersi discriminatorio per ragioni di nazionalità⁽⁶⁰⁾.

La medesima questione si è riproposta di recente in riferimento alla delibera del 21 novembre 2008 del Comune di Brescia con la quale è stata prevista la corresponsione di una provvidenza di mille euro per le famiglie di ogni bambino nato nel 2008, purché almeno un genitore fosse italiano.

Anche in questo caso è intervenuto il Tribunale in sede di azione civile *ex art.* 44 del d.lgs. 286/1998, il quale, con

(60) Cfr. il commento di A. GUARISO, *Sul contrasto tra norme di legge in materia di discriminazione per nazionalità: il caso del «bonus bebé»*, in *D & L – Riv. crit. dir. lav.* 2007, p. 559 ss., il quale rileva come il giudice abbia in tal caso aderito ad una nozione più ampia di cittadinanza – non meramente giuridica – strumentale al riconoscimento di alcuni diritti essenziali a tutti coloro che vivono su un determinato territorio.

l'ordinanza n. 335 del 26 gennaio 2009, ha dichiarato discriminatorio il comportamento tenuto dal Comune e ha ordinato l'eliminazione di tale discriminazione e dei suoi effetti «attribuendo il beneficio a tutti gli stranieri che ne facciano richiesta e siano in possesso degli ulteriori requisiti diversi dalla cittadinanza». A seguito dell'ordinanza, tuttavia, il Comune ha ritirato la delibera in questione in quanto «l'estensione del beneficio a tutti gli stranieri in possesso dei requisiti risulterebbe in contrasto con la finalità prioritaria di sostegno alla natalità delle famiglie di cittadinanza italiana», mentre in sede di reclamo, con ordinanza 20 febbraio 2009, il Tribunale di Brescia confermava la natura discriminatoria della delibera ⁽⁶¹⁾.

Nello stessa direzione si pone peraltro anche il *bonus* introdotto dal d.l. 185/2008, recante «misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale», convertito con modificazioni nella l. 2/2009. In sede di conversione è stato infatti previsto che il rimborso delle spese occorrenti per l'acquisto di latte artificiale e pannolini per i neonati di età fino a tre mesi sia riconosciuto, ai sensi dell'art. 19, comma 18, esclusivamente ai figli di cittadini italiani, in forza del richiamo all'art. 81 del d.l. 112/2008 ⁽⁶²⁾.

Fortemente limitativa è invece la previsione contenuta nell'art. 10, comma 25, della l.r. Friuli-Venezia Giulia 17/2008 ⁽⁶³⁾, con il quale è stata istituita una misura finalizzata al sostegno alla natalità consistente nell'attribuzione di assegni *una tantum* correlati alle nascite e alle adozioni di minori avvenute a partire dall'1 gennaio 2007. La provvidenza economica viene

(61) Avendo tale giudizio natura cautelare, l'ordinanza emessa dal Tribunale di Brescia, sez. lavoro, era stata impugnata dal Comune di Brescia dinanzi al collegio. In riferimento alla revoca, il Tribunale afferma tuttavia che: «la revoca della delibera istitutiva del *bonus* bebè risulta del tutto irrilevante ai fini del presente giudizio in quanto non muta le questioni poste in discussione dagli odierni reclamati, ponendo, al più, la questione della legittimità o meno della disposta revoca».

(62) Nel limite di spesa di 2 milioni di euro per l'anno 2009.

(63) Recante «Disposizioni per la formazione del bilancio pluriennale ed annuale della Regione (Legge finanziaria 2009)». L'art. 10, comma 25, inserisce, dopo l'articolo 8 della L.r. 11/2006, l'art. 8-*bis*, rubricato «Sostegno alle nascite».

infatti riconosciuta soltanto ai nuclei familiari nei quali almeno uno dei genitori sia residente da almeno dieci anni, anche non continuativi, sul territorio nazionale, di cui almeno 5 nel territorio regionale, ovvero che per il medesimo periodo vi abbia prestatto attività lavorativa. È evidente che l'elevato numero di anni ivi previsto è idoneo a pregiudicare maggiormente i cittadini extracomunitari, che difficilmente saranno residenti sul territorio regionale da così lungo tempo⁽⁶⁴⁾. Mentre la Regione Lombardia lega la fruizione del buono famiglia – istituito per l'anno 2009 a sostegno delle famiglie con tre o più figli (di cui uno almeno uno al di sotto dei sei anni) – alla residenza sul territorio regionale ed al possesso del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo⁽⁶⁵⁾.

Anche i *bonus* istruzione non hanno peraltro avuto miglior esito. È stato oggetto di un'interrogazione di alcuni parlamentari europei⁶⁶ il caso del Comune di Romano d'Ezzelino, in Provincia di Ferrara, che ha recentemente cambiato il regolamento per l'assegnazione dei *bonus* istruzione emessi dal Comune. Si tratta di contributi economici che sostituiscono le vecchie borse di studio e secondo la nuova disciplina saranno assegnati, indipendentemente dal reddito, ad alunni di terza media, delle scuole superiori e ai laureati che avranno ottenuto il massimo dei voti, purché siano residenti da almeno tre anni sul territorio comunale e posseggano la cittadinanza italiana o di uno degli Stati membri dell'Unione europea. Anche in questo caso si escludono dalla provvidenza tutti i cittadini extracomunitari, anche se in possesso di un permesso CE per soggiornanti di lungo periodo.

(64) Sul punto si veda anche la denuncia dell'ASGI alla Commissione europea al fine di avviare una procedura di infrazione: <http://www.asgi.it/content/documents/dl09021701.memo.legge.regionale.bonus.bebe.comm.europea.def.pdf>.

(65) Cfr. la delibera di Giunta regionale n. 8881 del 20 gennaio 2009.

(66) Cfr. Interrogazione scritta E-6389/07 presentata da Donata Gottardi ed altri. Nella risposta del 20 febbraio 2008, l'allora Vicepresidente della Commissione europea Franco Frattini rilevava, tra l'altro, come in conformità a quanto previsto dalla direttiva 2003/109, in materia di soggiornanti di lungo periodo, uno Stato membro non può assegnare borse di studio ai propri cittadini senza concederle anche ai soggiornanti di lungo periodo che risiedono nel suo territorio.

7. *La manovra finanziaria per il 2009 ed alcuni dati sui “costi” e le “entrate” dell’immigrazione*

Anche la manovra finanziaria per il 2009 contiene alcune previsioni di dubbia legittimità costituzionale che sembrano celare, neppure troppo velatamente, trattamenti discriminatori nei confronti dei cittadini extracomunitari (e comunitari).

Si fa in particolare riferimento alla previsione dell’art. 11 del d.l. 112/2008, recante “disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria”, convertito con modificazioni nella l. 133/2008, che istituisce il *Piano casa*, rivolto all’incremento del patrimonio immobiliare ad uso abitativo attraverso l’offerta di abitazioni di edilizia residenziale. Tra i soggetti destinatari del predetto intervento, figurano anche gli immigrati regolari a basso reddito (lett. g)), purché residenti da almeno dieci anni nel territorio nazionale ovvero da almeno cinque anni nella medesima Regione. Anche in tale caso non si può far a meno di notare come tale previsione sia idonea a pregiudicare maggiormente i cittadini extracomunitari che difficilmente potranno vantare una residenza decennale sul territorio nazionale⁽⁶⁷⁾.

Peraltro la disposizione si pone poi in contrasto, al pari delle previsioni regionali sopracitate, con lo stesso art. 40 del d.lgs. 286/1998, il quale, come abbiamo visto, subordina l’accesso dei cittadini extracomunitari agli alloggi di edilizia residenziale pubblica al solo permesso di soggiorno biennale.

Anche il riconoscimento dell’assegno sociale ha peraltro subito una sensibile limitazione. In sede di conversione del citato decreto legge 112, è stato infatti previsto che, a decorrere dall’1 gennaio 2009, l’assegno sociale di cui all’articolo 3, comma 6, della l. 335/1995 sia corrisposto agli aventi diritto a condizione che abbiano soggiornato legalmente, in via continuativa, per

(67) A tal proposito si vedano i rilievi di M. VRENNA, *Il decreto legge n. 112 del 2008 e le misure per il contenimento della spesa sociale e di quella sanitaria: piano casa, assegno sociale e questioni aperte sul trattamento dei comunitari*, in *Immigrazione.it*, n. 84 del 15 novembre 2008.

almeno dieci anni nel territorio nazionale.

Mentre del tutto preclusa è la cosiddetta “carta acquisti” istituita dall’art. 81, comma 32, del decreto e finalizzata all’acquisto di beni e servizi (generi alimentari, pagamento delle bollette energetiche, costo per la fornitura di gas da privati), con onere a carico dello Stato. Si prevede infatti che essa sia concessa unicamente ai residenti di cittadinanza italiana che versano in condizione di maggior disagio economico ⁽⁶⁸⁾.

A riguardo è stata già formulata un’interrogazione in sede europea ⁽⁶⁹⁾ alla quale il commissario europeo Jacques Barrot ha risposto richiamando la disciplina di cui all’art. 11 della direttiva n. 109/2003 sul permesso di soggiorno CE per lungo soggiornanti, che stabilisce il principio della parità di trattamento in materia di assistenza e protezione sociale, e annunciando di sollecitare le autorità italiane nel fornire maggiori informazioni in merito ai fatti riferiti.

Senza alcuna limitazione verrà invece concesso il *bonus* straordinario alle famiglie, istituito dall’art. 1 del già citato d.l. 185/2008, convertito con modificazioni nella l. 2/2009. In riferimento a tale prestazioni il legislatore italiano non ha infatti previsto alcuna limitazione legata alla cittadinanza o alla durata della residenza. A riguardo, con la circolare 2/E del 3.2.2009 dell’Agenzia delle Entrate è stato inoltre chiarito che per beneficiare del *bonus* è necessario che il richiedente sia residente in Italia, ma per gli altri componenti del nucleo familiare del richiedente (coniuge non separato, figli a carico, altri familiari a carico), invece, non è richiesta la residenza nel territorio dello Stato ⁽⁷⁰⁾.

Di fronte alle alterne soluzioni statali, regionali e locali passate in rassegna, viene tuttavia da chiedersi quanto in effetti gli stranieri contribuiscano alle entrate dello Stato. Dalla stima del

(68) Sul punto si veda anche il decreto del Ministero dell’Economia e delle Finanze del 16 settembre 2008.

(69) Cfr. interrogazione E-4721/08 dell’Onorevole Donata Gottardi e risposta del 5 novembre 2008 di Jaques Barrot.

(70) In riferimento ai chiarimenti forniti dall’Agenzia delle Entrate, cfr. in senso critico l’interrogazione a risposta immediata in Assemblea 3-00367 presentata da Roberto Cota in data 10 febbraio 2009.

Dossier Caritas Migrantes, il gettito fiscale assicurato dagli immigrati nel 2007 è stato di 3 miliardi e 749 milioni di euro, dei quali 3,1 miliardi per i soli versamenti Irpef e le restanti somme per diverse altre voci (addizionale Irpef regionale, Ici, Imposte catastali e ipotecarie), tra le quali le più consistenti sono quelle per l'imposta di registro (137,5 milioni) e per l'imposta sostitutiva del reddito d'impresa (254,5 milioni di euro).

Questi numeri non destano sorpresa, tenuto anche conto che gli immigrati concorrono per circa il 9% al prodotto interno lordo. Secondo le stime elaborate dal Centro Studi Unioncamere e dall'Istituto Guglielmo Tagliacarne, tale apporto è stato pari nel 2006 al 9,2% a livello nazionale (era dell'8,8% nel 2005) ma supera l'11% nelle principali Regioni d'inserimento: Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna. Più in generale, l'elaborazione conferma come il Centro-Nord, che già si distingue per la sua capacità attrattiva nei confronti dell'immigrazione, sia anche l'area che ne mette maggiormente a frutto il potenziale: ciò vale in particolare per Nord-Ovest e Nord-Est, dove il contributo al prodotto interno lordo derivante dal lavoro degli immigrati sfiora l'11% del totale ⁽⁷¹⁾.

Sull'altro versante, per quanto riguarda il "costo" sociale dell'immigrazione, il *Dossier* riporta i dati Istat (2005), secondo i quali per gli interventi diretti rivolti specificamente agli immigrati sono stati spesi dai Comuni 136,7 milioni di euro, il 2,4% della loro spesa sociale, pari a 53,9 euro *pro capite*. Tenendo conto del fatto che gli immigrati sono anche beneficiari dei servizi rivolti alla generalità della popolazione, secondo le

(71) Si tratta del rapporto 2008 elaborato da Unioncamere e Istituto Guglielmo Tagliacarne. Il rapporto si riferisce anche agli imprenditori stranieri, documentandone anche per il 2007 la grande vitalità. Sono state 37.531 le imprese individuali aperte dai cittadini extracomunitari. Rispetto all'anno precedente, il totale delle imprese individuali gestite da titolari immigrati da Paesi non appartenenti all'UE è così aumentato di 16.654 unità, raggiungendo il valore di 225.408 unità, l'8% in più rispetto al dato di fine 2006. Gli immigrati assicurano peraltro anche un contributo economico rilevante ai Paesi di origine tramite le rimesse, che nel 2007 a livello mondiale sono ammontate a 337 miliardi di dollari, mentre in Italia hanno raggiunto i 6 miliardi di euro, un quinto in più rispetto al 2006, dirette in prevalenza verso i Paesi emergenti e in via di sviluppo, in particolare verso la Cina e le Filippine.

stime contenute nel *Dossier*, le somme utilizzate a loro beneficio potrebbero salire al massimo a 1 miliardo di euro e sarebbero comunque abbondantemente coperte dalle entrate che essi garantiscono.

8. *Le condizioni giuridiche dello straniero tra titoli di soggiorno e discipline regionali e locali*

Attraverso la rassegna di questa copiosa casistica, si è voluto evidenziare come la condizione giuridica dello straniero, ovvero il complesso delle situazioni giuridiche che hanno lo straniero come destinatario o beneficiario, e che ne individuano e ne definiscono complessivamente la posizione nell'ordinamento italiano ⁽⁷²⁾, risulti frammentata non soltanto in riferimento al titolo di soggiorno da questi posseduto, ma anche in riferimento al luogo in cui risiede.

Se è indubbio, come rilevato anche in dottrina, che la generica nozione di "straniero" riveli al proprio interno una serie di categorie il cui unico comune denominatore sembra essere costituito dall'assenza in capo ai soggetti interessati del cosiddetto *status civitatis* ⁽⁷³⁾, con la riforma del Titolo V appare ancor più problematico ricostruire in termini unitari una (ed una soltanto) condizione giuridica dello straniero. Il complesso dei diritti di cui gode lo straniero sul territorio nazionale non dipende più soltanto dal titolo di soggiorno che possiede (si pensi alla considerevole differenza tra lo *status* del titolare del semplice permesso annuale e quello del titolare del permesso CE per soggiornanti di lungo periodo), ma anche dal luogo ove risiede, in riferimento al quale Regioni ed Enti locali, nell'esercizio della propria autonomia, riconoscono, garantiscono o limitano l'esercizio di determinati diritti. Si registra infatti una notevole differenziazione nell'accesso agli alloggi di edilizia residenzia-

(72) G. D'ORAZIO, *Lo straniero*, cit., p. 115.

(73) A tal proposito M. CUNIBERTI, *La cittadinanza*, cit., p. 193. Sull'inesistenza di una nozione unitaria di "straniero" in ragione del titolo di soggiorno e. E. GROSSO, *Straniero*, cit., p. 159.

le pubblica, nella fruizione di prestazioni assistenziali, anche in deroga a quanto previsto dalla disciplina statale (nelle specie dall'art. 41 del d.lgs. 286/1998 e dai principi espressi dal testo unico).

Ciò pone due distinte problematiche. Da un lato, le differenze sopra evidenziate tra le politiche di *welfare* sul territorio nazionale dimostrano come dalle scelte operate dagli enti territoriali e locali, anche in materie non direttamente incidenti su diritti fondamentali della persona, dipenda in realtà la garanzia di molti diritti sociali: dalla casa, all'assistenza sociale e socio-sanitaria.

Dall'altro lato, tali scelte vanno indirettamente ad incidere su tutta un'altra serie di diritti fondamentali dello straniero, come quello all'unità familiare, e più in generale sulle stesse condizioni di soggiorno e permanenza sul territorio. Un esempio per tutti è rappresentato dalla scelta dei criteri in base ai quali attribuire gli alloggi di edilizia residenziale pubblica, dai quali può conseguire non soltanto una limitazione dello straniero nell'accesso all'abitazione, ma anche l'impossibilità di richiedere il ricongiungimento familiare o il permesso CE per soggiornanti di lungo periodo, entrambi subordinati al possesso di un alloggio idoneo.

Se la differenziazione delle discipline regionali e locali in materia di *welfare* è il portato inevitabile dell'autonomia riconosciuta loro dalla stessa Costituzione – che investe del resto anche la condizione dei cittadini sul territorio nazionale – per lo straniero essa assume profili più complessi e ci riporta ad un problema di competenze relativa a cosa debba allora intendersi per condizione giuridica dello straniero ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. *a*), Cost. e a quale ruolo potrà a tal proposito svolgere la fissazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. *m*), Cost.

Tuttavia, nonostante l'inevitabile frammentazione della condizione dello straniero a seconda del luogo di residenza, è la pervasività del principio di non discriminazione a garantire la pari dignità sociale della persona in quanto tale nei confronti di

tutte le irragionevoli differenziazioni provenienti non solo dalla disciplina statale, ma anche da quella regionale e locale, ed anche in riferimento a diritti non fondamentali ⁽⁷⁴⁾. Proprio grazie all'azione civile contro la discriminazione, prevista all'art. 44 del d.lgs. 286/1998, qualsiasi comportamento di un privato o della pubblica amministrazione che produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, potrà essere infatti scrutinato alla luce di tale principio. Un'azione, questa, di ampia portata ⁽⁷⁵⁾, che è quindi idonea a rappresentare un efficace strumento per contrastare anche le discriminazioni consumate dalle amministrazioni locali non solo in via diretta, ma anche indiretta. Le recenti misure adottate in materia di edilizia residenziale pubblica e in riferimento alle prestazioni assistenziali sembrano infatti correre maggiormente sul filo della discriminazione indiretta, attraverso l'adozione di discipline soltanto apparentemente neutre ma che sono tuttavia idonee a pregiudicare maggiormente i cittadini extracomunitari. Ed in questo quadro che il criterio della residenza continuata assume un rilievo centrale, quale nuova "frontiera" della discriminazione ⁽⁷⁶⁾.

A riguardo, alcune indicazioni provengono dalla giurisprudenza costituzionale. Ai fini dell'accesso al sistema di *welfare* si deduce con chiarezza l'inutilizzabilità del requisito della cittadinanza, anche in riferimento a prestazioni non essenziali (sent. 432/2005 cit.), mentre si ritiene ragionevole l'utilizzo del criterio della residenza continuata anche per una durata di cin-

(74) A tal proposito cfr. G. BRUNELLI, *Welfare e immigrazione: le declinazioni dell'eguaglianza*, in questa *Rivista*, con riferimento al recupero da parte della Corte costituzionale di un'idea di uguaglianza come diritto individuale ed un'estensione della protezione assistenziale dello straniero anche ai diritti non fondamentali.

(75) Contrariamente al testo unico, ad esempio, l'art. 2 del d.lgs. 215/2003 fa espressamente salve le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni nazionali e le condizioni relative all'ingresso, al soggiorno, all'accesso all'occupazione, all'assistenza e alla previdenza dei cittadini dei Paesi terzi e degli apolidi nel territorio dello Stato, né qualsiasi trattamento, adottato in base alla legge, derivante dalla condizione giuridica dei predetti soggetti.

(76) Si veda per tale definizione A. GUAZZAROTTI, *Lo straniero, i diritti, l'eguaglianza*, in corso di pubblicazione su *Quest. gius.*

que anni (ord. 32/2008 cit.)⁽⁷⁷⁾. Da ultimo comunque la Corte ha precisato come al legislatore sia certamente consentito dettare norme, non palesemente irragionevoli e non contrastanti con obblighi internazionali che subordinino l'erogazione di determinate prestazioni, «non inerenti a rimediare a gravi situazioni di urgenza»⁽⁷⁸⁾, alla circostanza che il titolo di soggiorno dello straniero ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata (sent. 306/2008 cit.), tuttavia, una volta che non siano in discussione i predetti caratteri, i cittadini extracomunitari non possono essere discriminati nel godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini.

Lo scrutinio delle presunte discriminazioni indirette si giocherà quindi, in primo luogo, sul limite entro il quale l'accesso dello straniero al sistema di *welfare* potrà essere subordinato in ragione della durata della residenza e/o del possesso di un titolo di soggiorno che ne dimostri il carattere non episodico. A tal proposito, sembra si possa fin da ora escludere la legittimità di quelle previsioni legate ad una residenza continuata superiore ai cinque anni. Tale limite discende direttamente dalla normativa comunitaria, nelle specie dalla direttiva 2003/109, che lega a tale periodo la possibilità di richiedere il permesso CE per soggiornanti di lungo periodo e che in riferimento ai titolari di questo permesso sancisce la parità di trattamento con i cittadini nazionali per quanto riguarda, tra l'altro: l'istruzione e la formazione professionale, compresi gli assegni scolastici e le borse di studio secondo il diritto nazionale; le prestazioni sociali, l'assistenza sociale e la protezione sociale ai sensi della legisla-

(77) Si veda in senso critico A. GUZZAROTTI, *op. cit.*

(78) In quei casi, la garanzia dei diritti fondamentali dello straniero non può trovare alcuna ragionevole limitazione. Come già affermato dalla Corte, infatti, «il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è “costituzionalmente condizionato” dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, salva, comunque, la garanzia di un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana» e questo “nucleo irriducibile” di tutela della salute quale diritto fondamentale della persona «deve perciò essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso». Cfr. Corte cost. sent. 252/2001, § 2 *Cons. in dir.*

zione nazionale; l'accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico e all'erogazione degli stessi, nonché alla procedura per l'ottenimento di un alloggio (art. 11, lett. *b*), *d*) e *f*)⁽⁷⁹⁾.

Deve comunque precisarsi che ulteriori limiti alla discrezionalità del legislatore e delle amministrazioni locali discendono dalle fonti internazionali e dagli accordi di associazione conclusi dall'Unione europea con alcuni Paesi terzi. Esistono infatti particolari categorie di stranieri ai quali specifiche fonti normative riconoscono parità di trattamento con il cittadino italiano in materia di sicurezza sociale. Si tratta in particolare dei rifugiati⁽⁸⁰⁾ e dei cittadini di Paesi terzi con i quali l'Unione europea ha concluso accordi di associazione che contemplano al loro interno condizioni più favorevoli di accesso ai sistemi di sicurezza sociale. In riferimento a queste categorie, quindi, una limitazione delle condizioni di accesso al *welfare* potrebbe configurare una violazione diretta del diritto internazionale o del diritto comunitario⁽⁸¹⁾. Ed anche in riferimento ai minori stranieri,

(79) La direttiva è stata recepita con il citato d.lgs. 3/2007 (che ha sostituito la figura del soggiornante di lungo periodo a quella previgente del titolare di carta di soggiorno). I riferimenti sopra indicati sono stati tuttavia trasposti con una formulazione non molto lineare, prevedendo che il diritto alla parità spetti «salvo che sia diversamente disposto e sempre che sia dimostrata l'effettiva residenza dello straniero sul territorio nazionale». A tal proposito si veda l'art. 9, comma 12, lett. *c*), del d.lgs. 286/1998. In senso critico cfr. A. GUARISO, *Sul contrasto tra norme di legge in materia di discriminazione per nazionalità*, cit., p. 563, il quale afferma che con tale formulazione si è di fatto introdotta una condizione del tutto incomprensibile (ogni legge di per sé vale «salvo che sia diversamente disposto») e un'altra meramente pleonastica.

(80) Si veda a tal proposito la direttiva 2004/83/CE, recante «norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta». In riferimento ai rifugiati l'art. 27 del d.lgs. 251/2007 riconosce parità di trattamento rispetto al cittadino italiano in materia di assistenza sociale e sanitaria. Ed a tal proposito, si segnala anche la sentenza del Tribunale di Milano, sez. lavoro, 31 gennaio 2008, n. 373, nella quale, anche indipendentemente da qualsiasi riferimento alla citata disposizione, il giudice di merito ha condannato l'INPS a corrispondere l'indennità di accompagnamento a favore di una cittadina congolese, il cui figlio minore era stato riconosciuto invalido civile e bisognoso di continua assistenza, in forza degli artt. 23 e 24 della Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati, ratificata dallo Stato Italiano con la legge n. 722/1954.

(81) Si tratta dei lavoratori immigrati cittadini tunisini, algerini, turchi e marocchini ed i loro familiari conviventi (anche non lavoratori), in riferimento ai quali sono gli

sono le stesse fonti internazionali, come la Convenzione sui diritti del Fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata dall'Italia con la l. 176/1991, ad assicurare la tutela contro ogni forma di discriminazione.

Il quadro delineato evidenzia quindi come la tematica dei migranti, per riprendere le parole del Presidente della Corte costituzionale, ponga, in concreto, questioni di livello “differenziato” tra le varie normazioni che vi si dedichino, rendendo talvolta arduo ricomporre, secondo una linea coerente, le specifiche istanze che ciascuna delle diverse fonti intende soddisfare. Tuttavia, «la visione solidaristica della nostra Carta – che scaturisce dalla scelta di collocare la persona (e i diritti che valgono a definirla) al centro dell'apparato istituzionale tracciato dal Costituente – esprime, dunque, un limite estremo: il “punto di non ritorno” al di là del quale – ormai, anche per obblighi internazionali – il legislatore (qualsiasi legislatore) non può spingersi, neppure in presenza di particolari o eccezionali circostanze»⁽⁸²⁾.

specifici Accordi di associazione stipulati dall'Unione europea ed i rispettivi Paesi di origine a riconoscere parità di trattamento rispetto al cittadino comunitario in materia di sicurezza, e quindi anche in relazione alle prestazioni riconosciute agli invalidi. Per il testo degli accordi cfr. http://ec.europa.eu/external_relations/euro-med/index_en.htm. A tal proposito si segnala l'art. 65 dell'Accordo di associazione Unione europea-Marocco; l'art. 65 dell'Accordo di associazione Unione europea-Tunisia; l'art. 86 dell'Accordo Unione europea-Algeria; la decisione del Consiglio di associazione 19 settembre 1980, 3/80, relativa all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale degli Stati membri delle Comunità europee ai lavoratori turchi e ai loro familiari.

(82) Cfr. le considerazioni finali del Presidente Giovanni Maria Flick sulla giurisprudenza costituzionale del 2008, in occasione dell'Udienza straordinaria del 28 gennaio 2009, p. 10.

Approfondimenti

Diritti fondamentali e Regioni: il nuovo Titolo V alla prova della giurisprudenza costituzionale (*)

di Andrea Guazzarotti

Sommario

1. *La tutela dei diritti quale elemento unificante.* - 2. *Il nuovo modello costituzionale dei livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti.* - 3. *I livelli essenziali tra politica e diritto.* - 4. *I fondi statali vincolati nelle materie regionali: un'incostituzionalità "tollerata"?* - 5. *(segue): finanziare i diritti senza garantirli?* - 6. *Una giurisprudenza costituzionale "transitoria"... ad oltranza.*

1. La tutela dei diritti quale elemento unificante

Questo studio si propone di analizzare il nesso tra tutela dei diritti (specialmente) sociali e potenziamento dell'autonomia regionale, sulla scorta di quanto già pregevolmente affermato in materia di relazioni tra diritti (specialmente) sociali e forma di Stato ⁽¹⁾.

La riforma costituzionale del Titolo V ha soppresso, come noto, il riferimento costituzionale all'interesse nazionale, quale legittimazione generale di interventi legislativi statali incidenti su sfere competenziali spettanti alle Regioni ⁽²⁾. Come noto, però, la riforma costituzionale del 2001 non ha comportato un totale stravolgimento del quadro previgente, posto che il vecchio interesse nazionale è stato convertito in una serie di titoli competenziali più specifici, quali sono molte delle competenze

(*) Il presente lavoro è destinato agli *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, in corso di pubblicazione.

(1) Cfr. L. CARLASSARE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 1995/1, p. 64 s.

(2) Cfr., sinteticamente, S. BARTOLE, R. BIN, G. FALCON, R. TOSI, *Diritto regionale*, Bologna, 2005, p. 207 ss.

“*passpartout*” rimaste nell’esclusiva disponibilità dello Stato e ispirate all’esigenza di garantire l’unità della Repubblica⁽³⁾. Con interpretazione più creativa che sistematica, del resto, la Corte ha rinvenuto nell’art. 118 Cost. e nel principio di sussidiarietà un efficace surrogato del vecchio interesse nazionale, perpetuandosi la vecchia invocazione della “variabile dimensione degli interessi” nella nuova “chiamata in sussidiarietà verticale”, cioè dell’assorbimento – deciso e disciplinato con legge statale – di competenze amministrative in capo al livello di governo più elevato, sia pure con l’onere sostanziale di giustificare la necessità e l’adeguatezza di tale assorbimento, assieme con l’onere formale della leale collaborazione raggiunta mediante differenti tipologie di intese⁽⁴⁾. A ciò va aggiunto il rilievo secondo cui, nella giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma, risulta «difficile trovare [...] sentenze che accreditino “competenze esclusive” dello Stato o “competenze residuali” delle Regioni in forma [...] “pura”, non attenuata cioè dalla prevalente attenzione per il “livello degli interessi” coinvolti»⁽⁵⁾.

Uno dei profili in cui l’interesse nazionale può dirsi oggi de-costruito è quello della tutela dei diritti individuali, che deve essere uniformemente garantita su tutto il territorio nazionale, senza che la differenziazione e la (relativamente) legittima competizione tra sistemi normativi locali possa recarvi danno. Il titolo più appariscente è, ovviamente, quello dell’art. 117, co. 2, lett. *m*), Cost. (117.2/m, d’ora in avanti) e della riserva statale sulla fissazione dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP) concernenti i diritti civili e sociali⁽⁶⁾. Ma, per rimanere

(3) Cfr. F. BENELLI, *La “smaterializzazione” delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, 2006, *passim*.

(4) A partire dalla nota sent. 303/2003, su cui cfr., da ultimo, *Riflessioni sulle sentenze della Corte costituzionale 303 del 2003 e 14 del 2004, ricordando Carlo Mezzanotte* (contributi di V. ONIDA, A. ANZON DEMMIG, R. BIFULCO, R. BIN, P. CARETTI, A. D’ATENA, G. FALCON, S. MANGIAMELI, E. ROSSI, A. RUGGERI, I. RUGGIU, R. TOSI, L. VANDELLI), in *Le Regioni*, 2008, 4-5, p. 771 ss.

(5) R. BIN, *Riforme “politiche” e “technicalities” giuridiche*, in *Le Regioni*, 2005, 4, p. 307 ss.

(6) Cfr. A. D’ALOIA, *Diritti e stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2003, 6, p. 1068 ss., che sottolinea il passaggio da

nell'ambito delle competenze legislative esclusive statali, la stessa materia della tutela giurisdizionale dei diritti, assieme all'ordinamento civile e penale (art. 117, comma 2, lett. l), Cost.), sono chiaramente competenze legate all'esigenza di uniforme tutela dei diritti individuali, cui possono aggiungersi le materie della previdenza, la tutela dell'ambiente, nonché le norme generali sull'istruzione (lett. o), s) ed n) della stessa disposizione). Mentre, tra le competenze concorrenti, troneggia la tutela della salute (fortemente connessa, tuttavia, con la menzionata competenza esclusiva dei livelli essenziali delle prestazioni).

Non si tratta di una novità dirompente, posto che già nel passato giurisprudenza e dottrina avevano intravisto nella tutela di diritti (e, più genericamente, di interessi) costituzionali una possibile giustificazione delle "ingerenze" statali nelle competenze legislative regionali che fosse più selettiva e meno generica dell'interesse nazionale di cui al vecchio art. 117 Cost. (7). Il nuovo quadro è tuttavia ancora non nitido nei suoi contorni e merita di essere studiato, specialmente sotto il profilo peculiare

clausole "indeterminate" di supremazia statale, come l'interesse nazionale, a clausole puntuali, espressive di interessi infrazionabili, come quella dei LEP. Accosta i LEP all'interesse nazionale anche M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, co. 2, lett. m), della Cost.*, in *Pol. dir.* 2002, 354. Cfr. C. cost. n. 282/2002 (punto 3), secondo cui non si tratta «di una materia in senso stretto, ma di una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle».

(7) Cfr. C. cost. n. 406/1992, che qualifica in termini di «evidente interesse nazionale, stringente ed infrazionabile», l'esigenza di «garantire in tutto il territorio nazionale un livello uniforme di realizzazione di diritti costituzionali fondamentali dei soggetti portatori di *handicaps*»; sent. n. 109/93, sulle azioni positive per le donne nell'imprenditoria (ex l. 215/92), che adduce l'interesse nazionale a sostegno della necessaria uniformità e per scongiurare il rischio di disparità di trattamento (entrambi gli esempi sono tratti da A. D'ALOIA, *op. cit.*, p. 1067 s., nt. 18). Per la dottrina anteriore al nuovo Titolo V, cfr. R. TOSI, «*Principi fondamentali*» e *leggi statali nelle materie di competenza regionale*, Padova, 1987, p. 176 ss., secondo cui, in presenza di diritti costituzionali come quello alla salute ex art. 32 Cost., ben può l'intervento statale essere più penetrante e più vincolante verso la potestà legislativa regionale, che non in presenza di interessi costituzionali più blandamente garantiti.

del nesso tra tutela dei diritti individuali e autoapplicabilità delle norme. Da un lato, infatti, il tema dell'autoapplicabilità richiama quello dei rimedi ai possibili vuoti di tutela dei diritti causati dal cattivo funzionamento dei raccordi tra Stato e Regioni (specie, ma non solo, in caso di inerzia regionale). Da un altro lato, questo profilo permette di indagare la tenuta della distinzione tra principio e dettaglio che il nuovo art. 117, co. 3, Cost. sembra non solo aver perpetuato ma anche, in apparenza, rafforzato, con una formulazione testuale che obbliga lo Stato, più chiaramente che nel passato, a restare entro i confini di una normativa "di (mero) principio" ⁽⁸⁾. Formulazione costituzionale che, in ogni caso, non ha impedito alla Corte di affermare la perdurante compatibilità costituzionale del vecchio art. 10 della legge "Scelba" (l. 62/1953), negando che il rapporto tra nuove norme statali (di principio) e vecchie leggi regionali (di dettaglio) possa configurarsi solo in termini di illegittimità costituzionale sopravvenuta e non di abrogazione ⁽⁹⁾.

Accanto alla tenuta della distinzione tra principio e dettaglio, v'è anche la necessità di verificare se il noto schema della preferenza e della cedevolezza sia davvero recessivo, o non ab-

(8) Cfr., in termini generali, C. cost. n. 282/2002 (punto 4) e n. 303/2003 (punto 16). Sotto il nuovo Titolo V sembrano divenute più frequenti formule come quelle rinvenibili, da ultimo, in C. cost. n. 371/2008 (punti 9 e 11), che colpisce norme statali che, «lungi dall'essere espressiv(e) di un principio fondamentale, regola(no) in modo dettagliato ed autoapplicativo» aspetti della materia (tutela della salute). Tuttavia la Corte ha continuato ad accreditare come principi vincolanti anche norme dettagliate e autoapplicative, stante il loro nesso teleologico con gli scopi fissati dalla stessa legislazione statale (sentt. n. 303/2003, punti 11 e 16; n. 4/2004, punto 2; n. 36/2004, punto 6). In alcune materie, come i "principi" di coordinamento della finanza pubblica, la Corte ha poi accreditato «come "principi" interi blocchi normativi anche di minuto dettaglio» (così A. ANZON, "Legislazione concorrente" o konkurrierende Gesetzgebung?, in *Giur. cost.*, 2006, p. 531, che cita le sentt. nn. 4, 260 e 390/2004; analogo rilievo viene ivi svolto per la sub-materia del divieto di fumo, sulla scorta delle sentt. n. 361/2003; nn. 59 e 63/2006). Si veda anche la giurisprudenza che, a partire dalla sent. n. 308/2003, ha considerato norme rigidamente inderogabili le puntuali previsioni statali in materia di elettrosmog (cfr. F. CORVAJA, *Abrogazione di legge regionale a mezzo di regolamento statale e conflitto di attribuzioni*, in *Le Regioni*, 2007, 6, p. 1059 s.).

(9) Cfr. sentt. nn. 376/2002, 302/2003, 222 e 223/2007, su cui ancora F. CORVAJA, *op. cit.*, p. 1064 ss.

bia assunto invece nuove fisionomie ⁽¹⁰⁾.

Che il nesso tra tutela (uniforme) dei diritti (costituzionali) vada approfondito è, del resto, reso evidente dalla non univoca posizione della Corte, nella cui giurisprudenza sembrano agire tendenze opposte. Da una parte, la Corte si è dichiarata non disposta a intervenire per colmare “creativamente” inerzie regionali, che pure sembrano attentare a garanzie dei diritti imposte dal legislatore statale ⁽¹¹⁾. Da un'altra parte, la Corte ha forgiato nuove tecniche decisorie, le quali, ispirate proprio alla tutela dei diritti, sembrano ricalcare molto da vicino lo schema della preferenza (per la legge regionale) e della cedevolezza (della legge statale, pure invasiva delle competenze regionali) ⁽¹²⁾.

(10) Esclude la possibilità di procedere con norme autoapplicative cedevoli, salvo che per l'attuazione delle direttive CE, il parere del Cons. di St. 11996/04, del 31 gennaio 2005, in *Foro amm.* 2005, p. 201 ss. Sul versante opposto, cfr. la nota C. cost., sent. 196/2004, sul condono edilizio, che ha fissato un termine all'intervento legislativo regionale, oltre il quale si sarebbe applicata la normativa di dettaglio – cedevole – dello Stato. In dottrina, cfr. M. MASSA, *Le norme cedevoli prima e dopo la riforma di Titolo V*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *Effettività e seguito delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, p. 439 ss.

(11) Cfr. C. cost. 467/2005, punto 3, in cui la Corte afferma che la legge regionale attuativa dei LEP fissati dallo Stato (nell'assistenza sanitaria) è sì legittima, nonostante la parzialità dell'attuazione, ma che la Regione «dovrà disciplinare» l'ulteriore implementazione organizzativa della prestazione, disciplina «che non può essere certo sostituita da una pronuncia di questa Corte», la cui mancanza, tuttavia, non inficia «l'esistenza del diritto all'erogazione» della prestazione sanitaria in oggetto (prodotti sostitutivi del latte materno per i figli di madri sieropositive per HIV).

(12) Cfr. C. cost. n. 13/2004, punti 3 e 4 del *Considerato in diritto*, in cui la Corte, pur riconoscendo l'invasione delle competenze regionali da parte di una legge statale che disciplinava nel dettaglio la materia concorrente dell'istruzione (fissando in capo a un organo statale la competenza a svolgere la programmazione della rete scolastica), ha stabilito che l'esigenza di continuità del servizio disciplinato e le posizioni individuali che vi si connettono (diritti di alunni, genitori e insegnanti) esigono la transitoria (e precaria) permanenza della legislazione (e dell'amministrazione) statale, fino al successivo intervento normativo ed organizzativo delle Regioni: cfr. P. MILAZZO, *La Corte costituzionale interviene sul riparto di competenze legislative in materia di istruzione e “raffina” il principio di continuità*, in *Regioni*, 2004, p. 974; F. DAL CANTO, E. ROSSI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale*, in R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)*, Torino 2005, p. 245 ss.; M. MASSA, *op. cit.*, 452 s.; F. BIONDI DAL MONTE, *La Corte costituzionale torna sui fondi vincolati, con alcune novità in materia di immigrazione*, in *Le Regioni* 2008, p. 647 s. Ispirata a logiche analoghe è la tecnica di giudizio adottata da C. cost. n. 308/2004, sull'istituto del “prestito fiduciario” agli studenti, sostitutivo del previgente “prestito d'onore”, che la Corte tiene “precaramente” in vita (fino al suc-

Più in generale, la nuova declinazione dell'interesse nazionale in termini di uniforme tutela dei diritti non solo sociali ma anche civili richiama la necessità di collocare i rapporti tra Stato e Regioni (e tra relative fonti) in rapporto con la "dottrina" della cd. tutela minima dei diritti costituzionali ⁽¹³⁾.

2. *Il nuovo modello costituzionale dei livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti*

Può sembrare che la strada maestra dell'inquadramento teorico dei problemi appena richiamati sia, in fondo, già tracciata dallo stesso legislatore costituzionale, il quale, nella riforma del 2001, ha voluto inserire una disposizione così pregnante come quella sui livelli essenziali delle prestazioni in cui si sostanziano i diritti civili e sociali degli individui (art. 117.2/m), fra l'altro assistendola di specifica garanzia tramite l'attribuzione di poteri sostitutivi al Governo nei confronti delle Regioni eventualmente inadempienti (art. 120, co. 2, Cost.) ⁽¹⁴⁾. Si tratta, tuttavia, di uno schema non proprio autoevidente, rispetto al quale si discute se l'oggetto della nuova disposizione costituzionale riguardi solo la dimensione quantitativa di prestazioni pubbliche o anche il contenuto essenziale dei diritti ⁽¹⁵⁾. E ancora, se i LEP debbano consistere in norme meramente direttive o "di principio", non autoapplicative, o al contrario in norme dettagliate e auto applicative ⁽¹⁶⁾. Infine, se davvero

cessivo intervento delle Regioni) al fine di non pregiudicare il diritto allo studio, ex art. 34, co. 4, Cost.: cfr. F. DAL CANTO, E. ROSSI, *op. cit.*, p. 247 s.

(13) Cfr. C. PINELLI, *Sui livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali...*, in *Dir. pubbl.* 2002/3, p. 895, che evidenzia il nesso anche sulla base del riferimento congiunto a diritti civili e (non solo) sociali; A. D'ALOIA, *op. cit.*, p. 1083, che parla di «molti punti di contatto e di reciproca incidenza tra le due tematiche». Tende invece a distinguere i piani, R. BIN, *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, in *Studi in onore di G. Berti*, I, Napoli 2005, p. 368 s.

(14) In cui il potere sostitutivo viene espressamente ricondotto, tra l'altro, alla tutela dei LEP.

(15) A. D'ALOIA, *op. cit.*, p. 1107 (che rileva, comunque, la difficoltà di una netta distinzione).

(16) Cfr. A. SIMONCINI, *Non c'è alternativa alla leale collaborazione. Dalla Corte le*

l'intervento sostitutivo statale *ex art.* 120, co. 2, Cost., debba necessariamente seguire l'inerzia regionale, ipotizzandosi invece, proprio con riguardo ai LEP, anche interventi preventivi dettati da peculiari urgenze e situazioni di fatto⁽¹⁷⁾.

Lo schema prefigurato dagli 117.2/m e 120 Cost., inoltre, si presenta per un verso scarsamente effettivo, per un altro parziale. Ineffettivo, sia perché ad oggi esso sembra funzionare quasi esclusivamente nell'ambito della sanità e in modo poco coerente con la previsione costituzionale⁽¹⁸⁾, sia perché, dinanzi alla inerzia mostrata dallo Stato nel fissare i LEP, non è ben chiaro quale debba essere la reazione dell'ordinamento e, specialmente, della Corte (cfr. *infra*). L'ineffettività è, del resto, profondamente legata alla inattuazione dell'art. 119 Cost., specie per ciò che riguarda, come meglio si vedrà, il mancato abbandono della prassi dei finanziamenti statali vincolati e la mancata realizzazione del fondo perequativo.

Il modello dei LEP, inoltre, risulta una soluzione parziale, che non vale, cioè, a eliminare in radice la discrezionalità (ampiamente emersa prima della riforma del Titolo V) insita nei giudizi di costituzionalità sui confini tra competenze legislative statali e regionali, laddove siano coinvolti profili di (uniforme) tutela dei diritti. Il problema della tutela minima o essenziale dei diritti, infatti, non coincide con quello della fissazione dei livelli essenziali delle prestazioni, *ex art.* 117.2/m. Questa disposizione non ha tanto di mira il contenuto costituzionale dei diritti che deve comunque trovare soddisfazione, bensì il principio di eguaglianza tra cittadini e soggetti dell'ordinamento, che non può essere minacciato dall'accentuarsi della differen-

prime indicazioni su regolamenti del Governo e «livelli essenziali» nelle materie regionali, in *Le Regioni*, 2003, p. 1217 s.; G. GUIGLIA, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, Padova, 2007, p. 15, nt. 27.

(17) Cfr. P. CARETTI, *Rapporti fra Stato e Regioni: funzione di indirizzo e coordinamento e potere sostitutivo*, in *Le Regioni*, 2002, 6, p. 1335.

(18) Cfr. A. POGGI, *Diritti sociali e differenziazioni territoriali*, in R. BALDUZZI, *I servizi sanitari regionali tra autonomia e coerenze di sistema*, Milano, 2005, p. 616 s., secondo cui, nella programmazione sanitaria, il dettaglio e l'ampiezza con cui vengono fissate le prestazioni induce a dubitare della loro effettiva "essenzialità".

ziazione giuridica innescata dall'accresciuta autonomia delle Regioni⁽¹⁹⁾. Per cui, la fissazione dei LEP è un'opzione del legislatore statale qualificabile nei termini di una direttiva vincolante il legislatore regionale, e non una *interpositio legislatoris* necessaria per definire qualsiasi diritto costituzionalmente fondato⁽²⁰⁾. Solo così, del resto, si giustifica l'approccio della Corte che, come meglio si vedrà, tende a considerare facoltativa la determinazione dei LEP.

Livelli essenziali delle prestazioni e livelli essenziali dei diritti costituzionali sono, tuttavia, più intrecciati di quanto non appaia. Innanzitutto perché la costituzionalizzazione del modello già inaugurato con le legislazioni settoriali in materia di assistenza sanitaria e di servizi sociali⁽²¹⁾ ha mutato la configurazione del potere statale, connotandolo in termini di doverosità⁽²²⁾. In secondo luogo, perché la stessa Corte ha inaugurato una tecnica decisionale che tende a far salve certe prestazioni interrenti i servizi sociali, pur incostituzionalmente fondate sulla prassi dei fondi statali vincolati, proprio in virtù del loro ancoraggio con non meglio qualificati "diritti fondamentali", lasciando capire che le Regioni debbano continuare a erogarle, pur al di fuori dello schema dei LEP e dell'art. 117.2/m (cfr. *infra*).

(19) Cfr. A. D'ALOIA, *op. cit.*, p. 1119 s.; M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 349.

(20) Cfr. A. POGGI, *Diritti sociali e differenziazioni territoriali*, cit., 608s.; G. SCACCIA, *Legge e diritti fondamentali nell'art. 117 della Costituzione*, in *Quad. cost.* 2003, 3, p. 543 s.; R. BIN, *Diritti e fraintendimenti...*, cit., p. 369 s.

(21) Cfr. d.lgs. 229/99 (di modifica del d. lgs. 502/1992) e l. 328/00, su cui cfr. *infra*.

(22) Cfr. A. POGGI, *op. ult. cit.*, p. 616 s., secondo cui l'inserzione della potestà di fissazione dei LEP entro le competenze legislative esclusive statali, «in quanto finalizzata alla garanzia della loro fruizione su tutto il territorio nazionale comporta una loro necessaria transizione da elemento di programmazione a strumento di tutela del nucleo indefettibile dei diritti sociali». Nel senso della doverosità della fissazione dei LEP, cfr. R. BALDUZZI, *Introduzione*, in Id., *I servizi sanitari regionali tra autonomia e coerenze di sistema*, cit., p. 27; L. DEGRASSI, *Art. 20 (Fondo nazionale per le politiche sociali)*, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI, *Il sistema integrato dei servizi sociali*, Milano, II ed., 2007, p. 444 s.; G. GUIGLIA, *op. cit.*, p. 19 s.

3. I livelli essenziali tra politica e diritto

Proviamo a scendere a un livello più analitico ed esaminiamo la giurisprudenza costituzionale sull'art. 117.2/m e, più in generale, sull'uso dell'argomento dei diritti per giustificare deroghe al nuovo sistema di riparto materiale delle competenze legislative tra Stato e Regioni.

Riguardo ai LEP, innanzitutto, la Corte ha fronteggiato l'attacco iniziale del Governo e il tentativo di accreditare un uso della clausola sui diritti scopertamente surrogatorio dell'interesse nazionale, nel senso di plasmare un titolo di legittimazione estremamente ampio e indeterminato per qualsiasi normativa statale interferente con le (accresciute) competenze regionali⁽²³⁾. Stante la facilità con cui una disciplina può, sotto uno o più profili, essere ricondotta al riconoscimento costituzionale di posizioni di vantaggio individuali, una simile impostazione avrebbe recato un grave *vulnus* all'autonomia legislativa delle Regioni. Si comprende, perciò, la reazione piuttosto rigorosa della Corte, secondo cui l'art. 117.2/m può essere invocato solo «in relazione a specifiche prestazioni delle quali la normativa nazionale definisca il livello essenziale di erogazione», mentre esso non è utilizzabile «al fine di individuare il fondamento costituzionale della disciplina, da parte dello Stato, di interi settori materiali»⁽²⁴⁾. A simile impostazione, tuttavia, si lega l'ulteriore affermazione della Corte, secondo cui la fissazione dei LEP è un onere del legislatore statale, che deve appunto fissare espressamente livelli determinati (se non precisi) di prestazioni se vuole assorbire (o interferire con) competenze regionali⁽²⁵⁾. Per la Corte la fissazione dei LEP è, dunque, solo

(23) Cfr. G. GUIGLIA, *op. cit.*, p. 4 s.

(24) C. cost. n. 285/2005, cui *adde* sentt. nn. 350 e 371/2008; n. 181/2006; n. 6/2004. In quest'ultima decisione il riferimento della Corte è anche all'art. 120 Cost., in cui i LEP costituiscono titolo per l'esercizio di poteri sostitutivi del Governo, da ciò deducendosi che tali livelli devono essere espressamente fissati e non ricavati per implicito a giustificazione delle più disparate discipline statali: cfr. E. A. FERIOLI, *Sui livelli essenziali delle prestazioni: le fragilità di una clausola destinata a contemperare autonomia e eguaglianza*, in *Le Regioni*, 2006, 2-3, p. 571.

(25) C. cost., sentt. n. 6/2004; n. 383/2005, su cui cfr. E. BALBONI, *Livelli essenziali:*

eventuale, rimessa com'è alla discrezionalità del potere politico statale. Ma questa affermazione, come accennato, sembra contraddire il nobile rango costituzionale dei diritti, la cui effettività su tutto il territorio nazionale viene ridotta a *political question* ⁽²⁶⁾. Da rilevare poi, che l'approccio rigorista, certamente vantaggioso per l'autonomia regionale, può offrire il fianco a (più o meno inavvertiti, ma certamente gravi) scadimenti del giudizio della Corte, nei casi in cui con troppa disinvoltura essa si libera del problema della violazione dei LEP, senza adeguatamente indagarne una loro implicita ma pur sempre chiara esistenza nella vigente legislazione statale ⁽²⁷⁾.

Connotati di "*political question*" sembra poi rivestire, nella giurisprudenza della Corte, l'altro aspetto dei LEP, ossia quello del limite oltre il quale l'essenzialità stabilita dal legislatore statale si traduce in indebita violazione di competenze regionali. Non troppo diversamente da come avvenuto (e continua ad avvenire) per i principi fondamentali delle "leggi cornice", la Corte non si impegna in una spinosa opera definitoria *a priori*, sostenendo che il livello oltre il quale una prestazione inerente i diritti cessa di essere "essenziale" è scelta intrinsecamente discrezionale, rimessa al legislatore statale ⁽²⁸⁾.

il nuovo nome dell'eguaglianza?, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI, *op. cit.*, p. 41.

(26) Cfr. G. GUIGLIA, *op. cit.*, p. 19 s., nt. 34; p. 69.

(27) Cfr. C. cost., ord. 32/2008, che ha negato la sussistenza del limite dei LEP in materia di edilizia residenziale pubblica, nei termini di un divieto per le Regioni di introdurre condizioni per l'accesso legate a un periodo minimo di residenza nel territorio regionale (che la legge della Lombardia, impugnata, fissa in ben 5 anni), ossia di un divieto di aggiungere condizioni soggettive (discriminatorie) a quelle già rinvenibili nella disciplina statale (sia pure previgente al nuovo Titolo V): cfr. le condivisibili critiche di F. CORVAJA, *Libera circolazione dei cittadini e requisito di residenza regionale per l'accesso all'edilizia residenziale pubblica*, in *Le Regioni*, 2008, 3, p. 611 ss.

(28) C. cost. 134/2006, punto 9, (su cui cfr. adesivamente E. BALBONI, P. RINALDI, *Livelli essenziali, standard e leale collaborazione*, in *Le Regioni*, 5, 2006, p. 1014 ss.); sulla "politicalità" della definizione della "essenzialità", cfr. R. TOSI, *Cittadini, Stato e Regioni di fronte ai "livelli essenziali delle prestazioni..."*, in *www.forumcostituzionale.it* (2003); R. BIN, *Diritti e fraintendimenti...*, cit., p. 369. Diversamente, per G. GUIGLIA, *op. cit.*, p. 34 ss., p. 66, i LEP, essendo indistinguibili dai contenuti essenziali dei diritti cui afferiscono (come accennato dalla stessa C. cost. 282/2002, cit.), andrebbero sottratti all'esclusiva discrezionalità legislativa. Per

Il modello che sembra avere in mente la Corte, quando ricostruisce la portata dell'art. 117.2/m, è probabilmente quello già sperimentato con le due leggi di settore sui livelli essenziali delle prestazioni (in ambito di assistenza sanitaria e sociale) ⁽²⁹⁾. Per cui il legislatore statale è tenuto a fissare principi e criteri sui LEP, al fine di guidare, in ossequio alla riserva di legge ricavabile dalla disposizione costituzionale, una successiva normazione secondaria (di natura prevalentemente "tecnica"), anch'essa statale ma concertata con le Regioni, ulteriormente implementabile da normative regionali ⁽³⁰⁾. Tuttavia non sembra trattarsi di un modello indefettibile, posto che la Corte ha ammesso la configurabilità di LEP consistenti in norme statali inderogabili e "autoapplicative", non precedute da concertazione con le Regioni e immediatamente vincolanti, anche nei confronti delle Province di Trento e Bolzano (nonostante l'autonomia particolarmente qualificata di queste ultime) ⁽³¹⁾.

M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 352, l'eventuale scrutinio sulla definizione di "essenzialità" può giungere a censurare solo la manifesta irragionevolezza o contraddittorietà della scelta statale.

(29) Cfr. il d.lgs. 229/1999 che rinvia a successivi d.P.C.m. la fissazione, concertata in Conferenza Stato-Regioni, di piani sanitari nazionali; la l. 328/2000, sull'assistenza sociale, ove i livelli essenziali, da specificarsi con successivi piani nazionali concertati tra Governo e Regioni e adottati con d.P.C.M., sono definiti nei termini – assai generici – di tipologie di interventi da erogare sotto forma di beni e servizi. Per entrambe le discipline vale il principio di contestualità tra fissazione dei livelli essenziali e quantificazione delle risorse finanziarie disponibili per implementarli. Tali normative avrebbero costituito i modelli ispiratori dell'art. 117.2/m, la cui formulazione costituisce evoluzione di quanto già previsto nel progetto della Bicamerale: cfr. M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 348 s. Cfr. altresì A. D'ALOIA, *op. cit.*, p. 1083; p. 1106; E. BALBONI, *Livelli essenziali: il nuovo nome dell'eguaglianza?*, cit., p. 39 ss.

(30) Cfr. C. cost. n. 345/2004 e n. 88/2003, su cui cfr. G. GUIGLIA, *op. cit.*, p. 15 s., p. 21; A. D'ALOIA, *op. cit.*, p. 1123.

(31) Cfr. C. cost. n. 162/2007 (punto 9.4), ove la Corte ha ricondotto all'art. 117.2/m cost. la norma con cui lo Stato vietava la sospensione delle prenotazioni delle prestazioni aventi ad oggetto i livelli essenziali di assistenza sanitari (c.d. "blocco delle liste di attesa"). Le Province di Trento e Bolzano, impugnando tale norma, invocavano il precedente (sent. n. 145/2005) in cui la Corte sembrava aver negato che discipline statali potessero, anche se riconducibili all'art. 117.2/m, risultare immediatamente applicabili nelle Province autonome (in deroga all'art. 2, co. 1 e 4, d.lgs. n. 266/1992, che prevede un mero *obbligo di adeguamento* per i legislatori provinciali). La risposta della Corte, ispirata alla tradizionale logica del "peso" e del "livello" degli interessi, afferma che quel precedente (relativo all'accesso dei disabili agli strumenti informatici) verteva su una tematica «del tutto diversa [da quella] dei livelli essenziali

Anche ad ammettere, tuttavia, che quest'ultimo esempio rappresenti l'eccezione che conferma la regola, il modello cui sembra aderire la Corte lascia aperta l'ulteriore problematica di un'inerzia legislativa regionale e della sua eventuale sanzione. Il tema, solo sfiorato dalla Corte⁽³²⁾, appare inestricabilmente connesso con la portata da assegnare allo stesso art. 120, co. 2, Cost., quanto al possibile ricorso alla sostituzione "normativa", oltre che "amministrativa", del Governo nei confronti delle Regioni, relativamente all'inattuazione dei LEP fissati dallo Stato.⁽³³⁾

Concludendo questa parte dell'analisi della giurisprudenza, il dato problematico che emerge non è solo quello della sanzione dell'inerzia regionale, profilo già noto nel vecchio Titolo V, bensì quello della sanzione dell'inerzia statale, per ciò che riguarda la mancata fissazione (o specificazione) dei LEP. Sebbene non manchino in dottrina spunti volti a ipotizzare rimedi sanzionatori dell'inerzia legislativa da parte della Corte⁽³⁴⁾, oc-

di assistenza nella sanità», e che la stessa natura della norma impugnata nel secondo caso (divieto di sospendere le liste di attesa) imponeva la sua immediata autoapplicabilità.

(32) Cfr. C. cost. 467/2005, cit. Ivi la Corte lascia intendere che la disciplina regionale (organizzatoria) sia necessaria all'implementazione dei LEP stabiliti dalla legge statale, risolvendosi la sua assenza in una lacuna "tecnica", non colmabile con l'utilizzo della disciplina statale vigente ovvero con una sua pronuncia d'accoglimento "additiva" (cfr. E. A. FERIOLI, *Sui livelli essenziali delle prestazioni...*, cit., p. 567).

(33) Per il ricorso (poco probabile) all'art. 120, co. 2, Cost., al fine di rimediare alle inerzie dei legislatori regionali in materia di LEP, cfr. C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, Bologna 2008, p. 152 ss.; G. GUIGLIA, *op. cit.*, p. 116 ss. Da rilevare che la stessa legge quadro sull'assistenza sanitaria prevede comunque dei meccanismi di sostituzione relativamente a specifiche inadempienze regionali (cfr. art. 2, co. 2-*octies* del d.lgs. 502/92), meccanismi che potrebbero essere adeguatamente generalizzati in riferimento all'attuazione dei LEP (cfr. A. D'ALLOIA, *op. cit.*, p. 1132, nt. 251 e p. 1133, in cui si accenna anche al modello dei decreti delegati adottabili dal Governo in sostituzione dei legislatori regionali allo scadere del termine fissato dalla legge delega, secondo lo schema dell'art. 4, co. 5, l. 59/1997). Sul potere sostitutivo, cfr. in generale, C. MAINARDIS, *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale*, Milano 2007, p. 168 ss., p. 250 (ove si conclude per l'impossibilità di riferire l'art. 120 Cost. anche alla sostituzione legislativa).

(34) Il silenzio del legislatore statale, in tema di LEP, dovrebbe poter essere sanzionato attivando un «controllo di costituzionalità sulla "lacuna" legislativa, nella misu-

corre prendere atto di come il problema si collochi più sotto la tematica dell'autonomia finanziaria delle Regioni (e degli Enti locali) e dell'(in)attuazione dell'art. 119 Cost., che non sotto quello della omessa tutela legislativa di diritti individuali costituzionali e/o dell'immediata azionabilità di questi ultimi⁽³⁵⁾. Una decisione così formalizzata e stabile, come la fissazione per legge dei LEP relativamente a (tutti!) i diritti civili e sociali su cui interferiscono competenze legislative regionali, sconta infatti ineludibili difficoltà circa la loro "finanziabilità"⁽³⁶⁾. Conferma ne è il progetto di legge d'attuazione dell'art. 119

ra in cui sia possibile individuare un livello minimo inderogabile di prestazione che possa essere oggetto di accertamento giudiziale»: V. ONIDA, *Diritti sociali e politiche sociali*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, n. 16/2006, p. 2 s., cui aderisce G. GUIGLIA, *op. cit.*, p. 60 s. Cfr. altresì A. D'ALOIA, *op. cit.*, p. 1095 e p. 1115 s.; C. PINELLI, *op. cit.*, p. 896 ss. La determinazione dei livelli essenziali di assistenza sociale, a tal proposito, è prevista dal legislatore in modo assai vago e poco "azionabile" (cfr. l'art. 22, l. 328/00, contenente un elenco generale di tipologie di prestazioni e servizi che debbono essere, con tutta evidenza, definite nel dettaglio dalla normativa secondaria, la quale, ad alcuni anni di distanza dall'entrata in vigore della l. 328/00, non è però stata ancora adottata: cfr. E. A. FERIOLI, *Sui livelli essenziali delle prestazioni...*, cit., p. 573, nt. 20; F. PIZZOLATO, *Art. 2 (Diritto alle prestazioni)*, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI, *op. cit.*, p. 121 s.; P. SABBIONI, *Art. 3 (Principi per la programmazione)*, *ibidem*, p. 152 s.

(35) Cfr. R. BIN, *Diritti e fraintendimenti...*, cit., p. 368. Per A. D'ALOIA, *op. cit.*, p. 1139, «la formula sui livelli essenziali si difende soprattutto sul piano delle risorse effettivamente disponibili per la perequazione»; similmente A. POGGI, *Diritti sociali e differenziazioni territoriali*, cit., p. 621 s.

(36) Cfr., tra i tanti, L. TORCHIA, *Sistemi di Welfare e federalismo*, in *Quad. cost.* 2002/4, p. 736 s. La dottrina ha già rilevato, fa l'altro, il mancato coordinamento tra i già illustrati modelli di fissazione e programmazione dei LEP vigenti nella legislazione sanitaria e assistenziale, e l'autonomia finanziaria garantita dal nuovo Titolo V alle Regioni: E. BALBONI, *Livelli essenziali...*, cit., p. 44. Scoordinamento che rischia di riprodursi all'interno delle stesse norme costituzionali, in particolare tra gli artt. 117.2/m e 119 Cost., con speciale riferimento alla garanzia di finanziamento dei LEP da parte statale (ossia dal soggetto che li fissa) e alla contraddizione tra simile garanzia e l'autonomia di entrata e spesa regionali. Né ciò appare risolvibile dalla previsione del fondo perequativo (che non può essere a destinazione vincolata: art. 119, co. 3, Cost.): cfr., anche per ulteriori riferimenti dottrinari, C. TUBERTINI, *op. cit.*, p. 177 ss., spec. p. 183 ss., ove si ipotizza come risolutivo il ricorso agli interventi speciali, ex art. 119, co. 5, Cost., nonostante l'ostacolo testuale del divieto di ricorrervi per il "normale esercizio" delle funzioni amministrative regionali (tra cui l'erogazione dei LEP); più drasticamente, G. GUIGLIA, *op. cit.*, p. 109 ss.; p. 129 ss. (che ritiene l'aporia insolubile e necessaria una riscrittura delle disposizioni costituzionali).

Cost. attualmente in discussione alle Camere, ove si prevede che l'ammontare delle risorse da attribuire alle Regioni sia preceduto dalla definizione dei "livelli essenziali" delle prestazioni, ex art. 117.2/m Cost. (relativamente all'istruzione, alla sanità, all'assistenza e ai trasporti), di cui si garantisce l'integrale finanziamento mediante il ricorso, per le prestazioni regionali, all'IRAP, alle aliquote e le compartecipazioni nei tributi erariali, oltre a quote specifiche del fondo perequativo⁽³⁷⁾.

4. I fondi statali vincolati nelle materie regionali: un'incostituzionalità "tollerata"?

Scendiamo a verificare più da vicino quanto sopra affermato in tema di intreccio tra LEP e "dottrina" della tutela minima dei diritti costituzionali, due piani che si è visto essere teoricamente distinguibili. Un banco di prova utile a dimostrare tale intreccio è rappresentato dalla vicenda dei fondi (e finanziamenti) statali vincolati in materie (concorrenti o residuali) regionali, nel cui ambito la Corte ha forgiato una nuova tecnica decisionale volta a far provvisoriamente salvi i procedimenti di spesa in corso, laddove connessi alla garanzia di diritti fondamentali.

Con speciale riguardo alla materia dei servizi sociali (oggi pacificamente configurata quale competenza residuale delle Regioni), la dottrina ha efficacemente illustrato la prassi statale anteriore alla riforma del Titolo V. Lo Stato, anziché fissare all'interno di determinati principi legislativi i vincoli alle politiche sociali delle Regioni, al fine di permettere una garanzia minima uniforme dei diritti sociali, si limitava a finanziare di anno

(37) Mentre per le altre competenze regionali il finanziamento sarà ottenuto ricorrendo ai tributi regionali (e con un limitato concorso della perequazione statale): cfr. il d.d.l. (A.S. 1117) che contiene una "Delega al Governo in materia di federalismo fiscale", approvato dal Consiglio dei ministri il 3 ottobre 2008, su cui, criticamente, R. BIN, *Che ha di federale il "federalismo fiscale"?* (9 dicembre 2008), in www.forumcostituzionale.it; A. MORRONE, *Prime riflessioni sul disegno di legge in materia di "federalismo fiscale"* (30 novembre 2008), *ivi*. Il disegno di legge sembra ispirarsi alle conclusioni formulate dal "Gruppo di lavoro sul federalismo fiscale" istituito dal precedente Governo, su cui cfr. G. GUIGLIA, *op. cit.*, p. 100, nt. 202.

in anno specifici interventi di erogazione vincolata⁽³⁸⁾. Si è parlato, a tal proposito, di un decentramento «senza principi fondamentali», essenzialmente basato su una legislazione statale di spesa ma privo di coordinamento e programmazione unitari⁽³⁹⁾. Simile prassi si è mantenuta anche dopo (e nonostante) le importanti modifiche della riforma costituzionale del 2001, che hanno innovato sia il riparto di materie legislative, *ex art. 117 Cost.*, che i principi della finanza regionale e locale, *ex art. 119 Cost.* Nonostante che da tali previsioni costituzionali derivi un disegno secondo cui lo Stato dovrebbe predeterminare legislativamente i livelli di tutela dei diritti sociali in grado di vincolare tutte le competenze legislative regionali (art. 117.2/m), attribuendo alle Regioni gli strumenti finanziari per farvi globalmente fronte (salvo intervenire per specifici interventi e in caso di inefficienza o inerzia di singole Regioni, *ex art. 119, co. 5, e 120, co. 2, Cost.*), la prassi annuale delle leggi finanziarie ha perpetuato il modello precedente, continuando a perseguire le politiche sociali attraverso decisioni “quantitative” anziché “qualitative” (fissazione dell’ammontare dei singoli finanziamenti vincolati, anziché predeterminazione dei LEP)⁽⁴⁰⁾.

Ancora più chiaramente: il ricorso al flessibile strumento dei finanziamenti vincolati, rimodulabili di anno in anno, permette allo Stato di sottrarsi alla scommessa, più impegnativa, prefigu-

(38) Attraverso l’istituzione di diversi fondi vincolati, rifinanziati di anno in anno nelle leggi finanziarie, poi confluiti nel Fondo nazionale per le politiche sociali, *ex l. 449/1997 e l. 328/2000*: E. FEROLI, *L’assistenza ai non autosufficienti nel quadro di un neo-regionalismo* in fieri, *Riv. pol. sociali*, 2007, 1, p. 69 ss.

(39) E. FEROLI, *Esiti paradossali dell’innovativa legislazione regionale in tema di asili nido, tra livelli essenziali ed autonomia finanziaria regionale*, in *Le Regioni 2004*, 2-3, p. 748.

(40) La correzione del modello sembrava intrapresa dalla l. 289/2002 (finanziaria per il 2003), che sopprimeva molti dei vincoli di destinazione del Fondo nazionale per le politiche sociali e stabiliva la futura predeterminazione dei livelli essenziali per le prestazioni sociali (con il coinvolgimento delle Regioni nella decisione governativa sui LEP: art. 46, co. 3). Questa parte della legge è rimasta, tuttavia, sulla carta, così che lo Stato, in assenza di una decisione sui LEP, è nuovamente ricorso al controllo indiretto delle Regioni mediante finanziamenti vincolati: cfr. E. FEROLI, *L’assistenza ai non autosufficienti...*, cit., p. 70 s. Sullo stallo verificatosi in sede di concertazione tra Stato e Regioni dei LEP nei servizi sociali, cfr. C. BUZZACCHI, *Art. 9 (Funzioni dello Stato)*, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI, *op. cit.*, p. 284.

rata dal legislatore costituzionale del 2001, secondo cui le Regioni, non più vincolabili con i cordoni della borsa, possano essere guidate con i più aleatori strumenti della legislazione di principio ed, eventualmente, con il ricorso all'art. 120, co. 2, Cost., attivabile (anche) in caso di mancata tutela regionale dei LEP⁽⁴¹⁾. Scommessa che, fra l'altro, comporta anche un dimagrimento delle burocrazie ministeriali, le quali di anno in anno gestiscono i flussi di denaro vincolati da erogarsi in sede locale.

Come ha reagito la Corte? Da un lato, essa si è rifiutata di considerare una simile prassi coerente con il modello iscritto nella riforma del Titolo V: i LEP non sono le quote di finanziamenti a destinazione vincolata⁽⁴²⁾; il modello finanziario dei trasferimenti vincolati (anche mediante sovvenzioni statali direttamente ai privati) può divenire «uno strumento indiretto, ma pervasivo, di ingerenza statale nelle funzioni regionali e locali»⁽⁴³⁾. Da un altro lato, la Corte si è però rifiutata di seguire i percorsi più drastici suggeriti dai ricorsi delle Regioni, che invocavano l'incostituzionalità del fondo statale in quanto tale, ovvero della sua gestione «non partecipata»⁽⁴⁴⁾. Il risultato compromissorio che ne è scaturito è quello del divieto (teorico) di fondi o trasferimenti vincolati, accompagnato però dalla salvezza dei procedimenti di spesa in corso⁽⁴⁵⁾, nonché la tolleranza (tacita) della reiterazione dei finanziamenti statali vincolati (nelle

(41) Cfr. C. cost. 320/2004, su cui cfr. G. GUIGLIA, *op. cit.*, p. 101.

(42) C. cost. n. 370/2003, punto 4; n. 73/2004, punto 9; n. 16/2004, punto 6; n. 423/2004, punto 7.3.1.

(43) C. cost. n. 16/2004, punto 5; n. 423/2004, punto 3.2.

(44) Cfr. C. cost. 423/2004, cit. Le Regioni chiedevano, tra l'altro, che la decisione annuale che fissa l'ammontare globale della spesa sociale fosse frutto di un loro coinvolgimento paritario, in sede di Conferenza Stato-Regioni: cfr. E. FERIOLI, *Finanziamento della spesa sociale e Corte costituzionale: le contraddizioni di un "federalismo fiscale" ancora inattuato*, in *Foro it.*, 2005, I, p. 2295 ss.; G. GUIGLIA, *op. cit.*, p. 92 s.; C. TUBERTINI, *op. cit.*, p. 197, che critica il silenzio della Corte circa il profilo d'incostituzionalità dato non solo dal vincolo di destinazione dei finanziamenti statali, ma anche dalla loro determinazione disancorata dalla decisione sui LEP.

(45) Cfr. C. cost., sent. 370/2003, punto 7 (finanziamenti statali agli asili-nido); sent. 423/2004, punto 8.2 (contributi per l'iscrizione a scuole private paritarie); sent. 50/2008, punti 6 e 9 (erogazioni del fondo statale a sostegno delle scuole paritarie e del fondo statale per l'inclusione degli immigrati).

annuali leggi finanziarie) ⁽⁴⁶⁾. Stante, infatti, l'evidenza del fenomeno (cioè di una prassi statale che palesemente ignora le precedenti dichiarazioni d'incostituzionalità della Corte), non sembra potersi spiegare altrimenti il silenzio della Corte sul punto ⁽⁴⁷⁾.

Potremmo ipotizzare che la Corte tolleri un modello (non tanto *praeter* bensì) *contra Constitutionem*, sul presupposto implicito che l'alternativa sarebbe l'inseppimento o il blocco dei meccanismi di spesa dei servizi sociali. Tolleranza che si coniuga con il mancato (ma non surrogabile) intervento del legislatore statale sia per ciò che riguarda il coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario che per l'istituzione del fondo perequativo, senza vincoli di destinazione (art. 119, co. 2 e 3). La perpetuazione della prassi (incostituzionale) dei finanziamenti vincolati appare, infatti, inevitabile, profondamente intrecciata com'è con la mancata attuazione legislativa dell'art. 119 Cost. ⁽⁴⁸⁾.

Dietro alla tolleranza della prassi statale incostituzionale appena vista, sta la difficoltà della Corte a imboccare l'alternativa di obbligare allo Stato la fissazione legislativa dei LEP, quale presupposto per la devoluzione dell'intera quota di finanziamenti alle Regioni, sotto l'indistinta etichetta delle funzioni ordinarie di queste ⁽⁴⁹⁾. Come accennato sopra, infatti, la Corte ha

(46) Così i contributi alle scuole private paritarie o i finanziamenti per l'abbattimento delle barriere architettoniche nei locali aperti al pubblico, che la Corte ha colpito già due volte (nelle cit. sentt. 423/2004 e 50/2008); i finanziamenti per la sperimentazione del "reddito di ultima istanza" (colpiti sempre dalla sent. 423/2004 e ripristinati dalla legge finanziaria per il 2007: cfr. G. GUIGLIA, *op. cit.*, p. 94, nt. 187); le agevolazioni per l'acquisto della prima casa da parte di giovani coppie, anche queste già colpite due volte (dalle sentt. 423/2004 e 118/2006). Cfr., anche per ulteriori esempi, E. FERIOLI, *L'assistenza ai non autosufficienti...*, cit., p. 70 s.; F. BIONDI DAL MONTE, *op. cit.*, p. 639 s.

(47) Ossia, il mancato rilievo della ineffettività della sua giurisprudenza sul divieto di fondi vincolati (specie nei casi in cui vengono salvate le procedure di spesa effettuate e in corso, che il legislatore statale perpetua con la legge finanziaria a venire, nonostante la precedente dichiarazione di incostituzionalità della stessa tipologia di norme).

(48) Cfr. *supra*.

(49) Cfr. C. PINELLI, *op. cit.*, p. 899 s., per cui l'erogazione dei LEP rientra nel normale esercizio delle funzioni di Regioni ed Enti locali anche in virtù della previsione

sposato un approccio piuttosto rigoroso, secondo cui la fissazione dei LEP rientrerebbe nella discrezionalità legislativa del potere politico centrale, senza prefigurare sanzioni costituzionali per eventuali omissioni in materia⁽⁵⁰⁾. Approccio che, se da un lato vale a deresponsabilizzare gli stessi giudici costituzionali, da un altro comporta degli aggiustamenti “a valle”, quali sono appunto quelli della salvezza delle procedure di spesa in corso e, più in generale, della tolleranza dei finanziamenti vincolati che le leggi finanziarie annuali non cessano di riproporre⁽⁵¹⁾.

5. (Segue): finanziare i diritti senza garantirli?

Gli esempi del finanziamento statale degli asili-nido comunali e della mediazione culturale per l’inserimento scolastico dei minori stranieri valgono a chiarire il punto. Nell’uno come nell’altro caso, tali finanziamenti (poi dichiarati incostituzionali) si riallacciavano a previsioni legislative statali che si esprimono in termini di mera possibilità del servizio, con rinvio al livello regionale/locale per ciò che riguarda l’ulteriore disciplina e gestione⁽⁵²⁾. La vaghezza delle previsioni si coniuga con

del potere sostitutivo del Governo con espresso riferimento (anche) ai LEP, ex art. 120, co. 2, Cost. Cfr. anche G. GUIGLIA, *op. cit.*, p. 111 ss.

(50) Parla di “discutibile disimpegno” della Corte, G. GUIGLIA, *op. cit.*, p. 36.

(51) Nell’assenza di predeterminazione dei LEP, infatti, non può che continuare il metodo della finanza vincolata: cfr. L. DEGRASSI, *Art. 20 (Fondo nazionale per le politiche sociali)*, cit., p. 456.

(52) Per gli asili-nido, cfr. la legge 1044/1971, che all’art. 1 definisce l’assistenza negli asili-nido «un servizio sociale di interesse pubblico», finalizzato a fornire «una adeguata assistenza alla famiglia» e a «facilitare l’accesso della donna al lavoro», mentre al suo art. 6 attribuisce alla Regione il compito di fissare «i criteri generali per la costruzione, la gestione e il controllo degli asili-nido». La legge prevede, inoltre, un fondo speciale per la costruzione di tali asili (art. 2), che però, dopo pochi anni dall’istituzione, non è stato più rifinanziato. Il che ha comportato «una profonda differenziazione regionale e territoriale nella realizzazione del servizio e comunque una generale carenza dell’offerta rispetto alla domanda» (E. FERIOLI, *Esiti paradossali dell’innovativa legislazione regionale in tema di asili nido...*, cit., p. 748 s.). Relativamente alla mediazione culturale, cfr. l’art. 38 del TU sugli stranieri (d.lgs. 286/1998), dedicato all’istruzione degli stranieri e all’educazione interculturale, ove si dice che il regolamento di attuazione delle disposizioni ivi contenute dovrà fissare,

la bassa intensità del servizio pubblico effettivamente erogato⁽⁵³⁾. Il legislatore statale, in altre parole, evita di prevedere l'obbligatorietà (e l'indeffettibilità) di certe prestazioni e/o servizi, presumibilmente spinto da ragioni di controllo della spesa⁽⁵⁴⁾, e in tal modo impedisce che tra diritti "legislativi" e diritti "costituzionali" possa instaurarsi quella saldatura da cui potrebbe, un domani, scaturire la irretrattabilità delle provvidenze già erogate, secondo quanto già a volte verificatosi nella giurisprudenza costituzionale⁽⁵⁵⁾.

Di qui l'ambiguità di un discorso della Corte che deve tenersi in equilibrio tra l'esigenza di fondare costituzionalmente simili interventi pubblici (riconducibili a diritti sociali inviolabili e al principio di solidarietà), per evitare il taglio (o persino la

tra l'altro, anche le «modalità di comunicazione con le famiglie degli alunni stranieri, anche con l'ausilio di mediatori culturali qualificati»; l'art. 42 dello stesso TU, dedicato alle misure di integrazione sociale, secondo cui Stato, Regioni ed Enti locali «favoriscono... la realizzazione di convenzioni con associazioni [selezionate dalla Presidenza del Consiglio] per l'impiego all'interno delle proprie strutture di stranieri [regolarmente residenti in Italia], in qualità di mediatori interculturali al fine di agevolare i rapporti tra le singole amministrazioni e gli stranieri appartenenti ai diversi gruppi etnici, nazionali, linguistici e religiosi». Cfr. anche la legge statale n. 7/2006 (*Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile*), che prevede il coinvolgimento *eventuale* dei mediatori culturali nelle campagne informative ministeriali sul fenomeno delle mutilazioni genitali (campagne dalla legge assai scarsamente finanziate). La legislazione regionale e la concreta attivazione della mediazione culturale negli Enti locali è risultata (non troppo diversamente dagli asili-nido) assai frammentaria, con profonde differenze tra nord e sud del Paese (cfr. C. BERGONZINI, *La mediazione culturale: uno strumento (sottovalutato?) per l'integrazione degli immigrati*, in corso di pubblicazione su *Diritto Immigrazione Cittadinanza*, 2009).

(53) Cfr. A. POGGI, *op. cit.*, p. 616 s., ove si rileva che, per l'assistenza sociale, il primo piano triennale che attua la l. 328/00 indica solo "possibili contenuti dei livelli essenziali", rinverdendo così il dibattito sull'effettività del sistema di prestazioni della legge e la sua dubbia compatibilità con la dimensione costituzionale assunta dai LEP.

(54) E. A. FERIOLI, *Sui livelli essenziali delle prestazioni...*, cit., p. 572 s.

(55) Significativo l'art. 1 della l. 328/2000, secondo cui «La Repubblica assicura [determinati servizi sociali o provvidenze]... in coerenza con gli articoli 2, 3 e 38 Cost.», e non *in attuazione* della Costituzione. Per la giurisprudenza costituzionale, cfr. la sent. 106/1992, in cui la Corte colpisce una disposizione di legge laddove questa interrompe una misura assistenziale (indennità per la frequenza scolastica dei minori inabili civili), parlando di «*vulnus* nascente dalla negazione di un diritto in precedenza riconosciuto in attuazione del programma solidaristico di cui all'art. 38 della Costituzione».

restituzione) dei finanziamenti, e l'impossibilità (o l'estrema difficoltà) di ritenerli costituzionalmente necessari⁽⁵⁶⁾. Per la Corte, infatti, il finanziamento statale vincolato di simili servizi è, sì, incostituzionale, ma la sua erogazione deve continuare, quantomeno per le procedure di spesa in corso⁽⁵⁷⁾. Tuttavia, agganciando la necessaria continuità dell'erogazione ai diritti fondamentali in gioco, la Corte sembra alludere anche alla doverosità delle provvidenze erogate, che dovrebbero allora perpetuarsi anche se poste in capo alle Regioni⁽⁵⁸⁾.

Una simile ricostruzione potrebbe dirsi smentita dalla pronuncia con cui la Corte ha colpito la norma (della legge finanziaria statale) diretta a finanziare quelle Regioni che avessero voluto istituire il cd. "reddito di ultima istanza"⁽⁵⁹⁾. Annulamento "secco" che sembrerebbe ignorare il collegamento tra tale provvidenza pubblica e l'art. 38 della Costituzione, il quale, se pure non impone il "reddito di ultima istanza", certo da tale istituto riceve maggiore effettività. La Corte, ragionando della facoltatività di simile provvidenza (di cui è semplicemente facoltizzata la sperimentazione regionale da parte del legislatore statale), ne deduce che non possa trattarsi di un "vero" LEP. Così impostata, la decisione parrebbe prestare il fianco a quella dottrina che chiede maggiore coraggio alla Corte⁽⁶⁰⁾ (la quale

(56) Con atteggiamento che potrebbe dirsi opposto a quello tenuto nella nota sent. n. 215/1987, ove, come noto, veniva colpita la legge statale nel punto in cui si limitava a *facilitare* anziché *garantire* l'inserimento scolastico dei portatori di *handicap*.

(57) Cfr. *supra*, nota 45.

(58) Parla di ossequio ai «diritti costituzionalmente implicati», la cit. sent. n. 370/2003 (sugli asili-nido), così come le cit. sentt. nn. 423/2004 e 50/2008 (sulle scuole paritarie); mentre rispetto alle erogazioni del Fondo per l'inclusione sociale degli immigrati (finalizzate all'accoglienza degli alunni stranieri, anche attraverso «l'utilizzo per fini non didattici di apposite figure professionali madrelingua quali mediatori culturali»), la sent. 50/2008 afferma «che la natura sociale delle provvidenze erogate, le quali ineriscono a *diritti fondamentali*, richiede che si garantisca, in ossequio ai principi di solidarietà sociale, *continuità di erogazione...*» (corsivi aggiunti). Specularmente, la Corte non fa salvi i procedimenti di spesa in corso dopo aver verificato che ciò non comporti «diretto e immediato pregiudizio per i diritti delle persone», nelle sentt. n. 16/2004 (finanziamento statale della ippoterapia) e n. 49/2004 (fondi statali destinati a finanziare la programmazione e realizzazione di infrastrutture d'interesse locale).

(59) C. cost. n. 423/2004, cit.

(60) Cfr. G. GUIGLIA, *op. cit.*, p. 36.

dovrebbe, forse, tramutare la facoltatività di certe provvidenze in obbligatorietà). Tuttavia, la dinamica del giudizio fa giungere a conclusioni differenti, posto che ricorrenti erano Regioni (di centro-sinistra) che già erogavano un beneficio nel quadro del “reddito minimo di inserimento” della l. 328/2000 (istituito dal legislatore di centro-sinistra, formalmente mai abrogato, ma non rifinanziato dal successivo legislatore di centro-destra) e che volevano proseguire nella “sperimentazione” di tale “vecchio” istituto, senza vedersi vincolate alla nuova fisionomia imposta dalla riforma del nuovo Governo (che subordinava i finanziamenti alla ridisciplina dell’istituto, ribattezzato “reddito di ultima istanza”). E la Corte consente una simile scelta delle Regioni, affermando che gli accantonamenti statali (illegittimamente vincolati) dovranno «confluire nei bilanci regionali in maniera “indistinta” e potranno, pertanto, essere impiegat(i) dalle Regioni stesse secondo autonome scelte di politica sociale»⁽⁶¹⁾. Soluzione che vale, ovviamente, solo relativamente all’anno finanziario in corso e che non garantisce alle Regioni una fonte costante di finanziamento per determinate politiche sociali. Il che fa sorgere un dubbio circa i possibili effetti “perversi” della giurisprudenza della Corte sul divieto di finanziamenti statali vincolati: nella perdurante assenza di fissazione dei LEP e nella mancata attuazione dell’art. 119 Cost., l’abbattimento di determinate politiche sociali statali non è detto che comporti il trasferimento delle stesse a livello regionale⁽⁶²⁾.

(61) Punto 10 della sent. 423/2004.

(62) Si veda, a titolo di esempio, il caso del fondo per l’inclusione sociale degli immigrati (già dichiarato incostituzionale dalla cit. C. cost. n. 50/2008), il cui mancato rifinanziamento (con un risparmio di circa 95 milioni di euro per il 2008 e 2009) è andato a copertura delle iniziative a salvaguardia del potere d’acquisto delle famiglie (*in primis*, l’abbattimento dell’ICI sulla prima casa: cfr. l’art. 5, co. 11, del d.l. 93/2008, convertito in l. 126/2008): cfr. F. BIONDI DAL MONTE, *op. cit.*, p. 649 s. E ciò, nonostante che la Corte avesse parlato (in relazione agli scopi del fondo) di un nesso con (non meglio qualificati) «*diritti fondamentali*»: cfr. *supra*.

6. Una giurisprudenza costituzionale “transitoria”... ad oltranza

Emerge dall’analisi di questa giurisprudenza costituzionale il problematico spazio che l’inattuazione costituzionale degli art. 117.2/m e 119 Cost. lascia alla discrezionalità della Corte: innanzitutto, il margine di scelta circa le provvidenze pubbliche la cui erogazione deve essere provvisoriamente salvata, o meno (con riguardo alla tecnica decisoria che, come visto, fa salvi i procedimenti di spesa in corso) ⁽⁶³⁾. In secondo luogo, il margine di scelta, ancora più pregnante, circa l’esigenza di continuità o meno di un determinato servizio. Se, infatti, per la funzione programmatoria degli Uffici scolastici la Corte ha ritenuto che essa dovesse restare in capo allo Stato finché le Regioni non si fossero adeguatamente attrezzate per poterla esercitare (similmente, per ciò che riguarda il “prestito d’onore” agli studenti) ⁽⁶⁴⁾, non altrettanto è avvenuto per il finanziamento degli asilini o per la mediazione culturale a favore dell’integrazione degli immigrati nella scuola ⁽⁶⁵⁾. In entrambe le coppie di casi, la Corte riconosce il nesso con i diritti costituzionali (all’istruzione, *ex art. 33 Cost.*, ovvero al diritto allo studio, *ex art. 34 Cost.*), ma solo per la seconda coppia essa si disinteressa, di fatto, se negli anni successivi a quello finanziario in corso i servizi sociali in oggetto saranno effettivamente apprestati da parte di Regioni ed Enti locali.

La distinzione potrebbe passare tra leggi (statali) che strumentano immediatamente un diritto costituzionale (come la distribuzione del personale docente tra le istituzioni scolastiche, ad es.) e leggi (statali) che, invece, si limitano a enunciare un titolo d’intervento finanziario, rinviando alle scelte annuali compiute in Finanziaria. Dunque, se è “libera” la scelta dello Stato di finanziare di anno in anno certe provvidenze (come il pagamento di mediatori culturali per gli immigrati), altrettanto libera

(63) Perché i contributi per le scuole private sì, mentre la riqualificazione dei centri urbani o il sostegno per l’acquisto della prima casa, no, ad es.

(64) C. cost. nn. 13 e 308/2004, citate *supra*.

(65) C. cost. nn. 370/2003 e 50/2008, cit.

sarà la scelta delle Regioni, una volta venuta meno la legislazione statale istitutiva del finanziamento ⁽⁶⁶⁾. A questo punto, però, il problema si ricongiunge a quello visto sopra, cioè al rifiuto della Corte di “costringere” lo Stato a fissare i LEP: se il nesso con i diritti fondamentali c’è, la Corte dovrebbe forse sanzionare l’omessa qualificazione statale di certi servizi (specie la mediazione culturale per l’integrazione scolastica degli immigrati, ove più evidente è il nesso con il diritto all’istruzione, *ex art. 33 Cost.*) come obbligatori strumenti di implementazione del o dei diritti costituzionali implicati.

L’impressione conclusiva è quella di una Corte costituzionale che vuol presentare come “transitoria” la propria giurisprudenza in materia di LEP e di art. 117.2/m Cost., il cui attendimento è in qualche modo imposto dalla connessa – ma ben più complessa – (in)attuazione legislativa dell’art. 119 Cost. Una simile transitorietà, alimentando tecniche di giudizio “compromissorie” come quelle sulla parziale salvezza dei finanziamenti statali vincolati, rischia però di divenire insostenibile col passare del tempo e col moltiplicarsi dei casi in cui l’argomento “alto” dei diritti fondamentali viene prima invocato e poi abbandonato al suo destino, come vascello di naufraghi che appare e scompare tra i flutti.

(66) Questo, in sintesi, il senso dell’obiezione della Corte alla difesa erariale che cercava di qualificare i fondi vincolati come LEP, ai sensi dell’art. 117.2/m. Cfr. *supra*.

L'art. 120 della Costituzione e il suo ruolo nella riforma del Titolo V

di Annamaria De Michele

Sommario

1. I poteri sostitutivi prima e dopo la riforma del Titolo V, Parte II della Costituzione. – **1.1. Premessa.** – **1.2. Tassatività delle ipotesi di poteri sostitutivi previste dalla Costituzione.** – **2. Il potere sostitutivo dell'art. 120, comma 2, Cost.** – **2.1. Ambito di applicabilità e ratio della norma.** – **2.2. Natura politica o giuridica del potere sostitutivo di cui all'art. 120, comma 2, Cost.** – **2.3. Sostituzione legislativa o amministrativa?** – **2.3.1. L'estensione del potere sostitutivo di cui all'art. 120, comma 2, Cost.** – **2.3.2. Gli atti con i quali può essere attuato l'intervento sostitutivo.** – **2.3.3. I casi nei quali può essere attuato l'intervento sostitutivo.** – **3. Poteri sostitutivi straordinari ed ordinari.** – **4. Profili ulteriori relativi al potere sostitutivo di cui all'art. 120, comma 2, Cost.** – **4.1. Il tempo dell'intervento sostitutivo e la nozione di inadempimento.** – **4.2. Sussidiarietà e leale cooperazione.** – **5. Potere sostitutivo ed interesse nazionale.**

1. I poteri sostitutivi prima e dopo la riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione

1.1. Premessa

La Costituzione del 1948 non dettava alcuna disposizione che prevedesse e disciplinasse l'esercizio di poteri sostitutivi dello Stato nei confronti delle Regioni ⁽¹⁾. Nonostante ciò, già a partire dall'inizio degli anni '70, il legislatore ordinario aveva introdotto numerose disposizioni che consentivano allo Stato di

(1) Sulla storia dei poteri sostitutivi dello Stato nei confronti delle Regioni prima della modifica del Titolo V, Parte II, della Costituzione si vedano *ex multis*: G. GRECO, *Il potere di sostituzione dello Stato alle Regioni*, in *Foro amm.*, 1989, 3, p. 888 ss.; G. SIRIANNI, *Inerzia amministrativa e poteri sostitutivi*, Milano, 1991; C. BARBATI, *Inerzia e pluralismo amministrativo*, Milano, 1992.

sostituirsi nell'esercizio delle funzioni ad esse attribuite ⁽²⁾. I casi in cui tali poteri erano previsti riguardavano, in principio, il mancato adempimento da parte delle Regioni degli obblighi comunitari ⁽³⁾, poi l'esercizio di funzioni amministrative delegate *ex art. 118, comma 2, Cost.* ⁽⁴⁾ (vecchio testo), ed infine l'esercizio di funzioni amministrative proprie *ex art. 118, comma 1, Cost.* ⁽⁵⁾ (vecchio testo).

Soltanto a seguito del cd. terzo decentramento amministrativo attuato dalle leggi Bassanini, a partire dal 1998, fu introdotta una disciplina generale del potere sostitutivo dello Stato nei confronti delle Regioni e degli altri Enti locali in relazione alle funzioni amministrative ad essi conferite ⁽⁶⁾.

La progressiva espansione dei poteri sostitutivi dello Stato nei confronti delle Regioni è stata interpretata come il sintomo del passaggio da un regionalismo basato sulla affermazione della separazione delle competenze legislative ed amministrative, ad uno invece ispirato ai principi della collaborazione e della cooperazione ⁽⁷⁾.

Questo passaggio è stato efficacemente colto dalla giurisprudenza della Corte costituzionale che, a partire dalla senten-

(2) La progressiva introduzione dei poteri sostitutivi dello Stato nei confronti delle Regioni fu oggetto di vivaci contestazioni da parte della dottrina, che lamentò l'insufficienza dello strumento legislativo ordinario per alterare il principio costituzionale della esclusività delle competenze amministrative attribuite *ex art. 118, comma 1, Cost.* Si veda ad es. A. D'ATENA, *Funzione III) Funzioni amministrative delle regioni*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, 1989, XIV.

(3) Si veda l'art. 1, comma 3, n. 5, della legge n. 382 del 22 luglio 1975, attuato dall'art. 6 del d.P.R. n. 616 del 22 luglio 1977, successivamente modificato dall'art. 11 della l. n. 86 del 9 marzo 1989.

(4) Si veda l'art. 2 della legge del 22 luglio 1975, n. 382, in combinato disposto con l'art. 4, comma 3, del d.P.R. n. 616 del 22 luglio 1977, poi implicitamente abrogato dall'art. 2, comma 3, lett. f), della legge n. 400 del 23 agosto 1988. A queste disposizioni a carattere generale si aggiungevano poi altre disposizioni particolari previste in singole leggi di settore.

(5) In relazione a queste ultime non vi erano disposizioni a carattere generale, ma disposizioni contenute in singole norme di legge.

(6) Il riferimento corre alla legge n. 59 del 15 marzo 1997, e all'art. 5 del d.lgs. n. 112 del 31 marzo 1998.

(7) Sul punto si veda: S. BARTOLE, *La Corte costituzionale e la ricerca di un contemperamento fra supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 1988, 3, p. 565 ss.

za n. 177 del 18 febbraio 1988, individuò le condizioni in presenza delle quali lo Stato poteva sostituirsi alle Regioni nell'esercizio delle funzioni amministrative ad esse attribuite. Secondo la Corte, era necessario che lo Stato disponesse di un potere di vigilanza nei confronti di attività regionali prive di discrezionalità nell'*an*, ora perché sottoposte a termini perentori, ora perché l'inerzia della Regione avrebbe messo in serio pericolo l'esercizio di funzioni fondamentali o la cura di interessi affidati alla responsabilità finale dello Stato; che il potere di sostituzione fosse strettamente strumentale all'adempimento di obblighi o al perseguimento di interessi tutelati come limiti all'autonomia regionale; che questo fosse esercitato da un'autorità di Governo, nello specifico senso definito dall'art. 92 Cost.; che l'esercizio del controllo sostitutivo fosse assistito da garanzie, sostanziali e procedurali, rispondenti ai valori fondamentali cui la Costituzione informa i rapporti tra Stato e Regioni e, specialmente, al principio di leale cooperazione.

Oltre alle sostituzioni dello Stato nei confronti delle Regioni e degli Enti locali, la legislazione statale e regionale prevedeva diverse ipotesi di interventi sostitutivi delle Regioni nei confronti degli Enti locali, attuati con atti amministrativi, nei casi di mancato esercizio delle funzioni amministrative ad essi attribuite ⁽⁸⁾.

Prima della modifica del Titolo V, Parte II, della Costituzione, sia lo Stato sia le Regioni disponevano perciò di poteri sostitutivi in relazione all'esercizio delle funzioni amministrative attribuite rispettivamente alle Regioni e agli Enti locali. Inoltre, lo Stato disponeva anche di un potere sostitutivo preventivo nei confronti delle Regioni per il caso di mancato esercizio delle funzioni legislative ad esse attribuite ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost., che si esplicava attraverso atti legislativi. Tali

(8) Una disciplina generale dei poteri sostitutivi delle Regioni nei confronti degli Enti locali fu introdotta dall'art. 48 della legge n. 142 dell'8 giugno 1990, poi sostituito dall'art. 17, comma 45, della legge n. 127 del 15 maggio 1997, ed infine dall'art. 137 del d.lgs. n. 267 del 18 agosto 2000. Il decentramento amministrativo attuato con le leggi Bassanini ha aumentato le ipotesi di sostituzione delle Regioni agli Enti locali. Si veda sul punto: G. VERONESI, *Poteri sostitutivi: recenti orientamenti*, in *Le Regioni*, 2001, 1, p. 32 ss.

atti ponevano, accanto alle norme di principio, anche le norme di dettaglio, destinate a restare in vigore fino a quando le Regioni non avessero esercitato le loro competenze⁽⁹⁾.

Il sistema dei poteri sostitutivi sopra descritto è stato in gran parte innovato a seguito della modifica del Titolo V, Parte II, della Costituzione, che ha inciso profondamente sull'assetto dei rapporti tra lo Stato, le Regioni e gli altri Enti locali, ampliando la sfera di autonomia ad essi spettante sia sul piano legislativo (con il riconoscimento in capo alle Regioni di una potestà legislativa generale residuale, che si affianca a quella concorrente, e alla enumerazione delle materie sulle quali lo Stato esercita una potestà legislativa esclusiva), sia sul piano amministrativo (con l'affermazione del principio di sussidiarietà, e con l'attribuzione della generalità delle funzioni amministrative ai Comuni, salvo i casi in cui esse siano affidate alle Province, alle Città metropolitane, alle Regioni o allo Stato al fine di assicurare l'esercizio unitario, sulla base dei principi di adeguatezza e di differenziazione)⁽¹⁰⁾.

(9) Accanto all'ipotesi della sostituzione legislativa a carattere preventivo, un'ipotesi di sostituzione legislativa successiva era disciplinata dall'art. 4, comma 5, della legge n. 59 del 1997. La norma poneva a carico delle Regioni un preciso obbligo di procedere alla individuazione, nell'ambito delle funzioni amministrative trasferite ex art. 118 Cost., di quelle che restavano in capo ad esse, e di quelle da delegare agli Enti locali, e fissava un termine entro il quale queste erano tenute a provvedere. Contestualmente la norma delegava il Governo a sostituirsi alle Regioni per il caso in cui alla data stabilita non avessero provveduto, procedendo in loro vece alla ripartizione delle funzioni amministrative. La norma è stata fatta oggetto di ricorso davanti alla Corte costituzionale, che ha respinto le censure sollevate dalla Regione Puglia contro questa ed altre norme della legge n. 59 del 1997 nella sentenza n. 408 del 14 dicembre 1998.

(10) Per una panoramica delle modifiche introdotte dalla legge cost. n. 3 del 18 ottobre 2001, si vedano *ex multis*: C. BOTTARI (a cura di), *La riforma del Titolo V, Parte II della Costituzione*, Rimini, 2003; D'Atena A., *Le Regioni dopo il Big Bang*, Milano, 2005; G. ROMANO, *La riforma del Titolo V della Costituzione e la sua attuazione. Un quadro minimo sui maggiori problemi*, in *Enti pubblici*, 2002, 6, p. 323 ss.; E. CASTORINA, *La riforma del Titolo V della Costituzione. Quadro riassuntivo e aspetti problematici della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (alla luce dei primi interventi della Corte costituzionale)*, in www.federalismi.it; AAVV, *La riforma del Titolo V della Costituzione e i problemi della sua attuazione*, in www.astridoline.it; E. BETTINELLI, F. RIGANO, *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, Atti del seminario di Pavia svoltosi il 6-7 giugno 2003, Torino, 2004.

All'ampliamento della sfera di autonomia costituzionalmente riconosciuta alle Regioni e agli altri Enti locali ha fatto da contrappeso l'introduzione nel testo costituzionale di due disposizioni che prevedono espressamente il potere sostitutivo dello Stato nei confronti degli altri Enti territoriali.

Le norme in questione sono l'art. 117, comma 5, Cost., e l'art. 120, comma 2, Cost. La prima prevede il potere sostitutivo dello Stato in caso di inadempienza delle Regioni nell'attuazione ed esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, e secondo l'interpretazione prevalente, essa disciplina un caso di sostituzione nell'esercizio di funzioni legislative delle Regioni, da attuarsi mediante atti di rango primario e secondario, nel rispetto delle procedure prescritte da una legge dello Stato ⁽¹¹⁾. La seconda ⁽¹²⁾ prevede invece il potere del Governo di sostituirsi agli organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni, nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria, oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedano la tutela dell'unità giuridica ed economica e, in particolare, la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini dei governi territoriali, secondo la procedura stabilita da una legge dello Stato, nel rispetto dei principi di sussidiarietà e di leale cooperazione ⁽¹³⁾.

(11) La legge in questione è la l. n. 11 del 4 febbraio 2005 (cd. Legge Buttiglione).

(12) L'art. 120, comma 1, non è stato modificato dalla legge cost. n. 3 del 18 ottobre 2001. Questa disposizione prevede limiti alla potestà legislativa ed amministrativa delle Regioni a tutela della libertà di movimento dei cittadini e delle cose nel territorio nazionale. E' infatti vietato alle Regioni prevedere dazi di importazione o di transito, o adottare provvedimenti che in qualsiasi modo ostacolano la libera circolazione delle persone o delle cose, o limitino l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale.

(13) La legge in questione è la l. n. 131 del 5 giugno 2003 (cd. Legge La Loggia).

1.2. Tassatività delle ipotesi di poteri sostitutivi previste dalla Costituzione

Uno dei primi problemi che la dottrina ha affrontato, a seguito dell'entrata in vigore del nuovo Titolo V, Parte II, della Costituzione, riguarda la possibilità di considerare tassative⁽¹⁴⁾ le ipotesi di poteri sostitutivi previste dagli artt. 117, comma 5, e 120, comma 2, Cost.

Il problema è di non scarso rilievo, in quanto investe direttamente la possibilità dello Stato di esercitare poteri sostitutivi ulteriori rispetto a quelli ricavabili dalle norme costituzionali in oggetto, e la possibilità delle Regioni di prevedere e disciplinare con proprie leggi poteri sostitutivi nei confronti degli Enti locali⁽¹⁵⁾.

Immediatamente dopo l'entrata in vigore della novella costituzionale era stata proposta una tesi piuttosto radicale⁽¹⁶⁾, secondo la quale la nuova e più ampia autonomia riconosciuta a tutti gli Enti territoriali dalla l. cost. n. 3 del 18 ottobre 2001 e dalla legislazione attuativa induceva a ritenere che, nei confronti delle Regioni e degli altri Enti locali, fossero ammissibili esclusivamente i poteri di controllo espressamente previsti dalla Costituzione, o ad essa direttamente riconducibili. Per quanto riguarda i poteri sostitutivi, questi avrebbero dovuto essere esercitati soltanto dallo Stato o dal Governo, ed esclusivamente nelle ipotesi indicate dagli artt. 117, comma 5, e 120, comma 2,

(14) Sul punto si vedano: E. GIANFRANCESCO, *L'abolizione dei controlli sugli atti amministrativi e la scomparsa del Commissario del Governo*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino, 2001, p. 185 ss.; A. CORPACI, *Revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo*, in *Le Regioni*, 2001, 6, p. 1324 ss.

(15) Il problema ha riflessi importanti non solo sul piano teorico, ma anche sul piano pratico: infatti, ove si escluda la possibilità delle Regioni di sostituirsi agli Enti locali che non adottano atti obbligatori per legge, ne uscirebbe sicuramente rafforzata l'autonomia di quest'ultimi, ma i cittadini verrebbero privati di uno strumento di tutela efficace per porre rimedio all'inerzia di tali Enti nell'esercizio delle funzioni amministrative ad essi attribuite.

(16) P. CAVALIERI, *Il potere sostitutivo sui Comuni e sulle Province*, in *Le Regioni*, 2003, 5, p. 846 ss.

Cost.

Una prima risposta in senso favorevole alla ammissibilità di poteri sostitutivi ulteriori rispetto a quelli costituzionalmente previsti è stata data dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 313 del 21 ottobre 2003 ⁽¹⁷⁾. Successivamente, questa si è pronunciata in modo definitivo sulla questione con la sentenza n. 43 del 27 gennaio 2004 ⁽¹⁸⁾.

In questa decisione, respingendo l'impostazione sostenuta dall'Avvocatura dello Stato, la Corte costituzionale ha affermato che l'art. 120, comma 2, Cost. "non può essere inteso nel senso che esaurisca, concentrandole tutte in capo allo Stato, le possibilità di esercizio dei poteri sostitutivi. In realtà esso pre-

(17) Nella sentenza in oggetto, la Corte costituzionale aveva stabilito che "qualora siano in ipotesi da ammettere poteri sostitutivi regionali, nei confronti degli Enti locali, ulteriori rispetto a quelli facenti capo al Governo, quali quelli previsti dall'art. 120 Cost., attuato ora dall'art. 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131 (Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3), tali poteri sarebbero in ogni caso da ascrivere a organi di governo dell'ente che, nell'ambito di responsabilità più generali riconosciutegli, agisce in sostituzione: nel caso in questione ad organi della Regione, non ad apparati amministrativi. In secondo luogo, il rispetto dell'autonomia degli Enti locali presupporrebbe che l'omissione alla quale si intenda sopperire con l'intervento sostitutivo sia definita come fatto giuridicamente qualificato, e non sia una semplice inattività da altri considerata inopportuna [...]. In terzo luogo occorrerebbe un procedimento definito dalla legge, adottata secondo l'ordine delle competenze rispettivamente statali e regionali fissato dalla Costituzione: un procedimento nel quale l'ente sostituito possa far valere le proprie ragioni e messo in condizione di ovviare all'omissione, una volta che questa sia stata riconosciuta, non essendo sufficiente, perché si attivi il potere sostitutivo, quella mera previa segnalazione di cui parla la disposizione impugnata".

(18) Per un commento alla sentenza n. 43 del 2004 si vedano: M. PERUZZINI, *In tema di poteri sostitutivi ex art. 120 della Costituzione*, in *Nuove autonomie*, 2005, 3, p. 395 ss.; R. DICKMANN, *La Corte riconosce la legittimità dei poteri sostitutivi regionali (osservazioni a Corte cost., 27 gennaio 2004, n. 43)*, in *www.federalismi.it*, 2004, p. 4; G. FONTANA, *I poteri sostitutivi regionali nella giurisprudenza costituzionale tra presupposti sostanziali e garanzie procedurali*, in *Urban. app.*, 2004, 7, p. 777 ss.; G. FONTANA, *I poteri sostitutivi delle Regioni tra inevitabili forzature ed evitabili incoerenze*, in *Giur. cost.*, 2004, I, p. 609 ss.; A. MARTIN, P. CAPACCI, *Il potere sostitutivo dopo la modifica del Titolo V della Costituzione (brevi note a margine della sentenza della Corte costituzionale 27 gennaio 2004, n. 43)*, in *Dir. Regione*, 2004, 3-4, p. 393 ss.; O. FORLENZA, *Nello svolgimento dell'attività di supplenza dubbi sui rapporti tra Stato e Regioni*, 2004, 6, p. 74 ss.; F. MERLONI, *Una definitiva conferma della legittimità dei poteri sostitutivi regionali (commento alla sentenza n. 43 del 2004)*, in *Le Regioni*, 2004, 4, p. 1074 ss.; G. MARAZZITA, *I poteri sostitutivi tra emergency clause e assetto dinamico delle competenze*, in questa *Rivista*, 2005, 5, p. 819 ss.

vede solo un potere sostitutivo straordinario in capo al Governo, da esercitarsi sulla base dei presupposti e per la tutela degli interessi ivi esplicitamente indicati, mentre lascia impregiudicata l'ammissibilità e la disciplina di altri casi di interventi sostitutivi, configurabili dalla legislazione di settore, statale o regionale, in capo ad organi dello Stato o delle Regioni o di altri Enti territoriali, in correlazione con il riparto delle funzioni amministrative da essa realizzato e con le ipotesi specifiche che li possano rendere necessari".

In sostanza, il fatto che la Costituzione abbia previsto il potere sostitutivo del Governo in relazione alle ipotesi ivi contemplate non sembra escludere che possano essere introdotti poteri sostitutivi cd. ordinari, che trovano il loro fondamento giuridico in disposizioni costituzionali diverse dall'art. 120, comma 2, Cost. Il potere sostitutivo introdotto dalla norma costituzionale è definito straordinario ed aggiuntivo: nulla vieta perciò che il legislatore statale e quello regionale possano prevedere e disciplinare ulteriori ipotesi di poteri sostitutivi diverse da quella ivi contemplata.

Nella sentenza in commento, la Corte costituzionale sembra valorizzare, da una parte, la novità costituita dall'introduzione dell'art. 120, comma 2, Cost. ed il ruolo di norma di chiusura che esso svolge nei rapporti tra lo Stato, le Regioni e gli altri Enti locali a tutela di interessi essenziali della Repubblica; dall'altra, ribadisce che il legislatore statale e regionale possono prevedere altri poteri sostitutivi, nel rispetto dei presupposti e delle condizioni individuati dalla giurisprudenza costituzionale in sostanziale continuità con quelli che erano stati indicati a partire dalla storica sentenza n. 177 del 18 febbraio 1988⁽¹⁹⁾.

In base a quanto detto, emerge un dato piuttosto significativo. L'art. 120, comma 2, Cost. copre soltanto una frazione dello

(19) Il riferimento va ad es. alla ordinanza della Corte costituzionale n. 1000 del 27 ottobre 1988, alla sentenza n. 101 del 9 marzo 1989, alla sentenza n. 324 del 6 giugno 1989, alla sentenza n. 338 del 15 giugno 1989, alla sentenza n. 533 del 11 dicembre 1989, alla sentenza n. 416 del 1995. I principi ricavabili dalle sentenze richiamate appaiono direttamente applicabili ai poteri sostitutivi ordinari, come individuati e definiti dalla giurisprudenza della Corte costituzionale successiva alla modifica del Titolo V, Parte II, della Costituzione.

spettro dei poteri sostitutivi. Esistono altri poteri sostitutivi, che la Corte costituzionale definisce ordinari, attribuiti allo Stato e alle Regioni, che non trovano il loro fondamento nell'art. 120, comma 2, Cost., e che sono soggetti ad una disciplina in parte diversa da quella cui è sottoposto il potere sostitutivo ivi previsto⁽²⁰⁾.

Poiché, però, nessun'altra norma costituzionale, all'infuori dell'art. 120, comma 2, e dell'art. 117, comma 5, Cost. prevede e disciplina espressamente i poteri sostitutivi, si ripropone perciò il dilemma che si era posto già prima della modifica del Titolo V, Parte II, della Costituzione: in assenza di una disposizione costituzionale esplicita, è necessario individuare la norma o le norme costituzionali che costituiscano il fondamento implicito dei cd. poteri sostitutivi ordinari. Nella sentenza n. 43 del 2004, la Corte individua tale fondamento implicito nel combinato disposto degli artt. 117 e 118 Cost. In definitiva, a seguito della modifica del Titolo V, Parte II della Costituzione, è possibile individuare almeno tre diverse tipologie di poteri sostitutivi: quelli che trovano fondamento nell'art. 117, comma 5, Cost., quelli che trovano fondamento nell'art. 120, comma 2, Cost., e i cd. poteri sostitutivi ordinari, legittimati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 43 del 2004, agganciati al disposto degli artt. 117 e 118 Cost.⁽²¹⁾.

(20) Dopo la modifica del Titolo V, Parte II, della Costituzione, la Corte costituzionale si è occupata dei poteri sostitutivi ordinari in numerose sentenze. Si ricordano: ordinanza n. 53 del 28 febbraio 2003; sentenze nn. 69, 70, 71, 72, 73, 74 del 2 marzo 2004; sentenza n. 112 del 6 aprile 2004; sentenza n. 140 del 4 maggio 2004; sentenza n. 173 del 9 giugno 2004; sentenza n. 227 del 16 luglio 2004; sentenza n. 167 del 29 aprile 2005; sentenza n. 300 del 22 luglio 2005. La Corte costituzionale ha avuto invece occasione di occuparsi del potere sostitutivo straordinario, tra le altre, nella sentenza n. 6 del 2004, nella sentenza n. 43 del 2004, nella sentenza n. 236 del 2004, nella sentenza n. 371 del 14 novembre 2008.

(21) Per un'accurata disamina dei poteri sostitutivi ordinari sia consentito rinviare per tutti al recente contributo di C. MAINARDIS, *Poteri sostitutivi statali ed autonomia amministrativa regionale*, Milano, 2007.

2. Il potere sostitutivo dell'art. 120, comma 2, Cost.

2.1. Ambito di applicabilità e ratio della norma.

La formulazione ambigua²² dell'art. 120, comma 2, Cost. ha consentito alla dottrina di avanzare soluzioni interpretative diverse, che hanno investito quasi ogni profilo della norma giuridica, al punto che, allo stato, non vi è piena unità di vedute sulla maggior parte dei numerosi problemi che essa pone. Da parte sua, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha contribuito a sciogliere alcuni nodi; altri invece attendono ancora di essere affrontati e risolti.

Uno dei primi problemi sui quali la Corte è intervenuta concerne la individuazione dell'esatto ambito di applicabilità dell'art. 120, comma 2, Cost. Infatti, la norma vale senz'altro per le Regioni a Statuto ordinario, mentre è stato avanzato qualche dubbio sul fatto che essa fosse applicabile, e secondo quali modalità, anche alle Regioni a Statuto speciale e alle Province Autonome di Trento e di Bolzano. Il problema è nato dal fatto che l'art. 10 della l. c. n. 3 del 18 ottobre 2001 ha previsto che le nuove norme sono applicabili anche alle Regioni a Statuto speciale "per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite".

La Regione Sardegna e la Provincia Autonoma di Bolzano hanno perciò proposto ricorso davanti alla Corte costituzionale sostenendo che l'art. 120, comma 2, Cost. e l'art. 8 della l. n. 131 del 2003⁽²³⁾ non sarebbero applicabili alle autonomie speciali in quanto disciplinano gli interventi sostitutivi secondo modalità peggiorative rispetto alle tipologie previste dai rispet-

(22) L'ambiguità dell'art. 120, comma 2, Cost. è un tema che ricorre nella dottrina. La definizione più nota è quella data da G. FALCON, *Il nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, 1, p. 3 ss., secondo cui la norma costituisce "più che una soluzione, un problema interpretativo".

(23) Sui profili relativi alla applicabilità dell'art. 8 della l. n. 131 del 2003 alle Regioni a Statuto speciale, si veda A. RUGGERI, *La legge La Loggia e le Regioni ad autonomia differenziata, tra "riserva di specialità" e clausola di maggior favore*, in *Le Regioni*, 2004, 4, p. 825 ss.

tivi Statuti, con conseguente inoperatività della clausola di favore contenuta nell'art. 10 della l. c. n. 3 del 2001.

La Corte costituzionale si è pronunciata nella sentenza n. 236 del 19 luglio 2004 ⁽²⁴⁾, dichiarando inammissibile la questione proposta. Secondo la Corte, l'art. 120, comma 2, Cost. è posto a presidio di fondamentali esigenze di eguaglianza, sicurezza, legalità che potrebbe restare insoddisfatte o essere gravemente pregiudicate a causa del mancato o l'illegittimo esercizio delle competenze attribuite agli Enti sub-statali nei precedenti artt. 117 e 118. Scrive la Corte, "si evidenzia, con tratti di assoluta chiarezza [...] un legame indissolubile tra il conferimento di un'attribuzione e la previsione di un intervento sostitutivo diretto a garantire che la finalità cui essa è preordinata non sacrifichi l'unità e la coerenza dell'ordinamento. La previsione del potere sostitutivo fa dunque sistema con le norme costituzionali di allocazione delle competenze, assicurando comunque, nelle ipotesi patologiche, un intervento di organi centrali a tutela di interessi unitari. E tale sistema non potrebbe essere disarticolato, in applicazione della clausola di favore, nei confronti delle Regioni ad autonomia differenziata, dissociando il titolo di competenza dei meccanismi di garanzia ad esso immanenti".

E' quindi da respingere la tesi secondo cui i principi dell'art. 120 Cost. non sarebbero in astratto applicabili alle Regioni a Statuto speciale ⁽²⁵⁾. Al contrario deve concludersi che tale potere sostitutivo potrà trovare applicazione nei loro confronti, anche se il suo esercizio resterà comunque subordinato al concreto trasferimento delle funzioni ulteriori attratte dal nuovo Titolo V, da attuarsi secondo le procedure previste dall'art. 11 della l. n. 131 del 2003, ossia con norme di attuazione degli Statuti speciali adottate su proposta delle commissioni paritetiche. Ne consegue che, fino a quando tali norme di attuazione non saranno state approvate, la disciplina dell'art. 120, comma 2, Cost. resterà priva di efficacia, e non sarà idonea a produrre

(24) Per un commento si veda R. DICKMANN, *Note sul potere sostitutivo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, 2004, p. 20.

(25) Nello stesso senso Corte costituzionale, sentenza 14 novembre 2008, n. 371.

alcuna violazione delle loro attribuzioni costituzionali. Riguardo invece alle competenze già disciplinate dagli Statuti speciali, continueranno nel frattempo ad operare le specifiche tipologie di potere sostitutivo in essi (o nelle norme di attuazione) disciplinate.

Nella sentenza della Corte costituzionale n. 236 del 19 luglio 2004, emerge con chiarezza il ruolo che essa intende attribuire al potere sostitutivo previsto dall'art. 120, comma 2, Cost. La norma rappresenta una clausola di salvaguardia, posta a presidio di fondamentali esigenze di eguaglianza, sicurezza e legalità, che potrebbero essere pretermesse in danno della unità e della coerenza complessiva dell'ordinamento giuridico, nel caso in cui le Regioni e gli altri Enti locali non esercitino, ovvero esercitino in modo non conforme, le funzioni attribuite dalle norme costituzionali.

In questo senso, l'art. 120, comma 2, Cost. svolge la funzione di elemento unificante del sistema istituzionale delineato dopo la riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione⁽²⁶⁾. Nell'ambito di un ordinamento giuridico che valorizza le autonomie locali, attribuendo ad esse funzioni che appaiono rilevanti non solo sotto il profilo quantitativo, ma anche sotto il profilo qualitativo, vi sono comunque interessi che superano i confini delle singole Regioni, di fronte alla lesione dei quali lo Stato torna ad essere il soggetto responsabile nei confronti della generalità dei cittadini, e come tale legittimato ad intervenire anche in ambiti che non sono riservati alla sua competenza.

Ne consegue perciò che questa disposizione costituzionale è destinata ad assumere un ruolo centrale nei rapporti tra lo Stato e gli altri enti territoriali, le cui implicazioni non sono allo stato ancora del tutto percepibili.

(26) Il riferimento va a F. PIZZETTI, *L'evoluzione del sistema italiano fra "prove tecniche di governance" e nuovi elementi unificanti. Le interconnessioni con la riforma dell'Unione europea*, in www.giurcost.org. Analogamente P. VERONESI, *I principi in materia di raccordo Stato-Regioni dopo la riforma del Titolo V*, in *Le Regioni*, 2003, 6, p. 1007 ss., definisce i poteri sostitutivi come poteri "da ultima spiaggia", che chiudono idealmente la carrellata dei principi di raccordo tra lo Stato e le Regioni che si ricavano tra le pieghe del nuovo Titolo V, Parte II, della Costituzione.

2.2. Natura politica o giuridica del potere sostitutivo di cui all'art. 120, comma 2, Cost.

Un secondo profilo di carattere problematico riguarda la natura politica o giuridica dei poteri sostitutivi di cui all'art. 120 Cost. ⁽²⁷⁾.

La norma contiene almeno due riferimenti testuali che potrebbero essere adottati a sostegno di una interpretazione del potere sostitutivo in chiave politica, anziché in chiave giuridica. Viene in considerazione, innanzi tutto, il fatto che il potere di intervenire in via sostitutiva sia previsto non come obbligatorio, ma come meramente facoltativo (“il Governo può sostituirsi [...]”). In sostanza, di fronte al verificarsi di una delle fattispecie in presenza delle quali il Governo è autorizzato ad esercitare il potere in oggetto (“mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedano la tutela dell'incolumità giuridica ed economica e, in particolare, la tutela e i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”), esso avrebbe soltanto la facoltà, e non anche il dovere, di intervenire, sulla base di valutazioni che sono di ordine eminentemente politico ⁽²⁸⁾. Il Governo

(27) Sul punto si vedano le osservazioni di L. BUFFONI, *La metamorfosi della funzione di controllo nella Repubblica delle autonomie. Saggio critico sull'art. 120, comma 2, della Costituzione*, Torino, 2007, p. 223 ss.; C. MAINARDIS, *IL nuovo regionalismo italiano ed i poteri sostitutivi statali: una riforma con (poche) luci e (molte) ombre*, in *Le Regioni*, 2001, 6, p. 1384 ss.; C. MAINARDIS, *Art. 120 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione della Repubblica Italiana*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Torino, 2007, p. 2390; C. MAINARDIS, *Poteri sostitutivi statali* cit., p. 204 ss.; G. VERONESI, *Il regime dei poteri sostitutivi alla luce del nuovo art. 120, comma 2, della Costituzione*, in questa *Rivista*, 2002, 5, p. 737 ss.; A. PAPA, *Art. 8. Attuazione dell'art. 120 della Costituzione sul potere sostitutivo*, in AAVV, *Il nuovo ordinamento della Repubblica*, Milano, 2003, p. 542 ss.

(28) E' possibile indicare una pronuncia del T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 11 del 16 gennaio 2003, che ha preso esplicitamente posizione a favore di questa tesi. La società Omnitel Pronto Italia S.p.a. chiedeva al giudice amministrativo di accertare l'esistenza dei presupposti per l'intervento del Consiglio dei Ministri e del Ministro delle Comunicazioni nell'esercizio dei poteri sostitutivi di cui all'art. 120, comma 2, Cost. A questa richiesta, giudicata inammissibile, il T.A.R. ha risposto che “l'esercizio dei poteri sostitutivi previsti dall'art. 120, comma 2, Cost. attiene ad una scelta soggetta a valutazione squisitamente politica sulla quale alcun potere solleci-

potrebbe pertanto decidere di attivarsi, o anche di non attivarsi, e della sua decisione sarebbe politicamente responsabile soltanto di fronte al Parlamento.

Il secondo indizio a sostegno di questa interpretazione è individuabile nel riferimento agli organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni quali destinatari dell'esercizio del potere sostitutivo. Dal testo della norma costituzionale si evince che il potere sostitutivo si esplica non su atti o attività omesse da parte di organi degli Enti territoriali, ma sugli organi dei predetti Enti. In sostanza, questa sembrerebbe consentire al Governo, nell'esercizio di siffatto potere, di sostituirsi direttamente agli organi degli Enti territoriali, i quali verrebbero privati, sia pure temporaneamente, della titolarità dei loro uffici, ed estromessi dal complesso delle loro funzioni.

In passato, un autorevole studioso aveva osservato che, quando l'intervento sostitutivo era diretto nei confronti di organi degli Enti locali, assumeva il valore di un controllo di carattere politico prima ancora che giuridico⁽²⁹⁾. Ove si consideri ancora attuale siffatta osservazione e la si estenda ai rapporti tra lo Stato e gli altri Enti territoriali, si dovrà concludere che l'art. 120, comma 2, Cost., consentendo che la sostituzione si esplichi direttamente nei confronti degli organi di tali Enti, riservi "allo Stato una funzione non giuridica, bensì politica, e come tale sottratta a qualsivoglia controllo giurisdizionale, se non altro in ordine al contenuto dei provvedimenti adottati"⁽³⁰⁾.

La ricostruzione in chiave politica costituisce un importante argomento in favore di quelle tesi secondo cui l'art. 120, comma 2, Cost. legittimerebbe il Governo a sostituirsi alle Regioni

tatorio, neppure in via meramente astratta, può essere esercitato in sede giurisdizionale".

(29) F. BENVENUTI, *I controlli sostitutivi nei confronti dei Comuni e l'ordinamento regionale*, in *Rass. amm. Rep. it.*, 1956, p. 241 ss. L'Autore sosteneva che il potere sostitutivo può escludere la *legitimatio ad agendum* di un organo, ove sia diretta al compimento di singoli atti omessi dal sostituito; oppure può escludere la *legitimatio ad officium*, qualora abbia l'effetto di escludere la legittimazione di determinati soggetti ad essere titolari di un determinato ufficio, e ciò a prescindere dal carattere sanzionatorio o meno della misura.

(30) C. MAINARDIS, *Il nuovo regionalismo italiano*, cit. , p. 1369 ss.

non solo per i casi di mancato esercizio di funzioni amministrative, ma anche nel caso di mancato esercizio di funzioni legislative. Infatti, mentre la sostituzione amministrativa (tradizionalmente intesa) è funzione giuridica, la sostituzione legislativa ha natura politica.

Esistono comunque validi argomenti per confutare una ricostruzione del potere sostitutivo in chiave politica.

Quanto alla prima osservazione, vi è da considerare che l'esercizio dei poteri sostitutivi costituisce normalmente la reazione del Governo ad un inadempimento delle Regioni o di altri Enti locali, che non pongono in essere atti ed attività obbligatorie per legge. Non sembra convincente sostenere che, a fronte di un obbligo non adempiuto degli Enti sopra indicati, corrisponda una mera facoltà del Governo di intervenire in via sostitutiva, il quale resterebbe libero di decidere, nell'esercizio della propria discrezionalità politica, se compiere, o meno, l'atto o l'attività omessa. Questo equivarrebbe a dire che la medesima previsione, che è in grado di vincolare le Regioni e gli Enti locali al compimento di determinati atti ed attività, perda automaticamente tale qualità e smetta di vincolare il Governo nel momento in cui scattano i presupposti per l'esercizio del potere sostitutivo ⁽³¹⁾.

Inoltre, se si sostiene che il potere sostitutivo è potere politico, ne consegue che esso è inevitabilmente sottratto ad ogni forma di controllo diverso dal controllo politico del Parlamento sull'operato del Governo, nonché dal controllo della Corte costituzionale, diretto alla verifica del rispetto delle procedure disciplinate dalla legge di attuazione dell'art. 120, comma 2, Cost., e dei principi di sussidiarietà e di leale cooperazione. L'insindacabilità dell'intervento sostitutivo risulterebbe particolarmente problematica in tutti i casi in cui questo sia in grado di provocare una lesione della sfera giuridica dei privati cittadini, i quali non avrebbero a disposizione alcuno strumento per contestarlo davanti all'autorità giudiziaria (se non attraverso la

(31) Tale argomento non è condiviso da L. BUFFONI, *La metamorfosi della funzione di controllo*, cit., p. 235.

proposizione di una questione di costituzionalità in via incidentale)⁽³²⁾.

Quanto alla seconda osservazione, è possibile replicare che la Carta costituzionale contiene già un'altra disposizione che consente allo Stato di intervenire nei confronti degli organi regionali per disporre lo scioglimento o la rimozione, ove essi si siano resi responsabili di atti contrari alla Costituzione o di gravi violazioni di legge. L'art. 126 Cost. stabilisce infatti che "con decreto motivato del Presidente della Repubblica sono disposti lo scioglimento del Consiglio regionale e la rimozione del Presidente della Giunta che abbiano compiuto atti contrari alla Costituzione o gravi violazioni di legge". Ove anche l'art. 120, comma 2, Cost. fosse interpretato nel senso di consentire al Governo di intervenire direttamente sugli organi delle Regioni che non esercitano le funzioni ad essi attribuite, si affievolirebbe notevolmente la distinzione tra le due norme costituzionali, che finirebbero per svolgere compiti del tutto analoghi⁽³³⁾.

Da ultimo, l'interpretazione in chiave politica del potere sostitutivo sembra trovare un decisivo ostacolo testuale nell'art. 8, comma 1, della l. n. 131 del 2003, di attuazione dell'art. 120, comma 2, Cost. che, nel tentativo di dare attuazione a quanto stabilito dalla norma costituzionale, individua l'oggetto sul quale si esplica l'intervento sostitutivo del Governo nei "provvedimenti dovuti o necessari", omessi da parte delle Regioni e degli Enti locali, anziché direttamente nei loro organi⁽³⁴⁾.

(32) L'art. 31 del T.U. n. 1054 del 26 giugno 1924 stabilisce che "Il ricorso al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale non è ammesso se trattasi di atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico".

(33) In questo senso S. PAJNO, *I poteri sostitutivi nei confronti degli enti territoriali*, in *Il diritto dopo le riforme costituzionali. Parte generale*, a cura di G. CORSO, V. LOPILATO, 2006, Milano, p. 424.

(34) L'art. 8, comma 1, stabilisce che "[...] 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 i provvedimenti necessari, anche normativi, ovvero nomina un apposito commissario".

Sebbene l'art. 120, comma 2, della Costituzione contenga alcuni indizi che sembrano effettivamente in grado di orientare l'interprete nel senso di riconoscere al potere sostitutivo natura politica, detta interpretazione va incontro ad alcune obiezioni che appaiono allo stato difficilmente superabili. Resta perciò preferibile l'opzione interpretativa che considera siffatto potere come di natura giuridica.

2.3. Sostituzione legislativa o amministrativa?

2.3.1. L'estensione del potere sostitutivo di cui all'art. 120, comma 2, Cost.

Un terzo profilo problematico riguarda l'estensione del potere sostitutivo di cui all'art. 120, comma 2, Cost. Infatti, la norma in commento si presta astrattamente idonea a legittimare interventi del Governo finalizzati a porre rimedio non solo alle ipotesi di mancato o scorretto esercizio di funzioni amministrative, ma anche a quelle di mancato o scorretto esercizio di funzioni legislative.

E' evidente che il problema della estensione del potere sostitutivo riguarda esclusivamente gli interventi del Governo nei confronti delle Regioni, che sono titolari sia delle funzioni legislative nelle materie di cui all'art. 117, commi 3 e 4, Cost. sia delle funzioni amministrative, mentre non riguarda gli interventi nei confronti degli altri Enti territoriali che sono titolari esclusivamente delle funzioni amministrative di cui all'art. 118 Cost.

La dottrina non è concorde nel ritenere che l'art. 120, comma 2, preveda la sostituzione legislativa accanto a quella amministrativa ⁽³⁵⁾.

(35) La tesi che limita la possibilità dell'intervento sostitutivo del Governo alle funzioni amministrative è stata argomentata da C. MAINARDIS, *Il nuovo regionalismo italiano e i poteri sostitutivi statali: una riforma costituzionale con (poche) luci e (molte) ombre*, in *Le Regioni*, 2001, 6, p. 1357 ss.; ancora C. MAINARDIS, *Poteri sostitutivi statali*, cit., p. 170 ss.; G.U. RESCIGNO, *Attuazione delle direttive comunitarie e potere sostitutivo dello Stato*, in *Le Regioni*, 2002, 4, p. 735 ss.; S. MANGIAMELLI, *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, 2002, p. 150 ss.; R. TOSI, *La legge costitu-*

Tradizionalmente, la sostituzione amministrativa ricorre in tutti i casi in cui lo Stato assume un provvedimento amministrativo in luogo di una Regione che ha omesso di adottarlo. In questi casi, sia l'adozione del provvedimento amministrativo da parte della Regione, sia l'intervento in funzione sostitutiva da parte dello Stato sono atti obbligatori, essendo giuridicamente imposti dalla legge che attribuisce alla Regione la titolarità della funzione amministrativa, e prevede la sostituzione dello Stato per il caso di mancato esercizio di essa. L'obbligatorietà discende in entrambi i casi dalla sottoposizione dell'attività am-

zionale n. 3 del 2001: note sparse in tema di potestà legislativa ed amministrativa, in *Le Regioni*, 2001, 6, p. 1241 ss.; G. MARCHETTI, *Le autonomie locali tra Stato e Regioni*, Milano, 2002, p. 187 ss.; A. CORPACI, *Revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo*, in *Le Regioni*, 2001, 6, p. 1323 ss.; L. PRINCIPATO, *I diritti costituzionali e l'assetto delle fonti dopo la riforma dell'art. 117 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 2002, II, p. 1186 ss.; G. VERONESI, *Il regime dei poteri sostitutivi alla luce del nuovo art. 120, comma 2, della Costituzione*, in questa *Rivista*, 5, 2002, p. 742 ss.; G. SCACCIA, *Il potere di sostituzione in via normativa nella legge n. 131 del 2003*, in *Le Regioni*, 2004, 4, p. 683 ss.; F. BIONDI, *I poteri sostitutivi*, in N. ZANON, A. CONCARO, *L'incerto federalismo. Le competenze statali e regionali nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2005, p. 106 ss. Ammettono una sostituzione anche in via legislativa: M. LUCIANI, *Le nuove competenze legislative delle Regioni a Statuto ordinario. Prime osservazioni sui nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; E. GIANFRANCESCO, *Il potere sostitutivo*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI, *La Repubblica delle autonomie*, Torino, 2003, p. 239 ss.; C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.*, 2001, V, p. 194, ss.; G.M. SALERNO, *La disciplina legislativa dei poteri sostitutivi tra semplificazione e complessità ordinamentale*, in www.federalismi.it; F. GIUFFRÈ, *Note minime sui poteri sostitutivi e unità della Repubblica alla luce della recente legge n. 131 del 2003 (cd. Legge "La Loggia")*, in www.forumcostituzionale.it; D. PICCIONE, *Gli enigmatici orizzonti dei poteri sostitutivi del Governo: un tentativo di razionalizzazione*, in *Giur. cost.*, 2003, II, p. 1207 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, 6, p. 1229 ss.; A. PAPA, *Art. 8. Attuazione dell'art. 120 della Costituzione sul potere sostitutivo*, in AAVV, *Il nuovo ordinamento della Repubblica*, Milano, 2003, p. 542 ss.; G. MATUCCI, *Il potere sostitutivo in via legislativa e l'attuazione regionale delle direttive comunitarie dopo la riforma del Titolo V*, in E. BETTINELLI, F. RIGANO, *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, Atti del seminario di Pavia svoltosi il 6-7 giugno 2003, Torino, 2004, p. 475 ss.; G. FONTANA, *I poteri sostitutivi delle Regioni tra inevitabili forzature ed evitabili incoerenze* in *Giur. Cost.*, 2004, I, p. 609 ss.; S. PAJNO, *I poteri sostitutivi nei confronti degli enti territoriali*, in *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali. Parte generale*, a cura di G. CORSO, V. LOPILATO, Milano, 2006, p. 430 ss.

ministrativa al principio di legalità di cui all'art. 97 Cost.

La sostituzione legislativa⁽³⁶⁾ ricorre invece in tutti i casi in cui lo Stato adotta una legge o un altro atto avente forza di legge in luogo della Regione che non ha provveduto, o ha provveduto in maniera inadeguata (ad es. non ha adottato la disciplina di dettaglio ad integrazione della disciplina di principio posta dallo Stato). L'intervento dello Stato non è vincolato, e l'assenza di vincoli concerne non solo il quando e il come, ma anche l'*an*, essendo rimesso integralmente alla sua libera determinazione la scelta di agire o di non agire. Nel caso in cui la Regione non provveda, lo Stato (il Governo, il Parlamento) è libero di decidere se intervenire o meno in base a considerazioni che sono di carattere prevalentemente politico più che giuridico. E, laddove lo Stato (il Governo, il Parlamento) decida di non intervenire, non vi sono strumenti giuridici che possano obbligare quest'ultimo ad attivare la sostituzione.

Perciò, mentre la sostituzione amministrativa è funzione giuridica, la sostituzione legislativa è funzione politica. La diversa natura si riverbera ad es. sul regime delle responsabilità del soggetto che non adotta l'atto e di quello che interviene in sostituzione del medesimo, o sul regime di impugnabilità degli atti posti in essere.

Il problema si pone in quanto l'art. 120, comma 2, Cost. contiene elementi testuali che sembrano supportare piuttosto bene sia l'ipotesi della sostituzione legislativa, sia quella della sostituzione amministrativa⁽³⁷⁾.

(36) D. PICCIONE, preferisce alla locuzione "sostituzione legislativa" quella di "surrogazione normativa", alludendo con essa "*all'intervento dello Stato che, anche prescindendo da inerzia o da inadempimento della Regione, adotta un atto normativo invadendo una zona di competenza regionale in nome della cura di interessi infrazionabili. I due istituti agiscono in modo diverso sia sul piano della efficacia che su quello della validità degli atti posti in essere. Infatti, mentre la sostituzione è un rapporto interorganico che si sostanzia nell'esercizio di funzioni amministrative, con la surrogazione si pone in essere un atto normativo, incidendo dunque sul riparto di competenze tra Enti dotati di tale potestà*", in *Gli enigmatici orizzonti dei poteri sostitutivi del Governo: un tentativo di razionalizzazione*, cit., p. 1209.

(37) Il testo della legge costituzionale recante "Modifiche alla Parte II della Costituzione", pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 269 del 18 novembre 2005, e sottoposto a referendum confermativo con esito negativo in data 10 e 11 giugno 2006, sembrava

Coloro che sostengono che l'art. 120, comma 2, Cost. autorizzi il Governo a sostituirsi alle Regioni nell'esercizio delle funzioni legislative ad esse attribuite ai sensi dell'art. 117, commi 3 e 4, Cost. possono contare su alcuni argomenti piuttosto rilevanti.

Alcuni evidenziano la genericità del riferimento agli organi di Regioni ed Enti locali da sostituire, in quanto la norma sembrerebbe permettere interventi anche nei confronti dei Consigli regionali, titolari della funzione legislativa; altri insistono sul carattere meramente facoltativo e non obbligatorio della sostituzione attraverso il riferimento alla formula "Il Governo può sostituirsi", che sembrerebbe rimettere all'Esecutivo la decisione finale in ordine al "se" procedere, tipica della sostituzione legislativa in quanto funzione a carattere politico; altri, infine, sottolineano l'analogia esistente tra la formula dell'art. 120, comma 2, Cost. e quella dell'art 72, comma 2, del *Grundgesetz*, che reca la disciplina della cosiddetta *konkurrierende gesetzgebung*, la quale si riferisce chiaramente alla funzione legislativa⁽³⁸⁾.

Coloro che sostengono invece che l'art. 120, comma 2, Cost.

fornire elementi in grado di sciogliere alcuni dei nodi testuali contenuti nell'art. 120, comma 2, Cost. Esso attribuisce il potere in esame allo Stato anziché al Governo, al fine di eliminare alcuni degli ostacoli testuali che attualmente si oppongono al suo esercizio in ambito legislativo, e lo riferiva espressamente anche alle funzioni legislative. La norma di modifica del testo dell'art. 120, comma 2, stabiliva che "Lo Stato può sostituirsi alle Regioni, alle Città metropolitane, alle Province e ai Comuni nell'esercizio delle funzioni loro attribuite dagli artt. 117 e 118 nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria, oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica e dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali e nel rispetto dei principi di leale collaborazione e di sussidiarietà". Per un breve commento si veda S. MONZANI, *Il potere sostitutivo nell'ulteriore riforma costituzionale: una proposta migliorativa?*, in www.giustamm.it/private/new_2006/ART_2423.htm. I. NICOTRA, *Audizione parlamentare del 11 dicembre 2006 sullo stato di attuazione e sulle prospettive di riforma del Titolo V*, in www.federalismi.it, 25, 2006, p. 5 ss.

(38) Per un confronto tra le due fattispecie si veda: A. D'ATENA, *Poteri sostitutivi e konkurrierende Gesetzgebung*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it. Altri riferimenti sono in C. MAINARDIS, *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale*, Milano, 2007, p. 189 ss.

autorizzi il Governo a sostituirsi esclusivamente nel caso di mancato esercizio delle funzioni amministrative delle Regioni hanno a disposizione argomenti non meno convincenti.

Alcuni evidenziano il fatto che la titolarità del potere sostitutivo sia attribuita al Governo anziché allo Stato. Secondo costoro, tale scelta non è casuale in quanto, se si permettesse all'Esecutivo di adottare provvedimenti sostitutivi rispetto ad una legge regionale, si determinerebbe una rottura della Costituzione: non sembra infatti possibile che un organo non elettivo con competenze politico-amministrative possa intervenire sulle attività di organi elettivi con competenze politiche, quali sono i Consigli regionali.

Altri mettono in rilievo il fatto che l'art. 120, comma 2, Cost. individui i destinatari dell'intervento sostitutivo nelle Regioni, nelle Città metropolitane, nelle Province e nei Comuni, senza alcuna distinzione. Ed è chiaro che, almeno nei confronti degli Enti locali, è ammissibile soltanto una sostituzione di tipo amministrativo, visto che la funzione legislativa è riservata alle Regioni. Altri ancora evidenziano che i principi di sussidiarietà e di leale cooperazione, contenuti nella norma, cui è subordinato l'esercizio del potere sostitutivo, guidano anche l'allocazione delle funzioni amministrative ai sensi dell'art. 118 Cost. Appare infine decisivo il confronto con l'art. 117, comma 5, Cost. che disciplina una ipotesi di sostituzione legislativa per il caso di inadempimenti delle Regioni nell'attuazione e nell'esecuzione degli accordi internazionali e degli obblighi comunitari, ed individua nello Stato il titolare del potere sostitutivo ⁽³⁹⁾. Se si ammettesse l'estensione dell'art. 120, comma

(39) Critico nei riguardi di questa impostazione è P. VERONESI, *I principi in materia di raccordo Stato-Regioni dopo la riforma del Titolo V*, in *Le Regioni*, 2003, 6, p. 1053, secondo cui "non appare sostenibile – come avviene da più parti – che la limitazione dell'esercizio dei poteri sostitutivi alle sole funzioni amministrative sia ricavabile – a contrario – dell'art. 117, comma 5, il quale contemplerebbe la sostituzione legislativa solo in caso di inerzia regione in materia di attuazione ed esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'UE. In realtà, tale norma si limita a prevedere che, nelle ipotesi tassativamente indicate, una legge dello Stato disciplini le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza. Non è dunque escluso che tale legge attribuisca poteri sostitutivi al Governo, in analogia con quanto previsto all'art. 120". Nello stesso senso S. PAJNO, *I poteri sostitutivi nei confronti degli enti*

2, Cost. anche alle ipotesi di sostituzione legislativa, la norma risulterebbe in parte un doppione dell'art. 117, comma 5, Cost. ⁽⁴⁰⁾.

La Corte costituzionale, che pure è stata interpellata al fine di dare una risposta in merito ⁽⁴¹⁾, non si è ancora pronunciata espressamente sulla questione della estensione del potere sostitutivo del Governo anche sul piano legislativo. Dalla sua giurisprudenza si possono ricavare soltanto alcuni indizi, che però non consentono di dare una risposta precisa e definitiva al problema.

Nella sentenza n. 43 del 2004, la Corte costituzionale, riferendosi esplicitamente all'art. 120, comma 2, Cost., scrive che "la nuova norma deriva palesemente dalla preoccupazione di assicurare comunque, in un sistema di più largo decentramento di funzioni quale quello delineato dalla riforma, la possibilità di tutelare, anche al di là degli specifici ambiti delle materie coinvolte e del riparto costituzionale delle attribuzioni amministrative, taluni interessi essenziali [...] che il sistema costituzionale attribuisce alla responsabilità dello Stato. [...] La Costituzione ha voluto dunque che, a prescindere dal riparto delle competenze amministrative, come attuato dalle leggi statali e regionali nelle diverse materie, fosse sempre possibile un intervento sostitutivo del Governo per garantire tali interessi generali" ⁽⁴²⁾.

territoriali, in *Il diritto amministrativo dopo la riforme costituzionali*, a cura di G. GRECO, V. LOPILATO, 2006, p. 458 ss.

(40) Non sembra condivisibile l'ulteriore argomento sostenuto da R. DICKMANN, che spezza il nesso esistente tra la prima e la seconda parte dell'art. 120, comma 2, Cost., ed afferma che la norma autorizzi lo Stato ad adottare soltanto una legge di procedure che garantisca il rispetto dei principi di sussidiarietà e di leale cooperazione, in *Note sul potere sostitutivo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, p. 8.

(41) Si veda il ricorso proposto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri avverso la l.r. Toscana n. 2 del 2 gennaio 2002, definito con ordinanza n. 15 del 2003. La Corte costituzionale non prende posizione sulla questione neppure nella sentenza n. 240 del 19 luglio 2004, che aveva ad oggetto il d.l. n. 49 del 28 marzo 2003, il cui art. 10 aveva dato provvisoriamente attuazione alla riserva di legge contenuta nell'art. 120, comma 2, Cost. destinata a valere nell'ambito di una particolare materia (normativa interna di applicazione del prelievo supplementare nel settore lattiero-caseario).

(42) Nella sentenza n. 196 del 2004, in materia di condono edilizio, la Corte costituzionale, dopo aver dichiarato l'incostituzionalità delle disposizioni di dettaglio lesive

Implicitamente la Corte costituzionale sembrerebbe perciò ammettere che il potere sostitutivo operi soltanto sul piano delle funzioni amministrative.

In senso contrario, sembra porsi invece la sentenza della Corte costituzionale n. 236 del 2004, che riferendosi all'art. 120, comma 2, Cost. stabilisce che "La disposizione è posta a presidio di fondamentali esigenze di eguaglianza, sicurezza, legalità che il mancato o illegittimo esercizio delle competenze attribuite, nei precedenti artt. 117 e 118, agli enti sub-statali, potrebbe lasciare insoddisfatte o pregiudicare gravemente". Attraverso il riferimento agli artt. 117 e 118 Cost., la Corte costituzionale sembrerebbe intenzionata ad estendere l'ambito del potere sostitutivo anche alle funzioni legislative oltre a quelle amministrative.

In tutti i casi sopra descritti, si tratta di indicazioni non decisive, e comunque non idonee a far intuire il pensiero della Corte in quanto le sentenze sopra citate avevano ad oggetto questioni non strettamente inerenti alla natura del potere sostitutivo⁽⁴³⁾.

Anche l'art. 8 della l. n. 131 del 2003⁽⁴⁴⁾, che ha dato attua-

dell'autonomia legislativa della Regione, afferma che "nell'ipotesi limite che una Regione o una provincia autonoma non eserciti il proprio potere legislativo in materia nel termine massimo prescritto, a prescindere dalla considerazione se ciò costituisca, nel caso concreto, un'ipotesi di grave violazione della leale cooperazione che deve caratterizzare i rapporti fra Regione e Stato, non potrà che trovare applicazione la disciplina dell'art. 32 e dell'Allegato I del d.l. n. 269/2003, così come convertito in legge dalla legge n. 326/2003 (fatti salvi i nuovi termini per gli interessati)". Secondo F. BIONDI, se lo Stato avesse avuto la possibilità di esercitare il potere sostitutivo con atto legislativo, la Corte non avrebbe avuto bisogno di immaginare una riviviscenza di norme dichiarate incostituzionali, in *I poteri sostitutivi*, cit., p. 107.

(43) Nel caso della sentenza n. 43 del 2004 era in discussione l'ammissibilità di poteri sostitutivi delle Regioni nei confronti degli Enti locali, ulteriori rispetto a quelli previsti dall'art. 120, comma 2, Cost.; invece la sentenza n. 236 del 2004 aveva ad oggetto la possibilità di estendere il potere sostitutivo previsto dalla Costituzione anche alle Regioni a Statuto speciale e alle Province autonome di Trento e di Bolzano.

(44) Per un commento all'art. 8 si vedano: C. DI MARCO, *Sussidiarietà, federalismo, potere sostitutivo*, in AAVV, *L'attuazione del Titolo V della Costituzione. Atti del Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2005, p. 839 ss.; A. PAPA, *Art. 8. Attuazione dell'art. 120 della Costituzione sul potere sostitutivo*, in AAVV., *Il nuovo ordinamento della Repubblica*, Milano, 2003, p. 542 ss.; F. BIONDI, *I poteri sostitutivi*, in N. ZANON, A. CONCARO, *L'incerto federalismo. Le competenze*

zione alla riserva di legge contenuta nell'art. 120, comma 2, secondo paragrafo (che affida alla legge ordinaria dello Stato il compito di disciplinare il potere sostitutivo in modo che sia assicurato il rispetto dei principi di sussidiarietà e di leale cooperazione), non sembra dare una risposta definitiva sul punto. Anzi, se possibile, finisce con il complicare ulteriormente la questione attraverso una formulazione piuttosto ambigua.

L'art. 8, comma 1, stabilisce che “nei casi e per le finalità previsti dall'art. 120, secondo comma, 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 i provvedimenti necessari, anche normativi, ovvero nomina un apposito commissario. Alla riunione del Consiglio dei Ministri partecipa il Presidente della Giunta regionale della Regione interessata al provvedimento”⁽⁴⁵⁾.

La norma disciplina il procedimento secondo lo schema tipico della sostituzione amministrativa⁽⁴⁶⁾: assegnazione

statali e regionali nella giurisprudenza costituzionale, Milano, 2005, p. 106 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Art. 8. Attuazione dell'art. 120 sul potere sostitutivo*, in C. CITTADINO (a cura di), *Legge La Loggia*, Bologna, 2003, p. 172 ss.; C. MAINARDIS, *Il potere sostitutivo. Commento all'art. 8*, in G. FALCON (a cura di), *Stato, Regioni ed Enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, Bologna, 2003, p. 157 ss.

(45) L'art. 8, comma 4, della l. n. 131 del 2003 stabilisce inoltre 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, anche su iniziativa delle Regioni o degli Enti locali, adotta i provvedimenti necessari, che sono immediatamente comunicati alla Conferenza Stato-Regioni e alla Conferenza Stato-Città e autonomie locali, allargata ai rappresentanti delle Comunità montane che possono chiederne il riesame*”. La norma disciplina un procedimento d'urgenza che prevede la possibilità del Governo di adottare l'intervento sostitutivo senza dare preventiva informazione ai soggetti destinatari, ma prevedendo la facoltà delle Conferenze alle quali i provvedimenti sono comunicati di chiederne il riesame.

(46) Sul punto si veda Scaccia G., *Il potere di sostituzione in via normativa nella legge n. 131 del 2003*, in *Le Regioni*, 2004, 4, p. 885.

all'organo inadempiente di un congruo termine per adottare il provvedimento, inutile decorso del termine medesimo, audizione dell'organo interessato, adozione del provvedimento sostitutivo direttamente da parte del Consiglio dei Ministri, ovvero nomina di un commissario *ad acta* che provvede in sua vece. Si potrebbe perciò affermare che essa interpreti la sostituzione di cui all'art. 120, comma 2, Cost. come sostituzione amministrativa, e dia ad essa attuazione imponendo all'organo titolare del relativo potere il rispetto degli adempimenti che ne caratterizzano ordinariamente l'*iter* procedimentale.

Questa ricostruzione si scontra però con un evidente ostacolo testuale in quanto l'art. 8, nel definire i provvedimenti sostitutivi che il Governo è legittimato ad adottare, si riferisce ai "provvedimenti necessari, anche normativi". Sembra perciò che l'Esecutivo sia legittimato a porre in essere non solo provvedimenti amministrativi, ma anche atti normativi. La norma non chiarisce se questo debba limitarsi all'adozione di atti normativi di rango secondario (regolamenti) ovvero possa procedere anche con atti di rango primario (decreti legislativi o decreti legge). Essa lascia inoltre aperta la strada ad altre soluzioni interpretative (possibilità del Governo di esercitare l'iniziativa legislativa, adozione di ordinanze di necessità ed urgenza).

E' evidente che, così come è formulata, la norma sembrerebbe indirettamente in grado di legittimare la possibilità del Governo di sostituirsi alle Regioni, non solo nel caso di mancato esercizio di funzioni amministrative – nel qual caso è sufficiente l'adozione di provvedimenti amministrativi –, ma anche nel caso di mancato esercizio di funzioni legislative – nel qual caso è invece necessaria l'adozione di atti normativi (primari o – ma è controverso – secondari). Almeno in teoria, essa potrebbe perciò costituire una implicita conferma della estensione dell'art. 120, comma 2, Cost. anche alla sfera dei poteri legislativi delle Regioni.

2.3.2. *Gli atti con i quali può essere attuato l'intervento sostitutivo*

Un problema diverso, ma consequenziale a quello sopra affrontato, concerne le modalità attraverso le quali il Governo può disporre l'intervento sostitutivo nei confronti delle Regioni e degli altri Enti locali ai sensi dell'art. 120, comma 2, Cost.⁽⁴⁷⁾, e conseguentemente l'esatto significato da attribuire all'inciso "provvedimenti necessari, anche normativi", contenuto nell'art. 8, comma 1, della l. n. 131 del 2003.

Non può essere accolta la tesi secondo cui l'art. 120, comma 2, Cost. avrebbe implicitamente istituito ed attribuito al Governo una nuova fonte di rango primario, diversa dagli altri atti aventi forza di legge già previsti e disciplinati dalla Costituzione (decreti legge, decreti legislativi). Come è stato osservato⁽⁴⁸⁾, questa tesi si scontra con principi cardine del nostro ordinamento costituzionale, che affidano alla Costituzione il compito di individuare esplicitamente gli atti normativi di rango primario. Pertanto, ove si ammetta che il Governo possa esercitare i pote-

(47) Riferimenti al dibattito in corso sono reperibili in P. IOVINO, *Gli atti sostitutivi normativi: inquadramento nel sistema delle fonti*, in *Nuove autonomie*, 2003, 4-6, p. 943 ss.; S. GANCI, *La sostituzione legislativa: un'ipotesi di dubbia legittimità costituzionale*, in *Nuove autonomie*, 2003, 4-6, p. 945 ss.; F. BIONDI, *I poteri sostitutivi*, in N. ZANON, A. CONCARO, *L'incerto federalismo. Le competenze statali e regionali nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2005, p. 106 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Art. 8. Attuazione dell'art. 120 sul potere sostitutivo*, in C. CITTADINO (a cura di), *Legge La Loggia*, Bologna 2003, p. 172 ss.; C. MAINARDIS, *Il potere sostitutivo. Commento all'art. 8*, in G. FALCON (a cura di), *Stato, Regioni ed Enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, Bologna, 2003, p. 157 ss.; C. MAINARDIS, *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale*, Milano, 2007, p. 170 ss.; R. CAMELI, *Poteri sostitutivi del Governo ed autonomia costituzionale degli enti territoriali (in margine all'art. 120 Cost.)*, in *Giur. cost.*, 2004, V, p. 3395 ss.; G. SCACCIA, *Il potere di sostituzione in via normativa nella legge n. 131 del 2003*, in *Le Regioni*, 2004, 4, p. 883 ss.; A. PAPA, *Art. 8. Attuazione dell'art. 120 della Costituzione sul potere sostitutivo*, in AAVV, *Il nuovo ordinamento della Repubblica*, Milano, 2003, p. 542 ss.; D. PICCIONE, *Gli enigmatici orizzonti dei poteri sostitutivi del Governo: un tentativo di razionalizzazione*, in *Giur. cost.*, 2003, II, p. 1207 ss.; F. GIUFFRÈ, *Note minime sui poteri sostitutivi e unità della Repubblica alla luce della recente legge n. 131 del 2003 (cd. Legge "La Loggia")*, in www.forumcostituzionale.it.

(48) R. TOSI, *La legge costituzionale n. 3 del 2001: note sparse in tema di potestà legislativa ed amministrativa*, in *Le Regioni*, 2001, 6, p. 1242.

ri sostitutivi anche attraverso fonti primarie, queste andrebbero senz'altro ricondotte al novero di quelle che la Costituzione già prevede e disciplina: il decreto legislativo di cui all'art. 76 Cost. o, secondo ciò che sostiene la maggior parte degli interpreti, il decreto legge di cui all'art. 77 Cost.

Fatta questa premessa, è necessario verificare se il Governo possa effettivamente esercitare i poteri normativi di cui dispone attraverso atti aventi forza di legge.

Deve essere innanzitutto scartata la possibilità di fare ricorso al decreto legislativo. Infatti, in questo caso occorrerebbe che il Parlamento approvasse, anno per anno, una delega in bianco al Governo, suscettibile di coprire tutti i possibili casi di inadempimenti legislativi da parte delle Regioni, e tutti i possibili casi di urgenza nel provvedere che si dovessero verificare nel periodo considerato. Una legge di delega così configurata si esporrebbe a gravi indizi di illegittimità costituzionale. La definizione dei principi e dei criteri direttivi è infatti preclusa allo Stato nelle materie di potestà legislativa esclusiva delle Regioni *ex* art. 117, comma 4, Cost. Inoltre, l'oggetto della delega risulterebbe eccessivamente generico ed indefinito, in quanto dovrebbe abbracciare tutte le materie che appartengono alla potestà legislativa concorrente ed esclusiva delle Regioni ⁽⁴⁹⁾.

Coloro che ammettono la sostituzione legislativa reputano che essa possa avere luogo nelle forme del decreto legge di cui all'art. 77 Cost. Sennonché anche questa soluzione interpretativa va incontro ad obiezioni assai difficili da superare.

Innanzitutto, è esclusa in radice la possibilità che il Governo intervenga in via sostitutiva nei confronti degli Enti locali mediante decreto legge, in quanto appare uno strumento del tutto sproporzionato ⁽⁵⁰⁾ rispetto all'effetto da ottenere (rimediare all'inerzia o al cattivo esercizio da parte degli Enti locali delle

(49) E' stato inoltre rilevato che questa ipotesi rappresenta una forzatura sul piano sostanziale in quanto "rischia di incanalare i rapporti Stato-Regione in una direzione di continuo conflitto e di sottoposizione delle Regioni ad una persistente pressione da parte del livello statale di governo", in A. PAPA, *Art. 8*, cit., p. 547.

(50) L'art. 8, comma 5, della l. n. 131 del 2003 prevede espressamente che il Governo sia tenuto a rispettare il principio di proporzionalità tra mezzo prescelto per dar luogo all'intervento sostitutivo ed il fine perseguito.

funzioni amministrative ad essi attribuite dalle leggi statali e regionali), e priverebbe gli stessi della possibilità di tutelarsi nei confronti di tale atto ⁽⁵¹⁾. Inoltre, se si tiene conto del fatto che l'intervento sostitutivo è per suo natura provvisorio, e cessa di produrre effetti nel momento stesso in cui l'ente sostituito esercita la competenza di cui è titolare, non si capisce come gli Enti locali potrebbero, con propri atti amministrativi, recuperare competenze che sono state esercitate dal Governo attraverso atti legislativi.

Per quanto riguarda i rapporti tra lo Stato e le Regioni, il discorso è decisamente più complesso. Anche in questo ambito vi sono comunque validi argomenti per escludere che il Governo possa ricorrere allo strumento del decreto legge per esercitare il potere sostitutivo.

La prima considerazione è di ordine generale e riguarda la diversità di presupposti esistente tra la decretazione d'urgenza e il potere sostitutivo. Infatti, a norma dell'art. 77 Cost., in casi straordinari di necessità e di urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge. Invece, a norma dell'art. 120, comma 2, Cost., il Governo può sostituirsi agli organi delle Regioni a tutela di taluni interessi essenziali individuati dalla norma in commento. L'art. 120, comma 2, Cost. non menziona quali presupposti per l'esercizio dell'intervento sostitutivo la necessità e l'urgenza (se non indirettamente, nel caso di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica). Delle due l'una: o si ammette che il Governo possa esercitare il potere sostitutivo nei confronti delle Regioni con decreto legge soltanto ove ricorra un caso straordinario di necessità ed urgenza (ma, in tale caso, si introduce un limite alla possibilità di ricorrere a questo potere che non è previsto e disciplinato espressamente dalla Costituzione), oppure si consente che il Governo possa esercitare il potere sostitutivo mediante decreto legge, anche a prescindere dal verificarsi di un caso di necessità ed urgenza (ciò che sembra palesemente in

(51) Anche nel nuovo ordinamento costituzionale gli Enti locali non hanno accesso diretto alla Corte costituzionale per l'impugnazione degli atti dello Stato e delle Regioni.

contrasto con quanto è disposto dall'art. 77 Cost.)⁽⁵²⁾.

A quanto finora scritto si aggiungono anche altre considerazioni. L'art. 120, comma 2, è stato attuato dall'art. 8 della l. n. 131 del 2003, che ha dettato le procedure per l'esercizio dei poteri sostitutivi attribuiti al Governo. Entrambe le procedure disciplinate dall'art. 8, commi 1 e 4, individuano una serie di adempimenti che hanno la funzione di garantire il rispetto del principio di leale cooperazione tra lo Stato e le Regioni.

Nello specifico, la procedura prevista e disciplinata dall'art. 8, comma 1, della l. n. 131 del 2003, prevede la messa in mora dell'ente inadempiente, la fissazione di un termine entro il quale provvedere e l'audizione dell'organo interessato. Tale termine, che per legge deve essere "congruo", appare però del tutto incompatibile con il ricorso al decreto legge, che si giustifica solo sul presupposto che l'intervento sia assolutamente indifferibile⁽⁵³⁾.

Neppure la procedura descritta dall'art. 8, comma 4, della l. n. 131 del 2003, ricalca il modello dell'art. 77 Cost.: essa prevede una variante costituita dall'invio del provvedimento adottato alle Conferenze Stato-Regioni e Stato-Autonomie locali nei successivi quindici giorni, e dalla richiesta di riesame da parte di queste ultime.

La dottrina si è interrogata sul significato da attribuire alla richiesta di riesame del provvedimento da parte delle Conferenze. Sembra decisamente rischioso attribuire alla richiesta di riesame il potere di sospendere il decreto legge in funzione sostitutiva, perché in tal modo risulterebbero messi da parte i presupposti di necessità e di urgenza previsti dalla norma. È stato

(52) G.U. RESCIGNO, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Dir. pubbl.*, 2002, pp. 816-817, pur contrario alla sostituzione in via normativa sostiene che, a voler ammettere la possibilità di intervenire con decreto legge, si dovrebbero aggiungere ai presupposti dell'art. 77 Cost. quelli dell'art. 120 Cost. Il decreto legge in funzione sostitutiva sarebbe perciò caratterizzato da una doppia provvisorietà: "provvisorio in attesa della legge di conversione; provvisorio in attesa dell'esercizio da parte della Regione della competenza legislativa supplita".

(53) In particolare, la necessità di aspettare il decorso del termine assegnato all'ente inadempiente sembra assolutamente in contrasto con la necessità e l'urgenza di provvedere che caratterizzano il decreto legge.

ipotizzato invece che tale richiesta debba assumere la forma di una proposta di emendamento, anche di tipo puramente soppressivo, che il Governo sarebbe obbligato a presentare in sede di conversione del decreto legge. Si tratta di una soluzione interpretativa che ha la funzione di garantire alla richiesta di riesame da parte delle Conferenze un contenuto non meramente politico, ma anche giuridico. Infatti, si potrebbe sostenere che, qualora il Governo non presentasse l'emendamento, o le Camere non lo ponessero in decisione, la legge di conversione risulterebbe inevitabilmente viziata ed impugnabile davanti alla Corte costituzionale.

In sostanza, in entrambi i casi individuati dall'art. 8, commi 1 e 4, della l. n. 131 del 2003, la necessità del Governo di rispettare le norme di procedura ivi imposte conferirebbe un carattere evidentemente "atipico" ⁽⁵⁴⁾ ai decreti legge in funzione sostitutiva, che si troverebbero costretti a rispettare presupposti e requisiti ulteriori rispetto a quelli individuati dalla loro fonte istitutiva, l'art. 77 Cost.

Che una legge ordinaria possa introdurre aggravati procedurali per l'adozione delle fonti primarie, che sono istituite dalla Costituzione e trovano in essa la loro disciplina esclusiva, appare decisamente difficile da concepire, soprattutto se si pretende che tali presupposti e requisiti ulteriori siano addirittura vincolanti per il Governo ed il Parlamento, ed in grado di fungere da parametro di giudizio per valutare la legittimità costituzionale degli atti normativi adottati in funzione sostitutiva ⁽⁵⁵⁾.

L'unico caso in cui una norma di legge ordinaria può imporre ad un'altra legge, o, in questo caso, ad un decreto legge successivo il rispetto di presupposti e requisiti ulteriori rispetto a

(54) L'espressione è in A. D'ATENA, *Poteri sostitutivi e konkurrierende gesetzgebung*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

(55) Nel nostro ordinamento giuridico vale il principio per cui solo fonti di rango costituzionale possono disciplinare il procedimento di formazione di fonti di rango primario. Da qui si ricava anche il principio di tipicità delle fonti di rango primario e dei loro meccanismi di formazione. Ne consegue che, ove una legge preveda il rispetto di un particolare procedimento per l'adozione di un'altra legge, l'operatività del principio della *lex posterior* farebbe sì che quest'ultima non sia comunque tenuta a rispettarli.

quelli indicati dalla Costituzione, ricorre nel caso in cui vi sia un'autorizzazione costituzionale, anche implicita, in tale senso⁽⁵⁶⁾.

A tale proposito, l'art. 120, comma 2, Cost. affida ad una legge di procedure la disciplina l'esercizio del potere sostitutivo da parte del Governo in modo che sia rispettato il principio di leale cooperazione. Poiché i presupposti e i requisiti fissati dall'art. 8, commi 1 e 4, sono funzionali al rispetto da parte dello Stato di tale principio nei confronti delle Regioni, essi sarebbero in grado di vincolare perciò il Governo nel momento in cui esercita i poteri sostitutivi, condizionando la legittimità degli atti adottati.

Quanto detto vale sicuramente per le fonti di rango secondario e per i provvedimenti amministrativi che sono adottati secondo la procedura ivi descritta. Per quanto riguarda invece i decreti legge in funzione sostitutiva, è necessario invece domandarsi se l'art. 120, comma 2, Cost. contenga un'autorizzazione implicita in favore della legge ordinaria al fine di consentire ad essa di integrare il disposto dell'art. 77 Cost., e, in definitiva, se, attraverso il rinvio all'art. 8 della l. n. 131 del 2003, l'art. 120, comma 2, Cost. abbia innovato il procedimento descritto dall'art. 77 Cost., almeno in relazione al caso dei decreti legge con funzione sostitutiva.

A ben vedere, l'art. 120, comma 2, Cost. non sembra fornire sufficienti appigli testuali in favore di questa soluzione. Come si è visto, il ragionamento che porterebbe ad ammettere l'integrazione dell'art. 77 Cost. attraverso norme di legge ordinaria è complesso e, in definitiva, privo di riscontri oggettivi. Esso determinerebbe inoltre una pericolosa forzatura delle disposizioni costituzionali. Come è stato efficacemente osservato in proposito, "l'ancoraggio al testo scritto, seppure non sufficiente nell'interpretazione di gran parte della Costituzione, appare ancora, laddove possibile, un baluardo di garanzia ed un limite importante all'attività ermeneutica degli interpreti e an-

(56) V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, p. 126.

che del legislatore ordinario”⁽⁵⁷⁾.

Alla luce di queste considerazioni, risulta estremamente difficile ammettere che il Governo possa ricorrere ai decreti legge per esercitare il potere sostitutivo di cui all’art. 120, comma 2, Cost., senza entrare in contrasto con quanto è stabilito dall’art. 77 Cost.

Per concludere su questo punto, sembra opportuno riprendere le osservazioni formulate da un autore⁽⁵⁸⁾, secondo cui “in presenza di una disposizione che, per il suo tenore letterale si presta ad accreditare con pari forza persuasiva soluzioni interpretative così diverse, dovrebbe risultare decisiva la considerazione di ordine sistematico, che allorquando la Costituzione ha conferito poteri normativi primari al Governo, ha sempre ribadito con massima enfasi la natura eccezionale del conferimento. La negazione con cui si aprono gli artt. 76 e 77 non è frutto di mero accidente e suggerisce, anzi impone di interpretare le norme costituzionali attributive di poteri normativi al Governo nel senso conforme alla regola secondo la quale esso non è abilitato ad esercitare funzioni di rango legislativo se non in presenza di una espressa inequivoca autorizzazione costituzionale. Un’autorizzazione che non è certo rinvenibile *ictu oculi* nell’art. 120, secondo comma, della Costituzione”.

E’ pertanto da escludersi che, in forza dell’art. 120, comma 2, Cost., il Governo possa esercitare i poteri sostitutivi mediante decreti legislativi o mediante decreti legge nei confronti delle Regioni che non adoperano le competenze legislative ad esse attribuite dalla Costituzione⁽⁵⁹⁾. La teorica impossibilità per il

(57) C. MAINARDIS, *Il potere sostitutivo. Commento all’art. 8*, in G. FALCON (a cura di), *Stato, Regioni ed Enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, Bologna, 2003, p. 160-161.

(58) G. SCACCIA, *Il potere di sostituzione in via normativa nella legge n. 131 del 2003*, cit., pp. 892-893.

(59) Accanto ad argomenti di ordine giuridico, coloro che escludono la possibilità che il Governo possa esercitare il potere sostitutivo anche attraverso decreti legge o decreti legislativi hanno a disposizione anche altri argomenti di rilievo. E’ stato detto che l’utilizzazione di una fonte di rango primario, in mancanza di stabili strumenti parlamentari di raccordo e di cooperazione tra lo Stato, le Regioni e gli altri Enti locali nel procedimento di formazione di essa, ed in assenza di una esplicita clausola di cedevolezza della legislazione sostitutiva dello Stato, che operi nel momento in cui

Governo di ricorrere agli atti attraverso i quali esso esercita tradizionalmente il potere legislativo per disporre gli interventi sostitutivi, è un argomento di notevole spessore a disposizione di quella parte della dottrina che esclude che l'art. 120, comma 2, Cost. preveda la sostituzione legislativa accanto a quella amministrativa⁽⁶⁰⁾.

Resta comunque aperto il problema posto dal significato da

vengono meno i presupposti per l'esercizio del potere di cui all'art. 120, comma 2, rischierebbe di favorire veri e propri scorrimenti di competenze verso lo Stato, al di là di quella che è la *ratio* del potere sostitutivo. Attraverso il potere sostitutivo, lo Stato potrebbe in definitiva riappropriarsi di competenze che il nuovo Titolo V, Parte II, della Costituzione ha sottratto ad esso per affidarle alle Regioni. Cfr. F. GIUFFRÈ, *Note minime sui poteri sostitutivi e unità della Repubblica alla luce della recente legge n. 131 del 2003 (cd. Legge "La Loggia")*, in www.forumcostituzionale.it.

(60) Una soluzione che ha trovato soltanto alcuni echi in dottrina è quella che riserva al Governo l'iniziativa legislativa in ordine all'approvazione di leggi in via sostitutiva. Cfr. M. PICCHI, *L'amministrazione regionale*, Milano, 2005, p. 549.

Per la verità, le leggi finanziarie, a partire dalla l. n. 311 del 30 dicembre 2004, sembrerebbero ammettere una fattispecie di esercizio del potere legislativo a titolo sostitutivo nei confronti delle Regioni che non provvedono a ripianare il disavanzo di gestione del Servizio sanitario regionale. L'adozione degli interventi sostitutivi non è affidata al Governo, ma a commissari *ad acta* individuati nei Presidenti delle Regioni interessate.

La questione è stata oggetto di recenti approfondimenti da parte della dottrina (E. JORIO, *Prime osservazioni sull'esercizio del potere legislativo da parte dei commissari ad acta*, in www.federalismi.it, 13, 2008 e R. DICKMANN, *Sull'esercizio del "potere legislativo" a titolo sostitutivo da parte dei commissari ad acta*, in www.federalismi.it, 14, 2008). Essa è stata inoltre sfiorata da una recente sentenza della Corte costituzionale (sentenza 14 giugno 2007, n. 193).

La dottrina si è interrogata soprattutto sulla natura giuridica dei provvedimenti adottati dai Presidenti delle Regioni nella loro qualità di commissari *ad acta*. Essendo chiamati ad approvare il bilancio di esercizio consolidato del Servizio sanitario regionale al fine di determinare il disavanzo di gestione e ad adottare i necessari provvedimenti per il suo ripianamento (inclusi gli aumenti dell'addizionale all'imposta sul reddito delle persone fisiche e le maggiorazioni dell'aliquota dell'imposta regionale sulle attività produttive, da adottarsi ordinariamente con leggi regionali), una parte della dottrina ha sostenuto che i Presidenti delle Regioni, in qualità di commissari *ad acta*, sia chiamati ad esercitare competenze sostanzialmente legislative, con evidenti dubbi di legittimità costituzionale. Altra dottrina ha invece ribadito che i Presidenti delle Regioni operano esclusivamente nell'ambito delle competenze ad essi spettanti in base alla Costituzione e agli Statuti regionali. I Presidenti delle Regioni possono pertanto attivarsi affinché i Consigli regionali (titolari del potere legislativo) provvedano tempestivamente ad approvare l'addizionale sull'IRPEF e la maggiorazione sull'IRAP, ma non possono provvedere direttamente ad adottare tali provvedimenti (si veda sul punto R. DICKMANN, *Sull'esercizio del "potere legislativo"*, cit.).

attribuire all'inciso "provvedimenti necessari, anche normativi" contenuto nell'art. 8, comma 1, della l. n. 131 del 2003.

In linea di principio, coloro che si dichiarano favorevoli alla sostituzione legislativa sostengono che il riferimento contenuto nell'art. 8 potrebbe intendersi rivolto ai regolamenti governativi. Sennonché una simile interpretazione avrebbe come effetto quello di ammettere che una disciplina regolamentare statale possa coprire uno spazio che avrebbe dovuto essere occupato da una disciplina legislativa regionale. Se questa soluzione non sembra creare grossi problemi nel caso in cui le Regioni non abbiano esercitato affatto le loro competenze legislative, essa sembra inaccettabile nel caso in cui le Regioni siano invece intervenute con proprie leggi, che il Governo giudichi non idonee ad apprestare una tutela adeguata agli interessi essenziali di cui all'art. 120, comma 2, Cost. Percorrendo questa strada si dovrebbe infatti ammettere che i regolamenti statali possano sostituirsi alle leggi regionali in vigore, in evidente contrasto con i principi che regolano i rapporti tra le fonti del diritto.

Un'altra parte della dottrina⁽⁶¹⁾, che pure legge il riferimento ai provvedimenti normativi come rivolto ai regolamenti governativi, sembra invece propensa ad ammettere che l'art. 120, comma 2, Cost. disciplini esclusivamente un caso di sostituzione amministrativa. Secondo questa tesi, i regolamenti governativi non potrebbero sostituirsi alle leggi regionali, ma potrebbero invece sostituirsi ai regolamenti delle Regioni e degli altri Enti locali, dando luogo ad una sostituzione normativa non legislativa⁽⁶²⁾. Anche questa interpretazione non è però unanimemente condivisa.

In senso contrario, si sostiene che l'attribuzione della potestà regolamentare sostitutiva al Governo sarebbe in contrasto con

(61) Si veda ad es. F. BIONDI, *I poteri sostitutivi*, in N. ZANON, A. CONCARO, *L'incerto federalismo. Le competenze statali e regionali nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2005, pp. 123-124; R. CAMELI, *Poteri sostitutivi del Governo ed autonomia costituzionale degli enti territoriali (in margine all'art. 120 Cost.)*, in *Giur. cost.*, 2004, V, p. 3397.

(62) Sulla possibilità di esercitare il potere sostitutivo tramite regolamenti del Governo si veda F.S. MARINI, *Il nuovo Titolo V: l'epilogo delle garanzie costituzionali sull'allocazione delle funzioni amministrative*, in *Le Regioni*, 2002, 2-3, p. 405 ss.

quanto è stabilito dall'art. 117, comma 6, Cost., che vieta allo Stato di intervenire con fonti di rango secondario nelle materie che appartengono alla potestà legislativa esclusiva o concorrente delle Regioni.

Non varrebbe affermare a sostegno di questa soluzione che l'art. 120, comma 2, Cost. avrebbe implicitamente introdotto una deroga all'ordine delle competenze regionali stabilite dall'art. 117, comma 6, Cost. Infatti, in presenza di una norma che ripartisce chiaramente la potestà regolamentare tra lo Stato, le Regioni e gli altri Enti locali, sembrerebbe potersi affermare che eventuali eccezioni alla regola generale debbano essere introdotte in modo altrettanto esplicito da parte della stessa o di un'altra norma costituzionale. Ugualmente non sarebbe sufficiente sostenere che nel concetto di sostituzione, legislativa o amministrativa, sia insita la possibilità di un travalicamento da parte dell'ente che sostituisce delle competenze dell'ente sostituito, sia pure per un periodo limitato di tempo, se l'effetto che ne deriva è comunque quello di derogare a quanto stabilito da una norma costituzionale.

In definitiva, alla luce di queste considerazioni sembrerebbe che il potere sostitutivo del Governo non possa esprimersi né attraverso fonti di rango primario, né attraverso regolamenti governativi. Esso si manifesta esclusivamente attraverso provvedimenti amministrativi, dando luogo ad una sostituzione soltanto amministrativa.

La conseguenza logica di questo ragionamento è che l'art. 8 della l. n. 131 del 2003, nel momento in cui sembra consentire deroghe alla disciplina delle fonti primarie (nel caso di sostituzione attuata con decreti legge) o alla ripartizione costituzionale delle competenze dello Stato e delle Regioni (nel caso di sostituzione attuata con regolamenti), potrebbe essere costituzionalmente illegittimo, o comunque bisognoso di un fondamento costituzionale più saldo di quello attualmente offerto dall'art. 120, comma 2, Cost.

Una soluzione possibile per estendere l'ambito di applicazione dell'art. 120, comma 2, Cost. fino a comprendere la sostituzione normativa (anche di tipo legislativo) accanto alla so-

stituzione amministrativa, potrebbe essere quella di fare ricorso alle ordinanze di necessità ed urgenza⁽⁶³⁾.

Secondo l'insegnamento tradizionale della giurisprudenza della Corte costituzionale⁽⁶⁴⁾ e della migliore dottrina⁽⁶⁵⁾, le ordinanze di necessità ed urgenza consistono in una particolare categoria di ordini che talune autorità amministrative sono autorizzate ad emanare sul presupposto della necessità e dell'urgenza, con un contenuto che può essere di volta in volta adattato alle circostanze. Le ordinanze in questione andrebbero inquadrare nel novero degli atti amministrativi, in quanto esse non sarebbero in grado di operare una stabile modificazione dell'ordinamento giuridico, ma sarebbero comunque abilitate a derogare le leggi e gli altri atti aventi forza di legge⁽⁶⁶⁾, in ragione della necessità di fare fronte a situazioni non previste, né prevedibili⁽⁶⁷⁾. Esse non abrogano, né modificano la disciplina

(63) V. CERULLI IRELLI, *Art. 8. Attuazione dell'art. 120 sul potere sostitutivo*, in C. CITTADINO (a cura di), *Legge La Loggia*, Bologna 2003, p. 172 ss.

(64) Corte cost., sentenza n. 8 del 1956 e sentenza n. 26 del 1961.

(65) G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità ed urgenza*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1965, p. 93 ss.; A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, I, p. 56 ss.; F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*. Tomo I, Milano, 2005, p. 176 ss.

(66) Secondo la dottrina tradizionale, il potere di ordinanza è soggetto ad una serie di limiti. Innanzi tutto, le ordinanze di necessità ed urgenza sono tenute a rispettare la Costituzione e le altre leggi costituzionali. Da qui ovviamente deriva l'impossibilità di emanare ordinanze in campi coperti da riserva assoluta di legge, che altrimenti risulterebbe violata. Le ordinanze sono inoltre tenute a rispettare i principi generali dell'ordinamento giuridico: tale limite ha la funzione di evitare che le ordinanze possano avere un contenuto abnorme o comunque contrario alle regole della convivenza civile. Nelle materie coperte da riserva relativa, la legge che disciplina il potere di ordinanza deve predeterminare le modalità e i criteri generali di esercizio dello stesso. Nelle materie non coperte da riserva di legge, il potere di ordinanza può svolgersi liberamente: è perciò possibile esercitare il relativo potere non solo *praeter legem*, ma anche *contra legem*, ossia in contrasto con la disciplina vigente in una determinata materia. Questo si spiega in ragione del fatto che l'ordinanza assume carattere derogatorio e non abrogativo: essa non pone nel nulla né modifica la disciplina in vigore, ma sospende, per taluni casi, l'applicazione di essa. Ne consegue che, una volta venuta meno l'ordinanza, le disposizioni derogate riacquistano automaticamente una piena efficacia precettiva.

(67) In dottrina sono sorti contrasti sul carattere normativo delle ordinanze di necessità ed urgenza, sulla portata del fenomeno derogatorio sulla legislazione ordinaria e, in definitiva, sul fatto che esse abbiano o meno forza di legge. Coloro che sostengono

vigente, ma sospendono temporaneamente e per taluni casi la sua applicazione. Ne consegue che, una volta venuti meno i presupposti che giustificano il ricorso al potere di ordinanza, le disposizioni derogate acquistano piena efficacia precettiva.

E' stato perciò osservato che le ordinanze di necessità ed urgenza potrebbero essere utilizzate dal Governo quali strumenti per intervenire nei confronti delle Regioni per il caso in cui il mancato esercizio delle funzioni legislative ad esse attribuite pregiudichi gli interessi essenziali tutelati dall'art. 120, comma 2, Cost. ⁽⁶⁸⁾.

Ai nostri fini rileva, in particolare, quanto è stabilito dalla l. n. 225 del 24 febbraio 1992 ("istituzione del servizio nazionale in materia di protezione civile"), il cui art. 5 prevede il potere dello Stato di intervenire nel caso in cui si verifichi uno degli eventi di natura straordinaria di cui all'art. 2, comma 1, lett. c). La norma in commento disciplina il potere del Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente del Consiglio ovvero, per sua delega, del Ministro per il coordinamento della protezione civile di deliberare e di revocare lo stato di emergenza, determinandone durata ed estensione territoriale in stretto riferimento alla qualità ed alla natura degli eventi. L'esercizio di questo potere deve avvenire d'intesa con le Regioni interessate. Per l'attuazione degli interventi di emergenza possono essere adottate – anche da parte dei commissari delegati – ordinanze, in deroga ad ogni disposizione vigente, anche di rango legislativo,

la tesi affermativa (A.M. SANDULLI, *Fonti del diritto*, in *Noviss. Dig.it.*, VII, Torino, 1963, p. 350) osservano che le disposizioni in deroga innovano, sia pure per tempi e per casi circoscritti, la disciplina vigente: le ordinanze avrebbero perciò la forza di legge, ma non ne avrebbero il valore. Non sarebbero perciò soggette al sindacato della Corte costituzionale, ma a quello del giudice amministrativo. Chi sostiene la tesi negativa (G.U. RESCIGNO, *Ordinanze*, cit., p. 94) afferma che hanno forza di legge soltanto quegli atti che hanno la possibilità di modificare definitivamente la disciplina vigente, e non anche quelli che sono soltanto abilitati a derogarvi. In questa sede, si accoglie evidentemente la prima delle due interpretazioni sopra proposte, riconoscendo alle ordinanze la forza di legge, che le caratterizzerebbe sia nel caso in cui esse derogano alla legge in termine generali e astratti, sia in termini particolari e concreti.

(68) F. GIUFFRÈ, *Note minime su poteri sostitutivi ed unità della Repubblica alla luce della recente legge n. 131 del 2003 (cd. legge "La Loggia")*, in www.forumcostituzionale.it.

e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico⁽⁶⁹⁾.

La Corte costituzionale si è occupata spesso di questo tema, sforzandosi di precisare presupposti e requisiti del potere statale⁽⁷⁰⁾. Essa ha statuito che il verificarsi di una situazione di emergenza legittima lo Stato ad esercitare i poteri di ordinanza, ma non può giustificare un sacrificio illimitato dell'autonomia regionale⁽⁷¹⁾. La salvaguardia delle attribuzioni legislative regionali deve essere garantita attraverso la configurazione di un potere di ordinanza, eccezionalmente autorizzato, ben definito nel contenuto, nei tempi e nelle modalità di esercizio.

La legge n. 225 del 1992 sembra rispondere a queste esigenze, poiché circoscrive il potere di ordinanza senza compromettere il nucleo essenziale delle attribuzioni regionali, attraverso il riconoscimento di un nesso di adeguatezza e proporzionalità tra le misure adottate e la qualità e natura degli eventi, la previsione di adeguate forme di leale collaborazione e concertazione nella fase di attuazione e organizzazione delle attività di protezione civile, nonché la fissazione di precisi limiti, di tempo e di contenuto, all'attività del commissario delegato.

Fino a quando dura lo stato di emergenza dichiarato dallo Stato ai sensi dell'art. 5 della l. n. 225 del 1992, le Regioni non possono sospendere con proprie leggi l'efficacia dei provvedimenti di necessità ed urgenza adottati dal commissario delegato. Ove tali provvedimenti non dovessero rispettare i suddetti

(69) Secondo F. GIUFFRÈ, *Note minime*, cit., la disciplina della l. n. 225 del 1992 avrebbe trovato copertura costituzionale proprio a seguito della modifica dell'art. 120 Cost. ad opera della l.c. n. 3 del 2001.

(70) Si veda da ultimo Corte costituzionale, n. 284 del 14 luglio 2006. Per un commento si veda F. MARONE, *Temporaneità dei poteri d'urgenza e competenze regionali. Nota a Corte costituzionale 14 luglio 2006, n. 284*, in www.giustamm.it, 2007, 7.

(71) Nello stesso senso si pone anche la sentenza della Corte costituzionale n. 39 del 2003, ove ha scritto che *“va premesso che situazioni di emergenza, specialmente connesse a calamità naturali, che reclamano la massima concentrazione di energie umane e di mezzi materiali, possono anche giustificare, secondo la costante giurisprudenza costituzionale, interventi statali straordinari suscettibili di arrecare compressioni alla sfera di autonomia regionale. [...] L'emergenza tuttavia non legittima di per sé – [...] – il sacrificio illimitato dell'autonomia regionale e quindi l'esercizio del previsto potere d'ordinanza deve risultare circoscritto in modo tale da non compromettere il nucleo essenziale delle attribuzioni regionali”*

limiti sostanziali e procedurali posti a presidio delle attribuzioni regionali costituzionalmente garantite, essi potrebbero essere contestati dalla Regione nelle competenti sedi giudiziarie, in ragione della loro natura amministrativa.

A favore della possibilità di utilizzare le ordinanze di necessità ed urgenza quali strumenti per esercitare il potere sostitutivo ove, in presenza di una situazione di emergenza, le Regioni restino inerti e non esercitino le funzioni legislative ad esse attribuite, sono stati offerti alcuni argomenti di un certo rilievo.

È stato evidenziato che il potere di ordinanza deve essere esercitato nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità da una parte, e di leale cooperazione dall'altra, ai quali è soggetto anche l'esercizio del potere sostitutivo. È stato inoltre osservato che il commissario delegato dal Governo per esercitare il potere di ordinanza può essere un organo della Regione o dell'ente locale sul quale si interviene, garantendo il rispetto del principio di sussidiarietà imposto dall'art. 120, comma 2, Cost.; è stato notato, infine, che le ordinanze di necessità ed urgenza hanno carattere meramente derogatorio della legislazione vigente ed, in questo senso, consentirebbero di soddisfare il carattere della provvisorietà che è insito in qualsiasi intervento sostitutivo, poiché un successivo atto legislativo della Regione dovrebbe essere sufficiente a superarle, senza ulteriori ingerenze del livello statale ⁽⁷²⁾.

Ai fini della ammissibilità di una sostituzione legislativa accanto a quella amministrativa, la ricostruzione sopra proposta, che valorizza il ricorso alle ordinanze di necessità ed urgenza quali strumenti per esercitare il potere sostitutivo, non appare pienamente soddisfacente.

Potere di ordinanza e potere sostitutivo hanno alcune rilevanti caratteristiche in comune – che sono state sopra evidenziate – ma non sono pienamente sovrapponibili.

In particolare, per quanto sia possibile dilatarlo, il ricorso da parte del Governo alle ordinanze di necessità ed urgenza di cui

(72) F. GIUFFRÈ, *Note minime su poteri sostitutivi*, cit., in www.forumcostituzionale.it.

alla legge n. 225 del 1992 copre soltanto alcune delle situazioni nelle quali può essere necessario un intervento in sostituzione delle Regioni ai sensi dell'art. 120, comma 2, Cost.:

Vi è da considerare, infatti, che il potere di ordinanza non richiede necessariamente un inadempimento o un inesatto adempimento da parte delle Regioni nelle funzioni legislative ad esse attribuite, alle quali lo Stato si sostituisce. Esso presuppone invece il verificarsi di una situazione imprevedibile e straordinaria, che può non avere un soggetto responsabile, che con il suo comportamento commissivo o omissivo abbia contribuito a determinarla (si pensi ad una calamità naturale), ma tutt'al più un soggetto abilitato ad intervenire per fare fronte ad essa. Invece, il potere sostitutivo non presuppone necessariamente il verificarsi di una situazione di emergenza, quanto piuttosto il mancato esercizio di funzioni che la Costituzione attribuisce alle Regioni, che determina l'attivazione di un intervento di rimedio da parte dello Stato, per la tutela di interessi essenziali che verrebbero altrimenti pretermessi.

A conferma della differenza esistente tra le due fattispecie, dopo la modifica del Titolo V, Parte II, della Costituzione, la stessa Corte costituzionale non ha mai ritenuto di fondare il potere di ordinanza dello Stato sull'art. 120, comma 2, Cost.: ad es. nel caso delle ordinanze di cui all'art. 5 della l. n. 225 del 1992 esaminato in questa sede, essa ha preferito utilizzare quale parametro di giudizio l'art. 117, comma 3, che prevede la potestà legislativa concorrente in materia di "protezione civile"⁽⁷³⁾.

Per concludere sul punto, sembrerebbe che la sostituzione del Governo nei confronti delle Regioni che non esercitano le attività legislative di cui all'art. 117, commi 3 e 4, pur non essendo astrattamente inammissibile in ragione dell'ambiguità del disposto dell'art. 120, comma 2, Cost., sia nella pratica difficilmente attuabile, poiché essa si scontra con numerosi dubbi e perplessità sull'uso degli strumenti che possono essere impie-

(73) Cfr. Corte Cost., n. 214 del 2005, n. 321 del 2005, n. 32 del 2006, n. 82 del 2006, n. 129 del 2006 e n. 284 del 2006. Si vedano sul punto le osservazioni di G. RAZZANO, *Le ordinanze di necessità e di urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2008, pp. 8-9.

gati: nessuno degli atti sopra esaminati (decreti legge, decreti legislativi, regolamenti, ordinanze di necessità ed urgenza) sembra andare del tutto esente da problemi, anche di costituzionalità, nel momento in cui se ne propone l'uso per veicolare interventi di tipo sostitutivo nei confronti delle Regioni.

2.3.3. I casi nei quali può essere attuato l'intervento sostitutivo

Un argomento ulteriore per escludere che l'art. 120, comma 2, Cost. preveda, accanto alla sostituzione amministrativa, anche la sostituzione legislativa del Governo nei confronti delle Regioni, sembra ricavabile indirettamente attraverso l'esame dei casi nei quali il potere sostitutivo può essere effettivamente esercitato.

La norma in commento prevede tre ipotesi fondamentali: mancato rispetto di norme e di trattati internazionali e della normativa comunitaria; pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica; tutela dell'unità giuridica e dell'unità economica e, in particolare, tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali.

Le tre ipotesi contemplate dall'art. 120, comma 2, Cost., formulate peraltro in termini piuttosto generici ed indefiniti, sembrano alludere ad emergenze costituzionali di particolare gravità, che richiedono un intervento del Governo a garanzia di interessi essenziali, in tutti i casi in cui le Regioni e gli altri Enti locali non siano in grado di provvedere, ovvero non siano in grado di provvedere in modo adeguato. Inoltre, esse sono tassative: soltanto il verificarsi di una di esse legittima il Governo ad intervenire nei confronti degli Enti territoriali *ex art.* 120, comma 2, Cost.

La prima ipotesi di potere sostitutivo del Governo è prevista nel caso di mancato rispetto da parte degli organi delle Regioni e degli altri Enti locali di norme e di trattati internazionali, nonché della normativa comunitaria, che abbraccerebbe sia l'ipotesi in cui gli obblighi internazionali e comunitari restino inadempiti, sia quella in cui siano oggetto di un inadeguato

adempimento.

Secondo l'interpretazione maggioritaria ⁽⁷⁴⁾, condivisa peraltro in questa sede, l'ipotesi prevista dall'art. 120, comma 2, Cost. sembra differire da quella prevista nell'art. 117, comma 5, Cost. (inadempienza nell'attuazione e nella esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea), in quanto la prima dà luogo ad una sostituzione che opera sul piano amministrativo nei confronti di tutti gli Enti territoriali, mentre la seconda sembra operare esclusivamente sul piano legislativo nei confronti delle Regioni. Discutibili sono invece gli altri tentativi di dare un diverso significato alle norme costituzionali in commento, che pure hanno trovato una certa eco in dottrina ⁽⁷⁵⁾. Secondo alcuni, entrambe le norme prevedrebbero un caso di sostituzione normativa, con la differenza che l'art. 117, comma 5, "legittimerebbe (...) la sostituzione governativa mediante decreto legge o decreto legislativo senza però obbligare l'esecutivo a seguire le procedure collaborative che devono essere necessariamente previste dalla legge di attuazione dell'art. 120" ⁽⁷⁶⁾. Secondo altri, l'art. 120, comma 2, Cost. farebbe riferimento alla violazione delle norme internazionali e comunitarie, che si consuma attraverso atti o attività poste in essere dalle Regioni e dagli altri Enti locali, mentre l'art. 117, comma 5, Cost. farebbe riferimento soltanto al caso dell'inerzia delle Regioni.

La seconda ipotesi concerne il pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica. Tale definizione potrebbe

(74) *Ex multis* P. CARETTI, *L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale*, in *Le Regioni*, 2001, 6, p. 1228; B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V. Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Torino, 2002, p. 138; C. MAINARDIS, *I poteri sostitutivi statali*, cit., p. 1392; F. PIZZETTI, *L'evoluzione del sistema italiano fra "prove tecniche di governance" e nuovi elementi unificanti. Le interconnessioni con la riforma dell'Unione europea*, in *Le Regioni*, 2002, p. 653.

(75) Le varie posizioni dottrinali sono ricostruite da D. PICCIONE, *Gli enigmatici orizzonti dei poteri sostitutivi del Governo: un tentativo di razionalizzazione*, in *Giur. cost.*, 2003, II, p. 1220 ss.; R. CAMELI, *Poteri sostitutivi del Governo ed autonomia costituzionale degli enti territoriali (in margine all'art. 120 Cost.)*, in *Giur. cost.*, 2004, V, p. 3398 ss.

(76) S. PAJNO, *I poteri sostitutivi nei confronti degli enti territoriali*, cit., pp. 459-460.

contemplare situazioni di particolare gravità quali terremoti, inondazioni ecc., altre emergenze ambientali (ad es. fattispecie legate alla gestione dei rifiuti che sono frequenti in determinate zone del nostro Paese, o alla gestione delle acque), ovvero fenomeni di criminalità organizzata che incidono fortemente in particolari contesti sociali⁽⁷⁷⁾. Ove si verificano tali situazioni, il Governo può sostituirsi *ex art.* 120, comma 2, alle Regioni o agli altri Enti locali nel caso in cui essi non esercitino le funzioni amministrative ad essi attribuite, non provvedendo affatto, ovvero provvedendo in modo inadeguato.

A ben vedere, in questa ipotesi, il potere sostitutivo sembra operare esclusivamente sul piano amministrativo. Si potrebbe infatti sostenere che, nel caso in cui un intervento amministrativo non sia effettivamente sufficiente a tutelare l'incolumità e la sicurezza pubblica, ma si renda necessario un intervento legislativo, il legislatore statale potrebbe fare fronte ad una eventuale emergenza esercitando la potestà legislativa statale in materie di ordine pubblico e sicurezza⁽⁷⁸⁾ di cui all'art. 117, comma 2, lett. *h*), e quella concorrente in materia di protezione civile e di tutela della salute di cui all'art. 117, comma 3, Cost., senza dovere necessariamente ricorrere al potere sostitutivo di cui all'art. 120, comma 2, Cost.

La terza ipotesi riguarda la tutela dei livelli essenziali⁽⁷⁹⁾

(77) Parzialmente diversa sembra l'interpretazione data da C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.*, 2001, V, 10, p. 198, secondo cui il pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica configura una fattispecie di pericolo di illecito costituzionale.

(78) Sulla nozione di ordine pubblico si veda ad es. M. PIANTEDOSI, *Il nuovo sistema dell'ordine pubblico e della sicurezza dopo la riforma del Titolo V, Parte seconda, della Costituzione*, in *www.federalismi.it*, 2004, p. 12.

(79) Sui livelli essenziali delle prestazioni si vedano *ex multis*: E. BALBONI, *I livelli essenziali e i procedimenti per la loro determinazione*, in *Le Regioni*, 2003, 6, p. 1187 ss.; M. BELLETTI, *I "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" alla prova della giurisprudenza costituzionale. Alla ricerca di un parametro plausibile*, in questa *Rivista*, 2003, 3-4, p. 617 ss.; R. TOSI, *Cittadini. Stato e Regioni di fronte ai livelli essenziali delle prestazioni*, in *Quad. cost.*, 2003, 3, p. 629 ss.; M. GIORDANI, *Sui livelli essenziali di assistenza e la competenza delle Regioni e delle Province ad autonomia speciale (in margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 134 del 31 marzo 2006)*, in *www.federalismi.it*, 2006, p. 5.

delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. Questa trova una immediata corrispondenza nella potestà legislativa esclusiva dello Stato ex art. 117, comma 2, lett. m) ⁽⁸⁰⁾. A tale proposito, la Costituzione sembra distinguere tra la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, che spetta alla potestà legislativa esclusiva dello Stato ⁽⁸¹⁾, i compiti di regolazione ed erogazione delle relative prestazioni, che spettano alle Regioni e agli altri Enti locali, e la tutela degli stessi, affidata al Governo attraverso l'esercizio dei poteri sostitutivi ⁽⁸²⁾. In sostanza, l'esistenza di una potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia consente di affermare che l'intervento sostitutivo del Governo debba essere esercitato per garantire che i livelli essenziali predeterminati in via legislativa siano effettivamente attuati dalle Regioni e dagli Enti locali nell'esercizio delle funzioni amministrative di loro competenza ⁽⁸³⁾.

(80) La determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni non è una materia, ma una funzione. Come ha avuto modo di precisare la Corte costituzionale nella sentenza n. 282 del 19-26 giugno 2002, non si tratta di una materia in senso stretto ma di una competenza data al legislatore per intervenire in tutte le materie, ponendo le norme necessarie per assicurare il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di diritti civili e sociali, senza la possibilità per il legislatore di limitarle o condizionarle.

(81) In relazione alla potestà statale di determinare i livelli essenziali è stato scritto che "i livelli essenziali indicano non il massimo che le Regioni non possono superare nella conformazione delle prestazioni, quanto – al contrario – il minimo che esse sono tenute ad assicurare, potendo – se lo vogliono – prevedere livelli superiori e prestazioni ulteriori... Il livello essenziale costituisce il livello minimo, quando guardato dal punto di vista dello Stato che lo determina: non delimita quindi la competenza dello Stato il quale è libero di innalzare il livello delle prestazioni che devono essere garantite in modo uniforme" in R. TOSI, *Cittadini. Stato e Regioni*, cit., p. 629.

(82) C. PINELLI, *Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 117, comma 2, lett. m), Cost.*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 4, p. 900.

(83) In proposito, nella sentenza n. 6 del 2004, la Corte costituzionale ha statuito che l'utilizzazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali quale fondamento dell'esercizio dei poteri sostitutivi, ai sensi dell'art. 120, comma 2, Cost., presuppone di norma che lo Stato abbia previamente esercitato la propria potestà legislativa di tipo esclusivo.

In dottrina, si veda anche l'opinione di L. CUOCOLO, *Gli interessi nazionali tra declino della funzione di indirizzo e coordinamento e potere sostitutivo del Governo*, in *Quad. reg.*, 2002, 2, p. 433 ss., secondo cui se si ammettesse la sostituzione legislativa, non ci si spiegherebbe quale possa essere il ruolo della potestà legislativa esclusiva dello Stato, esercitabile anche con l'iniziativa legislativa o con decreto legge nei casi consentiti, nella materia di cui all'art. 117, comma 2, Cost. Infatti, a meno di

Più complesso è il discorso in relazione alle ipotesi della tutela dell'unità giuridica ed economica. Questo è il caso in relazione al quale la ricostruzione in chiave amministrativa del potere sostitutivo *ex art.* 120, comma 2, viene sottoposta alla prova più difficile⁽⁸⁴⁾. Anche se non mancano alcuni argomenti che possono essere spesi a sostegno di essa.

I dubbi nascono innanzi tutto in relazione al significato da attribuire alle formule sopra riportate, anche in considerazione del fatto che la Corte costituzionale non è ancora intervenuta su questo specifico aspetto, che pure ha avuto occasione di esaminare⁽⁸⁵⁾.

Per quanto concerne l'unità giuridica⁽⁸⁶⁾, è stato scritto che essa esprime non solo l'esigenza indefettibile di coerenza interna dell'ordinamento, ma anche l'interesse primario alla certezza del diritto⁽⁸⁷⁾. Sul piano legislativo, la garanzia del necessario

non voler attribuire un significato diverso alle due previsioni costituzionali relative alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, non sarebbe agevole comprendere in quali casi il Governo agisca a livello di normazione primaria nell'ambito della legislazione esclusiva, ed in quali casi agisca invece per esercitare una sostituzione.

Sulla stessa linea di pensiero si pone anche D. PICCIONE, *Gli enigmatici orizzonti dei poteri sostitutivi del Governo: un tentativo di razionalizzazione*, in *Giur. cost.*, 2003, II, p. 1228.

(84) P. CAPACCI, A. MARTIN, *Il potere sostitutivo dopo la modifica del Titolo V della Costituzione (brevi note a margine della sentenza della Corte costituzionale 27 gennaio 2004, n. 43)*, in *Dir. Regione*, 2004, 3-4, p. 397, scrivono che "alcune delle ipotesi tipizzate dal testo della norma costituzionale (pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, tutela dell'unità giuridica ed economica dello Stato e tutela dei livelli essenziali delle prestazioni) non paiono compatibili con una modalità di esercizio del potere surrogatorio che si mantenga entro gli stretti confini amministrativi e sembrano implicare, conseguentemente, una sostituzione normativa nelle competenze normative delle autonomie territoriali".

(85) Nella sentenza n. 43 del 2004, la Corte si è limitata a precisare che "quanto all'unità giuridica e all'unità economica, quale che ne sia il significato (che qui non occorre indagare), si tratta all'evidenza del richiamo ad interessi "naturalmente" facenti capo allo Stato, come ultimo responsabile del mantenimento dell'unità e della indivisibilità della Repubblica garantita dall'articolo 5 della Costituzione".

(86) Un riferimento all'unità giuridica, e più precisamente all'unità dell'ordinamento, è presente nell'art. 138 del d.lgs. n. 267 del 2000, il quale prevede il potere del Governo di annullare in qualunque tempo, d'ufficio o su denuncia, gli atti degli Enti locali affetti da illegittimità.

(87) F. CINTIOLI, *Unità giuridica ed economica o interesse nazionale?*, in *Quad. cost.*, 2002, 1, p. 89 ss.

mantenimento di un livello minimo, ma indefettibile, di unità giuridica nell'ambito dell'ordinamento sembra essere rappresentata dal conferimento di determinate materie alla potestà legislativa esclusiva dello Stato. Il riferimento potrebbe andare alla materia della giurisdizione e delle norme processuali, dell'ordinamento civile e penale, e della giustizia amministrativa di cui all'art. 117, comma 2, lett. l). Il potere sostitutivo ex art. 120 Cost. del Governo avrebbe pertanto un campo di operatività ristretto all'inadempimento di funzioni amministrative delle Regioni e degli Enti locali, che siano effettivamente in grado di compromettere siffatto valore, creando ingiustificate disparità di trattamento tra i cittadini.

Una conferma indiretta circa l'impossibilità di utilizzare l'art. 120, comma 2, Cost. per contrastare norme legislative delle Regioni e delle Province autonome in grado di mettere in pericolo l'unità giuridica dell'ordinamento, può ricavarsi dalla sentenza della Corte costituzionale n. 198 del 28 giugno 2004. In essa si era posta la questione se le norme regionali meramente "demolitorie" e "di reazione" rispetto a norme statali potessero considerarsi lesive dell'unità giuridica. La Corte costituzionale ha rilevato che Stato e Regioni, secondo i criteri di riparto delle competenze descritti in Costituzione, contribuiscono a produrre un unitario ordinamento giuridico, all'interno del quale è senz'altro possibile una certa dialettica. Non è invece ammissibile che il legislatore regionale possa utilizzare la potestà legislativa per rendere inapplicabile sul proprio territorio la legge statale ritenuta illegittima, anziché utilizzare gli strumenti dell'azione in giudizio, secondo quanto prescritto dall'art. 127 Cost.; né le Regioni né lo Stato possono risolvere gli eventuali conflitti tra le rispettive fonti del diritto esercitando il potere legislativo⁽⁸⁸⁾.

Sulla base di quanto statuito nella sentenza in commento, si potrebbe perciò sostenere che la Corte costituzionale riconosca a se stessa il ruolo di unico arbitro dei conflitti tra fonti regiona-

(88) Nello stesso senso si pongono anche le sentenze della Corte costituzionale n. 62 del 2005 e n. 284 del 2006.

li e fonti statali, per cui ove una legge regionale metta in pericolo l'unità giuridica dell'ordinamento, la reazione dello Stato nei confronti della Regione deve essere affidata all'impugnazione in via principale *ex art. 127 Cost.* (come si è verificato nel caso in esame), e non all'esercizio del potere sostitutivo di cui all'*art. 120, comma 2, Cost.* da parte del Governo.

Per quanto riguarda l'unità economica, essa costituisce un valore strettamente collegato alla unità giuridica, e sembra fare riferimento alla funzione di guida economica e finanziaria che la Carta costituzionale attribuisce allo Stato. Essa sembra rappresentare l'evoluzione del limite delle riforme economiche e sociali che era stato imposto alle Regioni a Statuto speciale per evitare che l'autonomia legislativa potesse essere utilizzata per ostacolare processi di riforma che investono l'intera collettività nazionale.

Anche in questo caso, la garanzia dell'unità economica giustifica, sul piano legislativo, il conferimento di talune materie alla potestà legislativa esclusiva e concorrente dello Stato, quali ad es. moneta, tutela del risparmio e dei mercati finanziari, tutela della concorrenza, sistema valutario, sistema tributario e contabile dello Stato, perequazione delle risorse finanziarie, attraverso le quali è possibile perseguire siffatto obiettivo. Sul piano amministrativo, il Governo potrà invece sostituirsi alle Regioni e agli altri Enti locali, quando attraverso comportamenti omissivi o commissivi essi possano pregiudicare l'attuazione degli obiettivi economico-sociali, che sono stati individuati dallo Stato nell'esercizio della potestà legislativa nelle materie sopra indicate.

3. *Poteri sostitutivi straordinari ed ordinari*

Dopo aver esaminato i caratteri generali del potere sostitutivo *ex art. 120, comma 2, Cost.*, vale la pena chiedersi in che cosa consista effettivamente la sua "straordinarietà", attraverso il confronto con la "ordinarietà" degli altri poteri sostitutivi, che trovano il loro fondamento (implicito) negli artt. 117 e 118

Cost. Il punto di partenza della nostra riflessione è costituito ancora una volta dalla sentenza della Corte costituzionale n. 43 del 2004, che fornisce alcuni interessanti spunti sul tema.

La previsione di poteri sostitutivi ordinari è strettamente legata all'allocazione delle funzioni amministrative ai Comuni e agli altri Enti territoriali, secondo i principi e i criteri desumibili dagli artt. 117 e 118 Cost. Quest'ultima norma stabilisce che tutte le funzioni amministrative sono intestate ai Comuni, salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario⁽⁸⁹⁾, esse siano attribuite alle Città metropolitane, alle Province, alle Regioni e allo Stato, in virtù dei principi di sussidiarietà adeguatezza e differenziazione. A ben guardare, la Costituzione non lascia il legislatore statale e regionale del tutto privo di una bussola che lo orienti nel momento in cui debba intervenire sulla ripartizione delle funzioni amministrative. Le norme costituzionali fissano il punto di partenza (l'attribuzione iniziale ai Comuni), individuano le cause del possibile spostamento di funzioni amministrative da un livello all'altro (l'esercizio unitario), ed infine stabiliscono le regole secondo le quali questo spostamento potrà avvenire (i principi sopra citati).

Nell'esaminare il contenuto dell'art. 118 Cost., la Corte costituzionale indica anche il perno sul quale intende far ruotare i poteri sostitutivi dello Stato e delle Regioni, diversi rispetto a quelli disciplinati dall'art. 120, comma 2, Cost.

L'allocazione delle funzioni amministrative deve necessariamente avvenire in base alla legge, in forza del principio costituzionale di cui all'art. 97 Cost., che prevede una riserva di legge relativa per la organizzazione dei pubblici uffici⁽⁹⁰⁾. Il

(89) Sul punto si veda: C. PADULA, *Principio di sussidiarietà verticale ed interesse nazionale: distinzione teorica, sovrapposizione pratica*, in *www.federalismi.it*, 2006, p. 14.

Il concetto di esercizio unitario non è un concetto assoluto, ma relativo. L'esigenza connessa all'esercizio unitario delle funzioni non implica necessariamente il trasferimento delle funzioni amministrative in capo allo Stato, ma postula piuttosto l'attribuzione di esse al livello "adeguato" immediatamente superiore a quello che ne era titolare.

(90) Rileva F.S. MARINI che "se sull'articolazione delle materie fossero ammessi atti regolamentari, si svuoterebbe di significato la norma sul potere sostitutivo. Se il Governo con regolamento già godesse del potere di riservarsi alcune funzioni ammini-

compito di allocare le funzioni amministrative spetta al legislatore statale o regionale in base alle rispettive competenze⁽⁹¹⁾. Ne consegue che, nelle materie di potestà esclusiva dello Stato ex art. 117, comma 2, Cost., quest'ultimo sarà l'unico soggetto abilitato a procedere, mentre nelle materie di potestà concorrente o residuale ex art. 117, commi 3 e 4, Cost., tale compito spetterà alle Regioni⁽⁹²⁾.

strative, non si comprenderebbe perché l'art. 120, comma 2, gli attribuisca un analogo potere, sottoponendolo a limiti più penetranti e ad un procedimento che assicuri il rispetto del principio di sussidiarietà e di leale cooperazione. L'esigenza del potere sostitutivo sorge invece, al contrario, proprio dal fatto che il Governo non può autoconferirsi le funzioni amministrative, che la legge ha già provveduto ad allocare tra i diversi livelli territoriali", in Il nuovo Titolo V: l'epilogo delle garanzie costituzionali sull'allocazione delle funzioni amministrative, in Le Regioni, 2002, 2-3, p. 405 ss.

(91) Lo scopo di questa previsione è evidentemente quello di consentire un controllo giurisdizionale da parte della Corte costituzionale sull'allocazione delle funzioni amministrative da parte dello Stato e delle Regioni.

(92) In relazione alle materie di potestà concorrente, tale conclusione non è apparsa subito così pacifica. In queste materie, lo Stato detta i principi fondamentali e le Regioni pongono le norme di dettaglio. E' stata perciò avanzata in dottrina la tesi secondo cui anche il potere di allocazione delle funzioni amministrative dovrebbe ripartirsi tra lo Stato e le Regioni, per cui il primo potrebbe procedere ad assegnare le funzioni amministrative dirette alla definizione dei principi fondamentali, e le seconde potrebbero procedere alla allocazione delle restanti funzioni amministrative. Cfr. A. CORPACI, *Revisione del Titolo V della parte II della Costituzione e sistema amministrativo*, in *Le Regioni*, 2001, 6, p. 1307 ss. Altri invece hanno sostenuto che spetta alle Regioni il compito di allocare le funzioni amministrative in queste materie, poiché la potestà legislativa statale è rigorosamente circoscritta alla definizione dei principi fondamentali. Cfr. R. TOSI, *La legge costituzionale n. 3 del 2001: note sparse in tema di potestà legislativa ed amministrativa*, in *Le Regioni*, 2001, 6, p. 1240 ss.

La giurisprudenza della Corte costituzionale si è orientata a favore della seconda soluzione, pur con rilevanti temperamenti. Nella sentenza n. 303 del 1° ottobre 2003, la Corte costituzionale ha ammesso che lo Stato possa esercitare funzioni amministrative nelle materie di potestà legislativa concorrente se esistono prevalenti esigenze di esercizio unitario; inoltre il procedimento che conduce all'assunzione in sussidiarietà delle funzioni amministrative deve essere ragionevole e proporzionato, mentre le caratteristiche del fine unitario e la preminenza sugli interessi regionali si devono manifestare nella cooperazione tra lo Stato e le Regioni, da attuarsi per mezzo di una intesa. In altre sentenze successive la Corte costituzionale ha ammesso che potesse qualificarsi principio fondamentale della materia anche l'allocazione *ex lege* statale, a livello centrale, di una funzione amministrativa (cfr. sentenza n. 378 del 7 ottobre 2005).

Per quanto riguarda le materie di potestà residuale delle Regioni, in linea di principio lo Stato non può dettare disposizioni legislative (se non facendo uso delle proprie competenze trasversali) né esercitare funzioni amministrative. In questo senso, sembrava orientata la Corte costituzionale nella sentenza n. 16 del 2004, affermando che,

Scrivono perciò la Corte costituzionale che “in questo quadro, anche l’eventuale previsione di eccezionali sostituzioni di un livello di governo ad un altro livello di governo per il compimento di specifici atti o attività, considerati dalla legge necessari per il perseguimento degli interessi unitari coinvolti, e non compiuti tempestivamente dall’Ente competente, non può che rientrare, in via di principio, e salvi i limiti e le condizioni di cui si dirà, nello stesso schema logico, affidato alla sua attuazione legislativa al legislatore competente per materia, sia esso quello statale o regionale”.

Il ragionamento svolto dalla Corte costituzionale è chiaro nella sostanza. Il soggetto competente a disciplinare con legge una determinata materia è lo stesso abilitato ad allocare le funzioni amministrative in quella determinata materia, ed è anche il soggetto abilitato a disciplinare, ancora con legge, il potere sostitutivo nei confronti dell’Ente al quale la funzione amministrativa è affidata.

La Corte prosegue precisando che “se così non fosse, si avrebbe l’assurda conseguenza che, per evitare la compromissione di interessi unitari che richiedono il compimento di determinati atti o attività, derivanti dall’inerzia anche solo di uno degli Enti componenti, il legislatore (statale o regionale) non

nelle materie di potestà legislativa regionale residuale, la legge statale non può più determinare le funzioni dei Comuni e delle Province, né attribuire loro funzioni di interesse esclusivamente locale, secondo quanto valeva *ex artt.* 118 e 128 *vt.* In quelle materie, il legislatore è competente a disciplinare soltanto le funzioni fondamentali degli Enti locali *ex art.* 117, comma 2, lett. *p)*, mentre per il resto può dettare norme nelle sole materie di potestà legislativa esclusiva, e principi fondamentali in quelle di potestà concorrente.

La dottrina è stata netta nell’affermare che le materie di potestà residuale rappresentano settori dove è esclusa in radice la possibilità che si manifestino interessi unitari infrazionabili, tanto è vero che il legislatore statale sarebbe privato del potere di porre anche le disposizioni di principio. In questo senso, A. D’ATENA, *L’allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale (nota a Corte cost. 303/2003)*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/ri-forma/datena.html>.

Nella sentenza n. 6 del 13 gennaio 2004, la Corte costituzionale ha invece ammesso che, anche nelle materie di potestà legislativa residuale, potessero manifestarsi esigenze di esercizio unitario delle funzioni amministrative che giustificano un’attrazione in sussidiarietà da parte dello Stato, nel rispetto di condizioni analoghe a quelle definite dalla sentenza n. 303 del 1° ottobre 2003.

avrebbe altro mezzo se non collocare la funzione di governo ad un livello di governo più comprensivo, assicurandone l'esercizio unitario ai sensi del primo comma dell'art. 118 della Costituzione: conseguenza evidentemente sproporzionata e contraria al criterio generale insito nel principio di sussidiarietà⁹³.

La titolarità delle funzioni amministrative spetta ai Comuni, e di seguito alle Città metropolitane, alle Province, alle Regioni e allo Stato. Il legislatore statale e quello regionale possono identificare interessi unitari, scegliendo di curarli non attraverso la riserva ai livelli superiori delle relative funzioni amministrative, ma attribuendole comunque ai livelli inferiori, e rendendo obbligatorie (almeno nell'*an*) le attività in cui esse si esplicano. Per cui, nel caso in cui i livelli inferiori non adempiano alle funzioni ad essi attribuite, la prima conseguenza possibile sarà l'esercizio del potere sostitutivo nei confronti del soggetto inadempiente, e non il trasferimento delle funzioni amministrative al livello superiore.

Soltanto nel caso in cui si accerti l'inadeguatezza, ovvero la inidoneità organizzativa in relazione alle dimensioni territoriali⁽⁹³⁾, del soggetto titolare all'esercizio di quella funzione, sarà possibile procedere al trasferimento della funzione al livello di governo superiore (è la cd. attrazione in sussidiarietà cui fa cenno la Corte costituzionale nella sentenza n. 303 del 1° ottobre 2003).

È possibile individuare una progressione negli interventi sulle funzioni amministrative da parte dei livelli di governo supe-

(93) Sul punto si vedano le osservazioni di C. PADULA, secondo cui "le considerazioni sistematiche sopra svolte, aventi ad oggetto sia il Titolo V (là dove elimina il limite dell'interesse nazionale e là dove prevede il potere sostitutivo) sia la legislazione ordinaria, confortano l'interpretazione letterale e conducono ad intendere in senso forte il principio di sussidiarietà di cui all'art. 118, comma 1, Cost., cioè ad ammettere l'attribuzione di funzioni amministrative allo Stato solo in presenza di esigenze di esercizio veramente unitario, e dunque in caso di inadeguatezza – dal punto di vista dimensionale – degli Enti territoriali a svolgere la funzione, e non per mera opportunità di svolgere in modo unitario o coordinato funzioni amministrative che potrebbero essere svolte dagli Enti territoriali ma toccano l'interesse nazionale" in *Principio di sussidiarietà verticale ed interesse nazionale: distinzione teorica, sovrapposizione pratica*, in www.federalismi.it, 2006, p. 14.

riori nei confronti dei livelli inferiori. Ove il mancato esercizio della funzione amministrativa sia causato da una situazione di inerzia dovuta ad una temporanea inefficienza dell'Ente, si potrà procedere con l'intervento sostitutivo, che costituisce un rimedio che non incide sulla titolarità della funzione. Ove, invece, il mancato esercizio della funzione amministrativa dipenda dall'inadeguatezza dell'Ente, si dovrà procedere alla sua riallocazione al livello di governo superiore ritenuto più idoneo, modificando, in questo caso, la titolarità della funzione.

Su un piano diverso operano invece i poteri sostitutivi straordinari. Nella sentenza n. 43 del 2004, la Corte costituzionale sostiene che l'art. 120, comma 2, Cost. deriva chiaramente dalla preoccupazione *“di assicurare comunque, in un sistema di più largo decentramento di funzioni quale quello delineato dalla riforma, la possibilità di tutelare, anche al di là degli specifici ambiti delle materie coinvolte e del riparto costituzionale delle attribuzioni amministrative, taluni interessi essenziali – il rispetto degli obblighi internazionali e comunitari, la salvaguardia dell'incolumità e della sicurezza pubblica, la tutela in tutto il territorio nazionale dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali – che il sistema costituzionale attribuisce alla responsabilità dello Stato”*. La norma si riferisce ad interessi che fanno naturalmente capo allo Stato, come ultimo responsabile dell'unità ed indivisibilità della Repubblica, garantita dall'art. 5 Cost. La Costituzione ha dunque voluto che, anche a prescindere dal riparto delle competenze, come attuato dalle leggi statali e regionali nelle diverse materie, fosse sempre possibile un intervento sostitutivo del Governo a tutela di interessi essenziali.

In che cosa i due poteri sono effettivamente differenti?

Non nella natura, poiché sia i poteri sostitutivi straordinari sia quelli ordinari sono poteri amministrativi. Questo è il senso che può ragionevolmente attribuirsi al riferimento alla legge quale strumento per disciplinare i poteri sostitutivi. È evidente che, nel momento in cui si afferma che i poteri sostitutivi sono soggetti alla legge, deve anche ammettersi che si tratta di poteri

amministrativi ⁽⁹⁴⁾.

Neppure nella loro capacità di derogare al riparto delle funzioni amministrative fissato dalle leggi statali e regionali. In entrambi i casi, il titolare del potere sostitutivo, il Governo nel primo caso, lo Stato e le Regioni nel secondo caso, è legittimato ad esercitare tali funzioni in luogo degli Enti cui esse sono ordinariamente affidate ⁽⁹⁵⁾. Nel primo caso, la deroga è giustificata direttamente dalla norma costituzionale che consente al Governo di intervenire nei confronti degli organi delle Regioni, delle Province e dei Comuni, qualora essi non siano in grado di garantire taluni interessi essenziali. Nel secondo caso, essa deve essere prevista da una norma di legge (statale o regionale) che trova il proprio fondamento costituzionale nel profilo ascendente del principio di sussidiarietà: se fosse precluso al livello di governo superiore di intervenire in via sostitutiva sul livello di governo inferiore per rimediare ad una temporanea inerzia o inefficienza nell'esercizio della funzione amministrativa di cui quest'ultimo è titolare, il primo non avrebbe altra scelta se non quella di riappropriarsi della funzione per trattenerla presso di sé, o per trasferirla ad un livello di governo più idoneo.

La loro diversità sembra legata soprattutto alla qualità degli interessi tutelati ⁽⁹⁶⁾. Il potere sostitutivo del Governo *ex art. 120*, comma 2, Cost. è posto a garanzia di interessi essenziali, che fanno capo direttamente alla "Repubblica una ed indivisibi-

(94) Scrive sul punto L. BUFFONI "tra sostituzione ordinaria e straordinaria non sembra ravvisabile una diversità ontologica: entrambe hanno natura giuridica e, nello specifico amministrativa; entrambe costituiscono reazione all'inerzia/inadempimento; entrambe rispondano alla logica della sussidiarietà; entrambe derogano al normale riparto delle competenze; entrambe lasciano in capo al sostituito la titolarità della funzione, provvisoriamente esercitata dal sostituto" in *La metamorfosi della funzione di controllo*, cit., p. 293.

(95) In questo senso anche i poteri sostitutivi cd. ordinari sono in un certo senso straordinari. Per questo potrebbe apparire più corretto parlare di poteri sostitutivi diversi o ulteriori rispetto a quelli previsti e disciplinati dall'art. 120, comma 2, Cost. Sul punto si veda: M. PERUZZINI, *In materia di poteri sostitutivi ex art. 120 della Costituzione*, in *Nuove autonomie*, 2005, 3, p. 402.

Su questo argomento si sofferma S. PARISI, *I poteri sostitutivi dopo la sentenza n. 303 del 2003*, in www.forumcostituzionale.it.

(96) Si veda sul punto L. BUFFONI, *La metamorfosi della funzione di controllo*, cit., p. 294 ss.

le". La tutela di tali interessi è affidata alla responsabilità finale dello Stato, a prescindere dal soggetto che si trova in concreto a curarli. Ne consegue che, ove tale soggetto non sia in grado di provvedere ad essi per qualunque motivo, il Governo può sempre intervenire al fine di impedire che tali interessi essenziali siano compromessi in danno dell'intera Nazione.

Esiste perciò un collegamento tra l'art. 120, comma 2, Cost. che prevede il potere sostitutivo del Governo nei confronti degli Enti territoriali, e alcune norme contenute nella Parte I della Costituzione: l'art. 2 Cost., che statuisce il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'individuo sia come singolo sia nelle formazioni sociali; l'art. 3 Cost., che sancisce il principio di uguaglianza formale dei cittadini ed incarica la Repubblica di rimuovere gli ostacoli che impediscono l'uguaglianza sostanziale; l'art. 5 Cost., che garantisce l'unità e l'indivisibilità della Repubblica. Il potere sostitutivo del Governo rappresenta perciò l'ultimo baluardo a difesa dei valori che costituiscono i fondamenti della nostra Repubblica.

Invece, il potere sostitutivo di cui all'art. 118 Cost. tutela interessi che fanno capo ad un determinato livello di governo, allo Stato o alla Regione, che sceglie di affidarli ad altri livelli, riservandosi il potere di intervenire in modo occasionale o definitivo, qualora questi non siano in grado di perseguirli.

In questo senso, almeno in potenza, il potere sostitutivo straordinario rivela una forza espansiva sconosciuta al potere ordinario ed un impatto notevole sull'autonomia degli Enti territoriali. Esso è realmente un potere trasversale, poiché trasversali sono gli interessi, le finalità a presidio delle quali esso è posto. Invece il potere sostitutivo ordinario sembra avere un impatto minore sull'autonomia dei medesimi, essendo intrinsecamente legato al riparto delle funzioni legislative ed amministrative tra i vari livelli di governo. Nell'ambito delle competenze legislative individuate nell'art. 117 Cost., Stato e Regioni allocano le funzioni amministrative seguendo i criteri indicati nell'art. 118 Cost., e prevedono poteri sostitutivi a garanzia dell'effettivo esercizio di tali funzioni da parte dei soggetti cui esse sono affidate.

4. Profili ulteriori relativi al potere sostitutivo di cui all'art. 120, comma 2, Cost.

4.1. Il tempo dell'intervento sostitutivo e la nozione di inadempimento

Oltre a quelli già esaminati, l'art. 120, comma 2, Cost. lascia aperta una serie di problemi, la cui soluzione appare assai incerta in assenza di indicazioni più precise provenienti dal legislatore o dalla Corte costituzionale.

Una prima questione, ampiamente dibattuta in dottrina⁽⁹⁷⁾ e tuttora irrisolta, concerne la determinazione del "momento" in cui il Governo può esercitare il potere sostitutivo. In sostanza, la dottrina si è chiesta se il potere di cui all'art. 120, comma 2, Cost. legittimi esclusivamente interventi di tipo successivo, vincolati all'accertamento dell'inerzia o dell'inadempimento delle Regioni e degli altri Enti territoriali nell'esercizio delle funzioni amministrative ad essi attribuite, ovvero consenta anche interventi di tipo preventivo, fondati sull'urgenza del provvedere e svincolati dai presupposti sopra menzionati.

Prima della modifica del Titolo V, Parte II, della Costituzione, la giurisprudenza costituzionale aveva riconosciuto la legittimità di interventi statali, ritenuti espressione del potere sostitutivo, che non avevano a che fare con vere e proprie inerzie o inadempimenti delle Regioni⁽⁹⁸⁾. Inoltre, nell'ordinamento giu-

(97) Si vedano: V. CERULLI IRELLI, *Art. 8. Attuazione dell'art. 120 sul potere sostitutivo*, in CITTADINO C. (a cura di), *Legge La Loggia. Commento alla l. 5 giugno 2003, n. 131 in attuazione del Titolo V Cost.*, Bologna, 2003, p. 173; C. MAINARDIS, *I poteri sostitutivi. Una riforma con (poche) luci e (molte) ombre*, in *Le Regioni*, 6, 2001, p. 1393; G. VERONESI, *Il regime dei poteri sostitutivi alla luce del nuovo art. 120, comma 2, della Costituzione*, in questa *Rivista*, 2002, 5, p. 742; BIONDI F., *I poteri sostitutivi*, in N. ZANON, A. CONCARO, *L'incerto federalismo. Le competenze statali e regionali nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2005, p. 115 ss.; R. DICKMANN, *Note sul potere sostitutivo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 2004, 20, p. 7 ss.

(98) Si vedano ad esempio le questioni decise nella sentenza n. 49 del 1987, nella sentenza n. 304 del 1987, o nella sentenza n. 617 del 1987.

ridico vi era una norma, l'art. 5 del d.lgs. n. 112 del 1998, che, secondo una certa interpretazione, sembrava in grado di legittimare un potere sostitutivo fondato esclusivamente sull'urgenza del provvedere, a prescindere da una inerzia o un inadempimento dell'ente sostituito⁽⁹⁹⁾.

L'art. 120, comma 2, Cost. non chiarisce questo dubbio poiché si limita a stabilire che il Governo può sostituirsi agli Enti territoriali, ma non specifica se l'intervento debba essere subordinato all'accertamento di eventuali inerzie o inadempimenti da parte di questi ultimi. Astrattamente, perciò, la norma sembrerebbe in grado di giustificare entrambe le soluzioni interpretative sopra delineate.

In linea di principio, in un assetto costituzionale che valorizza le autonomie locali, sembrerebbe preferibile escludere che il Governo possa sostituirsi in via preventiva alle Regioni e agli altri Enti locali nell'esercizio delle funzioni amministrative ad essi attribuite. Infatti, ove ciò fosse consentito, vi sarebbe il concreto rischio che il Governo possa utilizzare il potere sostitutivo per scopi diversi da quelli suoi propri, ad esempio per realizzare in via amministrativa l'applicazione uniforme di politiche o indirizzi di interesse nazionale, sottraendo indebitamente alle Regioni e agli Enti locali le competenze di cui essi sono titolari. Da strumento di chiusura, pensato per consentire all'Esecutivo di tutelare interessi essenziali della comunità nazionale, in tutti i casi in cui gli altri soggetti dell'ordinamento non siano in grado di provvedere ad essi, il potere sostitutivo si trasformerebbe in un mezzo che consente di attuare un controllo preventivo e generalizzato sulla attività amministrativa degli Enti territoriali.

L'unica ipotesi in cui potrebbe ammettersi un intervento sostitutivo preventivo sembrerebbe quello del "pericolo grave per

(99) M. CAMMELLI, *Poteri sostitutivi (art. 5)*, in *Le Regioni*, 1998, 4, p. 492 ss. fonda la sostituzione preventiva sul principio di sussidiarietà ed afferma che "condizioni particolarmente qualificate di urgenza richiamano verso l'alto, anzi al vertice dell'ordinamento, la legittimazione a provvedere in via temporanea". Secondo un'altra interpretazione, l'art. 5 del d.lgs. n. 112 del 1998 legittimerebbe invece una procedura accelerata, basata pur sempre sull'accertamento dell'inerzia o dell'inadempimento.

l'incolumità e la sicurezza pubblica". In questo caso, il Governo sembrerebbe abilitato ad esercitare il potere sostitutivo prima che la lesione dei beni giuridici contemplati dalla norma (incolumità e sicurezza pubblica) possa concretizzarsi, spesso con esiti irreparabili ⁽¹⁰⁰⁾, sulla base dell'accertamento dell'esistenza di una grave minaccia che incomba su di essi. In senso contrario si può invece argomentare che, anche in questa ipotesi, l'intervento sostitutivo del Governo debba essere soltanto successivo, e destinato a scattare quando il pericolo grave non sia fronteggiabile in modo tempestivo ed efficace da tali Enti.

Un'altra questione riguarda invece l'individuazione dei presupposti che condizionano l'esercizio del potere sostitutivo da parte del Governo nei confronti degli Enti territoriali. Vi è da chiedersi se esso sia ammissibile soltanto nei casi in cui le Regioni e gli altri Enti locali non esercitino le funzioni amministrative ad esse attribuite, o anche nei casi in cui le attività che essi pongono in essere siano insufficienti in relazione al perseguimento degli interessi essenziali individuati dall'art. 120, comma 2, Cost., o addirittura errate ⁽¹⁰¹⁾. In quest'ultimo caso, si ammetterebbe che il Governo possa sovrapporsi alle competenze già esercitate da parte delle Regioni o degli Enti locali.

(100) E. GIANFRANCESCO, *Il potere sostitutivo*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI, *La Repubblica delle autonomie*, Torino, 2003, p. 237.

La Corte costituzionale non si è occupata direttamente della questione. Un riferimento in favore della sostituzione preventiva nei casi di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica sembrerebbe però ricavabile dalla sentenza n. 6 del 2004, con cui è stato deciso il ricorso presentato dalla Regione Umbria e da altre Regioni italiane, che avevano impugnato il d.l. n. 7 del 2002 (Misure urgenti per garantire la sicurezza del sistema elettrico nazionale), per violazione degli artt. 77, 120 comma 2, 117 comma 2, lett. m). La Corte, dopo aver respinto l'eccezione di incostituzionalità in relazione all'art. 77, scrive che "tanto meno appare condivisibile l'opinione che i possibili effetti in termini di ordine pubblico del cattivo funzionamento del settore energetico potrebbero giustificare limiti preventivi ai poteri regionali, dal momento che – semmai – il verificarsi di situazioni di fatto di questo tipo potrebbe eventualmente legittimare l'attivazione degli speciali poteri sostitutivi del Governo sulla base di quel pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica che è presupposto espressamente contemplato dall'art. 120, secondo comma, Cost."

(101) L. CUOCOLO, *Gli interessi nazionali tra declino della funzione di indirizzo e coordinamento e potere sostitutivo del Governo*, in *Quad. reg.*, 2002, 2, p. 432 ss.

Una parte della dottrina ⁽¹⁰²⁾ propende per una interpretazione di tipo restrittivo, e circoscrive la possibilità di esercizio del potere sostitutivo da parte del Governo ai soli casi di inerzia degli Enti territoriali nell'esercizio delle funzioni ad essi attribuite. Tale tesi può contare su alcuni argomenti di rilievo. Essa si fonda innanzi tutto sulla considerazione che, attribuendo al Governo un potere sostitutivo anche in relazione a competenze amministrative già esercitate, si verrebbe a conferire allo Stato un generale potere di annullamento e di riforma degli atti delle Regioni e degli altri Enti locali, che avrebbe dovuto essere espressamente previsto e disciplinato dalla Costituzione, come è stato sostenuto anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale nel periodo antecedente alla riforma del Titolo V, parte II, della Costituzione ⁽¹⁰³⁾. Inoltre, sia nel caso in cui il provvedimento statale in funzione sostitutiva annulli il provvedimento regionale, sia nel caso in cui lo riformi, modificandone in tutto o in parte il contenuto, si sostiene che ciò potrebbe determinare da parte del Governo un aggiramento del termine imposto perentorio di sessanta giorni per la proposizione del conflitto di attribuzioni, che è lo strumento previsto dall'ordinamento per delimitare le competenze statali e regionali rispetto a provvedimenti amministrativi in grado di ledere le altrui attribuzioni ⁽¹⁰⁴⁾. Ancora, si rileva che il provvedimento statale in funzione sostitutiva inciderebbe sui diritti quesiti dei terzi ledendo il principio dell'affidamento.

Senonché l'obiezione più rilevante è quella secondo cui da un potere sostitutivo così configurato costituirebbe un potente strumento di vigilanza e repressione dello Stato nei confronti delle Regioni e degli Enti locali, che porrebbe il Governo in una posizione di superiorità che appare assolutamente incompa-

(102) C. MAINARDIS, *Il potere sostitutivo. Commento all'art. 8*, in G. FALCON (a cura di), *Stato, Regioni ed Enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, Bologna, 2003, p. 157 ss. La tesi dell'autore viene più compiutamente esposta in *Poteri sostitutivi statali*, cit., p. 227 ss. ove si introduce la distinzione tra interventi di tipo correttivo del Governo, non ammessi dall'autore, ed interventi di tipo integrativo, invece ammessi. Si veda ancora L. BUFFONI, *La metamorfosi della funzione di controllo*, cit., p. 257 ss.

(103) Si veda Corte costituzionale, sentenza n. 229 del 22 aprile 1989.

(104) L. BUFFONI, *La metamorfosi della funzione di controllo*, cit., p. 259 ss.

tibile con il nuovo assetto dei rapporti delineato dall'art. 114 Cost.

La dottrina maggioritaria ⁽¹⁰⁵⁾ reputa invece che il Governo possa esercitare il potere sostitutivo nei confronti delle Regioni e degli altri Enti locali, sia nel caso di inerzia, sia nel caso di insufficiente o scorretto esercizio di funzioni amministrative. A sostegno di questa interpretazione depone, da un lato, il mancato riferimento all'inerzia quale condizione che legittima l'intervento sostitutivo, dall'altro, il fatto che i presupposti individuati dall'art. 120, comma 2, Cost. possono essere integrati sia da comportamenti omissivi che commissivi.

E' il caso ad esempio del mancato rispetto di trattati internazionali e di norme comunitarie, che può avere luogo sia in seguito alla non adozione di atti richiesti, ma anche a seguito dell'adozione di atti in contrasto con l'interesse essenziale al rispetto del diritto internazionale e comunitario. Analogamente può ragionarsi in relazione al pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica o per la tutela dell'unità giuridica o economica e dei livelli essenziali delle prestazioni.

Quanto alla prima obiezione, relativa alla equiparazione del potere sostitutivo del Governo al generale potere di annullamento che era previsto per gli atti delle Regioni dalla l. n. 400 del 1988, ed è tuttora previsto per gli atti degli Enti locali a norma dell'art. 138 del d.lgs. n. 267 del 2000 ⁽¹⁰⁶⁾, la dottrina

(105) V. CERULLI IRELLI, *Art. 8. Attuazione dell'art. 120 sul potere sostitutivo*, in C. CITTADINO (a cura di), *Legge La Loggia. Commento alla l. 5 giugno 2003, n. 131 in attuazione del Titolo V Cost.*, Bologna, 2003, p. 175; R. CAMELI, *Poteri sostitutivi del Governo ed autonomia costituzionale degli Enti territoriali (a margine dell'art. 120 Cost.)*, in *Giur. cost.*, 2004, V, p. 3400 ss.; F. BIONDI, *I poteri sostitutivi*, in N. ZANON, A. CONCARO, *L'incerto federalismo. Le competenze statali e regionali nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2005, p. 117 ss.

(106) Sulla sopravvivenza dopo la modifica del Titolo V, Parte II, della Costituzione, del generale potere di annullamento governativo nei confronti degli atti degli Enti locali, di cui all'art. 138 del d.lgs. n. 267 del 2000, si è pronunciato il Consiglio di Stato, sez. I, n. 1313 del 2 aprile 2003, che ha affermato la sua attuale vigenza, sulla base della considerazione che esso costituisce ancora oggi uno strumento necessario per garantire il principio di unità ed indivisibilità della Repubblica di cui all'art. 5 Cost. Su questo tema si vedano le osservazioni di G. SCIULLO, *Il nuovo modello dei controlli*, in AA.VV., *La riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione*, Rimini, 2003, p. 221 ss.

maggioritaria reputa che i due istituti non possano essere confusi. Il potere sostitutivo non consente al Governo di intervenire su tutti gli atti amministrativi degli Enti territoriali indiscriminatamente. Esso è invece subordinato alla necessità di tutelare gli interessi essenziali individuati dall'art. 120, comma 2, Cost., e nel rispetto di una procedura che garantisca gli Enti sostituiti.

Quanto alla seconda obiezione, relativa all'aggiramento dei termini per proporre il conflitto di attribuzioni da parte dello Stato sugli atti delle Regioni, la dottrina sottolinea la differente ragion d'essere dei due istituti. Il conflitto di attribuzioni è preposto alla tutela della distinzione delle competenze amministrative dello Stato e delle Regioni, non degli interessi essenziali di cui lo Stato è garante. Invece, il potere sostitutivo consente al Governo di interferire nelle competenze amministrative di altri Enti quando l'omesso, parziale o scorretto esercizio di esse pregiudichi gli interessi essenziali individuati dalla norma costituzionale.

Infine si rileva che, anche in un sistema che valorizza le autonomie locali ed affida ad esse competenze rilevanti, sia sul piano legislativo sia sul piano amministrativo, permangono alcune esigenze di carattere unitario che devono essere salvaguardate in quanto attengono strettamente alla ragion d'essere dello Stato medesimo. Di esse, lo Stato si pone quale custode nei confronti della comunità nazionale, per cui, nel caso in cui uno degli Enti che costituiscono la Repubblica non sia in grado di tutelarle, spetta ad esso intervenire per rimediare, agendo in definitiva a tutela dei propri cittadini.

Dopo la riforma del 2001, la Corte costituzionale non si è pronunciata espressamente sulla questione dell'estensione del concetto di inadempimento quale presupposto per l'esercizio del potere sostitutivo *ex art. 120, comma 2, Cost.*, ma un indizio piuttosto rilevante sembra comunque ricavabile dalla sentenza n. 227 del 16 luglio 2004 che, sia pure in relazione alla cd. sostituzione ordinaria, ha stabilito che l'inerzia può consistere sia in una inattività sia in una violazione dei termini, delle forme e

dei contenuti degli atti prescritti ⁽¹⁰⁷⁾.

Da ultimo è opportuno precisare che il presupposto che giustifica l'esercizio del potere sostitutivo da parte del Governo non consiste necessariamente nel mancato adempimento da parte delle Regioni o degli Enti locali di obblighi legislativamente prescritti. Infatti, mentre nel caso della cd. sostituzione ordinaria vi è un collegamento molto stretto tra il conferimento di una funzione amministrativa e la previsione di un potere sostitutivo per il caso di mancato esercizio di essa, questo collegamento sembra invece attenuarsi nel caso della cd. sostituzione straordinaria. Infatti, in quest'ultimo caso, il Governo interviene direttamente per tutelare gli interessi essenziali individuati dall'art. 120, comma 2, Cost., che possono essere compromessi dall'inerzia o dall'inadempimento dei soggetti che avrebbero dovuto perseguirli, anche a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi di fonte legislativa che impongano ad essi un determinato comportamento.

Il Governo sembra perciò legittimato ad intervenire non solo nel caso in cui le Regioni e gli altri Enti territoriali non adempiano ad obblighi legislativamente prescritti, ma, più in generale, in tutti i casi in cui essi non si attivino per soddisfare le esigenze pubbliche di carattere primario che sono espressamente individuate dalla norma costituzionale ⁽¹⁰⁸⁾.

4.2. *Sussidiarietà e leale cooperazione*

L'ultimo capoverso dell'art. 120, comma 2, Cost. stabilisce che "la legge definisce le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale cooperazione". Come è noto, la riserva di legge rinforzata contenuta nella norma costituzionale è

(107) Un altro riferimento è presente nella sentenza n. 236 del 2004, ove la Corte parla "di mancato o illegittimo esercizio delle competenze attribuite agli enti sub-statali".

(108) L'espressione è di V. CERULLI IRELLI, *Art. 8. Attuazione dell'art. 120 sul potere sostitutivo*, in C. CITTADINO (a cura di), *Legge La Loggia. Commento alla l. 5 giugno 2003, n. 131 in attuazione del Titolo V Cost.*, Bologna, 2003, p. 175.

stata attuata dall'art. 8 della l. n. 131 del 5 giugno 2003, che ha disciplinato le procedure per l'esercizio del potere sostitutivo da parte del Governo nei confronti delle Regioni e degli Enti locali.

In questa sede, è necessario fare un riferimento al significato che assumono i principi di sussidiarietà e di leale cooperazione nel contesto della norma costituzionale che disciplina il potere sostitutivo del Governo.

Il richiamo al principio di sussidiarietà⁽¹⁰⁹⁾ crea un legame ideale tra l'art. 120, comma 2, Cost. e l'art. 118 Cost., che disciplina l'allocatione delle funzioni amministrative nel nuovo ordinamento costituzionale. In questo senso, tale richiamo potrebbe essere interpretato anche una implicita conferma del carattere amministrativo del potere sostitutivo disciplinato dall'art. 120, comma 2, Cost.

Secondo l'art. 118 Cost., la generalità delle funzioni amministrative è attribuita, secondo il principio di sussidiarietà, ai Comuni che sono le autorità funzionalmente e territorialmente più vicine ai cittadini interessati, e poi alle Province, alle Città metropolitane, alle Regioni ed infine allo Stato, che deve trattenerne soltanto quelle funzioni che per loro natura non possono essere attribuite agli Enti minori, in quanto incompatibili con le dimensioni territoriali di essi.

Il potere sostitutivo non contraddice il principio di sussidiarietà, ma consente di operare temporanee correzioni di rotta per rimediare ad eventuali inefficienze nell'esercizio di funzioni amministrative da parte degli Enti che ne sono titolari⁽¹¹⁰⁾. Ap-

(109) Per una definizione del principio di sussidiarietà e per una sua breve storia, si vedano A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001, I, p. 17 ss.; C. DE MARCO, *Sussidiarietà, federalismo, potere sostitutivo*, in *L'attuazione del Titolo V della Costituzione*, Atti del L Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 16-18 settembre 2004, Milano, 2005, p. 839 ss.; P. RIDOLA, *Intervento*, in G. BERTI, G.C. DE MARTIN (a cura di), *Le autonomie territoriali: dalla riforma amministrativa alla riforma costituzionale*, Milano, 2001, p. 241 ss.

(110) A. POLICE, *Sussidiarietà e poteri sostitutivi: la funzione amministrativa nello Stato plurale*, in L. CHIEFFI, G. CLEMENTE DI S. LUCA (a cura di), *Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione fra attuazione ed ipotesi di ulteriore revisione*, Torino, 2004, p. 315 e ss. che individua nell'unità dell'ordinamento e

pare infatti fisiologico che, in conseguenza dell'attribuzione della gran parte dei poteri normativi ed amministrativi dallo Stato agli Enti territoriali, venga in rilievo la necessità di garantire che lo Stato possa sostituirsi ad essi, ove una condotta omissiva o commissiva nell'esercizio delle funzioni attribuite metta a repentaglio interessi essenziali ⁽¹¹¹⁾. Il conferimento di funzioni amministrative agli Enti territoriali in forza del principio di sussidiarietà non può mai essere causa, diretta o indiretta, di un abbassamento del livello di qualità della vita dei cittadini, né può essere causa di un inefficiente o inadeguato funzionamento degli Enti territoriali. Ove perciò gli Enti titolari delle funzioni amministrative non siano più in grado di esercitare dette funzioni, l'intervento del livello di governo superiore tutela i cittadini che non vengono privati di beni giuridici rilevanti, e consente agli Enti interessati di riorganizzarsi e di riprendere ad esercitare le funzioni o a erogare regolarmente i servizi.

L'intervento può essere definitivo, comportando lo spostamento della funzione amministrativa verso il livello di governo superiore che ne assume la titolarità, ma più spesso esso è meramente temporaneo e finalizzato a consentire all'Ente titolare della funzione di rimuovere la causa della inefficienza e di riappropriarsi di essa.

Nel contesto dell'art. 120, comma 2, Cost. il principio di sussidiarietà consente perciò al Governo di derogare all'ordine legale delle competenze tra gli Enti territoriali stabilito ai sensi dell'art. 118 Cost., garantendo che detta deroga abbia un carattere meramente temporaneo. Il Governo non può infatti appropriarsi delle funzioni amministrative in via definitiva, ma deve restituirle ai legittimi titolari quando essi sono pronti ad esercitarle ⁽¹¹²⁾.

nel principio di uguaglianza i parametri per misurare l'esercizio efficiente della funzione amministrativa da parte di un determinato ente e, conseguentemente, per stabilire se quello sia il livello più appropriato per l'attribuzione della titolarità della stessa, o se debba invece procedersi ad uno spostamento, temporaneo o definitivo, della funzione verso il livello superiore di governo.

(111) F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, tomo I, Milano, 2003, p. 924.

(112) In questo senso F. PIZZOLATO, *Il principio di sussidiarietà*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI, *La Repubblica delle autonomie*, Torino, 2003, p. 154.

Infine, il principio di sussidiarietà funge da criterio informatore di una disciplina legislativa nella quale il Governo consente che l'esercizio del potere sostitutivo sia affidato al livello di governo immediatamente superiore a quello inerte o inadempiente: alla Regione rispetto alla Provincia, o alla Provincia rispetto al Comune⁽¹¹³⁾.

Per quanto riguarda il principio di leale collaborazione, esso informa tutti i rapporti tra gli Enti che costituiscono la Repubblica⁽¹¹⁴⁾. Tale principio è stato elaborato dalla Corte costituzionale a partire dalla metà degli anni '80, ed applicato ai rapporti tra lo Stato e le Regioni nelle materie in cui vi fosse un intreccio di interessi e di competenze, soprattutto in funzione del perseguimento di un valore costituzionale comune. Perciò, se le competenze legislative ed amministrative dello Stato e delle Regioni non possono essere nettamente separate, ciò costringe questi soggetti a non agire unilateralmente, ma a cercare di coordinarsi, mediante il reciproco coinvolgimento nelle decisioni che essi adottano⁽¹¹⁵⁾.

In relazione al potere sostitutivo, il principio di leale colla-

(113) In questo senso il principio di sussidiarietà ha trovato attuazione parziale nell'art. 8, comma 3, della l. n. 131 del 2003, il quale stabilisce che "fatte salve le competenze delle Regioni a Statuto speciale, qualora l'esercizio dei poteri sostitutivi riguardi Comuni, Province e Città metropolitane, la nomina del commissario deve tenere conto dei principi di sussidiarietà e di leale cooperazione. Il Commissario provvede, sentito il consiglio delle autonomie locali qualora tale organo sia stato istituito".

(114) Sul principio di leale collaborazione nel nuovo ordinamento si vedano tra gli altri: F. MERLONI, *La leale collaborazione nella Repubblica delle autonomie*, in *Annuario A.I.P.D.A. 2002, 2003*, p. 534 ss.; F. PIZZETTI, *L'attuazione del nuovo ordinamento costituzionale in un sistema policentrico esplosivo. Le nuove esigenze di governance*, in *www.giurcost.org.*; L. VIOLINI, *Meno supremazia e più collaborazione nei rapporti tra i diversi livelli di governo? Uno sguardo (non privo di interesse) alla galassia degli accordi e delle intese*, in *Le Regioni*, 2003, 5, p. 691 ss.; P. VERONESI, *I principi in materia di raccordo Stato-Regioni dopo la riforma del Titolo V*, in *Le Regioni*, 2003, 6, p. 1007 ss.; G. BARONE, *Intese e leale cooperazione tra Stato, Regioni ed autonomie locali negli interventi sul territorio*, in *Quad. Reg.*, 2005, 2, p. 335 ss.; V. ANTONELLI, *Per una unità della Repubblica costruita dal basso*, in *Giur. cost.*, 2006, 2, p. 2615 ss.

(115) Sui molteplici significati che può assumere la leale collaborazione tra Stato e Regioni sia consentito rinviare alla recente monografia di S. AGOSTA, *La leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Milano, 2008.

borazione attiene strettamente alle modalità secondo le quali detto potere è esercitato. Va infatti escluso che l'esercizio del potere sostitutivo possa aver luogo sulla base della semplice constatazione dell'inerzia o dell'inadempienza dell'ente sostituito: esso postula necessariamente l'attivazione di meccanismi collaborativi (ad es. diffida ad adempiere, audizione dell'ente interessato, ecc.), che possono essere più o meno intensi in ragione della maggiore o minore urgenza di provvedere alla sostituzione, ma che non possono mancare del tutto. Tali meccanismi devono consentire, per quanto possibile, al destinatario della sostituzione di porre rimedio all'inerzia o all'inadempimento, adottando l'atto o compiendo l'attività omissa; in seconda battuta, nel caso in cui questo non possa o non voglia riappropriarsi delle competenze non esercitate, tali meccanismi devono comunque consentire ad esso di partecipare alla adozione dell'intervento sostitutivo nei suoi confronti.

Spetta alla legge che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo il compito di inserire taluni adempimenti procedurali che assicurino la collaborazione tra sostituto e sostituito (ad es. la diffida ad adempiere, lo scambio di informazioni, la consultazione del sostituito circa le modalità e i tempi di esercizio del potere, ecc.)⁽¹¹⁶⁾. Da parte sua, la Corte costituzionale si è assunta il compito di sindacare l'adeguatezza delle modalità prescelte dal legislatore statale o regionale. La stessa Corte ha inoltre precisato che la mancata o insufficiente previsione di meccanismi collaborativi non dispensa comunque il ti-

(116) Si vedano le sentenze della Corte costituzionale nn. 21 e 49 del 1991, n. 427 del 1992 e n. 416 del 1995, che si occupano della messa in mora dell'amministrazione inadempiente.

L'art. 8 della legge n. 131 del 2003 che ha dato attuazione all'art. 120, comma 2, ha previsto, con riferimento alla sostituzione ordinaria, l'assegnazione all'ente interessato di un congruo termine per adottare i provvedimenti dovuti o necessari, l'audizione dell'organo interessato prima dell'adozione dei provvedimenti in funzione sostitutiva da parte del Consiglio dei Ministri, la partecipazione alla riunione del Consiglio dei ministri del Presidente della Giunta regionale della Regione interessata al provvedimento; con riferimento alla sostituzione in via d'urgenza, la comunicazione dei provvedimenti sostitutivi alla Conferenza Stato-Regioni o alla Conferenza Stato-Città e autonomie locali, allargata ai rappresentanti delle Comunità montane, che possono chiederne il riesame.

tolare del potere sostitutivo dal rispetto di taluni adempimenti procedurali minimi, finalizzati a garantire il rispetto del principio di leale collaborazione ⁽¹¹⁷⁾.

5. *Potere sostitutivo ed interesse nazionale*

La riforma del 2001 ha cancellato i riferimenti testuali al cd. “interesse nazionale” presenti nel Titolo V, Parte II, della Costituzione.

Come è noto, infatti, la Carta costituzionale del 1948 aveva imposto alla potestà legislativa regionale taluni limiti, sia di legittimità (ad es. quello dei principi fondamentali stabiliti con legge statale, quello del territorio, ecc.), sia di merito (per cui le leggi regionali non potevano essere in contrasto con l’interesse nazionale e con quello di altre Regioni). Aveva inoltre previsto che i limiti di legittimità potessero essere fatti valere dal Governo mediante ricorso in via principale davanti alla Corte costituzionale, e aveva stabilito che il limite di merito potesse essere fatto valere, ancora dal Governo, sollevando la relativa questione davanti al Parlamento.

Progressivamente, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha trasformato l’interesse nazionale da limite di merito a limite di legittimità ⁽¹¹⁸⁾ delle leggi regionali. Questa trasfor-

(117) In questo senso, si può richiamare Corte costituzionale, sentenza n. 367 del 7 novembre 2007. La Regione Piemonte aveva denunciato alcune norme del d.lgs. n. 157 del 2006 – nella parte in cui sostituiscono, rispettivamente, gli artt. 141, comma 1, 143, comma 3, 146, comma 10, e 156, commi 1 e 3, del d.lgs. n. 42 del 2004 (cd. Codice dei beni culturali e del paesaggio) – in quanto evidenzerebbero l’impostazione «pregiudizialmente centralistica» della novella, con una «accentuazione del potere sostitutivo statale, il cui esercizio è attribuito al Ministero ed alle Sovrintendenze con automatico effetto allo scadere di termini prefissati all’attività regionale e, in taluni casi, anche troppo restrittivamente ed incongruamente stabiliti». La questione è stata ritenuta infondata, in quanto, anche a prescindere da regolamentazioni espresse, la Corte ha precisato che l’esercizio del potere sostitutivo implica, in ogni caso, il rispetto delle garanzie procedurali improntate al principio di leale collaborazione (cfr. anche le sentenze nn. 227 e 43 del 2004 e n. 313 del 2003).

(118) Sulla trasformazione dell’interesse nazionale da limite di merito a limite di legittimità, nonché sulla giurisprudenza della Corte costituzionale ed in particolare sulla sentenza n. 214 del 1985, si veda R. TOSI, *Principi fondamentali e leggi statali nel-*

mazione ha operato essenzialmente in due modi.

Vale la pena ricordare, innanzi tutto, la tecnica del cd. ritaglio delle materie. Sia i trasferimenti di funzioni amministrative operati nel 1972, sia quelli operati nel 1977 avevano attuato ritagli nelle materie di competenza concorrente delle Regioni elencate dall'art. 117, comma 2, Cost., escludendo che fossero trasferiti ad esse taluni settori, funzioni e compiti, che lo Stato aveva deciso di trattenere a sé, sul presupposto della esistenza di un interesse nazionale ⁽¹¹⁹⁾.

In alcuni casi, era lo stesso elenco costituzionale che specificava che la competenza regionale si fermasse a quella parte della materia di interesse regionale. In altri casi, questo non avveniva, ma lo Stato riservava comunque a sé parti di materie di spettanza regionale. In proposito, la Corte costituzionale aveva scritto che “per tutte [le materie] vale la considerazione che, pur nell’ambito di una medesima espressione linguistica, non è esclusa la possibilità di identificare materie sostanzialmente diverse secondo la diversità degli interessi, regionali e sovra regionali, desumibile dall’esperienza sociale e giuridica”, poiché l’ordinamento costituzionale esige, “nel quadro di una razionale individuazione delle due sfere di competenza, che allo Stato faccia capo la cura di interessi unitari, tali in quanto non suscettibili di frazionamento territoriale” ⁽¹²⁰⁾.

Vale inoltre la pena ricordare la cd. funzione di indirizzo e coordinamento delle attività amministrative delle Regioni che attengono ad esigenze di carattere unitario, introdotta dalla legge finanziaria n. 218 del 1970. La Corte costituzionale definì tale funzione il risvolto positivo dell’interesse nazionale ⁽¹²¹⁾. Con essa, lo Stato fissava i criteri minimi di uniformità, i requisiti o i contenuti, che, pur se dotati di un ridotto grado di generalità, o pure se a carattere specifico, erano diretti a costituire il

le materie di competenza regionale, Padova, 1987; R. BIN, *L’interesse nazionale dopo la riforma: continuità dei problemi, discontinuità della giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1213 ss.

(119) L. PALADIN, *Diritto regionale*, Padova, 1985, p. 90 ss.

(120) Corte cost., sentenza n. 138 del 1972.

(121) Corte cost., sentenza n. 39 del 1971.

nucleo normativo unitario intorno al quale le Regioni e le Province autonome avrebbero potuto aggregare una disciplina integrativa o di ulteriore sviluppo.

Infine, l'interesse nazionale ha svolto una ulteriore funzione, anch'essa originariamente non prevista. Esso è stato invocato dalla Corte costituzionale quale presupposto per consentire allo Stato di sostituirsi alle Regioni e alle Province autonome, nell'esercizio delle funzioni amministrative proprie ad esse attribuite ai sensi dell'art. 118, comma 1, Cost. vt., in assenza di una norma costituzionale che prevedesse e disciplinasse espressamente questo potere⁽¹²²⁾. È stato osservato che, in forza della evoluzione legislativa e giurisprudenziale del potere sostitutivo, lo Stato sia stato messo in condizione di intervenire, sia in via legislativa sia in via amministrativa, su qualunque ambito materiale di competenza delle Regioni, purché fosse possibile addurre un'esigenza unitaria da salvaguardare⁽¹²³⁾.

Ogni riferimento all'interesse nazionale ed al controllo di merito è stato cancellato dalla l.c. n. 3 del 2001. La dottrina costituzionale si è interrogata a lungo sul significato da attribuire alla eliminazione del cd. "interesse nazionale" dal testo costituzionale, domandandosi se, alla scomparsa dei riferimenti testuali, corrisponda anche il venir meno delle molteplici funzioni che esso ha svolto nei confronti delle competenze legislative ed amministrative delle Regioni⁽¹²⁴⁾.

(122) In proposito si ricorda che nella sentenza n. 177 del 1988 la Corte costituzionale ha scritto che "il controllo sostitutivo nei confronti di attività proprie delle Regioni può esser legislativamente previsto a favore dello Stato soltanto come potere strumentale rispetto all'esecuzione o all'adempimento di obblighi ovvero rispetto all'attuazione di indirizzi o di criteri operativi, i quali siano basati su interessi tutelati costituzionalmente come limiti all'autonomia regionale (v. sent. n. 177 del 1986 e sent. n. 294 del 1986, sent. n. 64 del 1987 e sent. n. 304 del 1987). Solo in tali ipotesi, infatti, possono riscontrarsi interessi in grado di permettere allo Stato, quando ricorrano le necessarie condizioni di forma e di sostanza per un intervento sostitutivo, di superare eccezionalmente la separazione di competenza tra lo Stato stesso e le Regioni stabilita dalla Costituzione (o dagli Statuti speciali) nelle materie attribuite all'autonomia regionale (o provinciale)".

(123) P. CARETTI, *Indirizzo e coordinamento e potere sostitutivo nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 1992, 2, p. 346 ss.

(124) Sul punto la Corte costituzionale sembra aver assunto una posizione piuttosto ambigua. Nella sentenza n. 303 del 2003 essa aveva affermato che "Nel nuovo Titolo

Sul punto, le opinioni sono quanto mai divergenti. Una prima corrente di pensiero sostiene che lo Stato non possa più adottare norme legislative o atti di indirizzo e coordinamento che incidono sulle competenze legislative ed amministrative delle Regioni, fondati sul presupposto del perseguimento di un interesse nazionale⁽¹²⁵⁾. Gli unici strumenti che lo Stato può utilizzare per tutelare le esigenze unitarie e gli interessi infrazionabi-

*V l'equazione elementare interesse nazionale = competenza statale, che nella prassi legislativa previgente sorreggeva l'erosione delle funzioni amministrative e delle parallele funzioni legislative delle Regioni, è divenuta priva di ogni valore deontico, giacché l'interesse nazionale non costituisce più un limite, né di legittimità, né di merito, alla competenza legislativa regionale*⁷.

La funzione svolta dall'interesse nazionale è stata in parte raccolta dal principio di sussidiarietà, che consente allo Stato di attrarre a sé funzioni amministrative che attingono ad esigenze di carattere unitario e di dettare la relativa disciplina legislativa in ambiti materiali altrimenti riservati alla potestà legislativa esclusiva o concorrente delle Regioni.

Nelle sentenze successive alla n. 303 del 2003, la Corte costituzionale ha tentato un recupero dell'interesse nazionale, così come conosciuto ed utilizzato prima della riforma del 2001. È il caso delle sentenze n. 376 del 2003, n. 50 del 2005 e 378 del 2005, ove è stata consentita l'allocatione di funzioni amministrative a livello statale nell'ambito di materie di potestà concorrente, consentendo allo Stato di dettare la disciplina di dettaglio. È ancora il caso della sentenza n. 307 del 2004, ove l'intervento legislativo statale è stato ammesso sul presupposto che esista una finalità di interesse generale, qual è lo sviluppo della cultura, il cui perseguimento fa capo alla Repubblica in tutte le sue articolazioni.

Esplicita nel senso di un recupero dell'interesse nazionale sembra la sentenza n. 405 del 2005, ove si invoca un rilevante interesse pubblico, che richiede una unitaria salvaguardia, per giustificare l'intervento statale in materia di ordini e di collegi professionali.

Per una disamina delle pronunce sopra indicate si veda: P. CARETTI, *La Corte e la tutela delle esigenze unitarie: dall'interesse nazionale al principio di sussidiarietà*, in *Le Regioni*, 2004, 2-3, p. 381 ss.; PADULA C., *Principio di sussidiarietà verticale ed interesse nazionale: distinzione teorica, sovrapposizione pratica*, in www.federalismi.it, 2006, p. 14.

(125) P. CAVALIERI, *Diritto regionale*, Padova, 2003, p. 141; A. ANZON, *Un passo indietro verso il regionalismo duale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200201/anzon.html; M. LUCIANI, *Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; C. PINELLI, *I limiti alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento nazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro It.*, 2001, V, p. 199, il quale sostiene che le fattispecie descritte dagli artt. 117, comma 2 e 3, e 120, comma 2, Cost. "corrispondono ad altrettante esigenze unitarie, che vengono così per la prima volta nominate individualmente e quindi circoscritte".

li, vincolando la potestà legislativa delle Regioni, sono quelli individuati dall'art. 117, commi 2 e 3, Cost. Lo Stato ha perciò a disposizione alcune competenze legislative a carattere trasversale (livelli essenziali delle prestazioni, tutela dell'ambiente, tutela della concorrenza, ordinamento civile, ecc.), che gli consentono di intervenire in ambiti altrimenti riservati alle Regioni; inoltre, nelle materie che appartengono alla potestà legislativa concorrente, lo Stato può dettare i principi fondamentali delle singole materie, che, come ha precisato la Corte costituzionale nella sentenza n. 282 del 19-26 giugno 2002, hanno la funzione di indirizzare le scelte dei legislatori regionali.

Una seconda corrente di pensiero appare invece più cauta e sostiene che l'interesse nazionale trovi il suo fondamento costituzionale direttamente nell'art. 5 Cost. che afferma l'unità e la indivisibilità della Repubblica⁽¹²⁶⁾. In sostanza, l'interesse nazionale sopravviverebbe nell'ordinamento giuridico come limite implicito, e consentirebbe allo Stato di intervenire sulle competenze legislative ed amministrative delle Regioni a tutela di esigenze unitarie, anche al di fuori dei titoli espressamente indicati nelle norme costituzionali. Un argomento a sostegno di questa interpretazione sembrerebbe ricavabile proprio dall'art. 120, comma 2, Cost. che legittima il Governo a sostituirsi alle Regioni a tutela dell'unità giuridica dell'ordinamento⁽¹²⁷⁾.

Sulla possibilità di utilizzare il potere sostitutivo come strumento diretto a compensare la scomparsa nel testo costituzionale dell'interesse nazionale, inteso quale limite esterno di legittimità alle competenze legislative ed amministrative delle Re-

(126) A. BARBERA, *Scompare l'interesse nazionale?*, in http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/old_pdf/159.pdf; TOSI R., *A proposito dell'interesse nazionale*, in www.forumcostituzionale.it.

Per una disamina di tutte le tesi relative alla sopravvivenza o meno dell'interesse nazionale si veda comunque: P. VERONESI, *I principi in materia di raccordo Stato-Regioni dopo la riforma del Titolo V*, in *Le Regioni*, 2003, 6, p. 1012 ss.; L. CUOCOLO, *Gli interessi nazionali tra declino della funzione di indirizzo e coordinamento e potere sostitutivo del Governo*, in *Quad. Reg.*, 2002, 2, p. 432 ss.; S. BARTOLE, R. BIN, G. FALCON, R. TOSI, *Diritto regionale*, Bologna, 2005, p. 207 ss.

(127) F. CINTIOLI, *Unità giuridica ed economica o interesse nazionale?*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 89.

gioni, è necessario essere particolarmente cauti ⁽¹²⁸⁾. Molto dipende in realtà dal modo in cui si intende il potere disciplinato dall'art. 120, comma 2, Cost.

Infatti, se si reputa che la norma in commento disciplini esclusivamente una ipotesi di sostituzione amministrativa, fondata cioè sull'accertamento dell'inerzia o dell'inadempimento delle Regioni e degli altri Enti locali nell'esercizio delle funzioni amministrative ad esse attribuite, appare improbabile che lo Stato possa utilizzare detto strumento per porre vincoli alla potestà legislativa delle Regioni, al di fuori di quelli espressamente ricavabili dall'art. 117, commi 2 e 3, Cost. Infatti, un potere sostitutivo così concepito non incide sulla titolarità della competenza, che resta in capo al suo originario titolare, ma esclusivamente sul suo esercizio. Inoltre, esso si esprime attraverso atti meramente provvisori adottati dal sostituto, destinati a produrre effetti fino al momento in cui il sostituito non recupera l'esercizio della propria competenza.

Non deve confondere il fatto che i presupposti in presenza dei quali il Governo può esercitare il potere sostitutivo sembrano costituire altrettante ipotesi di "interesse nazionale", come identificate dalla giurisprudenza della Corte costituzionale nel periodo antecedente alla riforma del Titolo V, Parte II, della

(128) L'equivoco sembra essere derivato dal fatto che l'art. 120, comma 2, Cost. contempla tra i presupposti per l'esercizio del potere sostitutivo la tutela dell'unità giuridica e dell'unità economica, che riprende l'art. 72, comma 2, della Costituzione tedesca che disciplina la potestà legislativa concorrente. In particolare si stabilisce che, nelle materie riservate dall'art. 74 alla legislazione concorrente, il Bund ha il potere di legiferare "se lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica, ed in particolare la tutela dell'uniformità delle condizioni di vita, prescindendo dai confini territoriali di ogni singolo Land". In sostanza, quando vi è l'esigenza di tutelare l'unità giuridica ed economica, lo Stato centrale è abilitato a dettare una disciplina unitaria: questo comporta non il semplice esercizio di una competenza altrimenti spettante ad un altro soggetto, ma il suo spostamento verso il Bund. Nonostante le tentazioni insite nella possibilità di utilizzare il potere sostitutivo come una *konkurrierende gesetzgebung*, le differenze tra i due istituti appaiono piuttosto evidenti: il potere sostitutivo previsto dalla Costituzione italiana incide sull'esercizio della competenza, l'altra incide invece sulla titolarità. Inoltre il potere sostitutivo è esercitato dal Governo, la *konkurrierende gesetzgebung* è esercitata dal Parlamento. Infine, il primo riguarda potenzialmente tutti gli ambiti di competenza delle Regioni, la seconda riguarda solo quelli enumerati.

Costituzione (¹²⁹). Fino al 2001, il fortissimo legame esistente tra interesse nazionale e potere sostitutivo dello Stato nei confronti delle Regioni dipendeva dal fatto che la Costituzione non conteneva alcuna norma che prevedesse e disciplinasse espressamente detto potere. L'esistenza di un interesse nazionale, tipizzato in una serie di casi del tutto simili a quelli ora contemplati nell'art. 120, comma 2, Cost., costituiva perciò l'argomento più frequentemente utilizzato della Corte costituzionale per giustificare interventi dello Stato nelle competenze legislative ed amministrative delle Regioni, che sarebbero risultati altrimenti di dubbia legittimità.

Dopo il 2001, questo legame sembra essersi spezzato. Non vi è più traccia dell'interesse nazionale nel testo della Costituzione che ha invece previsto espressamente il potere sostitutivo del Governo nei confronti delle Regioni. In sostanza non vi è più bisogno di ricorrere all'interesse nazionale per giustificare il potere sostitutivo, e bisogna tenersi ben lontani dalla tentazione di compiere il percorso inverso. Dall'art. 120, comma 2, Cost. discendono poteri che operano sul piano dell'amministrazione e non sono in grado di incidere sulla titolarità delle competenze legislative delle Regioni. Fondare su questa norma anche un limite ulteriore e permanente alle potestà legislative regionali non sembra la soluzione più coerente allo spirito e alla funzione che essa svolge nell'ordinamento giuridico (¹³⁰).

(129) Nella sentenza n. 236 del 2004, la Corte costituzionale definisce i casi in cui il potere sostitutivo può essere esercitato espressivi di "interessi essenziali", evitando invece il riferimento agli interessi nazionali.

(130) Sul punto scrive D. PICCIONE, *Gli enigmatici orizzonti dei poteri sostitutivi del Governo: un tentativo di razionalizzazione*, in *Giur. cost.*, 2003, II, p. 1217 che "altrettanto netto dovrebbe ritenersi il superamento della funzione effettiva e reale che la clausola [dell'interesse nazionale] ha svolto nella storia dei rapporti tra Stato e Regioni prima della riforma, in seguito a quel fenomeno di interversione del limite in una riserva di competenza. Ed infatti l'interesse nazionale era stato chiamato in realtà a supporto di ulteriori attribuzioni giuridiche a favore dello Stato e, per ciò che qui interessa, come presupposto di interventi di surrogazione normativa statale svincolati da copertura costituzionale. In presenza di una disciplina costituzionale di tali interventi e soprattutto di un sistema di garanzie che li circonda, il recupero di un fondamento giuridico appare dunque fuorviante".

Qualora invece si intende il potere sostitutivo di cui all'art. 120, comma 2, Cost. come un'ipotesi di intervento nell'esercizio delle funzioni legislative delle Regioni, che opera non solo a seguito di una inerzia o di un inadempimento, ma anche in via preventiva, i termini del discorso potrebbero mutare alquanto. Il Governo si troverebbe ad essere titolare di un potere estremamente ampio ed in grado di incidere potenzialmente su tutte le materie di competenza delle Regioni. Esso potrebbe infatti invocare il perseguimento dell'unità giuridica e dell'unità economica quali presupposti per dettare una disciplina uniforme applicabile a tutto il territorio nazionale. L'indeterminatezza della clausola che giustifica l'intervento sostitutivo conferirebbe ad esso una straordinaria capacità di incidere su tutti gli ambiti riservati alle Regioni.

E' stato rilevato che, ove ciò avvenisse, gli effetti istituzionali sarebbero "devastanti" ⁽¹³¹⁾. Le conseguenze si ripercuoterebbero sia a livello statale che a livello regionale.

Sul piano statale, verrebbe evidentemente sminuito il ruolo del Parlamento nazionale: ammettendo infatti che il Governo eserciti il potere sostitutivo mediante il ricorso al decreto legge, le Camere si troverebbero a ratificare scelte assunte in altre sedi, senza alcuna partecipazione effettiva.

Sul piano regionale, gli Enti si troverebbero costantemente esposti al pericolo di interventi del Governo diretti al recupero di competenze legislative, ad esso altrimenti non spettanti, motivati con la necessità di tutelare una non meglio precisata, né precisabile, unità giuridica ed economica. Per questa via, le competenze regionali potrebbero essere progressivamente svuotate dall'esterno. Non si ritiene sufficiente a scongiurare questo pericolo l'affermazione che il potere sostitutivo inciderebbe comunque solo sull'esercizio della competenza e non anche sulla titolarità, che resterebbe comunque in capo alla Regione. Né varrebbe il carattere provvisorio dell'intervento sostitutivo. Queste non sembrano garanzie sufficienti a contrastare la natu-

(131) A. D'ATENA, *Poteri sostitutivi e konkurrierende gesetzgebung*, in www.associazioneedicostituzionalisti.it.

rale tendenza della disciplina statale a stabilizzarsi, impedendo alle Regioni un pronto recupero degli ambiti ad esse spettanti ⁽¹³²⁾. Inoltre, la mancata regionalizzazione di una delle due Camere impedirebbe ad esse di far valere le loro ragioni nei confronti del Governo, prima che gli effetti dell'intervento sostitutivo adottato con decreto legge possano cristallizzarsi attraverso la conversione in legge.

In questa sede non si intende sostenere che l'interesse nazionale sia scomparso. Esso esiste tuttora, pur manifestandosi in forme in diverse da quelle note in passato (ad es. l'attrazione in sussidiarietà di funzioni amministrative regionali da parte dello Stato per esigenze di esercizio unitario, con conseguente potere di quest'ultimo di dettare la relativa disciplina legislativa). Piuttosto si vuole evidenziare che non è possibile invocare l'art. 120, comma 2, Cost., comunque lo si interpreti, per giustificarne la sopravvivenza, soprattutto se per questa via si tenta di aprire, in maniera più o meno consapevole, un varco che consenta allo Stato di riappropriarsi di competenze legislative che la Carta costituzionale ha affidato alle Regioni in via esclusiva o concorrente. Sebbene la tentazione di utilizzare in questo modo il potere sostitutivo sia evidentemente forte, non si possono comunque sottovalutare tutti i rischi sopra segnalati in ordine ad un "ritorno" dell'interesse nazionale che passi attraverso l'art. 120, comma 2, Cost.

(132) Valgono le riflessioni fatte quindici anni fa da A. FERRARA, *Verso un nuovo modo di intendere la concorrenza delle competenze?*, in *Le Regioni*, 1991, 5, p. 1486 ss.

Povert  e ordinanze dei Sindaci: le politiche pubbliche e l'importanza delle questioni organizzative (*)

di Fulvio Cortese

*«Art is limitation; the essence of every picture is the frame»
(G.K. Chesterton (1))*

Sommario

1. *Prologo: povert  e ordinanze dei Sindaci.* – 2. *Dalle contraddizioni dell'attivit  alle questioni organizzative: i problemi sul tappeto.* – 3. *Politiche sociali e sicurezza urbana: quale coordinamento?* – 4. *Conclusioni: l'importanza della riflessione sulla migliore soluzione istituzionale.*

1. Prologo: povert  e ordinanze dei Sindaci

Nell'ambito della dimensione territoriale comunale, la posizione del binomio "povert "–"ordinanze dei Sindaci" comporta, potenzialmente, la necessit  di affrontare la descrizione e l'analisi di problemi e di fenomeni tanto intrinsecamente complessi quanto apparentemente diversi e al contempo tra loro comunicanti.

La parola "povert " richiama l'esercizio, da parte dell'ente locale, di una serie convergente di funzioni e di prestazioni amministrative di assistenza, caratterizzate spesso da una gestione articolata, oltre che condivisa con le competenze con-

(*) Il presente contributo riproduce, con alcune aggiunte, l'intervento "Povert  e ordinanze dei Sindaci", svolto dall'Autore durante il seminario "Welfare e immigrati: la prospettiva costituzionale" (Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Universit  di Ferrara, 3 febbraio 2009).

(1) G.K. CHESTERTON, *Orthodoxy*, in *Collected Works*, I, San Francisco, 1986, p. 243.

mini di altri soggetti pubblici e con l'azione materialmente svolta, anche volontariamente, da numerosi soggetti privati.

In questo senso, la "povertà" costituisce l'oggetto sul quale gravitano numerose politiche pubbliche comunali, in quanto espressione di una naturale ed essenziale attribuzione della comunità territoriale e dell'ente esponenziale di riferimento in merito alla promozione diffusa di condizioni di vita accettabili e di un modello di cittadinanza locale volto al raggiungimento del massimo grado di integrazione sociale.

Le "ordinanze dei Sindaci", viceversa, costituiscono il terminale ultimo di una ulteriore politica pubblica, quella di sicurezza urbana, che, pur restando nell'orbita dello Stato-apparato, ha dato luogo, in tempi recenti, dapprima a sperimentazioni spontanee e assai singolari ⁽²⁾, quindi ad evoluzioni legislative altrettanto discusse ⁽³⁾.

Tale politica ha assunto espressioni provvedimentali e disciplinari che, se per un verso mirano a garantire formalmente i presupposti della convivenza civile, anche perché astrattamente funzionali all'ottimale esercizio delle politiche sociali sopra menzionate, per altro verso si pongono in profonda relazione di cortocircuito con la *ratio* includente di quelle politiche, rischiando così di vanificarne i risultati concreti ovvero di mutarne in termini significativi le condizioni, i tempi e i modi di svolgimento.

È in quest'ultimo senso che occorre focalizzare l'attenzione degli interpreti.

Non si può ignorare, certamente, che la disciplina attuale delle ordinanze risulta costellata di aspetti molto insidiosi e delicati, tali da minarne in radice la compatibilità stessa con l'ordinamento costituzionale.

Soltanto in via esemplificativa si possono evidenziare i problemi concernenti:

(2) Cfr., per un'analisi di un provvedimento che, a suo tempo, era stato oggetto di numerosi dibattiti, F. CORTESE, *Il "caso" Cittadella: ovvero, breve vademecum per leggere una controversa ordinanza*, in www.forumcostituzionale.it.

(3) Si allude alla modifica, operata nel 2008, dell'art. 54 del TU enti locali, sulla quale si dirà subito *infra*, nel testo.

- la necessità di rispettare le garanzie costituzionali in tema di diritti e libertà (soprattutto con riguardo alla riserva di legge);
- la necessità di limitare, in ogni caso, l'ampia discrezionalità di provvedimenti atipici che possono non essere (e di fatto non sono, oggi, anche per espressa definizione normativa) soltanto temporanei e straordinari;
- la necessità di non ostacolare in modo irragionevole la libera circolazione delle persone;
- la necessità di non dare luogo a determinazioni discriminatorie (sia dirette, sia indirette);
- la necessità di comprendere i confini di un "diritto penale municipale", così come connesso alle ipotesi di mancato rispetto delle prescrizioni stabilite nelle ordinanze.

Nonostante sia evidente che ognuno di tali problemi richiederebbe forme e spazi adeguati di trattazione, il presente contributo intende muoversi, come si è detto, in una direzione del tutto particolare. Le riflessioni che seguono, infatti, sono orientate a sviluppare una prospettiva d'indagine diversa, che se da un lato non intende toccare puntualmente i profili critici da ultimo segnalati, dall'altro si propone di delineare i confini di un approccio che voglia riassumerli tutti, ponendo le basi, cioè, per una loro migliore comprensione e per una loro coerente soluzione.

2. *Dalle contraddizioni dell'attività alle questioni organizzative: i problemi sul tappeto*

Si è accennato, in particolare, alla questione della contraddizione *sistemica* che l'attuale disciplina delle ordinanze può ingenerare nell'ambito delle politiche pubbliche di cui è terminale ultimo il Comune.

La verifica di simile contraddizione costituisce il primo passo per giungere alla comprensione della lettura che in questa sede si intende suggerire. Occorre, pertanto, isolare il sintomo principale della patologia, al fine di trarne le debite considera-

zioni.

Ciò premesso, si può riscontrare, in primo luogo, che le ordinanze sono emanazione del Sindaco nella sua veste di ufficiale del Governo, e quindi nella sua qualità di organo periferico del Ministero dell'Interno. Così è nella nuova formulazione dell'art. 54 del TU enti locali (d.lgs. 18 agosto 2007, n. 267, come modificato dall'art. 6 della legge 24 luglio 2008, n. 125, recante "*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 23 maggio 2008, n. 92, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*")⁽⁴⁾, e così era, del resto, anche nelle corrispondenti iniziative che alcuni Sindaci avevano percorso autonomamente, valendosi della loro tradizionale ed eccezionale potestà circa l'adozione di provvedimenti contingibili e urgenti a tutela dell'incolumità dei cittadini⁽⁵⁾.

In secondo luogo, si può anche evidenziare che, nel modello finora maggiormente diffuso, ogni qual volta l'ordinanza si pone quale obiettivo quello di isolare fenomeni di disagio individuale o sociale (quali, per esempio, l'abuso di bevande alcoliche, l'uso di sostanze stupefacenti, l'accattonaggio ovvero l'esercizio della prostituzione), che, collettivamente considerati, possono anche realizzare i presupposti materiali per il verificarsi potenziale di ipotesi di pericolo per l'incolumità pubblica o per la sicurezza urbana, la disciplina in tal modo adottata si esprime, per un verso, attraverso la posizione di divieti e di sanzioni, per altro verso, attraverso la segnalazione del destinatario del provvedimento repressivo ad altri uffici dell'amministrazione comunale, segnatamente agli uffici che si occupano delle funzioni e delle prestazioni di assistenza⁽⁶⁾.

(4) Per un primo commento alla disciplina in esame v., per tutti, L. VANDELLI, *Le ordinanze del sindaco in materia di sicurezza urbana*, in www.astrid-online.it. Ma cfr., da ultimo, anche G. MELONI, *Il potere "ordinario" dei sindaci di ordinanze extra ordinem*, in www.federalismi.it (ma il medesimo testo è reperibile nell'ambito del Capitolo II della ricerca AA. VV., *Oltre le ordinanze: i Sindaci e la questione dell'insicurezza urbana* (a cura di Cittalia – Fondazione Anci Ricerche), disponibile al seguente indirizzo: http://www.cittalia.it/images/file/Indagine_Oltre%20le%20ordinanze.pdf).

(5) Cfr. *supra* a nt. 2.

(6) Per un'analisi del modello in tal senso ricorrente è possibile consultare le ordinanze adottate dal Comune di Milano e dagli altri Comuni della Provincia di Milano:

Dalla combinazione delle circostanze così riassunte, si manifestano in modo palese sia la contraddizione sopra anticipata, sia la sede reale del vizio di tale assetto, il quale si trova tutto collocato *sul piano organizzativo*, ossia al livello dell'attribuzione al Sindaco, e *solo ad esso*, del compito, delicatissimo e altamente discrezionale, di prefigurare quelle misure che, mentre si occupano di episodi astrattamente fonte di situazioni di pericolo, incidono fortemente sugli obiettivi delle politiche sociali promosse dal medesimo ente locale.

Si noti che il problema è notevole, dal momento che, in questo frangente, il Sindaco non viene formalmente in considerazione quale "capo" dell'amministrazione comunale, né potrebbe ragionevolmente venire in considerazione come tale: un organo politico non può farsi diretto ideatore ed esecutore di una politica affidata alla propria amministrazione, pena la violazione aperta e radicale del principio fondamentale di separazione tra politica e amministrazione.

Ciò nonostante, tale violazione è destinata a verificarsi ugualmente, sia pur in modo surrettizio.

Se è vero, infatti, che in questo contesto il Sindaco è coinvolto come referente territoriale dell'amministrazione dell'interno, e quindi come organo tecnico, è altrettanto vero che le valutazioni che esso è chiamato a svolgere sono di natura strettamente politico-amministrativa, e che è proprio per tale ragione che esso, in definitiva, opera, di fatto, quale rappresentante della comunità che lo ha eletto e dei bisogni di sicurezza che questa comunità considera essenziali. Il Sindaco, in sede di adozione di ordinanze in materia di sicurezza urbana, agisce quale amministratore vero e proprio, ponderando e bilanciando interessi diversi, alla luce delle richieste dei propri cittadini.

È da qui, peraltro, che deriva la contraddizione sopra segnalata: una politica pubblica, positivamente attratta al livello statale e rimessa alla vigilanza del Prefetto, trae le proprie ragioni d'essere da valutazioni strettamente locali e si alimenta di considerazioni altamente discrezionali (quelle del Sindaco), le qua-

li, a loro volta, non sono rimesse all'ordinario funzionamento della dialettica tra organi politici locali e relativa amministrazione, come accade per tutte le altre politiche pubbliche operanti sul territorio, bensì alla valutazione di un organo schiettamente politico, dell'organo dotato della massima legittimazione maggioritaria; le decisioni di quest'organo, poi, pur essendo ipoteticamente rivolte alla sola sicurezza urbana, si spingono a colpire fenomeni che sono oggetto di altre politiche, le quali, però, sarebbero di competenza strettamente comunale; esse, pur dovendo restare oggetto del *continuum* della politica (in senso stretto: Consiglio comunale, Giunta, Sindaco) e dell'amministrazione (in senso stretto) locali, vengono condizionate in modo molto forte da un diverso e paradossale *continuum*, quello operante tra esecutivo (in senso stretto) statale (Ministero dell'Interno) ed esecutivo (in senso stretto) locale (Sindaco).

Si osservi che la violazione del principio di separazione tra politica e amministrazione è, in tal modo, ulteriormente consumata e conclamata, con il rischio che ad essa si aggiungano sistematici e strutturali casi di sviamento di potere, in quanto l'esercizio del potere di ordinanza si presta all'efficace determinazione di risultati rimessi ad altri settori dell'amministrazione.

Un riconoscimento palese, sia pur *a contrario*, di questi esiti sorprendenti è operato anche dalla giurisprudenza amministrativa, e ciò, ancor più sorprendentemente, proprio in una delle pronunce che hanno, per così dire, "salvato" l'attività disciplinare posta in essere dai Sindaci ⁽⁷⁾.

In altri termini, è lo stesso TAR del Lazio ad aver riconosciuto, in sede di giudizio sulla legittimità della nota ordinanza anti-prostituzione adottata dal Sindaco di Roma, che «*la prostituzione su strada*» è «*un fenomeno complesso, da gestire in un'ottica di sicurezza sociale*», e che «*la sottovalutazione degli effetti nocivi del street sex sulle collettività è in patente contra-*

(7) TAR Lazio, sez. II, sentenza 22 dicembre 2008, n.12222, agevolmente reperibile in www.giustizia-amministrativa.it.

sto con quell'intervento di riduzione del danno sociale da insicurezza che s'attua, al medesimo tempo, con la negoziazione delle conflittualità connesse alla prostituzione e con i percorsi di sostegno a favore dei sex workers» (cfr. al punto 5 della motivazione).

Al di là delle censure che in sé e per sé si possono muovere all'argomentazione del giudice amministrativo – che nella sentenza in esame pare muoversi chiaramente sul piano di una cognizione, quella di merito, ad esso generalmente e radicalmente preclusa, in ciò integrando *ex post* l'obbligo di motivazione puntuale che pure deve richiedersi al Sindaco ⁽⁸⁾ – non si può non notare che con simili espressioni si riconosce alla valutazione del Sindaco un valore di vera e propria espressione della politica locale, dando altresì atto della circostanza che tale politica locale richiede complesse valutazioni discrezionali, non estranee ad altri interventi pubblici e con essi potenzialmente confliggenti.

Ma si deve dire di più, anche per la ragione che il fatto che sia il Sindaco ad operare non è fatto rilevante soltanto sul piano della *sola* contraddizione con le politiche sociali del Comune o con la *sola* violazione del principio di separazione tra politica e amministrazione.

La questione è ancor più complessa, poiché, come è stato bene studiato in alcune ricognizioni comparatistiche, per il momento svolte soltanto dai criminologi, questi sintomi patologici rivelano un ulteriore problema, ossia il rischio che la co-

(8) Si noti che TAR Veneto, Sez. III, ordinanza 8 gennaio 2009, n. 22, in *www.lexitalia.it*, ha sospeso l'efficacia dell'ordinanza emessa, sempre in materia di prostituzione, dal Sindaco del Comune di Verona, anche, fra l'altro, per non aver compiutamente motivato la sussistenza di specifici pericoli derivanti da specifici comportamenti (ricordando, cioè, che, di per sé, le prestazioni sessuali a pagamento non costituiscono, nel nostro ordinamento, un illecito). Occorre precisare che tradizionalmente si ritiene, in forza di quanto disposto dall'art. 1 del r.d. n. 1958/1924, che sulle ordinanze contingibili ed urgenti dei Sindaci vi sia giurisdizione di merito. Vero è, tuttavia, che da tale giurisdizione, soggetta ad un criterio di stretta interpretazione, dovrebbero esulare tutte le ordinanze che, sulla base di quanto oggi disposto dall'art. 54 del TU enti locali, difettino del carattere della contingibilità e dell'urgenza. In questo senso, quindi, la pronuncia del TAR del Lazio si potrebbe criticare per i profili sopra esposti.

munità locale sia indotta verso forme simboliche di «*populismo punitivo*»⁽⁹⁾.

Non si può dimenticare, in buona sostanza, che dal 1993 il Sindaco del Comune è, nel nostro ordinamento, la carica maggiormente dotata, sotto il profilo quantitativo, di legittimazione democratica⁽¹⁰⁾; né si può dimenticare che, su queste basi, la rappresentatività sul territorio è diventata intrinsecamente connessa al gradimento *diretto* che l'elettorato può manifestare circa l'azione del proprio Sindaco. Come evitare, pertanto, che la politica di sicurezza urbana non sia utilizzata soltanto in chiave di sostegno elettorale? Come evitare, cioè, a fronte di riforme tese a corresponsabilizzare le comunità locali nei controlli preventivi sui reati, che si verifichi ciò che si è verificato in altri Paesi, ossia la tendenza dei decisori politici direttamente coinvolti a cedere di fronte alla «*tentazione di reagire in maniera politicizzata, soprattutto di fronte ad episodi drammatici, vuoi per negare l'evidenza dell'incapacità statale, vuoi per promettere legge e ordine*»⁽¹¹⁾?

Occorre annotare, a questo punto, che la fattispecie così analizzata rende totalmente visibile, sul piano teorico-generale, l'importanza delle questioni organizzative e la loro intrinseca ed originaria indistinzione con le questioni tipiche dell'attività amministrativa.

In questo caso, più che mai, si può dire, infatti, che il problema è posto "a monte"; in altre parole, e ricordando una nota osservazione di Chesterton, si può affermare che, se è vero, quanto all'universo artistico, che «*the essence of every picture is the frame*»⁽¹²⁾, allora si può realmente confermare, con la migliore dottrina, che, quanto all'ordinamento amministrativo,

(9) Così J. CURBET, *Insicurezza. Giustizia e ordine pubblico tra paure e pericoli*, Roma, 2008, p. 63.

(10) Si allude, in questo senso, alla nota legge n. 81/1993, che ha disciplinato, in senso maggioritario, l'elezione diretta del Sindaco, del Presidente della Provincia, del Consiglio comunale e del Consiglio provinciale. Per una breve illustrazione delle modalità di questa forma di elezione cfr. L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, 2004, pp. 93-94.

(11) J. CURBET, *Insicurezza*, cit., *ibidem*.

(12) Cfr. *supra* a nt. 1.

sono le questioni organizzative ad assumere le sembianze delle questioni obbligatoriamente preliminari, sia in quanto fondate sul nesso di inscindibile continuità esistente tra organizzazione ed azione, sia in quanto capaci di delimitare al meglio i confini effettivi del dibattito: «*Organizzazione ed attività sono (...) due facce della stessa moneta, due profili (due modi di essere) dello stesso sistema di istituzione e di regolazione di strumenti e di rapporti idonei a consentire il raggiungimento di determinati fini*»⁽¹³⁾.

In questo quadro, pertanto, il rapporto tra “povertà” e “ordinanze dei Sindaci” deve potersi intendere, innanzitutto, come rapporto tra modalità organizzative e di azione di tipo radicalmente diverso, le quali o richiedono ciascuna un coerente *ri-pensamento*, o esigono, quanto meno, un’efficace forma di *coordinamento*, tesa a risolvere le vistose contraddizioni che da tale assetto promanano e i pericoli che in esse si annidano.

3. Politiche sociali e sicurezza urbana: quale coordinamento?

Si tratta di capire, però, quale possa essere la soluzione effettivamente praticabile.

Certamente non può considerarsi tale quella che lo stesso art. 54 del TU enti locali propone circa le conseguenze che le ordinanze possono avere «*sull’ordinata convivenza civile delle popolazioni dei comuni contigui o limitrofi*»; per questa ipotesi, infatti, la legge dispone che sia il Prefetto ad indire «*un’apposita conferenza alla quale prendono parte i sindaci interessati, il presidente della provincia e, qualora ritenuto opportuno, soggetti pubblici e privati dell’ambito territoriale interessato dall’intervento*» (comma 5).

È evidente che simile forma di coordinamento è pensata non tanto per consentire di evitare le contraddizioni e i pericoli sopra segnalati, bensì per evitare che vi siano, negli interventi di

(13) M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, p. 123.

volta in volta adottati dai singoli Sindaci, delle disomogeneità tali da cagionare fenomeni incontrollati di “migrazione” dei soggetti o delle attività considerate pericolose e capaci di minacciare la sicurezza urbana o l’incolumità dei cittadini.

Né può considerarsi risolutiva la vigilanza del Prefetto (commi 9 e 11), al quale le ordinanze devono essere preventivamente comunicate «*anche ai fini della predisposizione degli strumenti ritenuti necessari alla loro attuazione*» (comma 4, ultimo periodo).

È chiaro, sul punto, che il ruolo dell’ autorità di pubblica sicurezza si spiega, nella fattispecie, in ragione delle competenze di cui è titolare l’amministrazione statale, non certo quale possibile strumento di controllo sull’adeguatezza e sulla razionalità complessiva della politica di sicurezza urbana quale politica intrinsecamente “in relazione” con le altre politiche di competenza essenzialmente comunale. Risulta scontato, anzi, notare che il Prefetto non potrebbe spingersi al di là degli ambiti ad esso normativamente assegnati; ciò si precisa ad ulteriore conferma dell’idea che la soluzione scelta dal legislatore (Sindaco come ufficiale del Governo e Prefetto come organo di controllo-vigilanza) rappresenti un’opzione davvero poco funzionale.

Si potrebbe ipotizzare, allora, che il Sindaco, operante quale organo dell’amministrazione statale, faccia buon uso di quanto previsto, in linea generale, dalla legge n. 241/1990 circa lo strumento della conferenza di servizi (artt. 14 ss.), anche in chiave soltanto istruttoria, quale luogo di migliore valutazione dei molteplici interessi che la singola azione può rischiare di pregiudicare, oltre che di acquisizione formale delle valutazioni amministrative che l’amministrazione competente (quella comunale) ha formulato circa l’attuazione delle proprie politiche sociali.

Va da sé, tuttavia, che tale strumento è rimesso all’iniziativa, e quindi all’episodica sensibilità, del singolo organo politico.

A venire in discussione, a ben vedere, è proprio il ricorso, *anche in quest’ambito*, alla figura dell’ufficiale di governo, soluzione della cui legittimità, nell’attuale assetto delle competenze amministrative, così come delineato anche dall’art. 118

Cost., pare potersi dubitare proprio sulla base delle considerazioni finora svolte.

Preliminarmente, ciò che non deve dimenticarsi, da parte di qualsivoglia legislatore (statale, o anche regionale), è l'idea che la "sicurezza", per vero non solo quella "urbana", è materia che, in quanto intrinsecamente proiettata verso il raggiungimento di un obiettivo (la sicurezza, per l'appunto), richiede in sé e per sé un'integrazione e un dialogo *con* altre materie e *tra* amministrazioni diverse. Di questa esigenza è consapevole la stessa Costituzione, giacché al comma 3 del già citato art. 118 essa prescrive che è la legge statale a disciplinare «*forme di coordinamento fra Stato e Regioni nelle materie di cui alle lettere b) e h) del secondo comma dell'articolo 117*», ossia nelle materie dell'immigrazione, da un lato, e dell'ordine pubblico-sicurezza, dall'altro ⁽¹⁴⁾.

Quindi, poiché proprio la disposizione costituzionale da ultimo richiamata assegna ai Comuni, tendenzialmente, l'esercizio di tutte le funzioni amministrative, e poiché in essa si stabilisce, parimenti, che a tale attribuzione tendenziale sia possibile fare eccezione soltanto nell'osservanza dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza, le soluzioni praticabili sembrano, probabilmente, tre:

a) lasciare pur sempre al Prefetto, ad opera del legislatore statale, il ruolo di rendersi portavoce delle esigenze locali ed autore dei provvedimenti relativi, ma con previa obbligatoria

(14) Questo dato e la necessità di ipotizzare forme di collaborazione e di coordinamento sono ricordati con attenzione da L. VANDELLI, *Le ordinanze del sindaco*, cit., *passim*, il quale rammenta, altresì, che l'esigenza di trovare soluzioni concertate è stata indicata, sia pur episodicamente, sia dal legislatore (cfr. il comma 439 della legge n.296/1996, Finanziaria per il 2007: «Per la realizzazione di programmi straordinari di incremento dei servizi di polizia, di soccorso tecnico urgente e per la sicurezza dei cittadini, il Ministro dell'interno e, per sua delega, i prefetti, possono stipulare convenzioni con le regioni e gli enti locali che prevedano la contribuzione logistica, strumentale o finanziaria delle stesse regioni e degli enti locali. Per le contribuzioni del presente comma non si applica l'articolo 1, comma 46, della legge 23 dicembre 2005, n. 266»), sia dagli interpreti e dalla prassi applicativa (con ciò si allude ai cc.dd. "patti per la sicurezza": si ricordi, sul punto, che il 23 marzo 2007 il Ministro dell'interno aveva sottoscritto un apposito "Patto" con l'Anci; per un elenco di tutti i "patti" finora stipulati cfr.: http://www.interno.it/mininterno/export/sites/default/it/temi/sicurezza/0999_patti_per_la_sicurezza.html).

consultazione dell'amministrazione regionale e dei Comuni interessati (si noti: *dei Comuni*, non del solo Sindaco; ciò comporta che la comunità locale nella sua interezza si esprima adeguatamente, o, meglio, che l'ente locale si esprima previa discussione pubblica sulle esigenze e sulle risposte da dare nell'ambito del Consiglio comunale, nell'insieme di valutazioni complesse sugli obiettivi di tutte le politiche comunali eventualmente coinvolte);

b) riconoscere, sempre ad opera del legislatore statale, che la politica di sicurezza urbana è cosa diversa dalla materia dell'ordine pubblico e della sicurezza *tout court* e che essa può rientrare nelle funzioni fondamentali del Comune stesso, rimettendone la programmazione e la gestione all'ordinario circuito locale di politica e amministrazione, ed obbligando in tal modo l'amministrazione territoriale (e non il solo Sindaco) a concordare con l'amministrazione statale e con l'amministrazione regionale le modalità esecutive degli interventi e le forme di coordinamento tra le diverse forze di polizia;

c) riconoscere, da parte delle Regioni, e per la materia della polizia amministrativa locale, un ruolo essenziale dei Comuni (ancora una volta delle *amministrazioni comunali*, e non del Sindaco) circa l'esercizio di tutte le funzioni amministrative, ivi comprese quelle concernenti la sicurezza urbana (in questo senso "rivista" all'interno della "polizia amministrativa locale"), da disciplinarsi anche mediante l'adozione di appositi regolamenti e mediante la compresente previsione di un obbligo di coordinamento con le diverse forze di polizia operanti sul territorio.

Quest'ultima possibilità sembra, allo stato, poco praticabile, se non altro per il fatto che l'amministrazione statale, proprio in sede di attuazione di quanto previsto dall'art. 54 del TU enti locali, ha definito la sicurezza urbana nell'ambito delle proprie attribuzioni in materia di ordine pubblico e sicurezza ⁽¹⁵⁾.

Le altre due, invece, sembrano entrambe più facilmente di-

(15) Cfr., in particolare, il d.m. 5 agosto 2008, che si occupa di definire i presupposti applicativi del riformato art. 54 del TU enti locali (cfr. in *G.U.* n. 186 del 9 agosto 2008).

sponibili e pienamente realizzabili. In tutti questi casi, ad ogni modo, è comunque e sempre la figura del Sindaco quale ufficiale del Governo ad essere travolta.

Per quanto concerne il problema affrontato in questa sede, poi, l'espressa clausola di "salvezza" contenuta nell'art. 2, comma 4, della "legge La Loggia", n. 131/2003 – che prevedeva restassero «ferme le disposizioni in vigore relative alla vigilanza sui servizi di competenza statale attribuiti al sindaco quale ufficiale del Governo, nonché, fatta salva la polizia amministrativa locale, ai procedimenti preordinati alla tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica» – non sembra potersi invocare utilmente, sia in quanto le evoluzioni successive, che hanno attribuito al Sindaco i già indicati poteri di ordinanza, hanno, come si è visto, cagionato, e rischiano vieppiù di aggravare, un'alterazione sistematica di equilibri e di funzioni, a vantaggio degli esecutivi e a discapito dell'autonomia locale e della reale attuazione del principio di separazione tra politica e amministrazione, sia per la ragione che, comunque, e anche a prescindere da quanto si è da ultimo detto sull'auto-rappresentazione che l'esecutivo nazionale ha operato circa la materia in cui ricadono le ordinanze dei Sindaci, quella clausola non impedisce, a rigore, che la sicurezza urbana sia definita, come si è anticipato, e sia pur parzialmente, anche nell'ambito della polizia amministrativa locale.

Non è un caso, a tale riguardo, che siano diverse le Regioni che, da tempo, sono intervenute in materia, peraltro predisponendo proprio opzioni disciplinari che sono decisamente orientate a riconoscere espressamente un ruolo importante (i.e. di *promozione*) ai Comuni e a definire ogni scelta strategica nell'ambito di soluzioni concordate tra tutti i soggetti, pubblici e privati, coinvolti (i.e. nel contesto della *stipulazione* di veri e propri "patti" territoriali per la sicurezza) ⁽¹⁶⁾.

(16) Soltanto in via esemplificativa cfr. la legge 14 aprile 2003, n. 4, della Regione Lombardia, nonché la legge 4 dicembre 2003, n. 24, della Regione Emilia-Romagna. Per un elenco completo, cfr. la rassegna resa disponibile dal Fisù (Forum Italiano Sicurezza Urbana) al seguente indirizzo: http://www.fisu.it/wcm/fisu/sezioni/sezione_4_documentazione/normativa/leggi_regionali.htm.

Ad ogni modo, ciò che risulta abbastanza chiaro è che la scelta di allocare ogni responsabilità nel Sindaco come ufficiale del Governo, e quindi nel Sindaco come figura istituzionale asseritamente capace di coordinare in un *unico organo* esigenze e politiche tanto diverse, rischia di essere, in questo frangente, del tutto inefficace.

Nel momento in cui il legislatore statale riconosce alla comunità locale un compito di effettiva percezione di un'esigenza di sicurezza, consentendole di esprimerla e di veicolarla nella direzione opportuna, risulta difficile seguitare a considerare l'ente locale come una «*circostrizione territoriale dello Stato*»⁽¹⁷⁾.

Si deve ricordare, viceversa, che un diverso sviluppo, nel senso cioè di un accrescimento delle funzioni del Comune quale ente dotato di autonomia anche nell'ambito della sicurezza urbana (con contestuale ed eventuale riassorbimento della stessa nel novero delle competenze di cui è il Comune medesimo ad essere responsabile e a doversi dotare delle necessarie strutture amministrative, attivandosi in collaborazione con gli altri enti territoriali), non può considerarsi del tutto inedito o completamente innovativo. Come è stato autorevolmente osservato, infatti, gli studi più tradizionali, e se si vuole risalenti, sulla dimensione dell'autonomia comunale hanno sempre ricompreso nell'ambito delle funzioni di tendenziale e naturale pertinenza locale anche quelle concernenti la sicurezza della collettività di riferimento⁽¹⁸⁾.

(17) Questa l'espressione utilizzata da M.S. GIANNINI, *I Comuni*, in ID. (a cura di), *I Comuni*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Vicenza, 1967, p. 9 ss., oggi anche in ID., *Scritti*, V, Milano, 2004, p. 635 ss., in part. p. 658. Il fatto che il Comune, quale ente autarchico, fosse considerato tecnicamente, in età pre-repubblicana, come «circostrizione amministrativa dello Stato», si trova enunciato con ampiezza di argomentazione nella più classica delle trattazioni: cfr. SANTI ROMANO, *Il Comune (parte generale)*, in V.E. ORLANDO (diretto da), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, Parte I, Milano, 1908, p. 497 ss., in part. p. 557 ss.

(18) In questo senso A. CORPACI, *Sui nuovi poteri dei Sindaci in materia di sicurezza: un rafforzamento delle autonomie locali?*, in *Le Regioni*, 2008, p. 465 ss., il quale cita gli studi di Guido Zanobini.

4. Conclusioni: l'importanza della riflessione sulla migliore soluzione istituzionale

Poiché il presente contributo si è esplicitamente orientato, sin dall'inizio, ad evidenziare l'importanza delle questioni organizzative, del loro intrinseco rapporto con i problemi dell'azione amministrativa e delle diverse forme di *coordinamento* che di volta in volta possano essere invocate, dall'analisi finora svolta si possono trarre indicazioni interessanti, che riguardano, in realtà, anche ambiti diversi da quelli toccati dalle ordinanze dei Sindaci, e che paiono valide, più in generale, ogni qual volta si tratti di mettere in comunicazione politiche pubbliche e istituzioni tra loro diverse.

Il fatto che la scelta dell'ufficiale di Governo – come istituto valido a sintetizzare in un unico contesto e in un unico decisore problemi necessariamente ricompresi nella sfera di attribuzione o di azione di una pluralità di soggetti posti su livelli del tutto diversi – sia una scelta non completamente condivisibile conferma non solo la graduale obsolescenza dell'istituto stesso (storicamente confinato, d'altra parte, in sede di esecuzione di attività vincolate o del tutto predeterminate dall'amministrazione centrale, quali l'anagrafe e lo stato civile), bensì anche la necessità di prendere atto che il raggiungimento di obiettivi amministrativi *complessi* richiede strumenti che a tale complessità siano effettivamente adeguati e proporzionati.

In altri termini, a fronte di un obiettivo complesso (la sicurezza urbana) non solo è contestabile, per i motivi che si sono detti dianzi, la soluzione organizzativa in se e per sé considerata (Sindaco come ufficiale del Governo), bensì anche il fatto che tale soluzione comporta *ancora* il ricorso a modelli d'azione del tutto esclusivi e tipici dell'amministrazione di stampo gerarchico (l'ordinanza), in modo indifferente, quindi, alla considerazione che, allo stato attuale, ogni politica pubblica è tendenzialmente oggetto di strutturali e inevitabili interferenze.

Come è stato efficacemente notato da chi, proprio in sede di ricostruzione generale, e sia pur in altro contesto, si è occupato da tempo del tema del coordinamento, la risposta amministrati-

va in situazioni di difficile soluzione, sia sotto il profilo delle opzioni organizzative, sia sotto il profilo delle opzioni dell'azione, deve naturalmente prevedere e formalizzare, per essere pienamente conforme al dettato dell'art. 97 Cost., rapporti, per così dire, "lateralmente", consistenti «nel porre in diretta comunicazione tra loro i vari detentori delle informazioni e nel dare luogo a processi decisionali di tipo collegiale o concordato in ordine a problemi comuni, posti su livelli intermedi dell'organizzazione»⁽¹⁹⁾.

Se ciò è vero già all'interno dell'ipotesi dell'esercizio del potere discrezionale da parte di un unico decisore, la necessità disciplinare ed operativa così prefigurata tende inevitabilmente ad imporsi con maggiore forza laddove, in considerazione del pluralismo territoriale, i decisori siano inevitabilmente molteplici, ovvero anche laddove, in considerazione dell'esistenza materiale di questioni, come si è detto, complesse, l'esercizio di quel potere discrezionale coinvolga naturalmente l'esercizio di altri poteri discrezionali o di altre attività, anche private, concretamente rilevanti.

A questo punto si può ricordare che il TAR del Lazio, nella stessa sentenza che si è in precedenza rammentata, per giustificare la legittimità dell'intervento del Sindaco di Roma in sede di adozione di un'ordinanza anti-prostituzione, ha indirettamente svelato anche l'improrogabilità delle considerazioni da ultimo svolte, poiché, con riguardo al fenomeno della prostituzione di strada e al fatto che essa possa configurarsi anche quale attività lavorativa lecita, di carattere autonomo, ha testualmente affermato che essa resta «pur sempre soggetta ai limiti ex art. 41, II c., Cost., per cui l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana» (v. sempre il punto 5 della motivazione)⁽²⁰⁾. In buona sostanza, ed indipendentemente dalla correttezza specifica dell'argomento uti-

(19) Così F. MIGLIARESE TAMBURINO, *Il coordinamento nell'evoluzione dell'attività amministrativa*, Padova, 1979, 133, prendendo spunto dalle note teorie di J.R. Galbraith in materia di progettazione organizzativa.

(20) Cfr. *supra* a nt. 7.

lizzato, il giudice amministrativo ha riconosciuto che un'attività di ponderazione e di bilanciamento di determinati interessi è necessaria e che, in quel caso specifico, come avviene per le attività di rilevanza economica, tale attività non può essere sempre esclusa. Vero è, tuttavia, che – ed è questo che interessa in questa sede – simile attività, proprio perché *complessa*, al pari della (o come la) programmazione delle attività in campo economico, è attività che richiede strutturalmente un *coordinamento* e che mal sopporta, quindi, soluzioni *esclusive*. La necessità strutturale di “rapporti laterali” è ulteriormente dimostrata.

Sicché, anche da tale punto di vista, occorre domandarsi se le sperimentazioni regionali cui si è brevemente accennato in precedenza siano davvero fuori luogo e se non sia opportuno, viceversa, valorizzarne gli accorgimenti nel frattempo creati proprio in quanto rivolti, sulla base dell'acquisita consapevolezza circa il ruolo primario dell'autonomia comunale, alla promozione di procedimenti partecipati di programmazione e di esecuzione condivisa della politica di sicurezza urbana quale obiettivo di pertinenza congiunta di una pluralità eterogenea di attori istituzionali, sia pubblici sia privati.