

LE ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

Regione e Governo Locale

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

1

**2007 • ANNO XXVIII
gennaio/febbraio**

**Comunicazione “concorrente” tra Stato
e Regione**

Studi e ricerche

Indice 1.07

COMUNICAZIONE "CONCORRENTE" TRA STATO E REGIONE

- 7** Legislazione “concorrente” in materia di comunicazione e “modello Corecom”/ *Franco Del Campo*
- 11** I criteri di allocazione delle competenze nella giurisprudenza costituzionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione / *Filippo Benelli*
- 39** La disciplina comunitaria delle comunicazioni. Tra regolamentazione “decentrata” e liberalizzazione del mercato / *Stefano Amadeo*
- 73** Potere estero delle Regioni e cooperazione transfrontaliera dopo la riforma del Titolo V / *Dimitri Girotto*
- 91** Comunicazione e specialità regionale: il quadro normativo previsto dal progetto di nuovo Statuto del Friuli Venezia-Giulia/ *Leopoldo Coen*

STUDI E RICERCHE

- 103** Riflessioni sul principio cooperativo, prima della riforma delle Conferenze / *Stelio Mangiameli*

**Comunicazione “concorrente”
tra Stato e Regioni**

Legislazione “concorrente” in materia di comunicazione e “modello Corecom”

di Franco Del Campo

Sono passati più di cinque anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione (2001), che permette alle Regioni di esercitare una “legislazione concorrente” in materia di comunicazione.

Si tratta di un’opportunità importante, eppure fino ad oggi non ci sono stati interventi mirati ad esplorare le competenze concorrenti nell’ambito dell’“ordinamento della comunicazione”, che pure a livello nazionale attira tante polemiche ed attenzioni.

Da quando questa parte della Carta costituzionale è stata approvata, infatti, nessuna Regione ha ancora provveduto a disciplinare nuove forme di comunicazione che valorizzino il territorio. Per capire come mai non ci sono state – ancora – iniziative “concorrenti” in questo settore strategico della nostra modernità, il Comitato regionale per le comunicazioni del Friuli Venezia-Giulia (Corecom FVG) ha avviato un’ampia ricerca, con la collaborazione dell’ISGRe e del Dipartimento di Scienze giuridiche dell’Università di Udine.

Questo Convegno, che vede la presenza dei vertici istituzionali della Regione e docenti di livello nazionale esperti della materia, vuole essere il primo passo di un percorso che il Corecom FVG ha intrapreso, per delineare scenari e potenzialità, che possono migliorare ulteriormente il sistema della comunicazione e dell’informazione a livello regionale, avvicinandola ulteriormente ai cittadini e al territorio.

Si tratta di applicare alla materia “liquida” della comunicazione gli stessi metodi che la riforma della Costituzione ha innescato in altri settori.

È, innanzi tutto, un problema di metodo, di *modus operandi*, che impone il superamento – come è stato detto – di una vecchia logica che incardinava il rapporto tra Stato e Regioni a

principi di separazione, ma anche di supremazia e di implicita subordinazione.

Il nuovo metodo, invece, innesca forme di cooperazione e di collaborazione, che da una parte vincola i legislatori regionali al rispetto della normativa nazionale, ma dall'altra apre prospettive per perseguire gli obiettivi comuni (da concordare) con una maggiore attenzione, conoscenza e vicinanza alle specifiche esigenze del territorio, anche per quanto riguarda il sistema della comunicazione e dell'informazione.

E' questa la logica che ha portato all'accordo quadro tra Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, la Conferenza permanente Stato-Regioni e la Conferenza dei Presidenti dei Consigli regionali (giugno 2003) e che ha accelerato l'istituzione dei Corecom in numerose Regioni italiane.

Si potrebbe parlare, come è stato fatto, di una sorta di "modello Corecom", visto che siamo un "organo funzionale" all'Autorità, espresso dalla Regione che mantiene stretti rapporti di collaborazione con il Ministero delle Comunicazioni.

Siamo al tempo stesso organo di vigilanza, di garanzia, ma anche di consulenza nei confronti della Regione, per tutto ciò che riguarda la complessa materia della comunicazione.

Il "modello Corecom" può essere prezioso come elemento di raccordo tra organi dello Stato, anche dando il proprio contributo, basato su conoscenza ed esperienza, per chiarire le possibili interpretazioni sull'"ordinamento delle comunicazioni" a livello regionale.

È particolarmente preziosa l'esperienza che i Corecom hanno accumulato nel proprio concreto operare quotidiano, all'interno delle proprie funzioni istituzionali (monitoraggi, conciliazioni, tutela minori, istruttorie, pareri e ricerche).

Saranno gli esperti, anche nell'incontro oggi, a delineare gli scenari giuridici ed istituzionali che si possono aprire (finalmente) anche nel settore della comunicazione.

I Corecom, grazie alla propria esperienza, possono contribuire a disegnare questi scenari, come è successo al Corecom FVG nei confronti del Ministero, dell'Autorità e della Regione.

Un esempio concreto viene dalle istruttorie che i Corecom

svolgono per conto del Ministero della Comunicazione per i finanziamenti alle emittenti televisive locali (con il “fine di incentivare l’adeguamento degli impianti in base al piano nazionale di assegnazione delle frequenze per la radiodiffusione televisiva” in base all’art. 45, co. 3 della l. 448/98).

La legge nazionale ha dato contributi crescenti alle emittenti televisive locali: dai 12 milioni di euro nel 1999, ai 42 milioni di euro nel 2001 ai 98 milioni di euro nel 2006, con la previsione di arrivare a 128 milioni di euro con l’approvazione della Finanziaria 2007.

I criteri per l’assegnazione dei contributi sono stabiliti a livello nazionale e riguardano prevalentemente la media dei fatturati realizzati nel triennio precedente e il personale che ogni singola emittente impiega effettivamente per lo svolgimento dell’attività televisiva in ciascun bacino di utenza.

E’ possibile pensare, dentro questi nuovi scenari, che le Regioni possano legiferare anche su questi argomenti? E’ possibile che le Regioni possano avere voce in capitolo per definire ulteriori criteri, qualitativi, per adeguare i finanziamenti alla realtà territoriale, tenendo conto e valorizzando diverse identità culturali, sociali e linguistiche (il Corecom del Friuli Venezia-Giulia ha “girato” precise indicazioni e richieste al Ministero)? E’ possibile, prima o dopo, immaginare di avere una reale autonomia dell’informazione regionale da parte del servizio pubblico Rai?

Sono tutte domande che ci accompagnano in questo inizio di percorso.

Arriveranno risposte e soprattutto altre domande, che faranno crescere la consapevolezza delle istituzioni sul proprio ruolo nel sistema della comunicazione a livello regionale.

L’obiettivo che poniamo e ci proponiamo è il miglioramento, il potenziamento e la valorizzazione della comunicazione e dell’informazione sul territorio, a vantaggio dei cittadini.

L’obiettivo può essere quello di avere un sistema dell’informazione che racconta il locale in una prospettiva più ampia, nazionale, internazionale ed europea. E’ una sfida a cui il Corecom FVG vuole partecipare con spirito costruttivo.

I criteri di allocazione delle competenze nella giurisprudenza costituzionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione

di Filippo Benelli

Sommario

1. Premessa. – 2. Un riparto apparentemente semplice. – 3. Il limite delle materie. – 4. La potestà legislativa concorrente. – 5. L'eterogeneo elenco dell'art. 117, secondo comma, Cost. – 6. Materie-non materie. – 7. Il principio di sussidiarietà legislativa. – 8. Dall'amministrazione alla legge, dal principio di sussidiarietà al parallelismo di funzioni. – 9. Conclusioni.

1. Premessa

Vorrei provare ad offrire uno sguardo d'insieme dei criteri di allocazione delle competenze legislative disegnato dalla legge costituzionale n. 3/2001 in chiave *evolutiva*, ovverosia soffermandomi su come il dato letterale sia stato oggetto di un corposo intervento di sistematizzazione da parte della Corte costituzionale. La riforma del 2001 ha innovato sensibilmente i rapporti tra Stato e Regioni, modificandone struttura e principi informatori. Tuttavia, come ogni riforma di così ampio respiro, sono molti i problemi interpretativi ed applicativi che ne scaturiscono, acuiti, nel caso di specie, da una tecnica normativa che suscita più di una perplessità ⁽¹⁾. Difatti, chiedersi oggi come

(1) Si tratta di un'osservazione ricorrente, ripresa costantemente negli scritti a commento sul nuovo Titolo V della Costituzione. Cfr., per tutti, A. ANZON, *I poteri delle regioni dopo la riforma costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 97; P. CARETTI, *L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale, alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione: aspetti problematici*, in *Le Regioni* 2001, p. 1223; M. LUCIANI, *L'autonomia legislativa*, in *Le Regioni* 2004, p. 355, che parla di "innumerevoli incertezze, insufficienze, imprecisioni del nuovo testo costituzionale". G. FALCON, *Il big bang del regionalismo italiano*, in *Le Regioni* 2001, p. 1144 riferisce di "difetti di stesura tanto spesso sottolineati da essere divenuti un luogo comune".

sia organizzata la distribuzione della funzione legislativa esaurendo la riflessione al solo elemento testuale rappresenterebbe una visuale deformante dei rapporti tra Stato e Regioni.

È innegabile che, alla prova di fatti, qualsiasi modello di ingegneria costituzionale che miri a disciplinare i rapporti tra Enti debba fare i conti con le frizioni e le incongruenze che solo le singole peculiarità del caso di specie sono in grado di mettere pienamente in luce. Ed è, altresì, noto che qualsiasi modello giuridico richieda, alla prova dei fatti, assestamenti e correzioni. Questi semplici assunti rappresentano una delle principali chiavi di lettura del nuovo regionalismo italiano e consentono di percepire come l'apparente scollamento tra Costituzione formale e prassi rappresenti, in parte, la fisiologica conseguenza dell'interpretazione della fonte costituzionale, che ha solo pallidamente abbozzato le direttrici del nuovo Stato regionale ⁽²⁾. È, infatti, apparso da subito evidente che la ridefinizione dei rapporti tra legislatori disegnata dal riformatore costituzionale avrebbe comportato un faticoso e lungo lavoro di *sistematizzazione* e *consolidamento* in sede di attuazione ⁽³⁾.

E difatti, le soluzioni fornite dalla prassi fino ad oggi inveratasi *“danno del vigente ordinamento regionale un'immagine forse imprevedibile per chi pretendesse di fermarsi al solo dettato delle nuove disposizioni”* ⁽⁴⁾ che, per certi versi, potrebbe richiedere una maggiore e più ponderata riflessione.

La riforma è divenuta immediatamente operativa ⁽⁵⁾, in as-

(2) A. ANZON, *I poteri delle regioni dopo la riforma costituzionale*, cit., p. 197 parla di “*numerosissime incognite*” legate all'attuazione della riforma e F. PIZZETTI, *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico «esplosivo»*, in *Le Regioni* 2001, p. 1191 sottolinea come “*siamo di fronte a una riforma che, per essere pienamente attuata, richiede non solo uno sforzo certamente inusuale di interpretazione e di sistematizzazione, ma anche uno sforzo non meno rilevante di completamento e di implementazione*”.

(3) Così F. BILANCIA, *La riforma del Titolo V della Costituzione e la «perdurante assenza di una trasformazione delle istituzioni parlamentari»*, in *Giur. cost.* 2004, p. 137.

(4) S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *Le Regioni* 2004, p. 580.

(5) Sul punto si rinvia a F. BENELLI, *Quid iuris? Il Giudice delle leggi (statali e regionali) tra “vecchio” e “nuovo” Titolo V della Costituzione*, in *Studium iuris* 2003, p. 1242 ss. ed alla dottrina ivi richiamata.

senza di una accurata disciplina transitoria ⁽⁶⁾ e senza la frapposizione di ulteriori interventi legislativi statali di trasferimento ⁽⁷⁾, cosicché il susseguente contenzioso costituzionale ha trovato (e trova tuttora) soluzione in assenza di qualunque altra utile razionalizzazione normativa ⁽⁸⁾ in ausilio delle insufficienti previsioni costituzionali frutto di una tecnica legislativa imperfetta.

2. Un riparto apparentemente semplice

A prima lettura, il meccanismo distributivo delle competenze legislative disegnato dal riformatore costituzionale appare semplice: vi sono materie, quelle indicate nel secondo comma dell'art. 117, che appartengono alla competenza esclusiva statale. In questi settori sarebbe precluso alle Regioni ogni intervento normativo.

Vi sono, poi, gli ambiti di legislazione concorrente indicati nelle materie del successivo terzo comma. Questa previsione si attesterebbe secondo una linea di continuità con il passato poiché, pur nel *rimescolamento* delle materie, troverebbe conferma il meccanismo della *concorrenza all'italiana*, che si fonda sulla

(6) Ricorda R. BIN, *La delega relativa ai principi della legislazione statale (Commento all'art. 1, commi 2-6)*, in G. FALCON (a cura di), *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, Bologna, 2003, p. 21 che "a fronte delle molte e rilevantissime innovazioni, spesso incomplete o oscure nella scrittura, sarebbe stata necessaria una accurata disciplina transitoria e d'attuazione per governare il passaggio dal vecchio al nuovo assetto dei poteri legislativi, disciplina che invece non è stata data".

(7) In senso contrario, cfr., ad es., M. LUCIANI, *Le nuove competenze legislative delle regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001*, in *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni* 2002, suppl. n. 1, pp. 10-12, e ID., *L'autonomia legislativa*, cit., p. 366 che, applicando la VIII e la IX disposizione finale della Costituzione, ritiene indispensabile il concreto trasferimento di funzioni.

(8) In merito a tale problematica, M. LUCIANI, *Le nuove competenze legislative delle regioni*, cit., p. 12, sottolinea efficacemente che "il trasferimento non serve soltanto a determinare le risorse conferite, ma anche ad identificare con precisione, interpretando il dettato costituzionale, i limiti rispettivi delle competenze legislative da esercitare".

distinzione tra principio e dettaglio ⁽⁹⁾. Invero, parte della dottrina si è interrogata sul reale significato delle novità testuali con cui l'art. 117, terzo comma, Cost. ha (ri)delineato gli ambiti di legislazione concorrente ⁽¹⁰⁾. Tuttavia la prassi fino ad ora inverteasi ha mortificato le interpretazioni più innovative ⁽¹¹⁾.

Infine, tutti gli altri settori della legislazione sono attribuiti alla competenza della Regione (competenza residuale ⁽¹²⁾).

Una delle più significative novità della riforma sarebbe, quindi, rappresentata dal ribaltamento del criterio di enumerazione delle competenze ⁽¹³⁾, atteso che è ora lo Stato, e non più

(9) Le difficoltà applicative del modello sono ben note e si dipanano dall'incertezza iniziale relativa alla stessa differenziazione tra norma di principio e di dettaglio. Anche per questo motivo, la dottrina non ha accolto favorevolmente la continuità della riforma sotto questo specifico aspetto. Ad esempio, P. CARETTI, *L'assetto dei rapporti*, cit., p. 1224, ritiene che il mantenimento della competenza legislativa di tipo concorrente secondo il modello all'italiana sia un "rilevante problema" e che un modello alla tedesca "sarebbe stato assai preferibile". Sulla difficoltà di definire una linea di demarcazione tra norma di principio e norma di dettaglio cfr., a titolo esemplificativo, R. TOSI, «*Principi fondamentali*» e *leggi statali nelle materie di competenza regionale*, Padova, Cedam, 1987; A. D'ATENA, *Relazione di sintesi*, in *Le autonomie territoriali nella riforma costituzionale*, a cura di G. BERTI e G.C. DE MARTIN, Milano, Giuffrè, 2001, p. 228; A. PAOLETTI, *Leggi-cornice. Crisi di un modello*, Milano, Giuffrè, 2001. Sulla prevalenza del criterio sostanziale per la definizione della norma di principio cfr. A. D'ATENA, *Impatto del policentrismo legislativo sul sistema delle fonti*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 401 ss. Sull'indifferenza dell'autoqualificazione della norma come di dettaglio, cfr. Corte cost., sent. n. 482/1995 e, in riferimento al nuovo assetto costituzionale, sent. n. 280/2004 secondo cui "non tutte le disposizioni che in tal senso si autoqualificano né il loro compiuto tenore letterale" costituiscono in ogni caso "principi della legislazione dello Stato", ma soltanto "i nuclei essenziali del contenuto normativo" che tali disposizioni esprimono".

(10) Sul punto cfr., ad esempio, A. RUGGERI – P. NICOSIA, *Verso quale regionalismo?*, in *Rass. parl.* 2001, p. 101.

(11) Incisivamente R. TOSI, *La legge costituzionale n. 3 del 2001: note sparse in tema di potestà legislativa ed amministrativa*, in *Le Regioni* 2001, p. 1237, sottolinea che "quanto alla potestà legislativa prevista dall'attuale comma 3 dell'art. 117 non credo che, neppure esaltando le novità testuali, ci siano buoni motivi perché essa venga concepita in termini diversi da quelli che l'hanno caratterizzata finora".

(12) Benché la dottrina e la stessa giurisprudenza costituzionale (cfr., ad esempio, le sentt. nn. 308/2004, 17/2004, 4/2004) talvolta enuncino la competenza di cui all'art. 117, quarto comma, come *esclusiva*, la definizione "residuale" (utilizzata dal Giudice delle leggi in molte sue pronunce come, ad es., nella sent. n. 388/2004) pare più appropriata in ragione dei molti punti di interferenza fra questo ambito normativo e le competenze statali.

(13) Tale novità è stata sottolineata, spesso con enfasi, dalla dottrina. Cfr., ad esem-

la Regione, l'ente a competenze enumerate.

Salvo accertare la possibilità di una sua camaleontica ricomparsa negli interstizi del nuovo tessuto costituzionale (possibilità fin da subito adombrata da parte della dottrina), scomparire, invece, il limite dell'interesse nazionale che nell'esperienza pregressa – attraverso la sua graduale metamorfosi da limite di merito a limite di legittimità⁽¹⁴⁾ – aveva rappresentato il caposaldo a difesa del coordinamento normativo e delle esigenze unitarie, con conseguente erosione di significativi segmenti della sfera delle competenze legislative regionali.

3. Il limite delle materie

La legge costituzionale n. 3 del 2001 ha mantenuto la tecnica di ripartizione *per materia* che presuppone la possibilità di suddividere l'ordinamento giuridico per settori autonomi e predefiniti, da ricondursi agli enunciati normativi contenuti nell'art. 117, secondo, terzo e quarto comma, della Costituzione. In realtà, come l'esperienza pregressa ha evidenziato, il complesso fascio di interessi che il più delle volte entra in gioco in ciascuna situazione giuridica mal si presta ad essere districato con gli strumenti che fornisce il criterio materiale.

Accanto a questo difetto di funzionamento del riparto per materia, che potremo definire *congenito*, l'infelice tecnica nor-

pio, A. ANZON, *I poteri delle regioni dopo la riforma costituzionale*, cit., p. 198; F. PIZZETTI, *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico «esplosivo»*, in *Le Regioni 2001*, pp. 1160-1161, che, in riferimento a tale aspetto, parla di "aspetto più macroscopico della riforma"; M. LUCIANI, *L'autonomia legislativa* cit., p. 356, secondo cui è "evidente che il tratto immediatamente caratterizzante il nuovo art. 117 Cost. si trova proprio nel rovesciamento del precedente modello di ripartizione delle competenze per materia". Di "rivoluzione epocale" riferisce E. D'ARPE, *La Consulta censura le norme statali "cedevoli" ponendo in crisi il sistema: un nuovo aspetto della sentenza 303/2003*, in www.forumcostituzionale.it.

(14) Di "una sorta di conversione del limite di merito delle leggi regionali in limite di legittimità" riferisce S. BARTOLE, *Le Regioni*, Bologna, 1997, p. 216. La Corte, sin dall'inizio, non ha ritenuto questa prassi in contrasto con la Costituzione. Cfr. già la sent. n. 15/1956, anche se una giustificazione più esplicita della trasformazione dell'interesse nazionale in presupposto positivo di competenza statale si rinviene nella sent. n. 37/1966.

mativa utilizzata dal riformatore del 2001 evidenzia ulteriori ordini di problemi ⁽¹⁵⁾.

In primo luogo, si deve osservare come in alcuni casi sia complesso individuare l'esatto contenuto giuridico di talune materie a causa della terminologia adoperata dal legislatore costituzionale. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla *materia* "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. m), Cost. Si è, infatti, in presenza di una terminologia nuova rispetto a quella dell'art. 117 Cost. *ante riforma*, che non coincide neppure con la stratificazione legislativa ordinaria ⁽¹⁶⁾.

Vi sono, poi, talune materie che presuppongono una compartecipazione della legislazione statale e regionale che prescinde dal rapporto principio-dettaglio che regola la potestà concorrente di cui all'art. 117, terzo comma, Cost.. Basti pensare alle dinamiche tra competenza statale in materia di ambiente ed ecosistema e competenza regionale in tema di governo del territorio.

In terzo luogo, l'evoluzione economica, sociale e tecnologica produce nuovi ambiti materiali, difficilmente collocabili all'interno delle materie enumerate, ma non per questo riconducibili *sic et simpliciter* nel novero della competenza residuale regionale *ex* art. 117, quarto comma, Cost. Anche le "nuove materie", infatti, possono necessitare di opportuni modelli di coordinamento ed uniformazione normativa la cui sede più appropriata resta quella statale.

In connessione all'aspetto ora ricordato, non può sottovalutarsi la potenziale forza espansiva di alcune competenze statali, descritte dall'art. 117, secondo comma, con formule tanto generali quanto di difficile inquadramento (si pensi, ancora, alla de-

(15) Si tratta di problematiche messe in luce in più occasioni dalla dottrina. La quadripartizione è qui ripresa da G. ROLLA, *Relazioni tra ordinamenti e sistema delle fonti. Considerazioni alla luce della legge costituzionale n. 3 del 2001*, in *Le Regioni* 2002, pp. 334-335.

(16) Sul punto di vista il tentativo ricostruttivo, sviluppato in termini critici, proposto da A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quad. cost.* 2003, p. 15 ss.

terminazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali).

In passato, la concreta perimetrazione delle materie enunciate dall'art. 117 Cost. ha fatto ampio uso delle definizioni contenute nella normativa ordinaria di trasferimento delle funzioni⁽¹⁷⁾, con un innegabile capovolgimento logico-giuridico dello stesso principio del parallelismo che, ai sensi dell'art. 118, primo comma, avrebbe dovuto far desumere gli spazi affidati alla potestà amministrativa regionale attraverso l'estensione della potestà legislativa e non viceversa⁽¹⁸⁾. Fenomeno acuito dal fatto che *«le deleghe di trasferimento non possono non comportare (...) anche una delega per parziale riforma delle materie e dei settori di materie considerate»*⁽¹⁹⁾. Consapevole delle alterazioni che tale operazione poteva originare nei confronti del modello costituzionale di stato regionale, il Giudice delle leggi precisava che *«più forte è la carica riformatrice contenuta nelle deleghe di trasferimento, più evidente è la necessità che l'«oggetto» della riforma sia in termini chiari»*⁽²⁰⁾.

Come ricordava Livio Paladin⁽²¹⁾ il rischio intrinseco di

(17) E. GIZZI, *Manuale di diritto regionale*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 302, sottolinea come l'interpretazione del significato delle materie contenute nell'art. 117 è, secondo il disegno tracciato dalla legge n. 382 del 1975, *«affidata prevalentemente al legislatore ordinario nei limiti del sistema generale del titolo V, fatto salvo l'intervento successivo ed eventuale della Corte costituzionale, in sede di verifica sia delle norme a tal uopo adottate sia delle conseguenti leggi regionali»*. L'adozione del criterio evolutivo determina grossi inconvenienti in ordine all'individuazione delle materie regionali in relazione alle competenze implicite, complesse e doppie. Sul punto vedi, fra gli altri, M. CARLI, *Materie di «competenza regionale» e materie di «interesse regionale»*, in *Giur. cost.* 1993, pp. 1853-1854.

(18) La formulazione più compiuta di questa tesi si deve, per primo ad AMORTH. Lo Studioso sosteneva che l'oggetto principale dell'autonomia regionale dovesse essere ricercata nella funzione amministrativa, mentre la funzione legislativa non era in grado di influenzare la *natura* degli enti regionali, ma la loro stessa attività amministrativa, esercitata secondo le disposizioni legislative che le stesse Regioni stabilivano (A. AMORTH, *L'attività amministrativa delle Regioni*, in AA.VV., *Atti del primo convegno di studi giuridici sulle Regioni*, Padova, 1955, p. 318).

(19) Corte cost., sent. 173/1981, *«mentre – prosegue la Corte – riforme di carattere generale restano condizionate all'adozione da parte del Parlamento di leggi contenenti i nuovi principi fondamentali ex art. 117 della Costituzione»*.

(20) Corte cost., sent. 173/1981.

(21) Cfr., L. PALADIN, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale*, in *Foro amm.* 1971, III, p. 39. Già allora, lo Studioso

questa inversione logica è quello di fare degli elenchi delle materie una pagina bianca, la cui scrittura è affidata pressoché esclusivamente al legislatore ordinario, con sostanziale sacrificio della stessa rigidità costituzionale in ragione dell'impossibilità di predeterminare *a priori* i contenuti dei singoli ambiti di legislazione ai sensi dell'art. 117 Cost. Si è, in sostanza, di fronte a una fattispecie che va ben al di là delle reciproche intersezioni ermeneutiche tra fonte costituzionale e fonti ad essa subordinate⁽²²⁾.

Vi sono almeno due ordini di ricadute preoccupanti all'interno del sistema. Il primo: rendere incerta la linea di demarcazione tra le competenze statali e quelle regionali significa aumentare il tasso di conflittualità tra Enti. Ciò che è potenzialmente contestabile non è di stimolo al rispetto delle regole. Il secondo: spostare sulla Corte costituzionale un'attività che prescinde dalla normale interpretazione delle regole costituzionali ma richiede, invece, un robusto sforzo di razionalizzazione dell'intero sistema delle autonomie, significa traslare sul Giudice delle leggi la responsabilità di scelte connotate da implicazioni di chiaro contenuto politico. E l'inadeguatezza dell'individuazione costituzionale delle materie di competenza regionale rende più difficile adottare decisioni del tutto prive di spazi di ambiguità.

sottolineava come «anche per quella specifica forma di definizione delle materie, che consiste nella ristrutturazione delle rispettive competenze, occorre dunque ripetere che la Carta costituzionale si presenta – in larghissima misura – come una pagina bianca: da completare per mezzo di valutazioni politiche, e non da sottoporre ad arbitrarie forzature interpretative». Sorprende la rinnovata attualità di quelle riflessioni alla luce della riforma costituzionale.

In senso difforme A. D'ATENA, *L'autonomia legislativa delle Regioni*, Roma, Bulzoni, 1974, p. 117, secondo cui «assolutamente da respingere sembra, infine, la considerazione che l'elencazione costituzionale delle materie devolute alle Regioni consti di una pluralità di "voci" prive di un significato identificabile in via interpretativa».

(22) Sul punto cfr. F. BENELLI, *La "smaterializzazione" delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 31 ss.

4. La potestà legislativa concorrente

Un ulteriore e significativo segnale circa l'impossibilità di tracciare una linea di confine tra la potestà legislativa statale e quella regionale certa e predefinita può essere identificato nello stesso mantenimento della potestà legislativa concorrente. Come già ricordato, il riformatore del 2001 ha mantenuto la potestà legislativa concorrente secondo il modello *italiano*, ovvero sia postulando che, all'interno dei medesimi ambiti materiali, possano coesistere due diversi livelli di normazione: di principio e di dettaglio ⁽²³⁾, affidati – rispettivamente – allo Stato ed alle Regioni.

Nelle semplificazioni di certa modellistica costituzionale

(23) In riferimento alla nuova formulazione della potestà concorrente (laddove prima la Costituzione faceva riferimento ai «*principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato*» ed ora «*salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservati alla legislazione dello Stato*»), la dottrina si è interrogata sugli effetti della possibile inerzia dello Stato o delle Regioni.

In merito alla prima ipotesi, R. TOSI, *La legge costituzionale n. 3 del 2001 cit.*, p. 1237, sostiene che «*mi sembra da escludere che emergano argomenti per affermare la previa necessità di leggi di cornice (...) che quindi i principi non possano essere desunti dalle leggi vigenti, cioè dalla legislazione dello Stato*». Nello stesso senso cfr., ad es., P. CARETTI, *L'assetto dei rapporti cit.*, p. 1226; L. ELIA, *Resoconto dell'indagine conoscitiva promossa dal Senato sugli effetti della riforma* (audizione del 23 ottobre 2001). Tale posizione ha trovato conferma nella giurisprudenza costituzionale (sul punto, cfr. sent. n. 282/2002 secondo la quale «*la nuova formulazione dell'art. 117, primo comma, esprime l'intento di una più netta distinzione fra la competenza regionale a legiferare in queste materie e la competenza statale, limitata alla determinazione dei principi fondamentali della materia*»). Tuttavia «*ciò non significa che i principi possono trarsi solo da leggi statali nuove, espressamente rivolte a tale scopo*», poiché «*specie nella fase della transizione dal vecchio a nuovo sistema di riparto delle competenze, la legislazione regionale concorrente dovrà svolgersi nel rispetto dei principi fondamentali comunque risultanti dalla legislazione statale già in vigore*». E, quindi, prevalsa con nettezza la tesi che, in caso di inerzia statale, le Regioni possano comunque esercitare la propria potestà legislativa di dettaglio, in analogia a quanto statuito a suo tempo dalla Corte costituzionale in riferimento all'art. 117, Cost. ante riforma. Del resto, ora come allora, ben potrebbe accadere che – in una determinata materia – i principi fondamentali possano anche non esserci. Sul punto cfr. R. TOSI, «*Principi fondamentali*» cit., p. 74 ss.

In riferimento all'inerzia delle Regioni, non può ritenersi che l'esercizio della potestà legislativa regionale si configuri obbligatoria: si tratta, infatti, di un principio che consente al sistema di mantenere la massima duttilità di fronte alle variabili esigenze e capacità di autogoverno che connotano le articolazioni regionali italiane (in questi termini R. BIN, *Legge regionale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, p. 198).

(vedremo che così non è nell'applicazione pratica), i due tipi di norme sono nettamente distinti, cosicché la differenziazione tra competenze dello Stato e competenze delle Regioni sembra mantenere la sua rigida precettività. Se così fosse anche la potestà concorrente potrebbe essere ricondotta al modello duale, dove le competenze dei due Enti sono rigidamente prestabilite e come tali destinate a non trovare mai un punto di sovrapposizione.

Una lettura più attenta mostra tutta la debolezza di una simile conclusione.

In primo luogo, è la stessa natura della competenza concorrente a mostrare una certa inadeguatezza rispetto al modello duale. Appare, infatti, contraddittorio postulare la rigida separazione di competenze tra Stato e Regioni e contestualmente riconoscere, seppur con *estensione* diversa (di principio, le prime; di dettaglio, le seconde), la coesistenza di norme di provenienza diversa negli stessi ambiti materiali. Tali conclusioni appaiono ancor più persuasive se si considera che i principi statali sono finalizzati ad orientare la legislazione regionale ⁽²⁴⁾ nel perseguimento di interessi di carattere unitario, cosicché la produzione normativa regionale non può che risentire delle scelte legislative compiute a livello centrale.

Se si abbandona il piano teorico per spostarsi su quello dell'applicazione, il ragionamento appare ancor più netto. Diviene infatti evidente come alla differenziazione tra principio e dettaglio non corrispondano distinzioni legate alla struttura della norma. Si tratta di un giudizio *«che guarda all'importanza della norma, alla sua qualità politica, e all'esigenza che essa si imponga come elemento di unificazione della legislazione locale»* ⁽²⁵⁾.

Questa artificiosità della distinzione tra norma di principio e

(24) Tantochè la determinazione legislativa delle materie è l'«*espressione di un potere diffuso nell'intera funzione legislativa dello Stato, piuttosto che (...) oggetto di una competenza appositamente attribuita per limitare il legislatore locale*», (così R. TOSI, «*Principi fondamentali*» cit., p. 127).

(25) S. BARTOLE-R. BIN-G. FALCON-R. TOSI, *Diritto regionale dopo le riforme*, Bologna, Il Mulino, 2005.

norma di dettaglio rende evanescente la linea di confine tra le rispettive competenze di Stato e Regioni: significativamente è stato sostenuto che essa rappresenta *«uno dei piedi d'argilla su cui il costituente del '48 ha edificato il sistema regionale italiano: non ha alcuna seria giustificazione teorica ed è naufragata completamente nella pratica legislativa»* ⁽²⁶⁾.

Per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte costituzionale, basti ricordare – con tutte le cautele che una simile generalizzazione richiede – che la distinzione tra norma di principio e di dettaglio è spesso passata attraverso affermazioni apodittiche, affidate ad apprezzamenti discrezionali modulati sul caso di specie con cui il Giudice delle leggi ha escluso che tutte le disposizioni *«costituiscono principi della legislazione dello Stato, ma solo i nuclei essenziali del contenuto normativo che quelle disposizioni esprimono, per i principi enunciati o da esse desumibili»* ⁽²⁷⁾.

Invero ci sono stati tentativi da parte della Corte costituzionale volti a ricostruire *test* di identificazione delle norme di principio basati su requisiti sostanziali (ovverosia l'essere espressione di una scelta politica fondamentale) e strutturali (presenza di un elevato grado di generalità-astrattezza tale da non consentire l'applicazione immediata della disciplina in assenza di una ulteriore specificazione normativa), ma sono stati utilizzati in maniera solo episodica ⁽²⁸⁾.

(26) R. BIN, *«Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale»* – Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, Jovene, p. 304.

(27) Corte cost., sent. n. 482/1995.

(28) Cfr. Corte cost., sentt. nn. 177/1988 e 355/1993. In particolare, nella prima delle due decisioni ricordate, la Corte costituzionale ha escluso che potesse riconoscersi natura di principio ad *«un insieme di disposizioni contenente una disciplina in sé compiuta ed autoapplicativa, che, come tale, non lascia il minimo spazio non solo per un'ipotetica legiferazione ulteriore, ma persino per una normazione secondaria di mera esecuzione»*. Nella medesima decisione il Giudice delle leggi ha specificato che *«sotto il profilo strutturale»* non possono essere ricondotte al novero delle norme di principio quelle statuizioni caratterizzate dal *«più basso grado di astrattezza, che, per il loro carattere di estremo dettaglio, non solo sono insuscettibili di sviluppi o di svolgimenti ulteriori, ma richiedono, ai fini della loro concreta applicazione, soltanto un'attività di materiale esecuzione»*.

5. *L'eterogeneo elenco dell'art. 117, secondo comma, Cost.*

Come già rilevato nelle pagine che precedono, una prima lettura delle norme costituzionali sull'allocazione delle competenze legislative tra Stato e Regioni conduce verso le sponde rassicuranti della continuità: oggi come anteriormente alla riforma del Titolo V della Costituzione il riparto di competenze statali e regionali si snoda essenzialmente sulla divisione *per materia*. Vi sono, tuttavia, almeno due ordini di problemi che richiedono una più attenta ponderazione.

Il primo, già ricordato, riguarda l'impossibilità di ricavare (solo) dai *nomina* enunciati nell'art. 117 Cost. sicure linee di confine tra competenze legislative statali e regionali.

In secondo luogo, la rigida distribuzione delle competenze secondo una logica squisitamente duale non è in grado di dare risposte soddisfacenti alle molte e poliedriche necessità che l'ordinamento, di giorno in giorno, si trova ad affrontare. Si è di fronte ad argini troppo fragili per resistere alla forza delle onde. Fuor di metafora, la gestione degli interessi nazionali e regionali non può efficacemente essere perseguita solo con strumenti di separazione (più o meno connotata da elementi di gerarchia), poiché in un ordinamento giuridico complesso le forme di coordinamento rappresentano un momento imprescindibile di gestione del potere pubblico.

Per questa via si spiegano i costanti sforzi della giurisprudenza costituzionale volti a riconsiderare gli elementi di rigidità e separazione delle competenze legislative statali e regionali presenti nella Costituzione formale a vantaggio della progressiva emersione di numerosi elementi di flessibilità, integrazione e collaborazione, «*i quali ora convivono con i primi, e anzi spesso prevalgono, nell'assetto concreto delle competenze legislative*»⁽²⁹⁾.

L'esplorazione di questo capitolo del regionalismo italiano, che – anticipo subito le conclusioni del mio ragionamento – giungerà a una riconsiderazione dello stesso sistema attributivo

(29) E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, Padova, Cedam, 2005, p. 241.

delle competenze legislative statali e regionali, non può che prendere le mosse dalla lettura degli elenchi dell'art. 117 della Costituzione. Ciò che qui interessa è la natura poliforme delle indicazioni normative in essi contenute. A ben vedere, infatti, solo alcune sembrano davvero riferirsi a settori materiali di attività⁽³⁰⁾. Altre, invece, «non alludono solo ai diversi campi o ambiti di disciplina, governati da principi unitari o almeno da regole specifiche (come l'urbanistica, la sanità, l'agricoltura), ma si riferiscono anche e piuttosto a compiti propri dello Stato, di natura tale che possono essere soddisfatti soltanto mediante interventi legislativi all'interno di discipline appartenenti alle "materie" più diverse»⁽³¹⁾. Alcuni dei settori normativi riservati allo Stato, pertanto, non sarebbero materie "in senso tecnico", ma «pseudo enumerazioni materiali»⁽³²⁾, e cioè «punti di

(30) Ricca la dottrina sul punto. Cfr., ad es., S. MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 121; F.S. MARINI, *I «beni culturali»* cit., p. 776; P. CAVALERI, *La definizione e la delimitazione delle materie di cui all'art. 117 della Costituzione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, che riferisce di una «infelice formulazione, nell'elenco di cui al citato comma 2 dell'art. 117 [dove] accanto a materie vere e proprie, riservate in via esclusiva alla legislazione statale, sono state inserite (senza ordine alcuno e senza fare la minima distinzione) anche materie-non materie, cioè prive di un oggetto preciso, non sempre facilmente identificabili». Di «diverse discrasie tra i due lunghissimi elenchi del nuovo testo dell'art. 117» e di «scarsa omogeneità tra materie e clausole generali contenute negli stessi» parla L. VIOLINI, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, in *Le Regioni* 2002, pp. 1452-1453.

(31) G. FALCON, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni* 2001, p. 1251; ID., *Regolamenti statali e leggi regionali. Riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale 376/2002*, in *Le istituzioni del federalismo* 2003, p. 23 osserva che «non poche delle clausole di competenza statale ai sensi dell'art. 117, comma 2, sono in realtà finestre aperte sulle materie di competenza regionale: non occorre neppure ricordare, ad esempio, le "materie" della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, della concorrenza, dell'ambiente». A un «singolare criterio di interpretazione» fa riferimento E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile* cit., p. 237. R. CARANTA, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni* 2004, p. 990 ricorda che «sebbene la stessa Costituzione parli di "materie", è opinione diffusa che si tratti spesso di attività, fini pubblici, apparati amministrativi, istituti giuridici o altro».

(32) L'espressione è di P. CARROZZA, *Le «materie»: uso delle tecniche di enumerazione materiale e modelli di riferimento del «regionalismo di esecuzione» previsto dal nuovo Titolo V della Costituzione*, in G.F. FERRARI-G. PARODI (a cura di), *La re-*

vista»⁽³³⁾.

L'impostazione ha trovato sicura conferma nella giurisprudenza costituzionale che, con espressioni ricorrenti, riprese ormai tralattizamente nelle sue decisioni al riguardo, ha sottolineato come «*va però precisato che non tutti gli ambiti materiali specificati nel secondo comma dell'art. 117 possono, in quanto tali, configurarsi come "materie" in senso stretto*»⁽³⁴⁾.

Del resto, non tutte le materie di competenza esclusiva statale rappresentano in sé istanze unitarie. Talune materie, infatti, attengono ad esigenze esclusive del livello statale (le materie in senso proprio), mentre altre, le materie trasversali appunto, attengono ad istanze unitarie, veicolate dalla legge dello Stato⁽³⁵⁾.

Non può, infatti, revocarsi in dubbio che il legislatore costituzionale abbia disordinatamente infiltrato l'elenco delle materie di ambiti normativi che, come rilevato dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale, materie in senso proprio non sono⁽³⁶⁾. Sono, invece, competenze del legislatore statale idonee ad investire una pluralità di settori. Si è, allora, di fronte a *competenze trasversali*⁽³⁷⁾ ovvero a *materie non materie*⁽³⁸⁾ che, pur non essendo materie in senso tecnico, costituiscono il titolo legittimante per l'esercizio del potere legislativo da parte del legislatore statale.

La *smaterializzazione delle materie* provoca l'elisione del primato dell'allocazione formale delle competenze legislative

visione costituzionale del Titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo, Padova, Cedam, 2003, p. 88.

(33) Così R. TOSI, *A proposito dell'«interesse nazionale»*, in *Quad. cost.* 2002, p. 88.

(34) Corte cost., sent. n. 407/2002.

(35) Così O. CHESSA, *Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto*, in *Le Regioni* 2004, p. 953.

(36) Cfr., ad es., E. LAMARQUE, *Osservazioni preliminari sulla materia «ordinamento civile» di esclusiva competenza statale*, in *Le Regioni* 2001, p. 1353.

(37) Secondo l'espressione di G. FALCON, *Il nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni* 2001, p. 5, ripresa anche dalla giurisprudenza costituzionale (*infra*).

(38) L'efficace immagine si deve ad A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quad. cost.* 2003, p. 21. Anche in questo caso, come nel precedente, la definizione si rinviene anche nella giurisprudenza costituzionale.

tipico del regionalismo duale. Molti settori della normazione non sono individuabili come ambiti di intervento legislativo oggettivamente delimitati; ma sono – piuttosto – caratterizzati dalla presenza di competenze normative di natura funzionale⁽³⁹⁾ in cui il legislatore costituzionale ha individuato le finalità in vista delle quali la potestà legislativa statale deve essere esercitata, così abbandonando ogni identificazione di carattere oggettivo⁽⁴⁰⁾.

6. *Materie-non materie*

La riedificazione del riparto per materia, seppur ha formalmente invertito il rapporto tra legge statale (a titolo specifico) e legge regionale (a titolo generale) lascia, comunque, molte incertezze su ciò che comporti veramente il limite delle materie per lo Stato⁽⁴¹⁾. I settori di intervento normativo trasversale, infatti, potrebbero indurre a ravvisare una sorta di legittimazione normativa statale dalle potenzialità inaspettate, tale da smentire la stessa filosofia di fondo che sembrava ricavarsi dalla clausola di cui all'art. 117, quarto comma, Cost. Tantopiù che, come evidenziato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, le materie trasversali sono in grado di incidere su *tutti* gli spazi di competenza regionale.

Occorre, allora, verificare quanto resiste alla prova dei fatti l'affermazione secondo cui la riforma dell'art. 117 Cost. avrebbe invertito il rapporto tra legge dello Stato e legge della Re-

(39) L'osservazione è ricorrente in dottrina. Ad es. A. ANZON, *Il difficile avvio della giurisprudenza costituzionale sul nuovo Titolo V della Costituzione*, *Giur. cost.* 2003, 1164, secondo cui «le "materie" in questione sono definite secondo un criterio finalistico, nel senso cioè che si configurano come settori di attività individuati non per l'oggetto, ma per il fine da perseguire o il valore da proteggere». M. LUCIANI, *L'autonomia legislativa* cit., p. 372, osserva che «per quanto specificatamente riguarda le materie di cui al secondo comma dell'art. 117, appare evidente la tendenza a leggerle, in molti casi, come attribuzioni funzionali piuttosto che come ambiti materiali di competenza precisamente definiti».

(40) Sul punto cfr., ad es., G. SCACCIA, *Le competenze legislative sussidiarie e trasversali*, in *Dir. pubbl.* 2004, p. 479.

(41) Tra i primi a segnalare tale incertezza G. FALCON, *Il nuovo Titolo V* cit., p. 5.

gione. Si tratta di un passaggio molto delicato e che deve essere maneggiato con cura: la risposta al quesito (e come, si vedrà, a quello analogo relativo alla sussidiarietà legislativa) potrebbe spargliare tutte le carte del nuovo stato regionale ⁽⁴²⁾.

Poiché le materie trasversali incidono potenzialmente su tutti gli ambiti legislativi (ed è, anzi, questo l'elemento che le distingue dalle materie vere e proprie), resta da identificare la linea di confine tra competenze regionali e statali. Anche per questo interrogativo la sistematizzazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale è illuminante ⁽⁴³⁾.

Secondo un paradigma che chiama alla memoria l'art. 72 della Costituzione federale tedesca, allo Stato spettano le «*determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale*»; alle Regioni la cura di «*interessi funzionalmente collegati*». Una volta abbandonato il criterio attributivo per materia, la Corte prende atto di un regime di competenza legislativa dinamico (e quindi non individuabile *a priori*), in cui il livello di competenza sale a livello centrale solo quando ne ricorrano i presupposti (necessità di una tutela uniforme). La sussistenza di tali interessi è il presupposto per l'attivazione della competenza statale. L'esercizio della potestà legislativa su una *materia-non materia*, cioè, si traduce in una breccia nel muro che divide le attribuzioni dei due Enti attraverso cui lo Stato può fare incursione e appropriarsi di settori di legislazione che, diversamente, appartenerebbero alla competenza (concorrente o residuale ⁽⁴⁴⁾) regionale.

Si tratta, tuttavia, di una apertura regimentata e controllata. Regimentata, poiché non è sempre percorribile, ma si apre a

(42) Significativamente, in riferimento alle materie trasversali, A. RUGGERI, *Riforma del Titolo V e vizi delle leggi regionali. Verso la conferma della vecchia giurisprudenza*, in www.forumcostituzionale.it; evidenzia il rischio di una «*massiccia penetrazione negli ambiti regionali*».

(43) Cfr., a titolo esemplificativo, Corte cost., sentt. nn. 407 e 536 del 2002 nonché 222/2003.

(44) La legittimità di tali incursioni conferma l'idea di quanti hanno sostenuto che la potestà legislativa regionale ex art. 117, quarto comma, non sia di natura esclusiva. Sul punto sia consentito rinviare a F. BENELLI, *Quid iuris? Il Giudice delle leggi (statali e regionali) tra "vecchio" e "nuovo" Titolo V della Costituzione*, in *Studium Iuris* 2003, p. 1242 e dottrina ivi richiamata.

condizione che siano ravvisabili interessi meritevoli di tutela uniforme (con una dinamica del tutto simile, "tagliano" le competenze regionali anche la potestà legislativa a tutela della concorrenza, l'ordinamento civile e penale, la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, oltreché la legislazione di principio in materia di governo del territorio) ⁽⁴⁵⁾. Controllata poiché la Corte costituzionale può sempre essere chiamata a sindacare la legittimità dell'intervento legislativo statale eccedente per violazione dei principi di leale collaborazione (che qui emerge nella sua accezione sostanziale) e quindi (anche) di ragionevolezza. L'utilizzo delle "materie trasversali" deve essere soggetto a un controllo di costituzionalità particolarmente attento in cui è auspicabile che il Giudice delle leggi non ricorra ad argomentazioni meramente assertive. Se così non fosse, la potenziale pervasività unita all'intrinseca indeterminatezza di alcune di queste "materie" potrebbe tradursi in una inammissibile incertezza dei confini posti a presidio dell'autonomia regionale.

7. Il principio di sussidiarietà legislativa

La giurisprudenza della Corte costituzionale ha smentito gli argomenti scettici nei confronti dell'operatività generale dei principi di leale collaborazione e sussidiarietà in riferimento alla funzione legislativa enunciando il principio di sussidiarietà legislativa nella nota sentenza n. 303/2003, significativamente indicata come una sentenza «storica» ⁽⁴⁶⁾ e «molto ambiziosa» ⁽⁴⁷⁾. La dottrina più attenta ha subito segnalato come, nonostan-

(45) Seppur riferendosi alla sola determinazione dei livelli essenziali, P. CAVALERI, *La definizione e la delimitazione delle materie* cit., osserva che non si tratta di un *passé-partout* che consente allo Stato di penetrare legittimamente nelle materie concorrenti e in quelle residuali regionali, dato che la giurisprudenza «precisa che – per legittimare l'invasione operata dalle leggi statali nelle materie regionali – devono essere rispettati alcuni 'paletti'».

(46) L. VIOLINI, *I confini della sussidiarietà : potestà legislativa «concorrente», leale collaborazione e strict scrutiny*, in *Le Regioni* 2004, p. 587.

(47) S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà* cit., p. 578.

te le ambizioni di onnicomprensività della decisione, il modello di rapporti tra Enti ivi delineato avrebbe potuto subire modifiche e correzioni. E difatti, la di poco successiva sentenza n. 6/2004 sembra aver chiarito e messo meglio a fuoco le complesse sfaccettature della sussidiarietà legislativa.

Si tratta, come sarà illustrato nelle pagine che seguono, della seconda colonna portante su cui poggia la struttura del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni. Una colonna – così come quella delle “materie trasversali” – costruita con accorgimenti in grado di sostenere le diverse sollecitazioni provenienti dall'esterno e dall'interno dell'edificio normativo, assumendo di volta in volta la forma più opportuna per evitare rotture e cedimenti. Un accorgimento che assicura elasticità del sistema competenziale senza, tuttavia, porsi in antitesi con il principio di rigidità costituzionale.

L'enunciazione di questo nuovo capitolo del sistema delle fonti può essere sintetizzato nei termini che seguono: l'art. 118, primo comma, della Costituzione ripartisce l'esercizio della funzione amministrativa in maniera dinamica, facendo applicazione del principio di sussidiarietà verticale. Qualora, in applicazione di tale principio, lo Stato sia competente a esercitare la funzione amministrativa in una delle materie di potestà regionale, il principio di sussidiarietà, coniugato a quello di legalità, trascina con sé – innalzandolo a livello statale – anche la connessa funzione legislativa in ordine all'organizzazione e alla regolazione di quelle stesse funzioni amministrative.

La sussidiarietà legislativa è avvertita dalla Corte costituzionale come principio coessenziale di un ordinamento caratterizzato da un'ampia e complessa articolazione delle competenze, in mancanza del quale rischierebbero di essere vanificate *«le istanze di unificazione presenti nei più svariati contesti di vita, le quali, sul piano dei principi giuridici, trovano sostegno nella proclamazione di unità e indivisibilità della repubblica»* ⁽⁴⁸⁾. Ciò avviene nonostante il fatto che nessuna disposizione costituzionale affianchi il principio di sussidiarietà alla potestà legi-

(48) Corte cost., sent. n. 303 del 2003, diritto, 2.1.

slativa ma, anzi, l'art. 118 Cost. sembra confinarlo nel recinto della funzione amministrativa.

Questa vocazione creativa ⁽⁴⁹⁾ della giurisprudenza costituzionale non deve stupire. Anche nel previgente Titolo V gli strumenti per ovviare alla lacuna di meccanismi di raccordo normativo sono stati inventati dalla prassi legislativa con l'avallo della Corte costituzionale. Basti pensare alle leggi cornice, in cui, accanto alla normazione di principio, la legge statale indicava anche la disciplina di dettaglio avente carattere suppletivo o dispositivo, nel caso di assenza o di attesa di un'adeguata legislazione regionale; al limite degli interessi internazionali o comunitari, che per molti anni hanno rappresentato un limite trasversale che si imponeva alle stesse materie di competenza regionale ⁽⁵⁰⁾; alla funzione di indirizzo e coordinamento; al limite dell'interesse nazionale; all'introduzione dei poteri sostitutivi statali nei confronti dell'inerzia regionale, istituto nato in relazione al rispetto degli obblighi comunitari e solo in un secondo tempo utilizzato come potere di carattere pressoché generale al fine di poter supplire *«alla sempre più frequente inerzia regionale, frutto di una crisi di efficienza e progettualità politica che almeno per molte Regioni si è fatta drammatica»* ⁽⁵¹⁾. Quelli ricordati erano tutti istituti sconosciuti al vecchio testo del Titolo V, *«ma introdotti dalla legge ordinaria, e giustificati sul piano costituzionale, perchè necessari a rendere funzionale un sistema – il nostro, come altri – che, impostato soltanto sul rigido criterio di separazione, di attribuzione di competenze formali, non dava sufficienti garanzie di un funzionamento coerente del sistema complessivamente considerato»* ⁽⁵²⁾. E in questa opera la Corte costituzionale occupò un

(49) A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V*, in www.forumcostituzionale.it parla, forse con una espressione a tinte forti, di *«bagliori di potere costituyente»*.

(50) Sulle nuove prospettive in materia introdotte dalla legge costituzionale n. 3 del 2001 cfr., ad es., P. CARETTI, *Potere estero e ruolo «comunitario» delle Regioni nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni* 2003, p. 555 ss.

(51) M. LUCIANI, *Nuovi rapporti fra Stato e Regioni: un altro passo della giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni* 1987, p. 385.

(52) P. CARETTI, *Principio di sussidiarietà e funzione legislativa*, in AA.VV., *Le Re-*

ruolo centrale. Allo stesso compito è, nella sostanza dei fatti, chiamato oggi il Giudice delle leggi, su cui grava la necessità di dare concretezza alla nuova forma di Stato regionale a fronte di una riforma che è stata fatta: «male, molto male a mio avviso, ma è stata fatta»⁽⁵³⁾. Si tratta, in altre parole, di dare risposta a problemi già visti in un nuovo contesto regolativo dei rapporti tra centro e periferia, usando – ove possibile – i vecchi meccanismi e introducendone, se necessario, di nuovi⁽⁵⁴⁾. Difatti, «sarebbe gravissimo che essa [la riforma] non segnasse un momento di discontinuità nella storia delle relazioni tra Stato e Regioni, gravissimo perché ciò rafforzerebbe l'opinione, assai diffusa purtroppo, per cui la Costituzione serve a poco, può essere non solo cambiata con una certa disinvoltura, ma anche ignorata»⁽⁵⁵⁾. È, in ultima analisi, la stessa precettività delle regole costituzionali a costringere una lettura “nuova” dei rapporti tra Stato e Regioni.

In questo contesto si inserisce il principio di sussidiarietà legislativa, semplice e lineare nella sua enunciazione ma ricco di complesse implicazioni sistematiche che occorrerà ora scrutinare.

gioni tra riforma amministrativa e revisione costituzionale, Rimini, Maggioli, 2002, p. 86.

(53) Così R. BIN, *L'interesse nazionale dopo la riforma: continuità dei problemi, discontinuità della giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni* 2001, p. 1217.

(54) In parte diversa la posizione esposta da P. CARETTI, *L'assetto dei rapporti cit.*, p. 1226, che parla di «vecchi problemi, destinati a riproporsi, che dovrebbero trovare una soluzione in tutto analoga a quella ricevuta in passato».

(55) Così R. BIN, *L'interesse nazionale dopo la riforma cit.*, p. 1217. In dottrina non sono mancate prese di posizione volte a sottolineare, nonostante la riforma del Titolo V, un rinnovato centralismo da parte della Corte costituzionale. A. RUGGERI, *Il parallelismo «redivido» e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare...) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronunzia*, in www.forumcostituzionale.it sostiene che «non vorrei sembrare troppo ingeneroso se dico che mai, come in questa stagione di rodaggio della riforma, la giurisprudenza è stata investita da un vento così forte, davvero impetuoso e travolgente, di neocentralismo. Praticamente non v'è legge dello Stato (...) che non sia stata fatta salva, malgrado il Titolo V».

8. *Dall'amministrazione alla legge, dal principio di sussidiarietà al parallelismo di funzioni*

Si è visto nelle pagine precedenti che nella nuova architettura costituzionale il principio di sussidiarietà opera come criterio allocativo della funzione amministrativa per espressa previsione costituzionale (art. 118, primo comma, Cost.). Le funzioni amministrative sono attribuite al Comune⁽⁵⁶⁾, salvo che ragioni di adeguatezza ovvero la necessità di assicurarne l'esercizio unitario traslino la funzione ad un livello territoriale più alto⁽⁵⁷⁾. Con una precisazione: la sussidiarietà non affida alla legge il compito di allocare direttamente una funzione, ma le consegna quello di apprestare i procedimenti allocativi il cui esito non è predeterminabile *a priori*⁽⁵⁸⁾.

Sul piano dei principi «ogni spostamento delle funzioni dal «luogo» in cui esse sono originariamente allocate è suscettibile di un giudizio da parte della Corte costituzionale da svolgersi in termini di ragionevolezza»⁽⁵⁹⁾: e ciò anche se la regola giuridica ora esposta potrebbe subire delle attenuazioni in fase di concreta operatività. Ma non è questo il profilo che qui interessa.

In forza del principio di sussidiarietà, pertanto, l'esercizio della funzione amministrativa deve, di norma, essere allocata al livello comunale, ovvero sia al livello più basso tra gli enti individuati dall'art. 114 della Costituzione. Ciò non impedisce che, in riferimento alle caratteristiche del *caso concreto*, l'esercizio della funzione salga a un livello territoriale più alto. La sent. n.

(56) Sui reali confini di tale affermazione si rinvia a A. CORPACI, *Revisione del Titolo V della parte II della Costituzione e sistema amministrativo*, in *Le Regioni* 2001, p. 1307 ss.

(57) Sottolinea F. CINTIOLI, *Le forme dell'intesa e il controllo sulla leale collaborazione dopo la sentenza 303 del 2003*, in www.forumcostituzionale.it, che la «sussidiarietà dinamica dovrebbe smentire l'esistenza di competenze amministrative fisse per scelta costituzionale».

(58) Così O. CHESSA, *Sussidiarietà ed esigenze unitarie* cit., p. 943.

(59) R. BIN, *La funzione amministrativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*, cit., p. 121. L'autore sottolinea come «l'impatto di una trasformazione di così enorme portata sul piano dei principi subisce una notevolissima attenuazione nella sua operatività concreta».

303/2003 sottolinea come «accanto alla primitiva dimensione statica, che si fa evidente nella tendenziale attribuzione della generalità delle funzioni amministrative ai Comuni, è resa, infatti, attiva una vocazione dinamica della sussidiarietà, che consente ad essa di operare (...) come fattore di flessibilità di quell'ordine in vista del soddisfacimento di esigenze unitarie». L'art. 118 della Costituzione indica con chiarezza le condizioni al verificarsi delle quali si realizza questa ascensione funzionale: quando, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza, sia necessario «per assicurarne l'esercizio unitario»⁽⁶⁰⁾.

Ancora una volta, le esigenze unitarie evidenziano la loro carica precettiva in riferimento all'allocazione di una funzione pubblica e il principio di sussidiarietà entra in gioco nella sua nuova dimensione dinamica, così da rendere «flessibile (in senso "bidirezionale") e non univoco il meccanismo di conferimento delle funzioni amministrative»⁽⁶¹⁾.

Fin qui, per sommi capi, l'esercizio della funzione amministrativa. Ma che conseguenze ha sull'allocazione della potestà legislativa?

Apparentemente nessuna, poichè gli artt. 117 e 118 della Costituzione sembrano configurare l'esercizio delle due diverse funzioni in maniera impermeabile tra loro, adottando criteri allocativi delle competenze potenzialmente inconciliabili⁽⁶²⁾. Per

(60) Secondo O. CHESSA, *Sussidiarietà ed esigenze unitarie* cit., p. 943, la visione «integralmente procedimentale» della sussidiarietà è – al pari – intimamente connessa con una visione procedimentale delle istanze unitarie. Così «queste non esistono al di fuori del procedimento attraverso il quale determinarle e senza l'accordo dei soggetti interessati: la dimensione degli interessi non è data ontologicamente ma è determinata convenzionalmente».

(61) R. DICKMANN, *La Corte costituzionale attua (ed integra) il Titolo V (osservazioni a Corte cost., 1° ottobre 2003, n. 303)*, in www.federalismi.it. Diversa la ricostruzione dei principi di sussidiarietà offerta da L. VIOLINI, *I confini della sussidiarietà* cit., p. 594, secondo la quale «la sussidiarietà non è solo, ma forse non è neppure, in assoluto, un meccanismo dinamico (...) ma forse non è neppure un principio di flessibilizzazione del regime delle competenze e, certamente, non è un modo per far valere "istanze di unificazione presenti nei vari ambiti di vita (...)».

(62) A. CORPACI, *Revisione del Titolo V* cit., p. 1307, osserva che dall'allocazione delle funzioni amministrative sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza «ne consegue, in maniera mi pare incontrovertibile, che l'intestazione

questa via, sembra superato il principio del parallelismo tra funzione legislativa e funzione amministrativa. Criterio statico e basato sulla ripartizione delle materie, nel caso del potere legislativo; elastico, ispirato dal principio di sussidiarietà, in riferimento all'esercizio della funzione amministrativa.

Una tale conclusione, tuttavia, non appare soddisfacente in considerazione di un altro principio costituzionale, che poi rappresenta uno dei pilastri su cui si regge lo Stato di diritto: il principio di legalità. Premesso che l'esercizio di ogni potere pubblico è legittimo solo se è previsto e regolato da una preventiva norma giuridica e che, nel caso specifico della funzione amministrativa, essa deve trovare disciplina di organizzazione e funzionamento in una norma di legge, la regola del parallelismo tra le funzioni riacquista una piena attualità poiché, per il suo tramite, dall'«allo-cazione in capo allo Stato di funzioni spettanti alle Regioni dovrebbe, nel medesimo verso, muoversi anche la legislazione»⁽⁶³⁾.

Un passo indietro.

Nella vigenza dell'originario Titolo V della Costituzione, il parallelismo tra funzione legislativa e amministrativa era espressamente previsto dall'art. 118, che faceva discendere la competenza sulla funzione amministrativa da quella sulla legge. Nella prassi (si pensi ai decreti di trasferimento delle funzioni e al loro utilizzo nell'interpretazione dei contorni delle materie dell'art. 117 Cost.) la relazione si era, in qualche modo, rafforzata, attivando (anche) la relazione inversa, così da ricavare le competenze legislative da quelle amministrative.

La giurisprudenza costituzionale aveva sottolineato la stru-

delle funzioni amministrative non è per regola connessa alla titolarità della potestà legislativa: quest'ultima nulla dice e comporta in ordine all'allocazione delle prime, per la quale valgono le regole sopra richiamate».

(63) A. RUGGERI, *Il parallelismo «redivivo»* cit. L'autore, tuttavia, respinge l'idea che il «parallelismo costituisca una "qualità" intrinseca della distribuzione verticale delle funzioni, un bene inalienabile dell'ordinamento, siccome indisponibile è il valore di unità, che per il suo tramite dinamicamente si compone, rinnova, inverte». Lo Studioso, infatti, sottolinea che nella sent. n. 303/2003, la Corte costituzionale ha accolto una forma moderata di parallelismo, limitata all'organizzazione ed alla regolazione delle funzioni amministrative.

mentalità del principio del parallelismo in riferimento a quello di legalità dell'Amministrazione⁽⁶⁴⁾. È questo il punto nodale della questione, poiché la redistribuzione delle materie non ha inciso sul principio di legalità⁽⁶⁵⁾. Sul punto, le concettualizzazioni della Corte costituzionale sono assai chiare. Secondo il Giudice delle leggi, infatti, l'esercizio della funzione amministrativa al livello unitario «non può restare senza conseguenze sull'esercizio della funzione legislativa, giacché il principio di legalità (...) impone che anche le funzioni assunte per sussidiarietà siano organizzate e regolate dalla legge»⁽⁶⁶⁾.

Acclarata l'operatività del principio di legalità nel nuovo ordinamento costituzionale in riferimento all'assunzione della funzione amministrativa in sussidiarietà da parte dello Stato, occorre interrogarsi su quali siano i vincoli giuridici da esso provenienti. Si tratta, come è evidente, di un'indagine sul *quomodo*.

Parte della dottrina aveva anticipato la possibile soluzione a questo interrogativo rilevando la necessità che al titolare della funzione amministrativa fosse riconosciuta anche quella legislativa⁽⁶⁷⁾. Tali conclusioni sono state fatte proprie dalla Corte costituzionale che, per la prima volta nella sent. n. 303/2003, ha posto in luce come l'assunzione in sussidiarietà della funzione amministrativa da parte dello Stato «conduce logicamente ad escludere che le singole Regioni, con discipline differenziate,

(64) «La Corte ha più volte riaffermato (da ultimo, nella sentenza n. 70 del 1981) la regola del parallelismo tra funzioni amministrative e legislative regionali, senza di che rimarrebbe insoddisfatta la stessa esigenza di legalità dell'amministrazione» (Corte cost., sent. n. 65/1982).

(65) A titolo esemplificativo si richiama la sent. n. 425/2004 dove la Corte costituzionale sottolinea «il rispetto del principio di legalità sostanziale, in forza del quale l'esercizio di un potere politico-amministrativo incidente sull'autonomia regionale (nonché sull'autonomia locale) può essere ammesso solo sulla base di previsioni legislative che predeterminino in via generale il contenuto delle statuizioni dell'esecutivo, delimitandone la discrezionalità (cfr. sentenze n. 150 del 1982, n. 384 del 1992, n. 301 del 2003)».

(66) Corte cost., sent. n. 303/2003.

(67) Così R. BIN, *La funzione amministrativa nel nuovo Titolo V*, in *le Regioni 2002*, p. 368, che anticipava come «l'ente che è titolare di una funzione amministrativa è titolare anche del potere normativo relativo alla disciplina organizzativa e di esercizio della stessa».

possano organizzare e regolare funzioni amministrative attratte a livello nazionale e ad affermare che solo la legge statale possa attendere a un compito siffatto».

È evidente la rinnovata «centralità di posto assegnata all'amministrazione nel quadro dei rapporti Stato-Regioni»⁽⁶⁸⁾.

Il cerchio si è chiuso: l'assunzione della funzione amministrativa a livello statale trascina con sé – in ragione del principio di legalità – la connessa funzione legislativa. E ciò avviene prescindendo dall'allocazione delle competenze legislative per materia diseguate dall'art. 117 Cost.

9. Conclusioni

L'indagine fin qui condotta ha permesso di portare in superficie un ampio ventaglio di ipotesi in cui la distribuzione delle competenze tra Stato e Regioni si sviluppa lungo direttrici più articolate rispetto a quelle ricavabili dalla *prima lettura* del testo costituzionale riformato. Alla luce di questa *rilettura*, appare evidente che le materie disciplinano la titolarità del potere legislativo nei vari settori che articolano l'ordinamento giuridico, ma non organizzano gli innumerevoli spazi di sovrapposizione tra leggi dello Stato e leggi delle Regioni.

Le esigenze unitarie, che si realizzano con gli strumenti del coordinamento normativo infiltrano da più parti il disegno costituzionale superando la centralità del riparto formale delle competenze. L'erosione numericamente più rilevante della distribuzione statica del potere legislativo è avvenuta dall'interno, ovverosia dagli stessi elenchi delle materie. La dottrina e la giurisprudenza costituzionale, infatti, hanno messo ben in luce come molti dei settori competenziali descritti nell'art. 117 Cost. non rappresentino titoli materiali veri e propri, ma compiti trasversali, il cui esercizio da parte dello Stato si concretizza indifferentemente anche nei confronti di settori formalmente riservati alla legge regionale. Si tratta di un fenomeno qualitativamen-

(68) A. RUGGERI, *Il parallelismo «redivivo»* cit.

te e quantitativamente rilevante, come dimostra l'ampia giurisprudenza costituzionale che per questa via ha riclassificato buona parte delle materie statali esclusive e concorrenti.

Siamo di fronte a un fenomeno apparentemente paradossale: l'assegnata esclusività del riparto per materie nella distribuzione delle competenze e la contestuale espunzione dal testo costituzionale di ogni riferimento al limite dell'interesse nazionale (che solo o in combinazione con altri limiti aveva rappresentato in passato lo strumento primario per il coordinamento tra Enti) ha determinato lo stesso superamento del criterio formale, sovente depotenziato della sua precettività in ragione della valutazione del livello degli interessi.

L'applicazione del principio di sussidiarietà alla funzione legislativa – seppur numericamente assai meno rilevante – ha chiuso il cerchio. Difatti, laddove il rimedio delle materie trasversali risulti insufficiente ad assicurare il coordinamento normativo, le esigenze unitarie possono trovare valida tutela attraverso l'allocazione sussidiaria del potere legislativo (diretta conseguenza della sussidiarietà amministrativa).

Il risultato finale di queste operazioni interpretative evidenzia un'inaspettata centralità del livello degli interessi che, a monte, ispirano seppur non in via esclusiva la scrittura degli elenchi; in fase applicativa, guidano l'attività dell'interprete nella ricerca dei contorni delle materie e, infine, consentono di superare lo stesso riparto formale delle competenze attraverso l'utilizzo delle materie trasversali e della sussidiarietà legislativa.

In questo contesto, interrogarsi oggi sul significato del principio supremo di rigidità costituzionale applicato ai problemi di cui ci stiamo occupando richiede uno sforzo culturale che abbandoni definitivamente la ricerca di ambiti materiali di competenza predefiniti ed immodificabili. La Costituzione rigida predetermina i principi generali che regolano il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni, ma non delinea un ordine astratto ed assoluto di attribuzioni, poiché altrimenti sarebbero negati altri principi, anch'essi costituzionali. Quella da ricercare è, quindi, la necessaria compensazione tra esigenze di certezza,

predeterminazione, astrattezza e separazione, da una parte, ed esigenze di proporzionalità, elasticità, concretezza e collaborazione, dall'altra. Del resto, quelli ricordati sono principi che non si esauriscono solo nell'ambito del diritto regionale (così, la leale collaborazione contraddistingue anche la giurisprudenza costituzionale relativa ai conflitti tra poteri dello Stato, il bilanciamento si sviluppa dal campo dei diritti per poi pervadere anche quello degli interessi, etc.), ma rappresentano strumenti di decisione che pervadono l'intera giurisprudenza costituzionale.

Le materie, molte delle quali hanno perso ogni oggettiva consistenza in ragione delle locuzioni utilizzate nell'art. 117 Cost. (che fa sovente riferimento a scopi da raggiungere e a titoli competenziali scevri da ogni aggancio a un *corpus* normativo o una organizzazione burocratica preesistente), non sono in grado di individuare in via preventiva ed astratta la linea di confine tra ciò che può fare il legislatore statale e quello regionale. Privati di un'effettiva valenza oggettiva, gli elenchi dell'art. 117 Cost. divengono oggi la più ampia porta di ingresso della valutazione degli interessi nel riparto delle attribuzioni legislative, rispetto al quale la Corte costituzionale è chiamata a giudicare non tanto secondo i vecchi schemi dell'interesse nazionale, ma distinguendo tra interessi adeguatamente disciplinabili al centro e interessi adeguatamente disciplinabili a livello regionale.

Più o meno inconsapevolmente, quando il riformatore del 2001 ha posto gli elenchi dell'art. 117 Cost. come unico criterio di riparto competenziale ne ha decretato la definitiva erosione, aprendo le porte alla neocentralità del livello degli interessi, oggi significativamente infiltrati nelle ampie zone grigie lasciate dalle materie.

La disciplina comunitaria delle comunicazioni. Tra regolamentazione “decentrata” e liberalizzazione del mercato

di Stefano Amadeo

Sommario

1. Introduzione. – **2. I principi di struttura del mercato comunitario delle comunicazioni.** – **3. Il sistema istituzionale: le autorità nazionali di regolamentazione (ANR) e la Commissione.** – **4. (Segue) Il carattere decentrato e integrato dei controlli.** – **5. La disciplina materiale del mercato delle comunicazioni: le condizioni d'accesso e d'esercizio che possono essere imposte dagli Stati membri (cenni).** – **6. Tutela della concorrenza e misure “preventive” a correzione degli squilibri del mercato.** – **7. Conclusioni.**

1. Introduzione

L'attuale disciplina comunitaria delle comunicazioni elettroniche, contenuta nel cd. pacchetto di direttive del 2002 e in vari atti non vincolanti ⁽¹⁾, costituisce l'esito di un processo norma-

(1) Cfr. direttiva 2002/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime (direttiva accesso), in *GU* L 108 del 24 aprile 2002, p. 7; direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni), in *GU* L 108 del 24 aprile 2002, p. 21; direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro), in *GU* L 108 del 24 aprile 2002, p. 33; direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale), in *GU* L 108 del 24 aprile 2002, p. 51; direttiva 2002/77/CE della Commissione del 16 settembre 2002 relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, in *GU* L 249 del 17 settembre 2002, p. 21. La definizione, ampia, delle “reti” e dei “servizi” di comunicazione elettronica è contenuta, in particolare, nella direttiva quadro, art. 2, lett. a) e c), cui si rinvia.

tivo di liberalizzazione avviato, per fasi, dalle istituzioni comunitarie sin dalla fine degli anni '80 ⁽²⁾.

Si tratta di un complesso assai articolato di regole, di natura strumentale e sostanziale, volte a garantire l'instaurazione e l'operatività del mercato europeo delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica.

La realizzazione di tale obiettivo innanzitutto comporta l'armonizzazione e la semplificazione delle condizioni d'accesso al mercato nazionale che gli Stati membri possono imporre agli operatori (fornitori di reti e servizi) per soddisfare esigenze pubbliche compatibili con il diritto comunitario. In secondo luogo, e sotto il profilo "privatistico", implica la determinazione di regole di comportamento minime a carico della generalità degli operatori e, soprattutto, l'imposizione di obblighi "specifici" e "asimmetrici" a carico delle imprese provviste di un "significativo potere di mercato" (SPM) ⁽³⁾. Le prime e i

(2) Sulle linee evolutive della disciplina cfr., in generale, A. DE STREEL, R. QUECK, P. VERNET, *Le nouveau cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques*, in *Cahiers de droit européen*, 2002, pp. 243-312; F.M. SALERNO, *Telecomunicazioni e autorità indipendenti: appunti sullo sviluppo dei rapporti tra diritto comunitario e organizzazione amministrativa interna*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2003, pp. 679-720; A.F. BAVASSO, *Electronic communications: A new paradigm for european regulation*, in *Common market law review*, 2004, pp. 87-118. Per eccellenti elaborazioni "sistematiche" della materia cfr. L. GARZANITI, *Telecommunications, Broadcasting and the Internet: EU Competition Law and Regulation*, London, 2003; P. NIHOUL, P. RODFORD, *EU Electronic Communications Law: Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, Oxford, 2004.

(3) Sulle regole di comportamento applicabili a tutte le imprese v. art. 4 e 5 della direttiva accesso; sulla nozione di impresa con SPM, *infra*, par. 6. Sulla "asimmetria" degli obblighi che possono essere imposti alle imprese fornite di un significativo potere di mercato, rispetto agli altri operatori privi di tale potere, allo scopo di ristabilire un'eguaglianza sostanziale, P. NIHOUL, *Droit européen des télécommunications – L'organisation des marchés*, Bruxelles, 1999, p. 253 e ss.; A. DE STREEL, *The New Concept of "Significant Market Power" in Electronic Communications: the Hybridisation of the Sectoral Regulation by Competition Law*, in *European Competition Law Review*, 2003, pp. 535-542. Per quanto riguarda il versante italiano, cfr. le indicazioni fornite dal Presidente dell'Autorità Garante per le Comunicazioni, Corrado Calabrò, nell'audizione del 18 ottobre 2006 tenuta dinanzi alla VIII Commissione del Senato (in www.agcom.it), spec. p. 5 e ss., secondo cui l'impresa *ex monopolista* nel settore delle telecomunicazioni, Telecom Italia, avrebbe lamentato una "discriminazione inversa" rispetto agli operatori concorrenti.

secondi possono essere modulati, dalle autorità nazionali di regolamentazione (ANR), in funzione dell'esigenza di promuovere e garantire efficienza economica e "concorrenza sostenibile" sui mercati riguardati.

L'assetto normativo così delineato si fonda, peraltro, su di un presupposto e implica taluni corollari.

a) A monte della disciplina si situa, come necessaria premessa della liberalizzazione, il divieto delle normative nazionali che conferiscono diritti esclusivi o speciali di fornitura delle reti o dei servizi. Il settore delle comunicazioni si caratterizza, a tal riguardo, come l'ambito privilegiato e l'esperienza "pilota" tra gli interventi normativi comunitari tesi allo "smantellamento" dei monopoli pubblici.

Su un piano generale, infatti, l'art. 86, par. 1, del Trattato, sembra presupporre la liceità comunitaria, seppur condizionata, dei monopoli nazionali o della concessione, da parte dello Stato, di diritti speciali o esclusivi a taluni operatori ⁽⁴⁾. Tale assunto è confermato dalla consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo cui i monopoli (o quasi monopoli) pubblici non sono, in linea di principio, incompatibili con il diritto comunitario. Possono tuttavia ricorrere ipotesi in cui la stessa attribuzione di un diritto speciale o esclusivo è idonea a determinare forme d'esercizio del medesimo contrarie al Trattato. Tale accertamento va svolto sulla base di un esame caso per caso della normativa nazionale e della situazione dei mercati riguardati. Nella giurisprudenza più recente, peraltro, l'accento è stato progressivamente posto sugli effetti "limitativi" delle libertà di circolazione e della libertà di concorrenza determinati

(4) Ai sensi dell'art. 86, par. 1, TCE, "Gli Stati membri non emanano né mantengono nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi alcuna misura contraria alle norme del presente trattato, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 12 e 81 a 89 inclusi". Nell'interpretazione della norma, e nell'accertamento della compatibilità dei regimi nazionali di monopolio o di quasi monopolio, centrale è la definizione della "contrarietà" della disciplina nazionale rispetto alle norme del Trattato (al divieto di discriminazione in base alla nazionalità e alle regole sulla concorrenza in particolare), da operarsi "per rinvio" al contenuto liberalizzatore di queste ultime: cfr., in tal senso, già CGCE, 19 marzo 1991, C-202/88, *Francia c. Commissione*, in *Racc.*, p. I-1223, cpv. 22.

dall'esistenza di diritti speciali o esclusivi, e dunque sulla necessità di "giustificare" tali effetti nell'ambito delle deroghe contemplate dal Trattato, alla luce del principio di proporzionalità ⁽⁵⁾.

Per quanto concerne, in particolare, le comunicazioni elettroniche, in ragione tanto dell'importanza economica del settore per lo sviluppo del mercato unico, quanto dell'elevato grado di "concentrazione" dell'offerta e d'intervento dei poteri pubblici ⁽⁶⁾, l'accertamento della contrarietà, ai sensi dell'art. 86, par. 1, del conferimento di diritti esclusivi o speciali con il Trattato è stata svolta, con un grado crescente di intensità, dallo stesso legislatore comunitario, con il supporto della Corte. In tale prospettiva la direttiva concorrenza conferma il divieto degli Stati membri di "accordare o mantenere in vigore diritti esclusivi o speciali per l'installazione e/o la fornitura di reti di comunicazione elettronica o per la fornitura di servizi di comunicazione elettronica a disposizione del pubblico" (art. 2); il riconoscimento alle imprese di situazioni di privilegio legale è tuttavia consentito, in virtù di disposizioni comunitarie speciali, subordinatamente al rispetto di "criteri obiettivi, proporzionati e non discriminatori" nella selezione degli operatori (art. 1) ⁽⁷⁾.

(5) V. L. RADICATI DI BROZOLO, *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni*, Torino, 1999, spec. p. 60 e ss., G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, p. 760 e ss. e L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2006, pp. 233, 235 e ss. La contrarietà dell'attribuzione di diritti esclusivi con il Trattato è stata configurata, per esempio, in caso di (manifesta) incapacità dell'impresa beneficiaria di soddisfare la domanda del mercato (CGCE, 23 aprile 1991, C-41/90, *Höfner*, in *Racc.*, p. I-1979; 11 dicembre 1997, C-55/96, *Job Centre*, in *Racc.*, p. I-7119), ovvero nel caso di attribuzione, in capo ad uno stesso operatore, di più diritti esclusivi, in modo tale da consentirgli di discriminare i beni o i servizi dei concorrenti a beneficio dei propri (così per i diritti esclusivi di trasmissione televisiva, nonché di ritrasmissione dei programmi di operatori stranieri: 18 giugno 1991, C-260/89, *ERT*, in *Racc.*, p. I-2925; v. anche 13 dicembre 1991, C-18/88, *RTT*, in *Racc.*, p. I-5941; 12 febbraio 1998, C-163/96, *Raso*, in *Racc.*, p. I-533).

(6) Cfr. i considerando 4 e 1 della direttiva quadro, cit.

(7) Cfr. CGCE, 12 dicembre 1996, C-302/94, *British Telecommunications*, in *Racc.*, p. I-6417, cpv. 34. La definizione della nozione di diritti esclusivi e di diritti speciali è contemplata dall'art. 1 della direttiva concorrenza, cui si rinvia. Il divieto di istituire o mantenere diritti siffatti (pur con talune modulazioni) viene fondato (*ex* considerando n. 8), in particolare, sull'incompatibilità materiale degli effetti da questi prodotti con l'art. 43 e/o con l'art. 82, co. 2, lett. b, TCE. In realtà la qualificazione in

b) L'apertura del mercato delle comunicazioni alla libertà di prestazione ed alla concorrenza, oltre che volano di sviluppo, costituisce espressione di democrazia economica e strumento di pluralismo. In tale prospettiva la disciplina comunitaria è chiamata a temperare, da un lato, i diritti d'accesso e d'esercizio delle imprese e, dall'altro, i diritti degli utenti finali e dei consumatori, in particolare per ciò che concerne la qualità, la continuità, l'universalità e la fruibilità economica dei servizi di comunicazione.

In altri termini, e conformemente agli articoli 16 e 86, par. 2, TCE, il processo di liberalizzazione non deve andare a pregiudizio dei diritti dei fruitori; si configura dunque la necessità di colmare le "lacune" del mercato con misure comuni volte a garantire l'espletamento della missione di servizio pubblico (o di "servizio universale") di livello e qualità almeno comparabili a quelli prevalenti ai tempi della monopolizzazione, e però, diversamente da questi, nel rispetto di standard di tendenziale apertura al mercato ed efficienza economica ⁽⁸⁾.

c) Infine lo sviluppo del mercato unico delle comunicazioni implica misure d'accompagnamento specifiche finalizzate a garantire il rispetto dei diritti fondamentali degli utenti e, in particolare, la sicurezza e la riservatezza delle comunicazioni ⁽⁹⁾.

esame appare più restrittiva: così la contrarietà dei diritti speciali con la direttiva è commisurata al mancato impiego di criteri di obiettività, proporzionalità e non discriminazione nella selezione degli operatori che beneficeranno di una posizione di privilegio, ciò che determina una violazione del principio, inerente al sistema di concorrenza non falsata voluto dal Trattato, della "eguaglianza delle opportunità tra i vari operatori economici" (cfr. CGCE, 19 marzo 1991, *Francia c. Commissione*, cit., cpv. 51; 13 dicembre 1991, *RTT*, cit., cpv. 25; 22 maggio 2003, C-462/99, *Connect Austria*, in *Racc.*, p. I-5197, cpv. 83 s.; 20 ottobre 2005, C-327/03 e C-328/03, *ISIS Multimedia*, non ancora pubblicata in *Racc.*, cpv. 39; cfr. anche, ma implicitamente, 12 dicembre 1996, *British Telecommunications*, cit., cpv. 34).

(8) Cfr., circa il primo aspetto, la Comunicazione della Commissione del 20 settembre 2000 su "I servizi d'interesse generale in Europa", in *GU* C 17 del 19 gennaio 2001, p. 4; circa il secondo, la direttiva servizio universale, sulla quale V. KARAYANIS, *Le service universel de télécommunications en droit communautaire: entre intervention publique et concurrence*, in *Cahiers de droit européen*, 2002, pp. 315-375, spec. pp. 330 e ss.

(9) Cfr. la dir. 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 luglio 2002 relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comuni-

Nel prosieguo dell'indagine verranno esaminati i "principi" informatori della disciplina derivata (par. 2), le funzioni delle autorità nazionali di regolamentazione e i meccanismi di coordinamento dei loro poteri *inter se* e con la Commissione (par. 3 e 4); la disciplina armonizzata dell'accesso degli operatori ai mercati nazionali (par. 5) ed il peculiare regime di regolamentazione attivabile dalle autorità nazionali nei mercati non concorrenziali (par. 6). Una particolare attenzione sarà riservata ai profili di specialità della disciplina, sotto il profilo istituzionale e materiale, rispetto ad altri settori regolati dal diritto comunitario (segnatamente *antitrust*), così come all'incidenza, nel settore, della giurisprudenza comunitaria.

Per converso, date le finalità e l'ambito limitato della presente indagine, non sarà espressamente affrontata l'analisi della disciplina comunitaria dei servizi d'interesse generale o della tutela della riservatezza nelle comunicazioni. Analogamente non sarà presa in esame, se non incidentalmente, la normativa interna di trasposizione (e, in particolare, il d.lgs. n. 259 del 2003, codice delle comunicazioni elettroniche, in *GURI* n. 214 del 15 settembre 2003).

2. *I principi di struttura del mercato comunitario delle comunicazioni*

Il "pacchetto" di direttive adottato nel 2002 riorganizza, semplifica e porta a compiuto sviluppo il sistema normativo previgente, caratterizzato da una fase di "transizione dal monopolio alla piena concorrenza" ⁽¹⁰⁾.

a) In primo luogo il mercato comunitario delle comunicazioni è ispirato al principio dell'unitarietà della regolamenta-

cazioni elettroniche), in *GU* L 201 del 31 luglio 2002, p. 37, che fornisce il quadro generale della disciplina, e la dir. 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE, in *GU* L 105 del 13 aprile 2006, p. 54.

(10) Cfr. il considerando n. 1 della direttiva quadro.

zione – richiesta dalla progressiva “convergenza tecnologica” tra i settori delle telecomunicazioni, dell’audiovisivo e delle tecnologie dell’informazione. La disciplina si caratterizza per il suo carattere strumentale – riguardante, cioè, i mezzi di trasmissione e non invece i contenuti della trasmissione, che sono oggetto di diversa regolamentazione comunitaria o nazionale – oltre che “tecnologicamente neutrale” ⁽¹¹⁾.

Le regole armonizzate sono, dunque, applicabili orizzontalmente a tutte le infrastrutture e le attività di trasmissione di segnali elettromagnetici. Le direttive in esame risultano invece ambigue circa il se la disciplina da esse prevista sia applicabile “orizzontalmente” a tutti gli operatori, senza riguardo al carattere transnazionale della rispettiva attività, ovvero faccia salve le cd. situazioni puramente interne (ossia le situazioni prive di collegamento attuale con gli scambi infracomunitari). Indicazioni univoche non sono ricavabili dalla base giuridica richiamata (tutte le direttive, salvo la direttiva concorrenza, sono fondate sul Trattato e, “in particolare”, sull’art. 95 TCE). A favore del carattere orizzontale della disciplina possono essere richiamate talune disposizioni della direttiva quadro che contemplano obblighi specifici delle autorità di regolamentazione nazionali in presenza di misure idonee a produrre un’ “influenza [su]gli

(11) Sulla “convergenza tecnologica” del settore, cfr. il Libro verde della Commissione sulla convergenza dei settori delle telecomunicazioni, dei media e delle tecnologie dell’informazione, COM(97)623. Ad esempio della specialità della disciplina dei contenuti trasmessi, quali i contenuti delle trasmissioni radiotelevisive, v. R. MAZZA, *Diffusione televisiva e disciplina comunitaria della concorrenza*, Torino, 2006, p. 29 e ss. e dottrina ivi citata, nonché CGCE, 2 giugno 2005, C-89/04, *Mediakabel*, non ancora pubblicata in *Racc.* Sul bilanciamento dei valori che possono venire in rilievo in materia di trasmissioni televisive (la tutela del consumatore da pubblicità commerciale eccessiva, da un lato, e la tutela della libertà d’espressione delle emittenti televisive, dall’altro), cfr. CGCE, 23 ottobre 2003, C-245/01, *RTL Television*, in *Racc.*, p. I-12489. Sull’opportunità che le autorità nazionali promuovano una “regolamentazione tecnologicamente neutrale, ossia che non imponga l’uso di un particolare tipo di tecnologia né che operi discriminazioni tra particolari tecnologie”, v. il considerando n. 18 della direttiva quadro e l’art. 8, par. 1, della stessa. Da ultimo, sulla decisione della Commissione relativa all’incompatibilità degli aiuti erogati dall’Italia per l’acquisto di decoder digitali (2004 e 2005), i quali, escludendo la tecnologia satellitare, avrebbero violato il principio della neutralità tecnologica e determinato indebite distorsioni della concorrenza, v. il comunicato stampa IP/07/73, sul sito ufficiale dell’UE (www.europa.eu).

scambi tra Stati membri”⁽¹²⁾ – con ciò lasciando supporre, a contrario, che la direttiva risulti per il resto applicabile anche in assenza di tale condizione. È del resto difficile ritenere una diversa, e più restrittiva, soluzione, posto che varie disposizioni della direttiva riguardano i diritti o gli interessi di categorie di individui senza qualificazioni inerenti alla loro localizzazione o al carattere “internazionale” dell’attività svolta⁽¹³⁾.

b) In secondo luogo il mercato comunitario delle comunicazioni, coerentemente con il principio di proporzionalità⁽¹⁴⁾ e tenuti in considerazione gli elementi di dinamismo (economico e tecnologico) che lo caratterizzano, risulta oggetto di una regolamentazione limitata e “flessibile”, tale da consentire alle autorità di controllo (nazionale e comunitaria) di graduare gli interventi in funzione delle specificità e delle evoluzioni riscontrate⁽¹⁵⁾, nonché delle esigenze manifestate da operatori e utenti delle comunicazioni.

(12) Cfr., ad esempio, l’art. 7 della direttiva quadro. Ai sensi del considerando 38 della direttiva, peraltro, la nozione di “influenza” sul commercio tra gli Stati membri è definita in modo estremamente ampio, si da richiamare la giurisprudenza Dassonville della Corte di giustizia (11 luglio 1974, 8/74, in *Racc.*, p. 837).

(13) Cfr., ad esempio, l’art. 8, par. 4, della direttiva quadro, che impone alle autorità di regolamentazione nazionali di promuovere “gli interessi dei cittadini dell’Unione europea, tra l’altro: [...] b) garantendo un livello elevato di protezione dei consumatori nei loro rapporti con i fornitori [...]”. V. anche, a supporto della tesi accolta in testo, l’art. 3 della direttiva accesso e *infra*, par. 3 in fine. La questione è stata portata all’attenzione della Corte: cfr. il rinvio pregiudiziale sollevato dal giudice ceco il 3 e 6 febbraio 2006, C-64/06, *Český Telecom*.

(14) V., per quanto riguarda i limiti agli interventi statali d’autorizzazione all’esercizio delle reti ed alla prestazione di servizi di comunicazione, il considerando n. 9 della direttiva “concorrenza”.

(15) Così ad esempio è previsto un criterio di *recessività* della regolamentazione *ex ante* dei mercati a concorrenza affievolita in ragione della presenza di operatori con SPM (c.d. *market-by-market sunset clause*; cfr. A. DE STREEL, *The New Concept*, cit., p. 536; nonché N.T. NIKOLINAKOS, *The New European Regulatory Regime for Electronic Communications Network and Associated Services: The Proposed Framework and Access/Interconnection Directives*, in *European Competition Law Review*, 2001, pp. 93-109, spec. 94 e 107 e criticamente, in base all’analisi economica, I. DOBBS, P. RICHARDS, *Innovation and the New Regulatory Framework for Electronic Communications in the EU*, *ibid.*, 2004, pp. 716-730). Sul dinamismo del mercato europeo ed italiano delle comunicazioni, cfr. rispettivamente *IERG – Response to Review of Regulatory Group (2007)*, p. 2, in www.erg.eu.int, nonché la Relazione Annuale (2006) dell’Autorità Garante delle Comunicazioni (consultabile al sito ufficiale della stessa, cit.), p. 43 e ss. e 55 e ss.

Il principio della regolamentazione minima, flessibile e commisurata al mercato di riferimento viene realizzato attraverso vari strumenti.

i) In primo luogo attraverso la predisposizione di norme-obiettivo la cui applicazione lascia ampi spazi di discrezionalità alle autorità competenti. Siffatta tecnica normativa è utilizzata con riferimento tanto alla definizione dei poteri e dei fini perseguiti dalle autorità nazionali di regolamentazione (v. art. 8 e i considerando n. 15 e 17 della direttiva quadro), quanto all'individuazione dei diritti e degli obblighi che possono essere imposti alle imprese operanti sui mercati della comunicazione.

A tale ultimo riguardo le direttive – anche mediante la tecnica dei rinvii incrociati – si limitano sovente a “codificare” e ad “esplicitare” istituti o principi emergenti dalla prassi della Commissione o dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare in materia *antitrust*.

Così, ad esempio, la norma che definisce la nozione, cruciale, di impresa fornita di un significativo potere di mercato è un compendio di criteri tratti dalla giurisprudenza comunitaria (v. art. 14 della direttiva quadro); altrettanto vale per le norme sugli obblighi che possono essere imposti alle imprese fornite di tale potere, le quali contemplano, a cascata, un elenco (non tassativo) di misure e formulano i principi e le procedure che debbono guidare le autorità nazionali nella selezione del provvedimento più appropriato (v. *infra*, parr. 4 e 6).

Affinché non siano compromesse la certezza del diritto e l'uniformità d'applicazione della disciplina comunitaria, le direttive sovente prevedono l'adozione, da parte della Commissione, di atti d'indirizzo o di *soft law*, non vincolanti nella forma, cui le autorità nazionali sono invitate a conformarsi. Talora atti siffatti, per effetto del rinvio loro operato da strumenti vincolanti, sembrano assumere un valore ben più che “esortativo” (così, ai sensi dell'art. 15, par. 3, della direttiva quadro, le autorità nazionali di regolamentazione debbono tenere “nel massimo conto la raccomandazione e gli orientamenti” della Commissione ivi contemplati). Spesso, a loro volta, tali atti “applicano”, o codificano e portano a sistema, la prassi e la giurispru-

denza comunitaria.

La tecnica normativa utilizzata, di certo funzionale alla flessibilità della disciplina, solleva inconvenienti in punto di certezza giuridica. Innanzitutto per quanto concerne l'opportunità di elevare a "norma generale" criteri e principi elaborati dalla giurisprudenza con riferimento a fattispecie concrete. Non è chiaro, infatti, se tali fattispecie debbano essere tenute in considerazione dall'autorità nazionale, e dal giudice, nel momento applicativo della norma. Non è chiaro neppure quali conseguenze produca tale "codificazione" sull'evoluzione della prassi amministrativa, e della giurisprudenza, comunitaria⁽¹⁶⁾. Qualora, peraltro, le direttive definiscono le nozioni giuridiche ivi contenute "per rinvio" alla giurisprudenza, si pone il problema della validità ed efficacia delle misure d'attuazione "settoriali" che rivelino difformità rispetto alla disciplina *antitrust* "generale"⁽¹⁷⁾.

ii) In secondo luogo la disciplina comunitaria tende a incentivare soluzioni "negoziate" fra operatori (per esempio, in materia di accesso e interconnessione), l'intervento dell'autorità di controllo essendo limitato – secondo una logica di sussidiarietà rispetto al mercato – ai casi di "fallimento del negoziato commerciale"⁽¹⁸⁾. Inoltre, per ciò che concerne l'aderenza alle esigenze concrete del mercato, le direttive tendono a coinvolgere gli ambienti interessati nell'elaborazione dei provvedimenti dell'auto-rità amministrativa (attraverso la cd. coregolamentazione) o a promuovere, nei settori tecnici, l'autonoma elaborazione di soluzioni (è la cd. auto-regolamentazione, realizzata mediante il contributo degli organismi europei di normalizzazione all'elaborazione delle norme e specifiche applicabili alla fornitura armonizzata di reti e servizi di comunicazione elettronica, e di risorse e servizi correlati)⁽¹⁹⁾.

(16) Cfr., in senso conforme, A.F. BAVASSO, *Electronic communications*, cit., pp. 97-98.

(17) V. ad esempio il considerando n. 25, nonché l'art. 15, par. 1 e 3, della direttiva quadro e, per approfondimenti, *infra*, par. 6.

(18) Cfr. in proposito i considerando n. 5 e 6, e l'art. 4, della direttiva accesso.

(19) Cfr. rispettivamente il considerando n. 15 e l'art. 6, e il considerando n. 30 e l'art. 17 della direttiva quadro.

3. *Il sistema istituzionale: le autorità nazionali di regolamentazione (ANR) e la Commissione*

Sotto il profilo istituzionale la disciplina comunitaria pone in essere un sistema articolato di autorità, ispirato ad una concezione "federale" dei rapporti fra il centro e la periferia, e non privo di assonanze con l'assetto dei controlli previsto dal diritto comunitario *antitrust* "generale" ⁽²⁰⁾. Le autorità nazionali di regolamentazione, contemplate in particolare dall'art. 3 della direttiva quadro, costituiscono infatti le autorità di diritto comune nella "gestione" del mercato delle comunicazioni, mentre alla Commissione è demandato il compito di presiedere alla corretta e coerente interpretazione (e talora all'applicazione) del diritto comunitario.

Lo *status* delle autorità nazionali è regolato in termini di principio dalla direttiva quadro. In conformità al principio generale di "indifferenza" dell'ordinamento comunitario per l'auto-organizzazione interna degli Stati membri ⁽²¹⁾, questi possono designare una o più autorità (v. art. 3, parr. 4 e 6, della direttiva quadro), in funzione di criteri di competenza tematici ovvero del proprio assetto costituzionale interno ⁽²²⁾. Peraltro,

(20) V. il regime posto in essere dal reg. n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, in *GU* L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1, su cui si rimanda a A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE, S. AMADEO (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, Milano, 2007.

(21) Cfr. tuttavia, per alcune attenuazioni del principio, O. PORCHIA, *Indifferenza dell'Unione nei confronti degli Stati membri e degli enti territoriali: momenti di crisi del principio*, in L. DANIELE (a cura di), *Regioni e Autonomie territoriali nel diritto internazionale ed europeo*, Napoli, 2006, pp. 269-286, spec. 279 e ss.

(22) Così per esempio negli Stati membri a struttura federale: v. considerando n. 11 della direttiva quadro, che si richiama, a tal riguardo, all'"autonomia istituzionale" degli Stati membri nonché al principio di neutralità rispetto al regime nazionale della proprietà, previsto dall'art. 295 del Trattato. *A contrario*, qualunque sia l'organizzazione prescelta, accentrata o decentrata, gli Stati membri debbono garantire l'efficace applicazione delle disposizioni delle direttive, ad esempio in termini di competenze tecniche delle autorità, non potendo giustificare eventuali disfunzionalità richiamandosi alle peculiarità del proprio ordinamento. Sul problema dell'imputabilità dell'eventuale illecito comunitario allo Stato membro o all'operatore storico, ex monopolista nel settore delle comunicazioni, cfr. CGCE, 7 gennaio 2004, C-500/01, *Commissione c. Spagna* ("price cap"), non ancora pubblicata in *Racc.*

nella designazione e organizzazione dell'autorità, gli Stati membri sono assoggettati ad alcuni vincoli finali e funzionali: così

a) deve essere garantita "l'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione in modo da assicurare l'imparzialità delle loro decisioni" (considerando n. 11 della direttiva quadro, cit.). Ai sensi dell'art. 3, par. 2, della direttiva quadro, l'indipendenza delle autorità di regolamentazione comporta che esse siano "giuridicamente distinte e funzionalmente autonome da tutti gli organismi che forniscono reti, apparecchiature o servizi di comunicazione elettronica". Tale obbligo, in conformità alle prescrizioni della giurisprudenza comunitaria ⁽²³⁾, è rafforzato qualora gli Stati membri mantengano la proprietà o il controllo di imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica: in tal caso essi debbono provvedere "alla piena ed effettiva separazione strutturale delle funzioni di regolamentazione dalle attività inerenti alla proprietà o al controllo" ⁽²⁴⁾. Analogamente, ai sensi dell'art. 11 della direttiva quadro, qualora "le autorità pubbliche o locali" mantengano la proprietà o il controllo di imprese di comunicazione, gli Stati membri assicurano "un'effettiva separazione strutturale" tra la funzione attinente alla concessione dei diritti di passaggio delle reti su proprietà pubbliche o private, da un lato, e le funzioni attinenti alla proprietà o al controllo, dall'altro.

Salvo questi ultimi requisiti, non è previsto che gli Stati membri siano tenuti a garantire l'indipendenza dell'autorità dall'Esecutivo ⁽²⁵⁾. Nondimeno un efficace svolgimento delle funzioni di controllo del mercato, nella misura in cui può comportare una valutazione "incidentale" di conformità della normativa interna al diritto comunitario ⁽²⁶⁾, sembra postulare

(23) V. CGCE, 19 marzo 1991, *Francia c. Commissione*, cit., cpv. 51; 13 dicembre 1991, *RTT*, cit., cpv. 25.

(24) Tale previsione innova rispetto al regime previgente, cfr. P. NIHOUL, *Droit européen des télécommunications*, cit., p. 239 ss., spec. 246 ss.

(25) Per esempio, dal Ministero competente in materia di comunicazioni: cfr. per la previsione di competenze applicative in capo a quest'ultimo, art. da 7 a 9 del codice delle comunicazioni, cit.

(26) Cfr. CGCE, 9 settembre 2003, C-198/01, *Consorzio Italiano Fiammiferi*, in

l'opportunità che l'operato dell'autorità sia sciolto da eventuali "condizionamenti" del potere politico ⁽²⁷⁾.

Inoltre *b)* l'organizzazione delle competenze e dei poteri dell'autorità deve rispettare un criterio di trasparenza: le funzioni da esse svolte debbono essere adeguatamente pubblicizzate, in particolare qualora le autorità designate siano più d'una (art. 3, par. 4, direttiva quadro).

Alle autorità nazionali di regolamentazione è demandata la realizzazione di varie finalità, riassunte dall'art. 8 della direttiva quadro. Esse hanno l'obiettivo:

a) di promuovere la concorrenza nella fornitura delle reti e dei servizi di comunicazione, e delle risorse e servizi correlati (garantendo che non abbiano luogo distorsioni e restrizioni della concorrenza, incoraggiando investimenti efficienti, incoraggiando un uso e una gestione efficiente delle risorse – numeriche o di radiofrequenza – limitate);

b) di contribuire allo sviluppo del mercato interno (ad es., rimuovendo gli ostacoli residui che si frappongono alla fornitura di reti e servizi su scala europea, o incoraggiando l'istituzione e lo sviluppo di reti transeuropee);

c) e di promuovere gli interessi dei cittadini dell'Unione europea, direttamente, in quanto utenti o consumatori di servizi di comunicazione e indirettamente, in quanto fruitori di altri beni giuridici – culturali, ambientali, urbanistici ecc. – cui una gestione efficiente delle reti e servizi di comunicazione può contribuire ⁽²⁸⁾.

Le funzioni delle autorità si articolano, innanzitutto, nella "regolamentazione" del mercato delle comunicazioni: ad esempio, le autorità possono contribuire alla definizione e presiedo-

Racc., p. I-8055.

(27) Cfr. anche I. CHIEFFI, *Competenze dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e della Commissione nel nuovo quadro normativo comunitario e italiano per le comunicazioni elettroniche*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, pp. 457-491, spec. 460 ss.

(28) V. considerando n. 17 della direttiva quadro e, in particolare, art. 8, par. 1, ult. co. direttiva quadro, secondo cui le ANR possono contribuire nell'ambito delle loro competenze a garantire l'attuazione delle politiche volte a promuovere la diversità culturale e linguistica e il pluralismo dei mezzi di comunicazione.

no alla gestione del regime di “autorizzazione generale” in base al quale, previa notifica, le imprese interessate forniscono reti o servizi di comunicazione (art. 3 della direttiva autorizzazioni); hanno il potere di imporre agli operatori gli obblighi necessari a garantire l’accesso, l’interconnessione e l’interoperabilità dei servizi (art. 5 della direttiva accesso); provvedono a quella particolare forma di regolazione preventiva e “a termine” dei mercati non concorrenziali, a causa della presenza di un’impresa già monopolista, detta *ex ante* (artt. da 8 a 13 della direttiva accesso; v. *infra*, par. 6).

La disciplina comunitaria codifica i criteri (obiettività, trasparenza, proporzionalità e non discriminazione) che debbono essere applicati dalle autorità nell’opera di organizzazione del mercato, tanto sotto il profilo sostanziale che sotto il profilo procedimentale ⁽²⁹⁾.

Le autorità svolgono, inoltre, funzioni di sorveglianza, verificando (*ex post*) il rispetto delle regole e degli obblighi imposti agli operatori (art. 10, par. 1, della direttiva autorizzazioni). Qualora le imprese non rimedino alle violazioni riscontrate, le autorità possono imporre misure sanzionatorie, graduate secondo un’intensità crescente, che possono giungere – in caso di violazioni gravi e ripetute – a inibire l’esercizio dell’attività di comunicazione all’impresa responsabile (v. art. 10 della direttiva autorizzazioni e *infra*, par. 5).

Le decisioni delle autorità debbono essere assunte nel rispetto del principio del contraddittorio (cfr. l’art. 10, par. 2, ultimo periodo della direttiva cit.). Le misure d’applicazione delle direttive “che abbiano un impatto rilevante sul relativo mercato” debbono, inoltre, essere precedute da una consultazione pubblica (ai sensi dell’art. 6, par. 2, della direttiva quadro, gli Stati membri sono tenuti a predisporre un “unico punto di informazione attraverso il quale si possa accedere a tutte le consultazioni in corso”).

Ai sensi dell’art. 4 della direttiva quadro, richiamato

(29) Cfr. A.F. BAVASSO, *Electronic communications*, cit., p. 112, che opportunamente osserva come le autorità siano incaricate “with a sort of decentralized application of EC general principles”.

all'occorrenza dalle direttive particolari, gli Stati membri sono tenuti a garantire a tutti i soggetti (imprese e utenti) interessati da una decisione delle autorità nazionali di regolamentazione un diritto di ricorso dinanzi ad un "organo, che può essere un tribunale, [...] in possesso di competenze adeguate". Qualora l'organo competente non abbia natura giurisdizionale, le sue decisioni debbono essere motivate e suscettibili di impugnazione "dinanzi a una giurisdizione ai sensi dell'art. 234 del trattato". Tale previsione costituisce espressione particolare, nel settore delle comunicazioni, del principio generale del "diritto ad un ricorso effettivo" riconosciuto dalla giurisprudenza comunitaria in conformità agli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁽³⁰⁾.

Infine le autorità svolgono un ruolo di soluzione delle controversie sorte, in relazione agli obblighi previsti dalle direttive, tra "imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica in uno Stato membro". Ai sensi dell'art. 20 della direttiva quadro, le autorità debbono adottare, su richiesta di una delle parti alla controversia, ed entro il termine di quattro mesi, una decisione vincolante ispirata agli obiettivi generali del cui perseguimento sono investite. Il carattere obbligatorio della procedura può essere derogato in presenza di meccanismi alternativi di soluzione delle controversie, quali la mediazione, "che possano contribuire meglio e tempestivamente" al raggiungimento del risultato atteso⁽³¹⁾. Resta, peraltro e in ogni caso,

(30) Cfr., da ultimo, CGCE, 27 febbraio 2007, C-354/04 P, *Gestoras Pro Amnistia*, non ancora pubblicata in *Racc.*; 19 settembre 2006, C-506/04, *Wilson*, non ancora pubblicata in *Racc.* Varie le manifestazioni del principio di tutela giurisdizionale effettiva in materia di comunicazioni: cfr. CGCE, 22 maggio 2003, C-462/99, *Connect Austria*, in *Racc.*, p. I-5197, cpv. 35 e ss., spec. 41, sul potere-dovere del giudice nazionale, generalmente competente a conoscere della controversia, di lasciare inapplicata la norma nazionale "diretta a escludere esplicitamente" la propria competenza; 13 luglio 2006, C-438/04, *Mobistar*, non ancora pubblicata in *Racc.*, cpv. 38 e ss., sulla facoltà e le condizioni d'accesso ai dati coperti da segreto d'ufficio da parte dell'organismo nazionale competente in materia di ricorsi.

(31) Poco perspicuo risulta (*ex art. 20, par. 2*) il "vincolo di conformità" dei mezzi alternativi impiegati rispetto all'art. 7 della direttiva quadro, che prevede obiettivi e procedure particolari cui sono assoggettate le ANR: v. *infra*, par. 4. Analoga approssimazione presenta la frase successiva dell'art. 20, par. 2, che subordina l'obbligo dell'autorità nazionale di riassumere e risolvere la controversia con decisione vinco-

impregiudicata la facoltà delle parti alla controversia di adire un organo giurisdizionale (art. 20, par. 5, della direttiva quadro).

Una procedura sostanzialmente analoga è prevista dall'art. 21 della direttiva quadro per la soluzione delle controversie "transnazionali" che sorgano, in materia di comunicazione, "tra parti stabilite in Stati membri diversi" (art. 21). In tal caso le autorità nazionali di regolamentazione investite della controversia sono chiamate ad operare, nei vari snodi della procedura, in modo "coordinato" o "congiunto" ⁽³²⁾. Trattasi all'apparenza di un obbligo di mezzi, che non pregiudica l'effettiva realizzabilità del coordinamento, ove realizzato su una base meramente empirica.

4. (Segue) *Il carattere decentrato e integrato dei controlli*

Il diritto comunitario *antitrust* "generale" è caratterizzato, per effetto del reg. n. 1/2003, cit., da un ampio "decentramento" nella distribuzione delle competenze di controllo e sanzione. Un ruolo fondamentale nella repressione degli illeciti *antitrust* spetta alla "Rete" delle autorità garanti della concorrenza nazionali, salva la primazia delle decisioni adottate dalla Commissione ed il potere di questa di avocare a sé procedimenti già avviati dalle prime.

La disciplina delle comunicazioni è ispirata ad un analogo principio di struttura, con riguardo al ruolo delle autorità nazionali di regolamentazione. Ciò assicura una certa coerenza tra la disciplina settoriale e la disciplina generale, coerenza quanto mai opportuna posto che, per un verso, l'intervento regolatore delle autorità operanti nel mercato delle comunicazioni è ispirato ai principi del diritto *antitrust* ⁽³³⁾ e, per altro verso, tale in-

lante all'eventualità che "la parte che chiede il risarcimento non [abbia] adito un organo giurisdizionale" (cfr. al riguardo l'art. 23 del codice delle comunicazioni, che si riferisce, più opportunamente, a "la parte che si ritiene lesa").

(32) Cfr. anche, nello stesso senso, l'art. 24 del codice delle comunicazioni, cit.

(33) Cfr. C. BELLAMY, G. CHILD, *European Community Law of Competition*, London, 2001, p. 1035-1080, spec. p. 1036 ss.; L. GARZANITI, F. LIBERATORE, *Recent Developments in the European Commission's Practice in the Communications Sector* –

tervento è subordinato ad una prognosi di inefficacia o insufficienza dei rimedi fondati sugli artt. 81, 82, 86, par. 1, TCE e sul regolamento concentrazioni.

Nondimeno, se raffrontate alle previsioni del reg. n. 1/2003, cit., le regole rinvenibili nella direttiva quadro, relative alla cooperazione, ed al coordinamento delle competenze, tra le varie autorità nazionali di regolamentazione, e tra queste e la Commissione, sono alquanto scarse.

In termini generali l'attività delle autorità di controllo è soggetta all'art. 7, par. 2, della direttiva quadro, secondo cui "le autorità nazionali di regolamentazione contribuiscono allo sviluppo del mercato interno cooperando in modo trasparente tra di loro e con la Commissione al fine di assicurare la piena applicazione, in tutti gli Stati membri, delle disposizioni della presente direttiva e delle direttive particolari". Tale norma, che appare come "codificazione", in una prospettiva dinamica, del principio di leale cooperazione di cui all'art. 10 del TCE, omette peraltro di richiamare l'analogo, e reciproco, obbligo che grava in capo alla Commissione (il quale nondimeno traspare da talune disposizioni di dettaglio).

Per ciò che concerne la dimensione orizzontale, è previsto un obbligo degli Stati membri di assicurare – ove opportuno – la cooperazione tra le autorità nazionali di regolamentazione appartenenti ad un medesimo Stato membro *inter se* e, data la natura composita dei valori rilevanti nel settore delle comunicazioni, con le autorità nazionali di tutela del consumatore e, soprattutto, con le autorità *antitrust* ⁽³⁴⁾.

Tale cooperazione si estrinseca in modo informale attraverso consultazioni e scambi di informazioni, salvo l'obbligo di rispettare la riservatezza degli affari ⁽³⁵⁾.

Part 3, in *European Competition Law Review*, 2004, pp. 286-298, spec. 297 e ss.

(34) Cfr. art. 3, par. 4 e, per un caso d'applicazione particolare, art. 16, par. 1, della direttiva quadro.

(35) Cfr. art. 3, par. 5, e art. 5, par. 2, co. 2, della direttiva quadro; sull'assetto della normativa italiana in materia, che prevede forme di consultazione obbligatoria ovvero facoltativa tra l'Autorità per le comunicazioni e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, cfr. A. ARGENTATI, *Relations between the Competition Authority and Sectoral Regulators: Italy Experience*, in *European Competition Law Review*,

È previsto, inoltre, lo scambio delle informazioni fornite dalle imprese tra le autorità di regolamentazione appartenenti a diversi Stati membri “ove ciò sia necessario per consentire a tali autorità di assolvere alle responsabilità che loro incombono in base al diritto comunitario” (art. 5, par. 2, co. 2). Le informazioni rilevanti, nella misura in cui “contribuiscono a creare un mercato libero e concorrenziale”, sono pubblicate dalle autorità nazionali di regolamentazione nel rispetto delle pertinenti norme nazionali e comunitarie (art. 5, par. 4).

Analogo scambio di informazioni è previsto, per ciò che concerne la dimensione verticale, tra le autorità nazionali di regolamentazione e la Commissione, su richiesta motivata di questa e nel rispetto dei principi di proporzionalità, trasparenza e riservatezza. Le informazioni fornite alla Commissione sono messe da questa a disposizione dell'autorità nazionale di un altro Stato membro, salvo che l'autorità nazionale da cui originano vi si sia motivatamente opposta (art. 5, par. 2, della direttiva quadro).

Numerose disposizioni impongono, altresì, agli Stati membri di consentire la cooperazione tra le autorità nazionali di regolamentazione ovvero l'adozione concertata delle misure previste dalle direttive: così, per esempio, l'art. 16, par. 5, sull'effettuazione dell'analisi di mercato in modo congiunto fra le varie autorità nazionali e sull'adozione concertata di misure di regolamentazione *ex ante*.

Oltre a tali strumenti di raccordo, un procedimento “speciale” di cooperazione, e di coordinamento delle competenze delle autorità nazionali e della Commissione, è previsto dall'art. 7 della direttiva quadro.

Tale norma contempla una disciplina “rafforzata” applicabile alle autorità nazionali di regolamentazione quando progettano di adottare misure che siano suscettibili di influenzare gli scambi tra Stati membri e che abbiano ad oggetto la definizione o l'analisi dei mercati nazionali, o che tocchino gli obblighi di accesso e di interconnessione delle imprese, o che implicino

l'imposizione, la modifica o la revoca di obblighi delle imprese provviste di significativo potere di mercato.

L'autorità nazionale di regolamentazione è innanzitutto tenuta a comunicare il progetto di misura alla Commissione e alle altre autorità nazionali, che possono, entro il termine di un mese (o entro il termine ragionevole previsto dall'art. 6 per la consultazione delle parti interessate dalla misura, se più lungo), presentare le proprie osservazioni. Qualora ritenga di adottare la misura, l'autorità *a)* tiene nel massimo conto le osservazioni ricevute e *b)* ne comunica il testo alla Commissione (art. 7, par. 2, 3 e 5).

Con riguardo alle misure relative all'identificazione dei mercati rilevanti non inclusi nella raccomandazione all'uso adottata dalla Commissione, ovvero alla determinazione delle imprese provviste di significativo potere di mercato (*infra*, par. 6), il termine – e il conseguente periodo sospensivo – è prorogato di ulteriori due mesi ove la Commissione abbia sollevato rilievi circa la compatibilità della misura con il diritto comunitario e, in particolare, con gli obiettivi generali, "politici" (così il considerando n. 15 della direttiva quadro) di cui all'art. 8. Entro tale termine la Commissione può esercitare un vero e proprio diritto di veto, adottando una decisione con cui si richiede all'autorità nazionale di ritirare il progetto di misura o si propongono i necessari emendamenti (art. 7, par. 4) ⁽³⁶⁾. La Commissione peraltro, nella comunicazione del 29 giugno 2006 concernente il riesame del quadro regolamentare per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, ha suggerito l'estensione del potere di veto ai rimedi proposti dalle autorità nazionali in caso di distorsione della concorrenza sul mercato ⁽³⁷⁾.

(36) L'art. 12, par. 4, del codice delle comunicazioni, cit., ricalca sostanzialmente la procedura indicata, prevedendo però che "l'Autorità è tenuta a rivedere la proposta di provvedimento, qualora la Commissione europea ne faccia richiesta entro tale termine". Il problema della portata del sindacato dei giudici nazionali, ai sensi dell'art. 4 della direttiva, sulle decisioni adottate dalle autorità nazionali e suscettibili di ricadere nell'ambito d'applicazione dell'art. 7, par. 4, e dell'incidenza sul procedimento dell'eventuale decisione della Commissione, è stato portato all'attenzione della Corte su rinvio del giudice finlandese: cfr. causa C-366/06, *DNA Verkot Oy*.

(37) COM (2006) 334. Una procedura particolare è prevista, altresì, dall'art. 8, par. 3,

Secondo i principi enucleati dalla Corte, l'inosservanza della procedura comunitaria di controllo determina l'inopponibilità, agli interessati e ai terzi, della misura nazionale adottata, anche a prescindere dalla sua conformità sostanziale con il diritto comunitario⁽³⁸⁾.

I termini previsti non ostano all'adozione, da parte dell'autorità nazionale, delle misure urgenti temporanee necessarie a "salvaguardare la concorrenza e tutelare gli interessi degli utenti" (art. 7, par. 6, della direttiva quadro).

La cooperazione tra le autorità degli Stati membri *inter se* e con la Commissione, ad eccezione del procedimento di controllo preventivo di cui all'art. 7, par. 4, lascia dunque ampi spazi di discrezionalità agli attori coinvolti. Così, per esempio, in relazione all'identificazione del contenuto, e delle conseguenze, dell'obbligo di tenere "nel massimo conto" le osservazioni delle altre autorità nazionali; o in relazione ai procedimenti da seguire nell'adozione "concertata" delle misure previste dalle direttive. Sono peraltro del tutto assenti disposizioni relative alla soluzione di possibili ipotesi di disfunzione, se non di "patologia", del sistema: per esempio in caso di contrasto tra le qualificazioni operate da due o più autorità di regolamentazione in ordine a una medesima fattispecie oggetto di regolamentazione, a dispetto degli obblighi di informazione e di consultazione preventive.

A tal riguardo la raccomandazione adottata dalla Commissione nel 2003, relativa "alle notificazioni, ai termini e alle consultazioni" previste dall'art. 7 della direttiva quadro, non sembra apportare soluzioni di rilievo; essa è perlopiù destinata a fornire indicazioni circa i contenuti e le modalità concrete della cooperazione instaurata dalla direttiva, o a predisporre forme di

della direttiva accesso, sulla quale *infra*, par. 6.

(38) CGCE, 30 aprile 1996, C-194/94, *CIA Security International*, in *Racc.*, p. I-2201. Sull'assimilazione della procedura prevista dall'art. 7 della direttiva quadro (cd. "Transparency Procedure") alla disciplina dei controlli prevista in materia di aiuti di Stato o di concentrazioni tra imprese, e sui vantaggi che tali esperienze possono apportare nel settore delle comunicazioni, in fase applicativa, cfr. L. GARZANITI, F. LIBERATORE, *Recent Developments*, cit., p. 297.

pubblicità delle decisioni assunte dalle autorità nazionali ⁽³⁹⁾.

In tale quadro di flessibilità, allo scopo di rafforzare la cooperazione e il coordinamento nell'azione delle varie agenzie di controllo, la decisione della Commissione del 29 luglio 2002 n. 2002/627/CE ⁽⁴⁰⁾ ha istituito il Gruppo dei regolatori europei (ERG) per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (v. anche considerando n. 36 della direttiva quadro). Tale organo, formato dai direttori di ciascuna autorità nazionale o dai loro rappresentanti, da rappresentanti della Commissione, che ne cura altresì la segreteria, nonché da rappresentanti delle autorità degli Stati membri del SEE e degli Stati candidati all'adesione ⁽⁴¹⁾, ha il compito *a)* di fornire consulenza e assistenza alla Commissione e *b)* di fungere da *trait d'union* tra le autorità nazionali di regolamentazione e la Commissione in modo da contribuire allo sviluppo del mercato interno ed all'applicazione coerente in tutti gli Stati membri della disciplina comunitaria.

5. *La disciplina materiale del mercato delle comunicazioni: le condizioni d'accesso e d'esercizio che possono essere imposte dagli Stati membri (cenni)*

Allo scopo di promuovere lo sviluppo di reti e di servizi su scala europea, e consentire a operatori e consumatori di trarre vantaggio dalle economie di scala (considerando n. 7 della direttiva autorizzazioni), il diritto comunitario delle comunicazioni stabilisce, a beneficio dei primi, il principio della libertà di fornitura di reti e servizi di comunicazione elettronica (art. 3).

Salve le misure limitative giustificate dalla cd. riserva di or-

(39) Cfr. raccomandazione della Commissione del 23 luglio 2003 relativa alle notificazioni, ai termini e alle consultazioni di cui all'art. 7 della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, in *GU* L 190 del 10 luglio 2003, p. 13.

(40) In *GU* L 200 del 30 luglio 2002, p. 38.

(41) Questi ultimi con *status* di osservatori: cfr. decisione della Commissione del 14 settembre 2004 n. 2004/641/CE, in *GU* L 293 del 16 settembre 2004, p. 30.

dine pubblico, di cui all'art. 46 del Trattato, le condizioni sostanziali alle quali gli Stati membri possono subordinare l'installazione delle reti e l'esercizio dei servizi di comunicazione sono contemplate tassativamente dalla direttiva autorizzazioni (v. allegati). Vengono altresì armonizzati gli strumenti che tali condizioni incorporano, nonché i procedimenti attraverso i quali gli Stati membri possono accertarne il rispetto.

A tal ultimo proposito, la direttiva consente agli Stati membri di assoggettare l'esercizio delle attività di comunicazione, da parte delle imprese, ad una "autorizzazione generale" – termine con il quale la direttiva designa "il quadro normativo istituito dallo Stato membro" – e, all'occorrenza, ad una "notifica" operata dall'impresa in relazione all'inizio della propria attività (art. 3, par. 2 e 3, della direttiva).

Per converso, agli Stati membri è fatto divieto di subordinare l'esercizio dei diritti derivanti dall'autorizzazione generale (di cui l'art. 4 della direttiva fornisce una lista minima) ad "una decisione esplicita o qualunque altro atto amministrativo", come una licenza o un'autorizzazione individuale⁽⁴²⁾.

Su richiesta dell'impresa interessata, le autorità nazionali sono tenute a rilasciare una "dichiarazione standardizzata" che comprovi l'effettuazione della notifica e rechi menzione delle condizioni generali per l'esercizio dei diritti, ad esempio di accesso e di interconnessione, allo scopo di favorire, *inter alia*, l'esercizio di tali diritti "nei confronti di altre autorità o imprese" di altri Stati membri (art. 9 della direttiva autorizzazioni).

La direttiva consente di subordinare a concessione pubblica i diritti d'uso delle frequenze radio e delle numerazioni, ma solo

(42) Sotto tale profilo la direttiva innova rispetto al regime previgente, che prevedeva altresì un regime di licenze individuali: cfr. P. NIHOUL, *Droit européen des télécommunications*, cit., p. 60 ss. Sui requisiti di compatibilità "procedurale" di un regime di omologazione (o autorizzazione) preventiva, in materia di fornitura di prodotti e di servizi di telecomunicazione, rispetto agli art. 28 e 49 TCE, CGCE, 22 gennaio 2002, C-390/99, *Canal Satélite Digital*, in *Racc.*, p. I-607, cpv. 35-42. Ivi la Corte precisa, con riguardo al requisito di proporzionalità della misura, che "una procedura di previa autorizzazione risulterà necessaria solamente quando un controllo *a posteriori* debba essere considerato troppo tardivo al fine di garantire la sua reale efficacia [...]" (cpv. 39).

qualora "ciò sia inevitabile a causa della penuria di frequenze radio o per motivi di efficienza d'uso delle stesse" (considerando n. 11). In tal caso, ai sensi dell'art. 5, par. 2, co. 2, i "diritti d'uso sono concessi mediante procedure pubbliche, trasparenti e non discriminatorie", in modo da garantire l'eguaglianza delle opportunità dei vari operatori economici ⁽⁴³⁾. Ove si tratti di "diritti d'uso di valore economico eccezionale", la procedura di selezione competitiva o comparativa è dettagliatamente disciplinata dalla direttiva (art. 7).

In assenza di procedure di autorizzazione preventiva all'ingresso sul mercato, la verifica della conformità dell'attività d'impresa ai requisiti previsti dal quadro normativo nazionale è svolta *ex post* dall'autorità nazionale di regolamentazione, in base alle informazioni (proporzionate e oggettivamente giustificate: v. art. 11 della direttiva autorizzazioni, che ne specifica le finalità) che possono essere richieste all'impresa e che questa è tenuta a fornire. L'autorità è tenuta a notificare all'impresa le inosservanze accertate, e ad offrire a questa la possibilità di esprimere osservazioni o di rimediare spontaneamente alle violazioni (art. 10, par. 2). Ove l'impresa non ottemperi, l'autorità può adottare "misure adeguate e proporzionate volte ad assicurare l'osservanza delle condizioni", ivi comprese, se così stabilito dal diritto interno, sanzioni pecuniarie ⁽⁴⁴⁾.

Sanzioni pecuniarie possono essere altresì irrogate all'impresa che non fornisca le informazioni richieste (art. 10, par. 3 e 4).

Qualora le misure adottate si siano rivelate inefficaci, e l'impresa abbia gravemente e ripetutamente violato le condizioni stabilite, l'autorità può "impedire [all']impresa di conti-

(43) Cfr. in particolare CGCE, 20 ottobre 2005, *ISIS Multimedia*, cit. Sono applicabili, *mutatis mutandis*, i principi guida identificati dalla giurisprudenza in materia di contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni nazionali: C.H. BOVIS, *Developing public procurement regulation: jurisprudence and its influence on law making*, in *Common market law review*, 2006, pp. 461-495, spec. 469 e ss.

(44) Singolarmente, analoga e letterale "flessibilità" è contemplata dall'art. 32 del codice delle comunicazioni, cit., che ripartisce la competenza ad accertare il rispetto della normativa interna al Ministero delle comunicazioni ed all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, ai sensi dell'art. 7 del medesimo.

nuare a fornire reti o servizi di comunicazione o sospendere o ritirare i diritti d'uso" (art. 10, par. 5); secondo il considerando n. 27 della direttiva, tale rimedio dovrebbe essere riservato a "casi eccezionali". È fatto salvo il potere dell'autorità di assumere le misure provvisorie urgenti qualora le violazioni contestate determinino un rischio grave e immediato per la sicurezza pubblica, l'incolumità pubblica o la salute pubblica, o gravi problemi economici od operativi ad altri fornitori o utenti di reti o di servizi di comunicazione elettronica (art. 10, par. 6). Per tal modo la direttiva sembra codificare le finalità per le quali le autorità nazionali possono assumere, nel rispetto dei principi, le misure derogatorie consentite dall'art. 46 (e 55) TCE. Avverso le misure d'accertamento e di sanzione l'impresa interessata deve poter ricorrere dinanzi all'autorità contemplata dall'art. 4 della direttiva quadro.

Gli Stati membri, infine, possono imporre agli operatori "diritti amministrativi" a copertura dei soli costi amministrativi sostenuti per la gestione, il controllo e l'applicazione della normativa derivata e disposizioni interne applicative, nonché "contributi" per i diritti di passaggio, secondo criteri di trasparenza, obiettività e proporzionalità (artt. 12 e 13 della direttiva autorizzazioni) ⁽⁴⁵⁾.

6. Tutela della concorrenza e misure "preventive" a correzione degli squilibri del mercato

Nel settore delle comunicazioni, come s'è detto, il divieto di istituire o mantenere diritti esclusivi ovvero diritti speciali è normativamente stabilito dalla direttiva concorrenza, fondata

(45) Sulla difformità dei "contributi" previsti dalla normativa italiana rispetto alla disciplina comunitaria previgente, cfr. CGCE, 18 settembre 2003, C-292/01 e C-293/01, *Albacorn e Infostrada*, in *Racc.*, p. I-9449, e 18 luglio 2006, C-339/04, *Nuova Società di telecomunicazioni*, non ancora pubblicata in *Racc.* Sulle conseguenze, anche sul piano processuale, dell'incompatibilità di tributi nazionali con la disciplina comunitaria, ed in particolare con i principi di proporzionalità, trasparenza e non discriminazione, v. CGCE, 19 settembre 2006, C-392/04 e C-422/04, *i-21 Germany*, non ancora pubblicata in *Racc.*

sull'art. 86 del Trattato ⁽⁴⁶⁾. L'abolizione delle situazioni di privilegio legale godute da uno o più operatori nazionali non è apparsa tuttavia sufficiente in un contesto dominato da ex monopoli pubblici per garantire l'affermazione di una concorrenza "sostenibile" ⁽⁴⁷⁾. La disciplina comunitaria prevede talune misure speciali e compensative intese a promuovere lo sviluppo della competitività, esterne ed interne al mercato di riferimento ⁽⁴⁸⁾.

Tra le misure esterne si può citare l'art. 13 della direttiva quadro, che fa obbligo agli Stati membri di garantire la separazione contabile, ovvero la separazione strutturale delle attività di comunicazione, per ciò che concerne le imprese operanti in tale mercato che, contestualmente, "godono di diritti speciali od esclusivi per la fornitura di servizi in altri settori nello stesso Stato membro o in un altro Stato membro". Si tenta in tal modo di evitare le sovvenzioni incrociate ("*cross-subsidization*"): ossia il trasferimento di risorse dai mercati in cui l'impresa gode di una posizione di monopolio o di privilegio legale, al mercato della comunicazione, con conseguente vantaggio concorrenziale dell'impresa che ne beneficia rispetto agli altri operatori del mercato "sovvenzionato". È tuttavia prevista una deroga a beneficio delle imprese il cui fatturato annuo, nelle attività di comunicazione e nello Stato membro interessato, sia inferiore a 50 milioni di euro ⁽⁴⁹⁾.

Tra le misure interne al mercato di riferimento si possono citare l'art. 3 della direttiva concorrenza (che pone agli Stati membri l'obbligo di provvedere a che le imprese pubbliche verticalmente integrate, che forniscono reti pubbliche di comunicazione e che occupano una posizione di potenza economica

(46) V. *supra*, par. 1.

(47) Cfr. A. DE STREEL, *The New Concept of "Significant Market Power"*, cit., p. 538.

(48) Sulla particolarità del regime indicato, e le ragioni che ne hanno giustificato l'adozione, cfr. A. ARPÓN DE MENDÍVIL, *Creating competition in the telecommunications market*, in E.A. RAFFAELLI, *Antitrust between EC Law and National Law*, Bruxelles, Milano, 2000, pp. 127-148.

(49) V. in tal senso l'art. 16 del codice delle comunicazioni, che opta per la separazione strutturale e con il quale lo Stato si avvale dell'indicata facoltà di deroga.

“non operino discriminazioni a favore delle proprie attività”) e, soprattutto, la complessa procedura – ripartita tra il livello comunitario e il livello nazionale – consistente nella definizione dei mercati rilevanti, nell’identificazione dei mercati non concorrenziali e, ivi, della o delle imprese fornite di significativo potere di mercato, nonché nell’eventuale imposizione a queste ultime di obblighi commisurati alla bisogna⁽⁵⁰⁾.

La regolamentazione *ex ante* si articola in tre fasi, la prima delle quali compete alla Commissione, le successive alle autorità nazionali di regolamentazione, salva la possibilità che, in casi particolari, la Commissione eserciti il proprio potere di veto (*supra*, par. 4). Le determinazioni sostanziali debbono essere svolte dalle autorità – comunitaria e nazionali – in conformità ai principi del diritto comunitario *antitrust*. Si può porre il dubbio se, in virtù di tale obbligo, i principi *antitrust* assurgano a “parametro di compatibilità” degli atti settoriali adottati dalla Commissione e dalle autorità nazionali ovvero a mero “criterio di ispirazione” del contenuto di questi ultimi e, in tal caso, quali siano i limiti di specialità della disciplina delle comunicazioni⁽⁵¹⁾.

a) Nella prima fase la Commissione determina, con raccomandazione, i mercati rilevanti dei servizi e dei prodotti di co-

(50) Cfr. artt. da 14 a 16 della direttiva quadro e artt. da 8 a 13 della direttiva accesso; v. anche artt. da 16 a 19 della direttiva servizio universale. Sull’efficacia diretta delle norme della direttiva quadro e della direttiva accesso, invocata dall’impresa fornita di significativo potere di mercato per sottrarsi agli obblighi di interconnessione ad essa imposti dall’autorità nazionale di regolamentazione, in pretesa violazione della procedura comunitaria, v. il rinvio del giudice ceco C-64/06, *Český Telecom*, cit.

(51) Nel primo senso sembra far propendere l’art. 15, par. 1-3, della direttiva quadro, nonché la raccomandazione della Commissione dell’11 febbraio 2003, relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche suscettibili di regolamentazione *ex ante* ai sensi della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, in *GU L* 114 dell’8 maggio 2003, p. 45, considerando n. 5 (secondo cui “la Commissione ha [...] definito i mercati [...] conformemente ai principi del diritto della concorrenza”). Ad attenuazione della specialità della disciplina settoriale, v. peraltro anche il considerando n. 18 della citata raccomandazione e il considerando n. 14 della raccomandazione della Commissione del 19 settembre 2005 sulla separazione contabile e la contabilità dei costi nel quadro delle comunicazioni elettroniche (in *GU L* 266 dell’11 ottobre 2005, p. 64).

municazione “le cui caratteristiche siano tali da giustificare l'imposizione di obblighi di regolamentazione” ⁽⁵²⁾. L'identificazione dei mercati è condotta, a intervalli regolari, in base alle caratteristiche di settore di ciascuno (la presenza di forti ostacoli non transitori all'accesso, di carattere strutturale, giuridico o normativo; la dinamica concorrenziale ivi presente o attesa, per esempio nei mercati caratterizzati da elevata innovazione e progresso tecnologico) nonché in base ad una valutazione prognostica relativa all'insufficienza dei rimedi basati sul diritto (comunitario e nazionale) della concorrenza. L'elenco dei mercati così individuati non è tassativo, le autorità nazionali potendo discostarsene, previo ricorso alla procedura descritta *supra* al par. 4, e salva l'applicazione delle norme *antitrust* “in casi specifici”. La Commissione adotta altresì “orientamenti” per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ⁽⁵³⁾. Una procedura parzialmente differente è prevista per l'identificazione e la regolamentazione dei cd. mercati transnazionali ⁽⁵⁴⁾.

b) Nella seconda fase le autorità nazionali di regolamentazione, alla luce della raccomandazione e degli orientamenti, definiscono i mercati rilevanti “corrispondenti alla situazione nazionale”; ne effettuano l'analisi, all'occorrenza in collaborazione con le autorità nazionali garanti della concorrenza, e accertano se sono, o non sono, “effettivamente” concorrenziali.

Nel primo caso l'autorità non impone né mantiene nessun obbligo di regolamentazione specifico, e revoca quelli eventualmente in vigore (a stregua della normativa comunitaria e interna previgente). Nel secondo caso l'autorità individua le imprese che, sui mercati definiti come non concorrenziali, dispongono di un significativo potere di mercato.

La nozione, contemplata dall'art. 14 della direttiva quadro e dalle direttive particolari, corrisponde – a differenza che nel

(52) Cfr. art. 15 della direttiva quadro, cit., nonché la raccomandazione della Commissione dell'11 febbraio 2003, relativa ai mercati rilevanti, cit., spec. considerando n. 9 e ss.

(53) Cfr. le Linee direttrici pubblicate in *GU C* 165 dell'11 luglio 2002, p. 6.

(54) Cfr. art. 15, par. 4, della direttiva quadro.

precedente regime normativo – alla nozione di “posizione dominante” quale enucleata dalla giurisprudenza comunitaria ai sensi dell’art. 82 TCE. Di tale giurisprudenza l’art. 14, par. 2, della direttiva quadro fornisce una sintesi, caratterizzata peraltro da una certa povertà redazionale⁽⁵⁵⁾. La posizione dominante può essere individuale ovvero “collettiva”⁽⁵⁶⁾, come precisato dal richiamo di cui all’art. 14, par. 2, co. 2, della direttiva quadro. L’art. 14, par. 3, permette inoltre di tener conto altresì del c.d. effetto leva (“leverage”) nella definizione della portata della dominanza: deve infatti presumersi che l’impresa dotata di significativo potere su un mercato specifico abbia altresì “un significativo potere in un mercato strettamente connesso, qualora le connessioni tra i due mercati siano tali da consentire al potere detenuto in un mercato di esser fatto valere nell’altro, rafforzando in tal modo il potere complessivo dell’impresa interessata”.

Le valutazioni affidate, in tale contesto, alle autorità nazionali di regolamentazione sono complesse e connotate da ampia discrezionalità: in ragione sia del carattere “prospettivo” e, dunque, ipotetico degli accertamenti svolti⁽⁵⁷⁾, sia delle difficoltà inerenti all’applicazione, in un settore altamente tecnico, della prassi della Commissione e della giurisprudenza della Corte.

(55) Cfr. la definizione di cui all’art. 14, par. 2, della direttiva quadro con le affermazioni della Corte, in particolare nella sentenza 13 febbraio 1979, 85/76, *Hoffman - La Roche*, in *Racc.*, p. 461, secondo cui la posizione dominante è “una posizione di potenza economica grazie alla quale l’impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori”; in generale I. VAN BAELE, J.-F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, The Hague, 2005, pp. 117-132, secondo i quali la definizione in parola “has become the standard legal test in subsequent applications of Article 82”. Nel precedente regime normativo il godimento di una posizione di potenza economica era “meccanicamente” riconosciuta all’impresa che detenesse una determinata quota di mercato.

(56) Ossia detenuta congiuntamente da imprese indipendenti che, in virtù di vari fattori (quali dei legami giuridici) ovvero per effetto di una particolare struttura del mercato (per esempio, in termini di concentrazione, trasparenza, maturità, simmetria dei costi ecc.) si presentino, su tale mercato, “come un’entità collettiva nei confronti dei loro concorrenti, delle loro controparti commerciali e dei consumatori” (CGCE, 16 marzo 2000, C-395/96, *Compagnie Maritimes belges*, in *Racc.*, p. I-1365).

(57) Cfr. punto 70 delle Linee direttrici, cit.

Per circoscrivere tali inconvenienti, e i rischi che si prospettano per l'efficacia e la "proporzionalità" della regolamentazione, così come per l'omogeneità degli interventi su base europea⁽⁵⁸⁾, la Commissione fornisce alle autorità nazionali una sintesi dei principi applicabili, spesso adattando, al settore delle comunicazioni, la prassi e la giurisprudenza "generali" in materia antitrust⁽⁵⁹⁾. La Commissione auspica, ancora, una cooperazione informale e biunivoca con le autorità nazionali di regolamentazione in seno al Gruppo dei regolatori europei, allo scopo di garantire l'uniformità d'applicazione del diritto comunitario ed evitare il rischio di approcci divergenti tra le autorità nazionali, in particolare nei rimedi applicati⁽⁶⁰⁾.

c) Nella terza e ultima fase le autorità nazionali possono imporre alla o alle imprese che dispongono di un significativo potere di mercato gli obblighi individuati, in modo non limitativo, dalla direttiva accesso o dalla direttiva servizio universale.

Trattasi di obblighi "comportamentali" noti all'esperienza *antitrust*, quali l'obbligo dell'operatore interessato di rendere pubbliche determinate informazioni (per esempio di carattere contabile, o relative alle specifiche tecniche, o alle caratteristiche della rete), di non operare discriminazioni nell'interconnessione o nell'accesso, di concedere ai terzi l'accesso e l'uso di determinate risorse della rete, di orientare i prezzi ai costi e di disporre di un sistema di contabilità dei costi⁽⁶¹⁾.

Particolarmente delicate si configurano le valutazioni che

(58) Cfr. criticamente, a tal riguardo, P. DEFRAIGNE, *EU New Regulatory Framework – is It Working?*, in *European Competition Law Review*, 2005, p. 597-600; I. DOBBS, P. RICHARDS, *Innovation and the New Regulatory Framework*, cit., pp. 729-730.

(59) Cfr. Linee direttrici, punto 24, per l'indicazione delle "fonti" da cui la Commissione trae i principi guida; ivi, punto 83, per un esempio di applicazione della teoria dell'effetto leva ai mercati verticalmente integrati. Per la ricostruzione dei principi del diritto della concorrenza rilevanti, cfr. A. DE STREEL, R. QUECK, P. VERNET, *Le nouveau cadre réglementaire européen*, cit., p. 280-294, e sulle difformità presentate, rispetto a questi, dalla disciplina settoriale, pp. 294.

(60) Cfr. Linee direttrici, punto 138.

(61) V. gli art. da 9 a 13 della direttiva accesso; v. anche gli art. da 17 a 19 della direttiva servizio universale e la raccomandazione della Commissione del 19 settembre 2005 sulla separazione contabile e la contabilità dei costi nel quadro normativo delle comunicazioni elettroniche, cit.

l'autorità nazionale è chiamata ad operare nell'applicazione dell'art. 12 della direttiva accesso (rubricato "Obblighi in materia di accesso e di uso di determinate risorse di rete"). Tale norma prevede, infatti, la possibilità di imporre agli operatori dominanti di "accogliere richieste ragionevoli di accesso e ad autorizzare l'uso di determinati elementi di rete e risorse correlate, in particolare qualora l'autorità nazionale di regolamentazione reputi che il rifiuto di concedere l'accesso o termini e condizioni non ragionevoli di effetto equivalente ostacolerebbe l'emergere di una concorrenza sostenibile sul mercato al dettaglio o sarebbe contrario agli interessi dell'utente finale". Il prosieguo della norma contempla un elenco esemplificativo di misure che possono essere disposte a carico dell'impresa (per esempio, l'obbligo di concedere a terzi un accesso a determinati elementi e/o risorse di rete; l'obbligo di negoziare in buona fede con imprese che chiedono un accesso: art. 12, par. 1), mentre il successivo par. 2 prevede alcuni criteri che l'autorità nazionale deve prendere in considerazione al fine di vagliare "l'opportunità" di imporre tali misure, nonché la proporzionalità delle medesime (per esempio, la fattibilità tecnica ed economica dell'uso o dell'installazione di risorse concorrenti; la fattibilità della fornitura dell'accesso richiesto, alla luce della capacità disponibile; gli investimenti iniziali sostenuti dal proprietario della risorsa, tenuto conto dei rischi connessi a tale investimento, ecc.).

Tali ultimi criteri di valutazione "bilanciano", a favore dell'impresa dominante, le considerazioni pro-competitive cui l'autorità è tenuta ai sensi del par. 1. Nonostante ciò, la norma sembra prefigurare la possibilità che siano imposti, all'impresa dominante, obblighi di consentire ai terzi l'accesso alle cd. "essential facilities" da questa detenute, secondo criteri sensibilmente più permissivi di quelli attualmente impiegati dalla giurisprudenza comunitaria: in particolare, la direttiva non richiede che il rifiuto di condivisione dell'infrastruttura essenziale determini l'esclusione di ogni concorrenza su un mercato deriva-

to⁽⁶²⁾. Ciò solleva perplessità non soltanto sotto il profilo teorico, ma altresì sotto il profilo della proporzionalità, e dunque della legittimità "comunitaria", delle limitazioni così apportate all'esercizio del diritto fondamentale di proprietà di cui pure è titolare l'impresa dominante⁽⁶³⁾. A parte ciò, come è stato rilevato⁽⁶⁴⁾, la specificazione in via normativa delle condizioni in parola potrebbe fornire *guidelines of paramount importance* per l'amministrazione, e l'evoluzione, della (controversa) teoria delle *essential facilities* in ambito comunitario⁽⁶⁵⁾.

Oltre agli obblighi richiamati, le autorità nazionali di regolamentazione possono imporre alle imprese provviste di significativo potere di mercato rimedi ulteriori e non previsti dalle direttive particolari, subordinatamente però all'ottenimento di una decisione favorevole della Commissione⁽⁶⁶⁾. In dottrina è stata prefigurata, per esempio, l'eventualità che le autorità nazionali di regolamentazione, per lo meno in casi eccezionali, qualora altre misure si siano rivelate inefficaci, prescrivano rimedi attinenti alla struttura dell'impresa, per esempio la dismissione di azioni di controllo, o di attività⁽⁶⁷⁾.

(62) V. in argomento A. DE STREEL, R. QUECK, P. VERNET, *Le nouveau cadre réglementaire européen*, cit., p. 287 ss.; I. VAN BAELE, J.-F. BELLIS, *Competition Law*, cit., p. 948-955. Per una considerazione estensiva della possibilità delle autorità di regolamentazione nazionali di imporre alle imprese provviste di un significativo potere di mercato "obblighi ragionevoli", in materia di accesso e di interconnessione dei terzi, in deroga alla regola dell'autonomia delle parti, e anche in assenza di un'abilitazione in tal senso del diritto derivato, qualora ciò "appa[ia] necessario a favorire l'introduzione della concorrenza ed a promuovere gli interessi degli utenti", cfr. CGCE, 13 dicembre 2001, C-79/00, *Telefónica de España*, in *Racc.*, p. I-10075, spec. cpv. 32 e 35-36.

(63) Cfr., tra gli altri, S. BASTIANON, *Il diritto comunitario della concorrenza e l'integrazione dei mercati*, Milano, 2005, pp. 158-167, spec. 162: "All'interno di mercati sui quali le dinamiche competitive devono essere costruite *ex nihilo*, infatti, non appare corretto imporre al detentore di una infrastruttura un obbligo di tutelare la concorrenza, attribuendogli compiti regolatori che non spettano neppure ad un'autorità antitrust".

(64) Cfr. A.F. BAVASSO, *Electronic communications*, cit., p. 110.

(65) Cfr. in senso problematico, e innovativo, D. RIDYARD, *Compulsory Access Under EC Competition Law – A New Doctrine of "Convenient Facilities" and the Case for Price Regulation*, in *European Competition Law Review*, 2004, pp. 669-673.

(66) Ai sensi dell'art. 8, par. 3, ult. co., della direttiva accesso, cit. *supra*, par. 4.

(67) Dubitativo, sull'efficacia del rimedio della "separazione strutturale" dell'impresa dominante, anche alla luce delle prassi nazionali rilevanti, M.H. RYAN,

7. Conclusioni

La disciplina comunitaria delle comunicazioni appare fondata su un equilibrato “dosaggio” di principi ispirati alla liberalizzazione del mercato, da un lato, e di meccanismi di regolamentazione che assicurino il rispetto degli interessi pubblici essenziali da parte degli operatori, nonché la progressiva instaurazione di una concorrenza effettiva, dall’altro.

Sotto il profilo istituzionale, la preservazione di tale equilibrio è demandato principalmente ad un sistema di amministrazione “decentrata”, formato dalle autorità nazionali di regolamentazione, alla cui attività presiede peraltro, attraverso meccanismi di raccordo e di coordinamento, la Commissione.

La “gestione” degli obiettivi di cui la disciplina derivata si compone costituisce un compito particolarmente delicato per le autorità nazionali. Ciò non solo per l’elevato tecnicismo della materia, o per il carattere composito e parzialmente conflittuale dei valori – liberalizzazione, regolamentazione e diritti degli utenti e dei consumatori – cui la disciplina si ispira, ma altresì per la stessa flessibilità dei meccanismi istituzionali, che lasciano ampio spazio alla “sensibilità” e alla volontà di cooperazione degli attori coinvolti.

L’ampia discrezionalità di cui godono le autorità nazionali costituisce, come già in altri settori del diritto comunitario *anti-trust*, un rischio per l’omogeneo funzionamento del mercato. Per altro verso essa appare strumentale a consentire un “adattamento” della disciplina comune alle specificità del contesto nazionale. Un punto di equilibrio sembra esser stato raggiunto, allo stato attuale, attraverso la predisposizione di numerosi atti di *soft law*, utili a limitare o “orientare” il potere di scelta delle amministrazioni decentrate, e l’istituzione di organismi – quali il Gruppo dei regolatori europei – preposti a costituire un luogo di consultazione, dibattito e consulenza per queste ultime e per la Commissione. Tale scelta, che bilancia la “flessibilità” del

Structural Separation: A Prerequisite for Effective Telecoms Competition?, in *European Competition Law Review*, 2003, pp. 241-250.

regime normativo comune con strumenti di indirizzo e procedure di cooperazione, non è inedita: soluzioni analoghe sono riscontrabili in altri settori del diritto comunitario (*antitrust*), di cui la prassi delle autorità nazionali di regolamentazione potrà beneficiare, entro i limiti di specialità della disciplina settoriale.

Potere estero delle Regioni e cooperazione transfrontaliera dopo la riforma del Titolo V(*)

di Dimitri Girotto

Sommario

1. Osservazioni introduttive. – **2. Potere estero e cooperazione transfrontaliera prima della riforma del Titolo V.** – **3. Il potere estero nella legge di attuazione della riforma.** – **4. Potere estero delle Regioni e politica estera dello Stato nella prima giurisprudenza post riforma.** – **5. Conclusioni: novità e prospettive, con uno sguardo alla Regione Friuli-Venezia Giulia.**

1. Osservazioni introduttive

Nel novembre 2004 il Corecom Friuli-Venezia Giulia organizzava a Gorizia un interessante convegno dedicato al tema della televisione transfrontaliera ⁽¹⁾. Dei profili giuridici della cooperazione transfrontaliera, in quella sede, si era fatto cenno, ponendo soprattutto attenzione agli atti internazionali – primo fra tutti la Convenzione di Strasburgo del 1989 – che assolvono allo scopo di disciplinare e facilitare l’emissione di servizi di programmi televisivi potenzialmente ricevibili nel territorio di Stati diversi da quello di provenienza della parte emittente.

La cooperazione “oltre i confini”, in materia di comunicazione come in ogni altro settore, può svolgersi su un piano esclusivamente privatistico, e dunque tra persone fisiche o giuridiche non legate alle istituzioni pubbliche statali o sub-statali;

(*) Il presente contributo riproduce, con l’aggiunta di alcune annotazioni a margine e di alcuni riferimenti bibliografici, il testo di un intervento proposto al convegno “Comunicazione concorrente tra Stato e Regioni”, svoltosi a Udine il 27 novembre 2006.

(1) Il convegno, intitolato “Comunicare oltre le frontiere”, si è tenuto a Gorizia il 19-20 novembre 2004.

in questo caso la cooperazione sarà assoggettata alle norme nazionali, internazionali e comunitarie che eventualmente regolano le attività di comunicazione e, più in generale, i rapporti economici fra soggetti appartenenti ad ordinamenti nazionali diversi. Quando, invece, l'attività transfrontaliera vede il coinvolgimento di enti statali o territoriali, occorre chiedersi se, ed entro quali limiti, questi ultimi possano assumere impegni "internazionali", e per rispondere a questo interrogativo è – almeno nel caso italiano – necessario esaminare la disciplina costituzionale di riferimento. Si rendono dunque opportune – in un incontro che vede quale tema principale di discussione l'ordinamento della comunicazione come materia attribuita alla potestà legislativa concorrente tra Stato e Regioni, ma che non vuole trascurare la problematica delle relazioni transfrontaliere degli enti territoriali proprio alla luce del riconoscimento della competenza legislativa in questa materia – alcune "premesse" di diritto costituzionale aventi ad oggetto il cd. "potere estero" delle Regioni, cioè il potere degli enti territoriali di concludere accordi internazionali con altri Stati o con enti territoriali interni ad altri Stati.

Al riguardo, la riforma del Titolo V della Costituzione ha certamente introdotto alcune novità, per quanto sia inevitabile riscontrare – pur senza pretesa di particolare approfondimento – che le potenzialità offerte del testo del nuovo art. 117 Cost. non sono state sviluppate in tutta la loro pienezza dalla legge di attuazione (l. n. 131 del 2003, cd. "legge La Loggia"). Le novità, inoltre, non interessano soltanto la posizione delle Regioni ordinarie, ma si estendono anche alle Regioni a Statuto speciale, obbligando gli interpreti a conciliare le innovazioni apportate alla disciplina costituzionale ed implementate dalla legge n. 131 cit. con il regime di autonomia differenziata che ancora si fonda sugli statuti speciali e sulle loro norme di attuazione.

Non saranno esaminati, in questa sede, gli aspetti delle relazioni internazionali e della cooperazione transfrontaliera connessi all'appartenenza dei soggetti cooperanti all'Unione europea; dunque, non si prenderà posizione sul ruolo delle Regioni nella formazione ed attuazione del diritto comunitario, ricono-

scendo – sulla scorta delle analisi più recenti proposte dalla dottrina – la sempre maggiore autonomia delle due dimensioni coinvolte (internazionale e comunitaria) e limitando il discorso ai soli profili attinenti agli accordi internazionali ⁽²⁾. Del resto, che la dimensione comunitaria non sia riconducibile alla materia *lato sensu* internazionale, neppure quando essa involge quei rapporti di tipo transfrontaliero che in questa sede più ci interessano, lo ha confermato la stessa Corte costituzionale: la quale, con sentenza n. 258 del 2004 ha respinto un ricorso per conflitto di attribuzioni proposto dal presidente del Consiglio contro la Provincia autonoma di Bolzano e le regioni Friuli-Venezia Giulia e Veneto, ritenendo legittima la sottoscrizione, da parte degli enti territoriali resistenti, di un accordo con i *Länder* austriaci Carinzia, Salisburgo e Tirolo in esecuzione del programma comunitario "Interreg III A, Italia-Austria" senza la preventiva intesa con il Governo. Nella motivazione della sentenza si sottolinea che l'accordo in questione è "chiaramente e strettamente finalizzato a dare attuazione ad un programma comunitario di cooperazione transfrontaliera"; di talché esso si sottrae alla censura di violazione della riserva di competenza statale in materia di politica estera ed all'applicazione della disciplina dettata dalla legge n. 948 del 1984 in materia di cooperazione transfrontaliera ⁽³⁾.

(2) Sulla differenziazione tra ruolo internazionale e ruolo comunitario delle Regioni si rinvia alle considerazioni di P. CARETTI, *Potere estero e "ruolo comunitario" delle Regioni nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2003, p. 555 ss.; nonché allo studio di P. GIANGASPERO, *Specialità regionale e rapporti internazionali*, in *Le Regioni*, 1/2006, p. 45 ss., cui si farà più volte riferimento nel corso di questo contributo. Ma già M. CARTABIA, *La cooperazione transfrontaliera delle regioni e delle province autonome nei rapporti con le istituzioni comunitarie*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.* 1998, p. 214, ad esempio, prospettava la possibilità di applicare le norme dedicate alle attività svolte dalle singole Regioni nei confronti delle istituzioni comunitarie alle medesime attività qualora svolte in forma di cooperazione transfrontaliera, svincolando tali condotte "dalla necessità della interposizione governativa".

(3) Inducendo la dottrina (così R. DICKMANN, *La Corte costituzionale ed il "potere estero" delle Regioni e delle Province autonome*, in www.federalismi.it, p. 13) ad affermare che la sentenza citata riconosce "l'assoluta soggettività della *soggettività comunitaria* di regioni e province autonome", nel momento in cui siano coinvolte nel processo esecutivo di iniziative configurate in norme comunitarie in vigore ...".

2. *Potere estero e cooperazione transfrontaliera prima della riforma del Titolo V*

E' del tutto ovvio che la comprensione di ciò che è “nuovo” in materia di rapporti internazionali delle Regioni non può che presupporre un rapido esame della situazione previgente; riguardo alla quale sarebbe improprio ragionare in termini di “disciplina costituzionale”, perché nel testo della Costituzione *ante* 2001, come è noto, non vi era alcun riferimento al potere estero delle Regioni. In mancanza di riferimenti costituzionali, e nella limitatezza della disciplina dettata dalla legislazione ordinaria, largo spazio si è ritagliata la giurisprudenza costituzionale, punto di riferimento per ogni tentativo di sistemazione della materia ⁽⁴⁾.

La pronuncia più rilevante in tale ambito è certamente la sentenza n. 179 del 1987, che non a caso continua ad essere invocata come precedente anche dalla giurisprudenza successiva alla riforma del Titolo V. Richiamata l'esclusiva spettanza allo Stato della funzione d'indirizzo nella politica estera, il giudice costituzionale ammetteva deroghe a questo principio generale, circoscritte a pochissime fattispecie e non suscettibili di interpretazione estensiva. Le deroghe alla riserva esclusiva in capo allo Stato si concretavano nella possibilità, per le Regioni, di svolgere attività promozionali all'estero previa intesa con il Governo e nell'ambito degli indirizzi da questo determinati; nella stipulazione di accordi di cooperazione transfrontaliera, subordinati all'esistenza di una previa convenzione bilaterale “di copertura” da parte dello Stato; nelle attività consentite nell'ambito delle organizzazioni europee; nonché nelle cd. attività di mero rilievo internazionale: espressione, questa, coniata dalla dottrina, e riferita ad attività di studio o di scambio di informazioni con enti esteri statali ovvero interstatuali, di partecipazione a manifestazioni dirette ad agevolare il progresso cultu-

(4) Come è noto, solo con l'art. 4 del d.P.R. n. 616 del 1977 il principio della riserva esclusiva statale in materia di politica estera conosce un primo temperamento, mediante la previsione della possibilità per le Regioni di intraprendere attività promozionali all'estero previa intesa con il Governo.

rale o economico in ambito locale, ovvero a dichiarazioni unilaterali di intenti non comportanti obblighi in capo allo Stato ⁽⁵⁾.

I principi enunciati dalla Corte venivano razionalizzati prima nel d.P.C.M. 11 marzo 1980, e successivamente – con una disciplina della cui vigenza oggi si dubita – nel d.P.R. 31 marzo 1994, recante “atto di indirizzo e coordinamento in materia di attività all'estero delle regioni e delle province autonome”: nel ribadire l'elenco delle attività consentite agli enti territoriali nel settore dei rapporti internazionali, il provvedimento governativo si curava di disciplinare aspetti procedurali, subordinando ad una previa intesa con il Governo le attività promozionali – sulla base di un programma redatto annualmente, e suscettibile di approvazione mediante silenzio assenso del Ministro preposto al Dipartimento per gli affari regionali – e ad una preventiva comunicazione al Dipartimento le attività di mero rilievo internazionale; venivano invece esentate da ogni formalità le attività di studio, le partecipazioni a conferenze, gli scambi di notizie, le visite di cortesia in ambito europeo, le attività esecutive di accordi di collaborazione transfrontaliera.

Riguardo a quest'ultima, la disciplina fondamentale era stata dettata dalla già citata legge n. 948 del 1984 di esecuzione della Convenzione di Madrid, sottoscritta nel quadro del Consiglio d'Europa il 21 maggio 1980. Sinteticamente, la legge individuava nelle regioni, nelle province, nei comuni, nelle comunità montane e nei consorzi comunali e provinciali i soggetti abilitati a stipulare accordi ed intese di cooperazione transfrontaliera, previa intesa con il Governo; peraltro, la conclusione di accordi ed intese era subordinata alla previa stipulazione da parte dello Stato italiano di accordi bilaterali con gli Stati confinanti (i cd. accordi “di copertura”) ⁽⁶⁾.

Il procedimento prefigurato dalla legge n. 948 cit. è farragi-

(5) Tale ultima categoria di attività è definibile, probabilmente, solo in via residuale, o in negativo, come rileva R. BIN, *Attività di “mero rilievo internazionale”, attività “promozionali” e attività di “rilievo comunitario”*, in *Le Regioni* 1993, p. 1322.

(6) Per un primissimo approfondimento sulla problematica della cooperazione transfrontaliera si può rinviare al contributo di N. RONZITTI, *I rapporti transfrontalieri delle Regioni*, in *Le Regioni* 1989, p. 995 ss.

noso e, in definitiva, non particolarmente premiante per quanto attiene la posizione degli enti territoriali rispetto alla disciplina generale delle attività internazionali dettata dal d.P.R. del 1994, anche se esso consente quantomeno un'autonoma configurazione della disciplina della cooperazione transfrontaliera rispetto alle categorie delle attività promozionali e di mero rilievo internazionale ⁽⁷⁾. Sul piano applicativo, gli ambiti nei quali la cooperazione transfrontaliera in attuazione della legge n. 948 cit. appare aver raggiunto un certo grado di consolidamento riguardano i rapporti tra la Regione Valle d'Aosta, Francia ed il Cantone svizzero Vallese da un lato, e tra le province autonome di Trento e Bolzano e i Lander austriaci del Tirolo e della Carinzia, dall'altro ⁽⁸⁾; le forme di cooperazione prescelte hanno dovuto allinearsi alla disciplina costituzionale del riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni, sicché non può sorprendere che siano state le Regioni autonome a trarne maggiore profitto ⁽⁹⁾.

A completare questo quadro riassuntivo, si dovrebbe ricordare che, rispettivamente nel 1995 e nel 1998, sono stati approvati e sottoposti alla firma degli stati membri del Consiglio d'Europa due protocolli alla convenzione di Madrid, che ampliano le possibilità degli enti territoriali e locali di concludere accordi di cooperazione transfrontaliera, sia consentendo la costituzione di organismi con o senza personalità giuridica di diritto pubblico o privato, sia ammettendo forme di cooperazione tra enti non confinanti. I due protocolli, tuttavia, non sono ancora entrati in vigore in Italia, e in ogni caso non è scontato che

(7) Sulla configurabilità autonoma della categoria della cooperazione transfrontaliera cfr., fra gli altri, D. FLORENZANO, *L'autonomia regionale nella dimensione internazionale*, Padova, Cedam, 2004, pp. 81-83.

(8) Relativamente ai quali è intervenuto un accordo bilaterale di copertura tra Italia e Austria, siglato in data 27 gennaio 1993, un accordo tra Italia e Svizzera concluso in data 24 febbraio 1993, ed un accordo tra Italia e Francia concluso il 26 novembre 1993; accordi tutti ratificati con legge ed entrati in vigore nel 1995.

(9) Se non altro, l'entrata in vigore della Convenzione di Madrid ha avuto il merito di introdurre una prima sistemazione giuridica della materia, giacché le forme di collaborazione transfrontaliera preesistenti (si pensi, ad esempio, alla Comunità di lavoro Alpe-Adria) erano il frutto di intese che la dottrina (cfr. ancora N. RONZITTI, *I rapporti transfrontalieri delle Regioni*, cit., p. 997), collocava nell'ambito del *soft law*.

la loro attuazione nel nostro ordinamento debba comportare un superamento del sistema degli accordi di copertura previsto dalla legge del 1984.

Per quanto concerne la posizione delle Regioni a Statuto speciale, è stato giustamente osservato che, pur a fronte di possibili elementi – rinvenibili nel testo degli Statuti, o comunque ricavabili dalla stessa *ratio* giustificativa della attribuzione di una autonomia differenziata a talune Regioni – che avrebbero potuto collegare la specialità regionale alla dimensione dei rapporti internazionali, si è viceversa registrato “un sostanziale appiattimento delle Regioni speciali rispetto a quelle ordinarie”⁽¹⁰⁾. In buona sostanza, la tesi della esclusiva spettanza allo Stato di ogni competenza in materia di politica estera ha conosciuto un’applicazione pacificamente estesa anche alle Regioni a Statuto speciale, e la Corte costituzionale, sulla stessa linea, non ha differenziato le Regioni autonome quanto alla soggezione alla disciplina dettata degli atti governativi di indirizzo e coordinamento dapprima citati, quale portato del riconoscimento anche a queste Regioni della possibilità di porre in essere attività promozionali all’estero e di mero rilievo promozionale.

3. Il potere estero nella legge di attuazione della riforma

Se quelle appena delineate rappresentano le coordinate di riferimento per un’analisi della situazione *ante* riforma costituzionale, è facile comprendere quali aspettative potesse suscitare la formulazione del nuovo articolo 117 Cost.: il quale oggi, pur riservando allo Stato la potestà legislativa esclusiva in materia di “politica estera” e di relazioni internazionali dello Stato medesimo, riconosce alle Regioni una potestà legislativa concorrente in materia di “rapporti internazionali e con l’Unione europea delle Regioni; consente a Regioni (e Province autonome) di partecipare alla formazione ed al recepimento degli atti normativi comunitari; e soprattutto, per quanto qui interessa, attribui-

(10) Così P. GIANGASPERO, *Specialità regionale e rapporti internazionali*, cit., p. 56.

sce agli enti territoriali, nelle materie di loro competenza, la possibilità di concludere accordi con Stati e intese con enti territoriali interni ad altro Stato “nei casi e con le forme disciplinate dalle leggi dello Stato”⁽¹¹⁾.

Il riconoscimento costituzionale del potere estero delle Regioni – ordinarie e speciali, in virtù della nota clausola contemplata dall’art. 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001 – non sembrerebbe limitarsi, dunque, alla novazione della fonte della relativa disciplina, ma sarebbe foriero di rilevanti novità sostanziali: basti pensare all’attribuzione della potestà legislativa in materia di rapporti internazionali, e ovviamente alla possibilità di concludere accordi con altri Stati ed intese con enti territoriali interni; accordi ed intese ulteriormente rafforzati dalla previsione generale di cui al primo comma dell’art. 117 cit., che impone anche allo Stato, nell’esercizio della potestà legislativa, il limite dei rapporti internazionali, e conseguentemente obbligherebbe il legislatore statale a rispettare il contenuto di accordi ed intese sottoscritti dalle Regioni⁽¹²⁾.

Se non che, i principi costituzionali menzionati sono stati declinati nella legge di attuazione n. 131 del 2003 in modi e forme largamente riduttivi degli spazi di autonomia degli enti territoriali⁽¹³⁾. L’art. 1 della legge La Loggia, anzitutto, ricono-

(11) Sicché, come osserva P. CARETTI, *Potere estero e “ruolo comunitario” delle Regioni nel nuovo Titolo V della Costituzione* cit., p. 563, la Costituzione oggi riconoscerebbe un vero e proprio *treaty-making power* regionale.

(12) Sulle possibili ipotesi di interferenza tra accordi internazionali delle Regioni e norme di legge statale v. le considerazioni di A. RUGGERI, *Riforma del titolo V e “potere estero” delle Regioni (notazioni di ordine metodico-ricostruttivo)* in www.giurcost.org, p. 14. V. inoltre, per la tesi secondo la quale gli accordi internazionali stipulati dalle Regioni vincolerebbero anche il legislatore statale, restringendone la competenza, E. CANNIZZARO, *La riforma federalista della costituzione e gli obblighi internazionali*, in *Rivista di diritto internazionale* 2001, p. 921 ss.; dello stesso autore, più in particolare sui livelli di interferenza tra *treaty making power* e competenze normative interne di Stato e Regioni, v. *Gli effetti degli obblighi internazionali e le competenze estere di Stato e Regioni*, in questa *Rivista* 1.2002, p. 13 ss.

(13) Cfr., a titolo esemplificativo, L. VIOLINI, *Il potere estero delle Regioni e delle Province autonome*, in (a cura di) G. FALCON, *Stato, Regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 133, secondo la quale i “momenti di apertura costituzionale verso un effettivo potere estero delle Regioni” vengono circondati da “limiti legislativi ... così incisivi da far dubitare di una effettiva potestà regionale in materia”. Ovviamente, il precetto costituzionale poteva prestarsi

sce ai soli trattati internazionali – oltre che alle consuetudini internazionali *ex art. 10 Cost.* ed agli accordi di limitazione della sovranità *ex art. 11 Cost.* – l’effetto di vincolare la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni. E che la terminologia adoperata dal legislatore di attuazione (“trattati”, e non “accordi” o “intese”) abbia un rilievo lo si comprende leggendo l’art. 6 della legge, allorquando il possibile contenuto degli accordi e delle intese concluse dagli enti territoriali viene specificato nei termini che si possono così riassumere come segue.

Per quanto concerne le intese tra Regioni o Province autonome ed enti territoriali interni ad altri stati (nuovamente assoggettate a comunicazione, prima della firma, al Dipartimento per gli affari regionali e al Ministero degli affari esteri, che possono formulare osservazioni entro il termine perentorio di trenta giorni), esse possono essere finalizzate a favorire lo sviluppo economico, sociale o culturale, o a realizzare attività di mero rilievo internazionale; ma in nessun caso da tali atti possono derivare obblighi od oneri finanziari per lo Stato. D’altro canto, gli accordi con altri Stati dovranno avere soltanto carattere esecutivo ed applicativo di accordi internazionali già vigenti, o natura tecnico-amministrativa, o infine natura programmatica (e dovranno esser preordinati, in questo ultimo caso a favorire lo sviluppo economico, sociale o culturale). Per gli accordi valgono i limiti della Costituzione, degli obblighi internazionali e comunitari, ma anche i limiti derivanti dalle linee e dagli indirizzi di politica estera, oltre ai principi fondamentali dettati dalle leggi statali quando qualora gli accordi riguardino materie enumerate dal comma terzo dell’art. 117 Cost.

Se, per completare il quadro, si aggiungono alle prescrizioni riguardanti il contenuto degli accordi i vincoli di procedura dettati dall’art. 6 della legge La Loggia, non si potrà che ricavare

a letture fortemente differenziate tra loro, sino al punto da suggerire al legislatore di attuazione una soluzione secondo la quale alle Regioni sarebbero state affidate soltanto funzioni preparatorie degli accordi internazionali; v., al riguardo, le osservazioni di A. D’ATENA, *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l’Unione europea*, in AA.VV., *Il nuovo Titolo V della parte II della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 150-153.

l'impressione di una forte analogia con la disciplina previgente: non con riferimento alla possibilità stessa di concludere accordi internazionali – che prima non godeva di un riconoscimento a titolo generale – ma con riguardo ai poteri di ingerenza dello Stato. Poteri esercitabili sia nella fase delle negoziazioni preliminari alla stipula, sia nelle fase immediatamente antecedente alla sottoscrizione; sia, infine, in ogni momento nel quale il Ministro degli esteri ravvisi questioni di opportunità derivanti dalle scelte e dagli indirizzi di politica estera dello Stato. Poteri certamente necessari, nella prospettiva della unità e della coerenza della politica estera statale, ma codificati da una disciplina che non sembra aver tenuto in particolare conto la posizione degli enti territoriali ⁽¹⁴⁾.

4. *Potere estero delle Regioni e politica estera dello Stato nella prima giurisprudenza post riforma*

Può stupire, giusta quanto appena precisato, che la prima giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma del Titolo V tenda a muoversi lungo una linea di continuità rispetto all'orientamento precedentemente manifestato? La domanda è retorica, tanto quanto la risposta negativa è scontata.

Espressione efficace del pensiero della Corte costituzionale

(14) Cfr. nuovamente L. VIOLINI, *Il potere estero delle Regioni e delle Province autonome*, cit., p. 142, la quale esprime perplessità in ordine ai meccanismi procedurali delineati dal legislatore di attuazione, giacché, a stretto rigore, “la Carta fondamentale riconosce alle Regioni il potere di *concludere accordi* e non di chiedere al potere centrale l'autorizzazione a concludere accordi”. In termini ancor più netti P. CARETTI, *Potere estero e “ruolo comunitario” delle Regioni nel nuovo Titolo V della Costituzione*, cit., p. 566, ricava l'impressione “che si sia pensato al potere estero delle Regioni come ad un'attività svolta in definitiva in nome e per conto dello Stato (di cui si dà per scontata la perdurante competenza a stipulare trattati internazionali nelle materie di competenza regionale) quasi che la Regione operasse in veste di mero terminale degli organi centrali del medesimo con un margine di discrezionalità ben altrimenti limitato dalla sola politica estera”. Sulla stessa linea F. PALERMO, *Titolo V e potere estero delle Regioni. I vestiti nuovi dell'imperatore*, in questa *Rivista*, 5.2002, pp. 728-729, che tuttavia, muovendo da una prospettiva comparativa, ritiene inevitabile questa soluzione, in quanto “anche negli altri ordinamenti in cui si riconosce un potere internazionale delle Regioni, questo è esercitabile solo in quanto e nella misura in cui ciò sia condiviso dallo Stato”.

in ordine alla ripartizione di competenze tra Stato e Regioni nella materia internazionale è certamente la sentenza n. 238 del 2004, con la quale il giudice costituzionale si è pronunciato proprio sull'art. 6 della legge La Loggia, enunciando i seguenti principi:

- la novità introdotta dalla riforma costituzionale è il riconoscimento di un potere estero alle Regioni, che deve peraltro essere coordinato con l'esclusiva competenza statale in tema di politica estera;

- le disposizioni dell'art. 6 l. cit. consentono, in ottemperanza a quanto disposto dall'art. 117, nono comma della Costituzione, di stabilire "casi" e "forme" della conclusione di accordi ed intese in ambito internazionale da parte delle Regioni;

- le procedure dettate dallo stesso art. 6 – nel consentire allo Stato di indicare principi e criteri che le Regioni debbono seguire nella conduzione dei negoziati, di sollevare questioni di opportunità sul contenuto degli accordi, di formulare criteri ed osservazioni sulle attività regionali di attuazione degli accordi internazionali e di stipulazione di intese con enti territoriali interni ad altri Stati – sono finalizzate alla salvaguardia delle linee di politica estera nazionale, e si sottraggono a censure di illegittimità costituzionale.

Le ricadute di questa pronuncia per quanto attiene alla definizione della politica estera ed al riparto di competenze tra Stato e Regioni sono già state bene illustrate da chi ha evidenziato come la potestà legislativa dello Stato in tema di politica estera sia in grado di erodere in ogni settore la competenza legislativa regionale, e nel contempo come tale competenza non sia configurabile come "materia" in senso stretto, senza che neppure le categorie concettuali e i meccanismi di razionalizzazione del riparto di competenze introdotti da dottrina e giurisprudenza (il riferimento è, rispettivamente, alle cd. materie trasversali ed all'attrazione in sussidiarietà) consentano di delineare in modo soddisfacente questo ambito di esplicazione del potere statale⁽¹⁵⁾.

(15) Sul punto v. ancora l'approfondita analisi di P. GIANGASPERO, *Specialità regio-*

La linea della continuità, inoltre, è seguita dalla Corte anche con riguardo ad una seconda tipologia di interventi (seconda rispetto alla cooperazione transfrontaliera) con riguardo ai quali, anche in passato, erano state ammesse limitate deroghe alla riserva esclusiva statale in materia di politica estera: il riferimento è alla c.d. cooperazione allo sviluppo, codificata dalla legge n. 49 del 1987, che attribuiva alle Regioni ed agli enti locali funzioni propositive e di collaborazione nella esecuzione delle attività di cooperazione con i Paesi in via di sviluppo.

Anche qui, la severità con la quale il giudice costituzionale valutava – *ante* riforma costituzionale – le iniziative del legislatore regionale non ha conosciuto cedimenti, e risulta anzi rafforzata dall'esplicita previsione della politica estera quale materia di potestà legislativa esclusiva statale; senza che vi sia distinzione, per inciso, tra la posizione delle Regioni ordinarie e le Regioni a Statuto speciale. Così, se soltanto la genericità delle censure prospettate nel ricorso della Presidenza del Consiglio ha evitato la declaratoria di incostituzionalità di talune disposizioni di una legge della Regione Emilia-Romagna (Corte cost., sent. n. 360 del 2005), diversa sorte ha avuto una legge della Provincia di Trento, recentemente sanzionata dalla Corte (sentenza n. 211 del 2006) nella misura in cui attribuisce alla Provincia un potere di determinazione degli obiettivi di cooperazione solidale e di interventi di emergenza, nonché dei destinatari dei benefici sulla base di criteri fissati dalla stessa Provincia, e nella misura in cui essa implica l'impiego diretto di risorse, umane e finanziarie, in progetti destinati ad offrire vantaggi socio-economici alle popolazioni ed agli Stati beneficiari, così invadendo il campo della cooperazione internazionale. In questa pronuncia il concetto di politica estera viene distinto rispetto al concetto di rapporti internazionali, e riferito alla "attività internazionale dello Stato unitariamente considerata in rapporto alle sue finalità ed al suo indirizzo"; espressione, questa, generica nella forma, ma idonea, nel caso esaminato dalla Corte, ad attrarre tutto il settore della cooperazione allo sviluppo alla po-

nale e rapporti internazionali, cit., in particolare pp. 65-73.

litica estera, con l'effetto di irrigidire ulteriormente il riparto di competenze in danno degli enti territoriali ⁽¹⁶⁾.

5. Conclusioni: novità e prospettive, con uno sguardo alla Regione Friuli-Venezia Giulia

Se le considerazioni che precedono sembrano favorire conclusioni alquanto pessimistiche in ordine alla configurazione del potere estero delle Regioni, non si dovrebbero tuttavia disconoscere gli elementi di novità che persino dalle prudenti opzioni sviluppate dal legislatore di attuazione si possono desumere, e che si possono compendiare nelle osservazioni che seguono. Anzitutto – e si tratta dell'elemento concettualmente più importante, che per ciò solo meriterebbe una trattazione separata – il riconoscimento costituzionale del potere estero, ancor prima di ogni approfondimento sulla concreta estensione del medesimo, sembra esprimere una scelta non reversibile, in quanto collegata alla applicazione dei principi fondamentali espressi dall'art. 5 della Costituzione.

Ma anche a prescindere da questo assunto, l'enunciazione costituzionale consente, direi quasi obbliga l'interprete a distaccarsi dall'impostazione secondo la quale i rapporti internazionali pertengono allo Stato, salve le eccezioni "ottriate" e ben circoscritte (cooperazione transfrontaliera, cooperazione allo sviluppo, attività promozionali e di mero rilievo internaziona-

(16) Secondo R. DONDI, *La legislazione regionale a favore degli emigrati*, in questa *Rivista*, Supplemento 3.2006, p. 31, la pronuncia citata avrebbe fornito un innovativo orientamento interpretativo circa l'inquadramento della materia della cooperazione internazionale. L'opinione è condivisibile se ed in quanto potesse prospettarsi – come pareva astrattamente possibile – che con la riforma del Titolo V la materia fosse stata attratta al settore dei rapporti internazionali. Viceversa, il raffronto con l'orientamento giurisprudenziale ante riforma non pare evidenziare elementi di novità, se si pensa, ad esempio, che già con sentenza n. 53 del 1996 la Corte censurava alcune disposizioni di una legge della Regione Valle d'Aosta richiamando i limiti, dettati dalla legge nazionale n. 49 del 1987, "che in relazione alla natura della materia regolata e alla sua incidenza in uno dei settori della politica estera riservata allo Stato, esigono un'osservanza rigorosa da parte delle Regioni e degli altri soggetti di autonomia".

le). Il che significa, ad esempio, che ogni valutazione di compatibilità della legge n. 948/1984 di esecuzione della Convenzione di Madrid con il nuovo assetto costituzionale e con il sistema prefigurato dalla legge n. 131 del 2003 non può che essere influenzata dal presupposto di partenza: la legge era stata concepita come eccezione ad una regola, ma oggi essa non costituisce un'eccezione, e al più rappresenta una delle modalità di attuazione dell'art. 117, comma nono della Costituzione, in quanto essa sia idonea a disciplinare alcuni fra i "casi" e le "forme" nei quali le Regioni siano abilitate a concludere accordi ed intese in ambito internazionale, senza la pretesa di porsi quale disciplina esclusiva dei rapporti di cooperazione transfrontaliera.

Conseguentemente, rendendo effettivo il *favor* oggi manifestato dalla Costituzione nei confronti delle relazioni internazionali degli enti territoriali, si potrebbe avanzare un'interpretazione secondo la quale le Regioni e le Province autonome potranno concludere accordi di cooperazione transfrontaliera anche in assenza di un accordo bilaterale di copertura siglato dallo Stato, purché gli accordi rientrino tra le tipologie contemplate dall'art. 6 della legge La Loggia ⁽¹⁷⁾. Si potrebbe poi ipotizzare, come risulterebbe dalle prime applicazioni successive alla legge n. 131 cit., che le intese stipulate ai sensi della legge del 1984 possano essere assoggettate al meccanismo di silenzio-assenso di cui all'art. 6, comma secondo della legge la Loggia ai fini del raggiungimento della "previa intesa col Governo": condizione, questa, imposta dalla legge di attuazione della Convenzione di Madrid ma non disciplinata sotto il profilo procedimentale dalla legge stessa ⁽¹⁸⁾. Più dubbia è la possibilità di esercizio dei poteri di ingerenza "in qualsiasi momento" da parte dello Stato

(17) Opinione, questa, espressa anche da D. FLORENZANO, *L'autonomia regionale nella dimensione internazionale*, cit., p. 86.

(18) Si veda, ad esempio, la deliberazione della Giunta regionale del Veneto n. 4164 del 28 dicembre 2006, con la quale si delibera l'approvazione di un protocollo trilaterale di collaborazione tra le Regioni Veneto e Friuli-Venezia Giulia ed il Land austriaco della Carinzia: espliciti, nelle premesse della delibera, sono i richiami alla legge n. 948 del 1984, all'accordo bilaterale italo-austriaco ma anche, per quanto attiene alla intesa con il Governo, all'art. 6, comma secondo della legge n. 131 del 2003.

(ammessi, come ricordato, dallo stesso art. 6 cit.), in ragione della specialità della legge n. 948 e della doppia possibilità di valutazione che lo Stato è chiamato a compiere, in sede di sottoscrizione dell'accordo di copertura e in sede di intesa con l'ente territoriale interessato. Quanto alla eventualità che le Regioni si sostituiscano allo Stato persino nella stipulazione degli accordi di copertura, essa rappresenta un'ipotesi su cui sembra inutile interrogarsi, perché in ogni caso tali accordi non potrebbero eccedere i limiti di contenuto previsti nella legge n. 131 del 2003 ⁽¹⁹⁾.

Riguardo a questi limiti, infine, varrebbe la pena soffermarsi sulla loro effettiva portata, perché si potrebbero forse ricavare indicazioni non così pregiudizievoli per la posizione degli enti territoriali. Fra le categorie enumerate dall'art. 6 cit., non dovrebbero essere disconosciute le potenzialità applicative degli accordi tecnico-amministrativi, ma la categoria meno "preclusiva" è quella degli accordi programmatici: è vero che essi sono condizionati al rispetto dei principi fondamentali delle leggi statali nelle materie di legislazione concorrente, ma per dare un senso alla previsione legislativa si potrebbe ipotizzare che gli adempimenti inclusi nel "programma" che forma oggetto dell'accordo superino il carattere soltanto unilaterale che sovente contraddistingueva le iniziative di mero rilievo internazionale. Ciò consentirebbe – per tornare, ad esempio, alla materia dalla quale avevano preso avvio queste riflessioni – la stipulazione di un accordo programmatico tra una Regione ed un ente territoriale interno ad uno Stato confinante per la realizzazione di una televisione transfrontaliera, così superando o almeno attenuando un sistema di preclusioni nel quale la nota e ormai lontana sentenza n. 225 del 1974 della Corte costituzionale, che si era soltanto limitata a liberalizzare la passiva diffusione nel territorio nazionale di programmi trasmessi dall'estero, rappre-

(19) Si tratta di un'ipotesi che D. FLORENZANO, *L'autonomia regionale nella dimensione internazionale* cit., p. 85, non esclude a priori, ma che ad avviso di chi scrive sembrerebbe contrastare, almeno ad una primissima analisi, con la "dualità" Stato-Regioni che il sistema della legge n. 948 cit., delineando la scansione procedimentale accordo di copertura-accordo di cooperazione, lascerebbe presupporre.

sentia ancora oggi un precedente di riferimento.

Tutte queste considerazioni, beninteso, sono riferibili sia alle Regioni ordinarie che alle Regioni a Statuto speciale, nel senso che a queste ultime dovrebbero giovare *almeno* delle possibilità offerte in linea generale dall'art. 6 della legge n. 131 del 2003. Ma il quadro della disciplina dei rapporti internazionali delle Regioni autonome non sarebbe completo se non fossero prese in considerazione talune leggi già vigenti che interessano le attività internazionali poste in essere da alcune Regioni (è il caso, ad esempio, della l. n. 19 del 1991, dedicata, tra l'altro, alle attività economiche ed alla cooperazione internazionale della Regione Friuli-Venezia Giulia), e se non si considerasse la possibilità di includere nei decreti di attuazione degli statuti speciali norme dedicate alle attività internazionali; una possibilità che l'art. 11 della stessa legge La Loggia prevede espressamente, ma che discenderebbe comunque dalla sola presenza negli statuti di norme e principi dedicati alla materia in esame, senza necessità di interposizione della legge ordinaria, stante la qualificazione di fonte a competenza riservata che comunemente si riconosce ai decreti di attuazione statutaria ⁽²⁰⁾.

Vale la pena ricordare, ad esempio, che – ancora con riguardo al tema della telecomunicazione – proprio le norme di attuazione dello Statuto speciale del Trentino-Alto Adige hanno consentito alla Provincia autonoma di Bolzano di istituire reti televisive per la ricezione di programmi esteri, affidate in gestione ad una azienda speciale regionale, e di stipulare gli accordi all'uopo necessari con gli organismi radiotelevisivi esteri, pubblici e privati ⁽²¹⁾; con una soluzione che, pur nella consa-

(20) Di questa disposizione, P. GIANGASPERO, *Specialità regionale e rapporti internazionali* cit., pp. 76-77, propone una lettura compatibile con la competenza riservata ai decreti di attuazione; una lettura secondo la quale l'art. 11 della legge La Loggia esprimerebbe il principio secondo il quale le disposizioni del più volte menzionato art. 6 si applicherebbero alle Regioni autonome ma avrebbero carattere cedevole "rispetto a eventuali disposizioni di attuazione statutaria che disponessero diversamente".

(21) Il riferimento è all'art. 10 del d.P.R. 1 novembre 1973, n. 691, che ha abilitato la Provincia autonoma di Bolzano a realizzare e gestire una rete idonea a consentire la ricezione contemporanea nel territorio della provincia delle radiodiffusioni sonore e visive emesse da organismi radiotelevisivi esteri dell'area culturale tedesca e ladina,

pevolezza della peculiarità del contesto sociale ed istituzionale alto-atesino, potrebbe essere esportabile in altre Regioni autonome.

Inevitabilmente, il discorso conduce alla riforma degli Statuti di autonomia, alcuni dei quali sono oggi all'esame del Parlamento: per quanto concerne la Regione Friuli-Venezia Giulia il progetto di legge costituzionale di riforma dello Statuto dedica un autonomo "Capo" al potere estero, prendendo in considerazione sia le relazioni internazionali intese in senso generale, sia, più specificamente, le attività di cooperazione transfrontaliera, transnazionale e internazionale ⁽²²⁾. Senza dare per scontato che il tentativo di riforma dello Statuto conosca un esito positivo, e pur tenendo conto che le disposizioni che qui interessano lasciano anche troppo spazio alla disciplina delle fonti secondarie (decreti legislativi di attuazione e legge statutaria) – sicché ogni giudizio potrebbe rivelarsi incompleto e prematuro – vi è da dire che la proposta di riforma sancisce il diritto della Regione di partecipare alla formazione degli accordi internazionali di interesse regionale, così marcando una sicura differenza rispetto alla posizione delle Regioni ordinarie, e non circoscrive a priori il contenuto degli accordi con altri Stati e delle intese con enti territoriali interni ad altri Stati. Così, se vi è ancora uno spazio per la "specialità" regionale, alla quale si è inclini a ritenere che la

sulla base di un piano di rete concordato con l'allora Ministero delle poste e telecomunicazioni, al quale spetta anche l'approvazione le condizioni concordate dalla Provincia e gli organismi radiotelevisivi esteri per la ricezione dei programmi. Per inciso, la disciplina in questione ha formato oggetto di esame da parte della Corte costituzionale: sia in sede di conflitto di attribuzioni, con sentenza n. 206 del 1985, con la quale è stato ritenuto legittimo il diniego opposto dal Ministero delle poste alla richiesta, avanzata dalla Provincia autonoma di Bolzano, volta alla approvazione del piano tecnico di una nuova rete televisiva per la ricezione e la ritrasmissione di programmi stranieri in lingua tedesca e ladina; sia nell'ambito di un giudizio in via principale promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri contro una legge provinciale (n. 6 del 2002) che, proprio in attuazione dell'art. 10 cit., prevedeva la possibilità per la Provincia di stipulare convenzioni con soggetti pubblici o privati, italiani e/o stranieri; giudizio deciso con sentenza n. 312 del 2003, che ha respinto le censure proposte dal ricorrente.

(22) Il progetto, rubricato al n. 519, è attualmente all'esame della Commissione affari costituzionali della Camera dei deputati per la prima lettura ai sensi del procedimento di cui all'art. 138 Cost.

riforma del Titolo V non abbia arrecato un particolare giovamento, coglie forse nel segno chi ritiene che il settore dei rapporti internazionali potrebbe prestarsi meglio di altri ambiti a rappresentarne una forma di espressione ⁽²³⁾.

(23) Cfr., per alcune osservazioni sulla proposta di riforma dello Statuto speciale della Regione Friuli-Venezia Giulia, ancora GIANGASPERO, *Specialità regionale e rapporti internazionali*, cit., pp. 79-80.

Comunicazione e specialità regionale: il quadro normativo previsto dal progetto di nuovo Statuto del Friuli-Venezia Giulia

di Leopoldo Coen

Sommario

1. Una materia “nuova” per il nuovo Statuto. – **2.** Gli elenchi delle materie. – **3.** La dimensione dell’interesse regionale. – **4.** Tutela degli interessi e leale collaborazione.

1. Una materia “nuova” per il nuovo Statuto

Dato convenzionalmente per noto il significato da attribuire al termine “comunicazione”, quando viene utilizzato per identificare una materia di competenza del legislatore ⁽¹⁾, la questione che desidero affrontare in questa sede riguarda esclusivamente l’individuazione dei criteri di riparto tra Stato e Regione Friuli-Venezia Giulia in questo settore di intervento, così come sono delineati nel testo del nuovo Statuto di autonomia, approvato dal Consiglio regionale all’inizio del 2005 ed attualmente all’esame del Parlamento ⁽²⁾.

(1) Sulle complesse questioni relative all’identificazione dei contenuti delle materie, all’indomani della riforma costituzionale del 2001, si rinvia per tutti al recente studio di F. BENELLI, *La “materializzazione” delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, 2006.

(2) Per la verità il progetto di legge costituzionale approvato dal Consiglio regionale (C. 519) non è l’unica proposta di nuovo Statuto attualmente depositata alle Camere, poiché vi sono stati anche altri disegni di legge di iniziativa parlamentare. Già semplicemente scorrendo i testi di questi ultimi, si rileva tuttavia quanto essi siano debitori del primo. Il PdL cost. C. 1166 (Lenna, Tondo, Di Centa) non reca alcuna disposizione in tema di comunicazione, a parte riprendere agli artt. 12 e 13 i medesimi contenuti degli artt. 13 e 14 del progetto consiliare. Il PdL cost. C. 1816 (Stucchi) reca agli artt. 5 e 6 le stesse disposizioni degli artt. 55, comma 1, lettera x), e 56, comma 1, lettera l) del progetto consiliare. Il PdL cost. S. 1110 (Saro, Antonione) inserisce, nel contesto della competenza legislativa concorrente, come disciplinata dallo

In attesa dell'approvazione del nuovo Statuto vale, come è noto, quanto previsto dall'articolo 10 della l. cost. 3/2001, che estende alle regioni speciali quanto attribuito alle regioni ordinarie, purché i rispettivi statuti non contengano già norme più favorevoli all'autonomia speciale. Ma su questo versante, il testo dello Statuto attualmente in vigore non dice nulla.

2. *Gli elenchi delle materie*

Per rintracciare i criteri di riparto delle competenze, è ovvio prendere le mosse dalle disposizioni normative del progetto di Statuto che recano l'elenco delle materie di competenza regionale, a partire proprio da quelle che menzionano espressamente questa materia. Le indicazioni più interessanti si possono trarre tuttavia, come si vedrà, da altre disposizioni, di contenuto più generale e che non riguardano necessariamente la comunicazione: gli elenchi delle materie forniscono, per così dire, un primo, obbligatorio punto di partenza, ma per definire il campo dell'intervento regionale bisogna avere riguardo alla lettura complessiva del testo. Questa osservazione, se condivisa in termini generali per ciò che riguarda tutte le materie, risulta particolarmente appropriata al settore della comunicazione, perché l'ampiezza della competenza regionale si può apprezzare una volta che essa venga ricollegata alla dimensione degli interessi regionali e alla "specialità".

La prima disposizione che viene in esame si ritrova all'articolo 55, comma 1, lettera x), che attribuisce alla Regione la competenza esclusiva in materia di "comunicazione di interesse regionale ivi compresa l'emittenza di interesse regionale". Inoltre, sempre in tema, l'articolo 56, comma 1, lettera l), elenca l'"ordinamento della comunicazione" tra le materie di competenza concorrente. Per quanto infine si ritiene pertinente o comunque connesso alla materia della comunicazione, l'artico-

Statuto vigente, (tra l'altro) anche "l'ordinamento della comunicazione di interesse regionale".

lo 56, comma 3, lettera o), ribadisce la competenza statale sul coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale, riproducendo quanto già stabilito dall'articolo 117, comma 2, lettera r), della Costituzione.

Un altro aspetto della comunicazione in cui si ritrova una specifica competenza regionale è quello legato alla promozione del pluralismo informativo, considerato dall'articolo 13, comma 1, sia come garanzia della presenza di una pluralità di voci nel mondo dell'informazione, ma anche inteso come veicolo di tutela e diffusione dell'uso delle lingue minoritarie regionali. Non solo: la medesima disposizione attribuisce alla Regione anche il compito di diffondere l'accesso all'informazione sull'attività legislativa e amministrativa. A tale fine, la Regione, come previsto dall'articolo 14, istituisce appositi "organismi di garanzia". Ciò può significare, tra l'altro, che la Regione potrebbe anche decidere di istituire un'apposita autorità di vigilanza a garanzia del pluralismo informativo, con compiti di monitoraggio sull'attività di informazione istituzionale regionale, seguendo l'esempio della Regione Lazio ⁽³⁾. Ma, per la verità, questa scelta non sembra, per lo meno a parere di chi scrive, particolarmente felice, quantomeno per due ragioni. La prima: significa attribuire ad un organismo tutto politico (la commissione consiliare) ciò che viene già svolto con carattere di imparzialità da un organo tecnico e di garanzia (il CoRe-Com), sulla base di un'esperienza generalmente apprezzata, alla luce di prassi e metodiche già collaudate. In secondo luogo, si corre il rischio di riprodurre a livello regionale le stesse tensioni che spesso segnano l'attività della analoga commissione di livello nazionale, introducendo inoltre una frammentazione di competenze tra organi che finirebbero per porsi in concorrenza tra loro.

Le disposizioni appena indicate delineano dunque il quadro di riferimento entro il quale la Regione può operare, attraverso

(3) Si veda l'articolo 34 dello Statuto. Da notare anche la differente composizione, tutta politica, della Commissione (consiliare) di vigilanza, rispetto a quella tecnica del CoReCom.

le competenze che rivendica a sé nel campo dell'informazione e, per ciò che qui maggiormente interessa, della comunicazione. Senza enfattizzare oltre misura le differenze che le disposizioni citate marcano tra la potestà esclusiva e quella concorrente, differenze che, quantomeno in questo specifico settore, non sembrano promettere spazi di intervento particolarmente diversificati, conviene piuttosto rivolgere l'attenzione al collegamento, come si diceva, che le norme stabiliscono tra l'ampiezza dell'esercizio della competenza e la dimensione dell'interesse (regionale) coinvolto.

Stabilire che la competenza regionale vada esercitata entro il limite dell'interesse regionale significa fare un'affermazione assai meno ovvia di quanto possa sembrare a prima vista: l'estensione "in concreto" della competenza dipenderà infatti dalla ricostruzione di questa nozione. Come spero di dimostrare, ciò condurrà ad una valorizzazione e ad una tendenziale espansione delle possibilità di intervento regionale, ben maggiore di quanto si possa ottenere puntando tutto sulla natura "esclusiva" della potestà legislativa, purché si rispettino in ogni caso le regole procedurali che discendono dal principio della leale collaborazione.

3. La dimensione dell'interesse regionale

L'interesse regionale, nel caso del Friuli-Venezia Giulia, può essere letto tenendo presenti due direttrici: quella, per così dire, "centripeta", rivolta all'esercizio delle funzioni sia della comunicazione istituzionale, sia della tutela e valorizzazione del proprio patrimonio culturale, e quella "esterna", che guarda al contesto geopolitico nel quale la Regione è inserita e che mira a svilupparne il ruolo internazionale.

Sul versante interno assume rilievo primario l'attività di comunicazione istituzionale, svolta dagli organi di governo e amministrativi e dai soggetti politici latamente intesi e che si ricollega, in generale, ai principi di trasparenza, informazione e

partecipazione e, più di recente, di *e-government* ⁽⁴⁾.

Il secondo aspetto della dimensione interna dell'interesse regionale in materia di comunicazione attiene ai compiti di tutela e valorizzazione delle lingue minoritarie regionali: lo sloveno, innanzitutto, ma ovviamente anche il friulano e, per quanto presente solo in alcune zone limitate, anche il tedesco e il resiano ⁽⁵⁾. Su questo versante la comunicazione può giocare un ruolo molto importante proprio ai fini della conservazione e promozione delle culture locali, ma può tradursi anche in iniziative volte al mantenimento e allo sviluppo dei legami culturali con gli italiani residenti nella Repubblica slovena e in Croazia e con i corregionali all'estero ⁽⁶⁾. Ma non basta: "comunicazione" e "questione linguistica" (e perciò culturale) si incontrano naturalmente anche sul terreno dei progetti miranti a favorire l'accoglienza e l'integrazione dei migranti che si insediano in regione.

Per attribuire un significato all'interesse regionale proiettato verso l'esterno si può partire proprio da queste ultime osservazioni, per allargarle a considerare la proiezione internazionale del ruolo che questa Regione è portata ad assumere naturalmente. La disposizione che in questo senso riveste il maggiore interesse e promette di fungere da base normativa per sviluppare le iniziative più innovative è costituita dall'articolo 55, comma 2, ove si attribuisce alla Regione la facoltà di approvare gli atti normativi necessari all'adattamento conseguente all'allargamento dell'Unione Europea. Così fraseggiato, il testo sembra attribuire una competenza di carattere "innominato" che, senza riferirsi ad alcuna materia in particolare, consente tuttavia alla

(4) Sulle questioni relative alla comunicazione tra istituzioni, soggetti politici, elettorato, si veda R. BIN, *Assemblee elettive e comunicazione istituzionale*, in *Le istituzioni del federalismo* 2006, suppl. 1, p. 67.

(5) Senza entrare in delicate questioni relative ai sistemi di tutela delle lingue minoritarie, si deve osservare che, mentre i commi 2 e 3 dell'articolo 5 del progetto di Statuto individuano quali oggetto di promozione le lingue friulana, slovena e tedesca, il comma 1 del medesimo articolo prevede, in ogni caso la valorizzazione della diversità linguistica "come patrimonio comune di tutti i suoi cittadini".

(6) Finalità individuate rispettivamente ai commi 4 e 5 dell'articolo 5, già citato alla nota precedente.

Regione di intervenire con propri atti in funzione del perseguimento di uno scopo che è, appunto, quello di provvedere nel modo più opportuno al fine di “adattare” la normativa regionale ogni qualvolta lo richieda il mutamento del quadro comunitario di riferimento.

La circostanza che il progetto di Statuto rechi una disposizione di tale contenuto dà ragione e ad un tempo fornisce gli strumenti necessari a connotare la specialità del Friuli-Venezia Giulia. La sua collocazione geografica, all'estremo nord del Mediterraneo e a ridosso dell'area balcanica, prossima zona di espansione dell'Unione Europea, ne fanno il ponte naturale tra il nucleo di Stati che hanno costituito originariamente la Comunità europea e quelli di prossima adesione. Ed è proprio fungendo da cerniera in questo rapporto tra macro-aree e nei processi che le vedranno coinvolte nei prossimi anni che risiede la specialità e l'interesse regionale ⁽⁷⁾.

Se, dunque, gli interessi regionali si misurano su queste dimensioni, va da sé che anche in materia di comunicazione la Regione potrà esercitare le proprie funzioni normative avendo come riferimento non solo il versante “interno”, ma anche, se non soprattutto, il complesso sistema di relazioni in cui essa si trova a partecipare. Quanto sia di competenza regionale e quanto invece resti di competenza statale si misurerà perciò di volta in volta, in funzione degli interessi che la Regione si assumerà in carico, avendo come riferimento la sua collocazione in questo contesto e gli effetti che l'esercizio delle sue competenze saranno in grado di produrre al fine di consentire un migliore adattamento ai processi di allargamento.

Per definire i “confini” dell'interesse del Friuli-Venezia Giulia, anche in materia di comunicazione, è perciò necessario considerare non solo che essi si arrestano là dove, come insegna la Corte costituzionale, prevalgono esigenze di tutela unitaria su

(7) Per una disamina attuale della collocazione del Friuli-Venezia Giulia, condotta dal punto di vista della scienza del governo del territorio e della progettazione delle infrastrutture, si rinvia a F. MIGLIORINI, *Un corridoio tutto da inventare. L'alta velocità per far crescere città e distretti*, Venezia 2007.

tutto il territorio dello Stato e a questo perciò sono affidate ⁽⁸⁾, ma che queste stesse esigenze devono necessariamente accordarsi con la necessità di differenziare gli interventi in conseguenza degli effetti che l'allargamento comunitario provoca in primo luogo in questi territori.

4. Tutela degli interessi e leale collaborazione

Come poi questi elementi di differenziazione possano tradursi in atti e azioni concrete è questione difficile da prevedere in anticipo. Si può tuttavia ipotizzare uno scenario tale da prevenire una situazione di permanente conflittualità, questa sì facilmente pronosticabile, in un settore così fluido, in cui la Regione cerca di utilizzare le proprie competenze ancorando l'esercizio del proprio potere a motivazioni di carattere teleologico, per quanto fondate nello Statuto.

Verrebbe da pensare che in tali occasioni, ossia qualora la Regione intenda avvalersi della competenza attribuitale dal secondo comma dell'art. 55 dello Statuto, le convenga assicurarsi una sorta di "assenso preventivo" da parte dello Stato, mettendo in opera una sorta di procedura "concordata" sui contenuti dell'azione che si vuole intraprendere. A prima vista la sede istituzionale nel cui ambito sviluppare questo tipo di relazioni (improntate al principio di leale collaborazione) sembrerebbe essere la Commissione paritetica ⁽⁹⁾. Ma questa scelta, assai opportuna in molti casi, si profila tuttavia difficilmente praticabile per quanto riguarda il governo delle comunicazioni. I sog-

(8) Si veda, in materia di comunicazione, Corte cost. 324/2003, commentata criticamente da T.F. GIUPPONI, *Potestà regolamentare regionale, riserva di legge e principio di legalità dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*: reperita ... consolidant, in *Le Regioni* 2004, p. 694, ove si ricorda come questo criterio interpretativo sia utilizzato dalla Corte tendenzialmente in modo da comprimere l'autonomia regionale.

(9) La quale, a sua volta, riceve nel progetto di Statuto una configurazione tale da non fungere esclusivamente da sede di definizione dei contenuti dei decreti legislativi di attuazione dello Statuto, ma più ampiamente da istituzione di confronto e concertazione stabile e istituzionalizzata con lo Stato, per tutto ciò che attiene ai reciproci rapporti. Cfr. l'articolo 76 del progetto di Statuto.

getti coinvolti nella commissione paritetica fanno comunque capo ad organi di governo: questo dato è forse meno evidente per ciò che attiene alla componente di designazione regionale, i cui membri sono nominati dal Consiglio con voto limitato ⁽¹⁰⁾, ma è del tutto palese per i componenti individuati dallo Stato, a motivo del diretto potere esercitato dal Consiglio dei ministri, su impulso del Ministro per gli affari regionali.

Quest'organo si adatta male perciò ad assumere decisioni che hanno rilievo in un settore in cui, viceversa, è (e deve rimanere) predominante il ruolo svolto da autorità indipendenti. Ampi settori del "governo delle comunicazioni" sono infatti affidati, in base a disposizioni comunitarie ⁽¹¹⁾, all'Autorità nazionale e, da questa, mediante processi di decentramento funzionale ai CoReCom istituiti dalle regioni. A sua volta il CoReCom si caratterizza quale autorità di garanzia e di vigilanza, posto su un piano di indipendenza rispetto al governo regionale, come emerge dalla lettura delle norme che disciplinano il procedimento di nomina dei componenti e ne individuano le caratteristiche soggettive, stabilendo in tal modo una sorta di parallelismo con quanto stabilito dalla legge 249/1997 per l'Autorità nazionale, per ciò che attiene ai requisiti tecnico-professionali dei componenti e al regime delle incompatibilità ⁽¹²⁾.

È vero che il ruolo dell'Autorità nella definizione dei contenuti della disciplina della comunicazione viene spesso considerato come un fattore di ulteriore compressione dell'autonomia regionale ⁽¹³⁾. Ciò accade anche perché la dimensione comunitaria tende ad accentrare molte delle competenze un tempo riconosciute alle singole Autorità nazionali, riducendo così le po-

(10) Secondo quanto prescrive l'articolo 8 della LR 11/2001, il Presidente del CoReCom è nominato dal governo regionale, d'intesa con il Presidente del Consiglio regionale, sentita la Commissione per le nomine, mentre i quattro componenti del Comitato sono eletti dal Consiglio, con voto limitato a due.

(11) Si veda la direttiva 21/2002/CE che prevede un'unica autorità di regolazione nel settore delle comunicazioni elettroniche.

(12) Prevedendo a questo riguardo un'articolata disciplina relativamente all'investitura di cariche politiche, all'esercizio di attività professionali, a rapporti di lavoro o di collaborazione con amministrazioni pubbliche. Cfr. l'articolo 15 della LR 11/2001.

(13) Come osserva T.F. GIUPPONI, *op. cit.*, p. 698.

testà statali e allo stesso tempo limitando ulteriormente le competenze regionali, poiché viene rafforzato il legame funzionale esistente tra l'Autorità nazionale e i singoli CoReCom⁽¹⁴⁾. È peraltro noto che i CoReCom, proprio perché organi delegati dalle Autorità nazionali, svolgono altresì un ruolo importante nel far fronte all'esigenza di "articolare sul territorio l'esercizio di funzioni altrimenti difficilmente governabili da una o più autorità centrali"⁽¹⁵⁾. A seguito dell'approvazione della legge 249/1997, che attribuisce loro funzioni di governo, garanzia e controllo in tema di comunicazione, oggi i CoReCom si qualificano dunque come organi di "una sorta di amministrazione comune, che in parte ha come referente le Regioni e in parte l'Autorità di garanzia nazionale"⁽¹⁶⁾.

In tal senso si è parlato di un vero e proprio "modello CoReCom"⁽¹⁷⁾ cui informare i rapporti tra Stato e regioni, in cui i due soggetti, rinunciando ad interpretare i rispettivi ruoli in chiave di separazione e supremazia-subordinazione, ricercano un'impostazione di tipo cooperativo-collaborativo, pur nel rispetto dei diversi livelli di responsabilità in relazione agli interessi (e alla rispettiva dimensione) di volta in volta da tutelare. In questo modo perciò, anche le scelte e le iniziative regionali, assunte alla luce della cura di quegli interessi "esterni" di cui si è detto sopra, potrebbero trovare, prima della loro formalizzazione in atti normativi, una previa sede in cui ne vengano definiti in modo consensuale i contenuti, evitando successivi conflitti e consentendo alla Regione di svolgere il ruolo che le spetta, in un quadro di riferimento articolato e differenziato, ma pur sempre coerente.

(14) Così E. CARLONI, *L'ordinamento della comunicazione alla luce della legislazione regionale (2001-2005)*, in *Le Regioni* 2005, p. 794.

(15) Secondo quanto fa notare P. CARETTI, *I Corecom nel sistema locale delle comunicazioni*, in *Le Regioni* 2005, p. 341.

(16) Sono sempre parole di P. CARETTI, *op. cit.*, p. 341.

(17) Il riferimento va ancora a P. CARETTI, *op. cit.*, p. 347.

Studi e ricerche

Riflessioni sul principio cooperativo, prima della riforma delle Conferenze

di Stelio Mangiameli

Sommario

1. *Il principio di leale collaborazione tra diritto comparato e prassi.* – **2.** *Lo sviluppo del sistema delle Conferenze nell'ordinamento italiano.* – **3.** *Il ruolo delle Conferenze dal punto di vista istituzionale e funzionale: i governi versus i legislatori; la cd. «chiamata in sussidiarietà» e i suoi effetti.* – **4.** *Il principio cooperativo tra contrazione e razionalizzazione.* – **5.** *La collaborazione orizzontale come risposta alla chiamata in sussidiarietà.* – **6.** *Le nuove forme di coordinamento nella legge n. 131 del 2003: la collaborazione senza poteri sostitutivi.* – **7.** *Il d.d.l. sulla Conferenza e l'attuazione del Titolo V.*

1. Il principio di leale collaborazione tra diritto comparato e prassi

Prima di prendere in considerazione il Disegno di legge di delega che il governo ha varato nella riunione del 14 dicembre 2006, “per l’istituzione e la disciplina della Conferenza Stato – Istituzioni territoriali per la leale collaborazione tra Governo, Regioni, Province autonome ed Enti locali” vorrei fare alcune precisazioni su quello che, in un ordinamento che articola la funzione legislativa e quella amministrativa fra più livelli territoriali, dovrebbe comportare l’applicazione del principio di collaborazione.

In tal senso, le questioni che si pongono: a che cosa serve la collaborazione, e fin dove deve spingersi il principio di collaborazione, ci impongono di fare ricorso, per un verso, al metodo comparativo e, per l’altro, ad un esame critico su quanto il nostro ordinamento regionale ha espresso sotto l’etichetta della leale collaborazione, sia nel corso del primo regionalismo e sia, soprattutto, nelle vicende che hanno caratterizzato l’applicazio-

ne del Titolo V revisionato; premettendo sin d'ora che un grosso ruolo ha svolto, non solo la prassi dei rapporti istituzionali tra il Governo e i diversi livelli territoriali, ma anche la giurisprudenza costituzionale, per quel particolare ruolo costitutivo che deve a questa riconoscersi.

Non c'è dubbio che l'esperienza italiana è tributaria, anche in relazione alla vicenda del principio cooperativo, di esperienze straniere ben conosciute.

In particolare, è noto che il "federalismo cooperativo" si è sviluppato, dopo la crisi del '29, negli Stati Uniti d'America con certe caratteristiche e finalità: l'intervento federale sulla legislazione del lavoro (sino a quel momento di competenza degli Stati membri) e l'intento di dare vita a misure anticicliche.

In una fase storica completamente diversa fa la sua apparizione in Germania, con la revisione costituzionale della fine degli anni '60 e l'istituzione di quelli che vanno sotto la locuzione di "compiti comuni" volti a determinare uno sviluppo del sistema industriale agricolo e della ricerca, di recente peraltro riconsiderati nell'ultima revisione costituzionale tedesca del 2006, nella quale si è avuta una attenuazione del principio di collaborazione e una considerazione più favorevole del principio competitivo, anche attraverso la determinazione di un più puntuale riparto delle competenze.

In entrambe queste due esperienze, pur con tutte le differenze che sono intercorse, dal punto di vista storico e da quello del dato positivo di ciascun ordinamento, il principio di collaborazione ha manifestato la sua capacità di concentrazione del potere in capo alla Federazione, allo Stato centrale, e a discapito dell'autonomia degli Stati membri e dei Länder. Ha manifestato la capacità di giustificare delle deroghe al riparto di competenze, non previste sul piano costituzionale, rintracciando il proprio fondamento essenzialmente nella capacità d'intervento finanziario da parte dell'autorità centrale a favore degli enti territoriali, sia Stati membri e Länder, ma anche comuni e province.

Questo intervento sussidiario di carattere finanziario è anzi alla base, potremmo dire, di tutte le motivazioni che hanno ispirato il principio di cooperazione.

Su questo aspetto bisognerebbe riflettere quando si parla dell'attuazione dell'art. 119 Cost., lì dove prevede, al comma 5, per lo Stato, queste potenzialità di intervento. Infatti, il nostro sistema costituzionale statuisce che lo Stato possa destinare risorse aggiuntive ed effettuare interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni per ragioni analoghe a quelle che negli Stati Uniti hanno consentito la formazione dei *grants-in-aid* e, in Germania, lo svolgimento dei "compiti comuni", e cioè "Per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona, o per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni".

In premessa, resta da fare, però, ancora una considerazione di carattere generale, e cioè che gli ordinamenti federali ai quali si fa solitamente riferimento, per comprendere l'evoluzione anche del nostro regionalismo, provengono da esperienze storiche consolidate e fondate sul cosiddetto federalismo per aggregazione, che ha avuto alla base, prima della formazione della federazione, l'esistenza di stati sovrani veri e propri, i quali danno vita, con il patto federale e con la costituzione federale che sancisce questo patto, allo Stato federale. In questa tradizione, si mantiene molto forte il ruolo politico degli stati nei confronti della federazione, attraverso meccanismi istituzionali complessi che incidono sul modo stesso in cui la singola macchina federale viene costruita, ma che conducono tutti al permanere della statualità nelle entità federate.

Di qui anche una diversa capacità di questi nella gestione delle procedure di raccordo, che fanno del principio cooperativo un elemento del generale equilibrio tra periferia e centro, insieme ad altri principi e ad una architettura costituzionale che valorizza il disegno federale.

Nel nostro sistema le Regioni rimangono delle entità derivate da una decisione di decentramento dello Stato ed è questo che ha permesso uno svolgimento univoco e a favore dello Stato del principio di leale collaborazione, precludendo persino quegli aspetti del principio medesimo che avrebbero consentito

di articolare un equilibrio regionale all'interno dell'ordinamento.

In sostanza, se non si accolgono anche alcune misure che servono a temperare il principio di cooperazione, con gli altri principi che sono propri di un sistema federale, la stessa collaborazione finisce con diventare – come di fatto è successo – un semplice mezzo di centralizzazione dei poteri in capo allo Stato.

In particolare, si intende fare riferimento a due aspetti: in primo luogo, al problema della seconda Camera, rispetto al quale l'Italia è ancora indietro, avendo annunciato nell'articolo 11 della legge costituzionale n. 3 del 2001 un'ipotetica riforma futura del Titolo I della Parte Seconda della Costituzione, cioè del Parlamento, rispetto alla quale non è stata data una formulazione sia pur minimamente soddisfacente nel disegno di legge costituzionale AS-2544/d della passata legislatura.

In proposito, non vale sottolineare che negli ordinamenti di tradizione federale la tendenza al riequilibrio dello Stato centrale attraverso la seconda Camera (degli Stati membri o dei Länder, o delle Province, ecc.) appartenga al passato e sia di fatto attenuata nella dinamica delle federazioni contemporanee. Così facendo, infatti, si omette di considerare, in primo luogo, il peso della tradizione, che nel caso delle istituzioni svolge sempre un ruolo importante, per cui gli ordinamenti che si riconducono al federalismo per aggregazione conservano in vario modo l'autonomia politica degli Stati membri nei confronti della federazione, i quali risultano pur sempre capaci di condizionarne la condotta; inoltre, si trascura come ancora di recente siano state effettuate riforme profonde degli ordinamenti federali volte a rivitalizzare e a rinnovare la dialettica tra centro e periferia. A tal proposito, basti pensare all'originale riparto di competenza tedesco o alle nuove disposizioni in tema di responsabilità comunitaria scritte nella Grundgesetz per comprendere la forza dei Länder tedeschi. Infine, non si può trascurare che, per quanti sforzi si possano compiere, le regioni italiane non somiglieranno mai agli Stati membri degli stati federali, i quali sono dotati della legislazione civile, penale, processuale e del potere di

polizia; tutte queste materie, infatti, sono iscritte in modo rigoroso nel comma 2 dell'art. 117 Cost.

Il secondo aspetto da considerare è quello che attiene alla partecipazione delle regioni al procedimento legislativo e, in particolare, a quello di revisione costituzionale. In un sistema autenticamente federale gli stati membri partecipano a questa peculiare funzione, perché la Costituzione identifica il patto federale e la legislazione centrale comunque demanda agli stati membri la sua esecuzione, per cui non risulterebbe ammissibile una loro esclusione dalle decisioni che riguardano la Costituzione e la legislazione. Essi devono essere titolari di un vero e proprio potere in ordine alla revisione costituzionale e alla legislazione ordinaria.

Su altri aspetti si può transigere; non appare strettamente necessario l'esistenza di un doppio livello costituzionale, oppure un sistema di tutela dei diritti articolato con la concorrenza dei due piani, ecc.

Insomma, di altri elementi che caratterizzano la tradizione del federalismo si può fare a meno, ma almeno i due cui si è fatto riferimento dovrebbero essere presi seriamente in considerazione. Tanto più che potrebbero risolversi con un'unica decisione, perché creando la Camera rappresentativa delle autonomie territoriali si può risolvere anche la questione del procedimento legislativo e di revisione costituzionale, in quanto questa consentirebbe la partecipazione delle Regioni alla funzione legislativa nelle sue diverse varianti.

La riforma della seconda Camera, peraltro, potrebbe risolvere anche una questione collegata alla funzione legislativa e all'equilibrio del riparto delle competenze previsto dalla Costituzione: quella della composizione del giudice costituzionale, che è fondamentale, per dirimere o quanto meno per riequilibrare la tendenza alla centralizzazione espressa dalla giurisprudenza costituzionale.

Un quadro come quello abbozzato potrebbe rappresentare un disegno istituzionale che consentirebbe anche nel nostro sistema di dare un diverso equilibrio ai rapporti tra centro e periferia, in particolare con riferimento alla revisione costituzionale,

alla legislazione e al controllo di costituzionalità delle leggi.

A completamento di un siffatto modello, poi, in relazione al potere di governo e a quello amministrativo, il coordinamento tra i diversi livelli territoriali potrebbe compiersi in un modo completamente diverso rispetto al passato e il principio di leale collaborazione potrebbe svolgere un ruolo maggiore e più articolato rispetto a quello sin qui esercitato.

2. Lo sviluppo del sistema delle Conferenze nell'ordinamento italiano

Sulla base di queste premesse veniamo adesso a considerare il tema della Conferenza di raccordo tra lo Stato, le Regioni e le autonomie territoriali.

A tal riguardo, è agevole ricordare come il processo che ha condotto, prima, alla istituzione della Conferenza e, successivamente, alla sua attuale fisionomia, sia stato lungo e ambiguo.

L'obiettivo di creare una "Conferenza permanente dei Presidenti delle Giunte regionali da istituire presso la Presidenza del Consiglio e che avesse nel Presidente del Consiglio, espressione del Governo collegialmente inteso, il proprio interlocutore" fu proposto per la prima volta a livello istituzionale, nel 1980, nelle conclusioni dell'indagine conoscitiva promossa dalla Commissione parlamentare per le questioni regionali. Lo stesso documento individuava in tale Conferenza "la sede per un rapporto permanente con gli organi centrali dello Stato e per una partecipazione delle Regioni all'elaborazione delle grandi linee di politica generale di tutto lo Stato-ordinamento, alla grande distribuzione delle risorse, alla determinazione degli obiettivi generali della programmazione, alle decisioni riguardanti la Comunità europea".

Con il DPCM del 20 novembre 1980 fu istituita la Commissione di studio Bassanini (il cui compito specifico era di "delineare un nuovo quadro di riferimento complessivo dei rapporti tra Stato e Regioni, nel cui ambito individuare e formulare soluzioni propositive da tradurre in schema di disegno di legge, in

ordine ai vari aspetti di tali rapporti”) che elaborò un progetto di legge sulle funzioni della futura Conferenza, la quale avrebbe dovuto “promuovere la partecipazione delle Regioni e Province autonome alla elaborazione e attuazione dell’indirizzo politico generale del Governo”. Inoltre la Conferenza avrebbe dovuto sostituire le competenze svolte dalle due Commissioni interregionali (quella incardinata presso il Ministero del Bilancio e della Programmazione economica, istituita con la legge n. 48 del 1967 (art. 9); e quella composta dai Presidenti delle Regioni a Statuto speciale e ordinario, preposta ad emettere pareri sui criteri di ripartizione dei fondi e dei contributi destinati alla Regione, prevista dalla legge n. 281 del 1970 (art. 13)). Tali Commissioni furono successivamente soppresse con il decreto legislativo delegato n. 418 del 1989 che le riordinò e trasferì le funzioni alla Conferenza istituita in via amministrativa nel 1983.

Il disegno di legge Spadolini del 1982, relativo all’ordinamento della Presidenza del Consiglio, si muoveva su una linea diversa e per certi versi opposta, anche a seguito della pubblicazione del Rapporto Aniasi sullo stato delle autonomie. Infatti, secondo tale disegno, la Conferenza non avrebbe più avuto il compito di sostituire le Commissioni interregionali nello svolgimento delle loro funzioni; ma avrebbe avuto solo le funzioni inerenti agli indirizzi generali riguardo le “funzioni statali di indirizzo e coordinamento nei rapporti tra Stato, Regioni, Province autonome ed enti infraregionali”.

A seguito di queste discordanti proposte si giunse ad istituire la Conferenza Stato-Regioni con DPCM del 12 ottobre 1983. La fonte di disciplina, atto amministrativo, ed i “compiti di informazione, di consultazione, di studio e di raccordo sui problemi di interesse comune tra Stato, Regioni e Province autonome” ne fecero (non senza delle perplessità rispetto alla violazione della riserva di legge in materia di organizzazione pubblica) una Conferenza di “tono minore” rispetto alle prime proposte.

Nel 1984 il d.d.l. sull’ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri prevede un ampliamento dei compiti della

Conferenza, che divennero di “informazione, consultazione e raccordo in relazione agli indirizzi di politica generale suscettibili di incidere nelle materie di competenza regionale”. Con la legge n. 400 del 1988, che all’art. 12 disciplinava i compiti, l’organizzazione e il funzionamento della Conferenza, si dette una copertura legislativa alla Conferenza. Contestualmente si delegava il Governo a riordinare le funzioni degli organismi misti Stato-Regioni. Con il decreto legislativo n. 418 del 1989 si è provveduto a sopprimere o modificare gli organismi misti esistenti, trasferendone le funzioni alla Conferenza.

In questo modo il modello cooperativo rappresentato dalla Conferenza si è rafforzato progressivamente, anche per effetto di una giurisprudenza costituzionale ad essa favorevole, che la configura come (v. sentenza n. 116 del 1994, cit., p. 991 s.) un organo della comunità nazionale (“Per quel che qui rileva, la Conferenza disciplinata dall’art. 12 della legge 23 agosto 1988, n. 400, lungi dall’essere un organo appartenente all’apparato statale o a quello delle regioni (e delle province autonome) e deputato a manifestare gli orientamenti dell’uno e/o delle altre, è la sede privilegiata del confronto e della negoziazione politica fra lo Stato e le regioni (e province autonome), prevista dal predetto art. 12 al fine di favorire il raccordo e la collaborazione fra l’uno e le altre. In quanto tale, la Conferenza è un’istituzione operante nell’ambito della comunità nazionale come strumento per l’attuazione della cooperazione fra lo Stato e le regioni (e le province autonome)”).

Ma questa raffigurazione, sin dall’inizio, non corrispondeva alla realtà dell’ordinamento, non solo per la collocazione della Conferenza all’interno della Presidenza del Consiglio e per il particolare ruolo rivestito dal Governo nella gestione di questa, quanto e soprattutto per le prassi successive e, ancora in seguito, per via della codificazione di queste, avutasi con il Decreto legislativo n. 281 del 1997. Si aggiunga, infine, che ulteriori incongruenze sono derivate dalla successiva revisione del Titolo V, anche a causa della diversa forma di governo regionale introdotta, che ha separato, sul piano funzionale, i Consigli dai Presidenti delle Giunte che siedono in seno alla Conferenza.

L'assetto attuale, che si deve al D. Lgs. n. 281 del 1997, che dà attuazione all'art. 9 della legge n. 59 del 1997, si incentrerebbe ormai su un sistema di conferenze: tra lo Stato e le Regioni, tra lo Stato e le autonomie locali e, nella forma della conferenza unificata, tra lo Stato, le Regioni e le autonomie locali, e ha visto un ampliamento delle attribuzioni, ma pur sempre nella logica organizzativa di quello che è stato definito il regionalismo a costituzione invariata o federalismo amministrativo, che, però, consolida un assetto particolare delle funzioni, diverso da quello introdotto successivamente dalla revisione del Titolo V.

Sin dal primo momento, poi, la Conferenza era nata dall'insufficienza stessa della disciplina costituzionale sul versante dei raccordi tra il legislatore statale e quello regionale; la revisione costituzionale, delineando un diverso assetto delle funzioni legislative e amministrative, accentua questo vizio di origine, tanto più in quanto il meccanismo dell'art. 11 della legge costituzionale n. 3 del 2001 non viene attuato, per cui continua a mancare nel nostro ordinamento un qualche meccanismo, sia pure minimo, di raccordo della funzione legislativa.

3. *Il ruolo delle Conferenze dal punto di vista istituzionale e funzionale: i governi versus i legislatori; la cd. «chiamata in sussidiarietà» e i suoi effetti*

Ora, è stato affermato che l'assetto delle Conferenze delineerebbe un sistema a tre punte. Nel senso che, da una parte, ci sarebbero il Governo e le autonomie territoriali e, dall'altra, la terza punta, il Parlamento. In realtà, la prassi ha dimostrato che il sistema non ha avuto mai la terza punta, il Parlamento, e, per certi aspetti, neppure la seconda, le autonomie territoriali. È stato, essenzialmente, un sistema incentrato sul Governo, che ha utilizzato il peso delle Regioni e delle autonomie territoriali espresso dalla Conferenza nei confronti del Parlamento per condizionarne l'attività legislativa, con una incidenza notevole sullo stesso procedimento legislativo.

Ma non è tutto. La Conferenza non ha comportato solo la riduzione del ruolo del Parlamento in relazione alla produzione legislativa, ma anche una scarsa valorizzazione delle autonomie territoriali. La prassi, infatti, ha evidenziato come il Governo non si sia sentito astretto dal vincolo conseguente ai pareri negativi e, soprattutto, a quelli positivi con modificazioni, espressi dalla Conferenza rispetto agli atti di iniziativa legislativa.

Una parte della responsabilità, in tal senso, va assegnata al metodo di lavoro seguito, che non è stato quello istituzionale, ma quello cosiddetto per consenso; altra parte va attribuita al tipo di composizione che caratterizza la stessa Conferenza, la quale è incentrata sul raccordo tra esecutivi. Questo carattere, peraltro, ha assunto un significato peculiare dopo la legge costituzionale n. 1 del 1999, in base alla quale il rapporto con le Regioni si è personalizzato nelle figure dei Presidenti delle Giunte Regionali e non con le Regioni in quanto istituzioni.

I Consigli regionali, al pari del Parlamento, depositari della funzione legislativa, sono tagliati fuori da un siffatto sistema di coordinamento.

Questa situazione molto emblematica del principio cooperativo organizzato intorno alla Conferenza è stata aggravata dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale. È noto che, in assenza di un raccordo tra i legislativi, la Corte Costituzionale ha spinto molto sulla Conferenza. Questa opinione del giudice costituzionale è espressa, non tanto nella sentenza n. 303 del 2003, nella quale la Corte, per la prima volta, effettua la cd. “chiamata in sussidiarietà”, ma – in modo particolarmente esplicito – nella sentenza n. 6 del 2004, che ha riguardato il decreto legge cd. “sblocca centrali elettriche”, adottato dal governo dopo il *black-out* della rete italiana, in cui la Corte fa espresso riferimento alla mancata attuazione dell’articolo 11 della legge costituzionale n. 3 del 2001 e afferma «nella perdurante assenza di una trasformazione delle istituzioni parlamentari e, più in generale, dei procedimenti legislativi – anche solo nei limiti di quanto previsto dall’art. 11 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al Titolo V della parte seconda della Costituzione) – la legislazione statale di questo tipo [cioè

che assume in sussidiarietà materie legislative regionali] “può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un *iter* in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovverosia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà”».

È evidente che lo stesso istituto della chiamata in sussidiarietà ha un senso se le Regioni (nella loro qualità di legislatore) vengono chiamate a partecipare sul piano legislativo parlamentare, mentre ha un altro senso, completamente diverso, se le Regioni sono escluse completamente dalla funzione legislativa e devono accontentarsi di interloquire sul piano amministrativo, rispetto alla realizzazione dell'attività già predeterminata dalla legge Statale nell'ambito delle competenze regionali. Se la materia è regionale e la legislazione diventa esclusivamente statale, si determina una mancanza, dal punto di vista dei raccordi tra le funzioni (del medesimo genere), che inficia tutto lo svolgimento successivo del principio di leale collaborazione.

Un significato completamente diverso avrebbe, ovviamente, il principio cooperativo, nell'ipotesi in cui si desse alle regioni la possibilità di partecipare al piano legislativo, dal momento che la corrispondenza tra le funzioni statale e regionale consentirebbe di mitigare l'espropriazione della materia di competenza regionale.

Questo, peraltro, è, in una qualche misura, anche il punto di approdo della Corte Suprema americana, per quanto riguarda alcuni casi molto noti e dibattuti, che hanno segnato una svolta nel federalismo degli Stati Uniti di America. E lo stesso dicasi, in Germania, riguardo ai casi in cui il Bundesverfassungsgericht ha considerato la presenza del Bundesrat come un elemento di equilibrio, nell'ipotesi in cui veniva esercitata la competenza concorrente alla tedesca (che implica non un riparto della legislazione come in Italia, ma una perdita completa di competenza legislativa da parte dei Länder).

Nei sistemi federali sussiste un consolidato orientamento, di tipo culturale, a favore di questo tipo di scambio, tra la funzione legislativa locale e la partecipazione alla funzione legislativa

centrale, possibile anche per le ulteriori risorse di riequilibrio, tra federazione e stati membri, che questi ordinamenti hanno e che mancano nel nostro regionalismo.

Peraltro la giurisprudenza costituzionale, dopo avere ammesso la possibilità dell'espropriazione della potestà legislativa delle Regioni da parte dello Stato, afferma che, "per giudicare se una legge statale (...) sia invasiva delle attribuzioni regionali o non costituisca invece applicazione dei principi di sussidiarietà e adeguatezza, diviene elemento valutativo essenziale la previsione di un'intesa fra lo Stato e le Regioni interessate, alla quale sia subordinata l'operatività della disciplina" medesima (Corte costituzionale n. 303 del 2003). Infatti, sempre secondo la Corte, "nel congegno sottostante all'art. 118, l'attrazione allo Stato di funzioni amministrative da regolare con legge non è giustificabile solo invocando l'interesse a un esercizio centralizzato di esse, ma è necessario un procedimento attraverso il quale l'istanza unitaria venga saggiata nella sua reale consistenza e quindi commisurata all'esigenza di coinvolgere i soggetti titolari delle attribuzioni attratte, salvaguardandone la posizione costituzionale" (Corte costituzionale n. 303 del 2003).

Con la conseguenza che, nel caso della chiamata in sussidiarietà, sono necessarie specifiche forme di partecipazione che realizzano "sufficienti modalità collaborative e di garanzia degli interessi delle istituzioni regionali i cui poteri sono stati parzialmente ridotti dall'attribuzione allo Stato dell'esercizio unitario delle funzioni", con la previsione anche di forme di intesa specifiche con le singole Regioni da considerare «come un'intesa "forte", nel senso che il suo mancato raggiungimento costituisce ostacolo insuperabile alla conclusione del procedimento» (Corte costituzionale, sentenza n. 6 del 2004).

Questo punto merita una particolare attenzione, in quanto, portato alle sue naturali conseguenze, il sistema cooperativo ideato dalla giurisprudenza costituzionale comporterebbe un paradosso. Ed invero, se l'intesa deve essere considerata in senso forte, se, cioè, il suo mancato raggiungimento comporterebbe l'impossibilità di progredire del procedimento amministrativo e di realizzare gli interessi unitari (nazionali) sottesi alla chiamata

in sussidiarietà, non avrebbe senso l'avere ammesso la possibilità di deroga al riparto costituzionale delle competenze. Non ha senso alterare le norme costituzionali, per poi subordinare la legge statale, frutto di questa alterazione, ad un vincolo così forte da parte delle Regioni, che rende la stessa modifica delle competenze praticamente inutile.

Se dovesse essere così inteso, si tratterebbe di un meccanismo profondamente paralizzante.

Ma così non è. Infatti, il giudice costituzionale, pur partendo dall'affermazione che in tale ipotesi la mancata intesa costituirebbe un «ostacolo insuperabile alla conclusione del procedimento» (Corte cost., sent. n. 6/2004), in una pronuncia alquanto singolare – quella sulla autorità portuale di Trieste (Corte cost., sent. n. 378 del 2005) – ha mitigato il senso di questa posizione, asserendo che “l'esigenza di leale cooperazione, insita nell'intesa, non esclude a priori la possibilità di meccanismi idonei a superare l'ostacolo che, alla conclusione del procedimento, oppone il mancato raggiungimento di un accordo sul contenuto del provvedimento da adottare”.

Né sembra che la tendenza alla deroga del riparto delle competenze legislative, a discapito delle Regioni, possa dirsi compensata dalla cd. apertura delle competenze statali, che la Corte va progressivamente imponendo con la sua giurisprudenza. Questa, infatti, non si è limitata semplicemente alla chiamata in sussidiarietà delle competenze regionali, ma ha inserito meccanismi concertativi anche nel caso delle cosiddette materie compenstrate, connesse all'esistenza di una sorta di “zona grigia”, dove le attribuzioni dei due enti sarebbero di difficile distinzione, e in quello delle materie cosiddette trasversali dello Stato (come la tutela della concorrenza, la tutela dell'ambiente, ecc.).

Tutte le volte che vi è una compenetrazione tra le materie statali e le materie regionali, la Corte, anziché adoperare il criterio di prevalenza o fare ricorso al generale dovere, inerente all'agire amministrativo, di non perdere di vista «gli altri interessi (secondari) compresenti» nella fattispecie ed attribuiti alla cura (primaria) dell'altro soggetto, ha finito col dare la competenza prevalentemente allo Stato, e col compensare le Regioni

attraverso una partecipazione alle funzioni amministrative in sede di Conferenza.

Lo stesso dicasi per le materie trasversali, cioè quelle materie di competenza esclusiva dello Stato, che proprio per essere trasversali possono avere un'incidenza diretta anche sui campi materiali attribuiti alle Regioni. Infatti, in siffatti casi è evidente quale sia stato l'intento del legislatore di revisione costituzionale, e cioè quello di attribuire allo Stato dei titoli ad intervenire, che costituiscono la condizione per assicurare condizioni di garanzia uniformi in tutto il territorio statale (e per tutti i cittadini), a prescindere dalle diversità esistenti tra le Regioni.

Questa constatazione lascia emergere la contraddizione insita in quelle pronunce che hanno richiesto, quale condizione di legittimità della normativa di competenza statale, la previsione di moduli collaborativi, ed in particolare dell'intesa. Infatti, se tali materie costituiscono la condizione per il perseguimento di interessi unitari, risulta problematico affermare che esse siano condizionate nella loro applicazione da accordi ed intese da stipularsi ad opera di soggetti portatori di interessi diversi da quelli nazionali.

In siffatte ipotesi, peraltro, lo Stato esercita una competenza "propria" ed "esclusiva", sia pure di tipo particolare, che per sua natura si oppone ad un esercizio condiviso con livelli di governo diversi da quelli cui la Costituzione lo ha conferito; d'altra parte, l'"interferenza" che l'esercizio di titoli trasversali produce sui campi materiali rimessi alla legislazione regionale non sembra, di per sé sola, costituire la base per la rivendicazione, da parte delle Regioni che subiscono il condizionamento nell'esercizio della competenza, di un loro coinvolgimento nella fase di adozione dell'atto di attuazione o, addirittura, di un atto normativo secondario. Ciò, per quel che riguarda i regolamenti, non si giustifica in alcun modo, in relazione al disposto del comma 6 dell'articolo 117, che prevede invece una competenza esclusiva dei soggetti attributari della potestà regolamentare.

4. *Il principio cooperativo tra contrazione e razionalizzazione*

Sicuramente la collaborazione tra livelli di governo territoriale deve essere organizzata in modo da realizzare armonia ed evitare conflitti. Essa serve, infatti, a dirimere le situazioni più controverse dal punto di vista dell'esercizio delle competenze, che in un sistema articolato di autonomie territoriali, ovviamente, si danno di continuo, con problemi di connessione, implicazione, compenetrazione, sovrapposizione e strumentalità, e vale a realizzare un equilibrio concreto di poteri e funzioni tra periferia e centro.

Tuttavia, se si inseriscono i meccanismi di concertazione, come fa la Corte Costituzionale, in ogni controversia che riguarda il riparto di competenza, senza un criterio di discriminazione si indeboliscono di fatto tutti i decisori (statali, regionali e locali) e si giunge facilmente alla paralisi della decisione, come quando si finisce col richiedere forme di unanimismo impossibile da realizzare; oppure si finisce col costruire un procedimento defaticante, che porta ad una decisione in tempi non congrui.

Un modello di collaborazione siffatto finisce col dar vita a delle incongruenze vistose e sarebbe comunque contrario ai principi di efficienza, efficacia ed economicità.

Ciò spiega come mai nel nostro ordinamento sia già emersa l'esigenza di una semplificazione della collaborazione. A più riprese, infatti, si parla ormai, per una serie di procedimenti, di trovare un modo per semplificare le procedure di concertazione, perché sono procedure che allungano i tempi della decisione istituzionale, con grave nocimento dell'interesse pubblico, e, per di più, in determinate situazioni addirittura possono portare ad una paralisi e ad una "non decisione".

Questo fenomeno della necessità di definire in termini precisi (e ridurre) la sfera della collaborazione non è un fenomeno esclusivamente italiano. Ed infatti, è ampiamente conosciuto in tutti gli ordinamenti federali.

Nel sistema americano già negli anni '70 la sfera della collaborazione ha avuto un forte ripensamento e, pur intervenendo la

federazione soprattutto nel settore dell'economia e del mercato, molti dei poteri inerenti a questi ambiti sono stati restituiti agli Stati membri. Si suole dire che in America si è realizzata una restituzione di sovranità agli Stati membri con la teoria della riscoperta dei diritti di questi, con il ritirarsi della federazione dall'esercizio delle competenze che prima aveva conquistato, con una riduzione della *preemption* della legge federale e con una silente *commerce clause*.

Tra l'altro, questo mostra come il principio cooperativo sia solo uno dei principi della dinamica degli ordinamenti federali, che concorre insieme agli altri (come quello del riparto delle competenze) a delineare storicamente la fisionomia concreta dell'idea federale. Così come l'espansione del principio di collaborazione è stato il frutto del *New deal* e di una certa realtà legata al superamento della crisi economica del 1929; il suo ritirarsi e l'inserimento nell'ordinamento di elementi propri del federalismo competitivo è stato il frutto di una realtà politica, economica e sociale profondamente mutata, caratterizzata dall'apertura dei mercati e dall'internazionalizzazione dell'economia.

Le stesse considerazioni valgono anche in relazione alla recente riforma federale tedesca del 2006, dove non si è privilegiato più l'intreccio dei rapporti tra Bund e Länder, ma al contrario, si è andati alla ricerca di un diverso e maggior equilibrio, modificando il piano delle competenze legislative a favore dei Länder, riducendo l'area dei cd. compiti comuni e mitigando l'interferenza della federazione sull'esecuzione delle leggi federali, senza trascurare, poi, le modifiche introdotte alla Finanzverfassung, che ha determinato una partecipazione dei Länder alla (cor)responsabilità federale nell'esercizio delle competenze di carattere finanziario.

Un aspetto, questo, che dovrebbe essere preso attentamente in considerazione in Italia e che potrebbe apportare un notevole beneficio al nostro sistema, con la situazione del debito pubblico che lo caratterizza.

Anche nell'ordinamento italiano la collaborazione (*rectius*: i meccanismi di concertazione) sembra(no) arrivata(i) ad un li-

vello di espansione tale da richiedere un ragionevole ripensamento, nel senso dell'opportuna perimetrazione e definizione della stessa, al fine di realizzare una maggiore efficienza sul piano decisionale; il rischio che altrimenti si corre è quello della totale paralisi amministrativa.

In tal senso, innanzi tutto, bisognerebbe articolare il principio di cooperazione con un principio di definizione delle competenze, che – nell'incertezza del quadro istituzionale delineato dalla revisione del Titolo V – vada oltre la chiamata in sussidiarietà, elaborata dalla Corte costituzionale, e sia in grado di fornire una soluzione per il problema della sovrapposizione decisionale (tutti i livelli di governo decidono su tutte le questioni di esecuzione, o di proposta legislativa, o di legislazione delegata), e ciò prima ancora di decidere se, nel nostro ordinamento, il nodo del coordinamento si possa risolvere con la seconda Camera, o con la bicameralina, o con la riforma della stessa Conferenza.

5. La collaborazione orizzontale come risposta alla chiamata in sussidiarietà

C'è un altro profilo da mettere in evidenza, anch'esso caratteristico degli ordinamenti federali, quasi del tutto negletto sia nella prassi regionale, sia nelle riflessioni sin qui prodotte sul principio cooperativo. Un profilo che la revisione del Titolo V ha mostrato, invece, di considerare come un aspetto precipuo della gestione delle competenze da parte delle Regioni. Si intende fare riferimento all'art. 117, comma 8, Cost., che dispone "La legge regionale ratifica le intese della Regione con altre Regioni per il migliore esercizio delle proprie funzioni, anche con individuazione di organi comuni".

Si tratta della cosiddetta collaborazione orizzontale.

La collaborazione orizzontale è quella che si svolge tra gli enti del medesimo livello, ovvero quella che, nel nostro ordinamento, dovrebbe svolgersi tra le Regioni, in modo – dice la disposizione costituzionale – da rendere migliore l'esercizio

delle proprie funzioni. Il significato di questa disposizione si inserisce a pieno titolo nella dinamica che sta caratterizzando il riparto delle competenze alla luce della giurisprudenza costituzionale, e in particolare la cd. chiamata in sussidiarietà.

Per vedere in che modo, prendiamo ancora una volta in considerazione la comparazione con gli ordinamenti federali.

La collaborazione orizzontale è molto forte ed estesa nel sistema americano e ha impedito alla Federazione, sia pure attraverso le materie connesse allo sviluppo dell'economia e al controllo del mercato, di assumere le competenze per determinati ambiti di legislazione statale. Per esempio, gli Stati membri hanno difeso la prerogativa statale del codice di commercio, attraverso una continua cooperazione orizzontale, atta a uniformare le legislazioni statali, impedendo così alla legge federale di poter invadere il campo coperto dai codici di commercio.

Anche nel sistema tedesco la cooperazione orizzontale si è rivelata estremamente importante, ma solo per determinate materie. In particolare, in tale ordinamento la questione ha avuto un rilievo per il coordinamento tra i Länder nella materia scolastica, che questi considerano di loro esclusiva competenza.

Nel sistema austriaco, che è diverso sia da quello americano, che da quello tedesco, il modello di forte coordinamento orizzontale ha svolto un ruolo importante, in quanto ha permesso alla Conferenza dei presidenti dei Länder di negoziare con successo con il Bund lo scambio di competenze, in modo da non alterare il peso politico dei Länder e il loro ruolo nella dinamica generale dell'ordinamento federale.

Nel nostro sistema, la collaborazione tra le Regioni per il migliore esercizio delle proprie funzioni era molto debole nel passato, e lo è ancora oggi.

Eppure, questa si pone, come mostra anche l'esperienza comparativa degli ordinamenti federali, come un valido strumento per trattenere le competenze di propria spettanza, rispetto alla forza attrattiva della legislazione statale. Infatti, può dirsi come la collaborazione orizzontale possa rappresentare la logica opposta alla chiamata in sussidiarietà dello Stato: lì dove questa implicherebbe una sostituzione, per adeguatezza, della

legge statale a quella regionale, la collaborazione orizzontale potrebbe realizzare quel coordinamento che rende adeguata la legge regionale e non più necessaria l'azione sussidiaria della legge statale.

Ciò spiegherebbe anche il senso della disposizione contenuta nell'art. 117, comma 8, Cost., e del concetto stesso di "migliore esercizio" delle proprie funzioni, nonché della logica della costituzione di "organi comuni" che agiscono anche in un ambito sovraregionale, tale da non rendere più necessario che la funzione venga assunta dallo Stato per assicurarne l'esercizio unitario, in quanto quest'ultimo sarebbe già garantito dalle Regioni attraverso la collaborazione orizzontale.

Da questo punto di vista, il legislatore di revisione costituzionale del 2001 ha operato con un minimo di lungimiranza, aprendo – sul piano costituzionale – la possibilità della cooperazione orizzontale, ma sul piano concreto le Regioni non ne hanno ancora approfittato.

Le Regioni, infatti, non hanno ancora dimostrato, soprattutto per materie complesse e ampie, di saper approfittare delle possibilità loro attribuite dal Titolo V revisionato, che concretizzerebbero la capacità di evitare la sottrazione di competenza, realizzata dalla chiamata in sussidiarietà, per cui, sino a questo momento, tale modo di agire dello Stato, supportato dalla giurisprudenza costituzionale, ha avuto la meglio sulla collaborazione orizzontale.

6. *Le nuove forme di coordinamento nella legge n. 131 del 2003: la collaborazione senza poteri sostitutivi*

Dopo la riforma del Titolo V il coordinamento delle funzioni ha assunto, rispetto al disposto costituzionale, una carica derogatoria maggiore, rispetto al precedente assento delle competenze, e ciò, quanto meno, per ragioni di tipo quantitativo. Infatti, i meccanismi di collaborazione presenti nell'ordinamento hanno avuto come chiave di lettura la supremazia dello Stato e sono risultati assai penalizzanti per l'autonomia regionale.

Di qui, in sede di attuazione della legge costituzionale n. 3 del 2001, il tentativo di introdurre un modo di procedere alquanto diverso. Infatti, il legislatore statale di attuazione, con la legge n. 131 del 2003, ha particolarmente avvertito questa condizione limitativa insita nei modelli di coordinamento e – con l’evidente intento di assecondare i principi deducibili dal Titolo V – ha incrementato il potere di negoziazione delle Regioni, prevedendo tre distinte fattispecie di intesa diverse da quelle previste dall’art. 3 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e alle quali non si applicherebbero le disposizioni che consentono di superare la mancata intesa con la deliberazione in seno al Consiglio dei Ministri (art. 3, commi 3 e 4). In particolare, queste intese atterrebbero: a) a “favorire l’armonizzazione delle rispettive legislazioni”; b) al “raggiungimento di posizioni unitarie”; c) al “conseguimento di obiettivi comuni”.

Nonostante la disciplina di attuazione abbia il pregio di prevedere intese per le quali non si può procedere attraverso l’esercizio di poteri sostitutivi, è stato significativamente sottolineato come, nel caso dell’armonizzazione delle rispettive legislazioni, si tratterebbe “di un tema delicato che impegnerebbe il livello governativo per una attività (...) che viene svolta a livello legislativo; e quindi con un primo iato tra i diversi livelli, esecutivo e legislativo”.

A prescindere da questo aspetto, certamente non secondario, che involge anche questioni attinenti al funzionamento delle forme di governo, nella prassi il bisogno di armonizzazione è stato ridotto alla previsione di numerose deleghe legislative che, nel rimettere la normazione al decreto legislativo del Governo, hanno previsto l’acquisizione dell’intesa in Conferenza, finendo così nuovamente per rimettere in moto l’art. 3 e il relativo potere sostitutivo del Governo, che la disposizione del 2003 espressamente escluderebbe per l’armonizzazione delle rispettive legislazioni.

Ne è risultata disattesa la previsione della legge n. 131, il cui senso era quello di introdurre una forma di cooperazione paritaria. Infatti, la disposizione che esclude l’esercizio dei poteri sostitutivi intenderebbe fare assumere alla Conferenza non il ruolo

lo istituzionale che la rende sede procedimentale (peraltro in modo improprio rispetto alla struttura della fonte e al parere delle Commissioni parlamentari), bensì luogo tipico della collaborazione, considerata come ricerca di soluzioni consensuali nascenti dalla mediazione politica, che successivamente possono essere anche formalizzate in atti normativi nell'ambito delle rispettive competenze da parte dello Stato e delle Regioni.

La stessa Corte costituzionale, nella sua pronuncia sul riordino degli "Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico", ha avuto modo di approssimarsi a questa impostazione della collaborazione, staccandosi da una visione strettamente istituzionale della stessa. Infatti, muovendo dalla premessa che "un atto di intesa non (può) produrre una vera e propria fonte normativa", ha poi concluso che "l'intesa di cui all'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 288 del 2003 rappresenta semplicemente una modalità di determinazione, condivisa fra Stato e Regioni ed uniforme sull'intero territorio nazionale, di quali debbano essere le caratteristiche comuni di questa categoria residuale di istituti, ovviamente nel rispetto di quanto determinato a livello delle fonti primarie statali. Ciò non esclude che in ambiti ulteriori ciascuna Regione possa esercitare il proprio potere legislativo anche in questo particolare settore" (Corte costituzionale, sentenza n. 270 del 2005).

In relazione, poi, alle altre due ipotesi di intesa previste dall'art. 8, comma 6, della legge n. 131, la prassi sembra non avere distinto tra "posizioni unitarie" e "obiettivi comuni"; ed invece, bisognerebbe distinguere le due fattispecie a seconda che la volontà dello Stato e delle Regioni si fondi in un'unica condotta, oppure dia vita a comportamenti distinti, frutto dell'esercizio delle rispettive competenze. Nel primo caso si avrebbe una ipotesi di interdipendenza dell'azione dello Stato con quella delle Regioni, mentre nel secondo solo una possibilità di collegamento, ma in entrambe le fattispecie la disposizione legislativa sembrerebbe imporre processi di attuazione distinti per lo Stato e le Regioni, in quanto tali verificabili e trasparenti, dal momento che, pur mettendo in discussione l'esercizio delle rispettive competenze costituzionali, non si pa-

leserebbe l'intento di modificarne l'assetto e, in proposito, appare significativa l'intesa sul "Quadro strategico nazionale per la politica di coesione 2007-2013, intervenuta in Conferenza unificata il 3 febbraio 2005 (Rep. Atti n. 820).

Queste ipotesi di intesa, ove dovesse prevalere una interpretazione paritaria del principio cooperativo, sembrano destinate ad aumentare, in quanto risponderebbero meglio – anche per l'esclusione dei poteri sostitutivi – all'istanza del coordinamento delle azioni di tutti i soggetti che costituiscono la Repubblica, ma risultano strumenti alquanto fragili, in quanto – a causa della composizione stessa della Conferenza – non sono in grado di assicurare un pieno coordinamento sul piano legislativo. Come nel caso dell'accordo recante il protocollo operativo per il prelievo in deroga, approvato mediante intesa in Conferenza Stato-Regioni del 29 aprile 2004 (Rep. Atti n. 1969), il quale ha dato luogo a leggi regionali conformi ai principi della legislazione statale e difformi dagli atti di coordinamento.

7. Il d.d.l. sulla Conferenza e l'attuazione del Titolo V

In definitiva, può dirsi che la disciplina legislativa delle Conferenze è oggi sicuramente inadeguata rispetto al sistema del Titolo V revisionato, il quale si appone al mantenimento delle forme del principio di leale collaborazione formatesi nel corso dell'esperienza del primo regionalismo e codificate nel d.lgs. n. 281 del 1997.

In particolare, dopo la revisione del Titolo V si è reso evidente come le Conferenze, e i relativi procedimenti, abbiano comportato una istituzionalizzazione del principio cooperativo, sino a farlo diventare pienamente concorrente con i principi del nuovo riparto delle competenze legislative e amministrative, peraltro senza la formazione degli standards di esercizio delle competenze che servirebbero a costruire rapporti certi e definiti e, perciò, in grado di superare l'attuale conflittualità tra lo Stato e le Regioni.

A ciò si aggiunga che proprio la crescita della quantità degli

adempimenti, imposti alla luce del nuovo riparto delle competenze, ha causato lo svuotamento di quel poco di capacità politica che le Conferenze avrebbero mantenuto e ha determinato la crisi del loro funzionamento e della loro organizzazione.

Di qui, dopo il fallimento della riforma della riforma, proposta dalla precedente maggioranza, che prevedeva un complicato, quanto problematico, circuito di cooperazione affidato al “Senato federale”, l’intendimento dell’attuale Governo di rivedere sul piano legislativo il sistema delle Conferenze.

Il disegno di legge del Governo, il cui esito è ampiamente incerto, appare, però, tutt’altro che risolutivo e più che una proposta di attuazione del Titolo V, appare come un piano di riscrittura di una parte della riforma costituzionale, attraverso una ulteriore e diversa collocazione della Conferenza. Infatti, il d.d.l., mentre non risolve i problemi che sorgono dalle necessità del coordinamento, dopo la revisione costituzionale e il cambiamento del riparto delle competenze legislative, regolamentari e amministrative, presenta non pochi elementi di discontinuità con il quadro costituzionale dell’intero Titolo V.

In particolare, si deve notare che anche la “nuova” Conferenza confermerebbe il carattere di un organo statale (e non della Repubblica), ed anzi di un organo della Presidenza del Consiglio. Ciò comporterebbe, peraltro, che l’assetto delle relazioni interne alla Conferenza, delineato dal d.d.l., risulterebbe funzionale, ancora una volta, più alla soluzione delle questioni della forma di governo (cioè alle relazioni tra Parlamento e Governo), che non a quella dei problemi della forma di Stato.

A conferma si consideri che, mentre il principio di collaborazione richiede essenzialmente un organo di negoziazione, dove la decisione istituzionale nei rapporti Stato autonomie territoriali sia raggiunta attraverso la ricerca di una reciproca “rinuncia-accostamento” alle posizioni di partenza, invece la Conferenza, alla luce dei principi e criteri direttivi del d.d.l., sarebbe da qualificare come un organo in cui, tendenzialmente, le autonomie territoriali sono semplicemente consultate. Questo varrebbe non solo per i “pareri”, atti di giudizio di natura consultiva, ma anche per le “intese”, se per tutte queste vale il principio

che devono essere a maggioranza e non all'unanimità e se, ove non si raggiunga neppure la maggioranza, si possa ricorrere alla procedura di superamento della mancata concertazione attraverso la deliberazione del Consiglio dei Ministri (comma 4, lett. q). La previsione della maggioranza per l'intesa, infatti, tende ad indebolire il ruolo delle Regioni e delle autonomie locali.

Non è poi certamente una razionalizzazione della vigente disciplina dell'intesa e del potere decisionale del Consiglio dei Ministri, in caso di mancato raggiungimento dell'intesa, la previsione della possibilità che "il Presidente della Conferenza (cioè: il presidente del Consiglio dei Ministri) possa, in caso di mancanza di unanimità, sentito il Ministro interessato, nonché il Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni, e il Portavoce degli enti locali (sic!), promuovere una votazione a maggioranza, in luogo della immediata rimessione dell'affare al Consiglio dei Ministri, e salva comunque la rimessione al Consiglio dei Ministri quando l'intesa non venga raggiunta nemmeno a maggioranza".

Non si comprende, peraltro, in che modo interpretare l'ultima frase della lettera ("ricognizione e individuazione di ulteriori casi tassativi in cui per l'intesa è comunque necessaria l'unanimità o una maggioranza qualificata in Conferenza"), in quanto potrebbe essere solo una previsione di ulteriore intesa, alle quali si dovrebbe comunque applicare il farraginoso meccanismo indicato per trasformare il procedimento all'unanimità in procedimento a maggioranza; oppure la previsione di casi per i quali detta trasformazione non pare possibile.

In questa logica, infine, sono da sottolineare alcune scelte compiute dal d.d.l., con la previsione dei criteri direttivi di cui al comma 4, lett. s e u. Infatti, depone negativamente per il Governo, per un verso, che voglia trasferire in sede di Conferenza attribuzioni che creano – a discrezione – un limite anche per il Parlamento in campi a questo riservati, come la definizione dei principi fondamentali, la disciplina delle materie trasversali e le modalità di esercizio della potestà regolamentare (lett. s); dall'altro, che voglia, giungere a formulare delle "intese che possano avere ad oggetto, ai fini di semplificazione e uniformi-

tà, discipline regionali di dettaglio” (lett. s); oppure che, attraverso la tecnica del parere facoltativo e la richiesta di discussione degli schemi di atti normativi regionali (lett. u), possa ricondurre in sede di Conferenza anche le prerogative dei Consigli regionali, che non partecipano in alcun modo alla Conferenza, né sono in condizione di influenzare efficacemente, per via della struttura assunta dalla forma di governo regionale, i rappresentanti della Regione in seno alla Conferenza.

Qui il d.d.l. è chiaramente fuori dal quadro costituzionale delineato con la legge costituzionale n. 3 del 2001. Con riferimento, infatti, a tutte le questioni inerenti alla legislazione (statale e regionale), il Titolo V sembra scrivere con chiarezza un principio di partecipazione degli Enti Locali e delle Regioni ai livelli di Governo superiori che, di volta in volta, adottano le decisioni che li riguardano: in tal senso depongono l’articolo 11, da una parte, e l’art. 123, ultimo comma, dall’altra, con la previsione che impone agli statuti di prevedere i Consigli delle Autonomie Locali (CAL).

Le disposizioni degli Statuti sui Consigli delle Autonomie Locali offrono un riscontro estremamente interessante. La Costituzione si limitava a parlare di una sede di consultazione, ma gli Statuti hanno trasformato i Consigli delle Autonomie Locali, tutti (con l’eccezione dello Statuto pugliese), in una sede di concertazione, prevedendo la maggioranza qualificata per superare il voto contrario del Consiglio delle Autonomie Locali (fa eccezione lo Statuto della Toscana, che prevede solo l’obbligo della motivazione).

C’è anche un’altra differenza tra la bicameralina ed il Consiglio delle Autonomie Locali, che rafforza il ruolo del principio di collaborazione a livello regionale. Infatti, mentre nel caso della bicameralina – anche per la struttura della Commissione parlamentare – si sarebbe in presenza di una rappresentanza mista Parlamentari-Rappresentanti delle Regioni e degli Enti Locali; nei Consigli delle Autonomie Locali sederebbero solo ed esclusivamente la rappresentanza degli Enti Locali nell’ambito della Regione.

Se questo è il principio cui si sarebbe ispirato il legislatore di

revisione costituzionale, sembra chiaro che il d.d.l. sulle Conferenze vuole attribuire a questa una funzione di cui, per disposto costituzionale, sono titolari altre sedi istituzionali.

In conclusione, di un meccanismo di coordinamento tra esecutivi si avverte comunque la necessità, anche laddove vengano adottate le deliberazioni parlamentari di revisione dei regolamenti in attuazione dell'articolo 11. La riforma della Conferenza, pertanto, appare una necessità dopo la riforma del Titolo V, per adeguarne la struttura e l'organizzazione alle innovazioni che la revisione costituzionale ha introdotto; ma a patto che ci si rispetti il ruolo tipico di queste sedi di coordinamento, e cioè di luoghi in cui è possibile la conclusione di veri e propri atti convenzionali, accordi politici, che sono successivamente tradotti in atti adottati secondo la rispettiva competenza, limitati a quelle procedure che hanno veramente un carattere generale, come la discussione del DPEF, o agli atti inerenti alle politiche, agli obiettivi comuni, alle posizioni unitarie, ecc.

A chiusura di queste brevi considerazioni, perciò, può dirsi che la vicenda degli organi di cooperazione, nel nostro ordinamento, resta pericolosamente ancora aperta.