

ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

Rivista di studi giuridici e politici

4

2012 • ANNO XXXIII
ottobre/dicembre

TENDENZE DEL FEDERALISMO
IN EUROPA

DIRETTORE DELLA RIVISTA
Gianluca Gardini

COMITATO DI DIREZIONE
Filomena Terzini
Luigi Benedetti
Francesca Paron

REDAZIONE
Marina Caporale
Simone Calzolaio
Annamaria De Michele
Francesca Palazzi
Claudia Tubertini

EDITING
Carlo Pedrazzi

COMITATO SCIENTIFICO
Gianluca Gardini (Direttore)
Brunetta Baldi
Francesco Bilancia
Stefano Civitaresse Matteucci
Justin Orlando Frosini
Alfredo Galán Galán
Giancarlo Gasperoni
Peter Leyland
Marco Magri
Andrea Morrone
Alessandra Pioggia
Giuseppe Piperata
Claudia Tubertini

 **Regione Emilia-Romagna**


**MAGGIOLI
EDITORE**

DIREZIONE E REDAZIONE
Regione Emilia-Romagna
Servizio innovazione e semplificazione amministrativa
Viale Aldo Moro, 52 – 40127 Bologna
Fax 051 5277674
E-mail: istituzionidelfederalismo@regione.emilia-romagna.it
Sito web: www.regione.emilia-romagna.it/affari-ist/federalismo

EDITORE
Maggioli Editore presso c.p.o. Rimini,
via Coriano, 58 – 47924 Rimini
tel. 0541.628111 – fax 0541.622100
Maggioli Editore è un marchio di Maggioli s.p.a.
Servizio Abbonamenti: tel. 0541.628779
Sito web: www.maggioli.it
E-mail: abbonamenti@maggioli.it
Azienda con sistema qualità certificato ISO 9001:2000

Tutti i diritti riservati – È vietata la riproduzione, anche parziale,
del materiale pubblicato senza autorizzazione dell'Editore

STAMPA
Titanlito – Dogana R.S.M.

Maggioli s.p.a. è iscritta al registro operatori della comunicazione

Pubblicazione registrata al Tribunale di Bologna il 4 luglio 1980,
n.4824
Direttore responsabile: Piero Venturi

Condizioni di abbonamento

*La quota di abbonamento
alla Rivista per il 2012
è di € 130,00 da versare
sul c.c. postale n. 31666589
intestato a Maggioli s.p.a.
– Periodici, Via del Carpino, 8
– 47822 Santarcangelo
di Romagna (RN).*

*La Rivista è disponibile
nelle migliori librerie.
Il prezzo di vendita per singoli
numeri è di € 24,00.*

*Il prezzo per ciascun fascicolo
arretrato è di € 28,00.*

*I prezzi suindicati si intendono
Iva inclusa. L'abbonamento
decorre dal 1° gennaio
con diritto al ricevimento
dei fascicoli arretrati ed avrà
validità per un anno.*

*La Casa Editrice comunque,
al fine di garantire la continuità
del servizio, in mancanza
di esplicita revoca,
da comunicarsi in forma scritta
entro il trimestre seguente
alla scadenza dell'abbonamento,
si riserva di inviare il periodico
anche per il periodo successivo.*

*La disdetta non è comunque
valida se l'abbonato non è
in regola con i pagamenti.*

*Il rifiuto o la restituzione
dei fascicoli della Rivista
non costituiscono disdetta
dell'abbonamento a nessun
effetto.*

*I fascicoli non pervenuti possono
essere richiesti dall'abbonato non
oltre 20 giorni dopo la ricezione
del numero successivo*

INDICE

SAGGI E ARTICOLI

- 767 The Localism Act 2011: Local Government Encounters the
 “Big Society”
 Peter Leyland
- 789 Sviluppi e tendenze del federalismo in Germania: differen-
 za territoriale e perequazione finanziaria
 Alexandre Grasse
- 829 Federalismo, regionalismo e decentramento nella prospet-
 tiva della comparazione tra i sistemi di amministrazione
 (o governo) locale
 Mauro Mazza

NOTE E COMMENTI

- 857 La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza econo-
 mica alla luce della sentenza 199/2012 della Corte costituzionale
 e delle recenti novità normative
 Antonella Azzariti
- 881 La (prorogata) soppressione delle Autorità d'ambito terri-
 toriale ottimale nei servizi pubblici ambientali
 Elena Maria Palli
- 907 L'attribuzione degli incarichi professionali esterni da parte
 degli enti locali
 Riccardo Patumi

OSSERVATORIO REGIONALE

- 933 Focus sulla giurisprudenza costituzionale in materia di
 contratti pubblici
 Elena Bastianin

- 953 Focus sulla giurisprudenza costituzionale in materia di condono edilizio
Davide Baldazzi

LETTURE E SEGNALAZIONI

- 977 Regolazione, programmazione e pubblicizzazione di attività economiche (dibattito su *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, di Monica Delsignore)
Francesco Manganaro
- 987 Città e territori nell'età della crisi (a proposito del libro *Le grandi città italiane. Società e territori da ricomporre*, a cura di Giuseppe Dematteis)
Luigi Benvenuti
- 997 Table of contents and abstracts
- 1001 Note sugli autori

The Localism Act 2011: Local Government Encounters the “Big Society”

Peter Leyland

Abstract

Il Localism Act del 2011 è volto ad agevolare l'introduzione di riforme radicali del governo locale in Inghilterra, combinando le idee associate alla cosiddetta “Big Society” in una nuova importante iniziativa per il governo locale. I provvedimenti previsti dall'Act rischiano di minare l'autonomia istituzionale dei governi locali. L'articolo prosegue con una rassegna storica delle relazioni fra centro e periferia. Si passa poi ad esaminare la misura in cui l'idea della “Big Society” è stata impiegata per inquadrare la nuova legge. Benché sia prevista una devoluzione di poteri verso il basso, il quadro economico sottostante prevede forti tagli alla spesa pubblica e un incremento nella richiesta di servizi pubblici. L'articolo si conclude con una riflessione sul probabile impatto sulla democrazia locale dell'estensione del modello “sindaco e giunta” alle principali città inglesi.

Introduction

The Localism Act 2011 is intended to pave the way for radical reforms of local government in England by refining ideas associated with the so called “big society” into a major new initiative for local government in a number of distinct ways. The Act constitutes a substantial piece of legislation with many strands to it. It is intended to embody a radical strategy which responds to a crisis in local government reflected in voter apathy and low morale¹. This article will concentrate on the likely impact on the core organisation and functioning of local government. It will be argued that the measures contained in this legisla-

(1) The turnout in local elections has been low. For example it was 39% in the England and Wales local elections 2008 and 2009 but rose 62% in May 2010 coinciding with the general election – Factsheet, The Electoral Commission, October 2010.

tion threaten to further redefine the role of local government by undermining its institutional autonomy. From above central government has been granted additional powers to impose controls, and, at the same time, from below the radical shift towards a new form of subsidiarity threatens to undermine the concept of a uniform nationwide system of local democracy. The scene is set for the discussion that follows by an historical overview of central local government relations. The next task is to consider the extent to which the big society idea has been employed to frame the new Act. It will be observed that the concern to devolve power downwards is included as a core feature associated with the recognition of community rights and referendums to allow local interests to take over council services. The problem is that this initiative which threatens to progressively diminish the institutional importance of local government, including its capacity to perform existing functions, is being undertaken against an economic background of deep cuts in public expenditure amounting to a 27 per cent reduction in the government's local government budget and a 51 per cent cut in the communities budget over four years. Steadily increasing levels of unemployment are anticipated with a loss of 500,000 public sector jobs. In turn, higher levels of unemployment will almost certainly impact on social and welfare policy by adding to the demand for the public services in the hands of local councils. At the same time we will see that central government has not only failed to take the opportunity to confer greater financial autonomy to local councils but the Secretary of State has a new set of powers to reign in the expenditure of councils. In the final section we turn to consider the likely impact on local democracy of extending the mayor and executive model to the main English cities.

Central Local Relations: Forms of Accountability and Control

The cumulative impact of twentieth-century developments in local government resulted in a disintegration of the constitutional tradition of municipalisation. Essentially, according to Loughlin, the reason for

(2) M. Loughlin, *The Demise of Local Government*, in V. Bogdanor (ed) *The British Constitution in the Twentieth Century* (Oxford: OUP, 2003), 522.

the diminishing status was that local government has progressively lost its autonomy². The origins of the modern system of local government can be traced back to the trends towards municipalisation begun in the nineteenth century and then carried over into the twentieth century during which local government had been required to provide many services with an imposition of national minimum standards in their provision. In an important sense a primary function of local government was as an agency to promote the delivery of public welfare and, as such, it had been granted a pivotal role as service provider under many different statutory provisions. The emphasis of central government from the 1980s shifted to finding ways of reducing the amount of expenditure on local government. This was achieved under Prime Minister Thatcher by policies of rate capping designed to prevent authorities from using increases in local taxation to raise additional revenue, especially when faced with cuts from block grants from central government, and through the exposure of all councils to compulsory competitive tendering and then best value initiatives. The period 1979-2010 marked a major revision by the introduction of competition and by challenging assumptions over the delivery of community services in house by local authorities. The contracting out of services to private companies or independent charities was a sustained attempt to achieve greater value for money³. The employment of a contract model for the delivery of services ranging from refuse collection and street cleaning to care for the elderly and the catering arrangements within council offices has permanently changed the profile of local councils. Nevertheless, notwithstanding the radical change from public to private delivery there has been an assumption that the weakest in the community need to be protected. In other words, some degree of consensus lies behind party political contestation concerning the crucial role of local government in guaranteeing a base level of services and in the protection of vulnerable groups.

(3) See Local Government Act 1988 (Compulsory Competitive Tendering), Local Government Act 1999 ("Best value" in the performance of functions).

(4) It should be noted that the Local Government Finance Bill 2012 will have a far

Any reduction in ring fencing concerning resource allocation and service delivery in the hands of local authorities promises to have far reaching consequences for local communities⁴. Another fundamental issue is whether claims to greater autonomy can be sustained without a substantial extension in revenue raising powers at a local level, with 75% of finance originating from central government. The cuts which are in the process of being implemented will be felt most acutely in the areas of highest unemployment and social deprivation. Lord Beecham stressed in the House of Lords that: "Time and again peers, including distinguished former Conservative ministers, have challenged the undermining of representative local democracy reflected in excessive prescription by the government, and the effective by-passing of elected councillors and councils in favour of local referendums and decision-making bodies with minimal democratic legitimacy"⁵. The new path which undermines the organic integrity of the institution of local government and which could lead to its fragmentation into disparate local entities calls into question whether an emasculated form of local government would be able to perform the same function as a national institution.

What is the "Big society"?

As an alternative to high profile government the Big Society has been widely trumpeted as the central political idea framing Conservative Party policy⁶. Certain aspects of this initiative bear a resemblance to Blair's *Third Way* which was heavily reliant for its delivery on "stakeholders" from the voluntary and private sector. By way of contrast the Big Society has been presented as a reaction to the claimed statist centralising policies of the previous Labour government⁷. It appears that the guiding philosophy is to create a society where the lead-

reaching impact on the capacity of councils to provide the range and quality of services available to local communities.

(5) *The Guardian*, 8 September, 2011.

(6) D. Cameron, *Our Big Society Plan*, 2010.

(7) C. Pattie and R. Johnston, *How Big is the Big Society?*, *Parliamentary Affairs*, Vol. 64, No 3, 2011, 403-424.

ing force for progress is a concept of social responsibility which is expected to replace state control. The initiative will be returned to grass roots level by promoting what is referred to as people power⁸. The objective is to break state monopolies and, in their place, allow charities, social enterprises and companies to provide public services. "Civil society activity is seen not just as filling gaps left by a retreating 'nanny state' but also as offering innovative and independent alternative to meeting social needs"⁹. For example, by allowing free schools to be set up outside of local government by parents, communities, faith groups, charities, businesses and universities. The intention is to further reduce the size of the state at the central and local government levels. In the domain specifically of local government the declared agenda of the coalition government is to introduce a radical shift in the balance of power and to decentralise power as far as possible. The Localism Act 2011 is meant to step beyond giving power back to local government. The Secretary of State for Communities and other ministers have repeatedly stated that ordinary citizens should be trusted to take charge of their lives and that these measures are designed to push power downwards and outwards to the lowest possible level, including individuals, neighbourhoods, professionals and communities as well as local councils and other local institutions. The Big Society initiative represents the attempt of the Conservative Party under Prime Minister David Cameron to square the circle of further reducing the role of the state while maintaining a commitment to health and social welfare¹⁰. The high-sounding goals must be viewed with some scepticism. Such an agenda is ambitious precisely because it depends on much greater participation and this requires legions of volunteers coming forward just when unemployment is rising and the voluntary

(8) See P. Leyland, *The Constitution of the United Kingdom: A Contextual Analysis*, 2nd edn, Oxford: Hart Publishing, 2012, 286ff.

(9) V. Lowndes and L. Pratchett, Local Governance under the Coalition Government: Austerity, Localism and the "Big Society", *Local Government Studies*, Vol. 38, No 1, 21-40, February 2012, 32.

(10) M.J. Smith, From Big Government to Big Society: Changing the State-Society Balance, *Parliamentary Affairs*, Vol. 63, No 4, 2010, 818-833 at 832.

and charity sectors are faced with massive cuts in the income they receive from central and local government¹¹.

Part I: Devolving Down and the Conferral of Community Rights

In order to overcome the inhibitions caused by an approach which has assumed that the actions of local authorities must be justified by positive law the Localism Act for the first time grants local authorities a power of general competence¹². This new power is at variance with the traditional position of local government which worked on the assumption that local authorities were strictly controlled by statute and needed statutory authority to act but now in principle local authorities are granted this new general power to act. Such a power is clearly intended to allow councils to proceed further into the territory of commercial contracting with a reduced prospect of judicial challenge¹³. The general power of competence was tested in a case involving Bideford Town Council. It was held that the Council were acting unlawfully by allowing prayers to be said at the beginning of a council meeting. The power was not lawful under s.111 of the LGA 1972 and there is no statutory power permitting the practice to continue¹⁴. The Secretary of State later commented that there is now a general power of competence which allows councils to do anything not prohibited by law, including holding prayers before meetings¹⁵.

Second, an apparently ground-breaking idea under the Localism Act associated with the handing down of powers and functions involves the introduction of the option to take matters away from the control of local government altogether. A new community right to buy will ensure that community organisations have a fair chance to bid to take

(11) See Pattie and Johnston, 412.

(12) See Localism Act s.1 which provides that "A local authority has power to do anything that individuals generally may do and this includes the power to do it for a commercial purpose or otherwise for a charge, or without a charge".

(13) ukconstitutionallaw.org/2012/03/19/andrew-le-sueur-fun-loving-guys-and-the-rule-of-law.

(14) www.secularism.org.uk/uploads/bideford-judgment-final.pdf.

(15) C. Sear, Local Authorities: the general power of competence, 20 September 2012, 8.

over land and buildings that are important to them and a community right to challenge voluntary and community groups, parish councils and local authority staff will be able to challenge to take over the running of local services. It should be remembered that already local authorities had been granted discretionary powers to enter into partnership arrangements with local bodies or agencies and that at the same time a power of community initiative had been introduced previously¹⁶. In practice, this power amounted to little more than a “constitutional mission statement which would give structure and purpose to the many specific powers and duties of councils”¹⁷. However, under the Localism Act 2011 the relevant authority is placed under a statutory duty to consider whether an expression of interest, and how any subsequent procurement exercise, can promote or improve the social, economic or environmental well being of its area¹⁸. This provision is meant to ensure that authorities take account of the benefits that relevant bodies and others can provide over and above delivery of the service. The Secretary of State for Communities and Local Government may do anything that he considers appropriate for the purpose of giving advice in relation to such a scheme. The Community Right to Challenge is intended to give community groups, parish councils and local authority employees the right to submit an “expression of interest” in taking over and running a local authority service. The local authority must consider and respond to the challenge. If a local authority accepts the challenge they must then run a procurement exercise in which organisations – including those that challenged the delivery of the service but also private companies – can bid to take over the running of the service. However, the Act requires authorities to undertake this consideration in a way that complies with procurement law. Failure to do so provides a number of grounds for legal challenge. There are constraints on the power of local authorities to reject expressions

(16) Local Government Act 2000, ss2-4.

(17) I. Leigh, *The Changing Nature of Local and Regional Democracy*, in J. Jowell and D. Oliver (eds) *The Changing Constitution*, 7th edn (Oxford, Oxford University Press, 2011), 243.

(18) Localism Act 2011, Ss81-83.

of interest. In the government's estimation this initiative is innovative because it represents a decisive move away from the monopoly control of councils and towards a brave new world of competition and diverse delivery that will bring in its wake innovation, responsiveness and efficiency¹⁹. A less positive interpretation of what such an exposure to market forces might lead to might regard these same measures as merely a means of giving business organisations, including large scale multi-nationals, greater access to public sector markets.

The Community Right to Challenge

The Localism Act explores a different type of entry point for public participation in community development²⁰. Stakeholder groups comprising businesses, voluntary organisations and interested citizens have an opportunity to realise clearly defined objectives "in providing or assisting in providing a relevant service on behalf of the authority"²¹. This new initiative opens up the additional prospect that responsibility for taking on functions and delivery of the policy can be placed directly in the hands of the community groups, businesses and citizens at grass roots level. It is anticipated that such a process will provide a further opportunity for the most articulate and confident in society. The obvious danger is that such a mechanism could allow relatively well organised and powerful groups and organisations to make claims on increasingly scarce resources and thus predominate in particular areas of activity at the expense of wider community interests. At the same time the community right to challenge is likely to promote a trend towards ever greater fragmentation of activities which would make it increasingly difficult to maintain consistent standards. Instead of taking the lead on local matters as the agency for delivery local authorities may be reduced in importance so that progressively they assume a role as commissioners, market shapers and regulators but not as deliverers of policy in their own right.

(19) See e.g. J. Crowe, The Government's Plans for Decentralisation and Localism: A Progress Report, *The Political Quarterly*, Vol 82, No 4, October-December 2011, 651-657, 654.

(20) Localism Act 2011, chapter 2.

(21) Localism Act 2011, s.81(4).

In this context of devolving down referendums were to be available as a form of direct democracy at local government level as a means of assisting in the generation of change. The Localism Bill in its original form provided that citizens, councillors and councils should have the power to instigate a local referendum on any local issue²². Although these referendums were to be non-binding in a legal sense, local authorities and other public authorities would have been required to hold a referendum at considerable expense and to take its outcome into account in their decision-making. The government believed that local electors across England have lacked a general mechanism by which to trigger a local referendum on issues of importance to them and through which to influence local decision-making and make their views known. To address this issue and provide electors with such an opportunity to influence local decisions, the Localism Bill had proposed that residents and stakeholders should have the power to trigger local referendums on any local issue if a petition was signed by 5% or more of local electors²³. The idea was to open up the potential for direct citizen participation and community involvement. In the Localism Act 2011 in its final form the emphasis on referendums as mechanisms for expressing citizenship as a community right to challenge was abandoned.

The use of referendums in the domain of local government has also been questioned on the basis that it ran the risk of undermining representative democracy²⁴. Instead of councillors acting as elected representatives to make up their minds on a range of complex issues on behalf of the local electorate the Bill in its original form would have unleashed an unprecedented populist dimension which could be used to determine policy outcomes. If referendums were to be established on a routine basis to create local government by plebiscite local politics is redefined with elected politicians in danger

(22) See the Localism Bill.

(23) Ibid, Schedule 2, 9MC(4).

(24) See *"Localism" Communities and Local Government Committee*, Third Report of Session 2010-12, 7 June 2011, HC 547, 38.

of becoming marginalised from the most important decision-making. The original bill contained a rationale for a new form of stakeholder democracy in which members have different kinds of mandate and legitimacy²⁵. Objections included a lack of motivation at grass roots level and the potential cost and organisational challenges involved in holding referendums to launch such initiatives.

The community right to challenge works on the assumption that neighbourhood units are physically more accessible than established local authorities. The motivation of communities at this level would make it easier to facilitate direct participation. An obvious problem is that such an approach raised wider questions about how communities mobilise. Who should provide leadership in these circumstances and why should such initiatives be restricted to any particular form of empowerment?

Changes to Planning Controls

As part of the strategy of devolving down the Localism Act introduces major changes in planning regulations in the hands of local government. The starting point is to introduce a duty under the act to co-operate to encourage the planning of sustainable development²⁶. The challenge for the government in reforming the regulation of planning is to achieve more flexibility at the lowest possible level without compromising the rural environment. The new neighbourhood planning scheme²⁷ under the Act which replaces regional strategies²⁸ will allow town councils and parishes to submit a neighbourhood development plan and a neighbourhood development order to the local planning authority. This plan or order will set out their planning policy which is made subject to approval at a local referendum. By preparing devel-

(25) H. Sullivan, *Neighbourhood Governance: An Opportunity Missed*, in J. Raine and C. Staite (eds) *The World will be your Oyster? Reflections on the Localism Act of 2011*, Institute of Local Government Studies, University of Birmingham, 29.

(26) Localism Act 2011, s.110.

(27) Localism Act 2011, s.116

(28) Localism Act 2011, s.109.

opment plans and orders local councils and local people are intended to have a much greater input in guiding development in their immediate locality. However, some of the planning aspects of the Localism Act 2011 are controversial. This is because they appear to shift policy towards development at the expense of green belt land in response to lobbying from the construction industry. For example, the Act introduces a community right to build order which may be given approval without the need for a formal application for planning permission²⁹. A community organisation formed from local community interests will be able to bring forward developmental proposals which can be approved without formal planning permission provided the proposal meets minimum criteria and gains approval at a referendum. These changes are directed at tackling the lack of development, particularly housing development, in rural areas which frequently encounters resistance from local communities. The issue of concern is whether an appropriate balance has been reached between conservation and business policy.

Removing Red Tape

At the same time as liberalising planning controls and granting local authorities more scope in the way local services are run another government objective in passing this legislation is to reduce the statutory duties imposed on local authorities. Over many generations local government has accumulated a catalogue of such duties under many different legislative provisions which frequently relate to the delivery of social policy. For example, in the domain of housing, among other things, councils are required to: periodically review housing needs requirements; they have a duty to rehouse residential occupiers displaced by compulsory purchase; they must exercise of tenants rights to buy council housing requirement; they must consult tenants before homes are transferred to private landlords. A clear outcome of the Review was that respondents, particularly interest groups and the public, used the opportunity to remind central Government of the

(29) Localism Act 2011, Schedule 11.

importance of these duties. An overwhelming majority of those responding wanted to see these duties maintained as protections rather than identify duties that could be regarded as unhelpful and unnecessary³⁰. It is interesting that the government's response to the consultation over what duties could be repealed acknowledged overwhelming support for preserving these specific duties. According to the present government the emphasis is on establishing democratic accountability to replace the central bureaucratic systems based on target setting. There is also evidence which suggests a lack of a joined up approach to reducing bureaucracy with other government departments such as health and education, imposing on officials the requirement of a higher burden on data returns³¹. Under the revised approach local government should develop its own performance measurement in preference to a centralising approach.

Part II: Establishing Structure and Issues of Central Control

In the second part of this discussion it will be argued that there are important elements of coalition policy which tend to undermine the claims to genuinely confer autonomy upon local communities. In regard to local government structure, the Act goes much further than any previous legislation in its attempt to establish Mayoral forms of local government in England's leading cities by a series of obligatory referendums. On the one hand the referendums for Mayor will almost certainly result in divergence between the systems of city wide governance but, in turn, such a change in structure is likely to expose major cities to a new style of local politics which has potential drawbacks; but first we have to consider the issue of financial control.

Referendums and the control of expenditure

As will be clear from contextual introduction to this article a fundamental issue concerns the degree of financial autonomy afforded to

(30) www.communities.gov.uk/documents/localgovernment/pdf/1934356.pdf.

(31) See e.g. J. Crowe, The Government's Plans for Decentralisation and Localism: A Progress Report, *The Political Quarterly*, Vol 82, No 4, October-December 2011, 651-657 at 653.

local government in the United Kingdom. The centrality of this issue has been recognised by experts working in the field. For example, Professor Leigh observes: "A recurrent plea from bodies recommending reform is to decrease local government dependence on central grant"³². The corollary for any such aspiration is to deliver reforms of local government finance which shift the balance away from a dependence on central government and at the same time embed a fundamental linkage between tax and spend at local government level. In particular it has been recognised that: "There is a huge gap in the Bill; a Localism Bill that lived up to its name would have dealt with the financing of local government. Centralism will prevail as long as local authorities are massively dependent for their resources on central government. They become supplicants for funding from central government rather than engaging in a dialogue with their citizens about local priorities"³³. While the Localism Act 2011 steps back from a policy based upon rate capping, the Act in other ways re-enforces the powers of central government as an agency for establishing control of expenditure at local government level. The capacity for municipal governance to express itself as a purveyor of the Big Society vision rings hollow faced with the prospect of central government intervention to keep local authorities within expenditure limits.

The Localism Act provides that referendums may be used as a means of controlling expenditure by the Secretary of State for Communities and Local Government³⁴. Local authorities are placed under a statutory duty to determine whether the council tax they propose to levy is excessive according to criteria set by central government. The referendum requirement arises where an authority sets an amount of council tax beyond that approved by the Secretary of State. Under the new procedure before the referendum is held the authority is required to calculate an alternative budget which complies with the criteria set

(32) I. Leigh, *Law, Politics and Democracy*, Oxford: Oxford University Press, 2000, 113.

(33) Professor George Jones: <http://blogs.lse.ac.uk/politicsandpolicy/2011/03/11/localism-bill-and-centralism>.

(34) Localism Act 2011, Schedule 5, 52ZB.

by the Secretary of State. If the result of the referendum favours the council concerned the original “excessive” budget will be introduced. On the other hand, if the council’s favoured budget is not approved by the local electorate in the referendum the substitute budget will take effect in its place³⁵. If instructed to do so the council must make arrangements to hold a referendum. The crucial point is that it is the Secretary of State who is empowered to set the parameters for determining whether a proposed increase in council tax is deemed to be excessive. In effect, the referendum requirement is triggered by the judgment of the Secretary of State³⁶. Although a radically different system has been adopted under the Localism Act, another method of control is in place which attempts to keep the purse strings in the hands of the minister and therefore still gives local authorities very limited financial autonomy.

Structural Reform: Referendums for Directly Elected Mayors

Next we turn to the proposals to transform the governance arrangements in cities through the introduction of elected Mayors. The Secretary of State for Communities and Local Government is granted powers under the Localism Act to trigger referendums in regard to local governance arrangements. This power has since been used to compel England’s biggest cities to hold referendums on adopting a revised system of governance based upon a directly elected Mayor and Cabinet model³⁷. Where these referendums turn out in favour of a Mayor the governing structure of the authority in question is modified accordingly. The imposition of referendums on all the main English cities can be contrasted with the more laid back approach taken by

(35) Localism Act 2011, Schedule 5, 52 ZH.

(36) Localism Act 2011, s72 and Schedule 5, 52ZC.

(37) This requirement would have applied to the 12 biggest cities but Leicester elected its first mayor in May 2011 and Liverpool City Council pre-empted the holding of a referendum when the council voted overwhelmingly to opt for a directly elected Mayor in February 2012. Council Leader Joe Anderson was able to secure a package of £130 million for the city, including greater control over housing, skills and economic development with new low tax enterprise zones. See “Elected mayor to run Liverpool”, *Financial Times*, February 8, 2012.

the New Labour Blair Government more than a decade earlier which also responded to what it too regarded as a crisis in local government with revised arrangement for the structure of councils³⁸. Under the Local Government Act (LGA) 2000 councils were required to modify their internal procedures in line with one of four models³⁹. After passing such an important piece of legislation the Labour government was criticised for not giving a strong lead in favour of any of the systems it proposed⁴⁰. Although under the LGA 2000 the *status quo* was not an option for councils in England and Wales, with local authorities under an obligation to change to one of the revised alternatives⁴¹, the method of consultation was not specified in the legislation and this led to disparities in the process⁴². Some authorities held referendums⁴³. Others simply sent out questionnaires to the electorate. The response rate in certain cases was farcical, with only 1% of households returning forms in Liverpool, but in Birmingham a more respectable 31% of households replied. The patchy response a decade earlier illustrated the difficulty in gaining credibility for a revised system⁴⁴.

(38) See e.g., White Paper, *Modern Local Government: In Touch with the People*, 1998 (Cm 4014).

(39) See Local Government Act 2000 sections 11 and 12 which set out four forms the executive can take: (a) cabinet with leader; (b) directly elected mayor with cabinet; (c) directly elected mayor and council manager; (d) streamlined committee system which can be adopted by any district council with a population below 85,000.

(40) See P. Hetherington, Ruction in the Town Halls, *The Guardian*, 31/10/01.

(41) The LGA 2000 required the introduction of local constitutions detailing the operational framework for each local authority. S.37(1) states that local authorities must prepare and keep an up to date document which contains a copy of the authority's standing orders and code of conduct. This must be made available to the public.

(42) See Local Government Act 2000 sections 34-36. Guidance notes simply refer to dialogue between a local authority and the community which it serves and further guidance refers to many different methods of collecting/measuring public opinion.

(43) Section 34 of the Local Government Act 2000 permits the minister to make regulations to allow a referendum. According to these rules this must be held following the presentation of a petition demanding one.

(44) The common response over this consultation has been summed up as a combination of "reticence and confusion". One problem is being able to clearly convey the relative merits of the systems on offer. See L. Pratchett, *Local Government: From Modernisation to Consolidation*, *Parliamentary Affairs*, 2002, 331-346 at 334.

On the 3rd May 2012 referendums were held in ten of England's largest cities. The question asked was: "How would you like your council to be run? By a Leader who is an elected councillor chosen by other elected councillors. This is how the council is run now or by a Mayor who is elected by the voters". Bristol voted 53.3 to 46.7 in favour of having a Mayor. Birmingham, Bradford, Coventry, Leeds, Manchester, Newcastle-upon-Tyne, Nottingham, Sheffield and Wakefield voted to keep their present system⁴⁵. It will be apparent that the cabinet with leader option has been most favoured as well as being the one operating in most of the largest cities in England outside of London. However, Liverpool, Leicester and Bristol are major cities now having elected mayors. The decisive rejection of Mayors in so many other cities was humiliating for the coalition government which had insisted on these referendums and it has led to an even more varied approach to governance in the largest metropolitan areas.

The leader elected by other councillors was nearest to the system already in place throughout the UK before the 2000 reforms and it is the system still most favoured by elected councillors. The important feature that this cabinet with leader option has in common with the previous arrangement is that the leader still depended on the support of the council to sustain his/her position and thus the leader is unlikely to follow policies which were not approved by the council. If we take the city of Manchester as a typical example of a post-reform council, we find that it has been run by an executive board of 10 members (cabinet) which provides corporate direction, develops and co-ordinates budgets and monitors overall performance. The executive consists of the leader, both deputy leaders and seven executive members each with a special responsibility for a particular policy area⁴⁶. The Executive is then responsible for implementing the budgetary and policy framework and has full authority to act, which means that most of its decisions do not need approval by the council. There

(45) www.bbc.co.uk/news/uk-england-17854687.

(46) These policy briefs are: culture and leisure, education, environment, finance and human resources, health and social care, housing and planning and transport.

were several novel features. For instance, the executive was not any longer a committee of the council. It could be formed from a single political party or comprised as a multi-party body. Meetings of the executive could take a greater number of decisions which did not require ratification by the council and there were a number of ways in which responsibilities could be delegated to individuals and officials. This could include individual decision-making powers⁴⁷. The point being that the LGA 2000 was concerned to streamline decision-making by providing more effective management and stronger leadership. Although there was a choice from a range of political structures, it gave councils a clear executive which was responsible for taking the majority of decisions, within a framework decided by the full council but which was made more accountable. Although a new form of executive had been designed to replace the system of decision-making by council committees, regulatory committees, which reflect the political membership of the council, continued to fulfil the quasi-judicial decisions, in relation to the planning and licensing functions of local authorities. The effect has been to create a new decision-making framework in which there is a separation of decision-making and scrutiny of decisions by new committees.

The motivation for this ministerial intervention for referendums to be held in major cities was, in part, influenced by the successful introduction of a Mayor and Assembly for London. The Greater London Authority Act has been a successful innovation. It established two elected institutions. A directly elected Mayor and an Assembly representing 14 constituencies and 11 London-wide seats chosen under the additional member system of election. The Mayor has a high profile as the politician in charge of London with responsibility for among other things transport, the Metropolitan Police, London Fire and Emergency Planning. The Mayor prepares strategies relating to the policy areas

(47) I. Wilson, *Reflections on Modernisation, Local Governance*, 2002, Vol. 28, No 2, 155-161. It is pointed out at p.159ff that this division of roles between councillors with decision-making powers and the remainder on committees means that decisions are taken by very few and debate has become much more limited. As a result of this lack of power most councillors are in danger of feeling marginalised.

but under the legislation he is made directly accountable to the elected Assembly. Up until 2012 the directly elected mayor with cabinet model, with similarities to that introduced in London, had been chosen in fourteen towns but no big city had selected this option⁴⁸. As we just noted the most obvious difference from the leader with cabinet system is that the mayor and the council are elected separately. This feature gives the mayor a direct mandate for local policies and the council's main function is then to hold the mayor to account for these policies. After the election the mayor is in a strong position and is able to appoint a cabinet of between two and ten councillors. This model has parallels with systems that operate in some cities in the USA with less than 25,000 inhabitants⁴⁹. The idea is that the mayor who is elected on a manifesto will act as the political leader while the manager takes responsibility for the day-to-day operational decisions. Although this method is regarded as an effective form of decision-making, experience in the United States indicates that the city manager can end up playing the active role in the policy making process and therefore become the most visible and dominant figure. The image of a civic entrepreneur actively promoting the interests of constituents lies behind the introduction of this more streamlined approach⁵⁰. The civic entrepreneur model has obvious drawbacks. It not only introduces the personalisation of politics⁵¹, but another problem is that giving powers to mayors and council managers runs the risk of marginalising the democratic process because it reduces the involvement of the other elected representatives. In Middlesbrough,

(48) By May 2002 the electorate of 10 medium-sized councils had voted in favour of the mayor with cabinet option: Bedford, Doncaster, Hackney, Hartlepool, Lewisham, Mansfield, Middlesbrough, Newham, North Tyneside and Watford.

(49) See H. Wolman and M. Goldsmith, *Urban Politics and Policy: A Comparative Approach*, Oxford, Blackwell, 1992, 148.

(50) A. Rawnsley, *Servants of the People: the Inside Story of New Labour*, London, Penguin, 2001, at p.342 suggests that in spite of opposition from the cabinet the inclusion of mayors as an option was a direct consequence of the Prime Minister's personal enthusiasm for a dynamic American style model of city government.

(51) J. Brooks, *Labour's Modernisation of Local Government, Public Administration*, Vol. 78, No 3 (2000), 593-612 at 602.

for example, the elected mayor has run the council with an executive (i.e. cabinet) of nine counsellors⁵². The role of the board (cabinet) is described as being to make and direct the council's policy. This might appear to put the mayor in a dominant position in which she/he is more easily able to implement her/his programme and thus promote the cause of speedier and more efficient decision-making. While this was the stated objective that lay behind the Blair reform project departmental guidance from central government undermined this very feature by making "key" decisions subject to an elaborate process of pre-decision consultation with relevant stakeholders⁵³.

In leaning towards elected mayors for large cities the influence of the United States and the system in places in continental cities such as Paris has also been a factor. The image of dynamic civic leadership in the USA has been associated with the tenure ship of well known individuals. One such example is Mayor Giuliani who during his period at the helm in New York was credited with turning the fortunes of the city around through his commitment to high profile policies, e.g. zero tolerance in the fight to tackle the high level of street crime. However, this is by no means typical, and to take another high profile example, the record of corruption and incompetence of Marion Barry in Washington DC during 1980's and 1990's which caused the city finances to collapse leading to the federal government taking over can be cited in stark contrast. Further, mayors in the USA cannot be simply characterised as strong and weak, rather their institutional position in relation to the electorate, budget and council tends to vary enormously and the tendency is for them to be weaker rather than stronger. In fact closer analysis reveals that the situation in the United States is not an easy example for the UK to follow because the importation of this formula fails to take account of fundamental differences in politi-

(52) www.middlesbrough.gov.uk/ccm/navigation/council--government-and-democracy/mayor-and-political-structures.

(53) S. Leach and D. Norris, Elected Mayors in England: A Contribution to the Debate, *Public Policy and Administration*, 2002, Vol. 17, No 1, 21-38 at 25 and see DETR (2001), Local Government Act 2000; Consultative Draft of Proposed Guidance and Regulations on New Constitutions for Councils.

cal culture. Political parties and not individuals are associated with developing policy in the United Kingdom. Individuals seeking to be adopted for mayor are likely to depend on endorsement by one of the major parties. Once selected and then elected on a party programme there will be a strong pressure on a mayor to deliver manifesto commitments, failure to do so would give rise to a risk of non re-selection by the party⁵⁴. However, despite problems with translating the idea, it has been recognised that a mayor might be able to assume a more effective political role under such a system⁵⁵.

The imposition of referendums in the largest English cities at the behest of the Secretary of State for Communities should not only be regarded as a top-down interventionist policy by central government but also as an assault on the type of party politics that have underpinned local government. The LGA 2000 was concerned to streamline decision-making by providing more effective management and stronger leadership. It sets out a choice from a range of political structures in order to give councils a clear executive, which would be responsible for taking the majority of decisions, within a framework decided by the full council but which was made more accountable. By way of comparison a trend towards elected Mayors runs the risk of replacing the familiar ideologically grounded party politics of local government with political manifestoes and campaigns built around the cult of individual politicians.

Conclusion

The Communities Parliamentary Select Committee was in no doubt that the government must reign in its interventionist instincts for the new approach to be effective and it concluded that a constitutional

(54) Leach and Norris, 2002 above at p.34/35.

(55) A dominant mayor has been characteristic of many cities in the USA but often the mayor has to share powers with other individually elected officials rather than a separately elected council. The mayor does not appoint from another elected body as is the case under the model proposed under the Local Government Act. See H Wolman and M. Goldsmith, *Urban Politics and Policy: A Comparative Approach*, Oxford, Blackwell, 1992, 147.

solution is required: "The explanations of localism and decentralisation that the Government has thus far provided invoke very diffuse aims from which it is difficult to construct a coherent picture of the end goal. There is little clarity about who will ultimately be responsible for what. Increasing the influence of local decision-making is bound to result in some unpredictable outcomes, but we recommend that the Government undertake to provide a more detailed explanation of the framework within which it envisages such changes taking place and the limits that will be set to central intervention. A constitutional settlement, overseen by a joint committee, could provide such a framework, at least insofar as it relates to the role of local government"⁵⁶. The Localism Act 2011 received its Royal assent at the end of 2011 and most of its provisions have only recently come into force. In consequence, it is much too early to pass anything but a provisional judgment on this piece of flagship legislation from the Coalition Government. In reaching its diagnosis the government was able to identify a deep-rooted scepticism with the traditional forms of local government which is reflected in the lamentable turnout at election times. At first encounter the idea of people power associated with the Big Society has a seductive attraction to it. Of course, in one sense it is a truism to claim that individuals are keen to be much more directly in control of their own destiny, but will the redistribution of power to local communities really happen? Not only is community motivation to take over welfare unlikely to be activated on a nationwide basis under the new act, but the absence of additional revenue raising powers, and therefore the lack of correlation between tax and spend at local level, tends to undermine the claim to be genuinely devolving power downwards. The question is not only whether this legislation will act as a credible vehicle to deliver a more devolved system, but rather whether the threat posed by fragmentation will undermine the strength and coherence of the entire institution of local government in the current hostile environment of public expenditure cuts. The

(56) *"Localism" Communities and Local Government Committee*, Third Report of Session 2010-12, 7 June 2011, HC 547, Para 24.

ubiquitous resort to populism available through referendums under the Act potentially threatens the role of elected politicians at local level by taking decision-making out of their hands. However, referendums are likely to be of marginal significance given their cost and the organisational obstacles involved in holding them.

Sviluppi e tendenze del federalismo in Germania: differenza territoriale e perequazione finanziaria (*)

Alexandre Grasse

Abstract

All'inizio degli anni '90 si è fatta sempre più insistente la critica al sistema federale della Germania. I principali elementi oggetto di dibattito concernano: la scarsa forza innovativa, la mancanza di autonomia legislativa dei Länder ed il deficit democratico dovuto allo spostamento delle competenze decisionali dei parlamenti dei Länder al Bundesrat; una eccessiva centralizzazione e burocratizzazione; un'insufficiente accountability, in seguito a un troppo grande intreccio di competenze e ad errate allocazioni dovute alla forte perequazione finanziaria interregionale. Con le riforme del sistema perequativo del 2001 e 2005 e con le riforme costituzionali del 2006 e del 2009 si è cercato di tenere conto di queste critiche. Il retroscena di tutte le riforme consisteva nell'idea – più o meno esplicita – del federalismo competitivo con più autonomia territoriale e differenziazione. L'autore analizza le disparità economiche e finanziarie tra i Länder tedeschi e gli effetti (re)distributivi del sistema perequativo. Su questa base viene evidenziato quanta competizione e concorrenza si riscontrano di fatto nel federalismo tedesco e quale misura di disuguaglianza esso è in grado di sopportare. Si arriva alla conclusione che competizione e differenza territoriale sono aumentate e sono destinate ad aumentare ulteriormente. E tuttavia, il sistema federale tedesco non ha finora abbandonato la sua linea generale di sviluppo: cooperativo e solidale.

(*) Per il sostegno nella ricerca e per l'elaborazione dei dati ringrazio qui molto cordialmente i miei collaboratori Jan Labitzke e Julia Kiesow.

1. Le disparità economiche fra i Länder tedeschi e le linee generali della perequazione finanziaria

In base alla differente capacità economica delle Regioni, presente in quasi tutti i sistemi federali, che a sua volta produce gettiti fiscali fortemente diversificati, risulta quasi sempre irrinunciabile una redistribuzione finanziaria. Questa avviene non da ultimo per evitare tensioni sociali e movimenti migratori troppo forti all'interno del territorio statale federale.

In questo contesto in Germania le differenze economiche, e con ciò anche quelle di politica finanziaria, non sono affatto irrilevanti, per quanto di gran lunga inferiori a quanto avviene in alcuni altri sistemi federali come ad esempio in Canada, Belgio o Spagna. Nel sistema di perequazione finanziaria si rispecchia come in nessun'altra componente il "Principio dello Stato federale" (*foedus*), vale a dire il "patto" fra unità territoriali, ovvero società, e con esso l'idea di solidarietà.

Fra i *Länder* più forti sul piano economico, in base al PIL *pro capite*, si annoverano i *Länder* territoriali dell'Assia, della Baviera e del Baden-Wuerttemberg così come le "città-stato" (*Stadtstaaten*) di Amburgo e Brema. I *Länder* più deboli sul piano economico si trovano senza alcuna eccezione nella parte orientale della Germania (v. fig. 1).

Il sistema tedesco di perequazione finanziaria fra i *Länder* ha il compito di riequilibrare le differenze di capacità finanziaria risultanti dalla distribuzione fiscale, in misura tale che anche i *Länder* finanziariamente deboli siano messi nella condizione di ottemperare ai compiti loro attribuiti dal dettato costituzionale¹.

In fondo nella perequazione finanziaria orizzontale si trovano però a confliggere due principi: da un lato il "principio del gettito locale", cioè la necessità di una relazione fra le entrate raggiunte in un *Land* tramite le imposte e le spese pubbliche operate a favore delle città-dine e dei cittadini, e dall'altro il già citato "principio di solidarietà".

(1) Su struttura, competenze e politiche dei *Länder* cfr. M. MÜLLER, R. STURM, *Wirtschaftspolitik kompakt*, Wiesbaden, Vs Verlag, 2010; A. HILDEBRANDT, F. WOLF (a cura di), *Die Politik der Bundesländer. Staatstätigkeit im Vergleich*, Wiesbaden, Vs Verlag, 2008; H.-G. WEHLING (a cura di), *Die deutschen Länder. Geschichte, Politik, Wirtschaft*, Opladen, Leske+Budrich, 2004.

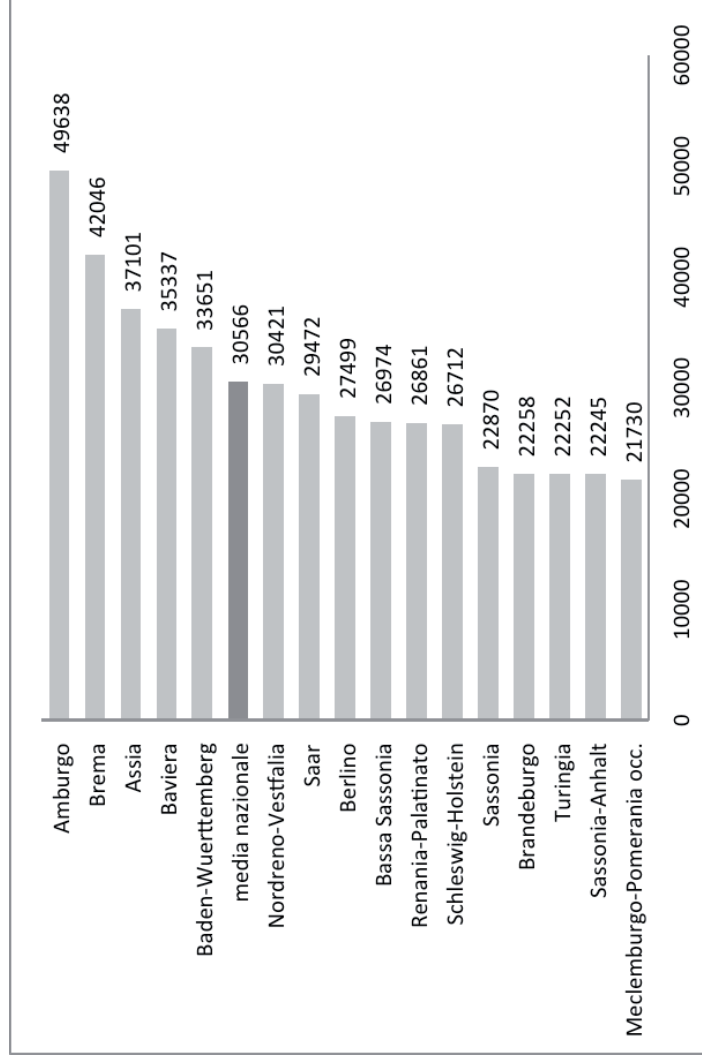


Fig. 1. Il divario della capacità economica regionale – il PIL pro capite a confronto (2010, euro)

Fonte: Uffici statistici dello Stato federale e dei Länder / Statistische Ämter des Bundes und der Länder 2011 (www.statistikportal.de); grafico Grasse.

Con ciò va detto che i regolamenti di perequazione finanziaria non sono, come risaputo, dei sistemi rigidi. Come anche le competenze legislative e amministrative, essi sottostanno piuttosto a un certo dinamismo nella dialettica di unitarietà e diversità e sono il risultato della discussione pubblica, condotta nella società federale su tale questione. Per la Germania si può constatare che, dalla fondazione della Repubblica federale nel 1949 fino a metà degli anni '90 dello scorso secolo, la priorità è stata attribuita al momento della unitarietà rispetto a quello della differenza ovvero della pluralità². In seguito alle riforme costituzionali, realizzate nel 1994 in conseguenza della riunificazione tedesca, tuttavia il principio dell'obbligo costituzionale (art. 72 Legge Fondamentale) alla "realizzazione di omogenee condizioni di vita" venne ridotta alla misura di "condizioni di vita equivalenti sul territorio federale". Al contempo i *Länder* orientali e Berlino vennero inseriti in maniera completa e paritaria nel sistema valido per l'intera Germania di perequazione finanziaria fra i *Länder*. Fino al 1995 i nuovi *Länder* orientali e Berlino avevano percepito le loro allocazioni tramite il "Fondo per l'Unità Tedesca".

In Germania la riforma costituzionale del 1994 rappresenta senza ombra di dubbio una cesura. Dopo decenni di sviluppo centripeto, vale a dire di sempre più forte unificazione, da molte istanze attive nei processi decisionali di politica, economia e media venne richiesta non soltanto maggiore differenziazione e competizione fra i *Länder* federali, ma apparve di colpo sostenibile anche una discussione su una misura maggiore di diseguaglianza sociale. L'ex Presidente della Repubblica federale, Horst Köhler, nel settembre del 2004 provocò un'aspra controversia quando in un'intervista (alla rivista *Focus*) si esprime con le seguenti parole: "Sussistevano e sussistono [...] ormai dappertutto nella Repubblica grandi differenze nelle condizioni di vita. Si va da nord a sud e da ovest a est. Chi vuole appianarle, ingessa di fatto lo stato sociale delle sovvenzioni e aggrava la giovane

(2) Cfr. R. STURM, *Der Föderalismus im Wandel. Kontinuitätslinien und Reformbedarf*, in E. JESSE, E.-K. LÖW (a cura di), *50 Jahre Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, pp. 81-99.

generazione di un carico di debiti insostenibile”³. Il 3 ottobre 2005, in occasione del 15° anniversario della riunificazione tedesca, ripeté questa posizione e mise in guardia da false aspettative su identiche condizioni di vita in Germania⁴. Per questa valutazione raccolse sia approvazione sia aspre critiche.

È un dato di fatto che lo Stato tedesco dispone di sempre minori spazi d'azione nella redistribuzione. Le cause sono legate all'ulteriore riduzione dei tassi di crescita negli ultimi due decenni nonché alle massicce perdite di gettiti fiscali risultanti dalla riduzione delle imposte, a fronte di un contemporaneo aumento del fabbisogno finanziario dei bilanci pubblici e di alti oneri finanziari derivanti dalla riunificazione (v. fig. 2).

Dalla situazione confortevole degli anni '50 e '60 del Novecento, quando le differenze fra gli allora 11 *Länder* occidentali erano minori e grazie all'alta crescita economica era possibile redistribuire senza alcun problema, dopo la riunificazione si è sviluppata una situazione che non solo evidenzia maggiori disparità regionali, ma che produce vincitori e perdenti nella battaglia per la redistribuzione. In altre parole: da una politica distributiva (grazie a forti crescite nel PIL) si è passati a una politica re-distributiva e a un corrispondente aumento nel numero dei conflitti.

Il sistema di perequazione finanziaria fra i *Länder* ad alto e quelli a basso reddito è regolato dalla Legge Fondamentale solo in linea di principio. La configurazione concreta è di competenza del legislatore. Per mezzo di una legge federale (la cosiddetta “legge per la perequazione finanziaria” / *Finanzausgleichsgesetz-FAG*), che è sottoposta anche all'approvazione da parte del *Bundesrat*, deve essere assicurata un'adeguata compensazione. L'art. 107, comma 2 della Legge Fondamentale recita come segue:

(3) Cfr. BUNDESPRÄSIDENT HORST KÖHLER, *Jeder ist gefordert*, Intervista, Berlino, 13 settembre 2004 [www.bundespraesident.de/SharedDocs/Reden/DE/Horst-Koehler/Interviews/2004/20040913_Reede.html].

(4) Cfr. l'intervento del Presidente della Repubblica federale, Horst Köhler, per il quotidiano *Schweriner Volkszeitung* del 1° ottobre 2005.

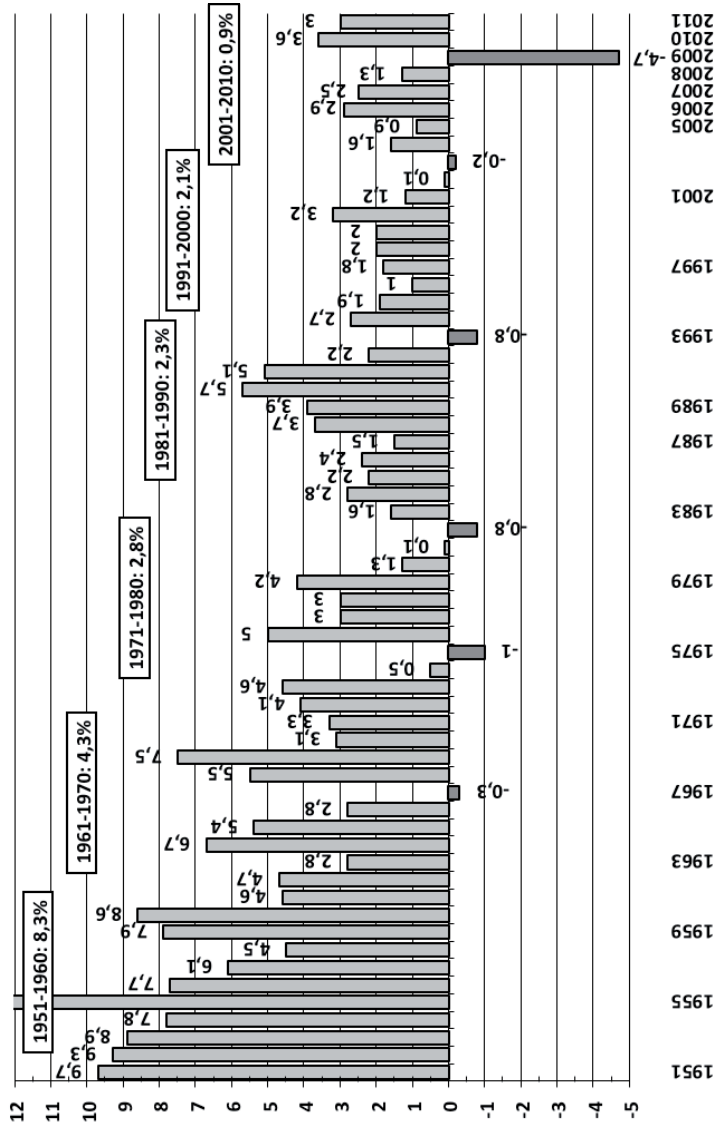


Fig. 2. Tasso di crescita annua in Germania 1951-2011 (PIL reale)

Fonte: Ufficio Federale di Statistica / Statistisches Bundesamt; a partire dal 1992: Germania unificata; 1961-1991: Germania ovest; 1951-1960: senza i Länder Saar e Berlino; grafico Grasse.

La legge deve garantire un'adeguata compensazione delle differenti capacità finanziarie dei *Länder*; al riguardo deve tenersi conto delle capacità finanziarie e del relativo fabbisogno dei Comuni (o Consorzi di questi ultimi). I presupposti per i diritti a compensazione dei *Länder* che vi hanno titolo e per i corrispondenti obblighi a carico dei *Länder* tenuti a provvedere ai conguagli, come pure i criteri per determinare l'entità delle compensazioni da effettuare, sono stabiliti dalla legge. Quest'ultima può altresì disporre che lo Stato federale assegni ai *Länder* con ridotta capacità finanziaria fondi derivanti da risorse proprie, al fine di integrare la copertura del loro fabbisogno finanziario generale (fondi integrativi).

Con ciò la questione della perequazione finanziaria è in prima istanza di natura politica e come tale viene anche considerata. L'ammontare dei pagamenti per la compensazione è stato fin dall'inizio un argomento di contesa fra i *Länder* poiché le valutazioni sulla questione di che cosa sia effettivamente "adeguato" risultavano comprensibilmente molto distanti.

Nei primi anni della Repubblica federale di Germania la capacità finanziaria dei *Länder* più poveri venne innalzata solo al 75% per abitante della media fra i *Länder* e non esisteva una quota minima garantita. L'inadeguato approvvigionamento finanziario risultante dall'insufficiente perequazione finanziaria orizzontale, cioè da quella interregionale di singoli *Länder*, produsse notevoli tensioni fra di essi. La riforma finanziaria del 1955 ha quindi garantito alla compensazione orizzontale basi più solide e durature, promulgando una legge di perequazione finanziaria a tempo indeterminato e provvedendo a innalzare la capacità finanziaria dei *Länder* più poveri ad almeno l'88,75% della media per abitante. Sulla scia delle riforme attuate nel 1969 dalla prima Grande Coalizione (formata dall'Unione cristiano-democratica di Germania-CDU e dal Partito socialdemocratico tedesco-SPD) si assistette poi a un innalzamento al 95%. Nel 1970 inoltre i *Länder* furono in grado di trasformare in regola il passo del citato art. 107 della Legge Fondamentale sulle allocazioni integrative federali, che fino a quel momento erano state semmai l'eccezione (ex art. 106, comma 3), ottenendo così un irrobustimento della loro capacità finanziaria. Con ciò si era innescato un netto meccanismo di sposta-

mento dalla perequazione finanziaria orizzontale (fra i *Länder*) alle prestazioni verticali del *Bund* (Stato centrale).

Fino al 1995 le allocazioni integrative federali annuali crebbero da 100 milioni di marchi (circa 51 milioni di euro) nel 1970 a oltre 25 miliardi di marchi (circa 12,8 miliardi di euro); in tutto ciò un ruolo importante è stato svolto dalla riunificazione tedesca. Va però detto anche che la vera e propria perequazione finanziaria orizzontale è aumentata drasticamente nello stesso periodo (1970-1995) passando da 1,2 miliardi di marchi (circa 613 milioni di euro) a 11,2 miliardi di marchi (5,7 miliardi di euro) annuali. Con il 1995, allorché i cinque nuovi *Länder*, cioè quelli della Germania orientale, vennero inseriti completamente nel sistema di compensazione, ai *Länder* aventi diritto alla compensazione venne garantita una quota minima corrispondente a fino al 98,5% della media; i *Länder* dovevano provvedere, tramite il trasferimento orizzontale, di un adeguamento corrispondente al 91-96%, mentre la restante differenza – fino al 98,5% – doveva essere integrata dalla perequazione verticale, vale a dire con mezzi del *Bund*. Prima della riunificazione la Repubblica federale tedesca aveva raggiunto un grado di omogeneità nell'erogazione di beni pubblici che solo pochi Stati unitari e centralistici sono in grado di esibire. Con ciò tuttavia si erano prodotti due gravi problemi: in primo luogo con il processo descritto si sviluppò in parallelo una concentrazione degli oneri della perequazione finanziaria su un numero sempre minore di *Länder*, cioè in sostanza su tre: Baviera, Baden-Wuerttemberg e Assia. Il Nordreno-Vestfalia, che a lungo aveva fatto parte dei *Länder* donatori, nel 2008 divenne per la prima volta *Land* beneficiario. In secondo luogo non vennero rimosse le cause che rendevano necessaria la perequazione finanziaria, cioè il differente livello di produttività economica. Infatti dalla fondazione della Repubblica federale di Germania solo il *Land* della Baviera (con l'ausilio per diversi decenni di trasferimenti ottenuti dalla perequazione finanziaria fra i *Länder*), è riuscito ad avanzare dalla fine degli anni '80 da *Land* beneficiario a *Land* donatore⁵. Nella figura 3 è riportata la situazione attuale, con evidenziate le differenze tra *Länder* beneficiari e *Länder* donatori.

(5) Cfr. MINISTERO FEDERALE DELLE FINANZE / BUNDESMINISTERIUM DER FINANZEN, *Ausgleich-*

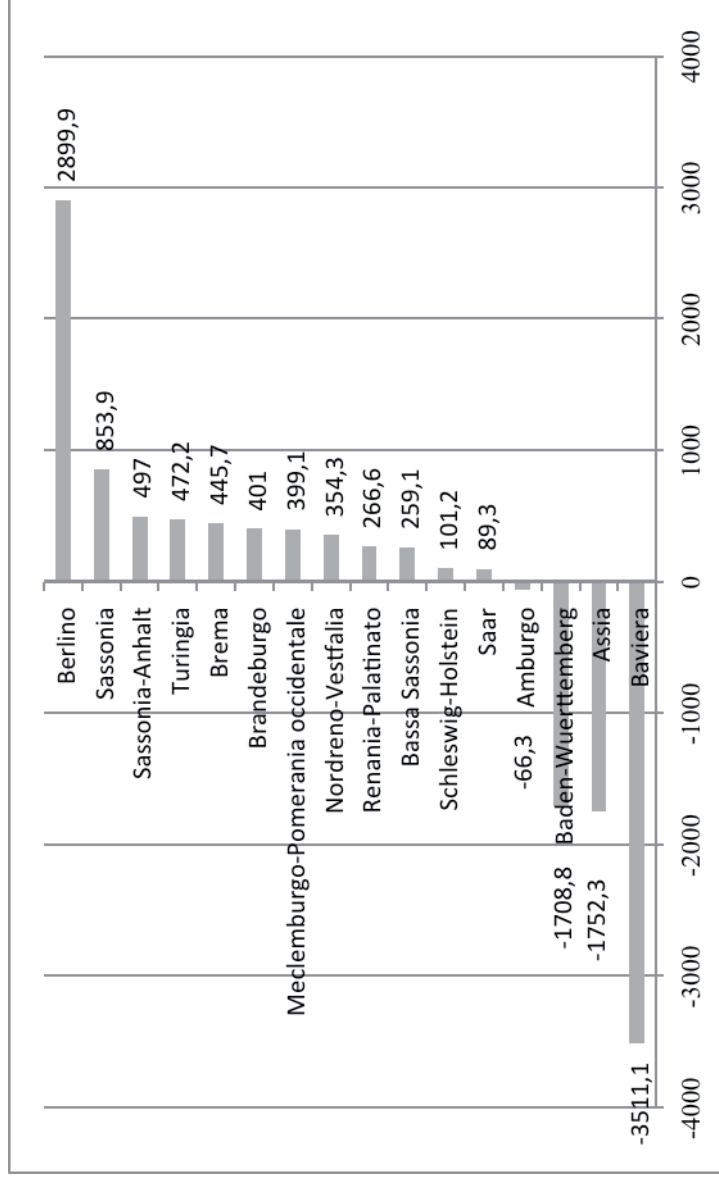


Fig. 3. La perequazione orizzontale in Germania: Länder donatori e beneficiari a confronto (2010, milioni di euro)

Fonte: Ministero Federale delle Finanze / Bundesministerium der Finanzen 2011; grafico Grasse.

2. La controversia degli anni '90 e le riforme dopo la sentenza della Corte costituzionale dell'11 novembre 1999

Il sistema perequativo dopo la riunificazione della Germania si basava sulla “legge per la perequazione finanziaria” (FAG) del 1993. A partire dal 1997, tuttavia, crebbe sempre più il malumore dei *Länder* donatori rispetto al livellamento della capacità finanziaria dei *Länder* e al volume dei trasferimenti orizzontali, vale a dire tra i *Länder* stessi. La legge per la perequazione, dunque, venne messa in dubbio. Non essendo stato possibile un accordo sul piano politico fra *Länder* donatori e beneficiari, la controversia (su sollecitazione della Baviera, del Baden-Wuerttemberg e dell'Assia) finì nell'estate del 1998 davanti alla Corte costituzionale federale. L'Assia reputò anticonstituzionale il fatto che l'ordine gerarchico dei *Länder* relativamente alla capacità finanziaria (in termini di spesa *pro capite*) con il sistema perequativo in vigore venisse modificato, addirittura ribaltato; il termine tecnico per quanto esposto recita: “sovralivellamento” (*Übernivellierung*). L'Assia ad esempio, che nel 1998, prima dell'inizio dei trasferimenti, in quanto *Land* più forte economicamente, si trovava ancora al primo posto per quanto riguardava la sua capacità di spesa *pro capite*, dopo la perequazione si trovò di colpo al nono⁶.

In seguito alla sentenza della Corte costituzionale federale dell'11 novembre 1999 la legge, fino ad allora vigente, della perequazione finanziaria del 1993 dovette essere riformata. Fra le altre venne infatti dichiarata inammissibile una modifica dell'ordine della capacità finanziaria fra i *Länder* risultante dalla perequazione finanziaria fra i *Länder* stessi.

Gli adeguamenti giuridici corrispondenti avvennero in primo luogo tramite l'approvazione della cosiddetta “legge sui criteri” (*Maßstäbege-*

sbeiträge und Ausgleichszuweisungen der einzelnen Länder im Länderfinanzausgleich, Berlin, 2012 [www.bundesfinanzministerium.de/nr_4480/DE/BMF__Startseite/Service/Downloads/Abt__V/Ausgleichsbetr_C3_A4ge_20und_20Ausgleichszuweisungen_20im_20L_C3_A4nderfinanzausgleich_20in_20den_20Jahren_201950_20bis_201994,templateId=raw,property=publicationFile.pdf].

(6) Per una spiegazione dettagliata dei meccanismi tecnici del sistema perequativo e delle cause del cambiamento dell'ordine gerarchico, rispetto alla capacità di spesa *pro capite* dei singoli *Länder*, cfr. il seguente paragrafo 3.

setz) il 13 luglio 2001. La Corte costituzionale aveva ribadito la necessità di una legge con la quale venissero fissati dei criteri oggettivi per la perequazione finanziaria. Con ciò dovevano essere prese decisioni verificabili e trasparenti sull'esistente fabbisogno di compensazione fra i *Länder* nonché garantiti i trasferimenti finanziari corrispondenti. Negli anni '80, infatti, singoli *Länder* erano risultati ripetutamente avvantaggiati in maniera ingiustificata. Così, ad esempio, diversi *Länder* governati dalla CDU (fra questi la Bassa Sassonia) avevano ricevuto dal governo CDU-FDP di Helmut Kohl allocazioni aggiuntive federali, che erano state invece negate ai *Länder* governati dalla SPD.

In secondo luogo vennero intraprese delle riforme della legge sulla perequazione finanziaria (FAG) sulla base della sentenza della Corte costituzionale. La FAG entrò in vigore in forma emendata il 1° gennaio del 2005. In seguito alla riforma i *Länder* donatori possono nel frattempo trattenere una notevole parte dei loro gettiti fiscali che si collocano sopra la media. Il prelievo medio delle "eccedenze" dei *Länder* donatori venne limitato al 72,5%, il che dovrebbe offrire un maggiore stimolo ad efficaci attività economiche nei *Länder* donatori. Inoltre la perequazione finanziaria divenne più stimolante (nel senso di una ricompensa per successi ottenuti in politica economica) in quanto venne introdotta come un modello premiale. Ne risulta che al *Land* resta il 12% del gettito fiscale collocato al di sopra della media nazionale, che quindi in linea di principio non viene tenuto in considerazione nella perequazione finanziaria fra i *Länder*.

Dopo la sentenza della Corte costituzionale del 1999 vale ora come "adeguato" un bilanciamento della capacità finanziaria per mezzo della perequazione finanziaria orizzontale fra i *Länder* fino al 95% della media dei *Länder*, pur nel senso del mantenimento di una necessaria distanza nella capacità finanziaria fra i *Länder* che versano e quelli che invece ricevono fondi dalla perequazione finanziaria. Grazie alla "legge sui criteri" e alla riforma della legge sulla perequazione finanziaria il sistema di perequazione finanziaria in Germania non è tuttavia diventato né più facile né più comprensibile per i cittadini. Nella sostanza non ha prodotto alcun ragguardevole cambiamento nel rapporto fra *Länder* donatori e beneficiari.

3. Distribuzione verticale e orizzontale nel federalismo tedesco. I meccanismi tecnici

La perequazione finanziaria avviene – semplificando molto – in tre passi (v. fig. 4).

In primo luogo avviene tramite la perequazione anticipata dell'imposta sul valore aggiunto. L'IVA spetta congiuntamente a *Bund* (53,9%), *Länder* (44,1%) e Comuni (2%). Il 75% della quota spettante ai *Länder* sull'imposta sul valore aggiunto (44,1%) viene distribuito in base al numero degli abitanti fra tutti i *Länder*. Il restante 25% della quota parte spettante ai *Länder* fluisce invece nelle casse dei *Länder* bisognosi, cioè di quelli le cui entrate fiscali complessive per abitante si trovano sotto la media di tutti i *Länder*. Con questa redistribuzione dell'IVA si produce già una notevole perequazione: le entrate fiscali, minori della media dei *Länder* fino al 97%, vengono reintegrate per il 95%. I *Länder* che si collocano fra il 97% e il 100% della media ricevono un contributo degressivo-lineare pari al 95-60% della differenza tra il 97% e il 100%.

In secondo luogo avviene tramite la perequazione finanziaria orizzontale, cioè fra i *Länder* (la vera e propria perequazione finanziaria interregionale). In questo caso viene calcolata innanzitutto la capacità finanziaria di ogni singolo *Land* per abitante, tenendo conto dell'ammontare di tutte le entrate, cioè della loro quota parte relativa all'imposta sul reddito delle persone fisiche, a quella sul reddito delle società, alle entrate derivanti da imposte del *Land* stesso, così come al 64% delle entrate comunali in ogni singolo *Land*.

La capacità finanziaria viene poi messa a confronto con un "fabbisogno finanziario virtuale". Le "città-stato" ad esempio possono contare su un fabbisogno superiore del 35% per abitante poiché erogano prestazioni per gli abitanti dei *Länder* territoriali circostanti. Un fabbisogno finanziario più elevato per abitante viene inoltre riconosciuto anche ai *Länder* scarsamente popolati di Meclemburgo-Pomerania occidentale (+5%), Brandeburgo (+3%) e Sassonia-Anhalt (+2%). Ne risulta che matematicamente la capacità di spesa per abitante per tutti questi *Länder* diminuisce. Ciò diventa importante perché il preciso ammontare delle compensazioni ottenute da un *Land* dipende dalla misura con cui la sua capacità finanziaria per abitante si trova al di

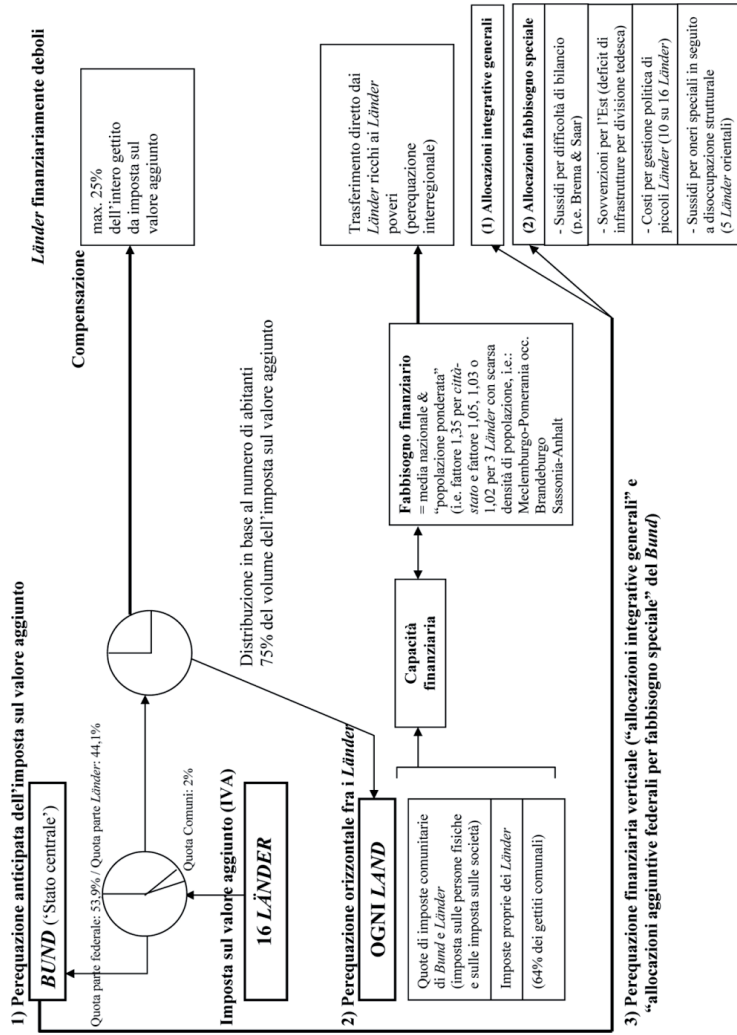


Fig. 4. La perequazione finanziaria in Germania in sintesi

Fonte: Grasse, presentazione propria.

sotto della media nazionale. L'obbligo di perequazione dei *Länder* più ricchi si calcola in base alla misura con cui la loro capacità finanziaria per abitante si colloca al di sopra della media nazionale. L'esito è che un *Land*, che ha raggiunto il 70% della capacità finanziaria media prima della perequazione finanziaria fra i *Länder*, viene elevato al 91% della media; con l'80% prima della perequazione finanziaria fra i *Länder* avviene un innalzamento al 93,5%; con il 90% al 96%. Al contrario un *Land* ricco con il 130% della media dopo la perequazione finanziaria fra i *Länder* si trova al 109%, con il 120% prima della perequazione finanziaria al 106,5% e con il 110% prima della perequazione finanziaria al 104% dopo la perequazione finanziaria. L'ordine gerarchico della capacità finanziaria dei *Länder* non viene modificato fino a questo punto del sistema di perequazione.

In terzo luogo avviene tramite la perequazione verticale, con il *Bund* che fa pervenire ai *Länder* più deboli ulteriori mezzi – in base a criteri differenti – sotto forma di allocazioni aggiuntive federali; qui tuttavia deve essere di nuovo differenziato fra “allocazioni aggiuntive federali generali” (per i *Länder* al di sotto del 99,5% della capacità finanziaria media, la differenza che rimane fino al 100% viene adeguata al 77,5%) da un lato e “fabbisogno speciale di allocazioni aggiuntive federali” (per *Länder* con particolari situazioni problematiche, come ad esempio oneri speciali derivanti dalla divisione della Germania⁷) dall'altro⁸. Le allocazioni aggiuntive federali generali servono a un ulteriore allineamento di tutti i *Länder* con capacità finanziaria inferiore alla media dei *Länder*. Invece le allocazioni aggiuntive federali per fabbisogno

(7) Queste allocazioni non hanno tuttavia una destinazione specifica, bensì i *Länder* possono decidere liberamente sull'impiego dei mezzi.

(8) Per una spiegazione più dettagliata del sistema federale di perequazione vedi anche fra gli altri S. KROPP, *Kooperativer Föderalismus und Politikverflechtung*, Wiesbaden, VS Verlag, 2010; S. KROPP, *Der föderale Finanzausgleich*, in O.W. GABRIEL, E. HOLTMANN (a cura di), *Handbuch Politisches System der Bundesrepublik Deutschland*, 3^a ed., München, Oldenbourg-Verlag, 2005, pp. 401-406; S. BAJOH, *Grundriss Staatliche Finanzpolitik*, Wiesbaden, Vs Verlag, 2007, pp. 115-128; in lingua inglese vedi BUNDESMINISTERIUM DER FINANZEN, *The Federal Financial Equalisation System in Germany*, Berlin 2012 [www.bundesfinanzministerium.de/nr_4480/DE/BMF_Startseite/Service/Downloads/Abt_V/The_20Federal_20Financial_20Equalisation_20System_20in_20Germany,templateId=raw,property=publicationFile.pdf].

speciale servono per il superamento di certe situazioni problematiche di singoli *Länder* e la loro necessità viene sottoposta a verifica ogni cinque anni. Le allocazioni aggiuntive federali per fabbisogno speciale vengono assegnate con queste modalità:

- come sovvenzione per situazioni emergenziali di bilancio (in passato ad esempio per Brema e per la Saar);
- come compensazione per “oneri speciali derivanti dalla divisione tedesca”, in particolare per l’eliminazione di *deficit* infrastrutturali ancora esistenti nei cinque *Länder* orientali;
- come compensazione per “costi della direzione politica dei piccoli *Länder*” (10 su 16);
- come compensazione per oneri speciali in seguito a disoccupazione strutturale consolidata nei cinque *Länder* orientali, comportante un’elevata spesa nell’indennità di disoccupazione.

4. Gli effetti redistributivi dopo le riforme del 2001 e del 2005 – un’analisi dei dati

Nonostante le riforme realizzate con l’introduzione della “legge sui criteri” (*Maßstäbengesetz*) del 2001 e con la nuova legge sulla perequazione finanziaria (FAG) del 2005, la perequazione finanziaria è rimasta un elemento di conflitto fra i *Länder* poiché gli effetti della redistribuzione sono, ora come prima, molto consistenti (v. fig. 5). Per quanto concerne la capacità finanziaria dei *Länder* dopo la perequazione sull’Iva e la perequazione finanziaria fra i *Länder*, incluse le allocazioni aggiuntive federali generali, risultano di fatto tre gruppi di *Länder* (v. figg. 5 e 6): al vertice si trovano le “città-stato” con la maggiore capacità finanziaria *pro capite*, seguono poi i *Länder* donatori, forti economicamente, della Germania meridionale (Baviera, Baden-Wuerttemberg e Assia) e per finire un terzo gruppo comprendente i restanti 10 *Länder* beneficiari, all’interno del quale va detto che per il momento non sussistono differenze sostanziali fra *Länder* orientali e occidentali. Ciò significa però anche che – considerando le allocazioni aggiuntive federali generali – fra i *Länder* donatori e le “città-stato” di Berlino e di Brema si produce già a un cambiamento nell’ordine gerarchico di capacità finanziaria, tanto che la differenza risultante appare fortemente significativa.

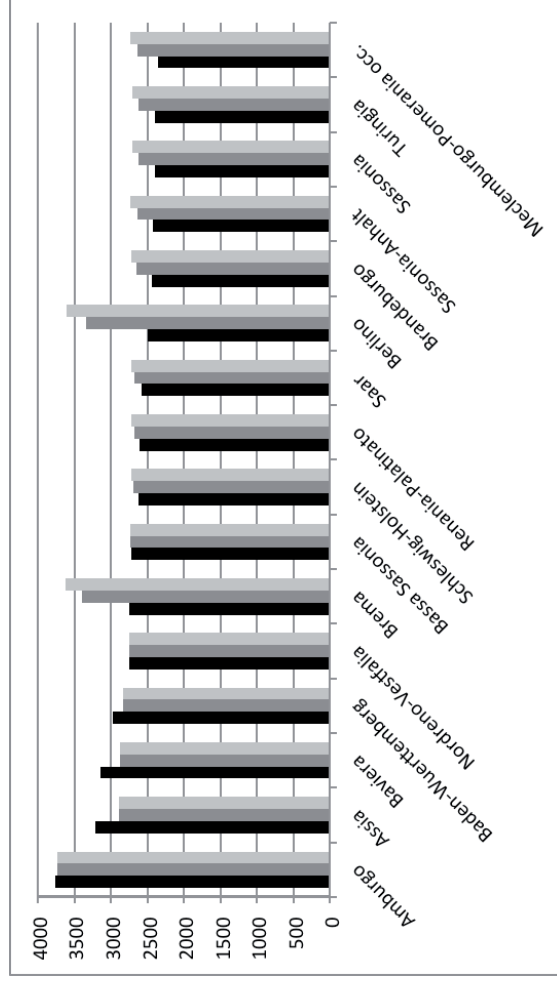


Fig. 5. Effetti della redistribuzione della perequazione finanziaria (2009): capacità finanziaria pro capite (in euro) nei Länder tedeschi

Spiegazione: effetti della redistribuzione dopo la perequazione anticipata dell'imposta sul valore aggiunto (nero), dopo la perequazione finanziaria fra i Länder (grigio) e dopo le "allocazioni aggiuntive federali generali" (grigio chiaro).

Fonte: calcolo proprio basato su dati del Ministero federale delle Finanze; BUNDESMINISTERIUM DER FINANZEN, *Daten zur horizontalen Umsatzsteuerverteilung, zum Länderfinanzausgleich und zu den Bundesergänzungszuweisungen*, Berlin, 2012 [www.bundesfinanzministerium.de/nm_4480/DE/Wirtschaft_und_Verwaltung/Finanz_und_Wirtschaftspolitik/Foed-erale_Finanzbeziehungen/Laenderfinanzausgleich/Zus-Abrechnung-ab1995,templateId=raw,property=publicationFile.pdf]; grafico Grasse.

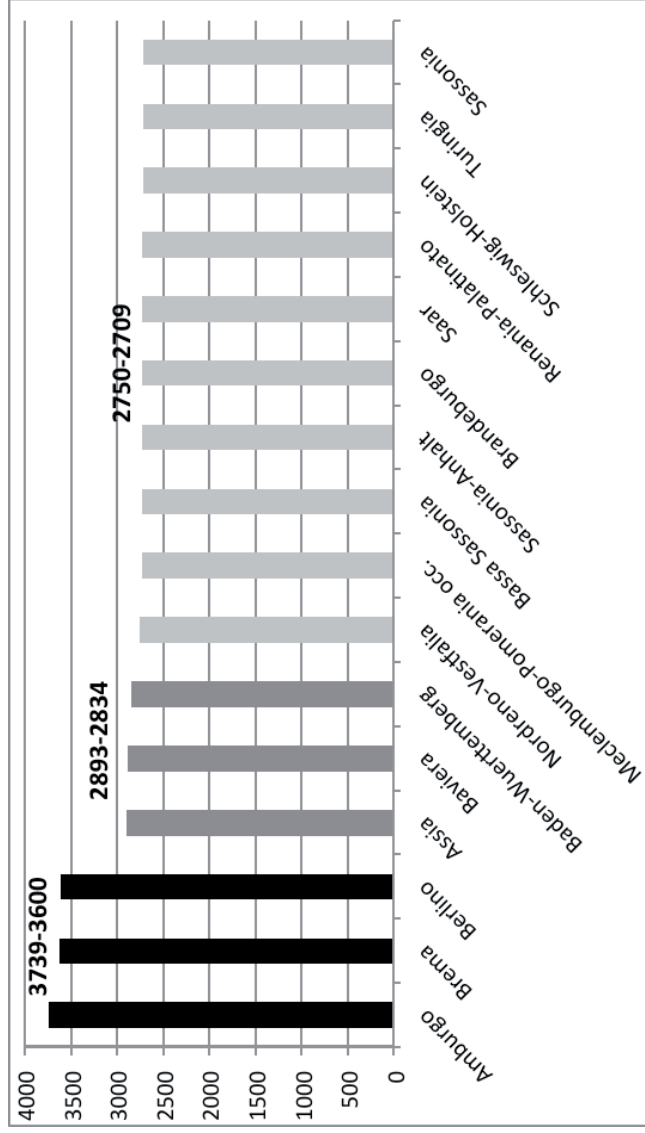


Fig. 6. Capacità finanziaria pro capite (in euro) dopo la perequazione finanziaria fra i Länder e le allocazioni aggiuntive federali generali (2009)

Fonte: calcolo proprio basato su dati del Ministero federale delle Finanze; BUNDESMINISTERIUM DER FINANZEN, *Daten zur horizontalen Umsatzsteuerverteilung, zum Länderfinanzausgleich und zu den Bundesergänzungszuweisungen*, cit.; grafico Grasse.

I *Länder* donatori continuano tuttavia a disporre di una capacità finanziaria più alta rispetto ai restanti 10 *Länder* beneficiari, pur collocandosi dietro le “città-stato” (e con ciò anche dietro i *Länder* beneficiari di Berlino e Brema) dopo la perequazione dell’Iva, quella finanziaria fra i *Länder* e le allocazioni aggiuntive federali generali. La differenza della capacità finanziaria *pro capite* non è tuttavia molto alta poiché a fronte di una capacità finanziaria fra i 2.893 e i 2.834 euro *pro capite* fra i *Länder* donatori dall’economia forte, si contrappongono i 2.750 fino a 2.709 euro dei *Länder* beneficiari. Percentualmente la redistribuzione, dopo la perequazione dell’Iva, quella finanziaria fra i *Länder* e dopo le allocazioni aggiuntive federali generali, significa addirittura che i *Länder* donatori raggiungono meno del 100% della media nazionale (v. fig. 7).

Se si includono le allocazioni aggiuntive per fabbisogno speciale quale passo successivo della perequazione finanziaria, ci si trova di fronte a ulteriori, molto consistenti spostamenti (v. figg. 8 e 9). In base a questi criteri la capitale Berlino se la cava nella maniera migliore, seguita da Amburgo e Brema. I *Länder* donatori Assia e Baviera si collocano immediatamente dopo al quarto e al quinto posto, raggiungendo però, per quanto concerne la capacità finanziaria *pro capite*, rispettivamente solo il 91% e il 90% della media dei *Länder*. Il Baden-Wuerttemberg, quinto *Land* più forte economicamente (v. fig. 1), si ritrova adesso per quanto concerne l’effettiva capacità finanziaria dietro il *Land* orientale del Meclemburgo-Pomerania occidentale, strutturalmente debole, e precede appena la Sassonia-Anhalt, il Brandeburgo e la Turingia (v. figg. 8 e 9). In fondo alla scala si trovano per finire i *Länder* occidentali Nordreno-Vestfalia, Schleswig-Holstein, Bassa Sassonia e Renania Palatinato, che raggiungono appena l’86% della media dei *Länder*.

Dal risultato di tutti gli elementi di perequazione finanziaria è evidente come il sistema segua senza dubbio i principi di unitarietà e solidarietà e con ciò si muova, finora immodificato, all’interno della tradizione del federalismo tedesco. Il sistema non compensa con ciò solo la capacità finanziaria *pro capite*, ma produce anche una compensazione per svantaggi di differente natura come ad esempio la disoccupazione strutturale, gli oneri derivanti dalla divisione della Germania o, semplicemente, la limitata dimensione territoriale di un *Land*.

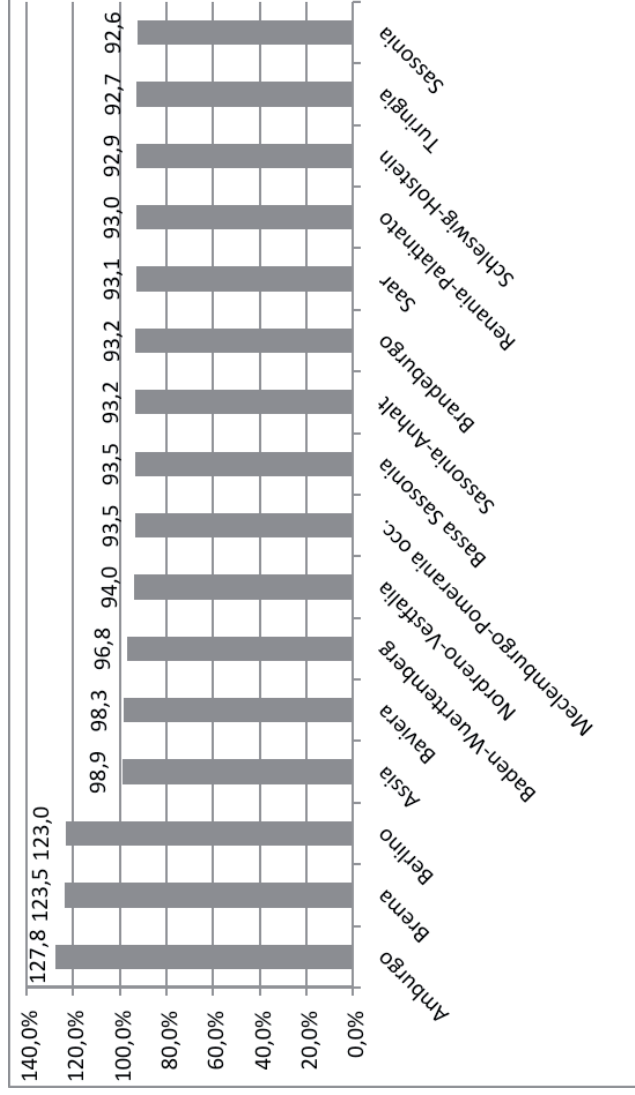


Fig. 7. Capacità finanziaria dei Länder pro capite in % della media dei Länder dopo la perequazione finanziaria, fra i Länder e le allocazioni aggiuntive federali generali (2009)

Fonte: calcolo proprio basato su dati del Ministero federale delle Finanze; BUNDESMINISTERIUM DER FINANZEN, *Daten zur horizontalen Umsatzsteuerverteilung, zum Länderfinanzausgleich und zu den Bundesergänzungszuweisungen*, cit.; grafico Grasse.

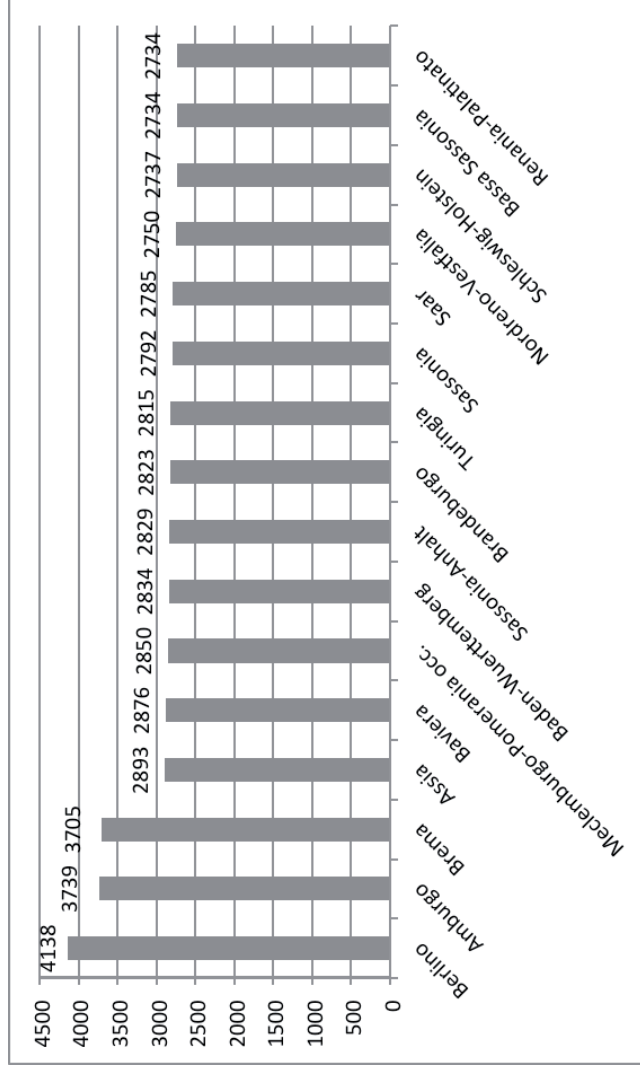


Fig. 8. Effetti della redistribuzione della perequazione finanziaria (2009); capacità finanziaria pro capite (in euro) nei Länder tedeschi dopo le allocazioni aggiuntive per fabbisogno speciale

Fonte: calcoli propri basati su §11 FAG (legge per la perequazione finanziaria) e su dati del Ministero federale delle Finanze; BUNDESMINISTERIUM DER FINANZEN, *Daten zur horizontalen Umsatzsteuerverteilung, zum Länderfinanzausgleich und zu den Bundesergänzungszuweisungen*, cit.; grafico Grasse.

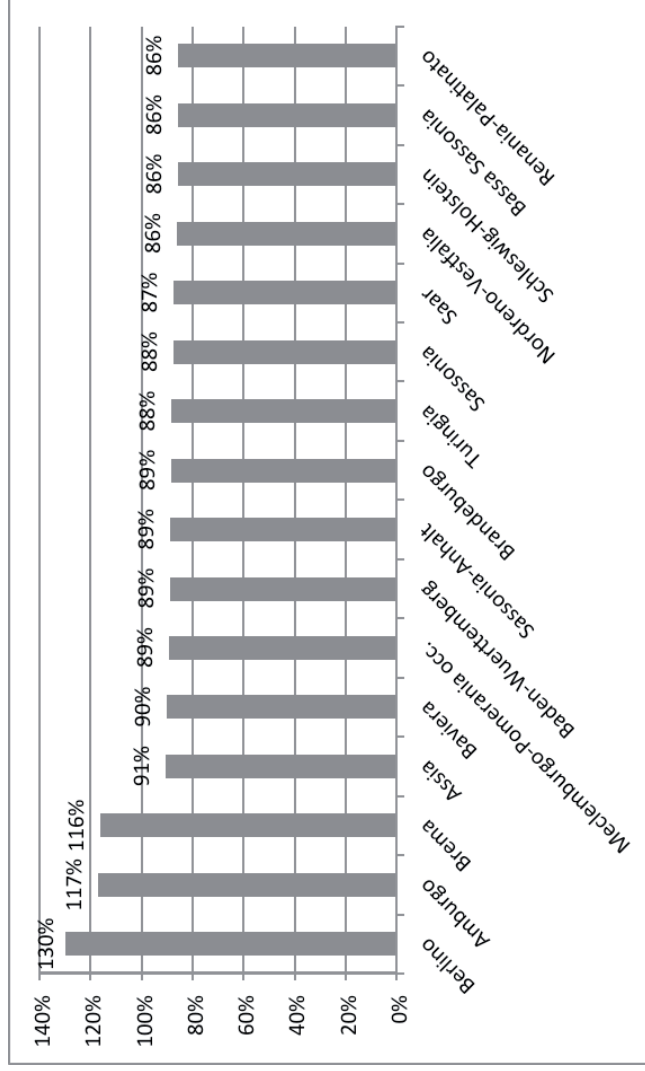


Fig. 9. Capacità finanziaria dei Länder pro capite in % della media fra i Länder dopo le allocazioni aggiuntive per fabbisogno speciale (2009)

Fonte: calcoli propri basati su §11 FAG (legge per la perequazione finanziaria) e su dati del Ministero federale delle Finanze; BUNDESMINISTERIUM DER FINANZEN, *Daten zur horizontalen Umsatzsteuerverteilung, zum Länderfinanzausgleich und zu den Bundesergänzungszuweisungen*, cit.; grafico Grasse.

5. *Gli effetti della crisi economica e finanziaria*

Sullo sfondo della crisi finanziaria ed economica del 2009 tornano a moltiplicarsi le voci di coloro che auspicano una minore redistribuzione, anche se la perequazione finanziaria in realtà è stabilita per legge fino al 2020. I *Länder* donatori della Baviera e dell'Assia (con governi a guida cristiano-sociale e cristiano-democratica) nonché il *Land* Baden-Wuerttemberg (governato da verdi e socialdemocratici) vogliono ridurre i loro pagamenti a favore della perequazione finanziaria e hanno già minacciato di adire di nuovo la Corte costituzionale federale. La perequazione finanziaria vigente, così recita l'argomentazione, non offrirebbe sufficienti stimoli al risparmio. Nel febbraio del 2012 è scoppiata in materia una vibrante controversia fra i *Länder* della Baviera (governata da una coalizione tra il Partito cristiano-sociale/CSU e il Partito liberale/FDP) e il Nordreno-Vestfalia (governato da un'alleanza tra Socialdemocratici e Verdi). Nel caso di un ricorso della Baviera alla Corte costituzionale il governo del Nordreno-Vestfalia ha annunciato l'intenzione di rescindere dal canto suo tutti gli accordi esistenti in materia di perequazione, adducendo il dato di fatto che il Nordreno-Vestfalia, nel quadro della perequazione anticipata dell'Iva, corrisponde alla perequazione finanziaria con i suoi 2,4 miliardi di euro una cifra corrispondente a quella dell'Assia e della Baviera messe insieme⁹.

In considerazione del parziale "sovrallivellamento" che, come evidenziato, continua a verificarsi, appare in realtà abbastanza plausibile il dibattito su una nuova riforma della perequazione finanziaria, dopo quella del 2005. Ciò risulta però comprensibile soprattutto osservando il desolante bilancio di tutti i *Länder* tedeschi. L'indebitamento è drammaticamente cresciuto negli ultimi anni in seguito alle ridotte entrate tributarie a fronte di spese crescenti anche nei *Länder* più forti economicamente. Anche in periodi con ottimi tassi di crescita (come nel caso del 2010 e del 2011 con più del 3% del PIL) la maggior parte dei *Länder* non riesce a presentare un bilancio senza un nuovo indebitamento. Nel 2011 ci sono riusciti solo la Sassonia, la Baviera,

(9) Cfr. BERLINER MORGENPOST, *Länderfinanzausgleich: Bundesländer führen schrille Debatte um Geld*, 7 febbraio 2012.

il Brandeburgo e il Meclemburgo-Pomerania occidentale: in totale i *Länder* hanno speso 9,4 miliardi in più di quanto abbiano incassato. Di fronte a tutto ciò la disponibilità a condividere invece di crescere, semmai diminuisce. L'indebitamento *pro capite* raggiunge di gran lunga i massimi livelli nelle "città-stato" di Amburgo, Berlino e Brema così come nella Saar, mentre i bilanci della Baviera e della Sassonia presentano il più basso saldo negativo (v. fig. 10).

La crisi finanziaria del settore pubblico è il risultato delle pluriennali difficoltà economiche della Germania (eccezioni sono rappresentate dai due bienni positivi dal punto di vista congiunturale del 2006/07 così come del 2010/11) e di una politica di riduzione delle tasse a favore delle imprese e dei redditi alti, ispirantesi all'offerta sul piano teorico. Questa politica fiscale ha condotto a una considerevole diminuzione degli introiti per *Bund*, *Länder* e Comuni¹⁰ e si ripercuote nella relazione reciproca fra i *Länder* stessi; in totale, con le riforme fiscali realizzate nell'arco di tempo 2000-2011, il fisco tedesco ha rinunciato a entrate pari a circa 370 miliardi di euro; di questi circa 191 miliardi di euro di mancati introiti sarebbero spettati ai *Länder*¹¹.

La crisi finanziaria dei *Länder* si è acuita vieppiù a causa della crisi economica nel 2009, che poteva essere affrontabile con successo solo per mezzo di una politica economica anticiclica finanziata sul *deficit*. Di conseguenza la concorrenza economica e finanziaria fra i *Länder* cresce sì lentamente, ma in misura costante. Al contempo anche in Germania, come in molti altri Stati europei, cresce la "coscienza territoriale"¹². Dopo la vasta caduta delle barriere commerciali, soprattutto

(10) Per un quadro d'insieme sulla situazione finanziaria dei Comuni nel sistema multilivello tedesco si veda in lingua inglese fra gli altri D. EISEL, J. LABITZKE, *Local Government and Governance in Germany*, in C.P. CHU, A. GRASSE, M. PORSCHE-LUDWIG, S.-C. PARK (a cura di), *Local Governance in the Global Context: Theory and Practice*, Berlin, Lit Verlag, 2010, pp. 99-140.

(11) Cfr. HANS-BÖCKLER-STIFTUNG (a cura di), *Steuersenkungen reißen Milliardenlöcher*, in *Böckler Impuls*, 2011, n. 13 (7 settembre) [http://boeckler.de/impuls_2011_13_gesamt.pdf].

(12) Cfr. tra gli altri D. EISEL, A. GRASSE, *The Vertical Dimension of Democracy and Development: Federalism, Regionalisation, and Local Autonomy. Some Lessons learned from Europe*, in B.S. HADIWINATA, C. SCHUCK (a cura di), *Democracy in Indonesia. The*

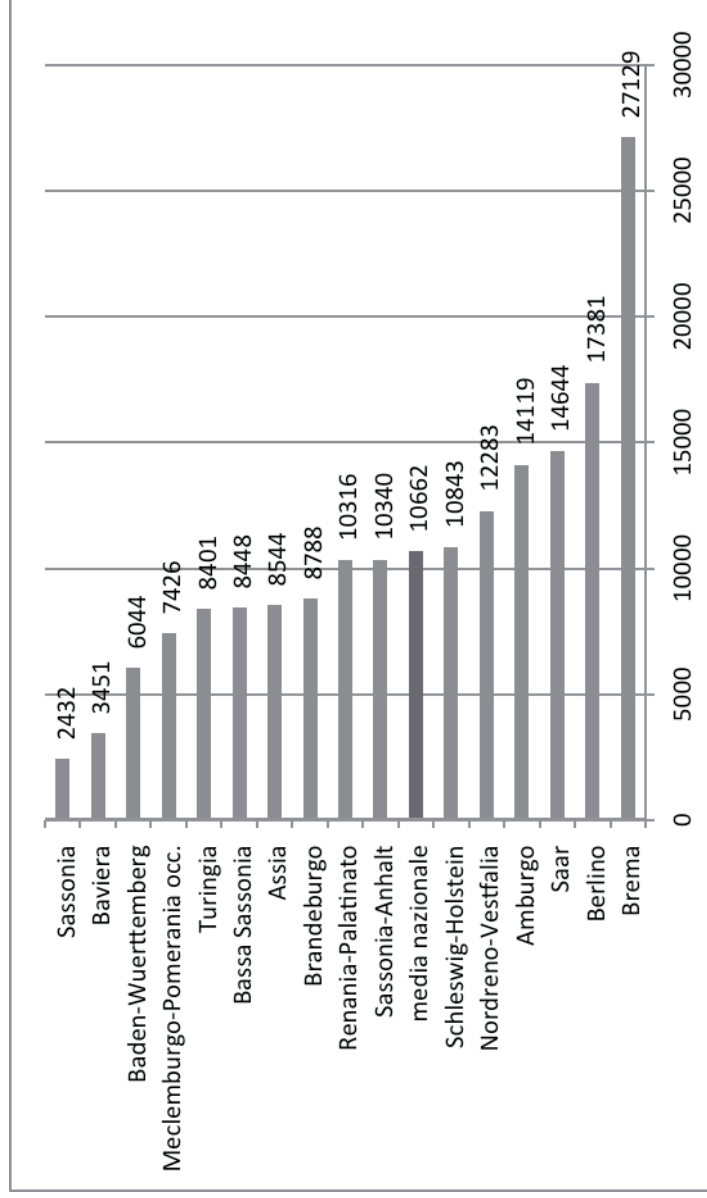


Fig. 10. Deficit pubblico dei Länder pro capite nel 2010 (in euro)

Fonte: Ufficio Federale di Statistica; STATISTISCHES BUNDESAMT, *Indebitamento dei bilanci pubblici* 2010; grafico Grasse.

dopo la caduta delle barriere per la libera circolazione dei capitali grazie al Mercato interno europeo e ad accordi internazionali (in particolare nel quadro dell'Organizzazione mondiale del commercio OMC-WTO), dall'inizio degli anni '90 non sono solo gli Stati nazionali a dover affrontare una dura concorrenza, ma anche i *Länder* federali ossia le regioni¹³. Questa concorrenza non fa che acuire lo scontro relativo alle risorse e agli standard.

È interessante osservare come il dibattito per la riduzione della perequazione interregionale riguardo alla concorrenza fra i *Länder* tenga in considerazione finora quasi soltanto le entrate fiscali. Con ciò va detto che i sistemi di sicurezza sociale producono una altrettanto massiccia redistribuzione fra i *Länder* (ad esempio da quelli con basso tasso di disoccupazione e corrispondentemente alto numero di contribuenti dei sistemi sociali, verso *Länder* con alta disoccupazione e minor numero di contribuenti). Anche solo osservando il trasferimento monetario del valore di circa 139 miliardi di euro, avvenuto fra il 1992 e il 1999 tramite i sistemi sociali di sicurezza dalla Germania occidentale a quella orientale, e mettendolo a confronto con i contemporanei trasferimenti tramite la perequazione finanziaria fra i *Länder* del valore di 47 miliardi di euro¹⁴, risulta chiaro come questa "seconda" e un po' latente perequazione finanziaria abbia fornito al

Challenge of Consolidation, Baden-Baden, Nomos, 2007, pp. 75-108; C. JEFFERY, S. GREEN, W.E. PATERSON (a cura di), *Federalism: The New Territorialism. Governance in Contemporary Germany: The Semisovereign State Revisited*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 78-93; A. GRASSE, *Identità regionali in Europa: quale rilevanza ai fini della modernizzazione? Formazione, elementi costitutivi ed efficacia di un "costrutto effimero"*, in *Teoria Politica*, XX, 2004, n. 1, pp. 57-84.

(13) Cfr. A. GRASSE, J. LABITZKE, *Regions in a Globalisation-Localisation Dialectic and the Italian Case*, in C.-P. CHU, A. GRASSE, S.-C. PARK, M. PORSCHE-LUDWIG (a cura di), *Local Governance in the Global Context*, cit., pp. 161-197; A. BENZ, *Inter-Regional Competition in Co-operative Federalism. New Modes of Multi-level Governance in Germany*, in *Regional and Federal Studies*, 2007, n. 4, pp. 421-436; R. HRBEK, *The Effects of Global and Continental Integration on Cooperation and Competition in German Federalism*, in H. LAZAR, H. TELFORD, R.L. WATTS (a cura di), *The Impact of Global and Regional Integration on Federal Systems. A Comparative Analysis*, Montreal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2003, pp. 329-371.

(14) Cfr. P. MANOW, *Federalism and the Welfare State: The German Case*, in *ZeS-Arbeitspapier*, 2004, n. 8, Bremen, p. 26.

finanziamento per la riunificazione tedesca un contributo quasi tre volte superiore alla redistribuzione delle entrate fiscali fra i *Länder*. Che l'effetto redistributivo regionale del sistema di sicurezza sociale sia appena oggetto di discussione a differenza della vera e propria perequazione finanziaria fra i *Länder*, non dipende probabilmente solo dall'esigenza avvertita dalla popolazione tedesca di pari condizioni di vita, bensì anche dal livello di redistribuzione tramite il sistema di sicurezza sociale. Se venisse meno questo sistema, gli effetti finanziari e sociali sarebbero molto più gravi (ad esempio, in termini di crescita della povertà in alcune Regioni e di aumento della disoccupazione, con probabili effetti migratori) delle graduali correzioni della perequazione finanziaria fra i *Länder*¹⁵.

6. Il "Patto di solidarietà II" e le disparità economiche fra Germania Est e Ovest

La revisione della perequazione finanziaria venne raggiunta nel 2001 solo attraverso la creazione, pretesa con veemenza dai nuovi *Länder* orientali, del cosiddetto "Patto di solidarietà II", cioè la prosecuzione della garanzia di sostegno per le strutture della Germania Est. Nel 2006 esso è stato recepito, in seguito alla "riforma del federalismo I" (*Föderalismusreform I*), nella Legge Fondamentale. È tuttavia prevista una progressiva diminuzione delle allocazioni annuali fino a raggiungere lo zero nel 2020. La Germania Est insomma non dovrebbe ottenere un trattamento speciale a partire da quella data. In questo lasso di tempo i cinque *Länder* orientali ottengono in totale ancora mezzi del valore di 105 miliardi di euro come "allocazioni aggiuntive federali per fabbisogno speciale"; a questi vanno ad aggiungersi altri 51 miliardi di euro provenienti dal bilancio federale per rafforzare la struttura economica della Germania Est.

In considerazione dell'attuale sviluppo economico appare tuttavia più che dubbia la concreta realizzabilità dell'obiettivo prestabilito di rendere i *Länder* orientali indipendenti da allocazioni speciali entro il

(15) Cfr. J. LABITZKE, *Stato federale e sociale? Sul rapporto fra federalismo e politica sociale nella Repubblica federale di Germania*, in *Foedus: Culture, Economie e Territori*, 2009, n. 24, pp. 31-50.

Tab. 1. *Cambiamento percentuale annuale del PIL in prezzi relativi per abitante: vecchi e nuovi Länder a confronto (1992-2010)*

	92	93	94	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	05	06	07	08	09	10
<i>Länder occidentali</i>																			
<i>senza Berlino</i>	5,6	0,9	3,9	3,3	1,3	2,3	2,9	2,4	2,8	2,5	1,3	1,0	2,2	1,5	3,7	4,6	1,9	-3,8	4,5
<i>con Berlino</i>	5,8	1,2	3,9	3,3	1,2	2,1	2,7	2,3	2,7	2,5	1,2	0,9	2,1	1,5	3,7	4,5	2,1	-3,5	4,4
<i>Länder orientali</i>																			
<i>senza Berlino</i>	26,8	21,9	16,6	8,2	3,9	2,2	1,5	2,7	1,3	2,5	2,8	1,5	2,7	0,8	4,1	4,6	1,7	-2,2	2,7
<i>con Berlino</i>	20,6	16,9	12,5	6,8	2,4	1,3	1,0	2,2	1,1	1,9	2,1	0,9	1,9	1,1	4,0	4,5	2,4	-1,2	2,8

Fonte: Uffici Statistici del Bund e dei Länder 2011 (www.statistik-portal.de).

2020. Per raggiungere questo obiettivo l'economia dovrebbe crescere a Est molto più rapidamente che a Ovest. Certamente negli ultimi vent'anni si è già assistito a un netto avvicinamento della prestazione economica, come dimostrano le seguenti cifre: nel 1991 il Pil per abitante nei *Länder* occidentali raggiungeva in media 22.030 euro (senza Berlino), in quelli orientali 7.330 euro (senza Berlino). Di contro il Pil *pro capite* nel 2010 a Ovest era di 32.340 euro (senza Berlino) e a Est di 22.384 (senza Berlino). Tuttavia anche i tassi di crescita annui fra Est e Ovest si sono sempre più avvicinati, come si può ricavare dalla seguente tabella (v. tab. 1). I tassi di crescita in Germania Est, sostanzialmente più alti all'inizio degli anni '90, sono scesi gradualmente fino al 2007 al livello della Germania ovest e dal 2009 si collocano addirittura al di sotto dello sviluppo economico dei *Länder* nella parte occidentale della Repubblica. Nell'arco di tempo fra il 1998 e il 2010 nei cinque *Länder* orientali i tassi di crescita si trovavano di media intorno al 2,5% (con Berlino) ovvero 2,8% (senza Berlino), rispetto al 2,0% nei vecchi *Länder* (sia con che senza Berlino). Con ciò diventa sempre più improbabile che possa davvero trasformarsi in realtà lo scenario auspicato di una crescita economica molto al di sopra della media e la derivante indipendenza, entro il 2020, della Germania orientale dai trasferimenti.

Come aggravante si aggiunge il fatto che i margini di azione politico-finanziaria dei *Länder* si assottiglieranno ulteriormente in futuro in seguito all'ancoraggio alla Legge Fondamentale, avvenuto nel 2009 all'interno della "riforma del federalismo II" (*Föderalismusreform II*), del cosiddetto "freno all'indebitamento" (*Schuldenbremse*). Dal 2020 ai *Länder* è vietata in linea di principio un'accensione di credito. Solo in "situazioni di necessità", come catastrofi naturali o crisi economiche drammatiche, sono possibili nuovi debiti, e comunque in quel caso soltanto qualora i *Länder* elaborino nello stesso momento piani di rimborso (art. 109, comma 3, Legge Fondamentale). I *Länder* più indebitati, vale a dire Brema, Saar, Berlino, Schleswig-Holstein e Sassonia-Anhalt ottengono a titolo di aiuti per il consolidamento dei loro bilanci per la fase di passaggio fino al 2020 – anno in cui non solo entrerà in vigore il divieto di indebitamento per i *Länder* ma anche in cui avrà termine il "patto di solidarietà II" per i *Länder* orientali:

in totale ancora 800 milioni di euro annuali, provenienti da un fondo per gli incentivi del *Bund* e dei *Länder*, creato *ex novo*. Sebbene con la riforma del federalismo nel 2009 si avesse in origine l'intenzione di introdurre una più ampia revisione dell'intero sistema finanziario di *Bund* e *Länder*, ciò di fatto non è avvenuto. Non ultimo a causa della crisi finanziaria ed economica e degli interessi eterogenei dei *Länder*, il punto focale alla fine si è spostato sul "diritto del debito pubblico". Per i *Länder* continua a risultare aggravante il fatto che la riforma del federalismo del 2006 abbia condotto al cosiddetto "divieto di cooperazione" nella politica dell'istruzione. Lo scopo era quello di respingere le possibilità di influenza del *Bund* sulla politica dell'istruzione, che accanto alla sicurezza interna rappresenta il maggiore ambito di competenza dei *Länder*, e con ciò di rafforzare l'autonomia dei *Länder* stessi. Di conseguenza sono stati abrogati dalla Legge Fondamentale anche i cosiddetti "compiti comuni" (*Gemeinschaftsaufgaben*) nell'ambito della programmazione dell'istruzione e dell'edilizia universitaria (art. 91a/b). Per i "compiti comuni" il *Bund* e i *Länder* lavorano congiuntamente, il che porta con sé il vantaggio per i *Länder* di una notevole partecipazione finanziaria del *Bund* ai progetti comuni. Con la riforma del federalismo del 2006 la competenza della politica dell'istruzione è passata esclusivamente ai *Länder*, che da allora devono finanziare le misure in questo campo anche senza il sostegno finanziario del *Bund*. Di fronte al crescente numero di studenti, ai fini scientifici e di politica dell'istruzione dettati dalla "Strategia Europa 2020" della UE e al "freno all'indebitamento", vale a dire il divieto di indebitamento, non è trascorso comunque molto tempo prima che gli stessi membri del governo federale cominciassero a criticare come inadeguato il divieto di cooperazione tra *Bund* e *Länder*. Entrambi i livelli di governo si impegnano da molto tempo per eludere questo divieto di cooperazione elaborando programmi speciali e con ciò cercando di dirottare di nuovo mezzi dello Stato centrale verso i sistemi educativi dei *Länder* (in particolar modo in ambito universitario). Nonostante ciò si deve osservare che nel contesto universitario la divergenza fra i *Länder* è in aumento¹⁶. Anche in molti altri ambiti

(16) Cfr. A. GRASSE, J. LABITZKE, C. LUDWIG, *Germany's University System and Multi-Level*

politici le differenze fra i *Länder* sono oggi giorno più ampie di quanto siano mai state nella vecchia Repubblica federale. Non a caso i cinque nuovi *Länder* hanno accumulato in solo pochi anni un volume di indebitamento per il quale i vecchi *Länder* avevano impiegato 40 anni (v. fig. 10).

Indipendentemente dal dato di fatto che si sono verificati abusi, investimenti errati e anche sprechi di mezzi pubblici, ciò dimostra – nonostante gli immensi trasferimenti – che il fabbisogno della Germania orientale è ancora grande. Particolari sforzi richiede in particolar modo il tasso di disoccupazione estremamente più alto nei *Länder* della Germania orientale, pur essendo il costo del lavoro (e con ciò i salari) in Germania Est ancora nettamente inferiore a quello nella parte occidentale. Il costo netto del lavoro, per ogni ora lavorata nel settore produttivo e in quello dei servizi, nei cinque *Länder* orientali ammonta a soli due terzi del costo netto dei cinque *Länder* occidentali più sviluppati, vale a dire Baviera, Baden-Wuerttemberg, Assia, Amburgo e Nordreno-Vestfalia¹⁷. La tabella 2 evidenzia molto chiaramente i differenti tassi di disoccupazione e mostra però, accanto al divario Est-Ovest, anche una certa problematica Nord-Sud, con il tasso di disoccupati nettamente più basso nel meridione della Germania.

7. *L'idea del federalismo competitivo*

Con ciò siamo giunti al punto successivo, il “federalismo competitivo” quale proclamato contraltare al “federalismo cooperativo”, che per decenni ha caratterizzato la Repubblica federale di Germania. La competizione, così la tesi, migliorerebbe la capacità delle istituzioni statali nel fornire prestazioni e, da un punto di vista politico-economico, gioverebbe in fin dei conti a tutti. Sulla scia della globalizzazione progressiva ha preso il sopravvento l'idea di concorrenza in tutti gli ambiti della economia, della società e della politica. La sua applicazione all'organizzazione statale sotto forma di correzioni costituzionali, che

Politics. The Janus-faced Character of Enhanced Autonomy, in E. CARLONI, P. FORTE, C. MARZUOLI, G. VESPERINI (a cura di), *Il sistema universitario in trasformazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, pp. 79-115.

(17) Cfr. UFFICI STATISTICI DEL BUND E DEI LÄNDER 2011 (www.statistik-portal.de).

Tab. 2. *Tasso di disoccupazione nei Länder tedeschi (media annuale 2010 e 2011)*

<i>Land</i>	2010	2011
Baviera (<i>Germania del Sud</i>)	4,5	3,8
Baden-Wuerttemberg (<i>Germania del Sud</i>)	4,9	4,0
Renania-Palatinato	5,7	5,3
Assia	6,4	5,9
Saar	7,5	6,8
Bassa Sassonia	7,5	6,9
Schleswig-Holstein	7,5	7,2
Amburgo	8,2	7,8
Nordreno-Vestfalia	8,7	8,1
Turingia	9,8	8,8
Sassonia	11,8	10,6
Brandeburgo	11,1	10,7
Brema	12,0	11,6
Sassonia-Anhalt	12,5	11,6
Meclemburgo-Pomerania occidentale	12,7	12,5
Berlino	13,6	13,3
<i>Germania dell'ovest</i>	6,6	6,0
<i>Germania dell'est</i>	12,0	11,3
Germania (totale)	7,7	7,1

Fonte: Bundesagentur für Arbeit, www.arbeitsagentur.de.

dovrebbero stimolare la competizione fra i *Länder*, non deve quindi meravigliare. Il recepimento della concorrenza come principio organizzatore dell'economia scaturisce dall'idea basilare che la concorrenza condurrebbe generalmente a migliori soluzioni dei problemi, a maggiore innovazione ed efficienza. Una linea centrale della teoria federalista, riscoperta nell'ultimo decennio da più parti, vede il federalismo anche come laboratorio per la crescita e per lo sviluppo in seguito alla realizzabilità strutturale della competizione delle idee sul piano territoriale. Questo trasferimento di ipotesi economiche basilari a strutture istituzionali dello Stato federale è possibile solo a certe condizioni. L'auspicato "imparare dal modello" reca in sé notevoli limiti, poiché le configurazioni regionali e i modelli di sviluppo non si lasciano, come risaputo, applicare a piacimento. Non di rado differenze regolative sociali e anche territoriali nella struttura economica impediscono di emulare le cosiddette *best practices*.

Una competizione funzionante presuppone inoltre concorrenti più o

meno altrettanto forti e con simili condizioni di partenza, cosa però che in Germania – come evidenziato – non è affatto data. Infatti, senza il “patto di solidarietà” e la perequazione finanziaria, attualmente nessuno dei cinque *Länder* orientali sarebbe in grado di adempiere agli obblighi imposti dalla Legge Fondamentale relativamente ai compiti che i *Länder* dovrebbero prestare per legge. Quale significato abbia l'attuale sistema di perequazione finanziaria per i *Länder* della Germania orientale, risulta chiaro confrontando il risultato delle entrate con il bilancio generale. Nel 2009 ad esempio i mezzi provenienti dalla perequazione finanziaria fra i *Länder* e le allocazioni aggiuntive federali rappresentavano circa il 25% di tutte le entrate del Meclemburgo-Pomerania occidentale¹⁸. Di fronte a tale scenario appare inadeguato fin dall'inizio un sistema di divisione fiscale nel senso di competizione fiscale fra i *Länder*, tanto che non viene richiesto nemmeno dai *Länder* donatori.

Per un federalismo competitivo davvero efficiente sarebbero assolutamente necessarie fusioni fra *Länder*, realizzando così vitali strutture autonome di circa 10 milioni di abitanti e sufficiente capacità economica. Ciò significherebbe un dimezzamento del numero dei *Länder* dai 16 odierni agli 8 in futuro. La struttura dei *Länder* in Germania si è finora dimostrata estremamente robusta nonostante le esistenti possibilità di fusioni fra *Länder* in base all'art. 29 della Legge Fondamentale, in tal senso ampliate e rese più facili in seguito alla riunificazione tedesca con l'aggiunta del paragrafo 8. In base a quest'ultimo le misure per nuove formazioni territoriali non devono partire dal *Bund* tramite legge federale, bensì i *Länder* stessi possono prendere l'iniziativa e metterle in opera tramite un contratto statale, a condizione che dal susseguente e necessario referendum risulti l'approvazione dello stesso. Tutti i 16 *Länder* hanno un'enorme volontà di autoconservazione e ciò dipende anche da un aspetto paradossale della riforma. Infatti quei politici che dovessero varare questa riforma, si priverebbe-

(18) Cfr. BUNDESMINISTERIUM DER FINANZEN, *Daten zur horizontalen Umsatzsteuerverteilung, zum Länderfinanzausgleich und zu den Bundesergänzungszuweisungen*, cit.; FINANZMINISTERIUM MECKLENBURG-VORPOMMERN, *Haushaltsrechnung und Vermögensübersicht für das Haushaltsjahr 2009*, Schwerin, 2010.

ro della loro propria esistenza. E anche laddove i parlamenti federali approvassero una fusione, l'ultima parola spetta al popolo tramite referendum¹⁹. Bisogna tenere in considerazione inoltre che le identità culturali regionali possono essere un fattore rilevante per lo sviluppo economico²⁰, fino a giungere al punto in cui le fusioni potrebbero risultare anche controproducenti. E per finire ci si deve porre anche la domanda se sia davvero auspicabile un'impostazione dell'organizzazione dello Stato ispirata a direttive economiche. In Germania tutto ciò si trova finora in contrasto con un mutamento di sistema in direzione di un federalismo competitivo, anche se di fronte all'alto indebitamento di *Länder* più piccoli in questo momento (inizio del 2012) vengono tirati nuovamente in ballo fusioni e tagli al debito, in particolar modo per Berlino, Brema e la Saar. A ciò si aggiunge il fatto che anche la popolazione tedesca si oppone all'idea del federalismo competitivo. Uno studio della Fondazione Bertelsmann del 2008 è giunta alla conclusione che la competizione sarebbe "rifiutata come principio ordinatore dei rapporti tra i *Länder* federali, la solidarietà invece verrebbe sostenuta anche nei *Länder* donatori nella perequazione finanziaria"²¹. A livello federale l'88% dei cittadini sostiene il principio solidale nel federalismo tedesco e persino in Baviera, il più grande *Land* donatore, con l'83%, la percentuale non risulta sostanzialmente minore. Circa tre quarti dei cittadini tedeschi si esprime a favore del mantenimento della perequazione finanziaria fra i *Länder*

(19) Su un tale referendum fallì nel 1998 la fusione dei *Länder* Brandeburgo e Berlino. La fusione era già stata decisa con una maggioranza di due terzi nei parlamenti di entrambi i *Länder*, purtuttavia la popolazione del Brandeburgo votò contro la fusione (solo il 36,6% di voti positivi), mentre i cittadini berlinesi (53,6% di voti positivi) la approvarono con una percentuale minima. Con ciò il contratto statale per la fusione, già firmato, venne a decadere. Nel Brandeburgo si temevano degli svantaggi finanziari a causa dell'alto indebitamento di Berlino.

(20) Rispetto a questo tema cfr. tra gli altri A. GRASSE, *Identità regionali in Europa: quale rilevanza ai fini della modernizzazione?*, cit.; M. KEATING, J. LOUGHLIN, K. DESCHOUWER, *Culture, Institutions and Economic Development*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Pub., 2003.

(21) Cfr. BERTELSMANNSTIFTUNG, *Bürger und Föderalismus. Eine Umfrage zur Rolle der Bundesländer*, Gütersloh, 2008, p. 7.

e l'85% sostiene la tesi di stesse aliquote fiscali sull'intero territorio federale²².

I fautori del federalismo competitivo lavorano quindi a un mutamento dei valori sociali, cioè all'accettazione di una crescente ineguaglianza territoriale. Con ciò si abbandona la pretesa di una politica redistributiva, che era stata finora garante della stabilità economica e democratica della Germania. Nel dibattito pubblico tuttavia l'incentivo a una maggiore concorrenza nel federalismo non viene motivato con i "limiti della solidarietà", bensì con l'obiettivo presunto di una "maggiore giustizia nelle prestazioni". Si tratta della tesi secondo la quale "minori trasferimenti" e "maggiore federalismo" rafforzerebbero l'autoresponsabilizzazione politica e finanziaria (parola chiave: disciplina di bilancio) e significherebbero un maggiore orientamento in base agli incentivi così come alle prestazioni, il che d'altro canto porterebbe con sé una più alta misura di giustizia. La cosiddetta "tesi dello stimolo" tuttavia è controversa e ambigua sia rispetto alla sua rilevanza che alla sua realizzabilità. Persino quegli studiosi sostenitori del liberalismo economico mettono in dubbio la plausibilità della concorrenza fra autorità locali. "Se lo Stato diventa attivo lì dove fallisce il mercato, allora non si può sperare che una reintroduzione del mercato dalla porta di servizio della concorrenza di Stato prometta qualcosa di buono"²³. Ancora più rilevante risulta il dato di fatto che l'eliminazione dei problemi di *Länder* e Regioni strutturalmente deboli è un compito molto difficile, che riesce solo parzialmente anche in presenza di buone condizioni finanziarie, cioè nel caso di cospicui trasferimenti. Con ciò risulta immediatamente chiaro che una maggiore concorrenza non significa solo un aumento delle differenze nelle condizioni di vita fra i vecchi *Länder*, bensì comporta soprattutto anche il pericolo di un ulteriore ampliamento e di un duraturo ingessamento delle disuguaglianze fra l'Est e l'Ovest.

(22) *Ibidem*.

(23) H.W. SINN, *Das Selektionsprinzip und der Systemwettbewerb*, in A. OBERHAUSER (a cura di), *Fiskalföderalismus in Europa*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, p. 10.

8. Conclusione: accresciuta differenza e disegualianza territoriale in Germania, ma (per ora) nessun cambiamento di sistema

Le differenze territoriali in Germania sono ancora relativamente ridotte se messe a confronto con i sistemi federali e regionalizzati a livello internazionale. Per quanto concerne le differenze giuridiche (*de jure*) così come anche quelle delle condizioni di vita (*de facto*), le disegualianze – grazie a una perequazione finanziaria molto forte – risultano finora da solo deboli fino a medie. La Svizzera, l'Italia, il Belgio e soprattutto la Spagna e il Canada presentano una misura nettamente più alta per quanto concerne differenza e disegualianza (v. tab. 3).

Tab. 3. *Differenze de jure e de facto in Stati federali e regionalizzati*

de facto de jure	bassa	media	alta
bassa	Austria	---	---
media	Australia USA Germania →	Italia	Regno Unito →
alta	Svizzera	Belgio UE	← Spagna Canada

Spiegazione: le frecce indicano la direzione in cui gli Stati si sviluppano.

Fonte: F. DECKER, *Mehr Asymmetrie im deutschen Föderalismus? Die neue Abweichungsgesetzgebung*, in EUROPÄISCHES ZENTRUM FÜR FÖDERALISMUS-FORSCHUNG TÜBINGEN (a cura di), *Jahrbuch des Föderalismus 2007*, Baden-Baden, Nomos, 2008, pp. 205-223, p. 208 (modificato).

Va detto tuttavia che il *trend* in Germania va con estrema chiarezza in direzione di una più grande differenza e di una maggiore disegualianza fra i *Länder*. Con la “riforma del federalismo I”, entrata in vigore il 1° settembre 2006, sono state create perlomeno *de jure* delle possibilità per un ampliamento della differenza. I *Länder* hanno così avuto ad esempio il diritto di determinare essi stessi l'aliquota dell'imposta sul passaggio di proprietà di terreni (art. 105, comma 2,

lett. a). In particolar modo produce però i suoi effetti la decisione del *Bund* di tirarsi indietro in materia di politica finanziaria da ambiti socialmente centrali della politica, come ad esempio l'educazione e l'istruzione superiore. In effetti i *Länder* ricchi possono approfittare in maniera più marcata, in base alle loro possibilità finanziarie, degli aumenti della specifica competenza politico-amministrativa di quanto facciano i *Länder* poveri. Finora tali sviluppi vengono ancora compensati tramite massicci trasferimenti finanziari. Ciò dovrebbe però modificarsi radicalmente grazie al cosiddetto "freno all'indebitamento", inserito nella Legge Fondamentale e recepito anche in molte Costituzioni dei *Länder*, così come con l'emendamento sulla perequazione finanziaria a partire dal 2020. Solo a quel punto risulterà evidente la portata delle riforme del federalismo. La tabella 4 mostra in dettaglio quali innovazioni sono state apportate in termini di nuove competenze dei *Länder* di legiferare e in termini dei loro nuovi diritti di deroga da leggi federali.

Per concludere affrontiamo anche la questione della giusta ossia ammissibile proporzione di differenza e disuguaglianza territoriale nel federalismo. La formula del federalismo come superamento dialettico della tensione fra "unità e differenza" è perlopiù realizzabile nella prassi solo con difficoltà. L'uguaglianza viene prodotta a scapito della pluralità, al contrario la differenza va a scapito dell'unitarietà. Se quindi viene data priorità alla differenza, diminuisce con ciò anche la proporzione di uguaglianza collettiva e territoriale. Una certa misura di differenza è una componente basilare del federalismo. A tale riguardo l'ipotesi di uguaglianza come equità possiede qui una valenza solo limitata. Non solo, ma soprattutto la differenza fra gli Stati membri e le corrispondenti società che li costituiscono motiva appunto la creazione di un ordine statale federale al posto di uno unitario-centralistico. Ipotesi basilare del federalismo è appunto non solo il contratto sociale fra individui uguali, bensì, a completamento, anche il legame fra differenti componenti sociali con un diverso passato politico-istituzionale e di conseguenza con altre strutture, sistemi giuridici e tradizioni.

Vale però quanto segue: *in primo luogo* la differenza non necessariamente deve significare disuguaglianza materiale e sociale. E *in secondo*

Tab. 4. *Norme giuridiche per una maggiore differenza tra i Länder: la "riforma del federalismo I" (2006)*

Diritto di deroga da leggi federali: • Caccia (escluse le licenze di caccia) • Protezione della natura e del paesaggio (esclusi i principi fondamentali e la tutela delle specie nonché del mare) • Pianificazione territoriale e progettazione dello sviluppo • Diritto domestico al fabbisogno idrico (escluse le eccezioni) • Ammissione allo studio universitario e diplomi universitari Diritto di deroga dai regolamenti federali per l'attuazione di leggi federali (procedimenti burocratici) o per l'istituzione di autorità destinate alla gestione di leggi federali.	Nuove competenze dei <i>Länder</i> (Diritto di legiferare): • Sistema carcerario • Diritto di riunione • Normativa domestica per disabili e i loro familiari • Normativa sulla chiusura degli esercizi pubblici • Normativa sui locali pubblici e sui ristoranti • Sale giochi, fiere, mostre, mercati • Politica immobiliare (parzialmente) • Cessione di terreni agricoli e affitti • Manifestazioni sociali (Manifestazioni sportive, ecc.) • Remunerazione di funzionari e giudici del <i>Land</i> • Sistema universitario ed edilizia per istituti universitari • Regolamento dei media a stampa Riduzione dell'unitarietà: • Abrogazione della legislazione quadro • Riduzione dei compiti comuni (costruzione di istituzioni e cliniche universitarie sottostanno ora alla responsabilità dei <i>Länder</i>) • Riduzione delle materie della legislazione concorrente • Maggiore autonomia dei <i>Länder</i> nell'attuazione di leggi federali • Diritto dei <i>Länder</i> a rappresentare la Germania presso la UE (istruzione scolastica, radiodiffusione e cultura)
--	--

Fonte: R. STURM, *Von der Symmetrie zur Asymmetrie. Deutschlands neuer Föderalismus*, in EUROPÄISCHES ZENTRUM FÜR FÖDERALISMUS-FORSCHUNG TÜBINGEN (a cura di), *Jahrbuch des Föderalismus 2007*, Baden-Baden, Nomos, 2008, pp. 27-41, p. 39 (modificato).

luogo gravi differenze territoriali in fondo si lasciano giustificare solo con gravi differenze culturali. Eppure proprio queste non esistono in Germania! Nonostante l'aumento di differenze regionali in seguito alla riunificazione e nonostante la riscoperta delle identità regionali in quasi tutti i *Länder* tedeschi, nessuno potrà seriamente affermare che ad esempio il decentramento del settore dell'educazione è stata necessaria perché lo esigevano le differenze culturali in Germania²⁴. In base alla struttura culturalmente omogenea della società non calza per la Germania proprio quell'argomento al momento più importante nella prassi politica del federalismo a livello mondiale – cioè a dire il federalismo come una forma della “politica di riconoscimento della differenza culturale”, così come lo si può osservare ad esempio in Belgio o in Spagna²⁵.

La tendenza della riforma della Legge Fondamentale realizzata nel 2006, di riattribuire ai parlamenti dei *Länder* maggiore competenza decisionale autonoma, è nondimeno – ad eccezione dei comparti dell'ambiente e dell'istruzione – da valutare perlopiù positivamente per quanto concerne la cauta divisione delle competenze. I parlamenti dei *Länder*, via via esautorati nel corso degli scorsi decenni, hanno effettivamente in parte recuperato uno spazio autonomo di azione decisionale, per più di tre decenni nelle mani dei “principi del *Land*” (come vengono spesso definiti i ministri-presidenti dei *Länder* tedeschi in considerazione della pienezza dei loro poteri), che era attribuito al *Bundesrat*. Le esperienze finora mostrano poi come i *Länder* sfruttino appieno anche concretamente le loro nuove competenze. “È subentrata straordinariamente molta vita nei parlamenti dei *Länder*, soprattutto negli ambiti del sistema carcerario, della normativa che

(24) Al contrario: secondo la ricerca già citata della Fondazione Bertelsmann il 91% dei cittadini sostiene degli standard che dovrebbero risultare comparabili in tutta la Germania per l'intero sistema di istruzione, partendo dalla scuola materna, attraverso le scuole e fino all'università.

(25) Cfr. A. GRASSE, *Belgien und Italien: Föderalismus als integrierende Kraft?*, in BUNDES-RAT (a cura di), *60 Jahre Bundesrat/Föderalismus-Symposium am 24./25. Juni 2009: Die Rolle der Regionen im europäischen Einigungsprozess*, Berlin, Bundesrat, 2010, pp. 49-64; F. BERGE, A. GRASSE, *Belgien. Zerfall oder föderales Zukunftsmodell?*, Opladen, Leske+Budrich, 2003.

regola la ristorazione [...], della normativa sugli orari dei negozi, del diritto di riunione e del diritto sul servizio pubblico”²⁶. Ancora di più: anche la società viene parzialmente ri-federalizzata, poiché le attività dei comitati di interesse in certi ambiti politici si ricollocano a livello del *Land*, non avendo più nessun senso fare *lobbying* a Berlino²⁷.

Per quanto positivo sia stato lo sviluppo centripeto fino alla fine degli anni '80 relativamente a una maggiore giustizia distributiva, la componente democratica del federalismo in termini di divisione dei poteri e di pluralismo politico, ossia attraverso la concorrenza del federalismo competitivo, era andata parzialmente perduta e gli elementi economicamente innovativi del federalismo ne hanno risentito in più sensi. Di fronte allo sviluppo di un cosiddetto federalismo competitivo si pone ora al contrario la questione su quanto giovi un possibile guadagno democratico se poi di pari passo l'ideale di giustizia sociale viene relegato sullo sfondo e se le differenti condizioni di vita dei *Länder* diventano sempre più diseguali.

Indipendentemente da questa considerazione normativo-etica ci si interroga anche da un punto di vista funzionale se il possibile aumento dell’“*input* di legittimazione” grazie a una maggiore autonomia economica e politica dei *Länder* alla fine non possa risultare troppo cara, considerando che l’“*output* di legittimazione”, da sempre di grande importanza in Germania (nel senso di un rafforzamento della democrazia e della coesione sociale), potrebbe magari ridursi drasticamente insieme a una diminuzione del consenso della popolazione verso l'intero sistema politico ed economico (*Soziale Marktwirtschaft* / “economia sociale di mercato”).

La questione dell'autodeterminazione territoriale è perciò soprattutto anche una questione di differenti campi della politica: economia, tecnologia, sostegno all'occupazione e al collocamento parlano a favore del decentramento per accelerare lo sviluppo. L'istruzione, ma soprattutto l'ambiente e la sicurezza sociale parlano a favore del man-

(26) H.-P. SCHNEIDER, *Deutschland. Die Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung*, cit., p. 71.

(27) *Ibidem*, p. 72.

tenimento di regolamenti centrali sotto forma di standard minimi nazionali ovvero di una corrispondente legislazione quadro del *Bund*, al fine di impedire che i *Länder* si facciano reciprocamente concorrenza al ribasso (*race to the bottom*), ossia che le diseguaglianze diventino troppo ampie. In generale vale la seguente riflessione: la lotta per le “soluzioni migliori possibili” fra i *Länder* è positiva finché i trasferimenti orizzontali e verticali funzionano e non vengono messi in discussione dalle fondamenta. Quanto più fortemente si decentra, tanto più grande diventa il fabbisogno di politiche redistributive, poiché differenti potenziali endogeni e la loro diversa mobilitazione producono risultati squilibrati nella capacità economica o acuiscono disparità economiche preesistenti. In questo senso il sistema perequativo della Germania con i suoi effetti fortemente redistributivi – come è stato analizzato in questo articolo – ha un ruolo cruciale per il funzionamento del federalismo tedesco. Nonostante alcune modifiche senz’altro discutibili e forse necessarie (vista la situazione drammatica di indebitamento, il degrado delle infrastrutture in certe Regioni dell’Ovest), il sistema perequativo in quanto tale non va messo in dubbio, proprio perché la concorrenza tra i *Länder* è già aumentata e le riforme costituzionali del 2006 hanno provveduto per una maggiore autonomia dei *Länder*, e con ciò, per una crescente differenziazione tra essi.

Federalismo, regionalismo e decentramento nella prospettiva della comparazione tra i sistemi di amministrazione (o governo) locale

Mauro Mazza

[...] il sistema federativo è esattamente il contrario della gerarchia o centralizzazione amministrativa e governativa, che è il contrassegno, indistintamente, delle democrazie imperiali, delle monarchie costituzionali e delle repubbliche unitarie¹.

Abstract

Le esperienze di organizzazione decentrata dello Stato possono essere esaminate sia nella prospettiva diacronica che in quella sincronica. Il saggio muove dall'esame delle vicende storiche della Francia, e quindi analizza i sistemi giuridici dei Paesi che appartengono alla tradizione di civil law di matrice francese-napoleonica. Sono poi analizzati gli ordinamenti dei Paesi che seguono la tradizione di common law, con particolare riguardo a Gran Bretagna e Stati Uniti d'America. Vengono inoltre considerate le esperienze degli Stati di civil law di lingua tedesca, come anche i Paesi dell'Europa orientale durante la lunga fase della transizione post-socialista. Nemmeno è trascurato il caso peculiare dei Paesi baltici, che si trovano – anche dal punto di vista geogiuridico – sul confine fra Paesi dell'Est europeo e Paesi scandinavi. Questi ultimi, ossia i Paesi dell'Europa nordoccidentale, sono altresì fatti oggetto di specifica analisi. Vengono, infine, esaminate le tendenze evolutive del decentramento politico-amministrativo, anche alla luce delle questioni finanziarie poste dalla crisi economica globale esplosa nel 2008 e che non è tuttora superata.

(1) P.-J. PROUDHON, *Du principe fédératif*, cit. da M.L. GHEZZI, *Introduzione*, in C. CATTANEO, *Federalismo*, Milano-Udine, Mimesis, 2011, p. 7.

1. *I modelli di amministrazione territoriale infranazionale, considerati anche dal punto di vista della storia delle istituzioni locali*

Sul piano della comparazione diacronica, è agevole rilevare che le istituzioni giuridiche poste a fondamento delle amministrazioni locali sono preesistenti alla stessa creazione degli Stati nazionali. L'osservazione vale in maniera trasversale ai differenti modelli ed alle esperienze che nel presente studio si intende esaminare. Naturalmente, si utilizzerà lo strumento tassonomico dei modelli nel senso della individuazione delle polarità di riferimento, nella ormai acquisita consapevolezza che nell'ambito delle tradizioni giuridiche gli aspetti di ibridazione sono sempre più numerosi ed evidenti.

I governi municipali italiani e dell'Europa continentale esistevano già nel Medioevo, mentre nel regno sassone si formarono le suddivisioni territoriali poi evolute nelle contee inglesi. Da un lato, la Scozia, la Catalogna e la Baviera ebbero istituzioni indipendenti di governo locale in epoca anteriore alla loro incorporazione negli ordinamenti nazionali britannico, spagnolo e germanico; dall'altro lato, anche al di là dell'Oceano le amministrazioni di alcune *township* e *municipalities* furono create prima della costituzione della Federazione statunitense. Queste antiche esperienze di governo locale, tuttavia, non rivestirono importanza fondamentale dopo la nascita degli Stati nazionali, in un'epoca grosso modo collocabile fra la fine del XVIII e gli ultimi anni del XIX secolo. Gli Stati nazionali, infatti, furono ben presto assai attivi nel procedere all'individuazione delle ripartizioni territoriali interne, con l'intento di riorganizzare i governi locali secondo linee e criteri tendenzialmente uniformi. I governi locali prestatati subirono una radicale trasformazione, venendo assorbiti quali parti costitutive dei rispettivi modelli nazionali. Ciò avvenne sia nelle esperienze come quelle italiana, francese e spagnola dove i precedenti assetti del potere locale furono azzerati in vista della creazione delle nuove architetture nazionali, sia nell'evoluzione delle istituzioni locali dei Paesi di *common law* – specialmente di Gran Bretagna e Stati Uniti d'America – come anche della Germania, dove si verificò una minore discontinuità rispetto al passato, nel senso del manifestarsi di una certa salvaguardia e conservazione post-nazionale delle istituzioni del governo locale preesistenti. Interessante fu altresì, in tale contesto, il

fenomeno della circolazione dei modelli nazionali originari in altre esperienze, tanto per effetto di imitazione che di imposizione (attraverso le vicende della colonizzazione), segnatamente in Europa ma anche in America, Australia e Africa².

La successiva evoluzione, nel corso del XX secolo, determinò prima una forte espansione del ruolo delle amministrazioni locali nel settore dell'erogazione dei servizi ai cittadini, con particolare riguardo alle funzioni concernenti l'istruzione, la sanità e l'assistenza, mentre in un secondo momento, che coincide all'incirca con gli ultimi due decenni del secolo scorso, si ebbe il manifestarsi sempre maggiore della crisi dello Stato sociale, la quale ha comportato un ridimensionamento, più o meno rilevante, delle risorse finanziarie a disposizione degli enti territoriali locali³. Quest'ultima tendenza è, ora, diventata di stringente attualità, in connessione con la grave crisi economico-finanziaria⁴ iniziata nel 2008 e non ancora conclusa, la quale crisi esige il ripensamento anche delle tradizionali impostazioni in tema di governo regionale e locale, attraverso in particolare l'avvio di processi di amalgamazione o accorpamento degli enti territoriali con finalità di (drastica) riduzione della spesa pubblica (tanto a livello centrale che locale)⁵.

(2) Si vedano, per aggiornate indagini a vasto raggio concernenti il livello di base delle amministrazioni subnazionali, G. PAVANI, L. PEGORARO (a cura di), *Municipi d'Occidente. Il governo locale in Europa e nelle Americhe*, Roma, Donzelli, 2006; H. KUDO, G. LADU, L. PEGORARO (a cura di), *Municipi d'Oriente. Il governo locale in Europa orientale, Asia e Australia*, Roma, Donzelli, 2008, nonché prima, circa le linee evolutive delle forme di governo degli enti locali, L. BOBBIO, *Come cambiano le forme di governo locale in Europa*, in A. BRASCA, M. MORISI (a cura di), *Democrazia e governo locale. Il ruolo delle assemblee elettive*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 219 ss. Nella prospettiva della comparazione con la riforma statutaria lombarda del 2008, cfr. M. Mazza, *Il nuovo Statuto regionale lombardo e i modelli comparati di autonomia territoriale subnazionale*, in S. TROILO, M. GORLANI (a cura di), *Il nuovo Statuto d'autonomia della Regione Lombardia: prime riflessioni*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 381 ss.

(3) Cfr., ad es., O. POLLICINO, *Stato sociale*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Atlante di diritto pubblico comparato*, Torino, UTET, 2010, p. 115 ss.

(4) Sulla quale v., ad esempio, G. CERRINA FERONI, G.F. FERRARI (a cura di), *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2012; G. NAPOLITANO (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, Il Mulino, 2012.

(5) V., infatti, le osservazioni di S. STAIANO, *Mitologie federaliste ed esperienza del re-*

Nonostante le modificazioni intercorse, i modelli originari di amministrazione locale sono tuttora rintracciabili negli ordinamenti nazionali, così da sollecitare l'opera del comparatista pubblicista al fine della loro classificazione, secondo il criterio tradizionale delle famiglie giuridiche. Le scelte operate dagli studiosi interessati alla tassonomia delle amministrazioni locali sono molteplici. La più semplice appare quella per cui si possono distinguere i modelli di governo locale a seconda che essi abbiano subito oppure no l'influenza del modello francese-napoleonico di amministrazione locale decentrata. In tal modo, si avrebbero i principali Paesi dell'Europa meridionale, vale a dire Francia, Italia e Spagna, contrapposti agli Stati dell'Europa settentrionale, con i casi notevoli rappresentati in quest'ultimo caso dalla Gran Bretagna e dai Paesi scandinavi. Non mancano, ovviamente, ricostruzioni più articolate e sofisticate, le quali tuttavia sembrano comunque muovere da questa prima distinzione di massima. Così avviene per le teorie che separano i governi locali modellati sull'esempio francese e realizzati nell'Europa meridionale sia dal modello anglosassone, che è recepito oltretutto in Gran Bretagna anche negli Stati Uniti d'America nonché in Australia e Nuova Zelanda, sia da un ulteriore modello definibile come nordico-mitteleuropeo, che si trova accolto tanto nei Paesi di lingua tedesca – ossia in Germania, Austria e Svizzera – quanto nei Paesi scandinavi. È evidente che, sulla base del criterio di classificazione da ultimo ricordato, mentre rimane omogenea l'area degli Stati dell'Europa meridionale si opera, invece, una scissione nell'ambito della tradizione giuridica occidentale (ed europea) sotto il profilo della contrapposizione fra il modello dei Paesi anglosassoni (pur tenendo conto delle differenze fra Gran Bretagna e Stati Uniti d'America, su cui v. *infra*), da un lato, e, dall'altro lato, il paradigma accolto in materia di assetto dei governi locali nei Paesi di cultura tedesca come anche nei Paesi del Nord Europa. Lo schema potrebbe, inoltre, diventare ancora più complesso qualora si preferisse distinguere, nell'ambito della macroarea della tradizio-

gionalismo, in *Federalismi.it*, 2012, n. 20 (online all'indirizzo www.federalismi.it), e E. BALBONI, M. CARLI, *Stato senza autonomie e Regioni senza regionalismo*, *ivi*, 2012, n. 21.

ne nord-mitteleuropea di amministrazione locale, fra il modello dei Paesi dell'area germanofona e quello dei Paesi appartenenti all'area scandinava-nordeuropea⁶.

2. Le caratteristiche essenziali del modello originario francese

Le amministrazioni locali che seguono il paradigma francese trovano la loro origine storica direttamente nella rivoluzione giacobina del 1789, allorché venne deciso dagli Stati generali riuniti in assemblea nazionale di dare vita alle nuove suddivisioni amministrative repubblicane, rappresentate da dipartimenti e Comuni. Il modello in esame è detto altresì napoleonico, sebbene in base a quanto si è appena osservato esso abbia in realtà avuto origine prima della presa del potere da parte di Napoleone, il quale peraltro innovò il modello giacobino nella misura in cui soppresse il carattere elettivo dei consigli municipali e introdusse la figura istituzionale del prefetto. La disciplina fondamentale delle amministrazioni locali secondo la sistemazione napoleonica fu adottata con la legge 28 piovoso anno VIII (1800)⁷. In

(6) Per un'efficace sintesi di questi criteri ordinatori in tema di amministrazioni locali nella prospettiva comparatistica, v. L. BOBBIO, *I governi locali nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

(7) Cfr., ampiamente, M. MAZZA, *Decentramento e riforma delle autonomie territoriali in Francia*, Torino, Giappichelli, 2004, sub cap. I, nonché, su storia, schema istituzionale e considerazione sistemica dell'amministrazione territoriale francese, l'importante contributo di A. BRETTE, *Les limites et les divisions territoriales de la France en 1789*, Paris, Comély, 1907, e poi le disamine di F. BONINI, *Il governo locale in Francia*, in *Annali della Facoltà di giurisprudenza della Lumsa 2005-2006*, a cura di G. IGNESTI, Torino, Giappichelli, 2007, p. 383 ss.; P. COSTANZO, *La "nuova" Costituzione della Francia*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 335 ss.; A. VERGNE, *Province, région, pays, gouvernement, généralité e intendance durante l'ultimo secolo dell'Ancien Régime*, in *Storia Amministrazione Costituzione. Annale ISAP* (Istituto per la scienza dell'amministrazione pubblica), n. 20, 2012, p. 45 ss. Nella prospettiva di ulteriori riforme del sistema francese di governo locale, v. M. MAZZA, *Verso l'atto III del decentramento amministrativo in Francia?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, p. 629 ss., e inoltre G. MARCOU, *La réforme territoriale: ambition et défaut de perspective*, in *Rev. fr. dr. adm.*, 2010, p. 357 ss., sul progetto di riforma adottato dal governo transalpino il 21 ottobre 2009 in tema di *État territorial* e per la modernizzazione delle strutture locali della Francia. La riorganizzazione degli enti territoriali decentrati è stata, infine, approvata con la legge 16 dicembre 2010, n. 1563 su cui v. N. KADA, *La réforme de l'état territorial*, in *Rev. fr. adm. pub.*, 2012, 109 ss. R. CHIROUX, *Une profonde réforme de notre organisation territoriale*, in

virtù del prestigio, ovvero in forza delle armi, il modello francese di matrice napoleonica conobbe una impressionante espansione, sia in Europa dove fu accolto in Italia, Spagna, Belgio e Paesi Bassi, sia anche al di fuori dell'Europa, dal momento che lo schema francese delle relazioni fra il centro e la periferia si irradiò verso l'America latina, per il tramite dell'esportazione del modello spagnolo (mutuato, come si è visto, dall'archetipo francese), nonché nell'Africa nordoccidentale quale conseguenza dell'influenza diretta del diritto francese, ma non mancarono esempi di recezione volontaria, come accadde per gli ordinamenti di Grecia e Turchia.

I profili storici fondamentali dell'organizzazione francese in tema di amministrazioni locali è relativamente semplice, nel senso che essa obbedisce ad un vigoroso impulso centralizzatore, nell'ambito del quale un ruolo centrale viene attribuito alla figura del prefetto. L'istituzione prefettuale ha storicamente una pluralità di funzioni, strettamente correlate al funzionamento degli enti territoriali decentrati, così da apparire la vera chiave di volta del sistema originario francese

Revue administrative, 2011, 209 ss.; P. SADLAN, *Vers une nouvelle architecture du territoire?*, in *Regards sur l'actualité*, n. 369, 2011, p. 19 ss.; M. VERPEAUX, *"Une" réforme ou "la" réforme des collectivités territoriales?*, in *Rev. fr. dr. adm.*, 2011, p. 225 ss.; ID., *La réforme des collectivités territoriales: vers l'acte III de la décentralisation?*, in *Regards sur l'actualité*, n. 369, 2011, p. 8 ss., i quali si interrogano sull'effettiva portata della riforma territoriale del 2010, se cioè essa costituisca *acte III de la décentralisation* ovvero, al contrario, *acte I d'une re-centralisation*. Da ultimo, sulle "significative aperture al decentramento politico-amministrativo" nell'ordinamento francese, v. R. DELUSSU, *La curva del decentramento: problemi e possibili soluzioni nella classificazione delle esperienze federali*, in *Federalismi.it*, 2012, n. 13, spec. p. 1, nonché, sul processo di diversificazione statutaria nell'Oltremare francese, basato su statuti d'integrazione differenziata all'interno della *République française*, E. JOS, *Les nouvelles collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution: des statuts "sur mesure" destinés à répondre aux aspirations des élus et électeurs locaux*, in *Rev. fr. dr. adm.*, 2012, p. 73 ss.; ID., *La diversité des statuts constitutionnels des collectivités territoriales situées outre-mer*, in C. PUIGELIER (a cura di), *La diversité du droit. Mélanges en l'honneur de J. Sainte-Rose*, prefaz. di F. TERRÉ, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 637 ss. Infine, la rifondazione dello Stato "territoriale" francese (vale a dire dell'amministrazione territoriale dello Stato e, quindi, del diritto delle collettività locali) quale aspetto centrale del programma denominato *Révision Générale des Politiques Publiques* (RGPP) valido per gli anni 2007-2012 è stata recentemente esaminata in J.-C. NEMERY (a cura di), *RGPP et réforme des collectivités territoriales*, Paris, L'Harmattan, 2012.

di governo locale. Da un lato, il prefetto è un funzionario dello Stato centrale, il quale peraltro veniva posto nell'ordinamento amministrativo francese storicamente configuratosi in epoca napoleonica a capo dell'ente territoriale intermedio, vale a dire dei dipartimenti. Inoltre, il prefetto aveva compiti di vigilanza, controllo e "tutela" nei confronti delle amministrazioni comunali, con poteri che in certi periodi arrivarono sino alla nomina dei sindaci, e che comunque includevano la verifica di legittimità e anche in ordine alla opportunità delle deliberazioni adottate dai consigli comunali. D'altro canto, fino alle riforme degli anni '80 del secolo scorso in materia di regionalizzazione, poi "approfondite" dalla revisione costituzionale del 2003 in materia di organizzazione decentrata della Repubblica francese, il prefetto era nel diritto francese delle amministrazioni locali anche il Presidente del consiglio generale (assemblea) dipartimentale, nonché l'organo esecutivo del dipartimento stesso. In definitiva, nell'esperienza originaria francese troviamo il prefetto che riveste un triplice ruolo, poiché egli è nel contempo rappresentante dello Stato centrale, vertice istituzionale del livello di governo territoriale intermedio e controllore delle amministrazioni locali di base, vale a dire degli enti municipali⁸. In un certo senso, dunque, il centralismo napoleonico era finalizzato al controllo del territorio in modo analogo all'assolutismo dell'Antico regime; tuttavia, il modello originario francese-napoleonico è da considerare altresì figlio del centralismo rivoluzionario giacobino, il quale ebbe lo scopo di affermare l'uguaglianza dei cittadini anche di fronte alla pubblica amministrazione centrale e locale, con la centralizzazione (o accentramento) volta a evitare il prevalere di localismi e interessi particolaristici, assicurando la preminenza invece dei superiori interessi generali della nazione⁹.

Il centralismo franco-napoleonico non esclude tuttavia, fin dal suo momento genetico, l'affermarsi nell'ordinamento transalpino del principio della democrazia comunale, che garantisce la democraticità del

(8) *Id est*, i governi locali minori.

(9) Proprio nella nazione, fra l'altro, risiede il principio di sovranità secondo la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789.

modello francese di amministrazione locale. L'autonomia delle istituzioni municipali venne contemplata già dai decreti del 1789, nonché riconosciuta e tutelata dalla Costituzione del 1791. Espressione rilevante della democrazia municipale sarà, a decorrere dalla rivoluzione giacobina, l'elettività dei membri del consiglio comunale. Essa subì, invero, talune soppressioni, ma venne altrettante volte ripristinata, ad esempio nel 1831 e 1848. Il consiglio comunale divenne definitivamente elettivo durante la terza Repubblica, alla fine del XIX secolo. Il forte radicamento storico del principio della democrazia municipale nel modello francese di amministrazione territoriale locale è dimostrato, ancora oggi, dall'elevato numero di Comuni, tanto che si può parlare di frammentazione o "polverizzazione" delle collettività locali nell'esperienza francese di autogoverno decentrato. Si pensi, infatti, che le amministrazioni comunali al tempo della Rivoluzione giacobina erano circa 44.000 ed attualmente si attestano intorno ai 36.000.

Il principio rivoluzionario affermato dai giacobini dell'assoluta uguaglianza dei cittadini davanti alla pubblica amministrazione (così come ai tribunali e alla legge) si converte, dal punto di vista del diritto delle amministrazioni locali, nel principio di uguaglianza fra gli enti locali di ciascun livello, con la conseguenza della piena uniformità di organizzazione e funzionamento fra i dipartimenti nonché, al livello inferiore, fra le amministrazioni comunali. In primo luogo, quindi, non vi sono "aree libere", nel senso che le amministrazioni municipali coprono per intero il territorio nazionale. In secondo luogo, i Comuni rurali e quelli delle aree urbane, così come le città di maggiori dimensioni e i villaggi meno abitati, hanno tutti la stessa organizzazione, imperniata su consigli comunali elettivi e sindaci (*maires*). Il principio di uniformità delle amministrazioni locali non tollerava, nel modello originario francese, la presenza di statuti speciali e tantomeno di privilegi, con la sola parziale eccezione rappresentata dalla capitale Parigi, città che dal 1795 dispone anch'essa di un consiglio comunale elettivo e del sindaco, ma che in precedenza era posta sotto il controllo diretto dello Stato e amministrata mediante il dipartimento della Senna.

Infine, l'esperienza francese di amministrazione locale si caratterizza storicamente per la contestuale presenza nel medesimo ambito territoriale sia delle strutture dei governi locali che dei servizi de-

concentrati dello Stato. In tale contesto istituzionale, se da un lato il prefetto è il rappresentante dello Stato centrale a livello periferico, d'altra parte anche il sindaco è non solo a capo dell'amministrazione comunale, ma in relazione all'esercizio delle funzioni delegate dallo Stato alle amministrazioni municipali è altresì rappresentate dello Stato centrale, cosicché finiscono per essere intrecciate fra il centro e la periferia sia le funzioni, che possono essere proprie dei Comuni, delegate dallo Stato alle amministrazioni municipali o svolte direttamente dai servizi deconcentrati dello Stato per le funzioni ritenute di interesse nazionale, sia le strutture, con riferimento (in base a quanto si è appena detto) alle figure istituzionali del prefetto e del sindaco.

3. La diffusione oltralpe del modello francese-napoleonico di auto-governo delle collettività territoriali decentrate

Il paradigma originario francese di organizzazione territoriale decentrata non soltanto resistette tenacemente nel corso della storia istituzionale transalpina post-rivoluzionaria, ma conobbe altresì un'intensa circolazione in ordinamento stranieri. Nel passaggio dal modello genetico al modello importato si verificarono mutazioni, alcune di sapore nominalistico ed altre invece più contenutistiche. Fra le prime, si può ricordare che la suddivisione amministrativa intermedia (ovvero, il livello *meso* di governo) ereditata dalla rivoluzione giacobina, vale a dire il dipartimento, fu ridenominata Provincia nelle esperienze italiana, spagnola, belga e olandese, mentre assunse il nome di distretto nel diritto pubblico portoghese e di *nómoi* nell'ordinamento giuspubblicistico ellenico. Fra le seconde, bisogna notare che il ruolo istituzionale del prefetto francese risultò normalmente depotenziato nelle esperienze che ne recepirono il modello originario; ad esempio, in Italia al prefetto furono attribuiti compiti rilevanti in materia di mantenimento dell'ordine pubblico e di controllo sulle amministrazioni municipali, senza però riconoscimento dei poteri incisivi di direzione e coordinamento nei confronti degli altri organi periferici dello Stato di cui invece dispone il suo omologo francese.

I fenomeni principali di recezione del modello francese-napoleonico di amministrazione locale si ebbero, dunque, in Italia, Spagna, Portogallo, Belgio, Paesi Bassi e Lussemburgo. I caratteri fondamentali di

tale recezione sono rintracciabili negli ordinamenti menzionati anche dopo l'avvenuta creazione, nella seconda metà del secolo scorso, di un ulteriore livello intermedio di governo territoriale decentrato, rappresentato dalle Regioni costituite in Italia, Spagna e Belgio, oltretutto nella stessa Francia. Se, infatti, è innegabile che l'ente regionale altera la tradizionale bipartizione franco-napoleonica delle amministrazioni territoriali decentrate imperniata sul dipartimento (o denominazioni derivate) e Comune, occorre subito aggiungere che esattamente nella dottrina italiana si è rilevato come il governo regionale ha rapporti istituzionali non esclusivi con i governi locali, poiché vi sono concorrenti rapporti fra governo centrale e governi locali, a differenza di ciò che avviene in ordinamenti federali assai distanti dal modello francese, come accade per gli Stati Uniti d'America, la Germania e la Svizzera, dove invece troviamo i governi degli Stati membri che effettivamente intrattengono rapporti diretti ed esclusivi con i governi locali, rispetto ai quali ultimi si atteggiavano ad autentici "padroni"¹⁰.

In definitiva, l'evoluzione dell'organizzazione amministrativa decentrata nei Paesi che seguono il modello di derivazione francese ha sperimentato modificazioni, specialmente sotto il profilo¹¹ del ridimensionamento dei poteri attribuiti ai prefetti¹², nonché dal punto di vista della riduzione dei controlli esercitati dallo Stato centrale sulle amministrazioni territoriali decentrate, al punto che siffatti controlli sono stati talvolta del tutto soppressi. Inoltre, la frammentazione delle amministrazioni municipali ereditata dalla rivoluzione giacobina e mantenutasi in Francia è stata soltanto attenuata nei Paesi di maggiori dimensioni attraverso il ricorso a meccanismi che potremmo considerare da questo punto di vista come finalizzati a realizzare una sorta di "aggiramento" della frammentazione medesima, nella misura in cui si è tentata la via degli accorpamenti comunali mediante associazioni

(10) Si veda l'analisi di L. VANDELLI, *Poteri locali. Le origini nella Francia rivoluzionaria, le prospettive nell'Europa delle Regioni*, Bologna, Il Mulino, 1990.

(11) Già sopra accennato.

(12) I quali sono denominati governatori civili negli ordinamenti spagnolo e portoghese, commissari del re secondo il diritto pubblico olandese e *nomarchi* nell'esperienza greca.

intercomunali, consorzi, unioni, sindacati di Comuni, ecc. Tuttavia, una significativa riduzione della frammentazione comunale si è avuta negli Stati di più ridotta estensione territoriale, secondo la traiettoria evolutiva manifestatasi in Belgio e nei Paesi Bassi. Da ultimo, nelle esperienze che traggono le caratteristiche fondamentali dal modello originario napoleonico si è a più riprese dibattuto in ordine alla eventuale eliminazione di dipartimenti e Province, peraltro senza esito alcuno.

4. Le esperienze di governo locale estranee alla matrice francese-napoleonica

Mentre come si è visto innanzi i Paesi che seguono la tradizione francese-napoleonica in tema di decentramento amministrativo conservano una certa omogeneità di strutture, quantomeno a livello giuridico-formale poiché invero la prassi applicativa manifesta divergenze anche marcate, la cui analisi compete però più al politologo e al sociologo dell'amministrazione pubblica che al giurista in generale e al pubblicista comparatista in particolare, occorre notare che i Paesi estranei alla tradizione in questione sono invece piuttosto diversificati fra di loro. Emergono, comunque, alcuni caratteri salienti anche di questa seconda tipologia di ordinamenti. In primo luogo, il principio di uniformità affermato dai rivoluzionari giacobini, che perseguivano l'obiettivo della omogeneità strutturale delle istituzioni locali ai vari livelli del decentramento amministrativo, non è condiviso dagli ordinamenti appartenenti alla contrapposta esperienza dei modelli non influenzati dalla tradizione francese-napoleonica, dove invece troviamo autonomie locali differenziate. Ciò avviene in forza di almeno due elementi. Da un lato, sono sopravvissute quantomeno alcune delle istituzioni del governo locale ereditate da epoche lontane, le quali invece come è stato esaminato in precedenza furono spazzate via dal vento innovatore della Rivoluzione francese. Inoltre, lo "spirito geometrico" dei giacobini impegnati a razionalizzare le strutture amministrative locali non ha inciso in modo determinante nelle esperienze estranee al modello originario francese-napoleonico, con la conseguenza che i modelli non napoleonici conoscono divaricazioni anche marcate fra lo schema organizzativo delle amministrazioni create nelle

aree rurali rispetto a quelle operanti nelle aree urbane. Dall'altro lato, bisogna rilevare la tendenziale maggiore importanza del ruolo istituzionale svolto dalle amministrazioni locali negli ordinamenti estranei alla tradizione francese-napoleonica, dal momento che nei sistemi ora in esame troviamo in genere l'attribuzione di più estese competenze ai governi locali, e spesso anche un numero più elevato di dipendenti assegnati ai ruoli del personale della pubblica amministrazione locale. È essenziale notare, però, che (già lo si diceva sopra) in realtà le cose sono un poco complicate dal fatto che gli ordinamenti di matrice non francese-napoleonica si differenziano ulteriormente fra di loro¹³, di modo che abbiamo da un lato i Paesi anglosassoni, con la distinzione tra i modelli britannico e statunitense, e dall'altro lato i Paesi dell'Europa centro-occidentale e del Nord Europa (ovvero della Scandinavia).

5. Il modello britannico di amministrazione territoriale decentralizzata

Allorché il Parlamento di Westminster decise di procedere alla razionalizzazione e al riordino del “paesaggio” britannico delle amministrazioni locali, adottando prima il *Local Government Act* (LGA) del 1888 e poi il LGA del 1895¹⁴, fu introdotta una fondamentale distinzione tra

(13) Per queste nozioni, dal punto di vista della macrocomparazione intersistemica, cfr. U. MATTEI, P.G. MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, CEDAM, 1997, p. 51 ss.

(14) Sui profili storici del *self-government* britannico, v. A. TORRE, *Il territorial government in Gran Bretagna*, Bari, Cacucci, 1991; S. TROILO, *Il local government britannico. L'ente locale tra rappresentanza della comunità e amministrazione dei servizi pubblici*, Padova, CEDAM, 1997; ID., *Il local government britannico tra devolution interna e integrazione europea*, in A. TORRE, L. VOLPI (a cura di), *La Costituzione Britannica / The British Constitution*, atti del Convegno di Bari, 29 e 30 maggio 2003), II, Torino, Giappichelli, 2005, p. 1471 ss.; G. MORI, *Una nuova forma di governo per gli enti locali inglesi*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2001, p. 807 ss. (a commento del *Local Government Act 2000*, emanato il 28 luglio 2000); M. CHISHOLM, *Structural Reform of British Local Government*, Manchester, Manchester University Press, 2000. Da ultimo, cfr. R. LE MESTRE, *L'amministrazione territoriale britannica: du Local government à la Local governance*, in *Rev. dr. pub. sc. pol.*, 2011, p. 221 ss.; M. CHISHOLM, S. LEACH, *Disbonest Government: Local Government Reorganisation, England 2006-2010*, in *Local Government Studies*, 2011, 19 ss.; S. DIEZ SASTRE, *El régimen local británico antes y después de la “devolution”*, in *Federalismi.it*, 2011, n. 9.

aree rurali e minori centri urbani, per un verso, e, per l'altro verso, le città di maggiori dimensioni (ovvero le grandi aree urbane). Nel dettaglio, la legislazione adottata nel Regno Unito verso la fine del XIX secolo in tema di autogoverno locale prevedeva innanzi tutto la creazione nelle aree rurali di due livelli di governo, rappresentati dalle contee al livello di base (o primo livello) e dai distretti al secondo livello (o secondo anello). I distretti, a loro volta, erano configurati come rurali se comprendenti esclusivamente zone di campagna e urbani qualora in essi fossero inclusi centri urbani di minori dimensioni. La struttura su due livelli di autogoverno territoriale non era, invece, replicata per quanto riguarda l'organizzazione amministrativa delle grandi aree urbane, poiché in quest'ultimo caso si ebbe la creazione di un solo livello di governo, il quale svolgeva le funzioni sia di contea che di distretto e che fu denominato contea urbana.

La "filosofia" del decentramento amministrativo radicata nelle isole britanniche era assai differente da quella storicamente incarnata dal modello francese-napoleonico. Sia il Regno Unito che la Francia ebbero, infatti, forti governi centralizzati, ma nell'esperienza britannica dell'autogoverno locale fu altresì lasciato ampio margine di manovra alle amministrazioni locali, laddove invece nel caso francese si mantenne fermo l'obiettivo di un controllo diffuso e capillare del centro sulla periferia. La differenza più vistosa è forse rappresentata dall'assenza nel modello istituzionale britannico della figura del prefetto, la quale mancanza sta ad indicare in modo evidente che il governo centrale in definitiva controlla le amministrazioni locali soltanto a distanza, per il tramite dei ministeri, ma si limita essenzialmente a definire le politiche poi attuate a livello decentrato dagli organi dell'autogoverno locale, ai quali spetta in particolare l'erogazione dei servizi ai cittadini. Un'altra importante differenza fra il modello britannico e quello francese-napoleonico di amministrazione territoriale decentrata consiste nel fatto che gli enti locali non dispongono nel diritto britannico della protezione costituzionale – in assenza come ben noto di Costituzione scritta – ma sono unicamente contemplati dalla legislazione ordinaria, con la conseguenza che è compito del Parlamento nazionale deliberare in ordine alle strutture degli organi dell'autogoverno locale, come anche circa le loro competenze e risorse finanziarie, nonché

con riguardo alle stesse modificazioni dei confini degli enti territoriali decentrati. Da questo punto di vista, si tratta dunque di un'autonomia "debole", in quanto pienamente disponibile per il legislatore e addirittura, in ipotesi, totalmente reversibile sulla base delle scelte del Parlamento nazionale. Inoltre, gli enti dell'autogoverno locale britannico dispongono unicamente di una competenza speciale, non invece di una competenza piena e generale come avviene per le amministrazioni locali create secondo il modello francese, e quindi le iniziative intraprese dai *local governments* britannici devono essere espressamente previste dalla legislazione nazionale sugli enti locali, incorrendo altrimenti nel divieto che discende dalla c.d. clausola *ultra vires*. Storicamente, dunque, i governi locali britannici sono stati configurati come una sorta di agenti del governo centrale, con il quale sono cioè legati da un rapporto di agenzia (*agency*) finalizzato a implementare le politiche nazionali decise a livello centrale; bisogna tuttavia rilevare che questa tradizionale impostazione britannica dei rapporti fra il centro e la periferia è stata innovata dal LGA del 2000, che ha attribuito agli organi dell'autogoverno locale una competenza generale in alcune materie, concernenti specialmente lo sviluppo economico locale, con il conseguente parziale superamento della piena operatività della (sopra esaminata) clausola *ultra vires*.

In ogni caso, l'intreccio che si presenta negli ordinamenti che seguono il modello francese-napoleonico di amministrazione territoriale fra, da un lato, lo Stato centrale (ovvero l'amministrazione statale) e, dall'altro lato, i governi locali, non si manifesta o è comunque assai più ridotto nell'esperienza britannica di autogoverno locale. Ciò, in virtù della c.d. *dual polity*, per la quale il potere centrale non si espande, ovvero più esattamente si autorestringe, da Londra verso la periferia. Ulteriore dimostrazione di questo fatto è la duplicità dei canali ordinari di accesso al potere centrale e locale, nel senso che in Gran Bretagna l'*élite* politica nazionale viene selezionata in minima parte fra gli amministratori locali, mentre nei Paesi il cui ordinamento territoriale decentrato è di matrice francese-napoleonica accade esattamente l'opposto, ossia i politici di livello nazionale (membri del Parlamento o del governo) sono stati in passato amministratori locali, oppure anche lo sono attualmente laddove (come in Francia) sia consentito il cumulo dei mandati elettorali.

6. *L'esperienza statunitense in materia di governo locale*

Il diritto statunitense delle amministrazioni locali condivide innanzi tutto con il sub-modello britannico dei Paesi anglosassoni la suddivisione su due livelli dei governi locali, naturalmente creati all'interno degli Stati membri della Federazione, i quali sono rappresentati dalle contee nonché dai governi municipali variamente denominati¹⁵. Oltre al fatto che, come in Gran Bretagna, non troviamo ovviamente nell'ordinamento degli Stati Uniti d'America la figura del prefetto, tipica dei sistemi di governo locale di matrice francese-napoleonica¹⁶, bisogna notare che la presenza di un sistema di tipo federale come anche della Costituzione federale non ha diretta incidenza sulla conformazione del modello statunitense di amministrazione territoriale sub statale, poiché gli enti locali non sono contemplati dalla Carta costituzionale federale potendo quindi essere liberamente disciplinati dalla legislazione statale analogamente a quanto avviene per i *local governments* del Regno Unito. Inoltre, i governi locali statunitensi sono soggetti in via generale alla clausola *ultra vires*, in modo non dissimile da quanto avviene per i governi locali britannici¹⁷.

Nonostante questi indubitabili elementi comuni fra il modello di *self-government* britannico ed il modello di *local government* nordameri-

(15) Si tratta di *municipalities, towns e townships*.

(16) V. quanto è stato detto *supra*, nei paragrafi 2 e 3.

(17) Per una visione storica e di sistema, cfr. M. VILLONE, *Modelli di governo locale negli Stati Uniti. Prospettive di riforma del sistema italiano*, in *Studi parl.*, n. 42, 1978, p. 15 ss.; G. FREDDI, *Governo locale e intervento socio-economico negli Stati Uniti: discontinuità politiche e proprietà permanenti di un assetto istituzionale*, *ivi*, n. 59, 1983, p. 17 ss.; G.F. FERRARI, *Localismo ed eguaglianza nel sistema americano dei servizi sociali*, Padova, CEDAM, 1984; V. OSTROM, R. BISH, E. OSTROM, *Il governo locale negli Stati Uniti*, Milano, Edizioni di Comunità, 1984; G. D'IGNAZIO, *Amministrazioni locali e modelli di governo negli Stati Uniti d'America*, in S. GAMBINO (a cura di), *L'organizzazione del governo locale. Esperienze a confronto*, presentaz. di G. DE VERGOTTINI e prefaz. di C. AMIRANTE, Rimini, Maggioli, 1992, p. 325 ss.; ID., *Accentramento statale ed autonomia locale negli Stati Uniti d'America: il riparto territoriale delle competenze*, in S. GAMBINO (a cura di), *Stati nazionali e poteri locali. La distribuzione territoriale delle competenze. Esperienze straniere e tendenze attuali in Italia*, Rimini, Maggioli, 1998, p. 853 ss. Nella letteratura anglofona, v. i classici studi di D.G. GRANT, H.C. NIXON, *State and Local Government in America*, Boston, Allyn and Bacon, 1963; C.R. ADRIAN, *State and Local Governments*, New York, McGraw-Hill, 1960.

cano, occorre però notare che storicamente le istituzioni comunali d'oltreoceano nacquero in parte prima della stessa Federazione degli Stati Uniti d'America, particolarmente negli Stati costituenti le ex colonie della Nuova Inghilterra, ossia gli attuali Stati del Nord-est degli USA. Qui furono create, infatti, forme peculiari di democrazia municipale partecipativa, con rappresentanti eletti per un mandato di breve durata e con la messa a disposizione dei *settlers* elettori di strumenti di democrazia diretta finalizzati a far valere la responsabilità dei cittadini eletti negli organi deliberativi delle comunità locali. Tuttavia, l'espansione del modello di amministrazione locale sperimentato nella Nuova Inghilterra non fu senza contrasti dopo la creazione degli Stati Uniti d'America, soprattutto con riguardo agli Stati del Sud della Federazione, dove non trascurabile fu l'influenza del modello francese, così da configurare il profilarsi di elementi di commistione o ibridazione nel sistema statunitense di governo locale. Negli Stati meridionali della Federazione si verificò, dunque, la costituzione di amministrazioni locali con competenze comparativamente più limitate rispetto a quelle attribuite agli enti locali negli altri Stati membri degli USA, ossia negli Stati del Sud vi fu radicamento della democrazia municipale ma con caratteri meno forti sul piano istituzionale rispetto a quanto verificatosi negli Stati che seguirono più da vicino il prototipo di governo locale sperimentato nella Nuova Inghilterra.

Ancora oggi prevale negli Stati Uniti la considerazione delle istituzioni comunali come una espressione di libera volontà associativa dei cittadini, tanto è vero che da un lato vi sono tuttora aree rurali nelle quali viene esercitata l'amministrazione diretta delle contee (senza, cioè, che in quella porzione del territorio statale siano costituiti governi comunali), e che, dall'altro lato, i cittadini possono chiedere agli Stati membri della Federazione di essere autorizzati a realizzare forme di partecipazione democratica attraverso la creazione di nuove istituzioni comunali¹⁸.

Ciò che è essenziale rilevare nella presente sede è che gli Stati mem-

(18) Spetta, infatti, agli Stati federati concedere lo statuto di ente locale, a seguito della presentazione di apposita petizione da parte dei cittadini residenti.

bri della Federazione non incontrano ostacoli nella determinazione dello statuto giuridico degli enti locali americani, non sussistendo in particolare restrizioni di livello costituzionale in tema di disciplina legislativa statale dei governi locali statunitensi¹⁹. Ne consegue che le norme dettate dagli Stati federati sul governo locale sono fra di loro differenziate, cosicché gli ordinamenti degli enti locali sono almeno in numero pari a quello degli Stati membri della Federazione. Tuttavia, il livello di complessità e varietà delle forme dei governi locali è assai più elevato, dal momento che alcune amministrazioni territoriali substatali hanno ottenuto condizioni speciali di autonomia²⁰, potendo in tal caso sottrarsi all'applicazione della clausola *ultra vires* (della quale si è detto *supra*) ed esercitare quindi non una competenza speciale bensì una competenza generale. Esistono, inoltre, organismi specializzati delle amministrazioni locali²¹, alcuni dei quali sono eletti direttamente dai cittadini ed altri invece costituiscono emanazione delle amministrazioni decentrate, che si occupano di determinati settori, come la distribuzione dell'acqua, la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti, il trasporto pubblico locale nonché la gestione delle scuole pubbliche²². Bisogna precisare, altresì, che la creazione di organismi locali specializzati non è sempre prevista, non essendo in altri termini esclusa la presenza nel sistema statunitense di amministrazione locale decentrata della figura istituzionale del governo locale onnicomprensivo.

Certamente il sistema americano di governo locale è altamente composito e frammentario, ma ha resistito a vari tentativi di riforma nella direzione della sua semplificazione e razionalizzazione, in quanto in definitiva l'insieme eterogeneo delle istituzioni locali, formato da con-

(19) Il principio della libera regolazione delle amministrazioni locali per iniziativa del livello statale di governo fu chiaramente affermato dal giudice Dillon della *Iowa Supreme Court* nel 1869, al quale si deve l'enunciazione della c.d. *theory of state preeminence over local governments* (conosciuta come *Dillon's rule*).

(20) Mediante il riconoscimento della c.d. *home rule*.

(21) Denominati *special districts*.

(22) In questo caso si parla di *school districts*, guidati da un consiglio elettivo chiamato *school board*.

tee, municipalità, *special districts* e *school districts*, consente di realizzare l'obiettivo della partecipazione democratica all'amministrazione territoriale substatale, soprattutto alla definizione delle politiche pubbliche locali che sfuggono così alla tentazione dello statalismo, ossia nel linguaggio americano all'ingerenza del *big government*.

7. *Le autonomie locali nei Paesi di lingua tedesca dell'Europa centrale (con alcuni cenni al diritto est-europeo)*

La tradizione dei Paesi centro-europei di lingua tedesca, vale a dire Germania, Austria e Svizzera²³, è differente da quella dei Paesi dell'Europa meridionale per quanto concerne l'assetto delle amministrazioni locali, cosicché si può parlare di un ulteriore modello che si contrappone a quello degli ordinamenti che sono ispirati al paradigma originario francese-napoleonico. La caratteristica fondamentale dei sistemi austro-tedesco ed elvetico di governo locale si riannoda all'ordinamento federale dello Stato. Per quanto riguarda il diritto pubblico germanico, tale caratteristica venne mantenuta fin dalla unificazione degli antichi Stati tedeschi nel corso della seconda metà dell'Ottocento, fatta eccezione soltanto per il periodo di assoluto accentramento realizzato durante la dittatura nazionalsocialista, ed è stata riaffermata dalla vigente Costituzione federale del 1949.

L'autogoverno municipale nella storia del diritto tedesco conserva un ruolo fondamentale²⁴. Esso era già contemplato da una legge prussiana del 1808, che attribuiva alle città il potere di amministrare gli affari locali attraverso istituzioni municipali elettive. La tradizione prussiana in tema di autogoverno locale è transitata dal principale Stato preu-

(23) Più esattamente, considerato il plurilinguismo elvetico, si può parlare di esperienza germanofona e svizzera.

(24) Sul diritto germanico degli enti locali, v. M. MISTÒ, *L'autonomia locale nel sistema federale tedesco*, in G. PAVANI, L. PEGORARO (a cura di), *Municipi d'Occidente. Il governo locale in Europa e nelle Americhe*, cit., p. 165 ss.; F. PALERMO, J. WOELK, *Il riordino territoriale dei Comuni in Germania*, in *Amministrare*, 2001, p. 423 ss.; M. MÖLLER, *Subsidiaritätsprinzip und kommunale Selbstverwaltung*, Baden-Baden, Nomos, 2009; M. BURGI, *Kommunalrecht*, 2ª ed., München, Beck, 2008; M.-E. GEIS, *Kommunalrecht*, München, Beck, 2008; A. GERN, *Deutsches Kommunalrecht*, 3ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2003.

nitario all'attuale Federazione tedesca, nella misura in cui in primo luogo esistono alcune città-Stato, rappresentate dai *Länder* di Amburgo, Brema e Berlino. In secondo luogo, premesso che i governi locali sono garantiti a livello della Costituzione federale²⁵ la quale peraltro ne attribuisce la relativa disciplina alla legislazione degli Stati federati, con la conseguenza che le amministrazioni locali hanno regimi differenziati nei vari *Länder*, bisogna notare che un ulteriore elemento di complessità è dato dalla disciplina diversificata del governo locale nelle aree rurali rispetto alle aree urbane. Mentre, infatti, nelle zone rurali troviamo due livelli di autogoverno, rappresentati dai circondari²⁶ e dai comuni²⁷, nelle città di una certa dimensione²⁸ i due livelli coincidono e sono riassunti nell'unico livello di autogoverno municipale²⁹.

Il modello germanico di governo locale ha caratteristiche in larga misura analoghe ai sistemi austriaco³⁰ e svizzero³¹, con la particolarità

(25) È questa una rilevante differenza rispetto a quanto si è visto sopra a proposito dell'ordinamento del governo locale nel diritto degli Stati Uniti d'America.

(26) *Landkreise*.

(27) *Gemeinden*.

(28) Si tratta all'incirca di un centinaio di agglomerati urbani.

(29) Una caratteristica che il sub-modello germanico di governo locale condivide con il modello di derivazione francese-napoleonico è costituita dall'istituzione negli Stati federali di un sistema prefettizio: i *Regierungspräsidenten* sono, infatti, i rappresentanti dei governi degli Stati membri nell'ambito di ciascuna circoscrizione distrettuale, con la precisazione che quest'ultima ripartizione amministrativa (*Regierungsbezirken*) comprende una pluralità di circondari.

(30) Su cui v. E. D'ORLANDO, *L'ordinamento locale e le nuove dinamiche del federalismo cooperativo in Austria*, in G. PAVANI, L. PEGORARO (a cura di), *Municipi d'Occidente. Il governo locale in Europa e nelle Americhe*, cit., p. 143 ss.; F. PALERMO, *I poteri ordinamentali dei Länder nei confronti dei Comuni in Austria*, in *Le Regioni*, 2000, p. 917 ss.; T. FRANZ, *Kommunalrecht*, Wien-New York, Springer, 2010; H. NEUHOFFER, *Gemeinderecht. Organisation und Aufgaben der Gemeinden in Österreich*, Wien-New York, Springer, 1998.

(31) Per il quale cfr. G. GUIGLIA, B. KNAPP, *L'organizzazione dei poteri e il federalismo in Svizzera secondo la nuova Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2000, ed ivi spec. *sub* 9, *La répartition des compétences et la coopération de la Confédération et des cantons*, p. 303 ss.; O. MAZZOLENI (a cura di), *Federalismo e decentramento. L'esperienza svizzera e le nuove sfide europee* (atti del Convegno internazionale sul tema "Il federalismo

che nell'esperienza elvetica specialmente dei cantoni di lingua tedesca trovano tuttora attuazione a beneficio dei cittadini e nell'ambito delle amministrazioni locali di ridotte dimensioni alcune forme di democrazia diretta.

Infine, è interessante osservare che alcune note identificative del modello di amministrazione locale dei Paesi di lingua tedesca sono state accolte durante la fase di riorganizzazione dei governi locali negli Stati post-socialisti dell'Europa centro-orientale, soprattutto in Polonia, Ungheria e Slovenia nonché con speciale riguardo all'attribuzione di autonomia territoriale differenziata fra le municipalità rurali e i distretti urbani³².

8. Il modello dei Paesi nordeuropei/scandinavi, e sue proiezioni nelle Repubbliche baltiche

Nei Paesi dell'area scandinava³³ si trovano in materia di disciplina

svizzero fra centro e periferia", tenutosi a Bellinzona dal 9 al 10 maggio 2003), Lugano, Casagrande, 2005. Nel quadro istituzionale delineato dalla Costituzione federale della Confederazione svizzera del 29 maggio 1874, ora sostituita dalla Costituzione federale svizzera del 18 aprile 1999, entrata in vigore il 1° gennaio 2000, v. inoltre P. SALADIN, *Bund und Kantone*, in *Rev. de droit suisse*, 1984, p. 431 ss.; V. MARTENET, *L'autonomie constitutionnelle des Cantons*, Bâle-Genève-Munich, Helbing & Lichtenhahn, 1999. Sul piano della comparazione con l'esperienza italiana, cfr. S. GEROTTO, *La partecipazione di Regioni e Cantoni alle funzioni dello Stato centrale. Gli ordinamenti italiano e svizzero a confronto*, Bâle-Genève-Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2003.

(32) Si vedano M. MAZZA, *Il diritto delle autonomie territoriali in Slovenia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, p. 1837 ss.; ID., *Il diritto degli enti territoriali in Polonia*, in *Quad. reg.*, 2008, p. 83 ss., nonché più in generale R. SCARCIGLIA, *La forma di governo locale e la circolazione dei modelli nell'Europa centro-orientale*, in R. SCARCIGLIA, M. GOBBO (a cura di), *Nuove tendenze dell'ordinamento locale. Fonti del diritto e forme di governo nell'esperienza comparata*, Trieste, Edizioni Università di Trieste, 2001, p. 125 ss., e M.A. ORLANDI, *Transizione democratica, integrazione europea e decentramento nei Paesi dell'Europa centro-orientale*, in M. SCUDIERO (a cura di), *Le autonomie al centro*, I, Napoli, Jovene, 2007, p. 573 ss., la quale parla di un processo di decentramento che avviene fra perplessità e timide aperture. Con riguardo alla ex Jugoslavia e all'Albania, cfr. A. TORRE, *I governi locali nella grande transizione costituzionale balcanica*, in M. CALAMO SPECCHIA, M. CARLI, G. DI PLINIO, R. TONIATTI (a cura di), *I Balcani Occidentali. Le Costituzioni della transizione*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 45 ss. Per l'affacciarsi del modello di regionalismo economico nella Cina popolare, v. M. MAZZA, *Decentramento e governo locale nella Repubblica popolare cinese*, Milano, Giuffrè, 2009.

(33) Sulle istituzioni di diritto pubblico dei Paesi del Nord Europa, v. ora l'accurata di-

delle amministrazioni locali sia elementi della tradizione francese-napoleonica che elementi più direttamente riconducibili all'esperienza dei Paesi anglosassoni nonché anche del modello dei Paesi germanofoni e della Svizzera, cosicché appare lecito fare riferimento ad un'ulteriore variante tipologica che si viene a delineare nella panoramica mondiale dei principali schemi organizzativi e funzionali delle amministrazioni locali decentrate. Il sistema dei governi locali prevede due livelli³⁴, rappresentati dalle contee e dai Comuni. Gli ordinamenti locali nordici condividono almeno due aspetti con il modello originario di matrice francese, vale a dire l'accoglimento del principio di uniformità fra le amministrazioni locali di uguale livello, e quindi il netto disconoscimento dell'opposto principio della varietà, frammentazione e complessità della struttura degli enti locali che è invece realizzato sia nei sistemi dei Paesi di *common law* (nelle differenziate esperienze britannica e statunitense) che in quelli dei Paesi di lingua tedesca dell'Europa centrale³⁵, come anche la presenza della figura

samina di F. DURANTI, *Gli ordinamenti costituzionali nordici. Profili di diritto pubblico comparato*, Torino, Giappichelli, 2009, cui *adde*, sul piano dell'analisi sistemologica, A. SIMONI, F. VALGUARNERA, *La tradizione giuridica dei Paesi nordici*, Torino, Giappichelli, 2008. Per l'evoluzione del diritto delle *nordic municipalities*, v. E. ALBÆK, L. ROSE, L. STRÖMBERG, K. STÅHLBERG, *Nordic Local Government*, Helsinki, Suomen Kuntaliitto (Associazione finlandese delle autorità locali e regionali), 1996; T. KLEVEN, T.S. FLORIS, M. GRANBERG, S. MONTIN, O. RIEPER, S.I. VALO, *Renewal of local government in Scandinavia: Effects for local politicians*, in *Local Government Studies*, 2000, p. 93 ss.; H. BALDER-SHEIM, *Local government reforms in the Nordic countries. Bringing politics back in?*, in N. KERSTING, A. VETTER (a cura di), *Reforming Local Government in Europe. Closing the Gap between Democracy and Efficiency*, Opladen, Leske & Budrich, 2003, p. 29 ss.; P. BOGASON, *The fragmentation of local government in Scandinavia*, in *European Journal of Political Research*, 2006, p. 65 ss.; R.V. PEEL, *Local government in Scandinavia*, in *National Municipal Review*, 2007, p. 528 ss. Sui profili della comparazione, v. H. WOLLMANN, *La réforme de l'administration locale entre changement et continuité. Une perspective comparatiste sur l'Angleterre, l'Allemagne, les pays scandinaves, l'Espagne et la Hongrie*, in G. MARCOU, H. WOLLMANN (a cura di), *Annuaire 2008 des Collectivités Locales*, Paris, CNRS Éditions, 2008, p. 165 ss.; H. WOLLMANN, K. STÅHLBERG, *From Guided Democracy to Multi-Level Governance: Trends in Central-Local Relations in the Nordic Countries*, in *Local Government Studies*, 2002, p. 74 ss.

(34) C.d. *two tier-system of local government*.

(35) Detto altrimenti, negli ordinamenti dei Paesi nordici non sussistono differenze fra gli organi di autogoverno delle comunità locali che si trovano nelle aree rurali rispetto agli organi istituzionali delle comunità territoriali decentrate situate nelle aree urbane.

istituzionale del prefetto, il quale esercita funzioni di controllo (per la verità, non troppo estesi e penetranti)³⁶ sulle amministrazioni territoriali decentrate. D'altra parte, i sistemi nordeuropei di governo locale assegnano alle amministrazioni decentrate un numero considerevole di funzioni di rilevante interesse per le comunità territoriali, specialmente dal punto di vista dell'erogazione in favore dei cittadini (e, più in generale, dei residenti) delle prestazioni assicurate dallo Stato sociale, il quale come è noto si è potentemente affermato quale gestore di servizi nel contesto istituzionale dei Paesi scandinavi. Quest'ultimo aspetto avvicina, dunque, le amministrazioni locali nordeuropee alla condizione in cui si trovano ad operare gli enti locali nelle esperienze nordamericana/statunitense e britannica³⁷.

Attualmente, peraltro, si registra una spiccata tendenza alla regionalizzazione delle amministrazioni territoriali nei Paesi nordeuropei. Il fenomeno appare interessante, così da richiedere un breve approfondimento.

Cominciando dall'ordinamento danese, la riforma territoriale approvata dal Parlamento nazionale (dan. *Folketinget*) il 24 giugno 2005 ha abolito le contee, che sono state sostituite da cinque Regioni; nel contempo, è stato drasticamente ridotto il numero dei Comuni, diminuiti da 271 a 98³⁸.

(36) L'incidenza del sistema prefettizio sui governi locali è stata ridotta da riforme introdotte in Svezia, Norvegia e Danimarca.

(37) È significativo il dato statistico per il quale nei Paesi scandinavi i lavoratori dipendenti delle amministrazioni pubbliche locali sono circa due terzi del totale degli addetti al pubblico impiego (statale e degli enti territoriali decentrati): cfr. L. BOBBIO, *I governi locali nelle democrazie contemporanee*, cit., 31.

(38) Le trattazioni più aggiornate sul diritto amministrativo danese concernente (le Regioni e) gli enti locali/comunali (in lingua autoctona, *kommunal og regional forvaltning*, ovvero *decentraliseret forvaltning*) sono: J. GARDE, K. REVSBECH, *Kommunalret*, København (Copenhagen), Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2009, 2ª ed.; J. GARDE, J.A. JENSEN, O.F. JENSEN, H.B. MADSEN, K. REVSBECH, *Forvaltningsret. Almindelige emner*, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2009, 5ª ed., ed ivi spec. p. 54 ss. (il testo riguarda l'intero diritto amministrativo); S. RØNSHOLDT, *Kommunalret i grundtræk*, København, Forlaget Thomson, 2008. Un ampio commento analitico, condotto articolo per articolo, della legge danese sul governo locale si trova in H.B. THOMSEN, P. CHRISTENSEN, L. BRANDI-HANSEN, *Lov om kommunernes styrelse. Normalfor-*

La tendenza alla regionalizzazione (nonché ad una inedita sotto-regionalizzazione) sembrerebbe affermarsi ed espandersi nei Paesi del Nord Europa³⁹, come dimostra anche la recente riforma dell'organizzazione territoriale finlandese, che ha comportato profonde innovazioni per le venti Regioni (fin. *maakunta*, sved. *landskap*)⁴⁰ con decorrenza dal 1° gennaio 2010. Il diritto finnico delle amministrazioni locali è, inoltre, "arricchito" dalla presenza di ben 72 sub-Regioni (fin. *seutukunta*, sved. *ekonomisk region*); tali *second-order administrative divisions* sono formate da aggregazioni di governi locali all'interno delle venti regioni⁴¹. La riforma è stata adottata prima dal governo nazionale il 23 aprile 2009, poi dal Parlamento unicamerale nazionale (*Eduskunta*) l'11 novembre dello stesso anno e quindi promulgata il successivo 20 novembre dal Presidente della Repubblica. Un apposito gruppo di lavoro costituito a livello ministeriale aveva in precedenza esaminato, nel corso del 2008, alcuni progetti in materia di riforma della pubblica amministrazione e di sviluppo regionale elaborati a partire dall'estate del 2007⁴².

Nella stessa Svezia, d'altro canto, si sta da tempo dibattendo in ordine all'introduzione delle Regioni quale nuovo livello intermedio di governo fra il livello nazionale e quello locale/municipale⁴³, ovvero

retningsordenen, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2010 (il volume è composto da 721 pp.).

(39) V., ad es., P. KETTUNEN, T. KUNGLA, *Europeanization of sub-national governance in unitary states: Estonia and Finland*, in *Regional and Federal Studies*, 2005, p. 353 ss.

(40) Cfr. F. MENNOLA, *The institutionalization of regions in Finland. A Historical Perspective*, in *Finnish Local Government Studies*, 1999, p. 385 ss.

(41) Il tema è stato recentemente affrontato da J. AIRAKSINEN, *Il caso finlandese*, relazione presentata al convegno internazionale su *Il rilievo della Provincia nel diritto comparato: casi nazionali a confronto*, svoltosi all'Università Bocconi di Milano il 12 ottobre 2012.

(42) Complete informazioni al riguardo sono disponibili nel *website* del Ministero delle finanze (fin. *Valtiovarainministeri*, sved. *Finansminister*) della Repubblica di Finlandia (*Suomen tasavalta*, in lingua svedese *Republiken Finland*), all'indirizzo www.vm.fi.

(43) Le amministrazioni comunali svedesi sono 290. Tutte le municipalità, al pari delle contee (su cui v. subito nel testo), fanno parte della *Swedish Association of Local Authorities and Regions-SALAR* (sved. *Sveriges Kommuner och Landsting-SKL*): cfr. il sito Internet all'indirizzo www.skl.se, ed ivi lo scritto elettronico dal titolo *Levels of local democracy in Sweden*.

anche al posto delle ventuno contee⁴⁴, nonostante la suddivisione in contee del territorio svedese rappresenti un dato storico importante, che risale al 1643⁴⁵. Neppure il principio di uniformità è immune da deroghe nell'attuale ordinamento decentrato svedese, dal momento che due contee (Västra Götaland e Skåne⁴⁶) dispongono di poteri e funzioni più estesi, principalmente riguardanti la crescita e lo sviluppo socioeconomico dei rispettivi territori⁴⁷.

Merita, da ultimo, di essere qui brevemente ricordata la tendenza degli ordinamenti dei Paesi baltici, dopo la proclamazione della loro indipendenza dalla ex Unione Sovietica, ad avviare profonde riforme delle discipline nazionali in tema di organizzazione e funzionamento degli enti territoriali infrastatali, nella direzione di un progressivo avvicinamento al modello scandinavo nonché secondo la prospettiva della razionalizzazione dei sistemi "domestici" delle amministrazioni locali, come ad esempio è accaduto recentemente nell'esperienza dell'Estonia con riguardo alle proposte di amalgamare gli enti territoriali decentrati in modo da ridurne il numero complessivo⁴⁸.

(44) Cfr. P. BLOMQVIST, P. BERGMAN, *Regionalisation Nordic Style: Will Regions in Sweden Threaten Local Democracy?*, in *Local Government Studies*, 2010, p. 43 ss.; K.G. HAMMARLUND, *Regional reform and citizen participation in Sweden*, in *The European Journal of Social Sciences Research*, 2004, 145 ss. Per l'assetto tradizionale del sistema svedese di governo locale, v. T. SANDALOW, *Local Government in Sweden*, in *Am. J. Comp. L.*, 1971, p. 766 ss.

(45) Le municipalità (sved. *kommun*) comprese nelle contee sono 290.

(46) Sia il Consiglio regionale di Västra Götaland (sved. *Västra Götalandsregionen*) che il Consiglio regionale di Skåne (sved. *Region Skåne*) sono stati creati nel 1999, a seguito dell'accorpamento di preesistenti contee e in sostituzione dei consigli delle medesime. Per questo motivo, tali "Parlamenti regionali" vengono indicati altresì come consigli regionali "evoluti" o "devoluti".

(47) Sembra in definitiva emergere nei Paesi nordici un nuovo modello di *local governance*, definibile come *democratic network governance* (*id est network modes of nordic local governance*), su cui v. P. HALL, P. KETTUNEN, K. LÖFGREN, T. RINGHOLM, *Is there a Nordic Approach to Questions of Democracy in Studies of Network Governance?*, in *Local Government Studies*, 2009, p. 515 ss.; T. FOTEL, G.S. HANSEN, *Meta-Governance of Regional Governance Networks in Nordic Countries*, *ivi*, 2009, p. 557 ss.

(48) Per un esame dettagliato delle proposte di unificazione delle comunità territoriali estoni v., ampiamente, M. MAZZA, *Il diritto delle amministrazioni locali in Estonia*, Napoli, Jovene, 2008. Sul piano della comparazione fra i modelli dei tre Paesi baltici

9. Dai principi fondamentali alle tendenze evolutive del decentramento amministrativo nel diritto comparato

La tendenza prevalente nell'evoluzione degli ordinamenti locali dei Paesi sia europei che extraeuropei è stata a lungo orientata verso il continuo rafforzamento e la progressiva espansione delle forme di decentramento politico-amministrativo. Alcuni esempi possono considerarsi sintomatici di tale tendenza. In primo luogo, abbiamo il caso del Belgio che da Stato unitario si è trasformato in Stato regionale e quindi, dal 1993, in Stato federale⁴⁹. In secondo luogo, è sicuramente da ricordare il caso della Gran Bretagna, dove i governi neolaburisti andati al potere nel 1997 hanno avviato dal 1998 le riforme devolutive in favore di Scozia, Galles e Irlanda del Nord mentre rimane aperta la prospettiva futura della compiuta regionalizzazione⁵⁰ della stessa Inghilterra⁵¹. In terzo luogo, il movimento a sostegno del decentramento e, quindi, verso il potenziamento dei governi periferici, locali, muni-

(ovvero degli Stati dell'Europa nordorientale), v. E. VANAGS, I. VILKA, *Local Government in the Baltic States: Similar but Different*, in *Local Government Studies*, 2006, p. 623 ss.; ID., *Local democracy in the Baltic countries: A new beginning?*, in H. BALDERSHEIM, M. ILLNER, H. WOLLMANN (a cura di), *Local Democracy in Post-Communist Europe*, Opladen, Leske & Budrich, 2003, p. 123 ss. Per un raffronto con altri Paesi est-europei, v. inoltre A. COULSON, A. CAMPBELL (a cura di), *Local Government in Central and Eastern Europe. The Rebirth of Local Democracy*, London-New York, Routledge, 2007, in relazione ai casi di Ungheria, Repubblica ceca, Slovacchia, Stati baltici, Polonia, Ucraina e Russia. Su aspetti positivi e negativi delle amalgamazioni di Comuni nel particolare contesto istituzionale dell'Europa orientale, v. anche il recente studio di P. SWIANIEWICZ, *If Territorial Fragmentation is a Problem, is Amalgamation a Solution? An East European Perspective*, in *Local Government Studies*, 2010, p. 183 ss. Per una comparazione est-ovest, cfr. infine G. MARCOU, I. VEREBELYI (a cura di), *New Trends in Local Government in Western and Eastern Europe*, Brussels, International Institute of Administrative Sciences, 1993.

(49) Sull'esperienza belga (considerata nell'ottica comparativa) in tema di progressivo processo di federalizzazione, v. S. VENTURA (a cura di), *Da stato unitario a stato federale. Territorializzazione della politica, devoluzione e adattamento istituzionale in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2008 (ivi spec. p. 27 ss.).

(50) Con la creazione di Regioni dotate di assemblee elettive, ossia le *Regional Elected Assemblies*.

(51) Su quest'ultimo aspetto, v. il documentato saggio monografico di S. PAROLARI, *Il regionalismo inglese: the dark side of devolution*, prefaz. di A. TORRE, Padova, CEDAM, 2008. Per uno studio pionieristico sulle forme di autonomia regionale nell'ordinamento britannico, v. G.F. FERRARI, *Regionalismo e riforma costituzionale nel Regno Unito*, in *Le Regioni*, 1977, p. 734 ss.

cipali⁵² si manifesta con chiarezza anche in contesti extraeuropei, non soltanto come si è visto in precedenza negli Stati Uniti d'America ma anche nella traiettoria evolutiva delle istituzioni territoriali decentrate brasiliane⁵³, come pure nel peculiare contesto eurasiatico della Russia post-sovietica⁵⁴. In definitiva, si assiste a devoluzioni generalizzate⁵⁵, spesso diseguali o asimmetriche⁵⁶ come quella realizzata nello Stato autonomico spagnolo⁵⁷, la cui spinta fondamentale è rappresentata

(52) Vale a dire, le entità infrastatali che soprattutto nella letteratura politologica sono raggruppate nella formula generale dei c.d. *Non Central Governments* (NCG).

(53) Si veda la completa disamina di A. CLINI, *L'autonomia locale nell'ordinamento federale. Il caso del Brasile*, Padova, CEDAM, 2008.

(54) Cfr. A. REPOSO, *La Federazione russa come Stato autonomico: vicende della sovranità e amending power*, in *Il diritto della Regione. Il nuovo cittadino*, 2009, n. 5-6, n. speciale *Federalismo, decentramento e revisione costituzionale negli ordinamenti poli-centrici. Liber amicorum per N. Olivetti Rason*, a cura di A. REPOSO, L. PEGORARO, R. SCARCIGLIA, M. GOBBO, S. GEROTTO, p. 61, il quale definisce la Federazione russa come “un ordinamento tipicamente autonomico”. Si vedano inoltre le approfondite trattazioni, sviluppate anche nella dimensione diacronica, di M. GANINO, *Nuove tendenze dell'ordinamento locale: l'esperienza della Russia*, in R. SCARCIGLIA, M. GOBBO (a cura di), *Nuove tendenze dell'ordinamento locale. Fonti del diritto e forme di governo nell'esperienza comparata*, cit., p. 85 ss.; C. FILIPPINI, *Dall'Impero russo alla Federazione di Russia. Elementi di continuità e di rottura nell'evoluzione dei rapporti centro-periferia*, Milano, Giuffrè, 2004; Id., *L'evoluzione della disciplina sull'autogoverno locale nella Federazione di Russia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, p. 545 ss.; S. AVAKYAN, *Le peculiarità del modello russo di autogoverno locale e le prospettive per il suo perfezionamento*, in H. KUDO, G. LADU, L. PEGORARO (a cura di), *Municipi d'Oriente. Il governo locale in Europa orientale, Asia e Australia*, cit., p. 37 ss.; D. GORENBURG (a cura di), *Center-Periphery Relations After Ten Years of Centralization*, in *Russian Politics and Law*, 2010, n. 1, pp. 3-95; A. CAMPBELL, *The great chessboard: Federalism and localism in Putin's Russia*, in *Local Government Studies*, 2007, p. 761 ss.; C. ROSS, *The tortuous path of local government reform in the Russian federation*, *ivi*, 2006, p. 639 ss.

(55) Cfr., da ultimo, L. MALO, *Autonomie locale et Union européenne*, pref. di H. LABAYLE, Bruxelles, Bruylant, 2010, che parla di una *montée en puissance* delle *collectivités locales/infraterritoriales*.

(56) Sul tema, nella prospettiva sia teorica che comparativa (fra gli ordinamenti italiano, tedesco e spagnolo), v. C. BUZZACCHI, *Uniformità e differenziazione nel sistema delle autonomie*, Milano, Giuffrè, 2003, cui *adde* la disamina ad ampio raggio (modelli spagnolo, britannico, romeno, russo, sudafricano, canadese e dei Paesi arabi) di F. PALERMO, C. ZWILLING, K. KÖSSLER (a cura di), *Asymmetries in Constitutional Law. Recent Developments in Federal and Regional Systems*, Bolzano, Accademia Europea Bolzano, 2009.

(57) Su cui v., in una letteratura estesa, L. VANDELLI, *L'ordinamento regionale spagnolo*,

in numerosi casi da rivendicazioni nazionalistiche o comunque identitarie avanzate da minoranze etniche e nazionali⁵⁸. In quest'ultimo caso, peraltro, vi è il pericolo dell'insorgenza di una nuova retorica nazionale/nazionalista, questa volta declinata in chiave regionale, che può connotare l'accorpamento della rivendicazione autonomistica territoriale con quella identitaria, così da determinare una variante di "deriva nazionalista"⁵⁹.

Milano, Giuffrè, 1980; T. GROPPI (a cura di), *Il sistema di distribuzione delle competenze tra lo Stato e le Comunità Autonome*, Torino, Giappichelli, 1992; M. SALVADOR CRESPO, *Comuni e Province tra Stato e Comunidades Autónomas*, in G. PAVANI, L. PEGORARO (a cura di), *Municipi d'Occidente. Il governo locale in Europa e nelle Americhe*, cit., p. 65 ss.; E. CECCHERINI, *La participación del sistema autonómico en la formación de la voluntad del Estado*, in *Rev. estudios pol.*, 2001, p. 173 ss. Per i profili della comparazione con il diritto regionale italiano, v. L. PEGORARO, *Le definizioni degli ordinamenti decentrati negli statuti delle Regioni italiane e delle Comunidades Autónomas*, in *Il diritto della Regione. Il nuovo cittadino*, 2009, n. 5-6, p. 299 ss.

(58) Sulla necessità di approfondire lo studio dell'appartenenza territoriale e della dimensione identitaria a livello non soltanto nazionale, ma anche e soprattutto regionale e locale, insiste da ultimo (con argomentazioni che mi sembrano convincenti) E.A. IMPARATO, *Identità culturale e territorio tra Costituzione e politiche regionali*, Milano, Giuffrè, 2010; in precedenza, v. altresì S. MABELLINI, *Identità culturale e dimensione territoriale delle Regioni in Europa*, Milano, Giuffrè, 2008.

(59) Si veda, con riferimento al caso spagnolo, R.L. BLANCO VALDÉS, *La seconda decentralizzazione spagnola: fra riforma confederale e Stato possibile*, in S. GAMBINO (a cura di) *Regionalismi e statuti. Le riforme in Spagna e in Italia*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 103 ss. Ma v. già, nella nostra dottrina, l'autorevole opinione espressa da S. BARTOLE, *Dal regionalismo delle Regioni al regionalismo delle etnie*, in *Le Regioni*, 2000, p. 963 ss. Circa la "riscoperta" delle identità culturali locali da parte degli studi territorialisti, operazione che si configura quasi come "controcanto" alla "narrazione dominante" relativa ai processi di globalizzazione (intesi quali processi univoci di deterritorializzazione e/o despazializzazione), ovvero sul c.d. controcanto territoriale, nonché sul destino degenerativo che talvolta si accompagna (in una sorta di "abbraccio fatale") ai fenomeni di riterritorializzazione (ad es., nei Balcani occidentali, con le loro guerre interetniche) provocando populismo autoritario, localismo discriminatorio ovvero, nei casi estremi, manifestazioni di etno-razzismo, v. l'interessante riflessione di O. MARZOCCA, *Territorialismo, neoliberalismo, leghismo*, in *Il Ponte*, luglio-agosto 2010, p. 68 ss., il quale esamina le ragioni del territorialismo, come anche il carattere strategico e alternativo del "progetto locale" rispetto alla prospettiva globale, concludendo nel senso che le ricerche territorialiste "devono privilegiare necessariamente i tentativi e le pratiche che [...] si sottraggono o si oppongono alle declinazioni economicistiche, sovranitarie, tecnocratiche, xenofobiche, emergenziali del governo del territorio e dello spazio comune" (cfr. p. 73). *Adde* l'impostazione critica di F. REMOTTI, *L'ossessione identitaria*, Roma-Bari, Laterza, 2010, il quale osserva che: "identità – specialmente nell'uso che

D'altro canto, come già si diceva all'inizio (nel paragrafo 1), la crisi finanziaria mondiale ha più recentemente persuaso (o costretto) in molti casi⁶⁰ le autorità centrali degli Stati dell'utilità/necessità di determinare direttamente gli obiettivi di stabilità finanziaria e di debito pubblico degli enti regionali e locali, al fine di indurre il comportamento virtuoso di questi ultimi in sede di bilancio, ed è indubbio che tali limiti incidono fortemente sull'autonomia (quantomeno finanziaria) delle collettività territoriali decentrate. Al tempo della crisi economico-finanziaria globale la visione strategica di riforma o riordino del sistema delle autonomie territoriali è, insomma, indirizzata soprattutto verso l'uso appropriato delle risorse pubbliche (oltretutto, naturalmente, alla qualità dei servizi erogati), nella sempre più diffusa consapevolezza che l'eccesso di autonomia si traduce inevitabilmente in un eccesso di spesa delle autonomie.

se ne fa negli ambiti sociale, politico, individuale, a livello di senso comune, oltre che scientifico – è una *parola avvelenata*. Il veleno contenuto in questa parola così nitida e bella, così fiduciosamente condivisa, di impiego pressoché universale, può essere poco oppure tanto, impercettibile e quasi innocuo in un caso oppure pieno di conseguenze nefaste in un altro. Ma anche quando esso è impercettibile, la tossicità è presente in numerose idee che la parola contiene e, accumulandosi, può manifestarsi alla lunga, in maniera inattesa e imprevedibile. Perché e in che senso identità è una parola avvelenata? Semplicemente perché *promette ciò che non è*; perché ci illude su ciò che non siamo; perché fa passare per reale ciò che invece è una finzione o, al massimo, un'aspirazione" (v. *sub Introduzione*, spec. p. XI s., i corsivi sono dell'autore). Per un nuovo approccio territorialista al federalismo municipale solidale, secondo un percorso c.d. neo-municipalista e di "localismo consapevole", v. ora A. MAGNAGHI, *Il progetto locale. Verso la coscienza di luogo*, Torino, Bollati Boringhieri, 2010. Con riguardo alla rappresentanza del territorio nell'ottica costituzionalistica, cfr. altresì il recente saggio monografico di I. CIOLLI, *Il territorio rappresentato. Profili costituzionali*, Napoli, Jovene, 2010.

((60) Per l'esperienza spagnola, v. L. FERRARO, *La crisi finanziaria e lo Stato autonomo spagnolo*, nel sito Internet dell'"Associazione italiana dei costituzionalisti" (doc. datato 13 novembre 2012); in relazione all'Italia, v. i saggi monografici (freschi di stampa) di G. BIZIOLI, *L'autonomia finanziaria e tributaria regionale nell'attuazione del federalismo fiscale*, Torino, Giappichelli, 2012 e F. GIUFFRÈ, *Unità della Repubblica e distribuzione delle competenze nell'evoluzione del regionalismo italiano*, Torino, Giappichelli, 2012.

La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica alla luce della sentenza 199/2012 della Corte costituzionale e delle recenti novità normative

Antonella Azzariti

Sommario

1. Il quadro normativo di riferimento – 2. Principi ed effetti scaturenti dalla pronuncia della Corte costituzionale 199/2012 alla luce dell'art. 34 del d.l. 179/2012 – 3. Modelli gestori ammissibili – 4. Spunti emergenti dalle discipline di settore.

1. Il quadro normativo di riferimento

Attesa la complessità dei mutamenti in atto nella materia dei servizi pubblici di rilievo economico, sembra opportuno premettere all'analisi dell'attuale assetto della disciplina una breve ricostruzione del quadro normativo in cui interviene la pronuncia della Corte costituzionale 199/2012 e della disciplina "di risulta" che ne è conseguita. È noto, infatti, che, a fronte dell'originaria disciplina dettata dall'art. 113 del d.lgs. 267/2000 (TUEL), nell'ultimo quadriennio il legislatore ha attuato un complesso processo di riforma, incentrato sull'introduzione e generalizzazione del principio di liberalizzazione del settore dei servizi pubblici a rilievo economico e sull'apertura dei mercati di riferimento, avviato con l'art. 23-*bis* del d.l. 112/2008, conv. in legge 133/2008 e con il relativo regolamento attuativo, d.P.R. 168/2010 e proseguito, a seguito dell'abrogazione dell'art. 23-*bis* per effetto del referendum del giugno 2011, e della caducazione della disciplina regolamentare, con l'art. 4 del d.l. 138/2011, convertito con modificazioni in legge 148/2011 s.m.i., poi modificato dalla Legge di Stabilità per il 2012 – art. 9 della legge 183/2011 – e dall'art. 25 del d.l. 1/2012, conv. in legge 27/2012, noto come "Decreto Liberalizzazioni", che, attraverso l'art. 3-*bis*, ha introdotto ulteriori disposizioni concernen-

ti l'organizzazione sovracomunale dei servizi pubblici c.d. a rete, i vincoli e limiti per le società *in house* ed aziende speciali, nonché le modalità di affidamento del servizio di gestione dei rifiuti¹.

Come è noto, la disciplina resa nell'art. 4 del d.l. 138/2011, pur espungendo dal proprio ambito applicativo il servizio idrico in ossequio all'esito referendario, ricalcava quasi integralmente la disciplina resa nel previgente art. 23-*bis*, per di più generalizzando il principio di liberalizzazione ed introducendo una serie di obblighi procedurali, in capo ad enti locali o, per i servizi a rete, enti operanti a livello di ambito, volti a verificare la possibilità di ricorso al mercato (art. 4, commi 1-5).

Soltanto in caso di esito negativo di tale verifica, era possibile ricorrere al regime di esclusiva, attraverso le modalità alternative dell'affidamento a società di capitali integralmente privata, a società miste, con un limite del 40% di quote societarie imposto in capo al socio privato, ovvero a società *in house providing*, per il cui utilizzo, oltre al rispetto dei noti criteri comunitari del totale capitale pubblico, del controllo analogo e dell'attività prevalente, venivano introdotte precise soglie di valore economico, riferite al servizio complessivamente considerato (art. 4, commi 8-15).

La scelta legislativa di disciplinare in modo così puntuale e dettagliato le modalità di affidamento dei servizi di rilievo economico, basata sul presupposto della loro riconducibilità alla competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, *ex* art. 117, comma 2, lett. e) Cost., sebbene ritenuta legittima dalla Consulta – nelle pronunce 24/2011 e 325/2010² – sotto il profilo della possibilità di introduzione di regole concorrenziali più rigorose rispetto al nucleo minimo prescritto dal diritto comunitario, ha suscitato, già

(1) Art. 4 del d.l. 138/2011, conv. in legge 148/2011 s.m.i., in G.U. n. 216/2011. La letteratura riguardante le riforme degli ultimi anni è ampia: *ex multis*, si vedano: A. VIGNERI, C. DE VINCENTI, *Il punto sui servizi pubblici locali a rilevanza economica dopo il referendum del giugno 2011 e i successivi interventi legislativi*, Paper di Astrid, aprile 2012; B. GILIBERTI, L.R. PERFETTI, I. RIZZO, *La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del d.l. m. 135/2009*, in *Urbanistica e Appalti*, 2010, 3, p. 257; R. DE NICOLIS, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urbanistica e Appalti*, 2008, 10, p. 1109.

(2) Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325; Corte cost., 26 gennaio 2011, n. 24, punto 4.2.1.

all'indomani dell'entrata in vigore della norma, molteplici dubbi di costituzionalità sotto il profilo della lesione del vincolo referendario *ex art. 75 Cost.* e dei canoni di autarchia ed autodeterminazione degli enti locali *ex artt. 5, 114 e 118 Cost.*³.

In tale contesto regolatorio, già di per sé instabile e di difficile attuazione pratica⁴, la pronuncia 199/2012 della Consulta interviene sancendo l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 per violazione dell'art. 75 Cost., sul presupposto principale dell'identità della disciplina così reintrodotta quanto a principi ispiratori ed a contenuti normativi essenziali rispetto a quella preesistente.

Per quanto concerne la normativa c.d. "di risulta", a livello di disciplina generale continuano a trovare applicazione le richiamate disposizioni introdotte nell'art. 3-*bis* dall'art. 25 del d.l. 1/2012, conv. in legge 27/2012, sulle quali ci si soffermerà più diffusamente in seguito.

Inoltre, in base ai principi affermati dalla sentenza 24/2011 della Corte costituzionale in sede di valutazione dell'ammissibilità del quesito referendario relativo all'art. 23-*bis*, va ritenuto che dall'abrogazione referendaria di tale norma derivi, oltre all'applicazione immediata della disciplina comunitaria, la caducazione del d.P.R. 168/2010 e la non reviviscenza delle disposizioni da esso abrogate.

Per effetto di tale statuizione, continuano a non trovare applicazione nell'ordinamento attuale, con riferimento alla disciplina generale, le disposizioni di cui all'art. 113 del d.lgs. 267/2000, commi 5, 5-*bis*, 6, 7, 8, 9, 14, 15-*bis*, *ter* e *quater*, e, con riferimento alla normativa di

(3) A. LUCARELLI, *Prmissime considerazioni a margine degli articoli 4 e 5 del decreto legge n. 138 del 13 agosto 2011 e relativo impatto sui servizi pubblici locali*, in *Rivista telematica dell'Aic*, 2011, n. 3; G. CAIA, *Modi di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Diritto Amministrativo dell'Economia*, Libro dell'anno del Diritto 2012, Roma, Enciclopedia Giuridica Treccani, p. 321; L.R. PERFETTI, *La disciplina dei servizi pubblici locali ad esito del referendum e il piacere dell'autonomia locale*, in *Urbanistica e Appalti*, 2011, p. 906 ss.

(4) Ben evidenzia le difficoltà applicative degli obblighi posti in capo agli enti locali dall'art. 4 del d.l. 138/2011 S. COLOMBARI, *I servizi pubblici locali dopo il referendum, le manovre estive e la legge di stabilità: il quadro normativo ed i rapporti con le normative di settore nella materia dei rifiuti*, atti del Convegno "La gestione dei rifiuti tra normativa di settore e nuova disciplina dei servizi pubblici locali", Celano (AQ), 14 dicembre 2011.

settore, le disposizioni in materia di affidamento del servizio idrico integrato e gestione rifiuti dettate dagli artt. 150 e 202, comma 1, del d.lgs. 152/2006 s.m.i.

Diversamente, continuano ad applicarsi le disposizioni rese nell'art. 113, commi 2, 3, 8, 5-ter, 6, 9 e 11 del TUEL, non risultanti abrogate né per effetto dell'art. 23-bis né del successivo art. 4, che riguardano: *a*) proprietà pubblica delle reti; *b*) diritto di accesso alle reti e ai beni strumentali al servizio, nel caso di pluralità di gestori; *c*) possibilità di gare multiservizi; *d*) rilevanza pubblica dei contratti del gestore e loro affidamento a mezzo di procedure ad evidenza; *e*) clausola di reciprocità; *g*) regime delle reti a fine gestione; *b*) necessità del contratto di servizio; *i*) divieto di partecipazione a gare per gli affidatari diretti; *l*) regime differenziato per le società quotate in borsa⁵.

Per quanto concerne, invece, il quadro normativo settoriale, non è in discussione la vigenza delle discipline di settore su cui non incidevano gli artt. 23-bis e 4 – il gas naturale, l'erogazione di energia elettrica, la gestione delle farmacie comunali – mentre, con riferimento ai settori prima ricompresi nell'ambito applicativo dell'art. 4, comma 34 del d.l. 138/2011 vanno considerate le loro originarie normative settoriali, eccezion fatta per le disposizioni formalmente abrogate – si pensi all'art. 202, comma 2 del d.lgs. 152/2006 s.m.i., per la gestione dei rifiuti, nonché a quelle in materia di trasporto pubblico locale, dettate dal Regolamento CE 1370/07 e dagli artt. 18 del d.lgs. 422/1997 e 61 della legge 99/2009.

Così ricostruito lo scenario normativo c.d. “di risulta”, bisogna poi tener conto di una serie di provvedimenti normativi, aventi un'incidenza, diretta o riflessa, sulla materia indagata.

In primo luogo, viene in considerazione l'art. 34, commi 13-16 del d.l. 179/2012, che interviene successivamente all'intervento della Consulta, prevedendo, in capo agli enti locali, un nucleo di obblighi preordinati all'affidamento dei servizi a rilievo economico.

(5) Secondo A. VIGNERI (a cura di), *La disciplina dei servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012* (versione provvisoria), dicembre 2012, in www.astrionline.it, tali disposizioni sono da ritenersi norme di principio per la materia in esame.

Inoltre, va valutata l'incidenza delle misure introdotte dall'art. 4 del d.l. 95/2012, conv. in legge 135/2012, in materia di società pubbliche, nell'ambito del processo di razionalizzazione della spesa pubblica noto come *Spending Review*, e la loro possibile applicazione rispetto alle società che gestiscono servizi pubblici locali, nonché del recente d.l. 174/2012, conv. in legge 213/2012, che rafforza le funzioni di controllo esercitate dalla Corte dei conti sugli enti locali.

2. Principi ed effetti scaturenti dalla pronuncia della Corte costituzionale 199/2012 alla luce dell'art. 34 del d.l. 179/2012

Nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 per violazione del divieto di ripristino della normativa abrogata in sede referendaria ex art. 75 Cost., la Corte pone una serie di canoni interpretativi sia in relazione ai caratteri e limiti della competenza legislativa esclusiva statale nella materia servizi pubblici locali di rilievo economico, sia in relazione agli spazi di competenza legislativa regionale residuale che agli ambiti di autonomia organizzativa degli enti locali.

Sul piano del diritto costituzionale, è stato evidenziato come, rispetto alla giurisprudenza precedente, vi sia un'esplicita affermazione del vincolo referendario discendente dall'art. 75 Cost., nei confronti del potere legislativo nonché del riconoscimento della legittimazione delle Regioni ad invocare tale norma in sede di giudizio di costituzionalità, sulla base della potenziale lesione delle loro attribuzioni costituzionalmente riconosciute⁶.

Innanzitutto, sulla scorta di quanto già affermato in precedenti pronunce⁷, viene statuito che il legislatore, entro il limite negativo del

(6) A. LUCARELLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità del patto di stabilità interno alle s.p.a. in borse ed alle aziende speciali*, in *Federalismi.it*, 2012, n. 18; S. LA PORTA, *Il "ripristino" della normativa abrogata con referendum: brevi note a margine della travagliata vicenda dei servizi pubblici locali*, in *Rivista telematica giuridica dell'Aic*, 2012, n. 4.

(7) Corte cost., sentenze 468/1990, 32/1993 e 33/1993, nelle quali viene inserita, come *obiter dictum*, la precisazione: "Nei limiti del divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare, il legislatore potrà correggere, modificare o integrare la disciplina residua". In dottrina, si richiamano, *ex multis*: M. LUCIANI, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 2005.

divieto di ripristino formale e sostanziale della normativa abrogata discendente dall'art. 75 Cost., conserva il potere di intervenire positivamente nella medesima materia, ferma restando la possibilità di esercizio del sindacato ordinario di legittimità costituzionale su di essa.

Per quanto concerne i limiti alla competenza legislativa esclusiva statale nella materia in oggetto, in primo luogo, viene ritenuta in contrasto con l'esito referendario e con quanto statuito nella sentenza 24/2011⁸ la limitazione dell'affidamento diretto secondo la modalità *in house providing* mediante l'introduzione di soglie di valore economico, in quanto incompatibile con il diritto comunitario che consente, in via d'eccezione – qualora l'applicazione delle regole di concorrenza sia d'ostacolo alla “speciale missione” dell'ente pubblico ex art. 106 TFUE – la gestione diretta del servizio pubblico a mezzo del modello *in house*, nel rispetto della partecipazione pubblica totalitaria e dei criteri del controllo analogo e dell'attività prevalente.

È noto, infatti, che la giurisprudenza comunitaria ricomprenda, nell'ambito del concetto di libertà di autorganizzazione dell'ente locale, la gestione diretta dei servizi di interesse generale, senza necessità di ricorso ad entità esterne, affermando la possibilità di esercizio anche in collaborazione con altre autorità pubbliche⁹.

In questo senso, la potestà legislativa statale in materia di tutela della concorrenza esplicitantesi nella disciplina delle forme organizzative dei servizi pubblici viene ricondotta entro limiti di proporzionalità, ragionevolezza ed adeguatezza, sviluppando i principi già affermati nella sentenza 272/2004¹⁰.

(8) In base alla sentenza 24/2011, la *ratio* del quesito referendario risiedeva proprio “Nell'intento di escludere l'applicazione delle norme, ex articolo 23-bis, che limitavano le ipotesi di affidamento diretto e segnatamente *in house* per tutti i servizi di rilevanza economica”.

(9) Corte di Giustizia CE, Grande Sezione, 9 giugno 2009, n. C-480/06 in www.diritto-deiservizipubblici.it.

(10) Sul principio di proporzionalità: *ex multis*, A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; Id., *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, in *GdA*, 2006, p. 1107 ss.

Ne discende che l'introduzione di regole concorrenziali nell'ambito delle scelte organizzative per l'affidamento dei servizi non possa essere intesa come un obiettivo imposto all'ente locale, da perseguire, come era nell'impianto dell'art. 4 del d.l. 138/2011, mediante un nucleo dettagliato e prescrittivo di regole, ma vada letta come uno strumento del quale gli enti locali devono avvalersi nell'ambito delle loro scelte organizzative, nell'ottica di perseguimento di un regime di concorrenza effettiva¹¹.

Il principio è espresso ancor più chiaramente nella coeva pronuncia 200/2012, ove, in relazione all'art. 3 del d.l. 138/2011, introduttivo di misure di liberalizzazione di vario tipo, viene affermato che la competenza del legislatore statale in materia di tutela della concorrenza non debba tradursi in una regolamentazione delle attività economiche eccessivamente intrusiva e sproporzionata rispetto alla tutela di altri beni costituzionalmente protetti.

La liberalizzazione delle attività economiche, in quanto strumento di promozione della concorrenza, viene letta come disposizione di principio, tale da richiedere "ulteriori sviluppi normativi sia da parte del legislatore statale che da parte del legislatore regionale, nei propri rispettivi ambiti di competenza".

Infine, sullo sfondo dei principi interpretativi enunciati dal giudice costituzionale, sembra esservi un richiamo al principio di sussidiarietà espresso nell'art. 118 Cost., inteso sia nell'accezione c.d. "verticale", dovuta all'esigenza di rispettare le funzioni amministrative attribuite ai livelli istituzionali più vicini alle comunità locali, sia nell'accezione "orizzontale", nel senso del coinvolgimento, ove possibile, di operatori economici privati da parte dei soggetti pubblici¹².

In secondo luogo, per quanto riguarda le competenze regionali, il

(11) Tale caratteristica era stata già colta, in chiave critica, in dottrina. Sul punto: G. PIPERATA, *La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi interventi legislativi di stabilità economica*, in *GdA*, 2012, 1, p. 27.

(12) Effettua un implicito richiamo al principio B. SPADONI, *Le prospettive istituzionali e gestionali dei servizi pubblici locali dopo l'abrogazione dell'articolo 4 del d.l. 138/2011*, in www.astrid-online.it. In giurisprudenza, un espresso richiamo ad esso si rinviene in Corte dei conti, Sez. reg. contr. per la Regione Basilicata, 20 settembre 2012, n. 20.

Giudice delle Leggi sancisce il divieto di tipizzazione legislativa statale delle forme di gestione dei servizi pubblici locali, escludendo del tutto le Regioni.

In tal modo, come già affermato nella precedente pronuncia 272/2004, viene ritenuto che la potestà legislativa statuale in materia di “tutela della concorrenza”, ex art. 117, comma 2, lett. e) Cost., non potesse tradursi in una eccessiva compressione dell'autonomia regionale e locale, poiché, trattandosi di una “materia trasversale”, la stessa va ad intrecciarsi con una pluralità di interessi, alcuni dei quali rientranti nella sfera di competenza, concorrente o residuale, delle Regioni.

Nell'odierna sentenza, viene altresì affermata la potenziale lesione, ad opera dell'art. 4 del d.l. 138/2011 in conseguenza della violazione dell'art. 75 Cost., degli spazi di competenza legislativa residuale regionale.

È noto, infatti, che né la disciplina resa nell'art. 23-*bis* del d.l. 112/2008 né quella successivamente espressa nell'art. 4 del d.l. 138/2011, nella versione originaria, facevano riferimento alle competenze regionali.

A tale proposito, autorevoli voci dottrinali avevano richiamato l'attenzione sul ruolo dei legislatori regionali nelle scelte organizzative in materia di servizi pubblici locali di rilievo economico, oggi esplicitamente affermato dalla Corte costituzionale, sottolineando l'importanza di forme di collaborazione ed interazione tra le autorità centrali, regionali e locali nelle scelte allocative e di programmazione dei servizi¹³.

Sul punto, la richiamata disposizione resa nell'art. 3-*bis* del d.l. 138/2011 che introduce il principio di organizzazione a livello sovra-comunale dei servizi pubblici a rete in ambiti territoriali ottimali, rimettendo alle Regioni competenze organizzative dei servizi e di delimitazione degli ambiti, assume un rilievo primario nel riconoscimento del loro ruolo e nell'indicazione delle relative linee di indirizzo.

(13) G. NAPOLITANO, *Il disegno istituzionale: il ruolo delle autorità indipendenti di regolazione*, in Astrid, *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, a cura di A. VIGNERI, C. DE VINCENTI; sul punto, altresì, L. CAVALLO, *Analisi normativa ed assetti di mercato: configurazione dei soggetti di governo e dei soggetti di regolazione*, in C. DE VINCENTI (a cura di), *Finanziamento delle local utilities e investimenti di lungo termine*, Rimini, 2012, p. 249.

Le previsioni in essa contenute andranno, tuttavia, poste in rapporto con la legislazione di settore già prevedente l'organizzazione per ambiti per molteplici servizi, quali il gas, i servizi idrici, i servizi afferenti il ciclo dei rifiuti ed i trasporti, che, allo stato attuale, è interessata, per alcune tipologie di servizi, da un profondo processo di riforma degli ATO, avviato con l'art. 2, comma 38, della legge 244/2007 (Finanziaria 2008), e proseguito con l'art. 1-*quiquies* della legge 42/2010 (c.d. Calderoli)¹⁴.

In attesa di ulteriori sviluppi a livello regionale, vanno mantenuti fermi i principi già acquisiti a livello settoriale, quali, in particolare, la necessità di separazione tra le funzioni di organizzazione e controllo dei servizi ed erogazione e gestione dei servizi ed il *favor* per l'affidamento con gara, peraltro reso esplicito nell'art. 3-*bis*.

In questo senso, vale la pena richiamare la sentenza 62/2012 della Consulta, relativa alla l.r. Puglia 11/2011 ove, in relazione alle modalità di affidamento del servizio idrico integrato, viene statuito che la legge regionale debba limitarsi ad individuare l'ente o il soggetto che eserciti le competenze, già spettanti alle Autorità d'ambito, senza spingersi fino a prescrivere le forme di aggiudicazione e gestione del servizio, la cui individuazione debba avvenire comunque con gara¹⁵. Inoltre, appare rilevante la posizione espressa dalla Conferenza delle Regioni e Province autonome in relazione al disegno di legge n. 4240-B, modificativo del d.lgs. 152/2006 s.m.i., che, sia pur nel vigore dell'art. 4 del d.l. 138/2011¹⁶, stigmatizza, proprio per le possibili commistioni tra funzioni di indirizzo e gestorie, la disposizione prevedente, per il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani, la possibilità di aggregazione delle aziende a totale capitale pubblico al

(14) Per l'inquadramento della tematica dell'organizzazione a livello regionale dei servizi pubblici a rete e delle problematiche ad essa sottese, si rinvia a: A. VIGNERI (a cura di), *La disciplina dei servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012*, cit., p. 28. Sull'evoluzione della disciplina degli ATO, si rinvia al contributo di E.M. PALLI, in questo numero.

(15) Corte cost., 21 marzo 2012, n. 62, in www.giurcost.org.

(16) Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, Documento 12/110/CR09/c5 del 25 luglio 2012, contenente "Proposte emendative all'A.C. n. 4240-b – Modifiche al d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 e altre disposizioni in materia ambientale".

fine di costituire Autorità d'ambito e ottenere affidamenti in deroga al previgente art. 4 del d.l. 138/2011.

Infine, terzo profilo di incidenza della pronuncia 199/2012 è l'affermazione della necessità di rispetto, da parte del legislatore nazionale, della sfera di autonomia organizzativa degli enti locali nelle scelte organizzative preordinate all'affidamento dei servizi, in base agli artt. 5, 114 e 118 Cost.

Tale assunto, invero immanente nell'elaborazione dottrinale, sia anteriore che coeva alle riforme degli ultimi anni¹⁷ che nel pensiero giurisprudenziale¹⁸, si basa sulla necessità di temperamento tra il rispetto delle regole concorrenziali di derivazione comunitaria ed i margini di autonomia organizzativa degli enti locali nelle loro sfere di competenza.

Come osservato in dottrina, per effetto della pronuncia della Corte costituzionale, l'affermazione dei principi comunitari volti all'instaurazione di un regime di concorrenza effettiva non può essere prescritta dall'esterno agli enti locali a cui compete la facoltà di scelta circa le modalità di organizzazione e gestione dei propri servizi, derivandone l'illegittimità costituzionale di vincoli e condizioni imposte in tal senso¹⁹.

L'assunto assume ancor più rilievo se letto in concomitanza con la disposizione espressa nell'art. 17 del d.l. 95/2012, conv. in legge 135/2012, che annovera tra le funzioni fondamentali dei Comuni, *ex*

(17) Su cui, anteriormente alle recenti riforme, si veda, *ex multis*: F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. Econ.*, 2005, p. 239; R. URSI, *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. Amm.*, 2004, p. 747. Successivamente all'entrata in vigore dell'art. 23-bis della legge 133/2008 e dell'art. 4 della legge 148/2011, si vedano, *ex multis*: A. VIGNERI, C. DE VICENTI, *Il punto sui servizi pubblici a rilevanza economica dopo il referendum del giugno 2011 ed i successivi interventi legislativi*, cit.; G. ROSSI, *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, in www.giustamm.it.

(18) Già a partire da Consiglio di Stato, Sez. V, 23 aprile 1998, n. 477, ove si afferma che "la tutela comunitaria del mercato non interferisce sino a disconoscere ai singoli apparati istituzionali ogni margine di autonomia organizzativa nell'approntare la produzione e l'offerta dei servizi e delle prestazioni di rispettiva competenza".

(19) B. SPADONI, *Le prospettive istituzionali e gestionali dei servizi pubblici locali dopo l'abrogazione dell'articolo 4 del d.l. 138/2011*, cit.

art. 117, comma 2, lett. p) Cost., l'organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale, ivi compresi i servizi di trasporto pubblico comunale e l'organizzazione e gestione dei servizi di raccolta, avvio e smaltimento e recupero dei rifiuti urbani e la riscossione dei relativi tributi.

Nel contesto interpretativo successivo alla sentenza 199/2012, si è immediatamente posto il problema del modo in cui esercitare la discrezionalità, o meglio "libertà responsabile"²⁰, così rimessa agli enti locali nella scelta delle formule organizzatorie dei servizi di rilievo economico, richiamando l'attenzione sul generale rispetto delle regole di derivazione comunitaria, ma anche sui principi di efficacia, economicità ed efficienza e sul rispetto del generale obbligo di motivazione delle scelte effettuate dall'ente locale, in nome del principio di trasparenza.

Dunque, la disciplina introdotta dall'art. 34, commi 13-16 del d.l. 179/2012 rappresenta la prima risposta del legislatore ai *dicta* espressi dalla Consulta nella pronuncia 199/2012.

La norma, al comma 13, impone all'ente affidante la redazione di un'apposita relazione, da effettuarsi entro il 31 dicembre 2013, dando conto del rispetto dei parametri comunitari per la forma di gestione prescelta e della definizione di specifici obblighi di servizio pubblico, indicando eventualmente le compensazioni economiche.

Diversamente dalla delibera-quadro prevista dall'art. 23-*bis* e successivamente dall'art. 4 del d.l. 138/2011, non viene prescritto il percorso valutativo che l'ente locale debba osservare, richiedendosi esclusivamente l'indicazione delle ragioni di tale scelta, anche nella prospettiva dell'economicità della gestione, e la sussistenza dei requisiti previsti dal diritto europeo.

In primo luogo, va evidenziata la sussistenza di obblighi di servizio pubblico imposti al gestore e le eventuali compensazioni economiche

(20) ANCI, Note interpretative del 24 luglio 2012, *Prime osservazioni sull'affidamento dei Servizi Pubblici Locali di rilevanza economica alla luce della sentenza della Corte costituzionale del 20 luglio 2012, n. 199* e del 14 giugno 2011, *Prime osservazioni sull'affidamento dei servizi pubblici locali e sulla tariffa del servizio idrico integrato in esito al referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011*.

attribuitegli, verificando se queste ultime possano integrare un aiuto di Stato, facendo sorgere, in quest'ultimo caso, un obbligo di notificazione alla Commissione UE in funzione del valore, della natura e delle caratteristiche delle stesse compensazioni.

In questo senso vanno richiamati i principi dettati nel cosiddetto “Pacchetto SIEG” in relazione all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato – art. 107, par. 1 TFUE – ed alle compensazioni economiche concesse per la prestazione di servizi di interesse economico generale, i cui contorni risultano già chiariti dal giudice comunitario (C. 24 luglio 2003, C-280/00)²¹.

In secondo luogo, alla luce del dato interpretativo e giurisprudenziale più recente, va ritenuto che l'ente locale debba verificare se vi siano margini di liberalizzazione del servizio, motivando eventualmente il mancato ricorso al mercato.

Così si è recentemente espressa l'AGCM, segnalando lo scarso grado di apertura di settori rilevanti, quali il trasporto pubblico locale e la gestione dei rifiuti, e la necessità di introdurre, ove possibile, misure di liberalizzazione di attività rientranti nella gestione di tali servizi²².

Anche il giudice contabile, intervenuto sul punto, ha posto l'accento sulla necessità di valutazione, da parte degli enti locali procedenti, delle possibilità di liberalizzazione di quei servizi che consentano una gestione pienamente concorrenziale, sia per effetto dell'evoluzione dei singoli mercati ovvero dell'evoluzione tecnologica di settore, sia motivando in base al crescente disfavore mostrato dal legislatore verso l'utilizzo dello strumento societario per la gestione dei servizi pubblici locali in nome di ragioni di contenimento della spesa pubblica²³.

(21) Pacchetto SIEG, composto dai seguenti atti: Comunicazioni della Commissione 2012/C 8/02 e 2012/C 8/03; Commissione UE, Decisione del 20 dicembre 2011, cit.; Regolamento (UE) n. 360/2012 del 25 aprile 2012.

In giurisprudenza: Corte di Giustizia CE, 24 luglio 2003, C-280/00, nella quale vengono precisati i criteri cumulativi che devono ricorrere, affinché sia configurabile l'istituto della compensazione economica in luogo di sovvenzioni *sub specie* di aiuti di Stato.

(22) AGCM, Segnalazione in merito a “Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza - Anno 2013”.

(23) Corte dei conti, Sez. reg. contr. per la Regione Basilicata, 20 settembre 2012, n. 20, cit. Per quanto riguarda i provvedimenti volti alla razionalizzazione dell'utilizzo dello

Ad esempio, in relazione ai settori della gestione dei rifiuti e del trasporto pubblico locale, possono trarsi utili indicazioni dall'esperienza applicativa dell'AGCM, maturata nell'esercizio della funzione consultiva *ex artt. 23-bis* del d.l. 112/2008 e 4 del d.l. 138/2011.

Nel primo dei settori considerati, risulta pacificamente affermata la necessità di rispetto della gestione liberalizzata per le attività di trattamento e recupero dei rifiuti e per la gestione dei rifiuti speciali, nonché per la gestione degli impianti di smaltimento e/o recupero²⁴.

Del resto, tale orientamento è oggi positivamente espresso nel richiamato art. 25, comma 4 del d.l. Liberalizzazioni, che, incidendo sull'art. 202 del codice dell'ambiente, prevede che "la gestione integrata possa comprendere le attività di realizzazione e gestione degli impianti", consentendo così la restituzione al mercato liberalizzato di tali attività, nel rispetto delle linee programmatiche regionali in ordine alla loro localizzazione.

Diversamente, con riferimento al trasporto pubblico locale, l'AGCM evidenzia la concreta praticabilità del passaggio dal regime di esclusiva ad un regime autorizzatorio, mediante tariffe regolate, per segmenti o porzioni dei servizi di trasporto pubblico locale – ad esempio intercomunali interprovinciali – per i quali vi siano esigenze ambientali, di ordine pubblico e di sostenibilità ed autosufficienza economica del servizio tali da non precludere la possibile sovrapposizione di più operatori sullo stesso mercato²⁵.

strumento societario ai fini del contenimento della spesa pubblica, ci si riferisce a: art. 3, commi 27, 28, 29 della legge 244/2007; art. 14, comma 32 del d.l. 78/2010, conv. in legge 122/2010; artt. 4 e 9 del d.l. 95/2012, conv. in legge 135/2012, sul cui rapporto con la pronuncia 199/2012 della Consulta ci si soffermerà nel successivo paragrafo.

(24) Per il settore della gestione dei rifiuti, si richiamano le Segnalazioni: 15 settembre 2011-AS879, per le attività di trattamento e recupero; 29 marzo 2012-AS922, per i rifiuti speciali; 2 aprile 2012-AS927.

(25) Pareri: AS927 del 28 marzo 2012, in Boll. AGCM n. 13/2012; AS947 del 26 aprile 2012, in Boll. AGCM n. 24/2012. Sulle attuali problematiche del TPL, si rinvia a: A. ARGENTATI, *La riforma dei servizi pubblici locali, il parere dell'AGCM sulle delibere-quadro, e la sentenza n. 199/2012 della Corte costituzionale: tanto rumore per nulla?*, in www.federalismi.it; *ivi*, altresì, A. CABIANCA, *Il trasporto pubblico locale ai tempi della crisi: il punto dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e dopo il Decreto c.d. Spending Review (d.l. n. 95/2012)*.

Una volta effettuata la verifica in ordine alle possibilità di liberalizzazione del servizio, l'ente locale è tenuto ad indicare le ragioni della scelta della forma di affidamento – diretto, mediante procedura a evidenza pubblica, affidamento a società mista in cui il socio sia scelto con gara – dimostrando, in ciascuna ipotesi, le specifiche condizioni richieste dal diritto comunitario.

Le ragioni di tale scelta andranno motivate anche in termini di efficienza della gestione, economico-finanziaria, e della capacità di assicurare un'elevata qualità del servizio e degli investimenti a ciò necessari, tenuto altresì conto del rafforzamento dei controlli esercitati da parte della Corte dei conti in base a quanto previsto dall'art. 3 del recente d.l. 174/2012, nel testo convertito dalla legge 213/2012²⁶.

Tanto precisato, si possono effettuare alcune considerazioni sui modelli gestori ammessi nell'attuale contesto normativo.

3. Modelli gestori ammissibili

La caducazione dell'art. 4 del d.l. 138/2011 e l'affermata necessità di rispetto dell'adeguamento ai canoni discendenti dal diritto europeo nella scelta dei gestori dei servizi pubblici di rilievo economico, oggi positivamente enunciata dall'art. 34 del d.l. 179/2012, impongono all'ente locale il rigoroso rispetto dei principi interpretativi enunciati a livello comunitario e nazionale in relazione alle formule gestorie utilizzabili per tali tipologie di servizi.

Principalmente, dunque, il loro affidamento dovrà avvenire, a mezzo di procedure ad evidenza pubblica, a favore di società di capitali interamente private o a società miste pubblico-private ovvero in via diretta a società rispondenti allo schema dell'*in house providing*, nel rispetto degli ormai noti elementi costitutivi di tali figure così come ricostruiti dall'elaborazione giurisprudenziale comunitaria ed interna²⁷.

(26) Si veda sul punto, G. FARNETI, *Le problematiche gestionali più attuali delle società partecipate dagli enti locali*, in *Azienditalia*, 2012, 11, p. 780.

(27) Per l'esame degli elementi costitutivi di tali modelli societari, sia consentito rinviare a A. AZZARITI, *I servizi pubblici di rilevanza economica dopo il referendum: le novità e conferme della legge n. 148/2011*, in *IDF*, 2011, 3, p. 531 ss. Più compiutamente si veda il Quaderno *IDF* "Le Società a partecipazione pubblica degli enti territoriali", n. 2 del 2011.

In relazione alle società miste ed *in house providing*, vanno effettuate alcune precisazioni sugli elementi costitutivi alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali in materia, nonché analizzato il rapporto con le disposizioni in materia di contenimento della spesa pubblica – rese negli artt. 3, commi 27, 28, 29 della legge 244/2007, art. 14, comma 32 del d.l. 78/2010, conv. in legge 122/2010 – e con gli artt. 4 e 9 del d.l. 95/2012, conv. in legge 135/2012 in materia di c.d. *Spending Review*.

In relazione alla formula organizzatoria della società mista, ferma restando la necessità di espletamento di una gara “a doppio oggetto” avente, al contempo, ad oggetto l'affidamento del servizio e la selezione del socio privato, va richiamata l'attenzione sulla latitudine dell'oggetto della gara, nel senso della possibile limitazione a segmenti o frazioni di servizi, nonché sul *quantum* di quote societarie da attribuire al socio privato a seguito della caducazione del limite posto dall'art. 4 del d.l. 138/2011.

Sotto il primo profilo, la giurisprudenza più recente ha chiarito che la conformità allo schema delineato impone l'affidamento al socio privato non di un qualunque compito operativo, bensì di ogni attività necessaria all'esecuzione dell'appalto e del servizio che sia suscettibile di rendere una utilità economica, da determinarsi nel bando di gara²⁸. In relazione al *quantum* di quote spettanti al socio privato, a fronte dell'abrogazione dell'art. 4 del d.l. 138/2011, rappresenta un dato ormai acquisito nell'interpretazione giurisprudenziale che questi abbia natura di socio operativo o industriale, *sub specie* di socio d'opera, diverso dunque dalla figura del socio finanziatore, al quale vanno attribuiti compiti operativi relativi alla gestione del servizio e, a tal fine, deve essere dotato di adeguati requisiti tecnico-finanziari e strutturali e di adeguate competenze gestionali²⁹.

(28) Consiglio di Stato, Sez. V, 20 aprile 2012, n. 2348, in *Urbanistica e Appalti*, 2012, 10, con nota di A. GUERRIERI, *L'effettivo affidamento di compiti operativi al socio privato*, p. 1068. In dottrina, da ultimo, sul modello della società mista: M.P. CHITI, *Il partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2009; A.M. SANDULLI, *Il partenariato pubblico-privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa*, Relazione presentata a Bologna, presso la Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica, il 23 gennaio 2012.

(29) Già a partire da Consiglio di Stato, Sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192, in *Giur. it.*,

Rilevante appare, inoltre, la disamina del rapporto tra l'utilizzo del modello della società mista e le richiamate disposizioni in materia di razionalizzazione della spesa pubblica, sotto il profilo della loro applicabilità nonché, eventualmente, della loro compatibilità con i principi espressi nella pronuncia 199/2012.

È noto, infatti, che gli artt. 3, commi 27, 28, 29 della legge 244/2007 e 14, comma 32 del d.l. 78/2010, conv. in legge 122/2010, hanno introdotto disposizioni volte a restringere il mantenimento delle partecipazioni da parte degli enti locali e favorirne la dismissione da parte di Comuni demograficamente minori, prevedendo il divieto di costituzione di nuove società per Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti, salva la possibilità di associazione con altri enti, in modo da superare tale soglia numerica, e la detenzione di una partecipazione paritaria ovvero proporzionale al numero di abitanti.

In particolare, l'art. 3, comma 27, stabilisce il divieto di costituzione di società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, e di assunzione o mantenimento di partecipazioni, anche di minoranza, in esse, ferma restando la possibilità di costituzione di società che producono servizi di interesse generale.

Tali disposizioni, sulla scorta del pensiero giurisprudenziale e dottrinale sul punto, trovano applicazione con riferimento alle società che erogano servizi strumentali alle attività istituzionali degli enti locali.

Sul punto va principalmente richiamata la pronuncia della Corte costituzionale 326/2008 ove, in relazione alle disposizioni contenute nell'art. 13 del d.l. 223/2006, conv. in legge 248/2006, noto come "Decreto Bersani", viene chiarita la distinzione tra l'attività svolta da società a totale o parziale partecipazione pubblica a supporto delle funzioni amministrative dell'ente di riferimento e l'attività d'impresa, tra cui quella svolta da società costituite per la gestione dei servizi pubblici locali, che mirano a soddisfare direttamente in via immediata esigenze generali della collettività³⁰.

1998, 6, p. 1257, la giurisprudenza precisa che la posizione del socio privato nella società mista non si riduca all'apporto economico, ma si sostanzia in quella di socio imprenditore, che apporta *know-how* e svolge compiti operativi.

(30) Corte cost., 1° agosto 2008, n. 326, in *GdA*, 2009, 1, p. 11, con nota di R. URSI, *La*

Sulla tematica si registrano altresì recenti interventi del giudice contabile resi nelle deliberazioni delle Sezioni regionali di controllo per il Veneto (n. 436 del 9 luglio 2012), per la Basilicata (n. 20 del 20 settembre 2012), e per la Lombardia (n. 506 del 27 novembre 2012)³¹. In tali pronunce viene da un lato affermata l'ammissibilità di costituzione di società miste volte all'erogazione di servizi pubblici locali, ascrivibili alla definizione *ex art. 3*, comma 27 della legge 244/2007, di società che erogano servizi di interesse generale, prescindendo così dai limiti demografici della popolazione di riferimento posti dal successivo art. 14, comma 32 del d.l. 178/2010, sulla base dell'assunto della effettuazione da parte del legislatore a monte della valutazione circa il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente.

Dall'altro, viene posto l'accento sulla necessità di dare una lettura costituzionalmente orientata dello strumento societario per l'erogazione di servizi pubblici locali alla luce di quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza 199/2012, e dunque consentendo il ricorso ad esso secondo i principi del diritto europeo, richiamando tuttavia l'attenzione degli enti locali sull'esigenza di evitare fenomeni elusivi e moltiplicativi delle spese, in nome dei principi di efficacia, efficienza, economicità.

Diversamente, per quanto concerne il modello organizzativo *in house*, nel richiamare integralmente i noti principi affermati a livello comunitario in tema di controllo analogo ed attività prevalente³², va rilevato come la più recente giurisprudenza comunitaria ponga l'accento sulla

Corte costituzionale traccia i confini dell'art. 13 del Decreto Bersani. Tale aspetto è stato altresì chiarito da: Cons. Stato, V, 5 marzo 2010, n. 1282 e Cons. Stato, V, 12 giugno 2009, n. 3766. In dottrina, si vedano, altresì: A. MASSERA, *Le società pubbliche*, in *GdA*, 2009, p. 894; M.P. CHITI, *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *GdA*, 2009, p. 1115.

(31) Reperibili in www.dirittodeiservizipubblici.it.

(32) A partire dal noto caso *Teckal*, Corte di Giustizia CE, 18 novembre 1999, C-107/98, in *Racc.*, I, p. 8121 fino alle successive, e note, pronunce: 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle e Rpl Lochau*, in *Racc.*, I-1, punto 49; 21 luglio 2005, causa C-231/03, *Coname*, in *Racc.*, I-7287, punto 26; 11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo*, in *Racc.*, I-4137, punto 37; 19 aprile 2007, causa C-295/0, *Asemfo*, in *Racc.*, I-2999, punto 57; 17 luglio 2008, C-71/07, *Campoli*.

necessità di seguire un approccio “funzionale” nella ricostruzione dei requisiti integranti la formula organizzatoria *de qua*, anziché “dominica”, ossia basato su una accezione esclusivamente formale della governance pubblica, in nome dei principi di effettività e certezza del diritto³³.

Da ultimo, si segnala la pronuncia della Sez. III, 29/11/12, C-183/11, nella quale il giudice comunitario è tornato a puntualizzare i caratteri che devono ricorrere affinché possa configurarsi il controllo analogo congiunto da parte di più autorità pubbliche, senza richiedere la sussistenza dell'esercizio individuale del controllo da parte di ciascuna di esse³⁴.

In relazione alla disciplina nazionale delle società *in house*, va innanzitutto richiamata la disposizione espressa nell'art. 25 del d.l. 1/2012, conv. in legge 27/2012, che, tra le modifiche all'art. 3-bis del d.l. 138/2011, prevede l'assoggettamento al patto di stabilità interno nonché alle disposizioni in materia di assunzione di personale e acquisto di beni e servizi cui sono assoggettati gli enti affidanti.

Per inciso, va osservato che in dottrina si registra una difformità di vedute in ordine alla possibile illegittimità costituzionale derivata della norma introdotta dall'art. 25 del d.l. 1/2012, per effetto della caducazione ad opera della sentenza 199/2012 della disposizione contenuta nell'art. 4 del d.l. 138/2011, che già conteneva siffatta disposizione³⁵. Sul punto, ci si sente di condividere l'orientamento secondo cui la disposizione non introduca un limite tale da porsi in contrasto con la volontà referendaria, trattandosi di una disposizione connessa alla natura degli organismi *in house*, che operano al di fuori di un contesto di mercato ed in un rapporto di immedesimazione organica con l'en-

(33) Corte di Giustizia, 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel* e Sez. III, 10 settembre 2009, n. C-573/07, *Set.Co.*

(34) Corte di Giustizia, Sez. III, 29 novembre 2012, C-183/11, in www.dirittodeiserviziubblici.it.

(35) A. LUCARELLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità del patto di stabilità interno alle s.p.a. in house ed alle aziende speciali*, in *Federalismi.it*, 2012, n. 18, contributo del 26 settembre 2012; *contra*, A. VIGNERI (a cura di), *La disciplina dei servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012*, cit., p. 51.

te, che genera una dipendenza finanziaria e funzionale nei confronti di quest'ultimo.

In secondo luogo, sia pur in un'ineliminabile prospettiva di sintesi, bisogna affrontare il rapporto tra le disposizioni contenute negli artt. 4 e 9 del d.l. 95/2012, conv. in legge 135/2012, noto come decreto sulla *Spending Review* e l'utilizzo delle società *in house* sulla scorta dei principi affermati nella pronuncia 199/2012.

L'art. 4 del decreto, al comma 1, prevede lo scioglimento, entro il 31 dicembre 2013, di società direttamente o indirettamente controllate da pubbliche amministrazioni che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90% del totale.

La predetta norma, per espresso disposto del comma 3, non si applica alle società che erogano servizi di interesse generale, tra le quali rientrano le società che gestiscono servizi pubblici locali a rilievo economico. In tal senso, va dunque richiamata la distinzione sopraesposta tra società strumentali e società preposte all'erogazione di pubblici servizi locali a rilievo economico.

Maggiore dibattito interpretativo vi è in relazione al disposto del comma 8 di tale norma che, senza espungere dal proprio ambito applicativo le società di cui al comma 3, prevede, a decorrere dal 2014, che "l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione *in house* e a condizione che il valore economico del servizio o dei beni oggetto dell'affidamento sia complessivamente pari o inferiore a 200.000 euro annui" facendo salvi gli affidamenti in essere fino alla scadenza naturale e comunque fino al 31 dicembre 2013.

Ci si chiede se la norma possa ricomprendere i servizi pubblici locali, dubitando conseguentemente della sua costituzionalità per effetto dell'analizzata sentenza 199/2012 della Consulta³⁶.

(36) Nel senso dell'applicabilità della norma alle società che erogano servizi pubblici locali e dei conseguenti profili d'incostituzionalità: V. LEPORE, *La normativa sui servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012*, in www.amministrazioneincammino.it.

Ad avviso del giudice contabile³⁷, la disposizione non riguarderebbe i servizi pubblici locali, ma solo le società preposte all'acquisizione di beni e servizi strumentali all'attività amministrativa, incorrendo al contrario in censure di legittimità costituzionale.

Allo stato attuale, risultano proposti da parte di diverse Regioni ricorsi per l'illegittimità costituzionale della norma, alcuni dei quali invocano, quale parametro di costituzionalità, la violazione dell'art 75 Cost.³⁸, dai quali potranno emergere risposte più chiare sul punto.

Inoltre, ci si è interrogati sulla applicabilità dell'art. 9 del decreto sulla *Spending Review* alle società di gestione dei servizi pubblici locali, atteso che la norma impone a Regioni, Province e Comuni di sopprimere o accorpare "enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica" che esercitano, anche in via strumentale, funzioni fondamentali di cui all'art. 117, comma 2, lett. p) della Costituzione o funzioni amministrative spettanti a Comuni, Province e Città metropolitane ai sensi dell'art. 118 della Costituzione.

Sotto questo profilo, si condivide la posizione espressa da quella dottrina secondo cui la norma non vada applicata alle società di gestione dei servizi pubblici locali in quanto queste ultime sono deputate all'erogazione di servizi e non all'esercizio di funzioni, da riconnettersi, eventualmente, alle attività d'indirizzo espletate dagli enti operanti a livello di ambito – *sub specie* di adozione di piani di investimento o determinazione delle tariffe – per le quali comunque continua ad applicarsi, in virtù del principio di specialità, l'art. 3-bis del d.l. 138/2011³⁹.

(37) Corte dei conti, Sez. reg. contr. per la Regione Basilicata, 20 settembre 2012, n. 20, cit.

(38) Sul punto, S. LA PORTA. *Il "ripristino" della normativa abrogata con referendum: brevi note a margine della travagliata vicenda dei servizi pubblici locali*, cit., che riporta la notizia della proposizione di ricorsi di legittimità costituzionale da parte delle Regioni Lazio, 145/2012; Campania, 153/2012; Friuli-Venezia Giulia, 159/2012 e 160/2012 proposto dalla Regione autonoma Sardegna. I ricorsi che evocano la violazione dell'art. 75 Cost. sono quelli della Campania e della Sardegna.

(39) A. VIGNERI (a cura di), *La disciplina dei servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012*, cit., p. 37.

Prima di passare all'analisi delle problematiche riguardanti le discipline di settore, sembra opportuno svolgere alcune considerazioni in relazione alle possibilità di utilizzo dell'azienda speciale per l'erogazione dei servizi pubblici locali a rilievo economico, su cui non si registra unanimità di vedute.

Come è noto, il modello organizzativo dell'azienda speciale è previsto dall'art. 114, comma 1 del TUEL che ne dà la definizione di "ente strumentale, dotato di personalità giuridica ed autonomia imprenditoriale", interpretato successivamente in giurisprudenza come ente pubblico economico strumentale⁴⁰.

Su tale disposizione ha, peraltro, di recente inciso l'art. 25 del d.l. 1/2012, introducendo, nel comma 5-*bis*, l'assoggettamento dell'azienda speciale al patto di stabilità interno ed ai limiti assunzionali previsti per gli enti locali con popolazione superiore a 5.000 abitanti, nonché alle disposizioni del d.lgs. 163/2006 per l'acquisto di beni e servizi.

Ciò detto, all'indomani della consultazione referendaria, ci si è posti l'interrogativo della possibile applicazione di tale modulo gestionale in relazione al servizio idrico, a fronte della caducazione della normativa resa nell'art. 23-*bis*.

Ad avviso di una dottrina, non sarebbe ammissibile, in base alla legislazione vigente, la trasformazione di società di capitali, sia pur partecipate dall'ente locale, in aziende speciali per una serie di motivazioni tra cui, in particolare, l'impossibilità di procedere alla trasformazione di società di capitali in enti pubblici, in assenza di un'espressa disposizione di legge al riguardo e la volontà delle riforme intervenute negli ultimi anni di attribuire un ruolo marginale a tale modalità di gestione⁴¹.

Va tuttavia osservato che nella prassi si rinvergono casi di trasformazione di società a capitale pubblico in aziende speciali per la gestione del servizio in questione e, ad avviso di alcune voci interpretative, sa-

(40) Cass. civ., Sez. un., n. 7639/2008.

(41) Sul punto, si rinvia a: G. CAIA, *Finalità e problemi dell'affidamento del servizio idrico ad aziende speciali*, in *Foro Amministrativo*, TAR, 2012, 2, p. 663.

rebbe ammissibile l'utilizzo di tale modello tra le forme di affidamento diretto a disposizione delle amministrazioni⁴².

Nello scenario conseguente alla pronuncia 199/2012, il problema può porsi anche per le altre tipologie di servizi a rilievo economico.

Sul punto, si possono formulare alcune ipotesi interpretative, sulla scorta dei dati emergenti dall'elaborazione giurisprudenziale.

La Corte costituzionale, nella sentenza 325 del 2010, escludeva l'ammissibilità di tale formula organizzatoria alla luce delle modifiche apportate nel testo dell'art. 113, comma 5, TUEL ad opera dell'art. 35 della legge 448/2001, che introduceva l'obbligatorio ricorso alle tre forme societarie sopra analizzate, interamente private, miste o *in house*.

Tuttavia, a fronte della non reviviscenza delle disposizioni abrogate dal d.P.R. 168/2010, tra cui il richiamato art. 113, comma 5, tale interrogativo permane, atteso che la disposizione contenuta nell'art. 114 del TUEL è tuttora in vigore.

Ad avviso della scrivente, più che mettere in discussione l'astratta ammissibilità del modello nell'ordinamento attuale, bisogna riflettere sull'opportunità del ricorso ad esso in base a ragioni sistematiche di economicità, efficacia ed efficienza.

Sul punto, vale la pena di richiamare recenti deliberazioni della giurisprudenza contabile – l'una della Sezione regionale di controllo per la Liguria, relativa al servizio di refezione scolastica, e l'altra per la Sicilia, relativa al servizio di gestione dei rifiuti⁴³ – ove non si pone un limite all'utilizzo dell'azienda speciale per servizi aventi certamente rilievo economico, ma si analizza l'opportunità del ricorso ad essa in base a ragioni di economicità della gestione, attesa la sua diffusa tendenza nella prassi a generare perdite d'esercizio.

Ad ogni modo, si auspica che su tale aspetto vi siano risposte più chiare a livello normativo o nell'elaborazione giurisprudenziale.

(42) G. NICOLETTI, *Il rilancio dell'azienda Speciale: il "caso" di ARIN Napoli*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, del 5 settembre 2012. Si vedano, a tale proposito, le note dell'ANCI citate alla nota 20.

(43) Corte dei conti, Sez. reg. contr. per la Regione Liguria, parere 9 agosto 2012, n. 91 e Sez. reg. contr. per la Regione Sicilia, 25 ottobre 2012, n. 326 in www.dirittodeiservizipubblici.it.

4. *Spunti emergenti dalle discipline di settore*

La concreta applicazione delle formule organizzatorie utilizzabili per l'affidamento dei servizi pubblici di rilievo economico, nell'attuale contesto normativo, andrà ovviamente compresa in rapporto con le singole discipline di settore, in base ai principi peculiari di ognuno di essi.

Non potendosi soffermare sull'analisi dell'attuale processo di riforma del servizio idrico e dei relativi profili tariffari⁴⁴, si pensi, in via esemplificativa, alla gestione dei rifiuti ed al trasporto pubblico locale.

Con riferimento al primo settore, ferma restando la necessità di organizzazione a livello sovra comunale discendente dal più volte citato art. 3-*bis* del d.l. 138/2011, per le modalità di affidamento del servizio si dovrà fare riferimento alla disciplina resa nell'art. 202 del d.lgs. 152/2006, nel testo che residua dall'abrogazione del comma 2 e dalla modifica introdotta dal più volte citato art. 25 del Decreto Liberalizzazioni che dispone l'affidamento della "gestione ed erogazione dei servizi di gestione integrata dei rifiuti urbani ai sensi dell'art. 202 del d.lgs. 152/2006, nel rispetto della normativa europea e nazionale sull'evidenza pubblica".

Ad avviso delle più recenti voci dottrinali, a fronte di quest'ultimo intervento modificativo, non sarebbe corretto parlare di un vuoto normativo in tale settore, essendovi una espressa disposizione di diritto interno, non interessata dalla pronuncia 199/2012, che funge da filtro per la diretta applicazione dei principi comunitari⁴⁵.

In particolare, bisognerà porre attenzione alle motivazioni volte a giustificare il ricorso all'*in house providing*, modello più volte stigmatizzato in sede interpretativa e giurisprudenziale, atteso l'ampio, e molto spesso non virtuoso, ricorso ad esso per la gestione dei rifiuti nella prassi delle amministrazioni locali⁴⁶.

(44) Per il cui stato dell'arte, si veda l'intervento del Presidente dell'AEEG nella Conferenza nazionale per l'erogazione dei servizi idrici, Milano, 3 dicembre 2012, in www.astridonline.it.

(45) Così A. VIGNERI (a cura di), *La disciplina dei servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012*, cit.

(46) Sul punto, si vedano: AVCP, deliberazione n. 53 del 17 giugno 2009 avente ad

Per quanto riguarda invece il trasporto pubblico locale, il quadro normativo di settore presenta delle differenze in quanto, a fronte dell'abrogazione dell'art. 4 del d.l. 18/2011, le modalità di affidamento del servizio sono dettate dal Reg. com. 1370/07, par. 5, che trova diretta applicazione negli ordinamenti interni dei singoli Stati membri, anche in base al rinvio recettizio ad esso contenuto nell'art. 61 della legge 99/2009, successivo al d.lgs. 422/1997.

Per effetto di tale disposizione, è consentito alle autorità competenti all'aggiudicazione dei servizi di TPL di procedere ad affidamenti *in house* e ad affidamenti diretti, sotto la soglia individuata dal medesimo Regolamento, per il trasporto ferroviario e per i casi di pericolo d'interruzione del servizio.

Sembra da escludersi, invece, la possibilità di ricorso al modello dell'azienda speciale, in assenza di un'espressa volontà legislativa, atteso che l'art. 18, comma 3 del d.lgs. 422/1997 ha avviato un *iter* di trasformazione delle aziende speciali in società di capitali ovvero in cooperative a responsabilità limitata⁴⁷.

Le molteplici difformità riscontrabili nei settori considerati, oltre alle problematiche proprie del servizio idrico, inducono a riflettere sull'opportunità di introdurre interventi normativi settoriali, anziché di carattere generale e trasversale, diversamente dalla direzione in cui si è mosso il legislatore negli ultimi anni.

Tale aspetto è stato recentemente evidenziato dalla stessa AGCM, nella richiamata Segnalazione sulla Legge annuale per il mercato e la concorrenza per l'anno 2013, ove si auspica l'adozione di interventi normativi settoriali, specie con riferimento a quei servizi di più ampia diffusione ed aventi maggiori spazi di apertura alla concorrenza.

oggetto "Indagine conoscitiva sul settore dei Servizi di Gestione Integrata dei rifiuti urbani"; più di recente, Rapporto IRPA, n. 1/2012, *Il capitalismo municipale*, giugno 2012, par. 2.3, "I molti casi di ricorso ingiustificato all'*in house*".

(47) Sul punto, A. CABIANCA, *Il trasporto pubblico locale ai tempi della crisi: il punto dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e dopo il decreto c.d. Spending Review (d.l. n. 95/2012)*, cit., pp. 9-10.

La (prorogata) soppressione delle Autorità d'ambito territoriale ottimale nei servizi pubblici ambientali

Elena Maria Palli

Sommario

1. L'evoluzione della disciplina delle Autorità d'ambito nel contesto delle riforme dei servizi pubblici locali – 2. La soppressione delle Autorità d'ambito, ovvero storia di una proroga – 3. Evoluzione dei modelli organizzativi adottabili dalle Regioni dalla soppressione del 2008 a quella del 2011. Problemi derivanti dalla riorganizzazione delle Province – 4. Il decreto Liberalizzazioni. Individuazione degli ATO su base, almeno, provinciale – 5. Le scelte delle Regioni e la loro compatibilità con la recente evoluzione normativa.

1. L'evoluzione della disciplina delle Autorità d'ambito nel contesto delle riforme dei servizi pubblici locali

A partire dalle riforme della metà degli anni '90 il servizio idrico integrato ed i servizi afferenti la gestione dei rifiuti venivano accomunati dall'introduzione delle Autorità d'ambito, organismi a cui venivano attribuite le funzioni di organizzazione, indirizzo e affidamento della gestione da svolgersi in ambiti territoriali ottimali (ATO).

Tale modello organizzativo fu introdotto per creare un livello adeguato di governo di questi servizi¹, storicamente affidati alla privativa comunale, che però si era dimostrata, nel corso degli anni, del tutto inadatta alla loro organizzazione, registrando sia bassi livelli qualitativi che notevoli *deficit* economici. Il legislatore stimava quindi che,

(1) Si può dire che le riforme degli anni '90 hanno anticipato l'applicazione a questi settori del principio di adeguatezza, oggi previsto dal comma 1 dell'art. 118 Cost., secondo cui il legislatore deve attribuire le funzioni amministrative agli enti che hanno una dimensione adeguata per poterle svolgere.

creando un nuovo organismo che operasse su un territorio vasto, avrebbe innanzitutto eliminato l'altissima frammentazione gestionale che pervadeva le due attività, innalzando contemporaneamente la qualità delle prestazioni offerte e raggiungendo anche migliori *performance* economiche grazie al meccanismo delle economie di scala che si sarebbe innescato. Era infatti prevista sia una diminuzione dei costi, derivante dall'aggregazione di uffici e personale che incidavano su una stessa zona, che una forte riduzione dovuta al meccanismo dell'economia politica secondo cui all'aumentare del quantitativo offerto diminuiscono i costi unitari di produzione. Questo assunto fondamentale, tuttavia, si avvera solo in condizioni ottimali, nel caso di specie riconducibili al corretto dimensionamento dell'area di riferimento per l'offerta dei servizi. Era quindi compito della Regione, a cui è assegnata tuttora la funzione di delimitare gli ATO, stabilire l'esatta configurazione dell'ambito, tenendo in conto numerosi parametri, fra i quali le dimensioni demografiche, le reti viarie esistenti, nonché la morfologia del territorio.

Oltre a questi già notevoli vantaggi il legislatore, attraverso l'introduzione delle Autorità d'ambito, si proponeva di attuare anche nel servizio idrico e nella gestione dei rifiuti il principio di separazione fra sfera di indirizzo e sfera di gestione, in quanto ad esse sarebbero stati attribuiti i compiti decisionali e di controllo sulla gestione operativa, la quale, invece, sarebbe stata affidata a un soggetto esterno.

Con le riforme Galli e Ronchi si stabilì anche che tutte le fasi inerenti al ciclo idrico e di gestione degli rifiuti dovessero essere "integrate", cioè unitariamente considerate e gestite, eliminando quindi in radice la compresenza (diseconomica e portatrice di notevoli problemi pratici, ma fino a quel momento molto utilizzata) di diversi soggetti preposti alle varie attività che compongono i due servizi. L'integrazione dei diversi cicli, unita all'esercizio dei servizi su territori vasti, avrebbe dovuto inoltre garantire una maggiore professionalità dei soggetti deputati all'organizzazione delle prestazioni, con un relativo aumento qualitativo delle stesse.

Infine, l'introduzione delle Autorità d'ambito avrebbe potuto, potenzialmente, "lanciare" le forme di associazionismo comunale che il legislatore aveva già introdotto nell'ordinamento, dapprima con la legge

142/1990 e, successivamente, con il d.lgs. 267/2000, per finalità di gestione di pubblici servizi. Si deve infatti considerare che il nuovo organismo altro non era che una forma atipica e obbligatoria di gestione associata². Se l'aggregazione in ambiti ottimali dei Comuni fosse stata ben strutturata e ben organizzata, avrebbe potuto essere presa come esempio dagli enti locali per altri servizi o attività da esercitare in forma associata, eliminando tutte le remore che hanno, invece, minato il percorso delle forme associative fra Comuni.

Il sistema di organizzazione a mezzo di ambiti dei servizi pubblici in questione, già alla fine degli anni '90, ha mostrato il proprio fallimento, per diverse ragioni, sulle quali è utile soffermarsi. Innanzitutto bisogna considerare la notevole ritrosia dei piccoli Comuni verso le Autorità d'ambito, dovuta al fatto che all'interno degli organi decisionali, i quali solitamente deliberano con voto ponderato in base alle dimensioni degli enti partecipanti, essi perdono il loro potere di rappresentanza, se non adeguatamente sostenuti da Comuni di maggiori dimensioni. Il problema non è di poco conto se si considera che la maggior parte dei Comuni italiani è di piccole o piccolissime dimensioni. Il legislatore ha tentato di risolvere il problema prevedendo che i Comuni con non più di 1.000 abitanti facenti parte di una comunità montana potessero gestire direttamente in economia il servizio idrico integrato³. Si tratta di una soluzione insoddisfacente che non tutela minimamente né gli enti ricadenti in zone non montane né gli enti di dimensioni esigue ma superiori alle 1.000 unità.

Anche i Comuni di dimensioni maggiori sono stati ostili all'introduzione delle Autorità ATO, perché l'attribuzione a questi organismi di funzioni decisionali e di controllo in servizi fondamentali per le comunità cittadine si traduce inevitabilmente in una perdita di controllo da parte del singolo Comune sulla qualità delle prestazioni offerte, con evidenti riflessi sul consenso elettorale. A questo proposito, l'affidamento dei servizi in esame a società *in house* o con capitale misto pubblico e privato può essere anche riconducibile alla necessità,

(2) Come sottolinea A. IUNTI, *Le Autorità d'ambito tra normativa statale e scelte del legislatore regionale*, in questa *Rivista*, Supplemento n. 4/2008, p. 88.

(3) Cfr. art. 148 d.lgs. 152/2006. Nulla si dice rispetto al servizio di gestione dei rifiuti.

sentita da numerosi Comuni, di mantenere funzioni decisionali dirette sui servizi, con lo scopo di riguadagnare parte del consenso perduto, potendo intervenire su eventuali carenze.

L'attuazione delle riforme degli anni '90 è stata inoltre segnata da un immobilismo che ne ha minato fortemente il successo. Ciò è dovuto al fatto che in questi testi normativi l'istituzione delle Autorità era facoltativa per ogni Regione, che poteva prevedere "forme anche obbligatorie" di cooperazione per la gestione dei servizi idrici e di gestione dei rifiuti.

Soltanto con l'entrata in vigore del codice dell'ambiente la costituzione delle Autorità d'ambito è divenuta cogente, pur essendo ormai troppo tardi perché tale modello potesse avere una concreta attuazione. Il fatto che gli ATO non siano stati per molti anni delimitati da parte delle Regioni ha avuto come diretta conseguenza la mancata istituzione delle Autorità d'ambito che, come evidenziato dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (d'ora in poi, Avcp) nelle delibere 53/2009 e 2/2010, nel settore dei rifiuti ha comportato a cascata il mancato adeguamento delle modalità di gestione previste dal d.lgs. 152/2006.

Il codice dell'ambiente, infatti, all'art. 204 aveva escluso la possibilità di affidamenti diretti *in house* in questo particolare settore. Secondo il legislatore doveva, quindi, venire meno il modello della privativa comunale ancora esistente, il quale manteneva inalterata la frammentazione gestoria, in tempi piuttosto rapidi, attraverso l'istituzione delle Autorità d'ambito e il successivo espletamento delle gare ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio di gestione dei rifiuti.

Come spesso già accaduto in questo settore, i tempi rapidi rimasero sulla carta: l'art. 204 fu superato dall'art. 23-*bis* della legge 133/2008, poi abrogato con il referendum popolare del giugno del 2011. Il vuoto normativo creatosi è stato prontamente colmato dall'art. 4 della legge 148 del 2011, successivamente modificato dal d.l. 1/2012, conv. in legge 27/2012, art. 25, con cui è stata riammessa la possibilità, non più eccezionale, di affidare la gestione dei rifiuti attraverso l'*in house providing* con il solo importante limite del valore economico complessivo non superiore a 200.000 euro.

Questo limite di valore particolarmente esiguo, aggiunto al fatto che il servizio di gestione dei rifiuti deve essere erogato su base almeno

provinciale, esclude oggi di fatto dal panorama delle possibili modalità di affidamento le società di autoproduzione.

Tutto ciò è rilevante se consideriamo che nella gestione dei rifiuti sono ancora molto utilizzati modelli di gestione derogatori rispetto agli ATO, come concesso dall'art. 200, comma 7 del d.lgs. 152/2006, e che spesso sono ancora attivi servizi improntati al modello della privativa comunale.

Avendo ben presente questo dato di fatto, il legislatore ha previsto un modello derogatorio rispetto a quelli oggi ammessi per la gestione dei servizi pubblici locali: il citato art. 25 legge 27/2012 stabilisce infatti la possibilità, da esercitarsi entro il 31 dicembre 2012, per le società *in house providing* di integrarsi con altre società dello stesso tipo o di gestione diretta del medesimo servizio al fine di creare un unico soggetto gestore per l'intero ambito territoriale. Per poter esercitare questa facoltà sono previsti due soli limiti: l'autorizzazione all'integrazione dell'ente ATO o del soggetto a cui sono affidati i relativi poteri e la durata massima triennale di questo affidamento derogatorio.

Come si può intendere da questo rapidissimo *excursus* normativo riguardante l'*in house providing*, anche la mancanza di stabilità delle possibili forme di affidamento ha giocato un ruolo rilevante nel fallimento del modello delle Autorità d'ambito: gli enti locali hanno preferito mantenere il modello esistente prima dell'emanazione del codice dell'ambiente o sperimentare modelli derogatori, conservando la gestione diretta del servizio e la frammentazione esistente, piuttosto che adeguarsi ad una normativa che ha subito più di uno stravolgimento nel corso degli ultimi anni e che pare non abbia ancora trovato un equilibrio. Lo dimostra l'effetto dirompente della sentenza 199/2012 della Corte costituzionale, che ha dichiarato illegittima l'intera disciplina introdotta dall'art. 4 d.l. 138/2011, regolante le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, perché sostanzialmente ripetitiva della regolamentazione abrogata con referendum popolare⁴.

(4) Cfr. art. 23-bis legge 133/2008 s.m.i. e art. 4 legge 148/2011. Per un approfondimento su questo tema rimando alle motivazioni addotte dalla Consulta nella sentenza 199/2012.

Dopo questa importante decisione giurisprudenziale ci si trova nuovamente di fronte a un relevantissimo vuoto normativo che può essere colmato solo attraverso il diritto comunitario⁵.

Anche per il settore idrico possono essere svolte considerazioni simili. Benché, infatti, l'individuazione degli ATO sia stata molto più rapida, analoghi problemi si sono registrati nell'adeguamento dei soggetti gestori alle normative via via approvate dal legislatore.

Come evidenziato dall'AvCP in numerose delibere, la mancanza dei requisiti ha riguardato sia le società di capitale misto pubblico-privato, sia le società di autoproduzione.

Per quanto riguarda la prima categoria vengono in rilievo le delibere 28/2009 e 15/2010, nelle quali questo tipo di società sono state dichiarate non conformi né alla disciplina in quel momento in vigore, né alla giurisprudenza prevalente, in quanto non venivano rispettati tutti o parte dei requisiti legislativamente richiesti.

Per quel che riguarda invece le società *in house* sono da considerare le delibere 24/2009 e 16/2010. Nel primo provvedimento veniva sottolineato come nel settore idrico la maggior parte degli affidamenti fossero svolti con questa forma gestoria. Veniva però allo stesso tempo rilevato che la maggior parte delle società di autoproduzione non risultavano in linea con i requisiti normativamente richiesti. A seguito della delibera 24/2009, la maggior parte delle società *in house* operante nel settore idrico si è attivata per modificare lo Statuto in senso conforme alla legge, altre hanno preferito la trasformazione in società di capitale misto, mentre solo la minoranza non ha adottato alcun provvedimento di allineamento⁶.

(5) Per un'analisi sintetica dei modelli utilizzabili si veda ANCI, *Prime osservazioni sull'affidamento dei Servizi Pubblici Locali di rilevanza economica alla luce della sentenza della Corte costituzionale del 20 luglio 2012, n. 199*, in www.anci.it. V. inoltre C. RAPICAVOLI, *Servizi pubblici locali, la Consulta cancella quasi del tutto la normativa nazionale*, in www-leggioggi.it, 23 luglio 2012; A. BARBIERO, *Restano in vigore le discipline di settore*, in *Il sole-24 Ore*, 21 luglio 2012.

(6) I problemi riguardanti i requisiti necessari per poter gestire il SII attraverso la creazione di società *in house* non sono comunque scemati nel tempo. Testimonianza ne è la sentenza della Corte costituzionale 32/2012 dove, al punto 3, viene considerata illegittima una legge della Regione Abruzzo che stabiliva, senza aver dato corso all'*iter*

Anche nell'ambito del servizio idrico è stata dirompente l'abrogazione referendaria dell'art. 23-*bis* della legge 133/2008, la quale però non è stata seguita dall'emanazione di una nuova disciplina.

In questo settore fondamentale è quindi presente ormai da tempo un enorme vuoto normativo riguardante le possibili modalità di affidamento, che può essere colmato, come per gli altri servizi pubblici locali di rilevanza economica, in via interpretativa facendo riferimento alle norme comunitarie e alla giurisprudenza nazionale e sovranazionale⁷.

L'ultimo grave problema che ha afflitto le Autorità ATO è fondamentale: finanziario: benché questi enti fossero stati ideati per ripianare i debiti che la privativa comunale aveva via via accumulato negli anni, vi è stato il fallimento netto, almeno per alcune zone del Paese, del raggiungimento di questo obiettivo⁸.

Tutto ciò non ha nemmeno consentito il miglioramento d'immagine di tali forme di associazionismo comunale, che sono ancora viste dalla maggior parte degli enti come costose, burocratiche ed inutili, non avendo garantito, nei servizi in cui sono state rese obbligatorie, un miglioramento significativo delle prestazioni offerte ai cittadini.

2. La soppressione delle Autorità d'ambito, ovvero storia di una proroga

Il legislatore con la legge finanziaria per il 2008 (legge 24 dicembre 2007, n. 244) all'art. 2, comma 38, ha previsto la soppressione delle Autorità d'ambito con il fine dichiarato del "coordinamento della finanza pubblica"⁹ e secondo i criteri dell'efficienza e della riduzione

legislativamente previsto, che vi erano condizioni del mercato tali da non consentire l'affidamento delle attività idriche attraverso procedure ad evidenza pubblica.

(7) Sul punto si veda anche il dossier della Camera dei Deputati del 27 marzo 2012 il quale, nell'analisi della situazione del settore idrico, richiama per le modalità di affidamento attualmente utilizzabili l'art. 113, commi 5 e 7, d.lgs. 267/2000.

(8) Emblematico è il caso siciliano dove la Regione aveva deciso di utilizzare un modello cooperativo di tipo privatistico e di istituire delle società per azioni, le quali, però, si sono rivelate del tutto inadatte e hanno fatto registrare enormi debiti di bilancio.

(9) Cfr. art. 2, comma 33, legge 244/2007 a cui il comma 38 fa esplicito riferimento.

della spesa pubblica. In altre parole, il legislatore ha ritenuto enti inutili e costosi questi organismi e ha deciso di abolirli, stabilendo che “le Regioni, nell’esercizio delle rispettive prerogative costituzionali in materia di organizzazione e gestione del servizio idrico integrato e del servizio di gestione integrata dei rifiuti [...] procedono entro il 1° luglio 2008, fatti salvi gli affidamenti e le convenzioni in essere, alla rideterminazione degli ambiti territoriali ottimali per la gestione dei medesimi servizi”.

La legge è rimasta sostanzialmente inattuata.

Nei primi mesi del 2010 il legislatore è tornato a valutare la situazione delle Autorità ATO come non efficiente né efficace e ne ha riproposto la soppressione inserendo all’interno della legge finanziaria per il 2010 (legge 23 dicembre 2009, n. 191), all’art. 2, il comma 186-*bis*¹⁰ che recita: “Decorso un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono soppresse le Autorità d’ambito territoriale di cui agli articoli 148 e 201 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni. Decorso lo stesso termine, ogni atto compiuto dalle Autorità d’ambito territoriale è da considerarsi nullo. Entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, le Regioni attribuiscono con legge le funzioni già esercitate dalle Autorità, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza. Le disposizioni di cui agli articoli 148 e 201 del citato decreto legislativo 152/2006 sono efficaci in ciascuna Regione fino alla data di entrata in vigore della legge regionale di cui al periodo precedente. I medesimi articoli sono comunque abrogati decorso un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge”¹¹.

Il termine per adeguarsi risultava essere il 1° gennaio 2011, ma il c.d. “decreto Milleproroghe” per il 2011¹² ha spostato *in extremis* la data

(10) Il comma 186-*bis* è stato introdotto dall’art. 1, comma 1-*quiquies* della legge 26 marzo 2010, n. 42.

(11) Per quanto riguarda la legittimità costituzionale di questa previsione si consideri l’importante sentenza 128/2011 nella quale la Consulta riconosce il basilare compito delle Regioni nel riassetto dei due servizi pur sottolineando la legittimità della prevista soppressione delle Autorità d’ambito.

(12) Art. 1, comma 1, d.l. 225/2011.

al 31 marzo 2011 perché solo pochissime Regioni avevano emanato disposizioni che coglievano le novità.

Anche questo nuovo termine, tuttavia, è stato nuovamente prorogato al 31 dicembre 2011¹³. È interessante notare la motivazione addotta al nuovo slittamento, che si basava su due ragioni principali: in primo luogo, la coincidenza che si sarebbe creata fra soppressione delle Autorità e le prime applicazioni degli affidamenti effettuati sulla base del contestatissimo, e poi abrogato con referendum popolare, art. 23-*bis*; in secondo luogo, l'inattivismo regionale, perdurante nel tempo, avrebbe creato problemi sull'identificazione del soggetto affidante nel nuovo regime introdotto. Il provvedimento sottolineava come la proroga doveva essere utilizzata dagli organi regionali per approntare una nuova normazione che attribuisse le funzioni a soggetti diversi dalle Autorità d'ambito, prevedendo anche il necessario coordinamento fra i livelli locali.

Non c'è da dimenticare, inoltre, che a giugno del 2011 era già fissato l'importante referendum riguardante gli affidamenti dei servizi pubblici che interessava da vicino le funzioni e i poteri delle Autorità, fatto che è stato sicuramente tenuto in conto.

Sul finire del 2011 il governo, attraverso il consueto "decreto Milleproroghe"¹⁴, ha ulteriormente spostato il termine per la soppressione degli enti d'ambito al 31 dicembre 2012, sulla base della necessità di garantire l'efficacia e l'efficienza dell'azione amministrativa, e in particolare di assicurare la continuità di servizi fondamentali per le comunità.

3. Evoluzione dei modelli organizzativi adottabili dalle Regioni dalla soppressione del 2008 a quella del 2011. Problemi derivanti dalla riorganizzazione delle Province

Come si è visto, le normative di riferimento concernenti la soppressione delle Autorità d'ambito sono, fondamentalmente, riconducibili alla legge finanziaria per il 2008 ed a quella per il 2010, mentre tutti gli

(13) Cfr. d.P.C.M. 25 marzo 2011.

(14) Art. 13, comma 2, d.l. 29 dicembre 2011, n. 216.

altri provvedimenti, ad esse susseguirsi, contengono solo disposizioni di rinvio. Tra i due provvedimenti menzionati c'è una relevantissima differenza riguardante le scelte che le Regioni potevano fare.

La legge 244 del 2007 prevedeva, infatti, due modelli organizzativi alternativi fra loro: l'attribuzione delle funzioni alle Province oppure a forme di cooperazione intercomunale.

La prima soluzione sembrava essere preferita dal legislatore in quanto avrebbe comportato l'accorpamento di poteri in capo ad un ente già funzionante e radicato sul territorio, sempre al centro di polemiche in quanto ritenuto "quasi inutile" per le esigue competenze riconosciutegli; inoltre l'assegnazione alle Province avrebbe sicuramente comportato una semplificazione burocratica ed amministrativa e una riduzione dei costi.

La seconda ipotesi prevedeva invece l'istituzione di forme di cooperazione fra Comuni ricadenti nello stesso territorio ottimale. I dubbi che questa ipotesi sollevò furono molteplici: innanzitutto ci si domandò se fossero utilizzabili anche modelli associativi "ibridi" o addirittura privatistici. Secondariamente si pose il problema di come le Regioni potessero "obbligare" i Comuni a partecipare ad una specifica forma associativa. Il dilemma, si osservò, poteva essere superato basando l'obbligatorietà sul principio di eliminazione della frammentazione, pilastro del sistema fin dagli anni '90.

Le poche Regioni che si adeguarono alla Finanziaria per il 2008 scelsero quasi tutte questa seconda strada perché meno radicale e più vicina al regime già esistente; in pochissimi casi, però, le novità vennero effettivamente applicate.

Fu appunto l'inattivismo regionale ad obbligare il legislatore nazionale a ribadire la soppressione delle Autorità d'ambito in modo però molto più radicale di come avesse fatto in precedenza.

La Finanziaria per il 2010, attualmente in vigore, è molto più drastica della precedente soppressione, ma lascia anche molti più dubbi irrisolti. Essa, infatti, non detta alcuna disposizione circa la riarticolazione delle competenze¹⁵.

(15) Per tutti i dubbi che la prima lettura della norma aveva sollevato e le soluzioni inizialmente avanzate si veda M. Rossi, *Soppressione delle Autorità d'ambito ex legge n.*

Per cercare di rispondere a questo dilemma è utile considerare il contesto nel quale la Finanziaria 2010 fu emanata, i principi di fondo su cui essa si basa e le altre norme che contiene. Sicuramente importante risulta essere il comma 186 dell'art. 2, dove si legge che a decorrere dal 2011 è stabilita la soppressione dei consorzi di funzioni tra gli enti locali. Questa previsione elimina in radice la possibilità per le Regioni di attribuire le funzioni delle sopprimende Autorità a queste forme associative. La volontà che pervade l'intero testo di legge è, in generale, quella di eliminare tutti gli organismi che duplicano le funzioni e che creano, secondo il legislatore, maggiori costi e maggiore burocrazia, in un'ottica di semplificazione e riduzione della spesa pubblica. Tutto ciò considerato e dovendo evitare il ritorno della frammentazione, alle Regioni sembrava restare una sola via percorribile: l'attribuzione delle funzioni alle Province¹⁶.

Ma questa conclusione va ora verificata alla luce dei successivi sviluppi proprio della legislazione in materia di ordinamento provinciale. L'art. 23 del d.l. 201 del 2011 (conv. in legge 214 del 2011) ha infatti avviato un vero e proprio "stravolgimento" del tradizionale assetto delle Province¹⁷. Si sono alzate molte voci contrarie a questo provvedimento, tacciate di numerosi profili di incostituzionalità, che vanno dal metodo al contenuto¹⁸. Nell'ambito di questo lavoro verranno presi in considerazione solo i profili rilevanti per gli argomenti in esame¹⁹.

42/2010. *Variazioni, rischi e problematiche della nuova disciplina*, in www.dirittoambiente.net.

(16) Così C. RAPICAVOLI, *Soppressione Autorità d'ambito territoriale per la gestione delle risorse idriche per la gestione dei rifiuti urbani – Legge 26 marzo 2010, n. 42*, in www.ambienteediritto.it.

(17) Per il ruolo storicamente attribuito a questi enti locali e la loro configurazione prima dell'ultima riforma si veda in particolare L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, Il Mulino, 2011.

(18) L'art. 23 in esame è già oggetto di ricorsi presentati alla Consulta da parte delle Regioni Lombardia, Campania, Piemonte, Lazio, Veneto, Friuli-Venezia Giulia e Sardegna e con l'intervento adesivo dell'UPI.

(19) Rimando però per una prima analisi critica a C. RAPICAVOLI, *La riforma delle Province nella legge 22 dicembre 2011, n. 214*, reperibile su www.ambienteediritto.it e al

Tale intervento legislativo prevedeva di affidare alla Provincia, secondo il comma 14, solo “le funzioni di indirizzo politico e di coordinamento delle attività dei Comuni”. Ciò avrebbe comportato l’eliminazione dell’attribuzione a questi enti di funzioni fondamentali e proprie, al cui interno rientrano le funzioni in materia ambientale già storicamente attribuite, nonché le funzioni esercitate dalle Autorità ATO.

Importante, nella ricostruzione che si sta svolgendo, è la previsione del comma 18, secondo cui lo Stato e le Regioni, in base alle rispettive competenze, erano tenuti a trasferire le funzioni, fondamentali e proprie prima esercitate dalle Province, ai Comuni entro il 30 dicembre 2012, salvo che, per la rilevanza di questi compiti o esigenze di adeguatezza ed efficienza, non fosse necessario affidarle direttamente alla Regione interessata. Era anche previsto che se entro il termine stabilito le Regioni non avessero adempiuto a questo dovere, sarebbe potuta intervenire in via sostitutiva una legge dello Stato.

Alla luce di queste novità normative, non completate dalla presentazione di ipotesi di adeguati modelli organizzativi e gestori dei servizi qui in esame, è facile comprendere le motivazioni della proroga che si è avuta sul finire del 2011: era necessario dare il tempo alle Regioni di capire come poter organizzare queste nuove attribuzioni. Ma tale quadro normativo è stato, poi, nuovamente ed ulteriormente inciso dall’approvazione del d.l. 95/2012 (c.d. *Spending Review*), convertito con modificazioni nella legge 135/2012. Tale decreto contiene, tra l’altro, una nuova definizione delle funzioni fondamentali di Province e Comuni nella quale compare, per le prime, la tutela e valorizzazione dell’ambiente, “per gli aspetti di competenza”; per i secondi, da un lato, “l’organizzazione e la gestione dei servizi di raccolta, avvio e smaltimento e recupero dei rifiuti urbani” e, dall’altro, l’organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale “di ambito comunale”. Se, dunque, può ritenersi pacifico che l’organizzazione dei servizio rifiuti

documento dell’Unione delle Province Italiane, *I vizi di incostituzionalità e le incongruenze dell’art. 23, commi 14-21, del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, sulle Province, come approvati dalla Camera dei Deputati*, reperibile su www.upinet.it. Per un’analisi ancora più critica si può vedere M. GRECO, *Il canto del cigno delle Province*, reperibile su www.ambienteediritto.it.

possa essere attribuita esclusivamente alla competenza dei Comuni, non altrettanto chiara appare l'attribuzione del potere di regolazione del servizio idrico integrato, in quanto servizio, tradizionalmente, di ambito sovracomunale.

L'art. 17 del medesimo d.l. 95 del 2012 avvia, inoltre, una complessa procedura volta all'accorpamento degli enti provinciali al fine di conseguire un risparmio di spesa pubblica, sulla base di criteri territoriali e demografici individuati dal Consiglio dei Ministri.

Con l'intenzione di dare immediata esecuzione al provvedimento il Consiglio dei Ministri il 20 luglio 2012²⁰ ha individuato i parametri che le Province ridelimitate dovranno rispettare: una popolazione non inferiore ai 350.000 abitanti e, contestualmente, un territorio non inferiore ai 2.500 chilometri quadrati²¹.

Nell'art. 18 del medesimo decreto è stata anche prevista l'istituzione di dieci Città metropolitane²² con la simultanea eliminazione degli enti provinciali di questi territori²³.

Il comma 3 dell'art. 17 cit. prevede che il Consiglio delle autonomie locali, o un organismo analogo, proponga il disegno di riforma delle delimitazioni provinciali alla Regione che, dopo aver svolto le sue valutazioni, propone un'ipotesi definitiva di riarticolazione delle circoscrizioni provinciali al governo, soggetto al quale è attribuito il potere decisionale definitivo e che emetterà i provvedimenti necessari all'esecuzione del riordino²⁴.

(20) Delibera pubblicata in G.U. n. 171 del 24 luglio 2012.

(21) I criteri da rispettare rendono necessaria una nuova delimitazione geografica-istituzionale per moltissimi territori italiani; infatti questi parametri sono rispettati da solo 43 enti provinciali (tra i quali vi sono le future Città metropolitane) su 107 totali. Per le altre 64 realtà il previsto processo di accorpamento-soppressione, sin dalle prime dichiarazioni delle autorità interessate, è apparso difficile a causa degli antichi campanilismi esistenti in Italia. Sul punto cfr. A. PIRAINO, *Sono i criteri di riordino la pietra d'inciampo per le nuove Province*, in www.federalismi.it, 10 ottobre 2012.

(22) Coincidenti con i territori di Roma, Torino, Milano, Venezia, Genova, Bologna, Firenze, Bari, Napoli e Reggio Calabria.

(23) Si veda A. LUCARELLI, *Prime considerazioni in merito all'istituzione della città metropolitana*, in www.federalismi.it, 10 ottobre 2012 per un'analisi sul procedimento di istituzione delle Città metropolitane.

(24) Il procedimento brevemente accennato è scandito, secondo il dettato normativo,

Anche questo complessivo riordino, tuttavia, ha subito una proroga. L'art. 1, comma 115 della legge di stabilità per il 2013 (legge 228/2012) ha infatti previsto la sospensione sino al 31 dicembre 2013 sia dei commi 18 e 19 dell'art. 23 del decreto legge 201/2011, riguardanti il riordino delle funzioni provinciali, sia del termine previsto dall'art. 17 del d.l. 95/2012 per l'esercizio dell'iniziativa legislativa di riordino dei confini provinciali, sia dell'intera nuova disciplina delle Città metropolitane.

4. Il decreto Liberalizzazioni. Individuazione degli ATO su base, almeno, provinciale

Alle innovazioni legislative sopra sinteticamente commentate va ad aggiungersi l'art. 3-*bis* del d.lgs. 138/2011 convertito dalla legge 148/2011, come modificato dal d.l. 1/2012 e dal più recente d.l. 83/2012 (c.d. decreto Sviluppo), il quale stabilisce che entro il 30 giugno 2012, a tutela della concorrenza e dell'ambiente, le Regioni debbano organizzare lo svolgimento di tutti i servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica²⁵ definendo il perimetro degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio e istituendo o designando gli enti di governo degli stessi. Gli ambiti o bacini territoriali ottimali devono avere dimensioni, di nor-

da termini e scadenze, con la previsione di interventi sostitutivi nel caso di inerzia da parte dei soggetti preposti. Per un approfondimento e una critica rispetto al metodo stabilito per la riorganizzazione delle Province si veda G.M. SALERNO, *Sulla procedura di riordino delle Province e in particolare sulla fase dei CAL*, in www.federalismi.it, 10 ottobre 2012.

(25) Questo articolo si riferisce espressamente ai "servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica" fra i quali secondo la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 23 gennaio 2008, n. 156 non rientrerebbe il servizio di gestione dei rifiuti perché in esso non sarebbe identificabile una rete, individuata nella sentenza "in quelle infrastrutture fisse, complesse e non facilmente riproducibili [...] che attengono ai settori del trasporto, dell'energia e delle telecomunicazioni, e non siano da confondere con le attrezzature mobili, ove del caso deperibili ed agevolmente duplicabili, come sono quelle che afferiscono allo svolgimento del servizio di igiene urbana, nei suoi specifici segmenti relativi alla raccolta ed al trasporto dei rifiuti". Si tratta di una questione in ogni caso controversa e per la quale sarebbe necessario un chiarimento normativo.

ma²⁶, almeno provinciali²⁷. Questo comporta la necessità per molte realtà italiane di dover rivedere tutto l'assetto sulla base del quale vengono erogati i servizi di acqua e gestione dei rifiuti, poiché molti legislatori regionali hanno creato ambiti territoriali non coincidenti con le Province, ma basati su altri criteri.

Dalle novità introdotte dalla c.d. *Spending Review* consegue peraltro che, una volta messi in atto gli adempimenti necessari alla riforma provinciale, anche gli ambiti territoriali di gestione dei servizi dovranno essere ridelimitati ove sia diminuito il numero delle Province e che questi nuovi ambiti avranno dimensioni maggiori e, forse, più adeguate allo svolgimento dei servizi qui considerati²⁸.

La *ratio* della disciplina nazionale è quella di eliminare la frammentazione gestoria ancora presente in vaste aree del Paese, obbligando ad organizzare le attività su aree grandi almeno quanto le Province. Da ciò si desume che sono sicuramente da ritenere in linea con le nuove previsioni delimitazioni che sono super-provinciali, includendo i territori di più Province, o che addirittura coincidono con l'intera area regionale.

Sono invece da rivedere quelle delimitazioni d'ambito che, tenendo conto di peculiari caratteristiche morfologiche o demografiche di al-

(26) Ciò significa che tendenzialmente la suddivisione degli ambiti deve seguire i confini delle Province, ma in casi tali da non garantire le "economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio" richiamate dalla norma, è possibile prevedere delimitazioni diverse, riguardanti porzioni del territorio anche minori.

(27) Il termine del 30 giugno 2012 è da poco decorso senza che le Regioni abbiano modificato il loro assetto per l'erogazione dei servizi qui in esame. Lo stesso art. 3-bis prevedeva, nel caso di mancato adempimento da parte delle Regioni, la possibilità per il governo di sostituirsi agli organi regionali e adottare i necessari provvedimenti. Anche questa possibilità per ora non è stata percorsa. Viceversa, un incontro fra le Regioni e il governo del 26 giugno 2012 è sfociato nella volontà condivisa di costituire "tre tavoli di lavoro" al fine di raggiungere un accordo, completo di cronoprogramma, sulle riforme istituzionali e il riassetto dei servizi pubblici locali.

(28) Per un approfondimento dettagliato su tutte le novità introdotte con il d.l. 95/2012, convertito con modificazioni in legge 135/2012, si veda C. RAPICAVOLI, *Spending Review: la riforma delle Province*, in www.altalex.com, 17 luglio 2012 e B. CARAVITA e F. FABRIZZI, *Riforma delle Province. Spunti di proposte a breve e a lungo termine*, in www.federalismi.it, 25 gennaio 2012.

cune zone, prevedevano dimensioni inferiori a quelle provinciali, che possono essere mantenute solo se vi sono effettivamente situazioni tali da non garantire il raggiungimento di economie di scala e di una maggiore efficienza dei servizi.

La previsione di questo nuovo obbligo di delimitazione non ripristina le Autorità d'ambito, benché la disciplina si riferisca costantemente agli "enti di governo dell'ambito". La normativa che fa riferimento ad enti d'ambito è, infatti, generale e riguarda, oggi, tutti i servizi pubblici locali a rilevanza economica, mentre le disposizioni che sopprimono le Autorità d'ambito sono speciali, riferendosi solo agli organismi detentori delle funzioni inerenti ad acqua e rifiuti. Alla luce di questo complesso quadro normativo²⁹, è plausibile ritenere ammissibile da parte delle Regioni la creazione di nuovi soggetti a cui affidare i compiti dei due settori, sia pur nel rispetto della nuova definizione delle funzioni fondamentali di Comuni e Province.

5. Le scelte delle Regioni e la loro compatibilità con la recente evoluzione normativa

In tabella vengono sinteticamente descritti i modelli adottati dalle Regioni per adeguare la propria legislazione all'obbligo di soppressione delle Autorità ATO³⁰. Viene evidenziato se le scelte effettuate siano da ritenere in linea con le ultime novità riguardanti le Province e la delimitazione degli ATO.

Dalla tabella si deduce che vi sono Regioni che non hanno adeguato la legislazione alla soppressione delle Autorità d'ambito, Regioni che si sono adoperate ma con l'istituzione di "enti clone" e Regioni che invece hanno proposto soluzioni innovative.

(29) Su questo argomento e sull'incoerenza normativa degli ultimi provvedimenti, che da un lato eliminano le funzioni degli enti intermedi e dall'altro considerano necessaria l'organizzazione dei servizi su base provinciale, rimando a M. GRECO, *La Provincia non è più necessaria ma per la gestione dei servizi pubblici locali è indispensabile*, in www.leggioggi.it, 23 gennaio 2012.

(30) Dati tratti dal documento della Commissione ambiente ed energia, *Legge finanziaria 2010. Soppressione delle Autorità d'ambito. Ipotesi regionali di ridefinizione degli ambiti territoriali ottimali e delle funzioni delle Autorità d'ambito*, aggiornato al 10 gennaio 2012, e dalle raccolte legislative delle diverse Regioni.

Regione	Suddivisione del territorio	Competenze	Adeguamento alla soppressione
Abruzzo	Su l.r. 9/2011 s.m.i.: unico ATO regionale	Ente ATO regionale e collegamenti comunità (<i>sub</i> ATO)	Sì, ma con “ente clone” (imputata da PdC)
	Rif. l.r. 45/2007: ATO per Provincia	Autorità d'ambito	No. Prevista riforma
Basilicata	Su l.r. 33/2010: unico ATO regionale	Ente ATO regionale	Sì, ma con “ente clone”
	Rif. l.r. 33/2010: unico ATO regionale	Ente ATO regionale	Sì, ma con “ente clone”
Calabria	Su l.r. 34/2010: unico ATO regionale	Funzioni alla Regione	Sì
	Rif. ordinanze: ATO per Provincia	Situazione emergenziale	Problemi emergenziali
Campania	Su l.r. 1/2007: ATO non provinciali	Autorità d'ambito	No. Prevista riforma
	Rif. l.r. 4/2007: ATO per Provincia	Funzioni alle Province	Sì, ma funzioni alle Province.
Emilia-Romagna	Su+Rif. l.r. 23/2011: unico ATO regionale	Ente ATO regionale (Agenzia) e collegamenti comunità	Sì

Regione	Suddivisione del territorio	Competenze	Adeguamento alla soppressione
Friuli-Venezia Giulia	Su l.r. 13/2005: Ato non provinciali	Autorità d'ambito e collegamenti comunità (<i>sub</i> Ato)	Sì, con disciplina transitoria che entra in vigore solo a soppressione definitiva. Prevista riforma
	Rif. l.r. 30/87: Ato non individuati	Modello alternativo agli Ato	Sì, ma funzioni alle Province. Prevista riforma (l.r. 11/2011)
Lazio	Su l.r. 6/1996 s.m.i.: Ato per Provincia	Autorità d'ambito	No. Prevista riforma con funzioni alla Regione e collegamenti territoriali
	Rif. l.r. 27/1998 s.m.i.: Ato non individuati	Modello alternativo agli Ato	Sì, ma funzioni alle Province. Prevista riforma
Liguria	Su+Rif. l.r. 39/2008: Ato per Provincia	Autorità d'ambito	No. Prevista riforma
Lombardia	Su l.r. 21/2010: Ato per Provincia e Milano	Funzioni alle Province e alla Città di Milano	Sì, ma funzioni alle Province
	Rif. l.r. 26/2003: Ato non individuati	Modello alternativo agli Ato	Sì, ma funzioni alle Province
Marche	Su l.r. 30/2011: Ato non provinciali	Ente d'ambito	Sì, ma con "ente clone". Prevista riforma
	Rif. l.r. 18/2011: Ato provinciali	Ente Ato provinciale	Sì, ma con "ente clone"

Regione	Suddivisione del territorio	Competenze	Adeguamento alla soppressione
Molise	Su l.r. 8/2009: unico ATO regionale	Funzioni alla Regione (Giunta e struttura apposita) e unico collegamento comunità	Sì
	Rif. l.r. 25/2003: ATO per Provincia	Funzioni alle Province	Sì, ma funzioni alle Province
Piemonte	Su e Rif. l.r. 7/2012: ATO non provinciali	Autorità d'ambito distinte per i due servizi ed eventuali collegamenti comunità	No, benché la normativa sia recentissima
Puglia	Su l.r. 9/2011: unico ATO regionale	Ente ATO Regionale	Sì, ma "ente quasi clone". Inoltre si veda sent. Corte cost. 62/2012
	Rif. l.r. 24/2012: ATO per Provincia	Ente ATO formato dai Sindaci	Sì.
Sardegna	Su l.r. 29/1997 s.m.i.: unico ATO regionale	Autorità d'ambito	No. Prevista riforma
	Rif. l.r. 9/2006: ATO non individuati	Modello alternativo agli ATO	Sì, ma funzioni alle Province
Sicilia	Su l.r. 12/2010: ATO provinciali	Autorità d'ambito	Sì, con disciplina transitoria che entra in vigore solo a soppressione definitiva. Prevista riforma
	Rif. l.r. 9/2010: ATO per Provincia e isole minori	Società consortili di capitale	Sì, ma situazione emergenziale

Regione	Suddivisione del territorio	Competenze	Adeguamento alla soppressione
Toscana	Su l.r. 69/2011: unico ATO regionale	Ente ATO regionale	Sì, ma con "ente quasi clone"
	Rif. l.r. 69/2011: ATO superprovinciali	Ente d'ambito	Sì, ma con "ente clone"
Trentino-Alto Adige	Su+Rif.: gestiti su base provinciale	Provincia autonoma	Sì, ma particolare autonomia regionale
Umbria	Su+Rif. l.r. 23/2007: Ambiti Territoriali Integrati non provinciali	Enti d'ambito e coordinamento regionale	Sì, ma previsto nuovo sistema regionale (l.r. 18/2011)
Valle d'Aosta	Su l.r. 27/1999 s.m.i.: unico ATO regionale e <i>sub</i> ATO	Funzioni ai Comuni associati e coordinamento regionale	Sì
	Rif. l.r. 31/2007: unico ATO regionale	Ente ATO regionale e collegamenti comunità (<i>sub</i> ATO)	Sì
Veneto	Su l.r. 17/2012: ATO non provinciali	Ente ATO composto dai Sindaci. Organo regionale di coordinamento e altri organismi consultivi	Sì, ma necessaria ridefinizione ATO
	Rif. l.r. 3/2000 s.m.i.: ATO per Provincia	Autorità d'ambito	È prevista una riforma del sistema, che ora è in linea con le normative vigenti grazie all'istituzione di Commissari appositi che hanno sostituito le Autorità d'Ambito

L'istituzione di enti molto simili, a volte identici, alle precedenti Autorità è una scelta effettuata da alcune Regioni che solo apparentemente pone la normativa regionale in linea con le determinazioni del legislatore, ma che sicuramente non ne persegue i fini. Spesso queste discipline si limitano a cambiare nome al soggetto che si occupa dei servizi, e proprio per questo motivo sono da ritenere di dubbia legittimità.

Vi sono poi una serie di normative regionali effettivamente innovative nella scelta dei modelli organizzativi.

Fra queste compaiono sicuramente quelle di Emilia-Romagna e Molise (per quanto concerne il *SII*): l'una affida i compiti delle sopresse Autorità ad un organismo appositamente costituito che si occupa per tutta la Regione dei due servizi considerati, l'altra, invece, ha deciso di mantenere a livello regionale ogni decisione, con l'istituzione di un apposito ufficio. Punto di contatto delle due discipline è la previsione dell'istituzione di collegamenti con le comunità locali in modo tale da evitare lo scollamento dell'organizzazione di tali servizi dai cittadini. Interessante era anche la legislazione umbra del 2007, oggi in via di superamento, che prevedeva l'istituzione di organismi territoriali, coordinati dalla Regione, i quali si occupavano di numerosi servizi, oltre a quelli qui in analisi. Il progetto, molto ambizioso, stava dando ottimi risultati, ma i vertici regionali hanno deciso una riorganizzazione delle attività, con lo scopo di migliorarle ancora. In ogni caso pare che i servizi idrici e di gestione dei rifiuti siano destinati ad essere governati attraverso soggetti regionali.

Altra normazione piuttosto innovativa è quella adottata dalla Sicilia per la gestione dei rifiuti, che a differenza di tutte le altre si rifà al modello privatistico della società di capitali con la partecipazione esclusiva degli enti locali. Si tratta di una soluzione sicuramente interessante ma che potrebbe porre dei problemi di gestione economica come già accaduto in Regione, ed è quindi da ritenere rischiosa.

Ci sono poi da considerare tutte quelle Regioni che non hanno ancora adattato la disciplina alla soppressione delle Autorità ATO o che pur avendo già previsto l'adeguamento avevano attribuito importanti funzioni alle Province, via oggi da valutare nella sua praticabilità concreta. La maggior parte di questi territori ha già annunciato e, spesso,

presentato proposte di riforma del sistema, che dovrebbero quindi essere emanate entro la fine dell'anno (il 31 dicembre 2012 è il termine ultimo per la soppressione delle Autorità). Per le altre zone invece sembra auspicabile l'inizio di un movimento riformatore, per evitare situazioni di crisi nel momento in cui l'abolizione degli enti d'ambito diventi definitiva.

Passando alla recente previsione secondo cui gli ATO devono essere di dimensione, di norma, almeno provinciale si nota dalla tabella come siano, tutto sommato, poche le Regioni che devono rivedere le loro delimitazioni e in molte di queste siano già al vaglio degli organi regionali proposte di riforma³¹.

Da ultimo bisogna sottolineare che nella maggior parte delle Regioni il servizio di gestione dei rifiuti è regolato attraverso modelli derogatori agli ATO³². Questo comporta l'attribuzione di importanti funzioni alle Province: ciò non è più in linea con la nuova veste che è stata data a questi enti locali. Risulta quindi necessario, in queste aree del Paese, un ripensamento della gestione delle attività, anche volgendo lo sguardo ai modelli, in linea con tutta la disciplina nazionale, già adottati da alcune Regioni, che tengano però conto dell'attribuzione ai Comuni, come funzione fondamentale, del servizio di gestione dei rifiuti. Cercando di volgere verso le conclusioni non si può non considerare l'effetto derivante dalla lettura combinata dell'art. 3-*bis* d.lgs. 138/2011 s.m.i. e dell'art. 19 d.l. 95/2012: l'art. 3-*bis* stabilisce come principio

(31) Necessariamente, si ripete, il quadro dovrà essere rivisto dopo il riordino delle Province derivante dalla c.d. *Spendig Review* che determinerà ATO di dimensioni maggiori. A seguito delle novità normative che si sono succedute nel tempo l'inutile decorso del termine del 30 giugno 2012 per l'adeguamento degli ambiti a dimensioni almeno provinciali non è stato seguito dagli interventi sostitutivi previsti dall'art. 3-*bis* legge 148/2011 s.m.i.

(32) Queste configurazioni alternative agli ATO, previste dall'art. 200, comma 7, del codice dell'ambiente, sembrano essere tuttora in linea con il dettato dell'art. 3-*bis* d.lgs. 138/2011 s.m.i., il quale infatti prevede la possibilità di deroga solo da direttive europee o da norme settoriali, quale è appunto l'art. 200 cit. Rimane in ogni caso necessaria una rivalutazione di questi modelli gestori alla luce della nuova veste che si vuole dare alle Province e soprattutto all'attribuzione, da parte dell'art. 19 d.l. 95/2012, della gestione dei rifiuti ai Comuni come funzione fondamentale.

generale che tutti i servizi pubblici locali a rete debbano essere organizzati e gestiti sulla base di ATO, mentre l'art. 19 prevede che siano funzioni fondamentali dei Comuni quelle relative ai rifiuti, ma altresì quelle riguardanti l'“organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale”, da cui si potrebbe ritenere che anche la titolarità del servizio idrico debba rientrare fra le funzioni fondamentali comunali³³.

Nel quadro legislativo indeterminato e disseminato di zone grigie che si presenta oggi agli operatori, sembra necessario ed opportuno far rientrare i servizi pubblici ambientali, quindi quelli riguardanti l'idrico e i rifiuti, fra le funzioni imputabili ai Comuni. Allo stesso tempo le stesse attività devono essere organizzate sulla base delle decisioni assunte nell'ambito degli enti ATO i cui vertici deliberativi siano, opportunamente, formati dai rappresentanti di tutti i Comuni interessati³⁴.

Questa appare l'interpretazione più aderente al quadro normativo che si è creato negli ultimi tempi; è da notare che la configurazione qui proposta non si scontra con quelle normative regionali che prevedono un unico ATO comprendente tutto il territorio, in cui le decisioni sono demandate a un organo di vertice regionale collegato con i diversi territori attraverso forme di consultazione, purché questi pareri siano obbligatori e tenuti in debito conto, nel caso contrario vi sarebbe un problema di imputazione della responsabilità³⁵.

(33) Questa è la tesi che appoggia chi scrive, ma che non è condivisa da una parte della dottrina, che esclude dall'applicazione dell'art. 19 cit. i servizi che debbano necessariamente essere gestiti in ambiti sovracomunali.

(34) Sulla base di queste considerazioni ci si può chiedere se siano legittime quelle normative regionali che demandano il potere decisionale a un'assemblea formata dai delegati di alcuni Comuni ritenuti rappresentativi della totalità degli enti, segnatamente Toscana e Puglia per il servizio idrico.

Logicamente l'interpretazione che si sta dando non ammette questa possibilità in quanto si riterrebbero responsabili anche soggetti che non hanno potuto partecipare al momento decisionale, nemmeno attraverso pareri precedenti. Si attuerebbe un trasferimento di competenza dai Comuni agli enti d'ambito attraverso la legge regionale, che lederebbe le funzioni fondamentali dei Comuni.

(35) In linea con questa statuizione risulta la legge della Regione Puglia, riguardante i rifiuti, che affida le competenze ad un ente ATO formato da tutti i Comuni ricadenti nell'ambito, ma anche le già richiamate normative dell'Emilia-Romagna e del Molise.

Dal quadro normativo delineato sembra emergere che la titolarità, a cui si collega la responsabilità, dei servizi ambientali non è più in capo agli enti d'ambito, come era prima delle ultime riforme, ma è attribuita ai singoli Comuni.

Sicuramente l'ente ATO è l'organo aggregativo, previsto dalla diverse leggi regionali, a cui i Comuni devono partecipare e attraverso il quale si formano le decisioni sull'organizzazione dei due servizi, ma non è più l'organismo a cui deve essere imputata la responsabilità e la titolarità delle funzioni, essendo prevista una riserva di competenza in favore dei Comuni³⁶.

Se così stanno le cose, rispetto al quadro normativo precedente la situazione non è stata semplificata: prima l'Autorità d'ambito era considerata l'unico soggetto titolare dei due servizi ed era anche il soggetto ritenuto responsabile (benché i servizi ambientali fossero ritenuti funzioni fondamentali dei Comuni), ora invece vi è un soggetto decidente necessario, che è sempre l'ente d'ambito, ma la titolarità è attribuita ai singoli Comuni, che sono di conseguenza ritenuti anche responsabili³⁷.

Prima di terminare l'*excursus* svolto non si può non accennare all'art. 9 dello stesso d.l. 95/2012, convertito con modificazioni in legge 135/2012, che afferma la necessità di ridurre, attraverso la soppressione o l'accorpamento, gli enti, le agenzie e gli altri organismi che esercitano funzioni fondamentali o amministrative spettanti a Comuni, Province o Città metropolitane. Il comma 6 del medesimo articolo propone inoltre il divieto di istituire nuovi soggetti a cui attribuire le stesse mansioni.

Si tratta di una novità molto importante se coordinata ancora una volta con l'art. 19 dello stesso provvedimento.

(36) Sicuramente ciò è vero per il servizio di gestione dei rifiuti alla luce dell'art. 19 cit., ma lo stesso non può dirsi rispetto al servizio idrico, la cui titolarità in capo ai Comuni appare meno certa.

(37) Da questo punto di vista non sembra risolutivo neppure il nuovo comma 1-*bis* introdotto nell'art. 3-*bis* del d.l. 138/2011 dal d.l. 179/2012, che così recita: "Le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e

Ci si deve chiedere se l'eliminazione degli organismi che svolgono funzioni fondamentali spettanti agli enti locali riguardi anche i soggetti che hanno sostituito le Autorità d'ambito. La soluzione non pare auspicabile, ma, senza ulteriori specificazioni alla normativa introdotta, sembra possibile ed è quindi da valutare.

Eliminare questi organismi vorrebbe dire, almeno nel settore dei rifiuti – ma non si possono escludere *a priori* dal discorso i servizi idrici – rivedere l'assetto proposto fin dagli anni '90 ed eliminare i soggetti che si occupano, su area vasta, di rifiuti. Sembra evidente il pericolo del ritorno alla divisione delle gestioni, che però, come già sottolineato, non sembra essere fra le intenzioni del legislatore.

L'unica via per evitare l'eliminazione degli organismi ATO – ammesso che sia prevista dalla nuova normativa – pare essere l'inciso inserito, in sede di conversione, al comma 1 dell'art. 9 cit., secondo cui è possibile evitare la soppressione di questi enti conseguendo una riduzione degli oneri finanziari da essi derivanti non inferiore al 20%.

Certamente la vita dei soggetti d'ambito non appare facilitata per il futuro, considerando i notevoli tagli alla spesa pubblica che nell'ultimo periodo si sono succeduti e il fatto che, almeno per quel che riguarda i rifiuti, vi è stata un'attribuzione della titolarità in capo ai Comuni. Tuttavia è da ritenere ancora possibile: d'altronde non è rosea l'aspettativa di un ritorno al recente passato, caratterizzato dall'altissima frammentazione gestoria che faceva lievitare i costi ed appariva diseconomica e spesso inefficiente³⁸.

Volendo concludere, si deve auspicare che tutte le Regioni che non si sono adeguate, oltre a quelle le cui discipline non risultano più in linea con la normazione riguardante le Province, i consorzi di funzio-

relativo controllo sono esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei istituiti o designati ai sensi del comma 1 del presente articolo". Il comma, dunque, affida agli enti d'ambito "l'esercizio" di una funzione che resta, comunque, nella titolarità dei Comuni.

(38) Inoltre non è da dimenticare il fatto che l'art. 3-*bis* d.l. 138/2011, prevedendo la ridelimitazione degli Ato per i servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica fa costante riferimento agli "enti di governo degli stessi", lasciando presumere che siano ancora ritenuti necessari degli organismi sovracomunali a cui attribuire l'organizzazione delle attività, benché la titolarità, come già esposto, sia da ritenere in capo ai Comuni.

ni e la delimitazione degli ATO utilizzino questi ultimi mesi del 2012 per emanare i provvedimenti, tanto attesi, di riorganizzazione delle attività idriche e di gestione dei rifiuti, dando così anche la possibilità al legislatore di non dover intervenire con un'ulteriore proroga dei termini di soppressione delle Autorità d'ambito.

L'attribuzione degli incarichi professionali esterni da parte degli enti locali

Riccardo Patumi

Sommario

1. Gli incarichi professionali esterni: nozione e disciplina – 2. Tipologie d'incarico – 3. Presupposti di legittimità – 4. Incarichi professionali esterni e co.co.co. – 5. Incarichi professionali esterni ed appalti di servizi – 6. Disciplina regolamentare da parte degli enti locali – 7. Pubblicazione e comunicazione degli incarichi – 8. Limiti di spesa – 9. Possibilità di conferimento ai pubblici dipendenti – 10. Procedimento di affidamento – 11. Regime dei controlli – 12. Regime della responsabilità – 13. Considerazioni conclusive.

1. Gli incarichi professionali esterni: nozione e disciplina

Il conferimento di incarichi professionali esterni da parte delle pubbliche amministrazioni costituisce senza dubbio un “argomento caldo” degli ultimi tempi. Il legislatore, a partire dal 2004, ha infatti modificato ripetutamente la disciplina, spesso intervenendo con il metodo della novellazione sul testo dell'art. 7, comma 6, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 “Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”.

Scopo degli incarichi in analisi è di reperire all'esterno dell'organizzazione di un ente risorse che permettano di soddisfare esigenze connotate da carattere temporaneo e richiedenti elevata professionalità, senza dover ricorrere ad assunzioni di personale di ruolo. La progressiva assimilazione della pubblica amministrazione all'impresa privata e l'attribuzione alla stessa di nuove competenze hanno determinato il bisogno sempre più frequente di alte professionalità, spesso senza che l'ente pubblico avesse il tempo necessario per adeguare l'organizzazione interna o per formare il personale. La soluzione a queste esigenze, particolarmente pressante per gli enti di dimensioni e do-

tazioni organiche ridotte, è stata frequentemente rinvenuta proprio nella possibilità di ricorrere a figure esterne.

Gli incarichi *de quibus* sono regolati da contratti di prestazione d'opera intellettuale, che seguono la deliberazione con la quale è autorizzato il conferimento. Si concretizza, così, un rapporto di lavoro autonomo tra la pubblica amministrazione e l'incaricato, basato sulla fiducia riposta dalla prima nei confronti del secondo. Pertanto, è richiesta a quest'ultimo una prestazione qualificata, ciò a differenza di quanto avviene nel caso di un appalto, in presenza del quale l'obbligo della prestazione viene assunto da un'impresa, la quale si avvale di un'organizzazione di mezzi, con la figura dell'appaltatore che rimane in secondo piano.

A partire dalla legge 30 dicembre 2004, n. 311 "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2005)", la disciplina degli incarichi esterni è stata modificata più volte. Ne sono conseguite una progressiva compressione degli spazi di discrezionalità a disposizione dell'amministrazione, nonché l'introduzione di nuove fattispecie di responsabilità e di ulteriori forme di controllo. Il dichiarato fine perseguito dal legislatore è stato di contenere la spesa pubblica, di limitare l'utilizzo dello strumento in analisi per finalità clientelari e, infine, di evitare che incarichi dalla durata pluriennale, aventi ad oggetto prestazioni di tipo non specialistico, nascondessero rapporti nella sostanza riconducibili ad assunzioni a termine. A tali finalità si è affiancato l'intento di assicurare la massima pubblicità, per consentire il controllo popolare sull'utilizzo del pubblico denaro in un ambito così delicato.

La prima normativa generale degli incarichi esterni risale all'art. 7, comma 6 del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 "Razionalizzazione della organizzazione delle Amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego, a norma dell'articolo 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421", successivamente trasfuso nel d.lgs. 165/2001. La norma richiamata, come ha più volte evidenziato la Corte dei conti¹, si pone con carattere di assoluta centralità rispetto a tutti

(1) Così, la Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna della Corte dei conti,

gli enti pubblici, tipizzando i presupposti di legittimità di affidamento degli incarichi. Tali presupposti sono stati regolamentati mediante una disciplina che, sia per espressa previsione del comma 6-ter (“i regolamenti di cui all’articolo 110, comma 6, di cui al d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, si adeguano ai principi di cui al comma 6”), che per collocazione sistematica (essendo stata inserita nell’ambito del Titolo I del d.lgs. 165/2001, relativo ai principi generali), ha posto in essere disposizioni di principio, in quanto tali non derogabili, in sede regolamentare, dagli enti locali. Peraltro la tassatività delle prescrizioni di cui all’art. 7, comma 6, deriva altresì, come evidenziato dalla Sezione delle autonomie della Corte dei conti, deliberazione 24 aprile 2008, n. 6, dalla loro diretta derivazione dai principi di buon andamento e di trasparenza della pubblica amministrazione, nonché di sana e corretta gestione finanziaria. Ne consegue la marginalità dell’art. 110, comma 6, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 “Testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali” il quale, nel prevedere che “per obiettivi determinati e con convenzioni a termine, il regolamento possa prevedere collaborazioni esterne ad alto contenuto di professionalità”, nulla aggiunge alla dettagliata disciplina di cui al testo unico sul pubblico impiego.

2. *Tipologie d’incarico*

Il d.l. 12 luglio 2004, n. 168 “Interventi urgenti per il contenimento della spesa pubblica”, convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2004, n. 191, aveva individuato, all’art. 1, comma 3, tre categorie di incarichi professionali esterni: studio, ricerca e consulenza. La disposizione *de qua* è stata successivamente abrogata ad opera della legge 30 dicembre 2004, n. 311 “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2005)”; tuttavia le tre categorie, come analizzate dalle Sezioni riunite in sede

con deliberazione 17 dicembre 2009, n. 742 “Monitoraggio degli atti di spesa relativi a collaborazioni, consulenze, studi e ricerche, relazioni pubbliche, convegni, mostre, pubblicità e rappresentanza, posti in essere nell’esercizio finanziario 2008 dagli enti pubblici aventi sede nell’Emilia-Romagna (art. 1, comma 173, della legge 23 dicembre 2005, n. 266)”.

di controllo della Corte dei conti, deliberazione 15 febbraio 2005, n. 6, che ne ha meglio individuati i presupposti di legittimità, possono tuttora svolgere un utile ruolo di indirizzamento della pubblica amministrazione, consentendo una migliore individuazione dell'oggetto dell'incarico ed un corretto affidamento dello stesso.

In particolare, mediante la richiamata pronuncia, il giudice contabile ha evidenziato che requisito essenziale per la regolare esecuzione degli incarichi di studio è la consegna, entro il termine stabilito nella lettera d'incarico, di una relazione scritta finale, nella quale devono essere illustrati i risultati dello studio, nonché le soluzioni ai problemi sottoposti all'incaricato.

Gli incarichi di ricerca, invece, presuppongono la preventiva definizione del programma da parte dell'amministrazione, articolandosi gli stessi in una raccolta organica di materiale, che consenta all'ente di reperire una conoscenza utile per la realizzazione di finalità istituzionali. Essi devono concretizzarsi in un esito ben definito, costituito da una relazione scritta finale, che evidenzia la raccolta delle fonti reperite, ne fornisca la sistemazione organica e riassume le conclusioni. La differenza rispetto agli incarichi di studio consiste nel fatto che all'esito di una ricerca non viene chiesta la prospettazione di una soluzione a problemi specifici, bensì una mera raccolta organica di materiale.

Le consulenze, infine, si concretizzano nella resa di pareri, in merito ad una o più questioni preventivamente determinate, allo scopo di acquisire un giudizio utile ad orientare l'azione dell'ente. Nonostante il TAR Umbria, con sentenza 14 gennaio 2004, n. 1, abbia affermato che i pareri possono anche essere resi in via orale, un'elementare esigenza di trasparenza nell'impiego di pubbliche risorse sembra richiedere la necessaria forma scritta.

Come già evidenziato, la disposizione di cui al d.l. 168/2004, che aveva individuato tre categorie di incarichi, è stata abrogata. Pertanto occorre domandarsi se tutti gli incarichi professionali esterni rientrano in tali ambiti. In realtà, le tre tipologie di cui sopra non sembrano esaurire il novero degli incarichi esterni come rilevato, da ultimo, dalla Sezione di controllo della Corte dei conti per la Lombardia, con deliberazione 28 febbraio 2011, n. 111, concernente la figura dell'"ad-detto stampa-portavoce". Solitamente gli incarichi non inquadrabili

tra studi, ricerche o consulenze vengono collocati nell'ambito di una quarta figura, residuale, denominata "collaborazioni autonome".

3. Presupposti di legittimità

I presupposti di legittimità sono individuati dall'art. 7, comma 6 del d.lgs. 165/2001, che, mediante il metodo della novellazione, è stato integrato dal legislatore, anche allo scopo di tipizzare principi elaborati dal giudice contabile.

Analizziamo singolarmente tali presupposti.

Prima condizione, la quale si colloca a monte della stessa possibilità di procedere all'affidamento di un incarico, è che, all'esigenza che giustifica la ricerca di una professionalità esterna, gli enti conferenti non possano "far fronte con personale in servizio" (art. 7, comma 1); inoltre, che l'amministrazione abbia "preliminarmente accertato l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno" (art. 7, comma 1, lett. b).

L'ente pubblico dovrà, innanzitutto, verificare se vi siano al proprio interno dipendenti in possesso delle professionalità specificamente richieste e, in caso affermativo, accertare se queste ultime possano essere adibite allo svolgimento dell'incarico. Tale lettura sembra obbligata a seguito dell'abrogazione, ad opera della legge 23 dicembre 2005, n. 266 "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2006)", della previsione di cui all'art. 1, comma 42 della legge 311/2004 che stabiliva: "l'affidamento da parte degli enti locali di incarichi [...] a soggetti estranei all'amministrazione, deve essere adeguatamente motivato con specifico riferimento all'assenza di strutture organizzative o professionalità interne all'ente in grado di assicurare i medesimi servizi". Pertanto, non costituendo più presupposto dell'affidamento di un incarico esterno da parte degli enti locali la radicale assenza della professionalità interna, sarà sufficiente che sia impossibile far fronte all'esigenza con l'utilizzo delle risorse a propria disposizione.

Copiosa la giurisprudenza contabile in merito.

La Sezione centrale di controllo di legittimità su atti del governo e delle Amministrazioni dello Stato, con deliberazione 19 novembre 2010, n. 25, ha evidenziato la legittima assegnazione di un incarico a fronte

di “problematiche che non possano essere [...] tempestivamente risolte avvalendosi delle professionalità interne”. La tesi è interessante, in quanto si pone in insanabile contrasto con quella, affermata da una giurisprudenza e da una dottrina minoritarie, secondo la quale una preliminare condizione di legittimità sarebbe costituita dall'accertamento dell'inesistenza, all'interno dell'ente, della figura professionale idonea.

La Sezione regionale di controllo per il Molise, con deliberazione 23 luglio 2009, n. 33, ha invece specificato come la rigorosa motivazione, relativa alla necessità di ricorrere ad un apporto esterno, debba anche dare atto dell'impossibilità di non avere potuto fare fronte all'esigenza mediante il migliore o più produttivo impiego delle risorse umane a disposizione dell'ente. Ne consegue che l'ente non potrà limitarsi, nel motivare il ricorso all'incarico, ad evidenziare l'indisponibilità del proprio personale, in quanto “sovraimpegnato per la parte ordinaria”, o “impegnato nel perseguimento di altri obiettivi programmatici” (Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per il Trentino-Alto Adige, sede di Trento, sentenza 19 febbraio 2009, n. 6).

L'art. 7, comma 6, citato prosegue, alla lettera *a*) individuando i requisiti di legittimità relativi all'oggetto della prestazione. Quest'ultimo deve innanzitutto “corrispondere alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente”. In caso contrario, infatti, l'affidamento dell'incarico determinerebbe un ampliamento illegittimo delle funzioni che l'ordinamento assegna all'ente e, conseguentemente, non ne deriverebbe alcuna utilità.

L'oggetto, inoltre, “deve risultare coerente con le esigenze di funzionalità dell'amministrazione conferente”. Il requisito delle esigenze di funzionalità dell'ente spesso è richiamato dalla Corte dei conti²: non è sufficiente che l'incarico attenga alle competenze dell'ente, ma è necessario che sia operata una valutazione preventiva in merito all'effettiva utilità dello stesso.

Ultimo requisito necessario dell'oggetto della prestazione è la corri-

(2) *Ex multis*, Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Calabria, deliberazione 8 gennaio 2009, n. 4.

spondenza “ad obiettivi e progetti specifici e determinati”. Se l’affidamento di un incarico non è preceduto da un progetto che individua l’obiettivo, infatti, è probabile che la prestazione richiesta riguardi un’attività ordinaria, contravvenendo al principio secondo il quale è possibile ricorrere ad incarichi solo per esigenze di carattere straordinario.

La legge 24 dicembre 2007, n. 244 “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008)”, ha novellato la disposizione, secondo la quale gli incarichi esterni dovevano essere conferiti a soggetti di “provata competenza”, modificandola in “di particolare e comprovata specializzazione universitaria”, in tal modo rafforzando la previsione che riguarda la possibilità di ricorrere agli incarichi solo per ottenere prestazioni altamente qualificate. Il vincolo, tuttavia, avrebbe precluso il ricorso ad un apporto esterno a fronte di situazioni in cui vi è la necessità di ricorrere a conoscenze qualificate non presenti nell’offerta universitaria (così le prestazioni artistiche).

Con d.l. 25 giugno 2008, n. 112 “Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria”, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, il legislatore ha rimediato a tale lacuna: a seguito dell’ulteriore novella, la norma, tuttora vigente, prevede che i destinatari degli incarichi debbano avere una “particolare e comprovata specializzazione anche universitaria”, da intendersi come laurea specialistica, o comunque conseguita secondo il precedente ordinamento³.

L’inciso “anche”, quantomai opportuno, aggiunto dal legislatore del 2008, viene integrato da un elenco di situazioni in presenza delle quali il requisito non è richiesto. Il legislatore stabilisce che “si prescinde dal requisito della comprovata specializzazione universitaria in caso di stipulazione di contratti di collaborazione di natura occasionale o coordinata e continuativa per attività che debbano essere svolte da

(3) Cfr. F. CAPONI, G. BERTAGNA, *Gli incarichi esterni degli enti locali*, Torriana, EDK, 2010, p. 31.

[...]", procedendo, quindi, ad elencare una serie di casi in cui l'incarico può essere affidato a soggetti non laureati.

Dubbi emergono in merito alla tassatività o meno delle ipotesi di deroga tipizzate dal legislatore. Un'interpretazione letterale sembrerebbe far propendere per la tassatività ("si prescinde dal requisito [...] in caso di [...]"); tuttavia, occorre evidenziare che l'elenco non ricomprende una serie di fattispecie in cui la specializzazione richiesta prescinde dal possesso di una laurea. In ogni caso, la magistratura contabile non ha ancora esplicitamente preso posizione in merito a tale dubbio ermeneutico.

In forza della lettera c), "la prestazione deve essere di natura temporanea". Pertanto, prima di tutto è necessario che sia predeterminato un termine, non eccessivamente lungo, in quanto in caso di esigenze durature, l'ente pubblico deve provvedere mediante assunzioni o riqualificando il personale.

La temporaneità, inoltre, preclude la possibilità di corrispondere un compenso aggiuntivo rispetto a quanto originariamente previsto, a seguito di rinnovo dell'incarico. Al contrario, all'amministrazione è consentito accordare una proroga rispetto alla scadenza originariamente pattuita, per completare l'attività già avviata, fermo il compenso già stabilito (così la circolare del Dipartimento della funzione pubblica 11 marzo 2008, n. 2 "Legge 24 dicembre 2007, n. 244, disposizioni in tema di collaborazioni esterne").

In virtù della lettera d), infine, "devono essere preventivamente determinati durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione". In pratica è normativizzato il contenuto tipico del contratto, allo scopo di limitare la discrezionalità dell'ente conferente ed evitare situazioni di illiceità. Il giudice contabile ha emesso numerose sentenze di condanna a fronte di incarichi non sufficientemente determinati⁴ e, conseguentemente, di dubbia utilità per l'ente pubblico. L'incarico professionale, in particolare, è senza dubbio illecito ove l'oggetto sia indeterminato, ad esempio costituito da un "supporto all'ufficio", o da una "consulenza globale".

(4) Cfr. la sentenza 19 febbraio 2009, n. 6 della Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per il Trentino-Alto Adige, sede di Trento.

4. Incarichi professionali esterni e co.co.co.

Il d.l. 4 luglio 2006, n. 223 “Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all’evasione fiscale” (c.d. “decreto Bersani”), convertito con modificazioni dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, nel novellare l’art. 7, comma 6 ha previsto che gli incarichi possano essere conferiti “con contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa [...]”, rendendo conseguentemente obbligatori i requisiti di legittimità anche rispetto ai co.co.co. Il problema è di stabilire se i presupposti in analisi debbano necessariamente caratterizzare tutti i co.co.co.

Le incertezze derivano dalla circostanza che il legislatore, invece di disciplinare organicamente la materia degli incarichi esterni, si è mosso sulla base di una logica emergenziale, al fine di introdurre disposizioni finalizzate al contenimento della spesa pubblica.

Ne è derivata una confusione tra istituti tra loro diversi. Prima del “decreto Bersani”, che ha ricondotto i co.co.co. agli incarichi professionali esterni e quindi al lavoro autonomo, infatti, giurisprudenza⁵ e dottrina⁶ riconducevano la tipologia contrattuale *de qua* al lavoro parasubordinato, con conseguente possibilità di sua applicazione anche per le esigenze ordinarie della pubblica amministrazione.

La dottrina si è prodigata nel tentativo di interpretare l’inciso, in particolare allo scopo di capire quale possa essere la sorte dei co.co.co. all’indomani del d.l. 223/2006.

Una corrente di pensiero ritiene che, non essendo più utilizzabili i co.co.co. pubblici per fare fronte a fabbisogni lavorativi ordinari, l’ipotesi delle co.co.co. pubblicistiche sarebbe “sostanzialmente, ormai divenuta di mera scuola”⁷. Questa lettura troverebbe conferma sia nella lettera dell’art. 7, comma 6, che ricomprende i co.co.co., che

(5) Cfr. Sezioni riunite della Corte dei conti in sede di controllo, deliberazione 15 febbraio 2005, n. 5.

(6) L. OLIVERI, *Caduto il tabù dell’alta specializzazione, come presupposto per le co.co. co. pubbliche*, in *Lexitalia.it*, 2005, n. 2.

(7) L. OLIVERI, *Incarichi esterni di lavoro autonomo*, Rimini, Maggioli, 2008, p. 37.

sulla base della circolare 21 dicembre 2006, n. 5 “Linee di indirizzo in materia di affidamento di incarichi esterni e di collaborazioni coordinate e continuative”, nella quale è evidenziata la necessità che anche tutti gli incarichi attribuiti con contratti di co.co.co. debbano essere conferiti a soggetti di provata esperienza, a fronte di esigenze caratterizzate dalla necessità di giovare di un’alta qualificazione.

Nonostante tale ricostruzione sia motivata in modo ineccepibile, non è possibile prescindere dal dato di fatto che contratti di co.co.co. sono tuttora stipulati dagli enti locali; pertanto è necessario ricostruirne i presupposti di legittimità. A tal fine, è utile ricordare la posizione della Sezione autonomie della Corte dei conti la quale, con la citata deliberazione 6/2008, ha ricondotto alle previsioni *ex art.* 7, comma 6 solo i co.co.co. i quali, per contenuto, rientrano nella categoria degli incarichi di studio, ricerca, o consulenza. Pertanto, aderendo a questa linea di pensiero, possiamo affermare che non tutti i co.co.co. costituiscono incarichi professionali esterni, ma solo quelli alla base dei quali vi siano problematiche, per risolvere le quali sia necessario il ricorso esterno ad un’alta professionalità.

Da considerare anche l’approfondimento di un’autorevole dottrina⁸, la quale, preso atto dell’applicabilità dell’art. 7, comma 6, ai co.co.co., in particolare per quanto concerne la necessità che siano conferiti ad esperti di provata competenza ed a fronte di prestazioni altamente qualificate, ipotizza che, a fronte di questi ultimi contratti, sulla base di un’interpretazione logica, la necessaria specializzazione possa prescindere dal requisito della laurea.

5. Incarichi professionali esterni ed appalti di servizi

Ai sensi dell’art. 1655 del codice civile, “l’appalto è il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un’opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro”.

L’appalto, quindi, ha ad oggetto una prestazione imprenditoriale, resa

(8) S. GLINIANSKI, *Collaborazioni coordinate e continuative, alta qualificazione della prestazione ed esperti di provata competenza*, in *Lexitalia.it*, 2007, n. 2.

da soggetti organizzati senza caratterizzazione personale; ciò distingue l'appalto dall'incarico professionale esterno, dal quale consegue un contratto d'opera, rispetto al quale è centrale la figura dell'esecutore. Il codice civile, infatti, all'art. 2222, nel definire quest'ultima figura, evidenzia come la stessa sia caratterizzata dal "lavoro prevalentemente proprio" del prestatore. In pratica, se nell'affidare un appalto l'amministrazione ha un rapporto con un'impresa, in presenza di un incarico professionale tale rapporto intercorre con il prestatore, individuato dall'ente pubblico sulla base del *curriculum* e mediante il quale si instaura un rapporto caratterizzato dall'*intuitus personae*. È ora necessario cercare di stabilire quando l'affidamento di incarichi esterni viene disciplinato dal d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE" e quando, invece, si applica l'art. 7, comma 6, del t.u. sul pubblico impiego.

Secondo una prima ricostruzione, accolta dalla quasi unanime magistratura contabile⁹ nonché dal Dipartimento della funzione pubblica¹⁰, le disposizioni di cui all'art. 7, comma 6, disciplinano gli incarichi ogniqualvolta siano conferiti a persone fisiche, prive della qualità di imprenditori. Conseguentemente, l'appalto di servizi ricorrerebbe solo rispetto alle prestazioni rese da imprenditori, supportati da un'organizzazione di mezzi. In tal senso, *ex multis*, la Corte dei conti, Sezione autonomie 6/2008: "l'appalto di servizi ha ad oggetto la prestazione imprenditoriale di un risultato resa da soggetti con organizzazione strutturata e prodotta senza caratterizzazione personale". Tale soluzione scongiura il rischio che l'applicazione del codice dei contratti consenta un'elusione delle restrittive disposizioni dettate dall'art. 7, comma 6.

Una diversa linea di pensiero¹¹, invece, capovolge l'impostazione ritenendo che l'art. 7, comma 6, si applichi solo residualmente rispetto al

(9) Corte dei conti, Sezione delle autonomie, deliberazione 6/2008.

(10) Dipartimento della funzione pubblica, circolare 2/2008.

(11) Sull'argomento si veda L. OLIVERI, *Incarichi esterni di lavoro autonomo*, cit., p. 159 ss.

codice dei contratti pubblici. Questa interpretazione è motivata sulla base dell'art. 3, comma 19, del codice dei contratti pubblici, il quale ha fornito, su impulso comunitario, una definizione di imprenditore molto più ampia di quella tradizionale. Tale definizione, infatti, comprende ogni operatore economico che offra sul mercato una prestazione di servizi, a prescindere dall'elemento dell'organizzazione, in tal modo non differenziandolo dai professionisti. Sarebbero quindi disciplinati dal codice dei contratti pubblici non solo le attività di progettazione, direzione dei lavori e collaudo, ma tutte le prestazioni di servizi qualificabili appalti, in quanto concluse con liberi professionisti.

Conseguentemente, l'art. 7, comma 6, avrebbe un ambito di applicazione limitato ai lavoratori dipendenti non professionisti ed ai soggetti che rendono la loro prestazione ad un unico committente, senza quindi porsi sul mercato.

È preferibile aderire alla prima linea di pensiero. Non pare prudente, infatti, una lettura che si discosti da quella fatta propria della Corte dei conti, cioè dall'organo di controllo e, soprattutto, titolare del giudizio di responsabilità, a fronte di incarichi illegittimi. Peraltro, occorre altresì ricordare che l'art. 7, comma 6, nell'individuare i presupposti di legittimità degli incarichi, costituisce norma generale, che dev'essere rispettata da tutte le pubbliche amministrazioni.

Se è vero che il principio di primazia del diritto comunitario imporrebbe di disapplicare le norme di diritto interno in contrasto con esso, d'altro canto una possibile soluzione è stata individuata dal Dipartimento della funzione pubblica. Con circolare 2/2008, il precitato Dipartimento ha evidenziato che "i principi di derivazione comunitaria, di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, richiedono, per l'affidamento di incarichi sotto soglia, l'attivazione delle procedure di trasparenza e comparazione (art. 91, comma 2, d.lgs. 163/2006) che possono trovare concreta attuazione secondo le previsioni dettate dall'art. 7, comma 6 del d.lgs. 165/2001 e delle altre disposizioni interne".

Pertanto, l'osservanza dell'art. 7, comma 6, sembra comunque in grado di evitare che vengano violati i principi comunitari.

6. *Disciplina regolamentare da parte degli enti locali*

L'art. 3, comma 56 della legge 244/2007, ha stabilito che “con il regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi emanato ai sensi dell'articolo 89 del citato decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, sono fissati, in conformità a quanto stabilito dalle disposizioni vigenti, i limiti, i criteri e le modalità per l'affidamento di incarichi di collaborazione, di studio o di ricerca, ovvero di consulenze a soggetti estranei all'amministrazione”. Prima che venisse emanata tale disposizione, non necessariamente l'ente locale doveva munirsi di una disciplina regolamentare degli incarichi. A seguito della previsione richiamata, Comuni e Province sono tenuti a dettare una disciplina generale in materia, mediante la quale individuare, nel rispetto della normativa emanata dal legislatore statale, i criteri ai quali dovranno successivamente uniformarsi i singoli decreti di affidamento di incarichi.

Il comma 56 continua prevedendo che “l'affidamento di incarichi o consulenze effettuato in violazione delle disposizioni regolamentari emanate ai sensi del presente comma costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale”.

Non è di semplice ricostruzione la natura di tale responsabilità. È possibile ritenere che il legislatore si sia limitato a richiamare l'ordinaria responsabilità amministrativa per danno dinanzi alla Corte dei conti, in tal modo senza nulla aggiungere, dal punto di vista sostanziale, al quadro normativo¹². In alternativa, la responsabilità *de qua* potrebbe costituire una specifica ipotesi di responsabilità sanzionatoria, con la conseguenza che la stessa si configurerebbe a prescindere dalla dimostrazione di un danno concreto, in conseguenza della mera violazione della norma.

7. *Pubblicazione e comunicazione degli incarichi*

Uno degli intenti che, come già accennato, hanno indotto il legislatore ad integrare, nel corso degli anni, la disciplina degli incarichi esterni, è stato quello di assicurare la massima trasparenza, al fine di consen-

(12) Cfr. A. CIARAMELLA, *Le recenti disposizioni sanzionatorie delle patologie nel conferimento degli incarichi di consulenza da parte delle amministrazioni pubbliche*, in www.amcorteconti.it.

re un controllo diffuso sull'utilizzo del pubblico denaro, in un settore particolarmente sensibile.

Di notevole interesse la disposizione, introdotta con l'art. 3, comma 54 della legge 244/2007, in forza della quale le pubbliche amministrazioni devono pubblicare, sul proprio sito web accessibile al pubblico, i provvedimenti concernenti gli incarichi, completi di indicazione dei soggetti percettori, della ragione dell'incarico e dell'ammontare erogato.

Il legislatore, al fine di assicurare l'adempimento dell'obbligo, prevede che in caso di omessa pubblicazione, la liquidazione del corrispettivo "costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale" del dirigente preposto.

La terminologia utilizzata dal legislatore statale nel prevedere la responsabilità per mancata pubblicazione ("e determina responsabilità erariale") è la medesima impiegata per sanzionare l'affidamento in violazione delle norme regolamentari. Nel caso in analisi, tuttavia, non sembrano esservi dubbi sulla natura sanzionatoria della responsabilità la quale, pertanto, ricorre come conseguenza della mera violazione della disposizione, pur in assenza dell'accertamento di un effettivo nocumento patrimoniale a danno dell'ente conferente. Il legislatore, infatti, ha inteso tutelare l'interesse alla trasparenza del pubblico agire, la cui violazione determina una reazione dell'ordinamento, a prescindere dal concretizzarsi di un danno all'erario.

La Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la Regione Trentino-Alto Adige, con sentenza 17 dicembre 2009, n. 59, ha stabilito che, in caso di liquidazione del corrispettivo nonostante la mancata previa pubblicazione dell'incarico, responsabile è il dirigente preposto alla liquidazione, e non il soggetto il quale avrebbe dovuto provvedere alla pubblicazione stessa. Tale interpretazione consegue al tenore letterale della disposizione, che individua la condotta illecita nella liquidazione.

A rafforzare ulteriormente l'obbligo in analisi, il comma 18 dell'art. 3 precitato stabilisce che i contratti relativi a rapporti di consulenza con le pubbliche amministrazioni sono efficaci a decorrere dalla pubblicazione, sul sito istituzionale dell'amministrazione, del nominativo del consulente, dell'oggetto dell'incarico e del compenso.

La prescrizione *de qua* è stata ribadita e specificata dal comma 8 dell'art. 11 d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 "Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15 in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni" (c.d. riforma Brunetta), per il quale l'obbligo di pubblicare gli incarichi conferiti dev'essere adempiuto mediante inserimento, nel sito istituzionale dell'amministrazione conferente, "in apposita sezione di facile accesso e consultazione". Quest'ultimo intervento del legislatore statale costituisce un tentativo di superare le resistenze frapposte, da alcune amministrazioni, ad un'effettiva trasparenza in materia di incarichi.

L'obbligo di comunicare alla Corte dei conti gli atti di spesa relativi a incarichi di importo superiore ai 5000 euro, è stato stabilito dall'art. 1, comma 173 della legge 266/2005. La verifica che il giudice contabile esegue su tali atti sarà meglio esaminata nel paragrafo avente ad oggetto il regime dei controlli.

Di minore interesse sono gli obblighi di comunicazione, il cui scopo è di alimentare l'anagrafe delle prestazioni. L'art. 53, commi 12 e 13 del d.lgs. 165/2001 prevede, infatti, che entro il 30 giugno gli enti pubblici, i cui dipendenti hanno avuto nell'anno precedente incarichi retribuiti, devono segnalarli al Dipartimento della funzione pubblica; il successivo comma 14, invece, pone un obbligo di comunicazione semestrale in capo alle pubbliche amministrazioni, le quali abbiano affidato a soggetti esterni incarichi retribuiti. In tal modo si è delineato un sistema che consente un incrocio di dati, assicurando la completezza delle informazioni ricevute dall'anagrafe delle prestazioni.

8. Limiti di spesa

Superata l'originaria previsione, in virtù della quale il limite massimo della spesa annua per incarichi veniva fissato nel regolamento, attualmente l'art. 3, comma 56 della legge 244/2007 stabilisce, più opportunamente, che "il limite massimo della spesa annua per incarichi di collaborazione è fissato nel bilancio preventivo degli enti territoriali". In tal modo, il Consiglio annualmente prevede il limite alle risorse utilizzabili per tale finalità.

Il d.l. 31 maggio 2010, n. 78 "Misure urgenti in materia di stabilizzazio-

ne finanziaria e di competitività economica”, convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, all’art. 6, comma 7 ha stabilito, con disposizione direttamente applicabile agli enti locali che, al fine di valorizzare le professionalità interne alle p.a., a decorrere dal 2011 la spesa annua per studi ed incarichi di consulenza non può essere superiore al 20% di quella “sostenuta” nell’anno 2009.

Il richiamo alla spesa “sostenuta”, base del taglio percentuale introdotto dal legislatore statale, è stato interpretato con parere 10 gennaio 2011, n. 6 della Sezione regionale di controllo della Corte dei conti per la Lombardia, come avente ad oggetto la spesa impegnata, anche se non erogata. Tuttavia, mediante la successiva pronuncia 21 settembre 2011, n. 50, le Sezioni riunite della magistratura contabile in sede di controllo sono tornate sull’argomento, considerandolo riferito alla spesa “programmata” per il 2009. Nonostante la nota autorevolezza del Collegio, quest’ultima lettura non sgombra il campo da dubbi, in quanto la stessa è poco rispettosa del dato testuale. Per completezza, si evidenzia che anche il Dipartimento della funzione pubblica, con circolare 14 marzo 2011, n. 3 (avente ad oggetto “art. 6, comma 7 del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, conv. in legge, con modificazioni, dall’art. 1, comma 1, della legge 30 luglio 2010, n. 122, spesa annua per studi ed incarichi di consulenza”) ha aderito alla linea di pensiero secondo la quale per “sostenuta” deve intendersi spesa “impegnata”. Nell’ambito della già richiamata deliberazione, le Sezioni riunite hanno altresì chiarito che, ai fini dell’applicazione del tetto del 20%, fissato alla spesa per gli incarichi esterni, devono escludersi gli oneri coperti mediante finanziamenti aggiuntivi, trasferiti da altri soggetti pubblici o privati. La ragione è rinvenuta nella *ratio* del vincolo, cioè di consentire risparmi sul bilancio del singolo ente, e non anche di ridurre *tout court* le spese connesse a tali prestazioni.

Le Sezioni riunite hanno inoltre confutato l’interpretazione che la Sezione di controllo per la Lombardia aveva reso con la deliberazione 6/2011. Secondo la Sezione lombarda, essendosi il legislatore statale esplicitamente riferito, per giustificare il limite di spesa agli incarichi esterni, al “fine di valorizzare le professionalità interne alle amministrazioni”, la riduzione non ricomprenderebbe le consulenze talmente specialistiche da collocarsi al di fuori delle predette professionalità.

Tale lettura è, come appunto evidenziato dalle Sezioni riunite, inaccoglibile, sia in quanto in contrasto con il presupposto degli incarichi, costituito proprio dall'impossibilità di valersi delle risorse interne, sia in ragione dell'ampia locuzione utilizzata dal legislatore.

Altra interpretazione operata dalla Sezione di controllo per la Lombardia, con la deliberazione soprarichiamata, è quella che considera la limitazione alle spese relative agli incarichi esterni, posta dalla manovra estiva 2010, avente ad oggetto solo gli studi e le consulenze. Il Collegio lombardo giunge a tale conclusione valorizzando il dato testuale della norma, conseguentemente escludendo, dalla portata della stessa, gli incarichi di ricerca e i co.co.co. In realtà il legislatore, nel corso degli anni, riferendosi alla categoria degli incarichi professionali esterni, si è spesso dimostrato poco rigoroso. Pertanto, non sembra facilmente sostenibile che rimangano esclusi, dal limite di cui al d.l. 78/2010, gli incarichi di ricerca. Anche la precitata circolare del Dipartimento della funzione pubblica ritiene che tali incarichi debbano essere ricompresi nella portata della previsione.

Per quanto riguarda i co.co.co., invece, l'interpretazione della disposizione legislativa appare più problematica. Potrebbe dunque accogliersi la ricostruzione della Sezione lombarda e considerarsi esclusi, dal taglio operato con la manovra estiva per il 2010, gli incarichi affidati mediante contratti di collaborazione coordinata e continuativa.

La disposizione di cui all'art. 6, comma 7 del d.l. 78/2010, nel prevedere che a decorrere dal 2011 la spesa annua per studi ed incarichi di consulenza non possa essere superiore al 20% di quella "sostenuta" nell'anno 2009, si era rivelata di non semplice applicazione agli enti locali che non avevano affidato incarichi nel 2009. La soluzione è stata individuata dalla Sezione regionale di controllo per la Lombardia la quale, con la deliberazione 29 aprile 2011, n. 227, ha rimediato alla lacuna con un'interpretazione equilibrata, seppur in qualche misura creativa. Il Collegio lombardo ha ritenuto che anche gli enti locali, i quali non abbiano conferito incarichi nell'anno 2009, possono affidarne negli esercizi successivi, previa rigorosa motivazione circa l'effettiva esigenza, e nei limiti in cui la spesa sia strettamente necessaria. La spesa sostenuta, conclude la Sezione, diventerà a propria volta il parametro finanziario per gli anni successivi.

In modo speculare rispetto a quanto previsto per la liquidazione del corrispettivo di un incarico in mancanza di pubblicazione, l'art. 6, comma 7 del d.l. 78/2010 stabilisce che "l'affidamento di incarichi in assenza dei presupposti di cui al presente comma costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale". Possono richiamarsi le medesime considerazioni già esposte in materia di liquidazione in caso di omessa pubblicazione, e ritenere tale responsabilità di natura sanzionatoria; in questo caso, al fine di tutelare un interesse di finanza pubblica.

9. Possibilità di conferimento ai pubblici dipendenti

In merito all'astratta possibilità di conferire un incarico professionale esterno ad un pubblico dipendente, una prima difficoltà nasce dal principio di esclusività del rapporto di lavoro, per il quale il dipendente di una pubblica amministrazione dovrebbe essere impegnato esclusivamente in favore di quest'ultima.

L'art. 53, comma 7 del d.lgs. 165/2001 stabilisce che i dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti, che non siano stati previamente autorizzati dall'ente di appartenenza, salvo limitate eccezioni (collaborazione a riviste, partecipazione a convegni, ecc.).

Il Dipartimento della funzione pubblica, con circolare 19 febbraio 1997, n. 3 "Legge 23 dicembre 1996, n. 662, art. 1, commi 56/65, tempo parziale e disciplina delle incompatibilità", ha evidenziato che l'autorizzazione andrebbe negata nel caso in cui l'attività extra-istituzionale finisca per oltrepassare i limiti della saltuarietà ed occasionalità. L'amministrazione, prima di autorizzare un incarico esterno, dovrebbe, in particolare, valutare il tipo di impegno previsto, nonché il compenso stabilito, in un'ottica che tenga ovviamente anche conto degli incarichi già autorizzati. Mentre l'impegno richiesto deve essere tale da non precludere il completo e puntuale assolvimento dei doveri d'ufficio da parte del dipendente, la valutazione del compenso dev'essere effettuata in rapporto allo stipendio percepito¹³.

(13) F. BATTAGLIA, *Sulla disciplina degli incarichi esterni ai dipendenti pubblici*, in www.diritto.it, 2002.

Una particolare problematica si pone in riferimento agli incarichi conferiti da una pubblica amministrazione ad un proprio dipendente. Innanzitutto, occorre appurare se vi sia un divieto assoluto in tal senso. Un incarico professionale conferito internamente sembra porsi in contrasto con il presupposto di legittimità di cui all'art. 7, comma 6, per il quale gli incarichi possono essere affidati solo per esigenze cui le amministrazioni non possono far fronte con il personale in servizio. È necessario, inoltre, ricordare che nel pubblico impiego vige il principio di onnicomprensività della retribuzione, vincolante tutte le amministrazioni, indipendentemente dall'eventualità che venga richiamato o meno nei singoli ordinamenti.

Nel rispetto di quanto sopraesposto, è possibile ritenere che, così come specificamente previsto dall'art. 24, comma 3 del d.lgs. 165/2001 per i dirigenti, il principio di onnicomprensività precluda all'amministrazione di appartenenza la corresponsione al dipendente di compensi ulteriori per incarichi conferiti in ragione dell'ufficio, o su designazione della stessa.

Un'ulteriore pretesa retributiva, pertanto, come evidenziato dal parere della Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Campania, 23 luglio 2009, n. 35 e dalla sentenza TAR Campania, Sez. Salerno, sentenza 25 gennaio 2007, n. 145, è possibile solo qualora l'attività oggetto dell'incarico non sia riconducibile alla qualifica assunta da dipendente pubblico, nell'ambito dell'ente di appartenenza, e non costituisca espletamento di compiti d'istituto.

10. *Procedimento di affidamento*

La principale peculiarità che caratterizza il procedimento di conferimento degli incarichi esterni è costituita dalla previsione, di cui all'art. 7, comma 6-*bis*, per la quale le pubbliche amministrazioni sono obbligate a definire, con regolamenti, "procedure comparative" per il conferimento degli incarichi.

Il problema che si è posto all'interprete è stato quello di interpretare la nozione di "procedura comparativa".

È stato subito evidente come la disposizione, da una parte, non comportasse per l'ente assegnatario la necessità di effettuare una gara vera e propria, dall'altra, precludesse l'affidamento diretto dell'incarico,

sulla base del mero *intuitu personae*. Con il tempo si è consolidata, nell'ambito della magistratura contabile, l'interpretazione secondo la quale la comparazione può essere limitata a un confronto, sulla base di criteri preventivamente individuati, tra i *curriculum* presentati¹⁴.

Rientra nella discrezionalità dell'amministrazione la possibilità di prevedere, eventualmente, colloqui che possono rivelarsi utili allo scopo di integrare quanto emerge dai *curriculum*, nonché per verificare la correttezza di quanto in essi dichiarato. È tuttavia indispensabile che dell'esito dei singoli colloqui venga lasciata una traccia, per elementari ragioni di trasparenza, nonché allo scopo di consentire un'eventuale ricostruzione, da parte dell'autorità giudiziaria, dell'*iter* decisionale. Alla deliberazione, con la quale viene conferito l'incarico, deve necessariamente seguire la stipulazione di un contratto, nel quale occorre specificare gli obblighi che gravano sul soggetto incaricato. La deliberazione, infatti, è un atto avente mera rilevanza interna, e non costituisce una proposta contrattuale alla quale possa aderire il professionista.

La Corte di cassazione, con ordinanza 4 agosto 2011, n. 16997, ha evidenziato che, per il contratto d'opera professionale, con il quale è conferito un incarico esterno, è richiesta la forma scritta a pena di nullità, con firma apposta necessariamente sia dal professionista che dal rappresentante dell'ente. La Corte Suprema ha, altresì, spiegato come debba anche escludersi che il contratto possa essere concluso a distanza, a mezzo di corrispondenza, occorrendo invece che la patuizione sia versata in un atto contestuale, anche se non sottoscritto contemporaneamente.

11. *Regime dei controlli*

Il legislatore statale, come si è già avuto modo di evidenziare, dal 2004 ad oggi ha modificato più volte la disciplina della materia *de qua*, sia per ragioni di bilancio, limitando conseguentemente la discrezionalità degli amministratori pubblici, sia allo scopo di assicurare una maggiore trasparenza sull'attribuzione degli incarichi.

(14) Da ultima, Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna, deliberazione 26 luglio 2012, n. 310.

A completamento del sistema delineato, sono stati previsti una serie di controlli, in particolare esterni, in grado di assicurarne il corretto funzionamento.

Il già citato “decreto Bersani” nel 2006, mediante l’art. 32, ha radicalmente modificato il testo dell’art. 7, comma 6, del d.lgs. 165/2001, tra l’altro stabilendo, mediante l’inserimento di un comma *6-ter*, che “i regolamenti di cui all’art. 110, comma 6, del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, si adeguano ai principi di cui al comma 6”. È stato in tal modo stabilito esplicitamente l’obbligo, per gli enti locali, di adeguare i propri regolamenti, allo scopo di renderli conformi alla nuova disciplina più restrittiva.

Con un passo successivo il legislatore, mediante l’art. 3, comma 57 della legge 244/2007, ha previsto che le disposizioni regolamentari poste in essere dagli enti locali in attuazione dei nuovi principi sugli incarichi sono trasmesse alla Sezione regionale di controllo della Corte dei conti competente, entro trenta giorni dalla loro adozione.

Secondo la consolidata linea interpretativa accolta dal giudice contabile¹⁵, sui regolamenti in argomento la Corte svolge un controllo di legalità e regolarità, di tipo successivo, in una prospettiva non più statica (come avveniva in presenza del tradizionale controllo di legalità), ma dinamica, tesa a finalizzare il confronto tra fattispecie e parametro normativo, all’adozione di effettive misure correttive. Quindi un controllo di tipo collaborativo.

Ovviamente, tale natura collaborativa non esclude che l’effetto sui componenti della giunta, chiamati a modificare il regolamento, sia di fatto incisivo: qualora i rilievi della Corte vengano disattesi, infatti, in un eventuale giudizio di responsabilità avente ad oggetto un incarico illecito, che abbia comunque rispettato il regolamento dell’ente, il procuratore contabile avrà buon gioco nel chiedere la condanna dei componenti della giunta, responsabili dell’omessa riconduzione del regolamento a legalità.

È comunque utile segnalare una voce dissonante all’interno della ma-

(15) *Ex multis*, deliberazione 2 ottobre 2009, n. 754 della Sezione regionale di controllo per la Lombardia.

gistratura contabile: la Sezione regionale di controllo per la Toscana, con deliberazione 12 giugno 2008, n. 38, ha sostenuto che le verifiche effettuate dalla Corte dei conti sulle disposizioni regolamentari costituiscono esercizio di funzione consultiva. L'inquadramento è stato ricavato per esclusione, in quanto l'attività svolta dalla Corte dei conti in tale ambito, non avendo ad oggetto atti di natura gestionale, non può essere ricondotta al controllo finanziario, le cui pronunce hanno ad oggetto esclusivamente gravi irregolarità contabili.

A parere di chi scrive, la difficoltà di inquadrare le verifiche sui regolamenti nell'ambito delle tradizionali tipologie di controllo effettuato dalla Corte dei conti non impedisce di inserirle comunque all'interno della funzione di controllo.

La costruzione dell'attività in analisi, quale svolgimento di mera funzione consultiva, infatti, sembrerebbe svilirne la portata e, inoltre, contrasterebbe con la prassi, seguita da alcune Sezioni regionali che, dopo aver deliberato sul regolamento, chiedono all'ente locale di inviare le norme modificate, al fine di consentire una seconda fase di verifica¹⁶. Tale richiesta, con ogni evidenza, non sarebbe legittima se configurassimo l'attività in analisi quale esercizio di funzione consultiva.

Per completezza, è utile ricordare che è pacifico come, nelle more dell'espletamento del controllo, le norme regolamentari relative agli incarichi professionali esterni siano pienamente efficaci.

La verifica della legittimità delle norme regolamentari, brevemente esaminata, costituisce la base del sistema dei controlli sugli incarichi: per assicurare la legittima attribuzione di ricorso a professionalità esterne da parte degli enti locali, infatti, occorre innanzitutto che questi ultimi operino sulla base di una normativa legittima e rispettosa dei principi dettati dal legislatore statale.

Una seconda tipologia di controllo, esercitato dal giudice contabile, consegue al disposto di cui all'art. 1, comma 173 della legge 266/2005,

(16) *Ex multis*, deliberazione 27 aprile 2009, n. 244, della Sezione regionale di controllo per la Calabria e deliberazione 20 aprile 2010, n. 13 della Sezione regionale di controllo per il Trentino-Alto Adige, sede di Trento.

per il quale gli atti di spesa relativi ad incarichi di importo superiore ai 5.000 euro devono essere trasmessi alla Corte dei conti, per l'esercizio del controllo successivo sulla gestione.

Il controllo sulla gestione costituisce un riscontro esterno e successivo, avente ad oggetto non solo la legittimità, ma anche la regolarità dell'atto. Pertanto, la magistratura contabile, nell'esercitarlo, non si limita a verificare la conformità dell'atto alla legge, ma va oltre, accertando anche che sia rispettoso di tutte le regole praeterlegislative che disciplinano l'attività amministrativa. La tipologia di controllo in argomento, tuttavia, come evidenziato dal Giudice delle Leggi, non è di stretta legalità, ma è strumentale a processi di autocorrezione, mirando all'adozione, da parte del soggetto controllato, delle misure necessarie ad avviare alle disfunzioni segnalate dalla Corte dei conti con apposita relazione.

In ogni caso, non sussistono dubbi sulla necessità che la Sezione, nell'esercizio del controllo *de quo*, qualora ravvisi la sussistenza degli estremi per l'esercizio dell'azione di responsabilità amministrativa, debba inviare gli atti alla Procura competente, al fine di consentire l'apertura di un fascicolo giudiziario¹⁷.

Per completezza, occorre anche menzionare una forma di controllo interno, prevista dall'art. 1, comma 42, legge 311/2004: la valutazione da parte dell'organo di revisione economico-finanziaria dell'ente locale. A seguito dell'adozione della legge 266/2005 (legge finanziaria per il 2006), la Sezione autonomie della Corte dei conti, con deliberazione 4/2006, spiegò che quest'ultima aveva abrogato "per evidenti motivi di incompatibilità" il sopracitato comma 42, il quale prevedeva, appunto, il controllo dei revisori. Tuttavia, successivamente vi è stata una chiara presa di posizione in direzione opposta da parte delle Sezioni regionali di controllo per la Lombardia (pareri 14 maggio 2009, n. 213 e 23 aprile 2010, n. 506) e per il Piemonte (deliberazioni 18 marzo 2010, n. 23 e 23 giugno 2011, n. 63), secondo le quali la legge finanziaria per il 2006, nel ridisciplinare il controllo sulla gestione della Corte dei

(17) Si veda la Sezione regionale di controllo per il Molise, deliberazione 22 dicembre 2008, n. 54.

conti, non ha anche inciso, abrogandola, sulla disposizione relativa al controllo dei revisori, la quale assolve ad una finalità distinta. Riteniamo prudente aderire a questa seconda linea di pensiero che, peraltro, si sta ormai consolidando.

La Corte dei conti effettua anche un controllo preventivo di legittimità sugli atti ed i contratti relativi ad incarichi, introdotto mediante l'art. 17, comma 30 del d.l. 1° luglio 2009, n. 78 "Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali", convertito con modificazioni in legge 3 agosto 2009, n. 102. Quest'ultima tipologia di controllo, tuttavia, non si estende agli atti degli enti locali, come evidenziato dalla Corte costituzionale che, con sentenza 13 maggio 2010, n. 172, ha confermato l'interpretazione della norma già fornita dalla Sezione centrale di controllo di legittimità della magistratura contabile¹⁸.

12. Regime della responsabilità

Abbiamo già analizzato tre specifiche tipologie di responsabilità amministrativo-contabile in tema di incarichi: per affidamento in violazione di disposizioni regolamentari, per liquidazione del corrispettivo in mancanza della previa pubblicazione e per conferimento in violazione dei limiti di spesa di cui alla "manovra estiva 2010".

È altresì utile, per completezza, ricordare come si configura l'ordinaria responsabilità per danno in materia di incarichi.

L'illecito, seguendo la regola generale del giudizio di responsabilità dinanzi alla Corte dei conti, non si perfeziona a seguito di una mera illegittimità, in quanto il magistrato contabile non giudica della legittimità degli atti, ma della illiceità dei comportamenti. Per poter configurare l'illiceità, non sarà quindi sufficiente rilevare una illegittimità della procedura, ma occorrerà altresì provare che il comportamento del convenuto sia stato connotato dall'elemento psicologico del dolo o della colpa grave, e che ne sia conseguito un danno all'erario.

Frequenti sono le pronunce di condanna emesse nonostante la legitti-

(18) Sezione centrale di controllo di legittimità su atti del governo e delle amministrazioni dello Stato, deliberazione 25 novembre 2009, n. 20.

mità della procedura di affidamento, conseguenti alla previsione di un compenso eccessivo. Alla spendita del pubblico denaro, infatti, deve sempre sovrintendere il canone dell'economicità.

Di rilievo, infine, l'applicazione, in sede di giudizio di responsabilità concernente gli incarichi esterni, della previsione di cui all'art. 1-*bis*, legge 14 gennaio 1994, n. 20 "Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti", secondo la quale nel giudizio di responsabilità deve tenersi conto dei vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione, o dalla comunità amministrata. In altre parole, anche a fronte di un incarico conferito illecitamente, la Corte dei conti, nel determinare il danno cagionato, valuta se dalla prestazione oggetto della collaborazione ne sia derivato, direttamente o indirettamente, un vantaggio; così, ad esempio, ove consegua un minore ricorso agli straordinari da parte del personale dipendente dall'ente¹⁹.

13. *Considerazioni conclusive*

Senza dubbio il conferimento degli incarichi professionali esterni è un tema attuale e di grande interesse.

Da una parte, il quadro normativo, essendo stato delineato al di fuori di un disegno organico, è fonte di notevoli incertezze, dall'altra l'attenzione dell'opinione pubblica, in un periodo così delicato per l'economia italiana, è massima, a fronte di situazioni di sperpero del pubblico denaro perperate mediante lo strumento in analisi.

Notevole è inoltre la produzione giurisprudenziale, in particolare da parte del giudice contabile: all'obbligo di trasmissione previsto dalla legge 266/2005, per gli atti di spesa relativi a incarichi di importo superiore ai 5.000 euro, consegue non solo l'esercizio del controllo sulla gestione ma, come già accennato, anche l'invio alla Procura contabile degli incarichi che si assumono illeciti. Il sistema italiano, che vede accentrato in un unico soggetto, la Corte dei conti, le funzioni di controllo e giurisdizionale in materia di gestione delle pubbliche risorse, dà luogo a un costante flusso di notizie di danno verso gli organi

(19) Così la Sezione giurisdizionale per la Regione Puglia, con sentenza 30 ottobre 2008, n. 821.

inquirenti contabili. Ciò contribuisce a dare effettività al controllo, dal quale, comunque, consegue anche un momento collaborativo costituito dalle deliberazioni emesse a seguito del controllo sulla gestione, indirizzate alle amministrazioni affidatarie degli incarichi, allo scopo di stimolare processi virtuosi di autocorrezione.

Pertanto, nonostante la manovra estiva per il 2010 abbia ridotto le risorse a disposizione degli enti locali per l'affidamento di incarichi esterni, il tema rimane di notevole attualità, anche perché ai nostri amministratori è richiesta una sempre maggiore attenzione nella gestione della spesa del pubblico denaro, rispetto alla quale, anche in materia di incarichi professionali esterni, continuerà a giocare un ruolo decisivo la Corte dei conti.

Focus sulla giurisprudenza costituzionale in materia di contratti pubblici

Elena Bastianin

Sommario

1. Premessa – 2. Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di contratti pubblici nella legislazione e nella giurisprudenza della Corte costituzionale – 3. Gli spazi che concretamente residuano in capo al legislatore regionale nella disciplina delle fasi pubblicistica e privatistica dell'attività contrattuale dopo le sentenze della Corte del 2007 – 4. La giurisprudenza della Corte dopo le sentenze del 2007 – 5. I limiti della potestà legislativa delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome.

1. Premessa

Il *focus* che segue¹ si propone di conciliare approfondimento giuridico e taglio “operativo”, perché possa risultare strumento utile ai tecnici e amministratori attivi nel settore della contrattualistica pubblica. Sarà innanzitutto illustrato il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni come si è andato delineando dopo la riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione, da parte della legge costituzionale 3/2001, anche grazie all'opera chiarificatrice della Corte costituzionale.

Successivamente, saranno illustrati gli spazi che residuano concretamente in capo ai legislatori regionali attraverso l'esemplificazione dei profili che gli stessi possono disciplinare.

Il riparto di competenze tra Stato e Regioni, delineato dal codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), è stato chiarito

(1) Aggiornato al 24 luglio 2012. Le pronunce richiamate nel presente documento, corredate dalle rispettive sintesi, nonché le altre decisioni relative al conflitto costituzionale tra Stato e Regioni, sono reperibili nella Banca dati “Contenzioso costituzionale” della Regione Emilia-Romagna (www.Regione.emilia-romagna.it/wcm/autonomie/sezioni_home/banchedati/Contenzioso_Costituzionale.htm).

nella sua portata effettiva da due importanti pronunce della Corte costituzionale del 2007² le quali riconducono a titoli di competenza esclusiva statale sia l'affidamento del contratto che la sua esecuzione, così sancendo l'inderogabilità sia delle disposizioni del codice che regolano le procedure di evidenza pubblica, sia di quelle concernenti l'attuazione del rapporto contrattuale.

Dal 2007 ad oggi il giudice costituzionale ha sempre confermato detto orientamento, sicché davvero esigui sono gli spazi che, in questa materia, concretamente residuano in capo ai legislatori regionali.

2. Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di contratti pubblici nella legislazione e nella giurisprudenza della Corte costituzionale

Com'è noto, il vecchio art. 117 Cost. contemplava la materia dei lavori pubblici "di interesse regionale" tra le materie di potestà legislativa concorrente.

Il nuovo art. 117 Cost., come riformulato a seguito della riforma del Titolo V del 2001, non menziona invece espressamente lavori, servizi e forniture tra le materie di potestà legislativa esclusiva o concorrente dello Stato.

Con la nota sentenza 303/2003, la Corte affermò che la mancata inclusione dei lavori pubblici nell'elencazione dell'art. 117 Cost. non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni, ma che si tratta di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, qualificandosi a seconda dell'oggetto al quale afferiscono, e pertanto possono di volta in volta essere ascritti a potestà legislativa esclusiva dello Stato ovvero a potestà legislativa concorrente.

A differenza di quanto accadeva nel precedente assetto costituzionale, dopo la riforma del 2001 il riparto di competenze in materia dunque non viene più fondato sulla natura del soggetto che indice la gara o al

(2) Per approfondimenti, vedi, ad esempio, R. DE NICTOLIS, *I principi espressi dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 401/2007*, in *Federalismi.it*, 2007, n. 23; F. GHERA, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di appalti pubblici*, in *Federalismi.it*, 2008, n. 2.

quale è riferibile il bene o servizio da acquisire; il solo profilo soggettivo non è più idoneo a fissare una linea di demarcazione nel riparto di competenze legislative fra Stato e Regioni. Non è più possibile, cioè, distinguere fra procedure di gara bandite dalle amministrazioni statali e procedure poste in essere da amministrazioni regionali o locali e assegnare, conseguentemente, le prime alla potestà legislativa dello Stato e le seconde a quella delle Regioni.

L'art. 4 del d.lgs. 163/2006 (recante "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE") ha successivamente delineato in via legislativa il riparto di competenze tra Stato e Regioni nell'ambito dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Occorre fare riferimento alle singole disposizioni del codice per verificare in quale ambito materiale dell'art. 117 Cost. siano inquadrabili, deducendo di conseguenza la loro applicabilità alle Regioni.

Circa la disciplina dell'attività contrattuale, l'art. 4 del codice definisce gli ambiti sui quali si esplica la potestà legislativa esclusiva e concorrente dello Stato, con conseguente vincolo per la potestà legislativa delle Regioni. Esso ripartisce la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni a prescindere dall'oggetto del singolo contratto pubblico di lavori, servizi e forniture, vincolando le Regioni al rispetto dei principi fondamentali posti dal codice negli ambiti indicati dal comma 2 ed al rispetto anche delle norme di dettaglio negli ambiti di cui al comma 3. In particolare, l'art. 4, comma 2, elenca gli ambiti di legislazione sui contratti pubblici ascrivibili a competenza concorrente (in particolare, in tema di programmazione di lavori pubblici, approvazione dei progetti ai fini urbanistici ed espropriativi, organizzazione amministrativa, compiti e requisiti del responsabile del procedimento, sicurezza del lavoro), mentre l'art. 4, comma 3, individua gli ambiti materiali nei quali le Regioni sono integralmente vincolate dalla disciplina del codice, vietando alle stesse di dettare una disciplina diversa da quella del codice (in relazione a: qualificazione e selezione dei concorrenti; procedure di affidamento, esclusi i profili di organizzazione amministrativa; criteri di aggiudicazione; subappalto; poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; attività di progettazione e piani

di sicurezza; stipulazione ed esecuzione dei contratti, ivi compresi direzione dell'esecuzione, direzione dei lavori, contabilità e collaudo, ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative; contenzioso).

Il riparto di competenze tra Stato e Regioni delineato dal codice è stato chiarito nella sua portata effettiva dalle sentenze della Corte costituzionale 23 novembre 2007, n. 401 e 14 dicembre 2007, n. 431: in entrambe le pronunce vengono ricondotti a titoli di competenza esclusiva statale sia l'affidamento del contratto che la sua esecuzione. La Corte riconosce, infatti, nelle suddette pronunce l'inderogabilità sia delle disposizioni del codice che regolano la procedura di evidenza pubblica sia di quelle concernenti l'attuazione del rapporto contrattuale.

Già prima del cristallizzarsi della posizione interpretativa assunta con le pronunce del 2007 (successivamente finora sempre ribadita), la Corte, nelle pronunce del 2003 e del 2004 aveva chiarito che *“l'intervento statale a tutela della concorrenza è giustificato se ha una rilevanza 'macroeconomica'. L'attività contrattuale della p.a. non può identificarsi in una materia a sé, ma rappresenta un'attività che inerisce alle singole materie sulle quali essa si esplica. Appartengono, invece, alla competenza legislativa concorrente o residuale delle Regioni gli interventi sintonizzati sulla realtà produttiva regionale tali comunque da non creare ostacolo alla libera circolazione delle persone e delle cose fra le Regioni”* (sent. 303/2003) e come la tutela della concorrenza non potesse *“essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali”*.

Una volta riconosciuto che la nozione di tutela della concorrenza abbraccia nel loro complesso i rapporti concorrenziali sul mercato e non esclude interventi promozionali dello Stato, la Corte precisa, tuttavia, che una dilatazione massima di tale competenza, che non presenta i caratteri di una materia di estensione certa, ma quelli di una funzione esercitabile sui più diversi oggetti, rischierebbe di vanificare lo sche-

ma di riparto dell'art. 117 Cost., che vede attribuite alla potestà legislativa residuale e concorrente delle Regioni materie la cui disciplina incide innegabilmente sullo sviluppo economico.

Secondo il ragionamento dei giudici costituzionali, proprio l'inclusione di questa competenza statale nella lettera e) dell'art. 117, comma 2, Cost., evidenzia l'intendimento del legislatore costituzionale del 2001 di unificare in capo allo Stato strumenti di politica economica che attengono allo sviluppo dell'intero Paese; strumenti che, in definitiva, esprimono un carattere unitario e, interpretati gli uni per mezzo degli altri, risultano tutti finalizzati ad equilibrare il volume di risorse finanziarie inserite nel circuito economico. L'intervento statale si giustifica, dunque, per la sua rilevanza macroeconomica: solo in tale quadro è mantenuta allo Stato la facoltà di adottare sia specifiche misure di rilevante entità, sia regimi di aiuto ammessi dall'ordinamento comunitario (fra i quali gli aiuti *de minimis*), purché siano in ogni caso idonei, quanto ad accessibilità a tutti gli operatori ed impatto complessivo, ad incidere sull'equilibrio economico generale. Le competenze statali previste dalla lettera e) del secondo comma dell'art. 117 Cost. non possono essere isolate una dall'altra, ma sono unificate finalisticamente dalla *ratio* di mantenere in capo allo Stato un'ampia gamma di interventi capaci di incidere sulle principali variabili del sistema economico (sent. 14/2004).

Nella sentenza 272/2004, la Corte ribadì che spetta allo Stato legiferare in via esclusiva in materia di tutela della concorrenza, competenza trasversale, che coinvolge più ambiti materiali, si caratterizza per la natura funzionale (individuando, più che degli oggetti, delle finalità in vista delle quali la potestà legislativa statale deve essere esercitata) e legittima l'intervento statale sia volto a promuovere, sia volto a proteggere, l'assetto concorrenziale del mercato ed anche su materie, sotto altri profili, di competenza regionale. La Corte, tuttavia, precisò che l'intervento del legislatore statale è legittimo se contenuto entro i limiti dei canoni di adeguatezza e proporzionalità: la norma statale che imponesse una disciplina tanto dettagliata da risultare non proporzionata rispetto all'obiettivo della tutela della concorrenza costituirebbe una illegittima compressione dell'autonomia regionale.

Nella successiva sentenza 345/2004 la Corte confermò come le procedure di evidenza pubblica, anche alla luce delle direttive della comunità europea, abbiano assunto un rilievo fondamentale per la tutela della concorrenza e specificato che, per gli acquisti di beni e servizi “sotto soglia”, gli enti autonomi sono tenuti all’osservanza dei principi desumibili dalla normativa nazionale di recepimento della normativa comunitaria, non all’applicazione di puntuali modalità.

Da questa pronuncia sembrava derivare una parziale apertura, per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, alla disciplina regionale, vincolata solo all’osservanza dei principi desumibili dalla normativa statale di recepimento della normativa comunitaria.

In realtà, con la successiva sentenza 401/2007 la Corte ha ritenuto che anche la disciplina degli appalti sotto soglia rientri nella tutela della concorrenza, di esclusiva competenza del legislatore statale, chiarendo che una disciplina regionale dei contratti pubblici è illegittima anche se concerne i soli contratti “sotto soglia”.

Con la citata sentenza, infatti, la Corte, respingendo tutte le censure sollevate dalle Regioni (le quali non avevano contestato che l’intervento statale fosse a tutela della concorrenza, ma l’eccessiva analiticità delle norme) in merito all’art. 4, commi 2 e 3 del codice, ha esteso all’intera attività contrattuale della p.a. la statuizione già contenuta nella sentenza 303/2003 secondo cui i lavori pubblici non costituiscono una materia ma si qualificano a seconda dell’oggetto al quale afferiscono.

In particolare, la Corte riconduce gli ambiti materiali elencati dal comma 3 alla potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza, ordinamento civile, giustizia civile e amministrativa. Ha ritenuto cioè – come presupposto dalla stessa disciplina del codice – che i profili di cui all’art. 4, comma 3 del codice, anche ove si tratti di contratti stipulati dalle Regioni o da amministrazioni non statali, rientrino nella potestà legislativa esclusiva statale di cui all’art. 117, comma 2 della Costituzione.

La Corte ha cioè aderito all’interpretazione secondo cui l’attività contrattuale della p.a. si caratterizza per due fasi:

- 1) la prima, pubblicistica, funzionale alla scelta del contraente, nella quale la tutela della concorrenza, che appartiene alla potestà legisla-

tiva esclusiva dello Stato, costituisce l'obiettivo finale della complessa disciplina delle procedure di gara dettate dal codice dei contratti;

2) la seconda, di natura privatistica, che ha inizio con la stipulazione del contratto di appalto e comprende la sua successiva esecuzione, in relazione alla quale la Corte valorizza la potestà legislativa dello Stato in materia di ordinamento civile, che impone di garantire l'uniformità di trattamento, sull'intero territorio nazionale della disciplina della conclusione e dell'esecuzione dei contratti di appalto.

In nessun caso le Regioni, dunque, neppure quando si tratti di disciplinare la propria attività contrattuale, destinata a svolgersi su materie oggetto della competenza regionale residuale, possono prevedere una disciplina diversa da quella del codice dei contratti pubblici in relazione a: qualificazione e selezione dei concorrenti, procedure di affidamento – esclusi i profili di organizzazione amministrativa –, criteri di aggiudicazione, subappalto, poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, attività di progettazione e piani di sicurezza, stipulazione ed esecuzione dei contratti (ivi compresi direzione dell'esecuzione, direzione lavori, contabilità, collaudo – ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative), contenzioso. Ciascuno di tali ambiti è riconducibile a una delle materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, comma 2 della Costituzione: la “giurisdizione” (cui va ricondotto il “contenzioso” in materia di appalti), l’“ordinamento civile” (nel quale sono inclusi “subappalto”, la “stipulazione” e l’“esecuzione” dei contratti); la “tutela della concorrenza” (cui sono stati ricondotti tutti gli altri ambiti ai quali si riferisce l'art. 4, comma 3 del codice dei contratti pubblici). Il carattere trasversale della tutela della concorrenza – nella lettura della Corte di cui alla successiva sentenza 431/2007 – implica dunque che essa, avendo ad oggetto la disciplina del mercato di riferimento delle attività economiche, può influire anche su materie attribuite alla competenza legislativa, concorrente o residuale, delle Regioni. La Corte ha dunque ritenuto ammissibile la formulazione, da parte del legislatore statale, di una disciplina integrale e dettagliata delle procedure di gara e nell'inderogabilità delle relative disposizioni, le quali legittimamente incidono, nei limiti della loro specificità e dei conte-

nuti normativi loro propri, sulla totalità degli ambiti materiali entro i quali si applicano, senza che ciò determini una compressione irragionevole e sproporzionata di alcuna sfera di competenza regionale.

3. Gli spazi che concretamente residuano in capo al legislatore regionale nella disciplina delle fasi pubblicistica e privatistica dell'attività contrattuale dopo le sentenze della Corte del 2007

Con la successiva sentenza 431/2007 la Corte ha dunque definitivamente chiarito che la competenza esclusiva dello Stato a tutela della concorrenza può esprimersi in norme che disciplinano integralmente tutti i profili della procedura di gara che attengono ad essa e sono inderogabili da parte delle Regioni a prescindere dal loro livello di maggiore o minore dettaglio.

Le Regioni, pertanto, non possono emanare norme generali che disciplinino la procedura di gara, né disciplinare singoli profili di tale procedura, con norme che modifichino quelle poste dal legislatore statale, anche se si propongano di aumentare l'apertura del mercato e favorire la partecipazione degli operatori economici.

La tutela della concorrenza non sopporta alcun intervento da parte dei legislatori regionali, i quali non possono porre in essere nemmeno interventi con finalità integrative o rafforzative degli standard posti dal legislatore statale.

La competenza in materia di concorrenza nel settore degli appalti pubblici non si intreccia in senso proprio con le competenze regionali, considerato che l'attività contrattuale della p.a. ha, a sua volta, un oggetto *a priori* indefinito e che si concretizza non all'atto dell'esercizio del titolo di competenza statale, ma al momento dell'indizione della gara da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, e che può vertere in materie sia esclusive (come i servizi pubblici locali o la formazione professionale) sia concorrenti (es. porti e aeroporti civili, protezione civile, alimentazione, grandi reti di trasporto, produzione e distribuzione dell'energia, ecc.): insomma, l'oggetto della concorrenza (l'assetto concorrenziale del mercato) non coincide con l'oggetto dell'appalto (la materia).

Nel momento in cui, con l'indizione della gara, viene ad esplicitarsi l'oggetto dell'appalto (es. forniture aeroportuali oppure lavori per

la realizzazione di una grande rete di navigazione), l'autorità amministrativa sarà tenuta ad osservare le eventuali misure pro-concorrenziali che, nei ristretti limiti sopra precisati, le Regioni abbiano eventualmente adottato, legiferando in una delle due materie, stando all'esempio, di competenza ripartita; e tenendo, comunque, ben presente che la disciplina della procedura concorsuale sarà pressoché integralmente assorbita nella potestà legislativa statale di tutela della concorrenza, eccettuati gli eventuali profili di competenza, eterogenei rispetto a quest'ultima, afferenti ad esempio all'organizzazione amministrativa (si pensi alla composizione del seggio di gara), o al governo del territorio, o alla programmazione dei lavori, o agli istituti procedurali che ricadano in sfere di competenza residuale o concorrente (come la definizione dei compiti e requisiti del responsabile del procedimento).

L'attività di progettazione, ad esempio, che dovrebbe essere attratta nell'ambito materiale di appartenenza dell'opera da realizzare, oppure la disciplina dei criteri di predisposizione dei piani di sicurezza, che dovrebbe rientrare nella materia a competenza ripartita della tutela e sicurezza del lavoro, vengono assorbite nella competenza statale, in quanto il fine di tutela della concorrenza prevale sulla spettanza del titolo di competenza che nella circostanza si "materializza".

La tutela della concorrenza prevale sulle altre competenze, sia che le incroci nell'arco della regolamentazione della procedura di affidamento – esclusi, per la loro eterogeneità e non assoggettabilità al giudizio di prevalenza, taluni aspetti di disciplina – sia che vi si sovrapponga nel corso dello svolgimento della gara d'appalto specificamente bandita, tranne la limitata facoltà di integrazione normativa proconcorrenziale ad effetti indiretti e marginali.

Alle competenze concorrenti e residuali delle Regioni nell'ambito dei contratti pubblici sono rimasti, dunque, spazi davvero esigui: si assiste – nell'evoluzione legislativa della materia e nell'interpretazione giurisprudenziale della stessa – all'espansione della potestà legislativa dello Stato a danno di quella delle Regioni.

I soli ambiti ormai ascrivibili alla competenza regionale sono i profili di carattere organizzativo e di semplificazione procedimentale, la cui sola disciplina può essere legittimamente dettata dalle Regioni. Non

è stata impugnata dal governo, ad esempio, la l.r. Emilia-Romagna 28/2007 (recante “Disposizioni per l’acquisizione di beni e servizi”) la quale si limita a disciplinare profili di carattere organizzativo e di semplificazione procedimentale.

La Corte ha chiarito, infatti, sin dalla nota pronuncia 401/2007, che le disposizioni statali concernenti la composizione e modalità di nomina dei componenti della commissione giudicatrice per i contratti inerenti a settori di competenza regionale hanno carattere suppletivo e cedevole rispetto ad una divergente normativa regionale che abbia già diversamente disposto o che disponga per l’avvenire; che detti aspetti devono essere ricondotti nell’ambito organizzativo delle singole stazioni appaltanti, che potranno modularli tenendo conto della complessità dell’oggetto della gara, nonché dell’importo della medesima; che gli aspetti connessi alla composizione della commissione giudicatrice e alle modalità di scelta dei suoi componenti attengono, più specificamente, all’organizzazione amministrativa degli organismi cui sia affidato il compito di procedere alla verifica del possesso dei necessari requisiti, da parte delle imprese concorrenti, per aggiudicarsi la gara.

In tal senso, l’art. 11 della l.r. dell’Emilia-Romagna 28/2007 – che non è stato impugnato dal governo –, il quale al comma 3, disponendo che la commissione giudicatrice, pur dovendo essere di norma presieduta da un dirigente, possa esserlo, in caso di mancanza in organico o qualora sia richiesto da motivate ragioni organizzative, da un funzionario incaricato di funzioni apicali, introduce una misura di flessibilità organizzativa; nella stessa ottica, estende la possibilità di ricorrere ad esperti esterni anche ad appartenenti a categorie diverse da quelle indicate dall’art. 84, comma 8 del codice, così creando un margine organizzativo in capo alle singole amministrazioni.

Altro e più recente esempio è l’art. 15 della l.r. Umbria 3/2010 (recante “Disciplina regionale dei lavori pubblici e norme in materia di regolarità contributiva per i lavori pubblici”), disciplinante le modalità organizzative dell’attività del responsabile unico del procedimento, ritenuto legittimo dalla Corte (sent. 43/2011) in quanto riconducibile alla materia dell’organizzazione amministrativa, riservata alle Regioni ai sensi del quarto comma dell’art. 117 Cost.

Legittima è stata altresì ritenuta, nella medesima pronuncia, la norma regionale umbra (art. 16 l.r. 3/2010) che prevede che le amministrazioni aggiudicatrici ripartiscono – con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata ed assunti in un regolamento adottato dall'amministrazione – tra il responsabile del procedimento e gli incaricati della redazione del progetto, del piano della sicurezza, della direzione dei lavori, del collaudo, nonché tra i loro collaboratori, una somma non superiore al due per cento dell'importo posto a base di gara di un'opera o di un lavoro per ogni singola opera o lavoro. Secondo la Corte nemmeno la disciplina dei suddetti incentivi, ponendosi al di fuori dell'attività di progettazione delle opere in senso stretto, è suscettibile di invadere le competenze esclusive dello Stato nelle materie della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile. Chiarisce che la riconduzione dell'attività di progettazione alla competenza esclusiva dello Stato opera esclusivamente per quanto attiene alla fissazione dei criteri in base ai quali tale attività deve essere svolta in modo da assicurare in ogni caso la più ampia competitività e la libera circolazione degli operatori economici nel segmento di mercato in questione, ma non si estende fino ad incidere sulla spettanza del concreto svolgimento dell'attività progettuale alle singole amministrazioni aggiudicatrici.

4. La giurisprudenza della Corte dopo le sentenze del 2007

Nelle sentenze successive al 2007 la Corte ha confermato l'orientamento formatosi a partire dalla sentenza 401/2007.

Nelle pronunce del 2008 la Corte ribadisce ancora una volta che la disciplina delle procedure di gara e, in particolare, la regolamentazione della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione, vanno ricondotte all'ambito della tutela della concorrenza, di esclusiva competenza del legislatore statale.

È dunque legittima l'adozione, da parte del legislatore statale, di una disciplina integrale e dettagliata delle richiamate procedure (con conseguente inderogabilità delle relative disposizioni): le leggi regionali che derogano alla disciplina statale sono illegittime (cfr., ad esempio, sentt. 320/2008 e 322/2008).

Nella sentenza 411/2008, avente ad oggetto la l.r. Sardegna 5/2007 (recante “Procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, in attuazione della direttiva comunitaria n. 2004/18/CE del 31 marzo 2004 e disposizioni per la disciplina delle fasi del ciclo dell’appalto”) la Corte ha riaffermato che le norme relative alle procedure di gara ed all’esecuzione del rapporto contrattuale, ivi comprese quelle in tema di programmazione di lavori pubblici, sono di competenza legislativa statale perché poste a tutela della concorrenza.

Detto orientamento – ormai consolidato – è stato poi espressamente ribadito nelle sentenze 160/2009, 283/2009, 221/2010, 7/2011, 43/2011, 53/2011 e 52/2012³.

Nella prima delle citate pronunce (sent. 160/2009) la Corte ha ricordato come, nello specifico settore degli appalti, la materia della tutela della concorrenza si connota per un particolare modo di operare della sua trasversalità: l’interferenza con le competenze regionali si atteggia in modo peculiare non realizzandosi normalmente un intreccio in senso stretto con ambiti materiali di pertinenza regionale, bensì la prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte normativa. Ne consegue che la fase della procedura di evidenza pubblica, riconducibile alla tutela della concorrenza, potrà essere interamente disciplinata, nei limiti del rispetto dei principi di proporzionalità ed adeguatezza, dal legislatore statale.

In questa prospettiva, le singole Regioni sono legittimate a regolare, da un lato, quelle fasi procedimentali che afferiscono a materie di propria competenza, dall’altro, i singoli settori oggetto della predetta procedura e rientranti anch’essi in ambiti materiali di pertinenza regionale.

Al fine di evitare che siano vanificate le competenze delle Regioni, è consentito che norme regionali riconducibili a tali competenze

(3) Per un approfondimento, vedi, tra gli altri, P. FALZEA, *Il codice dei contratti pubblici ed i limiti dell’autonomia regionale*, in www.forumcostituzionale.it, giurisprudenza Corte costituzionale anno 2009, nota alla sentenza 160/2009; E. CARLONI, *L’uniformità come valore. La Corte oltre la tutela della concorrenza*, nota a sentenza 283/2009, in *Le Regioni*, 2010, n.3.

possano produrre “effetti proconcorrenziali”, purché tali effetti siano indiretti e marginali e non si pongano in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali che tutelano e promuovono la concorrenza. La Corte ribadisce inoltre che la distinzione tra contratti sotto-soglia e sopra-soglia non può essere, di per sé, invocata quale utile criterio ai fini della individuazione dello stesso ambito materiale della tutela della concorrenza. Detto ambito ha una portata che trascende ogni rigida e aprioristica applicazione di regole predeterminate dal solo riferimento, come nella specie, al valore economico dell'appalto. Anche un appalto che si pone al di sotto della rilevanza comunitaria può dunque giustificare un intervento unitario da parte del legislatore statale. E se si riconosce, nello specifico, la sussistenza di tale esigenza, in relazione ovviamente a finalità di tutela della concorrenza, deve conseguentemente ammettersi la legittimazione statale a disciplinare l'istituto secondo le modalità proprie degli appalti di rilevanza comunitaria.

È stato dunque definitivamente chiarito che la distinzione tra contratti sopra e sotto-soglia non può costituire, nei limiti anzidetti, un netto elemento di differenziazione ai fini della individuazione del livello di competenza statale o regionale.

Nella seconda delle citate pronunce (sent. 283/2009) la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittime le disposizioni della l.r. Puglia n. 14 del 2008 (recante “Misure a sostegno della qualità delle opere di architettura e di trasformazione del territorio”) sui concorsi di idee e di progettazione concernenti i contratti sotto soglia; la Corte ha ritenuto che l'uniformità rappresenti un valore in sé perché differenti normative regionali sono suscettibili di creare dislivelli di regolazione, produttivi di barriere territoriali. La tutela della concorrenza non può essere fatta per zone: essa, per sua natura, non può tollerare differenziazioni territoriali, che finirebbero per limitare, o addirittura neutralizzare, gli effetti delle norme di garanzia.

Da quanto rilevato deriva che alle Regioni non è consentito adottare una disciplina relativa alle procedure ad evidenza pubblica, neppure quando essa miri a garantire un livello di concorrenza più elevato rispetto a quello statale.

Nella sentenza 7/2011 la Corte, pronunciandosi sulla legittimità costi-

tuzionale di alcune disposizioni della legge regionale ligure 63/2009 (recante “Disposizioni collegate alla legge finanziaria 2010”), ha ritenuto che anche la presentazione dello studio di fattibilità, di cui all’art. 153, comma 19 del codice dei contratti, pur cadendo in un momento antecedente alla fase dell’evidenza pubblica, costituisce parte integrante di quest’ultima e che la norma regionale censurata, incidendo direttamente sulla materia, di competenza esclusiva statale, della tutela della concorrenza, è illegittima.

Nella pronuncia 53/2011 la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il comma 3 dell’art. 20 della l.r. Lombardia 5 febbraio 2010, n. 7 (recante “Interventi normativi per l’attuazione della programmazione regionale e di modifica ed integrazione di disposizioni legislative – Collegato ordinamentale 2010”) il quale prevedeva –in relazione agli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria – che per determinate forniture di beni prodotti in serie e di servizi a carattere periodico, o di natura intellettuale, il collaudo e la verifica di conformità potessero essere sostituiti da un attestato di regolare esecuzione rilasciato dal responsabile unico del procedimento, ovvero dal dirigente della struttura destinataria della fornitura del servizio.

La Corte ha ravvisato l’illegittimità della disposizione nella parte in cui essa ritiene sufficiente, in sostituzione del collaudo, un mero attestato di regolare esecuzione, disciplinando in maniera diversa dall’art. 120 del codice dei contratti un profilo afferente alla fase di esecuzione del rapporto contrattuale di appalto.

Nella sentenza 52/2012 la Corte ha dichiarato incostituzionale la nuova formulazione dell’art. 2, comma 4, della l.r. Marche 4/2011, come sostituito dall’art. 22 della successiva l.r. Marche 20/2011, ritenendo illegittima la norma sia nel testo originario, sia nel testo come sostituito, nella misura in cui essa individuava negli elementi di valutazione connessi con la tutela della salute e della sicurezza nel cantiere un criterio di ammissibilità delle offerte anziché un criterio di valutazione delle offerte medesime.

Le norme regionali censurate prevedevano, infatti – la prima come obbligo, la seconda come facoltà per la stazione appaltante – l’inserimento, negli atti posti a base della procedura di aggiudicazione, di una soglia minima di ammissibilità delle offerte relativamente agli

elementi di valutazione connessi con la tutela della salute e della sicurezza del cantiere (20% del punteggio massimo attribuito all'elemento o agli elementi di valutazione di cui trattasi), così dettando una disciplina diversa da quella di cui al d.lgs. 163/2006, con conseguente illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, comma 2, lett. e) Cost., in materia di tutela della concorrenza. Il medesimo d.lgs. 163/2006, agli artt. 86, comma 3-*bis*, e 87, comma 4, prevede, infatti, rispettivamente, che “Nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture”, e che “Nella valutazione dell'anomalia la stazione appaltante tiene conto dei costi relativi alla sicurezza, che devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture”. Le disposizioni regionali impugnate dettano una disciplina diversa da quella del d.lgs. 163/2006 e vengono pertanto dichiarate costituzionalmente illegittime per violazione dell'art. 117, comma 2, lett. e) Cost. in materia di tutela della concorrenza.

5. I limiti della potestà legislativa delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome

Anche le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e Bolzano, nel dettare norme in materia di lavori pubblici di interesse regionale o provinciale, pur esercitando una competenza primaria specificamente attribuita dallo statuto di autonomia, devono rispettare i principi della tutela della concorrenza strumentali ad assicurare le libertà comunitarie e dunque le disposizioni contenute nel codice degli appalti che costituiscono diretta attuazione delle prescrizioni poste a livello europeo. Inoltre, tra i principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica al cui rispetto le Regioni a statuto speciale e le Province autonome sono tenute, sono ricompresi anche quelli afferenti alla disciplina di istituti e rapporti privatistici, che non può che essere

uniforme sull'intero territorio nazionale, in ragione dell'esigenza di assicurare il rispetto del principio di uguaglianza. Esse sono quindi tenute a rispettare anche quelle norme statali, contenute nel d.lgs. 163/2006, che sono espressione dei principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica e delle norme di riforma economico-sociale (nello stesso senso anche le successive sentenze 114/2011, 184/2011, 328/2011 e 74/2012).

Nelle sentenze 45/2010⁴ e 221/2010 la Corte ha chiarito ulteriormente i limiti che la potestà legislativa delle Regioni a statuto speciale incontra nel campo dei lavori pubblici: la nozione di tutela della concorrenza e la natura di norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica delle disposizioni contenute nel codice degli appalti pubblici *“come tali costituenti legittimamente limite alla potestà legislativa primaria”*.

A detta della Corte la Provincia autonoma di Trento, nel dettare norme in materia di lavori pubblici di interesse provinciale, pur esercitando una competenza primaria specificamente attribuita dallo statuto di autonomia, deve non di meno rispettare, con riferimento soprattutto alla disciplina della fase del procedimento amministrativo di evidenza pubblica, i principi della tutela della concorrenza strumentali ad assicurare le libertà comunitarie e dunque le disposizioni contenute nel codice degli appalti che costituiscono diretta attuazione delle prescrizioni poste a livello europeo. Altro limite alla suddetta competenza legislativa provinciale è rinvenibile nei principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica, tra i quali sono ricompresi anche quelli afferenti alla disciplina di istituti e rapporti privatistici, che non può che essere uniforme sull'intero territorio nazionale, in ragione della esigenza di assicurare il rispetto del principio di uguaglianza. In relazione a questo aspetto viene in rilievo la fase di conclusione ed esecuzione del contratto di appalto.

In definitiva, la Provincia autonoma è tenuta a rispettare anche quelle norme statali, contenute nel d.lgs. 163/2006, che sono espressione dei

(4) Sul punto vedi anche R. BIN, *Lavori pubblici: quanto “intangibili” sono le materie enumerate negli Statuti speciali?*, nota a sentenza 45/2010, in *Le Regioni*, 2010, n. 5.

principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica e delle norme di riforma economico-sociale.

Dunque, nel settore degli appalti pubblici il riparto di competenze si atteggia in modo diverso a seconda che trovino applicazione il Titolo V della Parte II della Costituzione, ovvero norme statutarie speciali che prevedano, in via autonoma, la materia dei lavori pubblici, di interesse regionale o, come nel caso in esame, di interesse provinciale. Nel primo caso, in mancanza della previsione di un ambito materiale nel quale ricondurre gli appalti pubblici, le Regioni a statuto autonomo possono, nell'esercizio di una loro specifica competenza, emanare norme che producano "effetti proconcorrenziali", nei limiti innanzi indicati.

In presenza, invece, di una previsione statutaria che contempli, quale materia a sé, i lavori pubblici di interesse provinciale, l'ente ad autonomia speciale è legittimato a disciplinare il settore, ma, nell'esercizio di tale specifica competenza legislativa, deve rispettare i limiti fissati dallo statuto speciale. Ciò comporta che la disciplina provinciale non possa avere un contenuto difforme da quella assicurata in ambito europeo e nazionale e, quindi, non possa alterare negativamente il livello di tutela assicurato da quest'ultimo.

Nella sentenza 221/2010, con cui la Corte ha giudicato della legittimità costituzionale della l.r. Friuli 11/2009 (concernente "Misure urgenti in materia di sviluppo economico regionale, sostegno al reddito dei lavoratori e delle famiglie, accelerazione di lavori pubblici"), il Supremo Collegio sottolinea come l'art. 4 dello statuto speciale (legge cost. 1/1963) attribuisca alla Regione Friuli-Venezia Giulia competenza legislativa primaria in materie specificamente enumerate, tra le quali rientra anche quella dei "lavori pubblici di interesse regionale" (n. 9), ma puntualizza che ciò non significa che la legislazione regionale sia libera di esplicarsi senza alcun vincolo e che non possano trovare applicazione le disposizioni di principio contenute nel codice dei contratti pubblici. Fa presente a proposito come il medesimo art. 4 citato preveda che la potestà legislativa primaria regionale deve essere esercitata *"in armonia con la Costituzione, con i principi generali dell'ordinamento giuridico della Repubblica, con le norme fondamentali delle riforme economico-sociali e con gli obblighi internazionali dello Stato [...]"*.

In secondo luogo, il legislatore regionale deve osservare i principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica, tra i quali sono ricompresi anche quelli afferenti la disciplina di istituti e rapporti privatistici relativi, soprattutto, alla fase di conclusione ed esecuzione del contratto di appalto, che deve essere uniforme sull'intero territorio nazionale, in ragione dell'esigenza di assicurare il rispetto del principio di uguaglianza.

A ciò è da aggiungere che nella suindicata fase di conclusione ed esecuzione del rapporto contrattuale si collocano anche istituti che rispondono ad interessi unitari e che – implicando valutazioni e riflessi finanziari, che non tollerano discipline differenziate nel territorio dello Stato – possono ritenersi espressione del limite rappresentato dalle norme fondamentali delle riforme economico-sociali, con la conseguenza che essi operano come limite all'attività legislativa regionale. Con la sentenza 74/2012 la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 17, comma 1 della legge della Provincia autonoma di Trento 7/2011, recante “Modificazioni della legge provinciale sui lavori pubblici, della legge provinciale sulla ricerca e della legge provinciale 16 giugno 2006, n. 3 (Norme in materia di governo dell'autonomia del Trentino)” per violazione del limite dei principi generali dell'ordinamento civile, nella parte in cui la disposizione provinciale rinviava ad un regolamento provinciale di attuazione la disciplina della determinazione del prezzo, senza far riferimento ai limiti all'autonomia negoziale prestabiliti dal legislatore statale. In tale recente pronuncia la Corte ha ricordato che il legislatore regionale e provinciale deve rispettare i principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica, tra i quali sono ricompresi quelli afferenti la disciplina di istituti e rapporti privatistici relativi, soprattutto, alle fasi di conclusione ed esecuzione del contratto di appalto, che devono essere uniformi su tutto il territorio nazionale, in ragione dell'esigenza di assicurare il rispetto del principio di uguaglianza, aggiungendo che nelle suindicate fasi si collocano anche istituti che rispondono ad interessi unitari e che – implicando valutazioni e riflessi finanziari, che non tollerano discipline differenziate nel territorio dello Stato – possono ritenersi espressione del limite rappresentato dalle norme fondamentali delle riforme economico-sociali.

A detta della Corte, dunque, i limiti ora richiamati sono stati violati nel caso di specie, in quanto la disposizione provinciale si discosta dai principi di quella statale per un profilo che attiene alla fase contrattuale delle procedure di appalto. Tale disposizione, infatti, interviene sulla disciplina della determinazione del prezzo della prestazione – “a corpo” o “a misura” –, incidendo così sul contenuto del contratto, e attiene perciò ad un aspetto del rapporto negoziale, che rientra nell’ambito dell’ordinamento civile. Di conseguenza, la disposizione provinciale impugnata, nella parte in cui rinvia a un regolamento provinciale di attuazione la disciplina della determinazione del prezzo, senza far riferimento ai limiti all’autonomia negoziale prestabiliti dal legislatore statale, ha violato il limite dei principi generali dell’ordinamento civile e viene dichiarata costituzionalmente illegittima.

Focus sulla giurisprudenza costituzionale in materia di condono edilizio

Davide Baldazzi

Sommario

1. Premessa – 2. Le competenze delle Regioni nella legislazione e nella giurisprudenza costituzionale relative ai primi due condoni edilizi – 3. Le caratteristiche principali del terzo condono edilizio – 4. Il condono tra competenze normative statali e regionali, secondo il rinnovato Titolo V della Costituzione – 5. Il condono alla luce del principio di ragionevolezza – 6. Il seguito della sentenza 196/2004 e l'impugnazione delle leggi regionali in materia di condono – 6.1. I vincoli alla potestà normativa regionale in materia di condono: a) il rispetto del termine fissato dal legislatore statale – 6.2. b) il rispetto dei "limiti massimi" fissati dal legislatore statale – 6.3. Le successive decisioni della Corte costituzionale: la conferma dei vincoli alla potestà legislativa regionale in materia di condono – 7. Le impugnazioni delle leggi regionali del Lazio e della Sardegna attuative del "Piano casa": conclusioni.

1. Premessa

Negli ultimi anni il cosiddetto "Piano casa" è stato oggetto di grande attenzione da parte dei mass media e di acceso dibattito fra le forze politiche. Fu ideato dal governo e presentato all'opinione pubblica nel 2009 come iniziativa di forte impatto per l'economia nazionale, destinata a rilanciare la crescita e lo sviluppo economico grazie ad un vigoroso impulso all'attività edilizia. Prese corpo quindi con la "Intesa, ai sensi dell'art. 8, comma 6 della legge 5 giugno 2003, n. 131, tra Stato, Regioni e gli enti locali, per individuare misure che contrastino la crisi economica mediante il riavvio dell'attività edilizia", sancita tra Stato, Regioni ed enti locali il 1° aprile 2009. L'intesa imponeva alle Regioni di approvare entro novanta giorni leggi ispirate ad "obiettivi" molto dettagliati, ovvero:

a) disciplinare interventi finalizzati a migliorare “anche la qualità architettonica ed energetica degli edifici entro il limite del 20% della volumetria esistente di edifici residenziali, per un incremento complessivo massimo di 200 metri cubi, fatte salve diverse determinazioni regionali”;

b) regolare “interventi straordinari di demolizione e ricostruzione con ampliamento per edifici a destinazione residenziale entro il limite del 35% della volumetria esistente”;

c) introdurre “forme semplificate e celeri per l’attuazione degli interventi edilizi di cui alle precedenti lettere”.

Secondo quanto riportato da notizie di stampa, le leggi regionali adottate in questa prima fase non hanno però prodotto i frutti sperati dal governo. Non risulta che in merito a tale esito siano stati resi noti dati ufficiali di riepilogo a livello statale; tuttavia, secondo le informazioni diffuse dai quotidiani, pochissime sarebbero state le richieste di ampliamento presentate sul territorio nazionale¹. Le uniche eccezioni sono costituite dalla Regione Sardegna e dalla Regione Veneto; in Veneto, in particolare, sono state depositate circa 21.000 domande di ampliamento o demolizione con ricostruzione², a fronte delle poche centinaia presentate mediamente nelle altre Regioni italiane.

Nel corso del 2011, pertanto, gran parte delle leggi regionali sono state modificate: i termini originariamente previsti per la presentazione delle istanze sono stati prorogati ed in alcuni casi sono state introdotte anche nuove regole sostanziali o procedurali. Il legislatore nazionale è tuttavia ugualmente intervenuto con l’art. 5 del decreto legge 70/2011 “Semestre Europeo – Prime disposizioni urgenti per l’economia”, convertito con modificazioni dalla legge 106/2011 (c.d. decreto Sviluppo), introducendo nuove misure per la razionalizzazione del patrimonio esistente, la riqualificazione di aree urbane degradate ed il recupero di edifici a destinazione non residenziale dismessi.

(1) Cfr. M.C. Voci, *Piano casa con meno paletti in cinque Regioni, termini chiusi in Emilia-Romagna e Lombardia*, in *Edilizia e Territorio*, 2011, n. 18, p. II.

(2) Il dato, riferito al 1° febbraio 2011, è reperibile nel sito ufficiale della Regione Veneto, all’indirizzo www.regione.veneto.it/Ambiente+e+Territorio/Territorio/Urbanistica+e+Beni+Ambientali/PianoCasa.htm.

Senza tenere in alcun conto le normative regionali sul “Piano casa”, il decreto Sviluppo ha imposto alle Regioni di adottare entro sessanta giorni leggi che prevedano, per le aree e gli edifici da esso individuati: il riconoscimento di volumetria aggiuntiva come misura premiale, la delocalizzazione delle volumetrie in area diversa, l'ammissibilità della modifica di destinazione d'uso. Decorso inutilmente il termine, e sino all'entrata in vigore delle norme regionali, il decreto dispone che nel territorio delle Regioni inadempienti gli interventi di riqualificazione possano essere realizzati mediante applicazione diretta del procedimento per il rilascio del c.d. “permesso in deroga”, disciplinato dall'art. 14 del testo unico edilizia. Decorsi invece centoventi giorni dall'entrata in vigore del decreto, le misure premiali saranno immediatamente applicabili nelle Regioni a statuto ordinario che non abbiano approvato specifiche leggi; fino al momento in cui tali Regioni non dispongano diversamente, la volumetria aggiuntiva da riconoscere quale misura premiale è fissata direttamente dal legislatore statale nella misura del 20% se l'edificio è destinato ad uso residenziale, e del 10% per edifici adibiti ad uso diverso.

Come detto, l'intervento legislativo non ha tenuto conto in alcun modo del fatto che le Regioni, nelle leggi di attuazione del “Piano casa”, avevano già introdotto misure di incentivazione analoghe, disciplinando – oltre agli interventi straordinari elencati nell'intesa del 1° aprile 2009 – interventi ordinari di sostituzione edilizia degli immobili “incongrui”, da demolire e ricostruire (con possibilità di ampliamento) in area diversa da quella originaria³. Il decreto Sviluppo, infatti, non dispone alcunché in merito al coordinamento con tali norme regionali, non precisando in particolare se le previsioni da esso introdotte possano ritenersi cumulabili con le premialità disposte dai provvedimenti delle Regioni.

La reazione delle Regioni al provvedimento statale, pertanto, non è stata univoca⁴: alcune hanno dato attuazione con sollecitudine alle

(3) Cfr. L. CORAZZA, F. LUCHES, *Per il permesso di costruire arriva il silenzio-assenso. Piano casa per le aree degradate*, in *Edilizia e Territorio*, 2011, n. 20, p. 14.

(4) Cfr. sul punto P. URBANI, *Toscana, Lazio e Puglia attuano il d.l. sviluppo sul recupero delle aree urbane*, in *Edilizia e Territorio*, 2011, n. 35, p. 6.

nuove previsioni, mentre altre hanno ritenuto di non dover adottare alcuna nuova disposizione, poiché il loro ordinamento già risultava conforme ai principi fissati dal decreto Sviluppo⁵. In due casi, però, le leggi regionali sono state impugnate innanzi alla Corte costituzionale: la legge della Regione Lazio 13 agosto 2011, n. 10 (Modifiche alla legge regionale 11 agosto 2009, n. 21 “Misure straordinarie per il settore edilizio ed interventi per l’edilizia residenziale sociale”) e la legge della Regione autonoma della Sardegna 21 novembre 2011, n. 21 recante “Modifiche e integrazioni alla legge regionale n. 4 del 2009, alla legge regionale n. 19 del 2011, alla legge regionale n. 28 del 1998 e alla legge regionale n. 22 del 1984, ed altre norme di carattere urbanistico”. Al momento non è possibile stabilire se le innovazioni saranno in grado di produrre un sensibile incremento degli interventi edilizi. Il presente scritto⁶ si concentra in ogni caso su un profilo diverso ma strettamente connesso: le ragioni per le quali un provvedimento considerato strategico per il rilancio dell’economia nazionale e la realizzazione del programma di governo statale (e così ampiamente pubblicizzato tramite i mass media) sia stato realizzato con l’intermediazione delle leggi regionali. Il motivo è in realtà facilmente individuabile: l’interposizione del legislatore regionale era ed è obbligatoria in virtù dei principi fissati dalla giurisprudenza costituzionale in merito al terzo condono edilizio.

Il “*focus* condono edilizio” analizza infatti le decisioni della Corte costituzionale relative al terzo intervento di sanatoria edilizia, disciplinato dal decreto legge 269/2003 “Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell’andamento dei conti pubblici”, convertito con modificazioni dalla legge 326/2003, che hanno fornito una

(5) Per una panoramica completa ed aggiornata delle leggi regionali, cfr. www.piano-casa2009.com.

(6) Aggiornato al 30 marzo 2012. Per un’illustrazione più dettagliata dei condoni edilizi succedutisi in Italia, cfr., se si vuole, il *focus* tematico reperibile presso la Banca dati “Contenzioso costituzionale” della Regione Emilia-Romagna (www.regione.emilia-romagna.it/wcm/autonomie/sezioni_home/banchedati/contentioso_costituzionale.htm). La Banca dati contiene tutte le pronunce richiamate nel presente scritto, corredate dalle rispettive sintesi, nonché le altre decisioni relative al contenzioso costituzionale tra Stato e Regioni successive alla riforma del Titolo V della Costituzione.

dettagliata ricostruzione dei rapporti normativi Stato-Regioni in merito alla disciplina degli interventi edilizi straordinari. Confrontando tali prese di posizione con le decisioni relative ai primi due condoni, anteriori alla riforma del Titolo V della Costituzione, emergerà chiaramente come la progressiva espansione delle competenze legislative regionali abbia rappresentato, nel corso del tempo, un elemento particolarmente qualificante dell'evoluzione del quadro normativo. Tali competenze rappresentano quindi un "punto fermo" dell'ordinamento giuridico in materia di governo del territorio, che imporrebbero interventi normativi fortemente coordinati tra Stato e Regioni, ispirati al rigoroso rispetto del principio di leale collaborazione. La sommaria illustrazione che si è appena condotta dimostra, invece, come la salvaguardia delle regole costituzionali che presiedono ai rapporti tra Stato ed Autonomie territoriali sia spesso pregiudicata da provvedimenti normativi unilaterali, che si sovrappongono tumultuosamente gli uni agli altri, determinando un'intollerabile incertezza per i cittadini e gli operatori giuridici in merito all'individuazione della disciplina effettivamente applicabile al caso concreto.

L'analisi della giurisprudenza costituzionale in materia di condono consentirà anche di elaborare alcune considerazioni conclusive sui due menzionati ricorsi presentati dal governo avverso le leggi regionali di attuazione del decreto Sviluppo.

2. Le competenze delle Regioni nella legislazione e nella giurisprudenza costituzionale relative ai primi due condoni edilizi

Il primo condono edilizio fu regolato dapprima con tre decreti legge non convertiti ma successivamente "sanati", ed in seguito ricevette una disciplina organica con la legge 47/1985 "Norme in materia di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, sanzioni, recupero e sanatoria delle opere edilizie"; essa⁷ ha costituito la base dei successivi interventi di sanatoria, che si sono realizzati mediante una "riapertura" dei termini per la presentazione delle domande, accompagnata da

(7) Per un'analisi più dettagliata, si rinvia a G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 1273 ss.

limitate modifiche della disciplina sostanziale posta dalla stessa legge 47/1985.

Il provvedimento si applicava a tutte le opere edilizie irregolari ultimate entro il 1° ottobre 1983, ovvero alle opere realizzate senza un titolo abilitativo valido (licenza, concessione o autorizzazione) oppure eseguite in difformità dello stesso. L'effetto principale del condono era quello di condurre al rilascio di una concessione od autorizzazione con efficacia di sanatoria, a fronte del pagamento di una somma a titolo di oblazione, nonché degli eventuali contributi di concessione. Il pagamento dell'oblazione produceva inoltre l'estinzione dei reati urbanistici – con la sola esclusione di quelli in danno ai beni culturali ed ambientali – anche se le opere non potevano conseguire la sanatoria.

In tale ambito, le attribuzioni conferite alle Regioni erano molto limitate. La legge 47/1985 – che si autodefiniva legge-quadro in materia di controllo dell'attività urbanistico-edilizia – assegnava infatti agli enti regionali il potere di fissare norme specifiche in tale materia, ma li vincolava espressamente al rispetto del Capo IV, dedicato alla sanatoria delle opere abusive. Alle Regioni residuava soltanto il potere di modulare l'importo del contributo di costruzione per le opere abusive e di fissare le procedure per le varianti agli strumenti urbanistici finalizzate al recupero degli insediamenti abusivi.

Le prese di posizione della Corte costituzionale in merito alla legittimità del primo intervento di sanatoria edilizia non furono numerose (si vedano in particolare le sentenze 369/1988 e 370/1988 e le ordinanze 803/1988 e 929/1988); esse poi si concentravano in particolare sugli aspetti penalistici del condono, avendo come principale obiettivo di dimostrarne la non assimilabilità agli istituti dell'amnistia, dell'oblazione penale o alle cause – previste dalla legge – di estinzione della pena. Nella sentenza 369/1988, tuttavia, la Consulta formulò incidentalmente alcune valutazioni di ordine generale sulla *ratio* dell'intervento normativo, che nel corso degli anni si sono rivelate un vero e proprio *fil rouge* della giurisprudenza costituzionale in materia. Essa infatti sottolineò come il legislatore del 1985 avesse inteso chiudere un passato d'illegalità di massa “*nell'intricata, farraginoso materia dell'edilizia*, [illegaltà] *alla quale aveva anche contribuito la*

non sempre perfetta efficienza delle competenti autorità amministrative ed ha mirato [il legislatore] a porre sicure basi normative per la repressione futura di fatti che violano fondamentali esigenze sottese al governo del territorio, come la sicurezza dell'esercizio dell'iniziativa economica privata, il suo coordinamento a fini sociali (art. 41, secondo e terzo comma, Cost.), la funzione sociale della proprietà (art. 42, secondo comma, Cost.), la tutela del paesaggio e del patrimonio storico ed artistico (art. 9, secondo comma, Cost.), ecc. E questi beni, secondo la discrezionale, ed incensurabile in questa sede, valutazione del legislatore del 1985, non potevano esser validamente difesi per il futuro se non attraverso la 'cancellazione' del notevole, ingombrante 'carico pendente' relativo alle passate illegalità di massa". La Consulta riconobbe tuttavia che *"finalità economico-finanziarie non sono certo estranee alle disposizioni in discussione, tenuto conto del predisposto meccanismo d'estinzione e del fatto che l'oblazione va corrisposta anche nelle ipotesi in cui le opere non sono sanabili. Ma tali disposizioni vanno riguardate [...] nella loro oggettiva tutela di oggettivi valori".*

Anche il secondo condono edilizio, al pari del primo, fu introdotto da una serie di decreti legge – frutto di una tecnica normativa impropria molto diffusa sino alla prima metà degli anni '90 – più volte reiterati fino alla definitiva conversione in legge, disposta dall'art. 39 della legge 724/1994 (legge finanziaria 1995).

La norma, mediante rinvio alla legge 47/1985, prevedeva la sostanziale riapertura del precedente condono, introducendo però nuovi limiti all'ambito di applicazione della sanatoria. La principale innovazione consisteva nel fatto che potevano essere condonate soltanto le opere abusive – ultimate entro il 31 dicembre 1993 – che non avessero comportato, in via generale, un ampliamento del manufatto superiore al 30% del volume, ovvero un ampliamento superiore a 750 metri cubi; potevano altresì costituire oggetto di sanatoria le nuove costruzioni di dimensioni non superiori a 750 metri cubi per singola richiesta.

La legittimità dell'art. 39 della legge 724/1994 è stata ripetutamente contestata innanzi alla Corte costituzionale. Come già accaduto per le censure relative al primo intervento di sanatoria, molte questioni – sollevate in via incidentale – riguardavano i profili di diritto penale disciplinati dal provvedimento, ed in particolare gli effetti sospensivi

del procedimento penale prodotti dalla presentazione della domanda di sanatoria e gli effetti estintivi dei reati edilizi conseguenti al pagamento dell'oblazione (si vedano, ad es., le sentenze 256/1996, 270/1996 e 85/1998).

La giurisprudenza costituzionale ha dedicato invece pochissimo spazio al riparto di competenze Stato-Regioni, probabilmente perché rarissime sono state le impugnative regionali. Un riferimento al tema si può rinvenire solo nella sentenza 416/1995 (punto 7 del Considerato in diritto), in cui la Corte decide il ricorso presentato dalla Regione Emilia-Romagna: essa nega che la riapertura del condono *“vanifichi di per sé l'azione di controllo e di repressione delle amministrazioni ed in particolare delle più attente. Infatti l'entità del fenomeno di applicazione ed utilizzazione della norma impugnata nelle varie Regioni [...] induce a ritenere la diffusione tutt'altro che isolata del fenomeno dell'abusivismo edilizio e della persistenza delle relative costruzioni [...]*. Ciò è avvenuto non solo per il difetto di una attività di polizia locale specializzata sul controllo del territorio, ma anche in conseguenza della scarsa (o quasi nulla in talune Regioni) incisività e tempestività dell'azione di controllo e di repressione degli enti locali e delle Regioni”.

In analogia con la sentenza 369/1988, anche nella decisione 416/1995 la Corte svolge alcune considerazioni di carattere generale sull'ammissibilità della sanatoria edilizia, che – come si vedrà in seguito – troveranno notevole sviluppo nella giurisprudenza successiva alla riforma del Titolo V della Costituzione. Essa infatti, dopo aver sancito la sostanziale legittimità dell'intervento, precisa che *“ben diversa sarebbe [...] la situazione in caso di altra reiterazione di una norma del genere”* e *“conseguentemente differenti sarebbero i risultati della valutazione sul piano della ragionevolezza, venendo meno il carattere contingente e del tutto eccezionale della norma [...] in relazione ai valori in gioco, non solo sotto il profilo della esigenza di repressione dei comportamenti che il legislatore considera illegali e di cui mantiene la sanzionabilità in via amministrativa e penale, ma soprattutto sotto il profilo della tutela del territorio e del correlato ambiente in cui vive l'uomo. La gestione del territorio sulla base di una necessaria programmazione sarebbe certamente compromessa sul piano della*

ragionevolezza da una ciclica o ricorrente possibilità di condono-sanatoria con conseguente convinzione di impunità, tanto più che l'abusivismo edilizio comporta effetti permanenti (qualora non segua la demolizione o la rimessa in pristino), di modo che il semplice pagamento di oblazione non restaura mai l'ordine giuridico violato, qualora non comporti la perdita del bene abusivo o del suo equivalente almeno approssimativo sul piano patrimoniale".

Tali valutazioni sono state confermate dalla successiva sentenza 427/1995, in cui la Corte – in piena continuità con le decisioni relative al primo condono edilizio – riconosce all'art. 39 della legge 724/1994 carattere di norma del tutto eccezionale *"in relazione anche a ragioni contingenti e straordinarie di natura finanziaria"*, che tuttavia può ritenersi giustificata in considerazione della persistenza del fenomeno dell'abusivismo edilizio e della connessa necessità di un recupero della legalità attraverso la regolamentazione dell'assetto del territorio. Nella sentenza 427/1995 la Corte provvede anche ad un corretta interpretazione del contestato art. 39, ponendolo in connessione con altre coeve disposizioni in materia urbanistica ed edilizia, originariamente contenute in uno stesso testo normativo e poi separate attraverso distinti decreti legge. Essa ritiene che da tale quadro emerga un serio intento legislativo di realizzare una risistemazione della materia del governo del territorio idonea ad impedire il ripetersi del fenomeno dell'abusivismo attraverso la sua repressione. La normativa pertanto, considerata nel suo insieme, ad avviso della Consulta, *"risponde adeguatamente proprio alla finalità di realizzare un contemperamento dei valori in giuoco, quelli del paesaggio, della salute, della conformità dell'iniziativa economica privata all'utilità sociale, della funzione sociale della proprietà da una parte, e quelli, pure di fondamentale rilevanza sul piano della dignità umana, dell'abitazione e del lavoro dall'altra"*.

3. Le caratteristiche principali del terzo condono edilizio

Una seconda apertura del condono previsto dalla legge 47/1985 è stata disposta dall'art. 32 del decreto legge 269/2003, conv. in legge 326/2003 "Misure per la riqualificazione urbanistica, ambientale e paesaggistica, per l'incentivazione dell'attività di repressione dell'abusi-

vismo edilizio, nonché per la definizione degli illeciti edilizi e delle occupazioni di aree demaniali”. La lunga disposizione (originariamente composta da cinquanta commi) stabilisce in particolare che “si applicano” alle opere abusive ultimate entro il 31 marzo 2003 le disposizioni di cui ai Capi IV e V della citata legge 47/1985, come modificate dall’art. 39 della legge 724/1994.

Come per il precedente condono, la sanatoria è limitata alle opere abusive che non abbiano comportato ampliamenti dell’immobile superiore al 30% della volumetria o, in alternativa, un ampliamento superiore a 750 metri cubi; per quanto riguarda le nuove costruzioni, invece, il limite massimo condonabile di 750 metri cubi è applicabile soltanto per gli edifici residenziali, e non per tutti gli edifici come previsto dalla normativa sul condono precedente⁸.

L’ambito di applicazione è poi ulteriormente ridotto tramite l’introduzione di una serie di limiti aggiuntivi rispetto a quelli previsti nel 1985; ad esempio sono escluse dalla sanatoria le opere abusive realizzate su immobili soggetti a vincoli – imposti in base a leggi statali e regionali – a tutela di interessi idrogeologici o dei beni ambientali e paesistici.

Per quel che concerne gli aspetti procedurali, l’art. 32 del decreto legge 269/2003 rinvia in massima parte alla disciplina del 1985, derogandovi solo per limitati profili, relativi in particolare agli effetti dell’oblazione e alla formazione del silenzio-assenso, sulla richiesta di sanatoria, da parte del Comune.

Su tale normativa nel volgere di pochi anni si è stratificata una copiosa giurisprudenza costituzionale; la legittimità dell’art. 32 è stata contestata da molte Regioni innanzi alla Consulta, che ha fatto delle rinnovate competenze regionali in materia di “governo del territorio” lo strumento per giustificare l’ennesimo intervento statale di sanatoria. Come si vedrà, infatti, una decisione della Corte ha letteralmente “aperto la strada” all’intervento legislativo regionale, a sua volta sottoposto al vaglio del giudice delle leggi.

(8) La Circolare esplicativa 7 dicembre 2005, n. 2699 ha poi chiarito che gli immobili ad uso non residenziale possono essere oggetto di sanatoria, oltre i limiti fissati per gli immobili residenziali.

Le prese di posizione più significative sono state due: le sentenze 196/2004 e 49/2006, che hanno trovato numerose conferme anche in altre decisioni. Esse saranno pertanto dettagliatamente illustrate nelle pagine seguenti e l'analisi sarà articolata sulla base dei principali profili di illegittimità riscontrati dalla Consulta.

4. Il condono tra competenze normative statali e regionali, secondo il rinnovato Titolo V della Costituzione

La sentenza 196/2004 in primo luogo ha proceduto ad individuare l'ambito materiale cui ricondurre la disciplina del condono, secondo l'elencazione contenuta nel "rinnovato" art. 117 della Costituzione.

Senza incertezze tale ambito è identificato nel "governo del territorio", materia comprensiva di tutto ciò che attiene all'uso del territorio e alla localizzazione di impianti, ovvero l'insieme delle norme che consentono di graduare e disciplinare gli interessi in base ai quali si identificano gli usi ammissibili del territorio.

Utilizzando la tecnica – divenuta usuale nella giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma del Titolo V – della "scomposizione" delle norme negli interessi da esse disciplinate, la Corte identifica nella disciplina dell'art. 32 del decreto legge 269/2003 un nucleo normativo di sicura spettanza statale, rappresentato dalla sanzionabilità penale degli abusi edilizi.

Al di fuori dei profili penalistici, la Consulta provvede invece ad articolare le competenze normative statali e regionali secondo lo schema proprio della "competenza concorrente": allo Stato le disposizioni di principio, alle Regioni le norme di dettaglio.

In particolare, la sentenza attribuisce alla competenza statale il compito di disciplinare:

- la previsione del rilascio di un titolo abilitativo in sanatoria;
- il limite temporale massimo di realizzazione delle opere condonabili;
- la determinazione delle volumetrie massime condonabili.

Confermando tali prese di posizione, la successiva sentenza 70/2005 (relativa ad una disposizione delle finanziarie 2004 che escludeva dall'ambito della sanatoria le opere realizzate sul demanio lacuale e fluviale) ha poi sancito in modo esplicito che al legislatore statale

spetta anche il potere di determinare la portata massima del condono edilizio, attraverso l'individuazione delle opere abusive non suscettibili di sanatoria.

Per tutti i restanti profili, alla legge regionale deve essere invece riconosciuto un ruolo molto più rilevante rispetto al periodo precedente, in riferimento all'articolazione e alla specificazione della disciplina amministrativa del condono. In particolare, nulla impedisce alle Regioni di restringere gli effetti estintivi degli illeciti amministrativi ad un ambito più ridotto rispetto all'esenzione dalla punibilità penale.

Da tutto ciò deriva l'illegittimità delle disposizioni statali che esulano dall'ambito dei "principi fondamentali sul governo del territorio", escludendo il legislatore regionale da competenze che gli spettano.

In applicazione di tali canoni di giudizio, la sentenza 196/2004 dichiara pertanto illegittime le seguenti disposizioni del contestato art. 32:

- il comma 14 che, nel disciplinare le modalità di ammissione a sanatoria delle opere eseguite su aree di proprietà dello Stato o facenti parte del demanio statale, non ammette alcuna possibilità di una diversa regolamentazione da parte della Regione nel cui territorio si trovano le opere;
- il comma 25, che non consente alle Regioni di determinare limiti volumetrici inferiori a quelli indicati;
- il comma 26, che individua le tipologie di illeciti suscettibili di sanatoria, nella parte in cui non contempla alcuna potestà regionale a determinare la possibilità, le condizioni e le modalità per l'ammissione a sanatoria degli illeciti medesimi;
- il comma 37, che per il rilascio del titolo abilitativo in sanatoria stabilisce il principio generale del silenzio-assenso da parte del Comune, protratto per ventiquattro mesi, senza prevedere la possibilità di una diversa regolamentazione regionale;
- il comma 38, che non consente alla legge regionale di determinare l'ammontare e le modalità di versamento dell'anticipazione degli oneri concessori in modo difforme da quanto stabilito dal legislatore statale;
- la mancata previsione di un congruo termine, da fissarsi ad opera del legislatore statale, per l'emanazione della legge regionale richiamata dall'art. 32 nel testo risultante dall'intervento manipolatorio

operato dalla stessa sentenza 196/2004. La Corte formula varie precisazioni in merito alle conseguenze di tale previsione, stabilendo in particolare che è obbligo del legislatore nazionale ridefinire i termini previsti, a favore degli interessati, per la presentazione della domanda di condono. Precisa poi che l'adozione della legge regionale nel termine prescritto è da considerarsi non come meramente opportuna, ma come doverosa; con la conseguenza che in caso di mancato adempimento della Regione non potrà che trovare applicazione la disciplina dell'art. 32 e dell'Allegato 1 del decreto legge 269/2003 richiamato dal medesimo art. 32.

5. Il condono alla luce del principio di ragionevolezza

Nella sentenza 196/2004 le impugnative regionali forniscono alla Corte anche lo spunto per formulare approfondite valutazioni sulla compatibilità del condono edilizio con alcuni fondamentali valori costituzionali (in particolare la tutela ambientale e paesaggistica); valori in precedenza qualificati dalla stessa giurisprudenza costituzionale come “*indisponibili*” e ora teoricamente compromessi dalla legge di sanatoria.

A tal proposito, la Corte precisa che la “primarietà” di siffatti valori non ne sancisce un primato assoluto in una ipotetica scala gerarchica, ma determina soltanto la necessità che essi debbano essere sempre presi in considerazione nell'azione delle pubbliche amministrazioni coinvolte, ovvero “*la necessità di una loro compiuta ed esplicita rappresentazione nei processi decisionali all'interno dei quali si esprime la discrezionalità delle scelte politiche o amministrative*” (punto 23 del Considerato in diritto).

La sentenza sottolinea quindi in modo chiarissimo come proprio la diversa articolazione tra Stato e Regioni delle competenze legislative rappresenti un chiaro elemento di discontinuità e di rottura rispetto ai precedenti condoni, che connota in modo totalmente innovativo il nuovo intervento normativo. Secondo la Corte, infatti, il riconoscimento alla legislazione regionale di un ruolo specificativo delle norme statali in tema di condono contribuisce “*senza dubbio a rafforzare la più attenta e specifica considerazione di quegli interessi pubblici, come la tutela dell'ambiente e del paesaggio, che sono – per loro natu-*

ra – i più esposti a rischio di compromissione da parte delle leggi sui condoni edilizi”.

La sentenza 196/2004 affronta anche il tema della ragionevolezza degli interventi normativi di sanatoria edilizia, cercando di porsi in coerenza con le prese di posizione elaborate con riferimento ai primi due condoni (ed in particolare con le menzionate sentt. 416/1995 e 427/1995). Come si è illustrato nelle pagine precedenti, infatti, secondo un costante orientamento della Consulta, ogni condono edilizio deve considerarsi come un istituto *“a carattere contingente e del tutto eccezionale”*, ammissibile solo *“negli stretti limiti consentiti dal sistema costituzionale”*. Come si è visto, il fondamento giustificativo della legislazione in materia di sanatoria edilizia in passato era stato individuato nella necessità di *“chiudere un passato illegale”* in attesa di poter giungere ad una repressione efficace dell’abusivismo edilizio (riconoscendosi tuttavia che a simili legislazioni non erano estranee anche *“ragioni contingenti e straordinarie di natura finanziaria”*). La *ratio* del secondo provvedimento di sanatoria, in particolare, era stata identificata nella *“persistenza del fenomeno dell’abusivismo”* e nell’imputabilità di tale fenomeno *“almeno in parte, proprio alla scarsa incisività e tempestività dell’azione di controllo del territorio da parte degli enti locali e delle Regioni”*. Sulla base di tali argomentazioni, la Corte – dinanzi alla reiterazione del condono degli anni ’80 – aveva esplicitamente ammonito che un’ulteriore reiterazione sostanziale del provvedimento non avrebbe superato il vaglio di costituzionalità.

Nella sentenza 196/2004, tuttavia, essa precisa che tali affermazioni non implicano l’illegittimità di ogni tipo di condono edilizio straordinario. Al contrario, risulta necessario uno stretto esame di costituzionalità del nuovo testo normativo, al fine di individuare un ragionevole fondamento, nonché elementi di discontinuità rispetto ai precedenti condoni edilizi, per evitare l’obiezione secondo cui si sarebbe in realtà prodotto un vero e proprio ordinamento legislativo stabile contrapposto a quello ordinario.

Tale giustificazione, nel caso specifico, è individuata proprio nelle rinnovate competenze normative regionali in materia di *“governo del territorio”*; il comma 2 dell’art. 32 esprime infatti l’opportunità di un nuovo intervento straordinario nelle contingenze particolari della re-

cente entrata in vigore del testo unico delle disposizioni in materia edilizia, nonché dell'entrata in vigore del nuovo Titolo V della Parte II della Costituzione, che consolida ulteriormente nelle Regioni e negli enti locali la politica di gestione del territorio. In tale particolare contesto, pertanto, *“non sembrano rilevare elementi di irragionevolezza tali da condurre ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 32”*.

6. Il seguito della sentenza 196/2004 e l'impugnazione delle leggi regionali in materia di condono

Come si è visto, la sentenza 196/2004 ha imposto esplicitamente al legislatore statale di fissare un “congruo” termine per l'esercizio delle competenze regionali in materia di condono, così come delineate nella sentenza medesima.

La decisione ha trovato esecuzione nell'art. 5 del decreto legge 12 luglio 2004, n. 168 “Interventi urgenti per il contenimento della spesa pubblica”, conv. in legge 30 luglio 2004, n. 191, che ha fissato il termine di quattro mesi decorrenti dalla data di entrata in vigore del medesimo decreto n. 168, precisando che scaduto tale termine “la normativa applicabile è quella contenuta nel [...] decreto legge n. 269 del 2003”.

Tutte le Regioni italiane hanno quindi adottato autonomi provvedimenti normativi, molti dei quali sono stati però contestati dallo Stato innanzi alla Corte costituzionale; le questioni così sollevate sono state riunite e decise con un'unica sentenza, la 49/2006.

Oggetto delle impugnative erano numerose disposizioni contenute nella legge della Regione Emilia-Romagna 23/2004 “Vigilanza e controllo dell'attività edilizia ed applicazione della normativa statale di cui all'articolo 32 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito con modifiche dalla legge 24 novembre 2003, n. 326”; nella legge della Regione Toscana 53/2004 “Norme in materia di sanatoria edilizia straordinaria”; nella legge della Regione Marche 23/2004 “Norme sulla sanatoria degli abusi edilizi”; nella legge della Regione Lombardia 31/2004 “Disposizioni regionali in materia di illeciti edilizi”; nella legge della Regione Veneto 21/2004 “Disposizioni in materia di condono edilizio”; nella legge della Regione Umbria 21/2004 “Norme sulla vi-

gilanza, responsabilità, sanzioni e sanatoria in materia edilizia”; nella legge della Regione Campania 10/2004 “Norme sulla sanatoria degli abusi edilizi di cui al decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, articolo 32 così come modificato dalla legge 24 novembre 2003, n. 326 di conversione e successive modifiche ed integrazioni”.

Le varie censure prospettate dallo Stato sono state suddivise dalla Corte costituzionale in cinque macrogruppi omogenei, così individuati:

- 1) questioni in cui si contesta la riduzione dell’ambito della sanatoria straordinaria mediante l’esclusione dal condono sul versante amministrativo di talune tipologie di abusi edilizi;
 - 2) questioni in cui si contesta la riduzione dell’ambito della sanatoria straordinaria mediante la riduzione dei limiti quantitativi delle volumetrie condonabili;
 - 3) questioni in cui si contesta la riduzione dell’ambito della sanatoria straordinaria mediante l’introduzione, ai fini della condonabilità di taluni interventi, di condizioni ulteriori rispetto a quelle previste dall’art. 32 del decreto legge 269/2003;
 - 4) questioni in cui si contesta l’ampliamento degli interventi ammessi alla sanatoria amministrativa;
 - 5) questioni in cui si contesta il mancato rispetto del termine previsto dall’art. 5, comma 1, del decreto legge 168/2004 per l’emanazione della legge regionale di cui all’art. 32 del decreto legge 269/2003.
- Gli esiti del sindacato della Corte saranno illustrati nei prossimi paragrafi.

6.1. I vincoli alla potestà normativa regionale in materia di condono: a) il rispetto del termine fissato dal legislatore statale

La Consulta inizia il proprio esame dalle questioni indicate al punto 5 dell’elenco appena riportato, logicamente preliminari rispetto alle altre. Puntualizza a tal proposito che il limite temporale all’esercizio del potere legislativo regionale indicato nel decreto legge 269/2003 concerne esclusivamente le disposizioni che, specificando l’ambito degli interventi condonabili sul versante amministrativo, si discostano dalle previsioni dell’art. 32 dello stesso decreto legge, così come modificato dalla legge di conversione 326/2003, e come risultante a seguito della dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale ad

opera della sentenza 196/2004. Non incontra, invece, limiti temporali del genere il potere legislativo regionale che si svolge in conformità dell'art. 32 o nell'ambito di una qualsiasi ordinaria materia legislativa di competenza della Regione.

Tale presa di posizione ha trovato ulteriori sviluppi nella sentenza 54/2009, che si illustrerà *infra*.

6.2. b) il rispetto dei “limiti massimi” fissati dal legislatore statale

Per quanto riguarda invece le censure indicate nei macrogruppi 1, 2 e 3 dell'elenco di cui sopra – censure tutte attinenti alla riduzione, da parte delle leggi regionali, dell'ambito di applicazione della sanatoria statale – la Corte ritiene sostanzialmente conformi alla Costituzione le norme impugnate. Ricorda infatti come il punto centrale della sentenza 196/2004 stesse proprio nel riconoscimento al legislatore regionale di un ampio potere discrezionale nella possibilità di definire i confini entro cui modulare gli effetti sul piano amministrativo del condono edilizio straordinario.

Per quanto riguarda, in particolare, la deroga ai limiti volumetrici previsti dal legislatore statale, la stessa sentenza 196/2004 aveva già dichiarato l'illegittimità del comma 25 dell'art. 32 del d.l. 269/2003 proprio nella parte in cui non prevedeva “*che la legge regionale di cui al comma 26 possa determinare limiti volumetrici inferiori a quelli ivi indicati*”. Su questa base, nella sentenza 49/2006 la Corte può quindi facilmente respingere la tesi dell'Avvocatura dello Stato, che riteneva fosse consentito alle Regioni soltanto “limare” entro margini di ragionevole tollerabilità le volumetrie massime previste dal legislatore statale, ma non negare *in toto* o in misura prevalente la sanabilità delle opere. Ugualmente infondate sono valutate le questioni inerenti altre disposizioni regionali, che riducevano l'ambito di applicazione della sanatoria sottoponendola a condizioni restrittive non previste dal legislatore statale. Tale è il caso, ad esempio, dell'art. 32 della legge della Regione Emilia-Romagna 23/2004 e dell'art. 21 della legge della Regione Umbria 21/2004, che subordinavano la condonabilità delle opere alla condizione che esse non fossero state realizzate con contributi pubblici erogati successivamente all'ultimo condono, ovvero che non avessero già beneficiato di precedenti condoni.

La Corte affronta per ultime le censure relative alle disposizioni regionali che producevano l'effetto di ampliare gli interventi ammessi alla sanatoria. In modo del tutto coerente con le altre prese di posizione, la sentenza 49/2006 ricorda che la giurisprudenza costituzionale sul condono è costante *“nell'affermare che spetta al legislatore statale determinare non solo tutto ciò che attiene alla dimensione penalistica del condono, ma anche la potestà di individuare, in sede di definizione dei principi fondamentali nell'ambito della materia legislativa ‘governo del territorio’, la portata massima del condono edilizio straordinario, attraverso la definizione sia delle opere abusive non suscettibili di sanatoria, sia del limite temporale massimo di realizzazione delle opere condonabili, sia delle volumetrie massime sanabili”*. Alla luce di tale principio, la Corte dichiara illegittimi:

– l'art. 26, comma 4, della legge della Regione Emilia-Romagna 23/2004, a norma del quale: “Le opere edilizie autorizzate e realizzate in data antecedente all'entrata in vigore della legge 28 gennaio 1977, n. 10 (Norme sulla edificabilità dei suoli), che presentino difformità eseguite nel corso dell'attuazione del titolo edilizio originario, si ritengono sanate, fermo restando il rispetto dei requisiti igienico-sanitari e di sicurezza”. Ad avviso della Corte tale previsione, che contempla un'ipotesi di condono *ope legis*, si pone palesemente in contrasto con il principio fondamentale – di competenza statale – del rilascio di un titolo abilitativo in sanatoria al termine dello speciale procedimento previsto dallo stesso legislatore statale;

– L'art. 3 della legge della Regione Marche 23/2004, che rimodula i limiti volumetrici massimi delle opere abusive condonabili (fissandoli in misura ridotta rispetto a quelli statali), senza tuttavia menzionare i limiti indicati dal comma 25 dell'art. 32 del decreto legge 269/2003, ovvero: 30% della volumetria originaria della costruzione ampliata, 3.000 metri cubi complessivi per le nuove costruzioni residenziali. Tale previsione, interpretata in coerenza con le restanti disposizioni della legge, ad avviso della Corte rende possibili, per gli immobili non residenziali, la realizzazione di ampliamenti superiori a quelli previsti dalla normativa statale.

6.3. Le successive decisioni della Corte costituzionale: la conferma dei vincoli alla potestà legislativa regionale in materia di condono

La Corte costituzionale è nuovamente intervenuta in merito al riparto di competenze Stato-Regioni nell'ambito del condono edilizio con le sentenze 54/2009 e 290/2009, che si sono pronunciate sulla legittimità di alcune leggi regionali di modifica degli originari interventi normativi in materia.

La sentenza 54/2009, in particolare, ha ad oggetto la legge della Regione Basilicata 25/2007 (che modifica parzialmente la legge regionale 12 novembre 2004, n. 18, recante "Norme sulla sanatoria degli abusi edilizi di cui all'art. 32 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269"), contestata dal Presidente del Consiglio perché adottata oltre il termine prescritto dal decreto legge 168/2004.

La Consulta ha così modo di ribadire e sviluppare quanto già affermato nella sentenza 49/2006, ovvero *"che il limite temporale all'esercizio del potere legislativo da parte delle Regioni in questa particolare materia concerne esclusivamente le disposizioni che [...] si discostano dalle previsioni dell'art. 32 [...] non incontra, invece, limiti temporali del genere il potere legislativo regionale che si svolga in conformità dell'art. 32"*. Chiarisce a tal proposito che il solo esaurimento del termine non è sufficiente a sostenere la censura di incostituzionalità, la quale esige invece che la parte ricorrente adduca argomenti tali da dimostrare che la sopravvenuta normativa regionale si è discostata dalle previsioni contenute nell'art. 32 del decreto legge 269/2003, alterando in tal modo la normativa statale in materia di condono edilizio.

Nel caso di specie, tale onere motivazionale, ad avviso della Consulta, è adempiuto dal ricorrente solo con riferimento ad una delle disposizioni impugnate, sulla quale di conseguenza è circoscritto il giudizio. La decisione dichiara quindi illegittime le lettere a) e c) dell'art. 1, comma 1 della citata l.r. 25/2007. La prima disposizione modifica la nozione di *"opera ultimata"*, eliminando la necessità che, a tal fine, siano stati edificati i *"muri perimetrali"*; con la soppressione del riferimento a tale elemento, ad avviso della Consulta, si renderebbe applicabile il condono edilizio anche ad opere che ne sono escluse dalla legislazione statale e dalla previgente legislazione regionale, secondo le quali costituiscono opere abusive condonabili soltanto *"gli*

edifici nei quali sia stato eseguito il rustico e completata la copertura". La norma impugnata ha pertanto l'effetto di estendere l'area del condono oltre il termine assegnato alla Regione ai fini dell'integrazione della normativa statale, che viene anzi per tale profilo significativamente modificata.

Per lo stesso motivo è dichiarata illegittima la lettera c), che restringe la nozione di opere abusive non sanabili. Secondo il testo previgente della legge regionale 18/2004, infatti, non potevano formare oggetto di sanatoria le opere eseguite su immobili sottoposti a vincoli di tutela, mentre secondo il testo introdotto dalla disposizione impugnata l'esenzione opera solo se i vincoli comportano *"l'inedificabilità assoluta e siano stati imposti prima della realizzazione delle opere stesse"*. La sentenza 290/2009 si pronuncia, invece, sulla conformità alla Costituzione della legge della Regione Marche 11/2008 che, composta di un solo articolo, reca la *"interpretazione autentica"* dell'art. 2, comma 1, lett. a) della legge della Regione Marche 29 ottobre 2004, n. 23, con la quale la Regione ha esercitato la propria potestà legislativa in relazione alla disciplina del condono edilizio.

La disposizione impugnata stabilisce, in particolare, che l'art. 2, comma 1, lett. a) della legge regionale 23/2004 (relativo alle *"Opere non suscettibili di sanatoria"*) deve essere interpretato nel senso che i vincoli in esso menzionati impediscono la sanatoria delle opere abusive solo qualora comportino inedificabilità assoluta e siano imposti prima dell'esecuzione delle opere.

In merito alla natura di tale disposizione, la Corte precisa che *"la potestà di interpretazione autentica spetta a chi sia titolare della funzione legislativa nella materia cui la norma è riconducibile, sicché la via per negare la competenza regionale di natura interpretativa dovrebbe consistere nell'individuare siffatta materia e nel contestare che la disciplina legislativa di essa spetti alla Regione"*; il parametro con cui misurare la legittimità della disposizione impugnata deve essere individuato, pertanto, anche in questo caso, nell'art. 117, terzo comma, Cost. in punto di *"governo del territorio"*.

Alla luce di questa disposizione costituzionale, la Consulta dichiara la parziale illegittimità della norma regionale. Essa infatti sottrae dall'ambito della sanatoria gli interventi in area vincolata solo quando il vin-

colo – imposto sulla base delle norme statali citate nella disposizione fatta oggetto dell'intervento interpretativo – abbia carattere assoluto, mentre la disciplina statale sancisce l'osservanza anche dei vincoli di carattere relativo; in tal modo la norma regionale amplia i limiti applicativi della sanatoria, violando il principio secondo il quale *“solo alla legge statale compete l'individuazione della portata massima del condono edilizio straordinario”*.

7. Le impugnazioni delle leggi regionali del Lazio e della Sardegna attuative del “Piano casa”: conclusioni

Come accennato nel primo paragrafo, due leggi regionali di attuazione del “Piano casa” si trovano attualmente al vaglio della Corte costituzionale: la legge della Regione Lazio 10/2011 (ricorso 130/2011) e la legge della Regione Sardegna 21/2011 (ricorso 11/2012). Anche ad una lettura superficiale dei due atti di impugnazione emerge in modo molto chiaro che le censure sono volte a scongiurare il rischio che l'attuazione regionale degli interventi di riqualificazione edilizia contemplati dal decreto Sviluppo si ponga in contrasto con i principi ricavabili dalla giurisprudenza costituzionale in tema di condono edilizio. L'art. 2 della legge laziale, infatti, modificando la precedente legge regionale 21/2009 attuativa della “Intesa” tra Stato e Regioni del 1° aprile 2009, stabilisce che possono essere oggetto delle misure premiali previste dalla stessa legge regionale 21/2009 gli edifici per i quali il titolo abilitativo edilizio in sanatoria (concesso ai sensi delle leggi 47/1985, 724/1994 e del decreto legge 269/2003) sia stato rilasciato alla data di entrata in vigore della stessa legge 21/2009, ovvero sia rilasciato entro il termine previsto per la presentazione delle domande relative ai nuovi interventi di ampliamento, ricostruzione o riqualificazione. Il governo può quindi facilmente contestare che *“in tal modo, la norma consente di rilasciare il titolo abilitativo in sanatoria al di là dei presupposti e dei limiti, anche temporali, previsti dalle pregresse leggi di condono, così introducendo surrettiziamente, e senza una base normativa statale, una sorta di proroga o ampliamento del condono”*. Il Presidente del Consiglio impugna poi anche l'art. 5 della legge laziale, anch'esso di modifica della precedente legge regionale 21/2009, in quanto consente ai soggetti che hanno presentato domanda per il

rilascio del titolo abilitativo edilizio in sanatoria ai sensi dei provvedimenti statali sul condono di avvalersi in modo indifferenziato e generalizzato (senza alcuna distinzione o limite) dell'autocertificazione e del conseguente silenzio-assenso. La disposizione stabilisce infatti che tali soggetti possano presentare al Comune una perizia giurata dell'avvenuta formazione del titolo abilitativo edilizio, di cui il Comune stesso deve verificare la veridicità entro novanta giorni. Decorso il termine senza l'adozione di un provvedimento di autotutela da parte dell'ente, il titolo edilizio in sanatoria si intende formato.

Con riferimento a tale previsione, il Presidente del Consiglio dei Ministri rileva come un simile meccanismo sia applicabile a qualsiasi genere di abuso edilizio, in contrasto con i noti principi secondo cui la sanatoria per infruttuoso decorso del termine per provvedere non opera nei casi di abusi commessi in aree vincolate. Principi che hanno trovato consacrazione nella sentenza della Corte costituzionale 260/2009 che – come si è visto – ha dichiarato illegittima una disposizione regionale che limitava l'esclusione dal condono edilizio ai soli casi di inedificabilità assoluta.

Il ricorso 11/2012, con cui il governo contesta la legittimità della legge della Regione Sardegna 21/2011, evidenzia in modo meno lampante le connessioni esistenti tra l'attuazione del "Piano casa" e la possibile violazione dei limiti di ammissibilità del condono edilizio da parte del legislatore regionale, ma tuttavia ne conferma la possibile sussistenza. È contestato infatti l'art. 7 che – modificando la precedente legge 4/2009 – stabilisce che gli interventi di ampliamento e ricostruzione sono realizzabili non soltanto *"in deroga alle previsioni dei regolamenti edilizi e degli strumenti urbanistici comunali vigenti"*, ma anche in deroga *"alle vigenti disposizioni normative regionali"*, facendo salvo soltanto *"il rispetto delle disposizioni del codice civile e i diritti dei terzi"*.

Secondo la difesa erariale, una locuzione così generica è suscettibile di essere interpretata in modo ampio, comprensivo anche della disciplina di uso del territorio stabilita dal piano paesaggistico regionale, con la conseguenza che si ha una incostituzionale riduzione della tutela paesaggistica. Ad avviso del ricorrente ciò comporta un diretto contrasto con la norma di grande riforma economico-sociale recata

dall'art. 5 del decreto Sviluppo, che ha posto i principi fondamentali sul "Piano casa", chiarendo *“senza ombra di dubbio, che resta fermo il rispetto delle disposizioni contenute nel codice dei beni culturali e del paesaggio, in linea, del resto, con i contenuti dell'intesa sancita in sede di Conferenza Stato-Regioni in data 1° aprile 2009, che ha fissato gli ambiti e i limiti di intervento generali dei piani casa regionali”*.

La dichiarazione di illegittimità della legge laziale appare quanto mai probabile, poiché le norme impugnate si pongono in diretto contrasto con quanto stabilito dalla Corte costituzionale nelle sentenze 49/2006 e 54/2009 in merito alla possibilità per il legislatore regionale di discostarsi dai termini temporali del condono edilizio fissati dal legislatore statale; esse si pongono poi in evidente contrasto anche con la sentenza 290/2009, che ha chiarito che le Regioni non possono assoggettare al condono edilizio immobili vincolati⁹. È invece più difficile prevedere l'esito del giudizio sulla legge sarda; la Corte costituzionale con la recentissima sentenza 184/2012 ha infatti respinto il ricorso presentato dalla Regione Siciliana avverso l'art. 5 del decreto Sviluppo, ritenendo che la formulazione del comma 12, laddove specifica che le disposizioni dei commi precedenti (che impongono alle Regioni di adottare leggi per la disciplina degli interventi premiali) *“si applicano ‘anche nelle Regioni a statuto speciale e nelle Province autonome di Trento e Bolzano compatibilmente con le disposizioni degli statuti di autonomia e con le relative norme di attuazione’, rende operante la ‘clausola di salvaguardia’ degli statuti speciali, che esclude l'applicabilità alla ricorrente dei censurati commi dell'art. 5”*. Tuttavia, la Consulta potrebbe ritenere che i principi da essa stessa elaborati in merito alla legittimità delle leggi regionali sul condono siano espressione di vincoli generali alla potestà legislativa in materia di interventi edilizi straordinari, accogliendo quindi la tesi dell'Avvocatura regionale secondo cui l'art. 5 del decreto Sviluppo rappresenta

(9) Nelle more di pubblicazione del presente scritto, la legge della Regione Lazio 21/2009 è stata nuovamente modificata dalla legge regionale 6 agosto 2012, n. 12 (recante modifiche a una lunga serie di leggi regionali), che sembra essersi conformata integralmente ai rilievi governativi. Il giudizio di costituzionalità è tuttavia ancora pendente.

una norma di grande riforma economico-sociale vincolante anche per la Regione autonoma della Sardegna.

Il presente scritto ha preso le mosse dalla ricostruzione del caotico susseguirsi di atti e norme che hanno condotto all'adozione delle leggi regionali sul "Piano casa". L'assegnazione alle Regioni della potestà di disciplinare nel dettaglio un'iniziativa considerata fondamentale dal governo, come si è visto, è stata imposta dal rispetto della giurisprudenza costituzionale in tema di condono, che ha delineato il ruolo centrale delle Regioni nella disciplina degli interventi edilizi di sanatoria, riempiendo di contenuti concreti la competenza legislativa concorrente in materia di "governo del territorio". L'analisi dei ricorsi governativi contro le leggi regionali conferma come la salvaguardia dei principi costituzionali che presiedono ai rapporti tra Stato ed Autonomie territoriali sia fortemente messa a rischio da provvedimenti normativi unilaterali, che sovrapponendosi gli uni agli altri in modo caotico determinano un'intollerabile incertezza nei rapporti giuridici. Tuttavia, l'esame di tali ricorsi sembra, al contempo, revocare in dubbio l'opinione diffusa secondo la quale il "Piano casa" avrebbe costituito una forma indiretta di condono edilizio; lo Stato sembra invece essersi posto come garante del rispetto della giurisprudenza costituzionale in materia. La legislazione statale ha infatti demandato completamente alle Regioni il compito di disciplinare i nuovi interventi premiali ed il governo ha poi impugnato le leggi regionali che cercavano di utilizzare tale occasione per riaprire surrettiziamente i termini per la sanatoria dei precedenti abusi. Ciò rafforza quindi la convinzione di quanti ritengono che l'effettiva salvaguardia del territorio dagli interventi edilizi illegali necessiti (oltreché del presidio permanente da parte delle Autorità locali) del controllo reciproco fra Stato e Regioni, soggetti "con-titolari" della potestà normativa in materia.

Regolazione, programmazione e pubblicizzazione di attività economiche

(dibattito su *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, di Monica Delsignore)

Francesco Manganaro

1. La scelta dell'argomento del libro è particolarmente felice, visto che esso – certo frutto di un lavoro pregresso – vede la luce proprio mentre le farmacie aperte al pubblico sono oggetto di un intervento normativo contenuto nel d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in legge 24 marzo 2012, n. 27.

Tuttavia il caso specifico viene esaminato nel volume come esempio paradigmatico del più vasto problema del contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il libro, perciò, è interessante non solo e non tanto per la specifica disciplina delle farmacie, che viene analizzata nella sua evoluzione storico-normativa con ampiezza di argomenti, quanto piuttosto per le questioni di ordine generale poste nel primo capitolo e su cui, in particolare, vorrei soffermarmi per qualche riflessione a partire dalle considerazioni svolte dall'Autrice.

Colpisce l'apertura del libro, ove si afferma in modo perentorio che “il valore dell'iniziativa economica del privato non è gerarchicamente inferiore agli altri diritti e libertà costituzionalmente garantiti” anche se – riconosce la stessa Autrice – “la disciplina positiva appare, indubbiamente, meno rigida”.

Già in questa prima affermazione si trova *in nuce* l'intero orientamento del lavoro, che – riprendendo autorevole dottrina sul punto – interpreta l'iniziativa economica privata dell'art. 41 Cost. come preponderante rispetto alle eventuali limitazioni poste ai sensi dell'art. 43 Cost.

Un siffatto discorso riporta ad un tema di ordine generale circa l'intervento dei soggetti pubblici, ampiamente intesi, nell'economia.

È necessario – per delimitare il campo – chiarire qualche aspetto terminologico. Prima di tutto, l'influenza del diritto speciale delle amministrazioni sull'economia si realizza anche solo attraverso l'emanazione di singoli atti amministrativi, soprattutto autorizzativi. Rilevava già Romagnosi, come ci ricorda Merusi nella sua relazione al Convegno di Napoli per i 150 anni dell'unità nazionale: “ogni atto amministrativo può avere un effetto economico” e perciò “la tipologia dei provvedimenti amministrativi ad effetti economici dipende

dalle finalità di politica economica che si intendono perseguire da parte del legislatore che attribuisce determinati poteri ad organi della pubblica amministrazione”¹.

Qui, invece, intendiamo affrontare la questione più specifica circa il rapporto strutturale tra politiche pubbliche e iniziativa economica privata: qualche breve spunto di teoria generale è, perciò, necessario pur nella consapevolezza di affrontare un argomento oggetto di infinite dispute caratterizzate anche da diverse opzioni ideologiche.

2. L'intervento pubblico in economia è stato definito come l'azione consapevole dello Stato “per deviare il naturale e (altrimenti) libero corso delle forze economiche, sviluppando una sensibile pressione a carico degli operatori privati per limitarne e orientarne le scelte”².

Tra le tante ipotesi prospettate, la soluzione preferibile sarebbe un approccio pro-concorrenziale temperato, o “eclettico” per riprendere la terminologia di Stiglitz, che chiami in aiuto lo Stato, in caso di fallimento del mercato, senza aprioristiche prese di posizione a favore o contro la regolazione.

Invero, anche nei classici liberali della scuola inglese, l'intervento pubblico è ritenuto necessario per garantire la difesa dei diritti di proprietà e per definire le regole dello scambio. Adam Smith nel V Libro sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni del 1776 afferma che il soggetto pubblico svolge tre attività per il funzionamento del mercato: la protezione contro le invasioni esterne, la giustizia e la garanzia del funzionamento delle istituzioni. Perciò, la libertà “naturale” del mercato richiede di essere sostenuta da un minimo di garanzie prodotte dallo Stato. Ed anche secondo John Stuart Mill, il *laissez-faire* deve essere la pratica generale, tranne che per l'esercizio di alcune funzioni come giustizia e sicurezza.

I fini e le modalità di intervento pubblico nell'economia sono molteplici. Già attraverso l'imposizione fiscale e la spesa pubblica si determinano differenti livelli di *welfare state*, ma un'altra modalità di intervento è proprio la regolazione dei diversi tipi di mercati (naturali, del lavoro, dei beni, dei mercati

(1) F. MERUSI, *La disciplina pubblica delle attività economiche*, in M.R. SPASIANO (a cura di), *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di unità d'Italia*, atti del Convegno di Napoli, 6 dicembre 2011.

(2) V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Economia (Intervento della Pubblica Amministrazione nell')*, in *Novissimo Dig. It.*, 1960, VI, p. 364]. È prevalente l'opinione che il mercato “costituisce il dato preesistente”, mentre la regolazione consista in “un'azione esercitata dai pubblici poteri” (M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Milano, Giuffrè, 2001).

finanziari) o l'imposizione di barriere all'ingresso di soggetti competitori in un mercato (come nel caso esaminato nel volume).

L'intervento pubblico può avere ad oggetto il mercato dei prodotti o dei servizi con l'imposizione di barriere all'entrata in uno specifico mercato – quale ad esempio il mercato dei taxi o delle professioni – in tal modo riducendo il grado di competitività dei mercati. In secondo luogo, lo Stato può regolare i monopoli naturali – quali i grandi *network* (elettricità, gas, ferrovie) – attraverso la costituzione di specifiche autorità di regolazione, che hanno l'obiettivo di limitare il potere di monopolio delle imprese e di regolare i prezzi. In questo ambito, anche i soggetti operanti nei mercati finanziari (la Borsa, gli intermediari finanziari) sono fortemente regolati, al fine di proteggere i risparmiatori contro i rischi che provengono dalle asimmetrie informative tra istituzioni finanziarie e singoli risparmiatori. Inoltre, il commercio con l'estero è un settore tipico di intervento pubblico, attraverso l'imposizione di tariffe o dazi sulle importazioni o di quote su particolare beni o servizi importati. Infine, in molti Paesi, lo Stato ha la diretta proprietà di imprese tipicamente nazionali o di settori giudicati strategici per la nazione.

3. Delineati per sommi capi i diversi ambiti dell'intervento pubblico, vediamo quale interpretazione è stata data degli artt. 41 e 43 della Costituzione.

Nella nostra costituzione economica, iniziativa privata ed intervento pubblico hanno, secondo la dottrina maggioritaria, eguale tutela, dando luogo ad un sistema di economia mista, in cui è il legislatore a decidere sulle modalità di convivenza dei due principi.

A questo proposito, il libro si avventura in una non facile distinzione tra libertà e diritto, la prima preesisterebbe all'ordinamento giuridico, ma necessita di un riconoscimento normativo, che la renda situazione giuridica tutelabile, mentre il diritto sarebbe direttamente situazione protetta nei confronti dell'amministrazione ed in sede giurisdizionale. A seconda del limite posto dalla norma nei confronti della libertà di iniziativa economica, la situazione giuridica del privato potrebbe assumere la configurazione di interesse legittimo o di "diritto pieno" (p. 8).

Lasciando da parte una siffatta questione che meriterebbe ben altro approfondimento e che non risulta decisiva per l'argomentazione successiva, l'Autrice richiama autorevole dottrina (Marzuoli, Ramajoli, Sorace, Villata), che ha approfondito *funditus* l'argomento, al fine di sottolineare come non sia facile l'interpretazione di un articolo della Costituzione come l'art. 41, che, ancor più di altri, è frutto di un – se pur nobile – compromesso tra opzioni ideologiche differenti.

La stentorea affermazione del primo comma (*l'iniziativa economica privata è libera*) viene limitata dalla previsione che essa non sia in contrasto con l'utilità sociale (secondo comma) nonché con la possibilità che il legislatore determini programmi e controlli per indirizzarla a fini sociali. La clausola generale del primo comma va apprezzata e non criticata proprio per la sua indeterminatezza, che consente al legislatore ordinario di esercitare la riserva di legge in maniera dinamica, considerando nel concetto di utilità sociale un modello generale previsto dalla Costituzione che consenta di tutelare i diritti fondamentali per la realizzazione della persona.

La stessa giurisprudenza della Corte costituzionale, chiamata ad individuare il contenuto dell'utilità sociale come limite alla libertà di impresa, non ne ha dato una definizione unitaria, individuando tale limite in diversi interessi costituzionalmente rilevanti, quali la salute, il lavoro, la tutela della donna lavoratrice.

Ben diverso il significato del terzo comma, ove i previsti controlli e programmi non possono ritenersi un limite interno della libertà di iniziativa economica al fine di realizzare l'utilità sociale, quanto piuttosto un limite esterno, cosicché l'esercizio dell'attività economica sarebbe egualmente garantita a livello costituzionale pur se non perseguisse fini di utilità sociale.

Peraltro – come poi vedremo meglio – con il termine programma il costituente ha voluto anche lessicalmente distaccarsi dalla pianificazione economica di matrice totalitaria. La programmazione indicata dal Costituente avrebbe perciò più la finalità di accompagnare l'iniziativa economica privata con incentivi e sostegni, che, seppure indirizzano, tuttavia non costringono.

Una deroga di carattere eccezionale alla libertà di impresa si rinviene nell'art. 43 Cost. che prevede, a fini di utilità generale, l'attribuzione di servizi pubblici essenziali, fonti di energia o monopoli di preminente interesse generale allo Stato o ad enti pubblici, nonché a comunità di lavoratori o di utenti. La pubblicizzazione di un settore impedisce ai privati di esercitare la loro iniziativa di impresa, ma tale deroga è sottoposta a diversi e determinati presupposti: una riserva di legge dai più ritenuta assoluta e rinforzata; i fini di utilità generale; il carattere di preminente interesse generale.

Come è noto, tale disposizione ha avuto scarsissima applicazione, riconducibile al solo caso della istituzione dell'ENEL, ove si consideri che l'attribuzione ai Comuni dei servizi pubblici locali era ben antecedente alla Costituzione.

Il dato di fatto conferma l'eccezionalità della disposizione contenuta nell'art. 43. Storicamente l'intervento pubblico nell'economia invece che attraverso la pubblicizzazione di settori economici è avvenuto attraverso il sistema delle partecipazioni statali, con la produzione di beni e servizi da parte di imprese

a capitale pubblico, che tuttavia non mutavano la loro natura di persone giuridiche private. Si impone così l'ossimoro dell'ente pubblico economico, che del regime pubblicistico si limita ad avere solo la nascita e la morte, ma che per il resto vive una vita oggetto di regole di natura privatistica.

Questo profilo viene solo giustamente accennato nel volume, in quanto non del tutto conducente rispetto all'oggetto principale del lavoro, cioè un settore, quale quello delle farmacie, contingentato e non pubblicizzato.

Traendo le fila di tale discorso, il testo costituzionale configura tre diverse modalità di intervento pubblico: regolazione, programmazione, servizio pubblico con assunzione diretta dell'attività da parte del soggetto pubblico.

È noto che il nostro ordinamento si è evoluto da Stato interventista a Stato regolatore o banditore, secondo le immaginifiche definizioni della dottrina, che bene spieghino un'evoluzione che tuttavia sbaglieremmo a ritenere lineare e razionale.

Come tutti i fenomeni sociali, i fatti sono più complessi delle categorie definitorie. Innanzitutto, considerato il fenomeno dal punto di vista diacronico, il pendolo oscilla tra maggiore o minore intervento statale, cosicché nell'attuale momento storico la presunta riduzione della sfera pubblica si scontra con un'epocale crisi economica, che costringe a poderose iniezioni di capitali pubblici per il risanamento delle banche e delle economie in crisi.

La crisi economica e finanziaria, maturata dal 2007 negli Stati Uniti per le insolvenze generate dai c.d. mutui *subprime* e per il clamoroso fallimento della banca d'investimento Lehman Brothers ha progressivamente mutato gli scenari dell'economia globale, riportando in primo piano le problematiche legate all'intervento pubblico ed imprimendo ancora una volta all'oscillazione del pendolo pubblico/privato una direzione più favorevole verso i pubblici poteri e opposta allo slogan *Rolling back the State*³.

La tripartizione (regolazione, programmazione, servizio pubblico) va interpretata *cum grano salis* anche in una lettura sincronica dei fenomeni sociali, poiché – come peraltro nota l'Autrice, richiamando Cassese (p. 26) – uno stesso settore può essere oggetto contemporaneamente di misure di regolazione e di programmazione.

4. È in questo quadro che irrompe nel nostro ordinamento il diritto comunitario. La libertà di iniziativa economica va tutelata perché attraverso la competizione tra le imprese si migliora la qualità dei beni e dei servizi prodotti

(3) G.C. SPATTINI, *La "golden share all'italiana" finalmente "presa sul serio" dalla Corte di giustizia?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, p. 1599.

con vantaggi per gli utenti, dovuti alla riduzione dei costi. Per questo motivo vengono viste con sospetto e considerate distorsive del sistema tutte quelle misure nazionali volte a sostenere con finanziamenti pubblici imprese private. Gli artt. 101 e seguenti del TFUE vietano accordi tra imprese e tutte le pratiche che limitino la concorrenza; l'art. 106, pur prevedendo la figura delle imprese pubbliche, vieta agli Stati di introdurre norme di vantaggio, distorsive della concorrenza. Rimangono sottoposte al regime della concorrenza anche le imprese che gestiscono servizi pubblici o meglio servizi di interesse economico generale con specifica missione.

Il modo "europeo" di tutela della concorrenza riverbera i suoi effetti anche nel nostro ordinamento, costituzionalizzando, nella riforma del Titolo V, il principio di tutela della concorrenza come materia di legislazione esclusiva statale ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. e)⁴.

Innanzitutto, la costituzionalizzazione della concorrenza ha posto un ulteriore limite esplicito all'intervento statale nell'economia, inducendo ancor di più ad una nozione soggettiva del servizio pubblico⁵.

È noto, peraltro, il modo in cui l'interpretazione della Corte costituzionale abbia inteso il principio di concorrenza come materia trasversale o non materia, che attiene a più ampi settori e materie.

Pronunciandosi sulla ripartizione di competenza legislativa tra Stato e Regioni prevista dal codice dei contratti pubblici, nella fondamentale sentenza 401/2007, la Corte costituzionale, riprendendo quanto affermato nelle sentenze 256/2007 e 303/2003, ha ulteriormente ribadito che i lavori pubblici non costituiscono una materia autonoma, avendo un carattere strumentale rispetto all'oggetto a cui afferiscono e perciò rientrando nell'ambito della tutela della concorrenza.

È in questa sentenza che la Corte si sofferma sulla nozione di tutela della concorrenza. Le Regioni ricorrenti contestavano l'incostituzionalità dell'art. 4, comma 3 del codice dei contratti pubblici, per la presunta violazione dell'art. 117, commi 2, 3, 4, Cost. e del principio di ragionevolezza, nella parte in cui prevedeva che le Regioni "non possono prevedere una disciplina diversa da quella del presente codice", anziché collegare tale divieto ai principi desumibili dal codice, in relazione alla tutela della concorrenza. In particolare, si contestava che lo Stato, anche in presenza della materia della tutela della

(4) A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, Giappichelli, 2007; F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010.

(5) R. VILLATA, *Pubblica amministrazione e servizi pubblici*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 493.

concorrenza potesse “vincolare le Regioni con un insieme di norme, dettagliate ed eterogenee, tutte indiscriminatamente accomunate dal vincolo della inderogabilità”. Secondo le ricorrenti, in definitiva, sarebbe stato opportuno, per superare le censure della disposizione in oggetto, ridurre la portata del vincolo imposto alle Regioni, stabilendo solo il rispetto dei principi fondamentali ricavabili dalla normativa vigente. La Corte ribadisce il carattere trasversale della concorrenza (sentenze 14/2004, 272/2004, 336/2005 e 29/2006), potenzialmente idonea a pervadere una molteplicità di altre materie, salvo i limiti interni individuati nei criteri di proporzionalità ed adeguatezza.

L'innegabile tendenza europea alla garanzia della libertà dell'iniziativa economica privata trova comunque un suo limite interno. L'art. 8 del d.lgs. 59/2010, attuativo della direttiva servizi definisce come motivi imperativi di interesse generale il presupposto di un regime giuridico autorizzatorio dell'impresa. Il successivo art. 12 indica quali siano i requisiti che possono essere richiesti come presupposti per ottenere l'autorizzazione. Alla stessa stregua, la *par condicio* tra i concorrenti nelle gare ad evidenza pubblica intende tutelare le imprese, ma, nello stesso tempo, la possibilità di ottenere servizi o beni qualitativamente migliori per le amministrazioni banditrici e, quindi, per gli utenti che li utilizzeranno.

Insomma, tra la visione costituzionale e quella europea della libertà economica privata vi sono divaricazioni che secondo alcuni sono incolmabili, secondo altri ricomponibili in sistema.

Senza mezzi termini, ad esempio, è stato di recente autorevolmente affermato che “la Comunità economica europea è fondata sul principio esattamente opposto a quello dell'economia mista: un unico mercato in cui le imprese operano paritariamente in concorrenza fra di loro. Ogni ostacolo all'accesso e alla formazione di un mercato va pertanto rimosso, così come l'eventuale alterazione della *par condicio* del contraente pubblico col concorrente privato”⁶.

5. Il lavoro dell'Autrice entra nel vivo (p. 43 ss.) quando affronta il contingentamento dell'iniziativa economica privata come strumento della programmazione: in questo caso la regolazione autoritativa dell'offerta sostituisce il principio della libera iniziativa privata.

Su questo punto, secondo un recente studio dell'Ocse sulla concorrenza, la limitazione dell'iniziativa economica privata rischia di compromettere il mercato ed i suoi vantaggi, cosicché le limitazioni al numero e alla varietà dei

(6) F. MERUSI, *La disciplina pubblica delle attività economiche*, cit.

fornitori debbono essere più attentamente vagliate e considerate di stretta interpretazione.

La regolazione può avvenire in diversi modi: *a)* garantire diritti esclusivi a un'impresa per la fornitura di determinati beni o servizi; *b)* richiedere licenze, permessi o un processo di autorizzazione come requisito per operare su un certo mercato; *c)* limitare la capacità di fornitura di determinati beni o servizi per alcuni tipi di imprese; *d)* aumentare in maniera significativa i costi di entrata o di uscita dal mercato per le imprese; *e)* creare una barriera geografica alla capacità delle imprese di fornire beni o servizi, all'investimento di capitali o al processo di fornitura.

Nel caso oggetto del libro ci troviamo in uno di questi casi, con limitazioni all'accesso per le imprese del settore economico interessato.

Né l'ordinamento comunitario né quello nazionale pongono un divieto imperativo, ma richiedono un'approfondita verifica circa la congruità e la proporzionalità dell'intervento limitativo della concorrenza per garantire i fini sociali. Il confine tra legittima garanzia dei fini sociali e politiche protezionistiche è assai labile, anzi spesso facilmente camuffabile.

La fattispecie esaminata delle farmacie costituisce, insieme con la professione di notaio, il caso paradigmatico di un contingentamento assai ambiguo.

La programmazione della distribuzione territoriale delle farmacie costituisce il più antico caso di pianificazione dell'iniziativa economica privata, già presente negli Stati preunitari e poi regolamentata con legge 468/1913. La farmacia è certamente un'attività di impresa, ma la natura del bene venduto (i farmaci), per la sua incidenza sul diritto alla salute, l'avvicina ad un servizio pubblico. Nota la dottrina⁷ che il contingentamento numerico, con la previsione di una distribuzione geografica delle farmacie, può essere letto in maniera diametralmente opposta tra interesse economico privato e garanzia del servizio pubblico. Da una parte, il contingentamento effettuato in maniera proporzionale rispetto alla popolazione consente ad ogni farmacia di avere un bacino di utenti garantito. D'altra parte, l'individuazione programmata delle sedi farmaceutiche consente di effettuare il servizio anche in zone disagiate, meno ambite dagli imprenditori privati.

Ambedue le osservazioni ben si attagliano alle condizioni originarie in cui fu emanata la legge, ma molto meno alla situazione attuale, in cui la mobilità attraverso i mezzi di trasporto non consente di determinare un bacino di utenza garantito o di rendere indispensabile una farmacia in una zona disagiata.

(7) F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2009.

6. A questo punto il libro, nel terzo capitolo, procede a verificare se le convinzioni manifestate siano fondate sul dato normativo vigente, che, nel caso delle farmacie, sono la legge 475/1968 e la successiva legge 362/1991, nonché il d.l. 223/2006 convertito in legge 248/2006, che ammette il regime societario e le parafarmacie. La sussistenza nella legge di un rapporto proporzionale tra abitanti e numero delle farmacie (una farmacia ogni 4.000 abitanti nelle città con più di 12.500 abitanti ed una ogni 5.000 abitanti negli altri casi; proporzione ora ridotta ad una farmacia ogni 3.300 abitanti dal d.l. 1/2012) comprime la discrezionalità dell'amministrazione decidente.

L'analisi della giurisprudenza dimostra come la Corte costituzionale e la Corte di giustizia sostanzialmente concordino nel ritenere che l'attinenza del servizio farmaceutico con la tutela della salute consenta al legislatore di derogare al regime di libera concorrenza. E la proporzione numerica tra farmacie ed abitanti prevista dal legislatore nazionale costituisce un limite intoccabile da parte della legislazione regionale, così come affermato nelle citate sentenze recenti della Corte costituzionale.

Ma il contingentamento non può essere criterio di giustificazione di se stesso. Se esso serve a garantire un minimo di farmacie in tutti i territori, non si spiega perché, raggiunto il minimo, non si possa consentire l'apertura di nuove farmacie in zone già servite; se, invece, vuole garantire uno standard economico all'imprenditore si avvicina molto a misure che ledono la concorrenza con illegittima rendita di posizione delle farmacie esistenti.

Secondo l'Autrice né il convenzionamento obbligatorio delle farmacie muta la loro natura di imprese private né l'esistenza di una rete farmaceutica consente di configurare il servizio come pubblico.

L'auspicio finale del libro, in un difficile equilibrio tra garanzia del servizio e tutela della concorrenza, è quello di una revisione del contingentamento, che di per sé non garantisce il perseguimento del fine sociale, giustificativo di una normativa limitativa e derogatoria rispetto alla tutela dell'iniziativa economica privata.

Mi sembra possibile condividere questo augurio finale tenendo conto della natura delle cose e dello specifico servizio regolato, anche se non è opportuno estendere questa soluzione a principio generale, poiché, come abbiamo visto, le misure di intervento sono molto differenziate in rapporto alle diverse esigenze di tutela delle persone.

Nel caso particolare delle farmacie bisogna sottolineare che il contingentamento nasce per un tipo di farmacia in cui i prodotti venivano confezionati in gran parte dallo stesso farmacista, cosicché pesava nella valutazione dell'autorizzazione al servizio la qualità professionale: in questo ambito si spiegava an-

che una distribuzione territoriale che consentisse al farmacista di avere un bacino di utenti che garantivano un livello minimo di sopravvivenza economica. La situazione attuale è palesemente diversa, considerato che il farmacista vende prodotti le cui caratteristiche sono già accertate attraverso il complesso procedimento dell'autorizzazione all'immissione in commercio dei farmaci: i requisiti professionali del farmacista attuale non possono essere paragonati a quelli necessari in passato. Inoltre, la facilità della distribuzione del farmaco anche in zone disagiate diminuisce l'esigenza di un presidio farmaceutico zonale. E perciò ciò che prima poteva pure giustificare la programmazione, oggi appare assai meno convincente.

Già quasi cinquecento anni fa, Francesco Guicciardini – come ci ricorda Spatini – scriveva: “Dico che el Duca di Ferrara che fa mercatantia [commerci], non solo fa cosa vergognosa, ma è tiranno, facendo quello che è officio de' privati e non suo: e pecca tanto verso e populi, quanto peccerebbono e populi verso lui intromettendosi in quello che è officio *solum* del principe”. Perciò, le conclusioni a cui perviene il lavoro sono condivisibili per lo specifico settore esaminato, a maggior ragione perché la programmazione non viene ritenuta *tout court* costituzionalmente illegittima, ove essa si limiti a stabilire il *minimum* necessario, lasciando la possibilità di apertura di nuove farmacie oltre quelle già previste, altrimenti diventando un evidente limite all'ingresso di nuovi operatori economici nel settore.

Rimane aperta (e non poteva essere altrimenti) ed oggetto dell'attuale dibattito politico e normativo la complessa questione circa la necessità e la modalità di interventi pubblici di regolazione dei mercati in un tempo in cui la crisi economica costringe gli Stati e le grandi organizzazioni politiche sovranazionali quali l'Unione europea ad un profondo ripensamento sul modo di coniugare rigore economico e politiche di sviluppo, rispetto del patto di stabilità e ripresa degli investimenti produttivi, tagli alla spesa pubblica e miglioramento dei livelli di cittadinanza.

Certo è che la radicalità della crisi attuale non può essere superata solo favorendo o limitando la concorrenza, ampliando o limitando forme di intervento pubblico nell'economia. I diritti delle generazioni future sono già oggi nostri doveri⁸ e perciò questa crisi economica e sociale è l'occasione per una nuova riflessione sui diritti e sul modo in cui le istituzioni pubbliche, ma anche il mondo produttivo e le organizzazioni sociali, concorrano a realizzarli.

(8) *Cittadinanza e diritti delle generazioni future*, atti del Convegno di Copanello, 3-4 luglio 2009, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2010.

Città e territori nell'età della crisi

(a proposito del libro *Le grandi città italiane. Società e territori da ricomporre*, a cura di Giuseppe Dematteis)

Luigi Benvenuti

Città e territori divengono occasione di confronto e dialogo tra differenti culture in un libro recente curato da Giuseppe Dematteis, in cui vengono assunte come i principali motori dello sviluppo intellettuale ed economico ed il principale banco di prova della coesione sociale.

Dopo che per vari decenni l'attenzione è sembrata focalizzarsi, ancorché non troppo esplicitamente, nello studio del tessuto urbano inteso come territorio geografico, ovvero su politiche incentrate sull'arte di costruire e sulla regolamentazione dell'uso del suolo, tornano ora le questioni cruciali della democrazia, risultando investiti "i luoghi" della politica, l'origine e lo sviluppo della sfera pubblica.

Il volume, che vede il contributo di specialismi diversi, presenta i contenuti di una ricerca, patrocinata dal Consiglio italiano per le scienze sociali (Cis), i cui esiti vengono sintetizzati nel capitolo conclusivo vero "libro bianco sul governo delle città italiane".

Qui la prospettiva istituzionale, vista sia "nelle sue implicazioni di breve-medio periodo, sia in quelle di più lungo termine", sollecita una riflessione che mira alla "ridefinizione e riequilibrio di rapporti essenziali per la vita democratica", spaziando dalla dicotomia pubblico-privato ai processi di individualizzazione che investono sia la società che l'esistenza privata¹.

I vari saggi che compongono il volume, ciascuno riassuntivo delle discussioni collegiali svoltesi durante i lavori, ci offrono un panorama variegato di un possibile approccio delle scienze sociali ai nodi cruciali del nostro tempo.

Da tale punto di vista, un primo profilo di interesse è proprio l'approccio multidisciplinare, che mette in grado con tecnica quasi cubista di osservare trasversalmente l'oggetto.

Se è cosa ovvia la importanza di un dialogo tra diverse discipline, meno ovvio

(1) AA.VV., *Le grandi città italiane. Società e territori da ricomporre*, a cura di G. DEMATTEIS, Venezia, Marsilio, 2011, p. 380.

è lo sforzo di affrontare i singoli argomenti in modo non ideologico, partendo dai dati sperimentali, con la accortezza e la coscienza della relatività degli strumenti adoperati.

Penso ad esempio al contributo di Guido Martinotti, che in fondo denuncia qualche tratto ossessivo della società contemporanea, quella che viene chiamata una doppia ermeneutica, vale a dire una elevata interattività tra soggetto e oggetto, che finisce per operare pure una distorsione degli elementi fattuali. In tale saggio l'osservazione sperimentale induce a superare la classica contrapposizione tra comunità e società – risalente alla celeberrima formulazione di Tönnies – nella ricerca dei dati innovativi di una istituzione virtuale, ove “i rapporti appaiono denudati di ogni consistenza biotica e i rapporti biotici sono uguali a zero”².

Ancora, e con sottolineatura dell'importanza assunta dai *malls*, quello di Pechino o quello di Londra, se pure il *mall* è divenuto caratteristica centrale della città degli utenti, quasi a simboleggiare la nuova categoria di non luoghi anonimi, impersonali, tipici della città dei nostri anni, tale nuova categoria non viene meccanicamente contrapposta ai precedenti tipi di spazio pubblico – dalla basilica ai templi –, come se questi e non quella rappresentassero il luogo ideale di una comunità pacificata.

In realtà è proprio l'analisi fattuale del tessuto urbano a spingere ad abbandonare facili schematismi, o fuorvianti analogie con il passato.

E dunque neppur sarebbe concepibile la rincorsa a forme di “neomedievalismo istituzionale”, cui potrebbe seguire l'implicita rivalutazione di una pre-modernità ambigua o settaria³.

Se nel medioevo “le rivolte contadine si scatenarono sempre per difendere luoghi e beni comuni contro la cupidigia del potere formale”⁴, nel nuovo medioevo i tempi *non* sembrano maturi per rivolte ed insurrezioni.

Nell'era della rete, il processo – ammonisce Martinotti – non è un gioco in cui se l'uno vince l'altro deve per forza perdere, ma uno scambio positivo e sinergico.

Uno dei motivi ricorrenti del libro appare quello della rappresentazione politica della città occidentale.

(2) G. MARTINOTTI, *Dalla metropoli alla meta-città. Le trasformazioni urbane all'inizio del secolo XXI*, in AA.Vv., *Le grandi città italiane*, cit., p. 55.

(3) Cfr. sul punto S. RODOTÀ, *Beni comuni: una strategia contro lo human divide*, in AA.Vv., *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, a cura di M.R. MARELLA, Verona, Ombre corte, 2012, p. 319 ss.

(4) Cfr. U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, Laterza, 2011, p. 24.

E qui soccorrono i riferimenti ad uno dei classici del pensiero politico, alle pagine scritte più di quarant'anni fa da Hannah Arendt, che pur meditava anch'essa proprio sulla crisi emergente di una società di massa.

Si trattava allora di una città dimenticata, presa però come paradigma per riflettere sull'espropriazione moderna della convivenza civile, e in cui l'apparente astoricità del recupero di una grecità da taluno considerata inattuale, nascondeva in realtà la consapevolezza profonda della complessità delle immagini di uno spazio urbano di cui si erano perse, già nel periodo in cui la Arendt scriveva, coordinate e significati condivisi.

Ne risultava l'idea di una *polis* finalizzata alla valorizzazione della *vita activa*, nel perseguimento di fini di libertà.

Ebbene, in molti dei saggi del libro colgo proprio tale consapevolezza della necessità di penetrare fin entro la complessità dei processi urbani, nella prospettiva di un "governo possibile".

Così, prendere ad oggetto l'area vasta o le aree metropolitane significa anche mettere insieme competenze disparate di sociologi urbani, psicologi sociali, giuristi, economisti, alla ricerca di uno spazio pubblico che davvero segni il futuro.

Solo in tal modo è possibile cogliere il significato profondo di contributi quali quello di Pietro Amerio sulla "città degli individui" o quello apparentemente divergente di Carlo Donolo sul "governo possibile".

Se il primo intreccia luoghi e soggetti di una città vissuta per il tramite di una interiorizzazione della dimensione partecipativa, il secondo sposta lo sguardo all'esterno, alla realtà della complessità, discutendo circa l'eventuale co-rispondenza dei processi politici ai processi urbani, nella piena consapevolezza del difficile temperamento tra ordine e caos.

Una consapevolezza che non può non tener conto, tra l'altro, di "*capabilities* istituzionali recuperate e rinnovate che ci riportano alle classiche radici del buon governo urbano, erose da un insensato *spoils system* e da un irrazionale *outsourcing*". Il buon governo, si aggiunge, "proprio nelle strettoie di una governabilità difficile, è soprattutto buona amministrazione"⁵.

Dietro a tali contributi, come si è detto, sta la precisa percezione della frammentazione e quasi inaccessibilità di ogni soluzione istituzionale, il che rende indispensabile provare a interrogarsi sui tanti perché di una storia secolare – quella italiana – e ora europea tuttora incapace di fornire risposta ai nodi cru-

(5) C. DONOLO, *Sul governo possibile delle città*, in AA.Vv., *Le grandi città italiane*, cit., p. 338.

ciali del rapporto tra territorio e spazio, tra locale e globale, tra *urbs* e *civitas*. È in tale contesto che si colloca, quasi a chiusura del volume, l'affresco denso e profondo con cui Marco Cammelli ha provato ad offrirci un quadro suggestivo di vicende istituzionali vicine e meno vicine.

Dico la verità, ogni volta che mi trovo a leggere le pagine di Cammelli, mi sento attratto, quasi fatalmente, dalla necessità di seguire i singoli fili, le più minute linee di un ordito, denso di figure e di particolari; e poi dall'opposta esigenza di distaccarmene, per focalizzare il quadro di insieme dai contorni più sfumati, appena percepiti.

Cammelli ci racconta, dopo un resoconto degli approdi centralistici dello Stato nazionale post-Rivoluzione francese, dei caratteri della successiva dissoluzione, che vede appunto "l'indebolirsi delle tradizionali dinamiche centripete e unificanti che storicamente hanno inciso sul territorio"⁶, indebolimento cui si aggiungono gli effetti della mobilità, con l'espansione delle meta-città e dello spazio periurbano, dello sviluppo delle tecnologie ICT, fino alle vistose trasformazioni delle abitazioni in piattaforme tecnologiche.

Tale indebolimento del centralismo viene analizzato e scomposto sul versante esterno e su quello interno, seguendo le dinamiche di una città plurima, sia in orizzontale (città di città) che in verticale (governo di settore).

Di qui la denuncia di tensioni e asimmetrie sfocianti ad esempio nei vizi di un nuovo contrattualismo, ovvero nei ritardi accumulati nella soluzione dei problemi, effetti contestuali alla dilatazione e quasi perdita dei confini e dello stampo amministrativo comunale.

La questione di fondo appare quella della difficoltà di legittimare l'autonomia locale, ben al di là della disciplina uniforme imposta da un centro, troppo debole per legittimare un vero processo di differenziazione, e troppo forte per superare e mettere in discussione l'uniformità legislativa e amministrativa risalente all'età risorgimentale.

Le risposte della legislazione appaiono confuse e si stenta a trovare un ordine minimamente riconoscibile, come ben appare evidente ad esempio nella disciplina imposta dal d.lgs. 267/2000, in cui proprio il Comune diviene oggetto di una sorta di appiattimento voluto dall'alto.

E ciò, si rileva, in controtendenza con la riforma costituzionale dell'anno successivo, in cui pur venivano riprese e sviluppate tutte le virtualità presenti nell'art. 5 della Costituzione.

(6) M. CAMMELLI, *Governo delle città: profili istituzionali*, in AA.VV., *Le grandi città italiane*, cit., p. 338.

Ma tant'è, a tale genere di contraddizioni il legislatore ci ha abituato oramai da tempo, e viene da chiedersi allora quali possano essere le ricette nell'età della crisi. Quali possano essere i suggerimenti per una auspicabile riforma del governo della città e dell'area metropolitana.

Il discorso di Cammelli appare fortemente articolato.

Per un verso egli si fa carico di stigmatizzare i vari esperimenti, tuttora in corso, di dare soluzione in termini meramente centralistici alle questioni inerenti il governo del territorio a livello locale.

In tal senso, la cosiddetta prima versione della Carta delle Autonomie (d.d.l. 3118/2010) viene interpretata come il tentativo di recupero di un passato non proprio glorioso, per il perdurare, pur dissimulato, di una sorta di parallelismo tra amministrazione statale centrale e periferica con perno sul Ministero dell'Interno, da un lato, e Province e Comuni dall'altro.

A tale assetto, malgrado lo sforzo di operare vari temperamenti nella direzione di una diversa articolazione delle istituzioni locali, il d.d.l. 3118/2010 non fornirebbe alternative convincenti, di talché perfettamente comprensibile risulta il ruolo marginale del Parlamento, così come quello della Regione nell'opera di riordino delle funzioni.

A fronte dell'obiezione, pur astrattamente formulata, che una disciplina centralizzata non significa necessariamente un regime uniforme, la replica di Cammelli si sposta per così dire sul piano concettuale.

Seppur l'eventualità di soluzioni differenziate (tramite previsioni speciali e derogatorie) prese al centro potrebbe apparentemente sortire effetti simili a quelli scaturenti da provvedimenti presi in autonomia, la valutazione dei diversi contesti locali viene ritenuta impossibile in sede nazionale, laddove essa sarebbe comunque smentita in fatto dalla predisposizione di un gran numero di disposizioni specifiche prese uniformemente per l'intero territorio nazionale.

Da un primo punto di vista, dunque, tornerebbero anche nella disciplina normativa più recente i vecchi vizi del passato, mentre quel che occorrerebbe sarebbe viceversa un profondo ripensamento del quadro teorico tra centro e periferia.

Ed è proprio quanto a tale ultimo profilo che, ritengo, intervengono le riflessioni più interessanti.

Il problema diviene quello di offrire "soluzioni calibrate sulle condizioni specifiche di ogni realtà in modo da aderirvi".

Al proposito, quel che si propone è dunque la ricerca dei caratteri distintivi dei differenti contesti in cui il regime ordinario andrebbe ad operare al fine di differenziare "quanto deve rimanere comune perché attinente ai principi

fondamentali e indivisibili del sistema, e quanto invece può e deve essere differenziato”.

La conclusione cui Cammelli perviene appare lapidaria: il rischio di una acritica uniformità non sarebbe solo “il più volte lamentato scollamento tra disciplina unitaria e sottostanti realtà differenziate, ma anche quello, ancora più pesante, che la mancata emersione di queste ultime impedisce di cogliere quando la diversità supera i livelli di guardia mettendo in discussione diritti di cittadinanza e istituti democratici indisponibili”⁷.

Qui la lettura dei fenomeni in chiave anticecentralistica è integrata da considerazione più generali sull'avvenire della democrazia, che tengono conto dell'eventualità di una rottura di quell'unità del sistema cui pure dovrebbe mirare qualsiasi legislatore minimamente consapevole.

Il discorso di Cammelli esalta le tante contraddizioni del sistema, così come frastagliato e contraddittorio appare il contesto istituzionale e normativo oggetto di osservazione nell'età della crisi.

E a proposito di età della crisi mi vengono alla mente talune considerazioni che mi è capitato di sentire qualche tempo fa, in un convegno dedicato alle infrastrutture per la ripresa economica, significativo dei tempi attuali; e in cui si è evocata la necessità di provvedimenti calati dall'alto, dal governo centrale, sostitutivi *tout court* di altrettanti atti espressione dell'intero sistema delle autonomie⁸.

Ebbene, in tale contesto, quel che talora mi è parso di cogliere è stata la ricerca di facili scorciatoie in grado di porre rimedio a qualsiasi stortura istituzionale, senza peraltro un reale approfondimento delle molteplici ragioni (anche di natura culturale) che avrebbero determinato i cronici ritardi italiani nella realizzazione delle infrastrutture.

Da tale punto di vista i rimedi proposti convergevano nella predisposizione di un regime speciale, forse con il sostanziale accantonamento del dettato costituzionale.

E credo peraltro che la questione meriti qualche riflessione ulteriore.

Benché appaiano comprensibili, nella drammaticità degli eventi, decisioni prese dall'alto per ridurre le spese o contenere i costi, così come possibili interventi sostitutivi che siano in grado di supplire alle tante carenze e ritardi

(7) *Ibidem*, p. 365.

(8) Il riferimento è al Convegno su “Infrastrutture per la ripresa economica”, tenuto a Venezia il 13 aprile 2012.

del sistema locale, non credo che tutto ciò debba giustificare addirittura l'azzeramento di quella dimensione pluralistica voluta dal legislatore costituente, né la messa in discussione delle innovazioni introdotte dalla riforma del Titolo V nel 2001.

In realtà la costruzione del sistema a partire dal basso, le diverse declinazioni della sussidiarietà, la stessa presenza di un regionalismo differenziato così come la permeabilità tra i diversi livelli di governance locale appaiono conquiste non sconfessabili da parte di un legislatore troppo spesso improvvisato e confuso.

Soprattutto, alle pur deprecabili distorsioni di un sistema imperfetto, non credo possa porsi rimedio esclusivamente con interventi calati dall'alto, da parte di un centro che appare anch'esso tuttora bisognoso di un profondo ripensamento sia a livello strutturale che a livello funzionale.

In attesa di tale ripensamento, provo a svolgere qualche considerazione sullo stato dell'arte, cercando di penetrare lo spirito dei più recenti interventi di riforma del sistema, con l'attenzione rivolta ad almeno uno dei cantieri aperti nell'età della crisi, quello dedicato alle aree metropolitane.

Rispetto al quale soccorrono talune indicazioni che estrapolo ancora una volta dalla parte finale del libro che è occasione delle presenti note, che oltretutto si propone come guida per qualche suggerimento "di buon senso", in attesa che il quadro generale si chiarisca ed eventualmente possa trovare veste definitiva la governance del sistema locale.

Una prima indicazione riguarda proprio le modalità costitutive della città metropolitana che non potrebbero prescindere dal necessario "accompagnamento statale (e regionale)" nel percorso della riforma, se non altro per evitare il ripetersi di altrettanti fallimenti del passato quale quello, ben noto, in cui è incorso il primo avvio della attuazione dell'ordinamento regionale.

L'auspicio è che la legge istitutiva preveda il monitoraggio dell'esercizio delle nuove funzioni, così come "la verifica del rispetto dell'esercizio coordinato e obbligatorio di quelle in forma associata", assegnando dunque un ragionevole periodo transitorio in grado di offrire l'opportunità di aggiustamenti in corso d'opera alle nuove esperienze⁹.

Una seconda indicazione ha riguardo alle modalità di superamento dei tradizionali condizionamenti che da sempre hanno fatto da ostacolo alla istituzione del soggetto metropolitano.

(9) P. URBANI, *Politiche pubbliche per le grandi città*, in AA.Vv., *Le grandi città italiane*, cit., p. 329.

Anche in questo caso il richiamo è rivolto alla normativa più recente, in particolare a quell'art. 23 della legge 42/2010, che in sede di regime transitorio per l'avvio del processo di costituzione del nuovo assetto istituzionale pare voler operare "uno sganciamento del procedimento dai condizionamenti che fin qui ne avevano pregiudicato non solo l'esito ma lo stesso avvio". Vale a dire il superamento delle resistenze dei principali soggetti interessati quali la Regione, la Provincia, il Comune capoluogo e i Comuni limitrofi cui sarebbe ora bandito il ricorso a un potere di veto¹⁰.

Inoltre, ancora con attenzione al citato art. 23, ulteriore aspetto è quello delle funzioni fondamentali, della struttura della governance, assegnata ad un'assemblea rappresentativa composta dai sindaci dei Comuni e dal Presidente della Provincia, restando peraltro indefinite le modalità elettive del Presidente e in generale il procedimento di legittimazione politica.

Come vedremo tra un momento, proprio quest'ultimo è uno dei nodi irrisolti che ha finito per inficiare qualsiasi tentativo recentissimo di dare avvio in modo pacificato alle esperienze metropolitane.

A proposito delle quali valgono le seguenti osservazioni finali.

Non vi è dubbio che le disposizioni della normativa transitoria introdotta dalla legge 42/2010 abbiano rappresentato un qualcosa di innovativo rispetto al passato, se non altro perché appare più chiara la volontà del legislatore di superare i veti tradizionali che da sempre hanno azzoppato ogni tentativo di riforma del sistema.

Ma ciò precisato, ancora incompiuto e insoddisfacente appare in tale normativa il regime delle regole fondamentali di un possibile governo delle aree vaste.

Più in generale, il periodo più recente ha conosciuto contraddittori ondeggiamenti, tra chi ha creduto di perseguire la strada della riforma dell'istituto provinciale, quest'ultimo emendato per il tramite del ricorso a nuovi schemi e contenuti, e chi, viceversa, ha continuato nella ricerca di formule innovative a livello locale intermedio, ovvero a livello intercomunale.

Nella prima direzione ci si è trovati ben presto a fare i conti con le stringenti regole del dettato costituzionale, pur se è stato proprio il legislatore a tentare di aggirarle (e qui l'ovvio richiamo va al disposto di cui all'art. 23 del d.lgs. 201/2011, convertito nella legge 241/2011). Quanto ai secondi tuttora incerta appare la prospettiva riformatrice, oltre che dubbia la reale volontà di operare

(10) M. CAMMELLI, *Governo delle città: profili istituzionali*, in AA.VV., *Le grandi città italiane*, cit., p. 354.

una diversificazione per tipi e “statuti”, che sia in grado di rappresentare le sottostanti differenziate realtà.

A riprova della difficoltà di impostare in modo rigoroso e convincente un eventuale nuovo processo di revisione del sistema locale, stanno contenuto ed esiti ultimi del processo riformatore.

In particolare, con riguardo alle aree metropolitane, l'art. 18 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, come modificato dalla legge di conversione 7 agosto 2012, n. 135 introduce un meccanismo istitutivo inderogabilmente imposto dall'alto, pur apparentemente rispettoso dello spazio di autonomia della realtà locale, chiamata ad intervenire in via progressiva alla redazione degli statuti (provvisorio e definitivo) e alla predisposizione delle regole fondamentali.

Questi i contenuti salienti della riforma.

In primo luogo, essa ritaglia in modo lineare e uniforme i territori provinciali in cui dovrebbero costituirsi le relative città metropolitane, senza attenzione per il dibattito intercorso negli anni recenti, e senza il recepimento di studi e indicazioni di ordine economico e sociale, che avrebbero potuto consigliare la predisposizione di perimetri più razionali (ma dovrebbe addebitarsi soprattutto alle forze politiche la completa inerzia e incapacità di procedere ad una riforma condivisa).

In secondo luogo, la legge istitutiva detta meccanismi in grado, almeno all'apparenza, di attenuare i contenuti impositivi del processo con la previsione del ricorso eventuale, per talune ipotesi, allo strumento del referendum, ovvero la possibilità da parte dei Comuni di aderire ad una Provincia limitrofa.

Infine, la contestuale istituzione della Conferenza Metropolitana, così come la partecipazione degli enti locali alla formazione dell'intero processo, appare controbilanciata dalla previsione del potere di veto del sindaco del Comune capoluogo o del Presidente della Provincia. Il che è divenuto uno dei principali motivi di scontro e di sfiducia, fin dalle prime fasi attuative della riforma. Volendo dare un giudizio conclusivo, quel che appare è ancora una volta la difficoltà di procedere in modo ragionevole, ordinato e tendenzialmente condiviso.

Da tale punto di vista tornano utili ancora una volta talune riflessioni estrapolate dalla parte finale del volume che qui si commenta.

In particolare, riguardo alla ricerca di un superamento dei tradizionali condizionamenti che da sempre hanno fatto ostacolo alla istituzione del soggetto metropolitano, verrebbe da chiedersi se l'assegnazione di un potere di veto al sindaco del Comune capoluogo e al Presidente di Provincia, in sede di redazione dello statuto provvisorio, possa davvero contribuire al superamento della resistenza dei principali soggetti interessati.

O se, viceversa, non sarebbe stato opportuno, più radicalmente, por mano ad una riforma complessiva che tenesse conto delle reali esigenze del territorio, senza forzatura alcuna operata dall'alto ovviamente foriera di conflitti attuali e di probabili contenziosi futuri¹¹.

Ed è questo, ancora una volta, proprio il messaggio ultimo di alcuni dei saggi del volume oggetto delle presenti note.

(11) Sul punto, in generale, circa i caratteri "intrinseci" della città metropolitana vedi S. DOTA, V. NICOTRA, *Le città metropolitane: una conquista per l'innovazione istituzionale del paese*, ricerca a cura dell'ANCI, 2005.

TABLE OF CONTENTS AND ABSTRACTS

Essays and Articles

The Localism Act 2011: Local Government Encounters the “Big Society” (p. 767)

Peter Leyland

The Localism Act 2011 is intended to pave the way for radical reforms of local government in England by refining ideas associated with the so called ‘big society’ into a major new initiative for local government. This article will concentrate on the likely impact on the core organisation and functioning of local government. The measures threaten to undermine the institutional autonomy of local government. After an historical overview of central local government relations, there follows an analysis of the extent to which the big society idea has been employed to frame the new Act. Despite the concern to devolve power downwards, the underlying economic background foresees deep cuts in public expenditure and increased demand for public services. The final section concerns the likely impact on local democracy of extending the mayor and executive model to the main English cities.

Developments and Trends of Federalism in Germany: Territorial Difference and Financial Equalization (p. 789)

Alexander Grasse

In the early nineties there has emerged an increasingly insistent criticism about the federal system in Germany. The main topics under discussion concerned: the lack of power to innovate, the lack of legislative autonomy of the Länder, and the democratic deficit due to the shift of decision-making powers from the Länder parliaments to the Bundesrat; excessive cen-

tralization and bureaucratization; insufficient accountability, due to a too large network of skills and incorrect allocations ensuing from strong financial equalization between regions. With the reforms of the equalization system in 2001 and 2005 and the constitutional reforms of 2006 and 2009 an attempt was made to take account of these critiques. The background of all reform proposals was the (more or less explicit) idea of competitive federalism with greater territorial autonomy and differentiation. The author analyzes the financial and economic disparities between the Länder and the (re)distributive effects of the equalization system. On this basis it is shown how much competition is actually present in German federalism and how much inequality it is able to withstand. The author draws the conclusion that competition and territorial difference have increased and will rise even further. Yet the German federal system has not abandoned its general development policy: cooperation and solidarity.

Federalism, Regionalism, and Decentralization in View of the Comparison between the Systems of Local Government (p. 829)

Mauro Mazza

The article examines empirical models of decentralized organization of the State, in both a diachronic and a synchronic perspective. The exploration commences with the historical experience of France, and then analyzes the systems of the countries that belong to the civil law tradition of French-Napoleonic legal origin. Then, the analysis proceeds with the systems of countries that follow the common law tradition, with particular reference to specific examples of Great Britain and the United States. The experiences of civil law countries of Germanic legal tradition, as well as the legal systems of the countries of Eastern Europe during the (long) phase of the post-socialist transition, are also addressed, along with the particular case of Baltic countries, located (also from the so-called geolegal viewpoint) on the border of Eastern Europe and Scandinavia. The latter, i.e., the countries of Northwestern Europe, are also the subject of a specific focus. Finally, the trends of political decentralization are investigated in light of the financial issues initially raised in 2009 by the ongoing global economic crisis.

Notes and Comments

The Regulation of Local Public Services of Economic Importance in the Light of Judgment 199/2012 of the Constitutional Court and the Recent Regulatory Changes (p. 857)

Antonella Azzariti

The (Extended) Suppression of Optimal Territorial Area Authorities in the Field of Environmental Public Services (p. 881)

Elena Maria Palli

The Attribution of External Professional Job Assignments by Local Authorities (p. 907)

Riccardo Patumi

Regional Observatory

Focus on Constitutional Jurisprudence Concerning Public Contracts (p. 933)

Elena Bastianin

Focus on Constitutional Jurisprudence Concerning Amnesty for Unauthorized Building (p. 953)

Davide Baldazzi

Readings and Highlights

Regulation, Planning and Public Announcement of Economic Activities (a debate concerning the book *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, by Monica Delsignore) (p. 977)

Francesco Manganaro

Cities and territories in the age of crisis (about the book *Le grandi città italiane. Società e territori da ricomporre*, by Giuseppe De-matteis) (p. 987)

Luigi Benvenuti

Antonella Azzariti

Avvocato, Dottore di ricerca in Diritto pubblico, Alma Mater Studiorum, Università di Bologna

Davide Baldazzi

Funzionario del Servizio affari legislativi e qualità dei processi normativi, Direzione generale affari istituzionali e legislativi Regione Emilia-Romagna

Elena Bastianin

Funzionario del Servizio affari legislativi e qualità dei processi normativi, Direzione generale affari istituzionali e legislativi Regione Emilia-Romagna

Luigi Benvenuti

Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università Ca' Foscari, Venezia

Alexander Grasse

Professore ordinario di Scienza politica, Università di Giessen, Germania

Peter Leyland

Professor of Public Law, London Metropolitan University

Francesco Manganaro

Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università Mediterranea di Reggio Calabria

Mauro Mazza

Professore associato confermato di Diritto pubblico comparato, Università degli studi di Bergamo

Elena Maria Palli

Dottore in Giurisprudenza, specializzanda in Studi amministrativi (Spisa, Alma Mater Studiorum, Università di Bologna)

Riccardo Patumi

Referendario, sezione regionale di controllo Corte dei conti Emilia-Romagna

Criteri editoriali

Istituzioni del Federalismo – articolata nella Rivista e nei Quaderni – pubblica contributi scientifici sulle autonomie territoriali, espressione di diverse aree disciplinari, con una naturale preferenza per l'ambito giuridico e politico. IdF accetta solo contributi originali inediti. In base a specifici accordi con l'Autore e in casi particolari potranno essere pubblicati anche lavori già editi o in corso di pubblicazione in altra sede, fatto salvo apposito richiamo in nota da parte dell'Autore. Si accettano contributi redatti su file di testo in italiano, inglese, spagnolo, francese, che verranno pubblicati in lingua originale. Una volta accettato, il lavoro è coperto dal *copyright* della Rivista e non può essere riprodotto senza autorizzazione.

Criteri di revisione. Tutti i contributi da pubblicare sono sottoposti ad una doppia revisione effettuata direttamente dai componenti del Comitato Scientifico oppure affidata a esperti esterni individuati dallo stesso Comitato Scientifico, che resta comunque l'organo competente a decidere in via definitiva sulla pubblicazione o meno di un articolo. La revisione è effettuata attraverso il metodo del referaggio anonimo a “doppio cieco” (che esclude la conoscenza reciproca tra Autore e *referees*) al termine del quale viene comunicato all'Autore l'esito della valutazione. Per i contributi redatti da Autori individuati dal Comitato scientifico almeno uno dei due referaggi sarà comunque anonimo. I principali criteri per la selezione dei contributi sono: rigore e coerenza metodologica; struttura e impianto dell'ar-

ticolo; originalità e novità dell'apporto scientifico; fondatezza delle argomentazioni a sostegno della tesi; correttezza/completezza delle fonti e della bibliografia.

La Rivista si divide in varie Sezioni, articolate in Saggi e articoli, Note e commenti, Osservatorio regionale, Letture e segnalazioni.

Saggi e articoli. La parte prevalente della Rivista è dedicata alla pubblicazione di saggi e articoli che pervengono spontaneamente alla Rivista oppure vengono commissionati *ad hoc* ad Autori individuati dal Comitato scientifico. Questi contributi hanno una dimensione orientativa compresa tra le 20.000 e le 70.000 battute, note a piè di pagina e spazi inclusi, e devono essere corredati da un *abstract*.

Note e commenti. In questa sezione vengono pubblicati contributi più brevi, commenti a fonti normative, note a sentenza. Ai fini della pubblicazione i contributi, di dimensione di norma non eccedente le 40.000 battute, vengono valutati secondo un criterio di attualità del tema trattato e di attinenza agli argomenti di interesse della Rivista.

Osservatorio regionale. La sezione è dedicata a rassegne di giurisprudenza, legislazione regionale, analisi di buone prassi territoriali, notizie provenienti dalla Unione europea e altre notizie tratte dai materiali pubblicati on-line sul sito della Regione Emilia-Romagna e sul sito della Rivista.

Letture e segnalazioni. In questa sezione si pubblicano recensioni a lavori monografici e segnalazioni bibliografiche.