

# ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

*Rivista di studi giuridici e politici*

1

2016 · ANNO XXXVII  
gennaio/marzo

---

RIFORME COSTITUZIONALI  
E STATO REGIONALE:  
UN BINOMIO ANCORA POSSIBILE?

---

DIRETTORE DELLA RIVISTA  
Gianluca Gardini

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

REDAZIONE E GESTIONE SITO WEB  
presso Regione Emilia-Romagna  
Servizio innovazione e semplificazione amministrativa  
Viale Aldo Moro, 52 – 40127 Bologna  
Tel. 051 5275953  
E-mail: [istituzionidelfederalismo@regione.emilia-romagna.it](mailto:istituzionidelfederalismo@regione.emilia-romagna.it)  
Sito web: [www.regione.emilia-romagna.it/affari-ist/federalismo](http://www.regione.emilia-romagna.it/affari-ist/federalismo)

REFERENTE REGIONE EMILIA-ROMAGNA  
Francesca Paron  
[fparon@regione.emilia-romagna.it](mailto:fparon@regione.emilia-romagna.it)

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](http://www.maggioli.it)  
E-mail: [abbonamenti@maggioli.it](mailto:abbonamenti@maggioli.it)  
Azienda con sistema qualità certificato ISO 9001:2008

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

STAMPA  
Stabilimento Maggioli s.p.a. – Santarcangelo di Romagna (RN)

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

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

COMITATO DI REDAZIONE  
Marina Caporale  
Marzia De Donno  
Giulia Massari

 Regione Emilia-Romagna

 MAGGIOLI  
EDITORE

*Condizioni di abbonamento*

*La quota di abbonamento alla Rivista per il 2015 è di € 116,00 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 € 25,00.*

*Il prezzo per ciascun fascicolo arretrato è di € 29,00. I prezzi suindicati si intendono Iva inclusa.*

*La quota di abbonamento alla Rivista in formato digitale per il 2015 è di € 82 + Iva. 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

## EDITORIALE

- 5 Il “nuovo regionalismo” alla prova del referendum costituzionale  
*Tomaso F. Giupponi*

## SAGGI E ARTICOLI

- 15 Riforma costituzionale e forma di governo  
*Salvatore Curreri*
- 47 La rappresentanza politica delle “istituzionali territoriali” della Repubblica  
*Laura Buffoni e Andrea Cardone*
- 87 I tipi di potestà legislativa statale e regionale nella riforma costituzionale  
*Gino Scaccia*
- 117 El Gobierno central y los Gobiernos autonómicos en España... ¿Trabajan juntos?  
*María Jesús García Morales*
- 163 El “nuevo” sistema de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional español  
*Marcos Almeida Cerredá*

## NOTE E COMMENTI

- 191 Tributi propri e autonomie locali: un percorso incompiuto  
*Guglielmo Bernabei*

**OSSERVATORIO REGIONALE**

- 227     **La riorganizzazione per ambiti ottimali del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani. Il caso del Veneto**  
*Jacopo Bercelli*
- 251     **Moduli di coordinamento e integrazione: il caso delle Aziende Ospedaliere Universitarie in Emilia-Romagna**  
*Sergio Moro*
- 289     **Table of contents and abstracts**
- 293     **Note sugli autori**

## Il “nuovo regionalismo” alla prova del *referendum* costituzionale

*Tomaso F. Giupponi*

Dopo anni di discussione, commissioni di riforma e tentativi falliti, il prossimo autunno saremo chiamati ad esprimerci sull'ampio e articolato progetto di riforma costituzionale approvato definitivamente dal Parlamento nell'aprile di quest'anno<sup>1</sup>.

Tra gli aspetti più significativi della riforma costituzionale, come noto, vi sono il superamento del bicameralismo paritario, con la trasformazione del Senato in Camera di rappresentanza delle istituzioni territoriali, e la ridefinizione dei rapporti Stato-Regioni, con particolare riferimento all'esercizio della funzione legislativa.

Come accade di fronte ad ogni progetto di riforma, per valutarne nel merito pregi e difetti occorre però sempre tener conto anche dell'evoluzione storica e del contesto di riferimento: ciò, a maggior ragione, vale in riferimento a ipotesi di revisione costituzionale, per cogliere il senso delle quali è assolutamente necessario confrontarsi con l'evoluzione istituzionale e normativa, oltre che con le concrete “prassi” che sono andate stratificandosi nel corso degli anni.

Quale, dunque, lo stato del nostro regionalismo, a quasi settant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana? Senza potersi dilungare troppo rispetto ad analisi note e più volte proposte in dottrina, è fuori discussione che le Regioni non si presentino all'appuntamento

---

(1) Il disegno di legge di revisione costituzionale, come noto, è stato pubblicato sulla G.U. n. 888 del 15 aprile 2016, e in base a quanto previsto dall'art. 138 Cost., entro tre mesi da tale pubblicazione «un quinto dei membri di una Camera o cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali» possono richiedere un *referendum* popolare. Al momento in cui si scrive, risultano già depositate presso l'Ufficio centrale per il *referendum* presso la Corte di Cassazione quattro richieste di iniziativa parlamentare (due del Senato e due della Camera), presentate rispettivamente da deputati e senatori di opposizione e da deputati e senatori di maggioranza, e dichiarate ammissibili con ord. del 6 maggio 2016. Analoga iniziativa è stata attivata anche dal “Comitato del no” alla riforma costituzionale, che sta provvedendo alla raccolta delle firme previste.

del *referendum* costituzionale del prossimo autunno in forma smagliante: in difficoltà di fronte alla morsa della crisi finanziaria, spesso incapaci di assumere su di sé quel ruolo di governo rilanciato (almeno nelle intenzioni) con la riforma del Titolo V del 2001, delegittimate agli occhi dell'opinione pubblica a causa degli scandali giudiziari che hanno travolto gran parte della loro classe dirigente, le Regioni stanno forse vivendo da qualche anno uno dei momenti più difficili a partire dalla loro (tardiva) attuazione nel corso degli anni '70 del secolo scorso.

La stessa "ondata federalista" manifestatasi sul finire degli anni '90, e che ha trovato una (per alcuni tratti frettolosa) risposta sul piano costituzionale nelle riforme del 1999 e del 2001, sembra ormai essersi esaurita, anche perché non più cavalcata a livello nazionale dalle stesse formazioni politiche che ne avevano fatto una vera e propria bandiera, fino ad evocare ipotesi secessioniste. Parallelamente, l'incompiuta attuazione della riforma costituzionale del Titolo V (come ben dimostrato dalle vicende del c.d. federalismo fiscale e dal percorso sostanzialmente interrotto di attuazione della legge n. 42/2009), ci consegna oggi uno stato dell'arte molto diverso dalle intenzioni del legislatore di revisione, la cui esatta configurazione non può prescindere dall'inevitabile (e spesso "creativo") ruolo assunto dalla giurisprudenza della Corte costituzionale.

Di fronte all'inerzia del legislatore nell'attuare la riforma del 2001, infatti, gran parte delle tensioni e dei conflitti centro-periferia si sono scaricati sul piano del contenzioso costituzionale, in assenza di una vera e propria sede politica di confronto e di raccordo tra Stato ed enti territoriali (a parte il limitato ruolo giocato dal sistema delle Conferenze, il cui destino è quindi riaperto dalla nuova revisione costituzionale). Non a caso, fin dai primi commenti, l'assenza di una "Camera delle Regioni", in rappresentanza dei territori e delle istituzioni regionali e locali, fu stigmatizzata come una lacuna in grado di creare ulteriori problemi al già incerto regionalismo italiano.

La stessa previsione, nell'attuale art. 117 Cost., di competenze legislative spesso sovrapposte e dagli incerti confini (si pensi solo alle c.d. materie trasversali, o agli innumerevoli casi di competenza concorrente, fino al sostanziale svuotamento delle competenze residuali regionali), ha aperto la strada ad una complessa giurisprudenza del Giudice delle leggi, a volte difficile da ricondurre ad un disegno complessivo di coeren-

za, e tendenzialmente volta a colmare le lacune e i silenzi del legislatore, spesso “riportando” al centro materie generosamente riconosciute come di competenza regionale.

Non è forse un caso, allora, che sul piano del dibattito giuridico, oltre che su quello politico e istituzionale, vi sia da tempo una sostanziale unanimità nel giudicare in modo complessivamente negativo la riforma del Titolo V della Costituzione attuata dalla legge cost. n. 3/2001.

Come già sottolineato, la revisione costituzionale appena approvata dalle due Camere cerca quindi di affrontare sotto più profili il modello di Stato regionale delineato dalla Costituzione del 1948, modificato nel 2001 e “riletto” dalla stessa giurisprudenza costituzionale.

Lo fa, prima di tutto, sul piano del superamento del sistema bicamerale sostanzialmente paritario, con la previsione di un Senato quale organo che «rappresenta le istituzioni territoriali ed esercita funzioni di raccordo tra lo Stato e gli altri enti costitutivi della Repubblica» (art. 55 Cost. modificato). Come ben evidenziato da Laura Buffoni e Andrea Cardone, si tratta di una previsione particolarmente innovativa, che pone il problema di valutare se si rimanga nell'alveo della rappresentanza politica tradizionale o se ne fuoriesca, in virtù di una valorizzazione del collegamento con le istituzioni territoriali rappresentate. La scelta per il mantenimento della garanzia del libero mandato parlamentare anche nei confronti dei “nuovi” senatori (art. 67 Cost. modificato), così come del regime delle immunità (art. 68 Cost.) sembra fare propendere per la prima soluzione<sup>2</sup>, anche se non si tratterebbe più della rappresentanza politica “nazionale” (ora riservata alla sola Camera dei deputati, art. 55 Cost. modificato), ma della rappresentanza politica della “istituzioni territoriali”, anche alla luce della previsione che i Consigli regionali e delle Province autonome individuino i nuovi senatori con metodo proporzionale tra i propri componenti (oltre che, nella misura di uno per ciascuno, tra i Sindaci dei rispettivi territori) «in conformità alle scelte espresse dagli elettori per i candidati consiglieri in occasione del rinnovo dei medesimi organi» (art. 57 Cost. modificato).

---

(2) Differentemente da quanto previsto, come noto, dal modello del *Bundesrat* tedesco, che prevede la presenza di rappresentanti individuati dagli esecutivi dei *Länder*; il voto unitario per i rappresentanti di ogni singolo *Land* e l'esclusione di ogni forma di immunità.

Alla luce del rinvio alla prevista nuova legislazione elettorale, l'esatta conformazione e composizione del Senato può al momento soltanto essere immaginata, rimanendo aperte diverse possibilità di selezione del personale politico da parte delle istituzioni territoriali: molto dipenderà, infatti, dalle scelte operate dalle formazioni politiche a livello nazionale, oltre che dalla stessa classe politica regionale. Quanto il nuovo Senato sarà in grado di rappresentare, effettivamente, gli interessi delle istituzioni territoriali e quanto, invece, non si riproporranno al suo interno le medesime dinamiche di articolazione partitica presenti a livello nazionale, e rappresentate dalla nuova Camera dei deputati, è difficile allo stato immaginarlo.

Quanto alle funzioni del nuovo Senato, eletto indirettamente ed estraneo al rapporto di fiducia col Governo nazionale (artt. 55 e 94 Cost. modificati), il testo della riforma sembra valorizzarne il ruolo di Camera di confronto tra Stato e istituzioni territoriali, con particolare riferimento alle Regioni. In questo senso, come messo in evidenza da Salvatore Curreri, sembrano andare non solo gli ambiti di concorrenza all'esercizio "paritario" della funzione legislativa con la Camera dei deputati ora previsti in capo al nuovo Senato (chiara espressione di un bicameralismo differenziato e asimmetrico)<sup>3</sup>, ma anche la previsione del suo coinvolgimento in caso di adozione del decreto del Presidente della Repubblica di scioglimento del Consiglio regionale o di rimozione del Presi-

---

(3) In base all'art. 70 Cost. modificato «La funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere per le leggi di revisione della Costituzione e le altre leggi costituzionali, e soltanto per le leggi di attuazione delle disposizioni costituzionali concernenti la tutela delle minoranze linguistiche, i referendum popolari, le altre forme di consultazione di cui all'articolo 71, per le leggi che determinano l'ordinamento, la legislazione elettorale, gli organi di governo, le funzioni fondamentali dei Comuni e delle Città metropolitane e le disposizioni di principio sulle forme associative dei Comuni, per la legge che stabilisce le norme generali, le forme e i termini della partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea, per quella che determina i casi di ineleggibilità e di incompatibilità con l'ufficio di senatore di cui all'articolo 65, primo comma, e per le leggi di cui agli articoli 57, sesto comma [legge elettorale del Senato], 80, secondo periodo [leggi di autorizzazione alla ratifica dei Trattati UE], 114, terzo comma [ordinamento di Roma Capitale], 116, terzo comma [regionalismo differenziato], 117, quinto e nono comma [partecipazione di Regioni e province autonome alla formazione e attuazione del diritto UE; accordi internazionali delle Regioni], 119, sesto comma [patrimonio di Regioni ed Enti locali], 120, secondo comma [potere sostitutivo del Governo nei confronti di Regioni ed Enti locali], 122, primo comma [principi fondamentali della legislazione elettorale regionale], e 132, secondo comma [distacco-aggregazione di Comuni da una Regione ad un'altra].

dente della Regione che abbiano compiuto atti contrari alla Costituzione, gravi violazioni di legge o per motivi di sicurezza nazionale (art. 126 Cost. modificato).

Nell'ambito della determinazione e valutazione delle politiche pubbliche, poi, è previsto che esso concorra «all'esercizio delle funzioni di raccordo tra lo Stato, gli altri enti costitutivi della Repubblica e l'Unione europea» e partecipi «alle decisioni dirette alla formazione e all'attuazione degli atti normativi e delle politiche dell'Unione europea» che abbiano ricadute sui territori. Infine, si prevede che il nuovo Senato debba valutare «le politiche pubbliche e l'attività delle pubbliche amministrazioni», concorrendo a «verificare l'attuazione delle leggi dello Stato» oltre che «l'impatto delle politiche dell'Unione europea sui territori».

Anche in questo caso, come appare evidente, molto dipenderà dalla concreta attuazione del disegno di riforma costituzionale; un ruolo particolarmente importante, in questo senso, potrà eventualmente essere giocato dal nuovo Regolamento del Senato, in grado di conformare, articolare e disciplinare nel dettaglio le nuove attribuzioni della Camera alta. Tuttavia, ancora una volta, fondamentale sarà anche il maggiore o minore protagonismo dei “nuovi” senatori, in grado di interpretare in modo più o meno esteso le proprie rinnovate attribuzioni costituzionali di “raccordo” inter-istituzionale.

Il modello di “Stato regionale” italiano, tuttavia, non viene solamente inciso quanto alla sua visibile “presenza” al centro del sistema, grazie all'introduzione di una Camera di rappresentanza delle istituzioni territoriali, ma complessivamente riletto anche sul piano del più generale rapporto tra Stato e Regioni.

Ciò, in particolare, vale sul piano degli ambiti di intervento legislativo, grazie ad una profonda riscrittura dell'art. 117 Cost. Consapevole delle debolezze e delle lacune della riforma del Titolo V del 2001, con particolare riferimento alla difficile attivazione della clausola di residualità a favore delle Regioni rispetto a materie di sicuro rilievo nazionale (si pensi, solo per fare un esempio, ai lavori pubblici) e al riconoscimento alle Regioni stesse di potestà concorrente in settori altrettanto strategici di intervento (come nel caso della produzione, distribuzione e trasporto nazionale dell'energia, delle grandi reti di trasporto e di navigazione o dei porti e aeroporti civili), il legislatore di revisione ha optato

per una sostanziale “riallocazione al centro” di molti ambiti di competenza legislativa.

Nel fare questo, si è per molti aspetti codificata la giurisprudenza della Corte costituzionale degli ultimi quindici anni la quale (in assenza di un’attuazione politico-legislativa della riforma del 2001) ha fornito un’interpretazione estensiva degli ambiti di intervento legislativo statale nei confronti delle Regioni (un esempio per tutti: il coordinamento della finanza pubblica e la tutela della concorrenza). Come noto, questo è stato possibile non solo attraverso una valorizzazione delle materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato (spesso individuate come finalità da perseguire, più che veri e propri ambiti oggettivi di intervento), ma anche alla luce della difficoltà di un’esatta definizione del confine tra disposizioni di principio statali e normazione di dettaglio regionale nell’ambito delle materie di competenza concorrente.

Uno dei punti centrali della riforma è infatti l’eliminazione della potestà legislativa concorrente, con una conseguente redistribuzione delle materie dell’attuale art. 117.3 Cost. tra Stato e Regioni. Sono state quindi “riconsegnate” allo Stato materie forse frettolosamente assegnate alle Regioni nel 2001, espressione invece di interessi strategici nazionali<sup>4</sup>, mentre in relazione alla potestà legislativa regionale si è affiancata alla

---

(4) In base al nuovo art. 117.2 Cost. modificato, infatti, risultano di competenza legislativa esclusiva dello Stato: la promozione della concorrenza e il coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario (lett. *e*); norme sul procedimento amministrativo e sulla disciplina giuridica del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche tese ad assicurarne l’uniformità sul territorio nazionale (lett. *g*); disposizioni generali e comuni per la tutela della salute, per le politiche sociali e per la sicurezza alimentare (lett. *m*); disposizioni generali e comuni sull’istruzione; ordinamento scolastico; istruzione universitaria e programmazione strategica della ricerca scientifica e tecnologica (lett. *n*); previdenza sociale, ivi compresa la previdenza complementare e integrativa; tutela e sicurezza del lavoro; politiche attive del lavoro; disposizioni generali e comuni sull’istruzione e formazione professionale (lett. *o*); ordinamento, legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni e Città metropolitane; disposizioni di principio sulle forme associative dei Comuni (lett. *p*); commercio con l’estero (lett. *q*); coordinamento informativo statistico e informatico dei dati, dei processi e delle relative infrastrutture e piattaforme informatiche dell’amministrazione statale, regionale e locale (lett. *r*); tutela e valorizzazione dei beni culturali e paesaggistici; ambiente ed ecosistema; ordinamento sportivo; disposizioni generali e comuni sulle attività culturali e sul turismo (lett. *s*); ordinamento delle professioni e della comunicazione (lett. *t*); disposizioni generali e comuni sul governo del territorio; sistema nazionale e coordinamento della protezione civile (lett. *u*); produzione, trasporto e distribuzione nazionali dell’energia (lett. *v*); infrastrutture strategiche e grandi reti di trasporto e di navigazione di interesse nazionale e relative norme di sicurezza; porti e aeroporti civili, di interesse nazionale e internazionale (lett. *z*).

clausola di residualità (dimostratasi assai debole, anche alla luce della stessa giurisprudenza della Corte costituzionale) l'indicazione esplicita di specifici ambiti di competenza legislativa<sup>5</sup>.

Come sottolineato anche da Gino Scaccia, il superamento della potestà legislativa concorrente potrebbe apparire solo formale, alla luce della previsione della nuova competenza legislativa statale su «disposizioni generali e comuni» relative a diversi ambiti materiali; tuttavia, a ben vedere, tale previsione non sembra sovrapponibile alla tradizionale distinzione tra norme di principio e di dettaglio, dal momento che le disposizioni generali e comuni statali sembrano finalizzate ad introdurre una disciplina uniforme, anche di dettaglio, per garantire un'omogeneità di disciplina a livello nazionale, potendo conformare sul punto le competenze legislative regionali eventualmente insistenti sul medesimo ambito materiale. È quindi sulla qualità dell'intervento legislativo statale e regionale che sembra insistere oggi la riforma, più che sulla "quantità" o sull'estensione degli stessi: allo Stato spetta dettare una disciplina uniforme, anche di dettaglio; alle Regioni disciplinare la programmazione e la pianificazione dei relativi servizi e delle infrastrutture in ambito regionale<sup>6</sup>.

Attraverso la valorizzazione esplicita della dimensione degli interessi in gioco, infine, i nuovi rapporti legislativi tra Stato e Regione potrebbero articolarsi anche secondo un'ulteriore direttrice, come sottolineato an-

---

(5) Secondo l'art. 117.3 Cost. modificato «spetta alle Regioni la potestà legislativa in materia di rappresentanza delle minoranze linguistiche, di pianificazione del territorio regionale e mobilità al suo interno, di dotazione infrastrutturale, di programmazione e organizzazione dei servizi sanitari e sociali, di promozione dello sviluppo economico locale e organizzazione in ambito regionale dei servizi alle imprese e della formazione professionale; salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche, in materia di servizi scolastici, di promozione del diritto allo studio, anche universitario; in materia di disciplina, per quanto di interesse regionale, delle attività culturali, della promozione dei beni ambientali, culturali e paesaggistici, di valorizzazione e organizzazione regionale del turismo, di regolazione, sulla base di apposite intese concluse in ambito regionale, delle relazioni finanziarie tra gli enti territoriali della Regione per il rispetto degli obiettivi programmatici regionali e locali di finanza pubblica, nonché in ogni materia non espressamente riservata alla competenza esclusiva dello Stato».

(6) Ancora riconducibili allo schema della "vecchia" competenza legislativa concorrente sembrano, invece, essere le "disposizioni di principio sulle forme associative dei Comuni" (art. 117.2, lett. *g*, Cost. modificato), oltre che i confermati "principi fondamentali" statali in materia di legislazione elettorale regionale (art. 122.1 Cost.).

cora una volta da Gino Scaccia, potendo ricondursi alla competenza legislativa regionale tutti i profili di regolazione non “strategica” o di interesse “nazionale” (protezione civile locale, produzione, trasporto e distribuzione intraregionale dell’energia, infrastrutture, reti di trasporto e di navigazione, porti e aeroporti civili di interesse regionale), anche se in questo caso potrebbe ritenersi operante (anche se “*pro quota*”) la già prevista clausola di residualità generale.

Il superamento della rigidità del riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni sembra confermato, poi, anche dalla previsione esplicita di una sorta di clausola di “supremazia” (o, meglio, di “unità nazionale”)<sup>7</sup>, in grado di sostituire sul piano della mediazione e decisione politico-parlamentare quella sorta di succedaneo giurisdizionale e contenzioso rappresentato dalla “sussidiarietà legislativa” inaugurata a partire dalla nota sent. n. 303/2003 della Corte costituzionale. In base all’art. 117.4 Cost. modificato, infatti, «su proposta del Governo, la legge dello Stato può intervenire in materie non riservate alla legislazione esclusiva quando lo richieda la tutela dell’unità giuridica o economica della Repubblica, ovvero la tutela dell’interesse nazionale». La necessità di garantire la partecipazione e il coinvolgimento delle Regioni nel procedimento di attivazione di tale clausola di “unificazione legislativa” è alla base della previsione di un procedimento legislativo particolare, in cui la Camera dei deputati (che comunque decide in via definitiva sul punto) potrà superare le proposte di modificazione approvate dal Senato a maggioranza assoluta dei componenti solo attraverso un’analoga deliberazione a maggioranza assoluta dei componenti (art. 70.4 Cost. modificato)<sup>8</sup>.

Da ultimo, il progetto di riforma non affronta in maniera significativa la sempre più problematica specialità regionale e le ipotesi (mai attivate) di regionalismo differenziato di cui all’art. 116 Cost., le quali inve-

---

(7) Così definita da A. MORRONE, *Lo Stato regionale e l’attuazione dopo la riforma costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2016.

(8) Poco, secondo Gino Scaccia, rispetto alle garanzie procedurali individuate dalla Corte in caso di “chiamata in sussidiarietà”, circostanza che avrebbe dovuto suggerire l’estensione anche a tale caso del procedimento legislativo paritario, con un vero e proprio “potere di blocco” del nuovo Senato rispetto alla Camera dei deputati.

ce vengono potenziate ed estese ad altri settori. Il punto centrale, come noto, è quello delle risorse finanziarie effettivamente disponibili per l'efficace gestione di tali ulteriori competenze da parte delle Regioni, in un momento di crisi economica e di fronte a provvedimenti di contenimento della spesa pubblica conseguenza diretta dei vincoli di bilancio derivanti dall'UE. La questione, in realtà, sembra affiorare in merito alle ipotesi di regionalismo differenziato, in relazione alle quali il testo dell'art. 116.3 Cost. modificato subordina l'attivazione delle "nuove" competenze regionali alla circostanza che «la Regione sia in condizione di equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio», in coerenza con i principi già inseriti in Costituzione dalla legge cost. n. 1/2012 (cfr. in particolare l'art. 97.1 Cost.).

Irrisolta, invece, rimane la questione delle Regioni a Statuto speciale (e delle Province autonome), alle quali la modifica costituzionale si applicherà solo successivamente «alla revisione dei rispettivi Statuti sulla base di intese con le medesime», compreso il nuovo art. 119.4 Cost. modificato, il quale prevede che «con legge dello Stato sono definiti indicatori di riferimento di costo e fabbisogno che promuovono condizioni di efficienza nell'esercizio» delle funzioni pubbliche regionali e locali<sup>9</sup>. In ogni caso, deve essere sottolineato come una possibile leva per ridiscutere i confini della tradizionale specialità di alcune Regioni possa già (a rigore) essere rappresentata proprio dalla riforma che ha introdotto il principio dell'equilibrio di bilancio in Costituzione nel 2012, direttamente applicabile anche alle Regioni speciali e alle Province autonome<sup>10</sup>.

Una riforma ambiziosa, dunque, mossa dall'intento di colmare le lacune della revisione del Titolo V della Costituzione operata nel 2001 (a partire dall'introduzione di una Camera rappresentativa delle istituzioni territoriali) e volta correggere alcune delle sue più evidenti "stortu-

---

(9) Evidente, in questo senso, il "verso" centripeto della riforma rispetto alla precedente revisione operata dalla legge cost. n. 3/2001, il cui art. 10 (come noto) stabiliva che «sino all'adeguamento dei rispettivi statuti, le disposizioni della presente legge costituzionale si applicano anche alle Regioni a statuto speciale ed alle Province autonome di Trento e di Bolzano per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite».

(10) Vedi, in particolare, anche gli artt. 9-12 della legge di attuazione n. 243/2012. Sul punto, da ultimo, cfr. la sent. n. 88/2014 della Corte costituzionale.

re”, sviluppo sostanzialmente coerente dell’impianto regionalista della Carta del 1948 e ormai assai lontana dagli orizzonti “federalisti” dei primi anni 2000. Una riforma che sembra scommettere sugli aspetti di integrazione tra governi e territori, più che sulla loro reciproca competizione, individuando forme di raccordo tra centro e periferia di tipo politico e istituzionale, più che giurisdizionale e contenzioso. Quanto tale percorso potrà essere efficacemente svolto e portato a compimento dipende, ancora una volta, dalla volontà politica degli attori istituzionali nel darle rapida e puntuale attuazione, cercando anche di risolvere i diversi punti critici evidenziati in dottrina (e in parte ripresi anche dagli scritti ospitati dal fascicolo). Molto, dunque, dipenderà dal complesso percorso di attuazione previsto, ma soprattutto (e prima di tutto) dalla volontà popolare che si esprimerà in occasione del *referendum* del prossimo autunno.

## Riforma costituzionale e forma di governo

*Salvatore Curreri*

*L'articolo si propone di valutare gli effetti della riforma costituzionale sottoposta a referendum sulla forma di governo. A tale fine vengono criticate due tesi opposte. La prima secondo cui tali effetti sono tutto sommato limitati alla fiducia al Governo votata solo dalla Camera dei deputati, e non più anche dal Senato, trasformato in Camera di rappresentanza delle istituzioni territoriali. La seconda per cui la riforma, unitamente alla nuova legge elettorale, comporta un'eccessiva concentrazione di poteri nelle mani del Presidente del Consiglio, quale leader del partito vincente alle elezioni e come tale destinatario del premio di maggioranza. Piuttosto si propone una tesi intermedia. La riforma, da un lato, anziché introdurre elementi di razionalizzazione del sistema parlamentare, si affida (troppo ottimisticamente) al rafforzamento e alla stabilizzazione del sistema politico indotto dalla nuova legge elettorale. Dall'altro lato, si preoccupa d'introdurre nuovi contrappesi al continuum Governo-maggioranza parlamentare, sia all'interno delle istituzioni, attraverso la previsione costituzionale dello statuto delle opposizioni, sia al loro esterno, attraverso il rafforzamento degli istituti di democrazia diretta.*

### **1. Gli effetti della riforma costituzionale sulla forma di governo: tra integrati...**

Apparentemente, gli effetti dell'attuale riforma costituzionale sulla forma di governo sono limitati alla sola titolarità del rapporto di fiducia<sup>1</sup>. Infatti, a seguito della trasformazione del Senato in Camera di rappresentanza delle "istituzioni territoriali"<sup>2</sup>, e perciò ad elezione indiretta<sup>3</sup>

---

(1) Cfr. B. CARAVITA, *Riformare (finalmente) la Costituzione del '48 per salvare la Costituzione del '48*, in *federalismi.it*, 1, 2016, p. 4 ss.

(2) Conseguentemente «il Senato della Repubblica può disporre inchieste su materie di pubblico interesse» ma solo se «concernenti le autonomie territoriali» (art. 82.1 Cost.).

(3) Cfr. M. D'AMICO, *Risposte ai quesiti del Forum Diritti regionali sul disegno di legge costituzio-*

(artt. 55.5 e 57.1 Cost.)<sup>4</sup>, sarà solo la Camera dei deputati, cui è attribuita la rappresentanza politica nazionale<sup>5</sup>, ad accordare e revocare la fiducia al Governo secondo le modalità già previste dall'art. 94 Cost. Per il resto, sarà sempre il Presidente della Repubblica a nominare «il Presidente del Consiglio dei Ministri e, su proposta di questo, i Ministri» (art. 92.2 Cost.), a sciogliere la (sola) Camera dei deputati, sentito il suo Presidente (art. 88.1 Cost.) e ad indirne l'elezione (art. 87.3 Cost.). Parimenti immutati rimarranno il ruolo e le funzioni sia del Presidente della Repubblica, rappresentante dell'unità nazionale (art. 87.1 Cost.)<sup>6</sup>, sia del Presidente del Consiglio (art. 95 Cost.), il quale continuerà ad essere denominato tale anziché Primo ministro e ad avere lo stesso *status* degli altri ministri, senza poterli né nominare né revocare. In definitiva, la forma di governo rimane parlamentare e invariata resta la regolazione dei rapporti tra i vertici del triangolo istituzionale Parlamento – Governo – Presidente della Repubblica.

In effetti, a favore della tesi che tende a sminuire gli effetti della riforma sulla forma di governo milita il confronto con le ben più ampie proposte presentate il 17 settembre 2013 nella «Relazione finale della Commis-

---

*nale recante «Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del Titolo V della parte II della Costituzione»*, in *Diritti regionali*, 2, 2016, 26 gennaio 2016, p. 209.

(4) Solo per ragioni di comodità espositiva e per migliore intelligenza del lettore, si è preferito far riferimento nel testo direttamente agli articoli della Costituzione, così come sarebbero modificati se fosse approvato per *referendum* costituzionale il prossimo autunno il disegno di legge costituzionale recante *Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del Titolo V della parte II della Costituzione*, approvato da Senato e Camera in seconda lettura rispettivamente il 20 gennaio e il 12 aprile 2016.

Sulle diverse, e talora preoccupanti, criticità emerse nel corso dell'esame di tale disegno costituzionale, e ancor prima in occasione dell'approvazione della riforma della legge elettorale (l. 52/2015), si rinvia a N. LUPO, G. PICCIRILLI (a cura di), *Legge elettorale e riforma costituzionale: procedure parlamentari "sotto stress"*, Bologna, 2016.

(5) Solo «ciascun membro della Camera dei deputati rappresenta la Nazione» (art. 55.3 Cost.).

(6) L'unica riforma significativa è quella dell'art. 87.8 Cost. che attribuisce al Presidente della Repubblica la ratifica dei «trattati relativi all'appartenenza dell'Italia all'Unione europea», poiché essi, al contrario degli altri trattati internazionali, necessitano della «previa autorizzazione di entrambe le Camere», e non della sola Camera dei deputati.

sione per le riforme costituzionali<sup>7</sup> istituita dal Governo Letta<sup>8</sup>. La gran parte degli esperti chiamati a farne parte, infatti, aveva individuato nella “forma di governo parlamentare del Primo ministro”, accompagnata da una coerente legge elettorale, il punto di mediazione tra i modelli semi-presidenziale e parlamentare. In questa prospettiva, essi avevano proposto l’introduzione di ulteriori elementi di “razionalizzazione” rispetto a quelli poi ripresi dall’attuale riforma costituzionale<sup>9</sup>, e cioè: la nomina del Primo ministro da parte del Capo dello Stato sulla base dei risultati delle elezioni per la Camera dei deputati; l’approvazione da parte di quest’ultima, unica titolare del rapporto di fiducia, del programma del Primo ministro, senza più, quindi, il conferimento della fiducia all’intero Governo; l’attribuzione al Capo dello Stato del potere non solo di nomina ma anche di revoca dei ministri, su proposta del Primo ministro; il rafforzamento della supremazia di quest’ultimo nel Governo; l’introduzione della mozione di sfiducia costruttiva, sottoscritta da un quinto dei deputati e approvata a maggioranza assoluta, anche come strumento per evitare lo scioglimento richiesto (in modo vincolante) dal Primo ministro al Capo dello Stato<sup>10</sup>.

Rispetto a tali proposte, che costituivano «un’onestà e costruttiva foto-

---

(7) In COMMISSIONE PER LE RIFORME COSTITUZIONALI, *Per una democrazia migliore*, Roma, 2013, p. 57 ss.

(8) Con d.P.C.M. dell’11 giugno 2013 furono nominati membri di tale Commissione trentacinque studiosi, quasi tutti costituzionalisti, affiancati da un comitato di redazione, composto da altri sette giuristi. Da tale commissione si dimisero per ragioni di dissenso politico le professoresse Carlassare (11 luglio 2013; v. [costituzionalismo.it/notizie/597](http://costituzionalismo.it/notizie/597)) e Urbinati (22 agosto 2013). Espressione di tale radicale dissenso sono anche le aspre critiche mosse nei confronti del prof. M. Dogliani e la sua dura e secca replica nella lettera aperta a G. Zagrebelsky, A. Pace, G. Ferrara, L. Ferrajoli, R. La Valle (*Usate parole violente. Ma per fare cosa?*, in *L’Unità*, 9 ottobre 2013, 5). Parimenti critiche alla relazione della Commissione sono state mosse da G. AZZARITI, *Interrogativi minimi sulla relazione della Commissione governativa per le riforme costituzionali*, 9 ottobre 2013, in [costituzionalismo.it/notizie/612](http://costituzionalismo.it/notizie/612) e M. VILLONE, *Quei “riformisti” della Costituzione*, 11 ottobre 2013, in [costituzionalismo.it/notizie/613](http://costituzionalismo.it/notizie/613).

(9) Nella citata *Relazione finale* si prevedevano, infatti, la riserva alla sola Camera dei deputati del compito di conferire e revocare la fiducia al Governo e l’attribuzione al Governo di idonei poteri nell’ambito del procedimento legislativo per garantire tempi certi per le deliberazioni parlamentari sui disegni di legge ritenuti rilevanti ai fini dell’attuazione del suo programma.

(10) Cfr. *Relazione finale*, cit., p. 62 ss. L’attribuzione al Primo ministro del potere di proporre e ottenere dal Capo dello Stato lo scioglimento della Camera dei deputati è da valutare, ovviamente, anche in funzione deterrente nei confronti sia del suo partito che dei *partner* di una possibile coalizione di governo.

grafia di quello che può considerarsi lo stato dell'arte del riformismo istituzionale *bipartisan*<sup>11</sup>, il legislatore costituzionale ha preferito, come detto, non intervenire né sulla procedura di nomina del Governo, né sul rapporto di fiducia e sul potere di scioglimento della Camera dei deputati, rinunciando ad una più incisiva razionalizzazione del sistema parlamentare, memore forse del fatto che, a causa dei contrasti politici insorti su tale punto, si erano in passato arenati i diversi tentativi di riforma istituzionale intrapresi per chiudere la transizione istituzionale avviata con i *referendum* elettorali del 1991 e 1993<sup>12</sup>.

Siffatta interpretazione “continuista” degli effetti della riforma sulla forma di governo sembra però riduttiva, perché limitata all'analisi strutturale-formale della regolazione dei rapporti tra gli organi titolari della funzione d'indirizzo politico, trascurandone le modalità d'esercizio e, più complessivamente, le sottostanti dinamiche politiche. In tal modo, da un lato, si tendono a sminuire le conseguenze che il superamento del bicameralismo perfetto avrà non solo sul rapporto di fiducia ma anche sull'esercizio della potestà legislativa e, di conseguenza, sulla capacità del Governo, come comitato direttivo e non esecutivo della maggioranza parlamentare, di realizzare il suo indirizzo politico, tramite i necessari strumenti normativi a tal fine conferiti. Dall'altro, si riduce l'importanza dei contro-poteri delineati dentro e fuori le istituzioni, rispettivamente tramite la previsione dello statuto delle opposizioni ed il rafforzamento degli strumenti di democrazia diretta, così da mantenere il sistema nel necessario equilibrio.

## 2. (segue) ... e apocalittici

Le precisazioni appena svolte tornano utili anche perché introducono all'opposta tesi interpretativa, secondo cui l'attuale riforma costituzionale non solo inciderebbe sulla forma di governo, ma lo farebbe in misura tale da compromettere irrimediabilmente il necessario equilibrio tra poteri che essa, in uno Stato democratico, dovrebbe garantire. Sotto que-

---

(11) Cfr. C. FUSARO, *Per una storia delle riforme istituzionali (1948-2015)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2015, p. 431 ss., p. 505.

(12) Cfr. S. CECCANTI, S. VASSALLO, *Come chiudere la transizione*, Bologna, 2004.

sto profilo, le critiche mosse contro tale riforma, ancor prima che sui singoli punti, investono la sua presunta complessiva incompatibilità con i principi del costituzionalismo. Secondo i suoi critici, la riforma rafforzerebbe, infatti, il “peso” dell’Esecutivo e, al suo interno, quello del Presidente del Consiglio – “uomo solo al comando” –, realizzando un “presidenzialismo di fatto” privo degli adeguati e necessari “contrappesi”<sup>13</sup>. Tale radicale critica trae i principali motivi di forza dall’effetto congiunto della riforma costituzionale con la nuova legge elettorale della Camera (l. 52/2015, c.d. *Italicum*), entrata in vigore lo scorso 1° luglio. Quest’ultima, infatti – si osserva criticamente –, prevede l’attribuzione del premio di maggioranza alla Camera (340 seggi su 630, pari al 54% del totale) alla lista (e non più alla coalizione di liste) più votata<sup>14</sup>. Grazie a tale premio elettorale, pertanto, alla lista vincente è assicurata sempre e comunque la maggioranza non relativa (*majority reinforcing*) ma assoluta (*majority assuring*) dei seggi, sia che ottenga al primo turno almeno il 40% dei voti validi, sia che, in difetto, risulti la più votata al secondo turno di ballottaggio; secondo turno da svolgere dopo quindici giorni, e con divieto di apparentamenti, tra le due liste più votate al primo<sup>15</sup>, a prescindere dalla percentuale di voti in esso ottenuta. Di conseguenza,

---

(13) Così, ad esempio, per G. AZZARITI, *Aspetti di potere nella trasformazione della nostra forma di governo: le istituzioni di garanzia nel vuoto della politica*, in *costituzionalismo.it*, 22 luglio 2013, «è la grande regola della divisione dei poteri, la necessità che a fronte di chi esercita il potere nel pieno della propria responsabilità costituzionale, deve esservi – oltre ad una viva opposizione che controlla – chi garantisce il rispetto delle regole costituzionali. Nella distinzione dei ruoli di ciascuno. Se non si dovessero ristabilire al più presto gli equilibri della nostra forma di governo i rischi di degenerazione sono assai probabili. Ma se si vuole evitare la caduta è necessario che la politica riprenda a parlare il linguaggio della *polis*, «bisogna che, per la disposizione delle cose, il potere arresti il potere»; dello stesso v. anche l’intervista *Grave forzatura su norme incostituzionali*, in *Il Fatto quotidiano*, 29 aprile 2015. V. anche M. DOGLIANI, *È cominciata la fuoriuscita dalla democrazia*, relazione al seminario *Riforme costituzionali e qualità della democrazia*, Centro per la Riforma dello Stato, 10 aprile 2014; M. VOLPI, *Le riforme e la forma di governo*, in *rivistaic.it*, 2, 2015; G. FERRARA, *Cambia la forma di governo?*, in *fulm.org*, 13 maggio 2015; L. CARLASSARE, *Italicum, così il governo scavalca la Costituzione*, in *Il Fatto quotidiano*, 24 aprile 2015.

(14) Era questo l’obiettivo del primo e del secondo quesito dei c.d. *referendum* Segni-Guzzetta del 21-22 giugno 2009, falliti per mancato raggiungimento del *quorum*: v. G. GUZZETTA, *Italia ultima chiamata*, Milano, 2008.

(15) È nota, infatti, l’ostilità politica che il centro-destra ha sempre nutrito verso la soluzione più tradizionale, e preferibile, del doppio turno di collegio.

vi sarebbe il rischio di un premio di maggioranza eccessivamente disproporzionale, tanto maggiore quanto minore sarà la percentuale di voti ottenuta (al primo turno) dalla lista aggiudicataria. La mancata previsione di una soglia minima di voti per accedere al secondo turno di ballottaggio potrebbe, dunque, determinare uno scarto tra voti ottenuti e seggi attribuiti tale da far ritenere l'*Italicum* affetto dalle medesime cause d'illegittimità rilevate dalla Corte costituzionale nei confronti della precedente legge elettorale (l. 270/2005). Al pari di quest'ultima, infatti, essa produrrebbe «una eccessiva divaricazione tra la composizione dell'organo della rappresentanza politica, che è al centro del sistema di democrazia rappresentativa e della forma di governo parlamentare prefigurati dalla Costituzione, e la volontà dei cittadini espressa attraverso il voto, che costituisce il principale strumento di manifestazione della sovranità popolare, secondo l'art. 1, secondo comma, Cost.», determinando così «un'alterazione profonda della composizione della rappresentanza democratica sulla quale si fonda l'intera architettura dell'ordinamento costituzionale vigente» e compromettendo la «funzione rappresentativa dell'Assemblea» (C. cost. 1/2015, 3.1 cons. dir.)<sup>16</sup>.

In virtù di ciò, si sostiene che tale formula elettorale inciderebbe negativamente sulla forma di governo parlamentare. Il *leader* del partito vincente diverrebbe Presidente del Consiglio perché, ancor prima che nominato dal Presidente della Repubblica, designato (anche se non eletto) dagli elettori. Grazie al meccanismo dei capilista bloccati (in massimo

---

(16) *Ex pluris v. L. TRUCCO, Il sistema elettorale Italicum bis alla prova della sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 (atto secondo)*, in *giurcost.it*, 1, 2015, 27 aprile 2015, p. 296 ss.; M. VILLONE, *La legge 52/2015 (Italicum): da pochi voti a molti seggi*, in *costituzionalismo.it*, 1, 2015, 22 giugno 2015; A. PERTICI, *La riforma della legge elettorale in corso di approvazione, in rivistaaic.it*, Osservatorio costituzionale, febbraio 2015; V. TONDI DELLA MURA, *La fiducia e l'Italicum: dal "primato della politica" al "primato dei meccanismi elettorali"*, in *rivistaaic.it*, 22 maggio 2015. Non ha esitato a parlare di «colpo di Stato» G. FERRARA, *Un colpo di Stato consentito dall'inerzia*, in *Il Manifesto*, 28.1.2014, 3, giacché, come sancito dalla Corte costituzionale nella sentenza 1/2014 (3.1 cons. dir.), «il principio costituzionale di eguaglianza del voto (...) esige che l'esercizio dell'elettorato attivo avvenga in condizione di parità», in quanto «ciascun voto contribuisce potenzialmente e con pari efficacia alla formazione degli organi elettivi» (sentenza n. 43 del 1961), omettendone però nella citazione il prosieguo: «ma non si estende [...] al risultato concreto della manifestazione di volontà dell'elettore [...] che dipende [...] esclusivamente dal sistema che il legislatore ordinario, non avendo la Costituzione disposto al riguardo, ha adottato per le elezioni politiche e amministrative, in relazione alle mutevoli esigenze che si ricollegano alle consultazioni popolari».

dieci circoscrizioni), egli potrebbe assicurare l'elezione dei suoi fedelissimi, controllando così il gruppo parlamentare e, con esso, gli organi direttivi del partito. Infine, grazie al premio elettorale, il partito vincente alle elezioni disporrebbe di una maggioranza così ampia da poter non solo approvare alla Camera i provvedimenti voluti ma financo – profittando della netta prevalenza numerica nel Parlamento in seduta comune dei deputati (630) sui senatori (100)<sup>17</sup> – di determinare<sup>18</sup>: l'elezione (art. 83.1 Cost.)<sup>19</sup> e la messa in stato di accusa (art. 90.2 Cost.) del Capo dello Stato; l'elezione di un terzo dei membri del Consiglio superiore della magistratura (art. 104.4 Cost.)<sup>20</sup> e dei sedici giudici aggregati della Corte costituzionale (art. 135.7 Cost.)<sup>21</sup>.

---

(17) Inclusi i cinque – e non più di cinque, inclusi gli attuali (art. 40.5 *Disposizioni finali* del disegno di legge costituzionale) – senatori di nomina presidenziale, che restano in carica non più a vita ma per sette anni, senza rinnovo (art. 59.2 Cost.). Ad essi vanno aggiunti gli ex Presidenti della Repubblica (art. 59.1 Cost.).

Tale prevalenza numerica della Camera politica su quella territoriale è un dato comune all'esperienza comparata europea: in Germania il *Bundestag* è composto da 603 deputati, il *Bundesrat* da 69; in Austria Consiglio nazionale e Consiglio federale sono composti rispettivamente da 183 e 62 membri; in Spagna il Congresso è composto da 340 deputati, il Senato da 264, di cui però appena 56 sono i senatori designati dalle Comunità autonome.

(18) Cfr. G. ZAGREBELSKY (intervista a), *“Io dico no: questa riforma segna il passaggio dalla democrazia al potere dell'oligarchia”*, in *La Repubblica*, 13.1.2016.

(19) V. *infra*, p. 28.

(20) T.E. FROSINI, *Risposte ai quesiti del Forum Diritti regionali*, cit., 1° gennaio 2016, p. 142 critica l'asimmetria tra l'elezione separata dei giudici costituzionali (v. *infra*, nota 21) e quella, a Camere riunite, dei membri del C.S.M. Qualunque altra soluzione, però, sarebbe stata forse peggiore: sia quella di procedere ad elezioni separate, non dovendo certo tali membri laici esprimere sensibilità territoriali; sia quella di attribuire tale compito esclusivamente alla Camera dei deputati, potendo la presenza dei senatori allargare la base elettiva e così stemperare il rischio di un eccessivo monopolio da parte della maggioranza.

(21) Il testo originario della riforma confermava l'elezione da parte del Parlamento in seduta comune anche dei cinque giudici costituzionali (art. 135.1 Cost.), ma il Senato, in terza lettura (13 ottobre 2015), modificando il testo trasmesso dalla Camera in seconda lettura (10 marzo 2015), ha ribadito l'orientamento, già emerso in prima lettura (8 agosto 2014), secondo cui tali giudici dovevano essere eletti non dal Parlamento in seduta comune ma «tre dalla Camera dei deputati e due dal Senato della Repubblica». Tale previsione è evidentemente ispirata all'esigenza – propria degli Stati federali (v. artt. 94 G.G. Germania e 147.2 Cost. Austria), ma presente anche in quelli regionali (v. art. 159.1 Cost. Spagna) – di fare in modo che la composizione della Corte sia mista, con giudici eletti sia dalla Camera politica che dalla Camera di rappresentanza territoriale. Si dice spesso, ed è verissimo, che i giudici eletti dal Senato non per questo sono chiamati a rappresentare all'interno della Corte le ragioni delle istituzioni territoriali. Ma è pur vero che le definizioni più sfumate proposte per spiegare la loro modalità di elezione (sensibilità, at-

In definitiva, la nuova legge elettorale innescherebbe nel sistema di governo tutta una serie di conseguenze – la trasformazione alla Camera, grazie al premio elettorale, della maggiore minoranza in maggioranza, guidata da un Presidente del Consiglio indirettamente eletto, in grado così di comandare senza alcun controllo – che l'attuale riforma costituzionale, anziché contrastare, amplificherebbe, provocando così un'inaccettabile "deriva autoritaria".

Tale critica muove dall'esatto presupposto metodologico per cui la valutazione degli effetti della riforma costituzionale sulla forma di governo non debba essere circoscritta, come detto, solo all'analisi strutturale della regolazione formale dei rapporti tra gli organi titolari della funzione d'indirizzo politico, ma debba estendersi anche alle modalità d'esercizio di tale funzione, nonché all'interazione di tale regolazione con il sottostante sistema politico ed ai fattori che ne influenzano il funzionamento, primo fra tutti il sistema elettorale. Per questo tale critica va confutata nei suoi singoli argomenti ricostruttivi. Solo, infatti, prendendo in considerazione le singole "tessere del mosaico" è possibile verificare se l'immagine risultante sia così allarmante come si sostiene. Tale analisi torna utile ai fini della presente indagine perché consente di valutare i singoli punti della riforma elettorale e costituzionale nell'orizzonte più vasto dei loro complessivi effetti sulla forma di governo, così da verificare se e in che misura al rafforzamento del Governo e dei suoi strumenti corrisponda effettivamente un affievolimento dei relativi limiti e, più in generale, un indebolimento degli strumenti di garanzia.

### *3. Riforma elettorale e forma di governo*

Le opposte critiche al disegno di riforma costituzionale, accusato ora di non aver adeguatamente razionalizzato la forma di governo parlamentare, ora, all'opposto, di averne alterato l'intrinseco equilibrio, finiscono rispettivamente per sottovalutare o esagerare gli effetti della nuova

---

tenzione per le tematiche dei territori) potrebbe essere solo un velo steso su una realtà che, almeno nelle intenzioni degli elettori, vorrebbe i futuri giudici costituzionali, in un'ottica di collegio arbitrale, se non patrocinare, quantomeno farsi interpreti delle istanze regionali; sul punto v. le condivisibili considerazioni di Q. CAMERLENGO, *Principi di risposte a questioni di principio: otto quesiti sulla riforma costituzionale*, 22 gennaio 2016, in *Diritti regionali*, 2, 2016, p. 181 ss.

legge elettorale. Essi, invece, vanno valutati tenendo conto che la legge elettorale, se non in grado, per sua natura, di garantire la stabilità di governo, non è nemmeno a tal fine irrilevante<sup>22</sup>.

In quest'ottica, la scelta del legislatore costituzionale di non razionalizzare ulteriormente la forma di governo parlamentare è dovuta presumibilmente, oltretutto al timore di ancor più veementi accuse di "golpismo" istituzionale, alla convinzione che gli effetti bipolarizzanti indotti nel sistema politico-parlamentare dall'approvazione della nuova legge elettorale per la Camera dei deputati dovrebbero già di per sé produrre nel sistema istituzionale un rafforzamento della posizione del Presidente del Consiglio, quale *leader* del partito vincitore delle elezioni politiche<sup>23</sup>. Il che spiega perché «l'esigenza di coesione» della maggioranza di Governo si sia spostata dal piano istituzionale, con le proposte formulate come visto dalla "Commissione Letta", a quello elettorale, con la scelta di una competizione «fra liste e non più tra coalizioni»<sup>24</sup>. Tale convinzione, non nuova perché ispiratrice dei *referendum* elettorali del 1991 e del 1993, potrebbe però, ora come allora, rivelarsi ottimistica, soprattutto in mancanza di partiti forti in grado di supplire alla debolezza delle istituzioni.

In tal senso, quanti hanno sempre visto con diffidenza ogni tentativo d'ingabbiare entro schemi giuridici predefiniti le dinamiche politiche dovrebbero apprezzare la scelta del legislatore costituzionale di non aver voluto irrigidire il sistema parlamentare "a schema aperto" delineato dalla nostra Costituzione, privandolo della sua congenita capaci-

---

(22) Il fatto dunque che la governabilità dipenda dalla omogeneità, compattezza e tenuta politica della maggioranza nel corso della legislatura non rende di per sé le leggi elettorali a tal fine inidonee (v. E. Rossi, *Storia di un "falso"? L'Italicum e la "governabilità"*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2015, p. 748 ss.) perché, al contrario, esse possono determinare o meno i presupposti perché tali condizioni politiche si verifichino; condizioni, peraltro, che nessuno strumento giuridico – non solo elettorale, ma anche istituzionale o parlamentare – è in grado di per sé di assicurare. In definitiva, il fatto che la legge elettorale non possa garantire quella governabilità che da essa si pretende non rende di per sé irragionevoli le soluzioni che ad essa tendono.

(23) Così, ad esempio, anche se invariato resta il potere di scioglimento della Camera da parte del Presidente della Repubblica, è ovvio che il Presidente del Consiglio potrebbe di fatto determinarlo se il gruppo parlamentare del suo partito aderisse alla sua richiesta di negare la disponibilità ad appoggiare un altro esecutivo.

(24) S. CECCANTI, *La transizione è (quasi) finita*, Torino, 2016, XV.

tà di funzionare in presenza di contesti politici diversi, adattandosi alle mutate circostanze che possono pur prodursi nell'arco di una legislatura. Infatti, il modello parlamentare ad investitura indiretta del Presidente del Consiglio consente all'elettore di scegliere di fatto chi debba governare, senza però introdurre quegli automatismi – presenti ad esempio nella variante neo-parlamentare ad elezione diretta del capo dell'esecutivo, vigente a livello regionale e comunale – che renderebbero il sistema poco flessibile. L'esperienza costituzionale degli ultimi anni dimostra, invece, quanto tale flessibilità sia opportuna quando si tratti di gestire situazioni di particolare complessità politica o gravi emergenze internazionali, in cui i poteri del Presidente della Repubblica sono destinati a riespandersi per verificare se esistono margini di mediazione tra le forze politiche che consentano di evitare lo scioglimento anticipato delle Camere<sup>25</sup>.

Peraltro, tali situazioni di crisi – e veniamo qui alla critica degli argomenti mossi contro l'attuale legge elettorale – non possono certo escludersi nel futuro. Ciò non solo perché, ovviamente, la *premiership* del Presidente del Consiglio dipende dalla *leadership* del partito, per cui perdendo la seconda si perde anche la prima (come accadde alla Thatcher nel 1990), ma anche in virtù del fatto che l'entità del premio di maggioranza è tale – appena 24 deputati in più rispetto alla maggioranza assoluta di 316 – da poter essere facilmente erosa. Senza per questo azzardare previsioni, non può certo escludersi il peso politico determinante che, ai fini della formazione e della permanenza del Governo, potrebbero avere le minoranze, sia interne che esterne al partito di maggioranza.

Ed in effetti, delle due l'una: o, non potendosi più creare coalizioni di liste, si formerà un'unica lista di coalizione, in cui, per aggiudicarsi il premio di maggioranza, confluiranno i candidati di partiti così alleatisi;

---

(25) Sostenere (da ultimo v. M. ANIS, *Una riforma incompiuta su ruoli e poteri*, in *Corriere della sera*, 14.1.2016, p. 1-26), che la riforma elettorale ridurrebbe il ruolo di garanzia del Capo dello Stato, privandolo di fatto dei poteri di nomina del Presidente del Consiglio e di scioglimento della Camera, presuppone una sopravvalutazione del ruolo politico del Capo dello Stato, i cui poteri, in una democrazia parlamentare, sono destinati ad ampliarsi o ridursi in modo inversamente proporzionale alla capacità delle forze politiche di dar vita a maggioranze parlamentari solide e coese.

costoro, però, una volta eletti, potrebbero costituire gruppi parlamentari separati, grazie alla disallineata normativa regolamentare oggi esistente, per poter rivendicare nella coalizione di Governo la propria identità politica e, con essa, un peso politico maggiore della effettiva consistenza numerica (la c.d. “pari dignità”, eredità della c.d. Prima Repubblica). Oppure, in caso di lista di partito, qualunque minoranza interna che possa contare su appena 24 deputati sui 340 del premio sarà in grado di impedire il raggiungimento della maggioranza assoluta<sup>26</sup>. In ogni caso, quindi, che si tratti di una coalizione *tra partiti* o divisioni *nel partito*, i 24 seggi in più rispetto alla maggioranza assoluta dei deputati che la legge elettorale garantisce (ad inizio legislatura) alla lista più votata non consentono di escludere in radice la necessità di trovare accordi politici rispettivamente all'esterno o all'interno del partito. Quanto tale ipotesi non sia inverosimile lo dimostra, peraltro, l'alto tasso d'instabilità che ancora caratterizza il nostro sistema politico, come l'esteso e permanente fenomeno del *transfughismo* parlamentare purtroppo conferma. In definitiva, il combinato disposto tra riforma costituzionale e legge elettorale produce una razionalizzazione massima del Governo in entrata, assicurando la maggioranza alla lista vincente nell'unica Camera politica, ma non lo protegge in corso di legislatura, giacché la maggioranza monolista di 24 seggi non viene tutelata né con il potere di scioglimento né con la mozione costruttiva a maggioranza assoluta. Si tratta, quindi, d'un passaggio in sé necessario, ma non sufficiente.

Questa osservazione consente di confutare la precedente tesi per cui la previsione del premio di maggioranza e quella dei capilista eletti con il voto bloccato determinerebbero una Camera dei deputati asservita ai voleri del Presidente del Consiglio. Innanzi tutto, fin dalla XIII legislatura i dati smentiscono la tesi per cui i parlamentari elet-

---

(26) Pur non potendo in questa sede analizzare nello specifico le diverse modalità e dinamiche infrapartitiche all'atto della selezione delle candidature, va comunque rilevato come le minoranze interne al partito di maggioranza potranno contare su ampi spazi di rappresentanza parlamentare, sia attraverso la rivendicazione di una parte dei cento capolista eletti con voto bloccato, sia facendo leva sul voto di preferenza previsto per l'elezione dei restanti 240 deputati (i quali potrebbero peraltro essere paradossalmente di più se molte saranno le pluricandidature dei suddetti capolista: v. R. D'ALIMONTE, *I candidati plurimi e le preferenze*, in “Il Sole-24 Ore”, 17 gennaio 2015).

ti in liste bloccate (per il 25% con il *Mattarellum*, interamente con la l. 270/2005) siano più fedeli agli organi direttivi del partito rispetto a quelli eletti nei collegi uninominali o con il voto di preferenza, tendenzialmente più indisciplinati in forza del consenso elettorale direttamente ricevuto sulla loro persona dagli elettori. In realtà, i numeri dimostrano che le cause della mobilità parlamentare dipendono non dalle modalità di elezione ma da ragioni politiche di natura personale, ispirate ad una malintesa interpretazione della libertà di mandato, oppure dalle fibrillazioni che determinano una continua scomposizione e ricomposizione del quadro politico, ancora lungi da un definitivo consolidamento, soprattutto a causa della nascita, ascesa e scomparsa di partiti personali. Peraltro, anche a voler ritenere fondata la tesi per cui il rapporto diretto tra elettori ed eletto contribuisce alla libertà di mandato di quest'ultimo, va osservato che il nuovo sistema elettorale rafforza il radicamento territoriale dei deputati eletti, sia perché accorcia le liste elettorali (con un minimo di tre ed un massimo di nove candidati) e reintroduce il voto di preferenza, sia perché buona parte dei 278 seggi non attribuiti alla maggioranza saranno assegnati ai capolista bloccati, i quali in questo senso agli occhi dell'elettorato potrebbero assimilarsi ai candidati dei collegi uninominali.

Parimenti confutabile pare la tesi per cui l'attuale legge elettorale della Camera, al pari della precedente, sarebbe incostituzionale perché, non fissando alcuna percentuale minima per l'attribuzione del premio di maggioranza, consentirebbe alla lista che ha ottenuto (al primo turno) una minoranza di voti di conquistare (al secondo turno) la maggioranza assoluta dei seggi. A parte il riflesso, quasi pavloviano, di trasformare le obiezioni politiche in (pretesi) vizi d'incostituzionalità (giacché si dovrebbe per coerenza individuare e dimostrare quale sia la soglia al di sotto della quale l'assegnazione del premio elettorale provocherebbe una eccessiva e, quindi, irragionevole e incostituzionale disproporzionalità)<sup>27</sup>, tale tesi finisce, in definitiva, per sottovaluta-

---

(27) In realtà, pare impossibile rispondere con esattezza alla domanda di quale sia la disproporzionalità costituzionalmente accettabile tra voti e seggi, giacché le nozioni di ragionevolezza e uguaglianza di voti "in uscita" sono per loro natura indeterminabili, tant'è che la Corte costituzionale, nella sentenza 1/2014, le ha richiamate per censurare *in negativo* la mancanza di una soglia minima nel precedente sistema a turno unico, ma non per fissarle *in positivo*; v. P.A. Ca-

re l'importanza del doppio turno ai fini dell'attribuzione del premio di maggioranza<sup>28</sup>. Esso, infatti, è assegnato alla Camera dei deputati alla lista elettorale più votata che ha ottenuto al primo turno almeno il 40% dei suffragi (con un premio elettorale contenuto quindi al massimo nel 14% dei seggi), oppure che ha vinto il secondo turno di ballottaggio. In quest'ultima ipotesi, la differenza tra voti e seggi può ritenersi eccessiva, e quindi incostituzionale, solo se, in modo metodologicamente non corretto, si riferisce il premio elettorale di maggioranza alla percentuale di voti che la lista vincente al ballottaggio ha ottenuto al primo turno. È, invece, la vittoria elettorale del secondo turno, e non la percentuale di voti raggiunta nel primo, che legittima sotto il profilo non solo politico ma anche costituzionale l'attribuzione del premio di maggioranza. In tal senso un'autorevole conferma potrebbe trarsi dalla sentenza della Corte costituzionale n. 275/2014<sup>29</sup>, con cui è stata dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata contro la legge elettorale trentina per i Comuni con più di 3 mila abitanti nella parte in cui non subordinava l'attribuzione del premio di maggioranza al secondo turno al raggiungimento di una soglia minima di voti al primo. Pur con la dovuta prudenza dinanzi a fattispecie diverse, trattandosi in tal caso di elezioni amministrative, va notato che in quell'occasione la Corte ha voluto evidenziare come «le votazioni al primo e al secondo turno non sono comparabili ai fini dell'attribuzione del premio», il cui «meccanismo di attribuzione (...) e la conseguente alterazione della rappresentanza non sono pertanto irragionevoli, ma sono funzionali alle esigenze di governabilità dell'ente locale, che nel turno di ballottaggio vengono più fortemente in rilievo» (3.2 cons. dir.).

La previsione di un secondo turno elettorale di ballottaggio consente,

---

POTOSTI, *Ma il Paese non ha cultura bipartitica*, in *Il Messaggero*, 21 gennaio 2014, p. 1.

(28) Più in generale, a difesa della non incostituzionalità della legge, v. A. BARBERA, *La nuova legge elettorale e la "forma di governo" parlamentare*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2015, p. 645 ss.; C. FUSARO, *Le critiche al ballottaggio dell'Italicum o del rifiuto di rafforzare la governabilità per via elettorale attraverso il premio alla lista*, in *Forum di Quaderni costituzionali. Rassegna*, 6, in *forumcostituzionale.it*, 18 giugno 2015.

(29) Cfr. L. TRUCCO, *Materia elettorale: la Corte costituzionale tiene ancora la regia, anche se cambia la trama del film*, (riflessioni a margine della sent. n. 275 del 2014), in *Rassegna parlamentare*, 1, 2015, p. 171 ss.

quindi, di dare legittimazione democratica al premio elettorale di maggioranza, senza cadere nell'eccessiva disproportionalità censurata dalla Corte costituzionale. Esso, inoltre, consente di evitare la conseguenza della ripartizione proporzionale dei seggi qualora nessuna lista riesca a raggiungere la percentuale minima di voti che, secondo taluni, la Costituzione esigerebbe per attribuire il premio elettorale di maggioranza<sup>30</sup>, rinunciando quindi completamente all'obiettivo «costituzionalmente legittimo (...) di garantire la stabilità del Governo del Paese e di rendere più rapido il processo decisionale» (C. cost. 1/2014, 3.1 cons. dir.), invece perseguito dall'*Italicum*, che cerca di conciliare rappresentanza e governabilità<sup>31</sup>. Obiettivo che giustifica la rideterminazione dell'attribuzione dei seggi, fintantoché non produce una «eccessiva divaricazione» rispetto ai voti ottenuti<sup>32</sup> e che, peraltro, appare tanto più importante perseguire in un sistema politico instabile e frammentato, altrimenti condannato ad innaturali quanto disomogenee “grandi coalizioni” tra forze politiche presentatesi agli elettori come alternative.

Né, infine, risponde al vero l'accusa per cui, grazie al premio elettorale di maggioranza, questa potrebbe controllare gli organi di garanzia. Per quanto riguarda l'elezione da parte del Parlamento in seduta comune del Presidente della Repubblica – ma considerazioni analoghe possono svolgersi anche per quella dei giudici costituzionali e dei membri c.d. “laici” del Consiglio superiore della magistratura<sup>33</sup> –, l'art. 83.2 Cost. (ex art. 83.3) mantiene la maggioranza dei due terzi nei primi tre

---

(30) V. *supra*, nota 27.

(31) V. *supra*, nota 22; T.E. FROSINI, *Rappresentanza + Governabilità = Italicum*, in *confronto-costituzionali.eu*, 12 maggio 2015; A. MANZELLA, *L'Italicum viaggia sui binari della Corte*, in *La Repubblica*, 30 gennaio 2014, p. 1.

(32) Che il principio costituzionale di eguaglianza del voto attenga alla sua titolarità ma non si estende al suo esito, così da imporre una formula proporzionale, è affermazione costante della giurisprudenza costituzionale, da ultimo ribadita nella sentenza n. 1/2014 (3.1 cons. dir.) (v. *supra*, nota 16).

(33) Per eleggere i cinque giudici costituzionali di nomina parlamentare (rispettivamente tre per la Camera dei deputati e due per il Senato: art. 135.1 Cost.) occorre la maggioranza dei componenti: dei due terzi nei primi tre scrutini, dei tre quinti dal quarto (art. 3 l. cost. 2/1967 che ha abrogato l'art. 3 l. 87/1953 che richiedeva dal terzo scrutinio i tre quinti dei votanti). Maggioranza sempre dei tre quinti è richiesta per l'elezione dei membri del Consiglio superiore della magistratura: dei componenti nei primi due scrutini, dei votanti dal terzo (art. 22 l. 195/1958).

scrutini e sostituisce l'attuale maggioranza assoluta richiesta dal quarto scrutinio con la maggioranza dei tre quinti: degli aventi diritto dal quarto al sesto, dei votanti dal settimo<sup>34</sup>. Nella prima ipotesi, basterebbe saper far di conto per comprendere che, per raggiungere la maggioranza dei tre quinti degli aventi diritto (438 su 730) – superiore all'attuale maggioranza assoluta – a favore del candidato Presidente della Repubblica dovrebbero votare (per di più a scrutinio segreto) non solo tutti i 340 deputati eletti con la lista aggiudicataria del premio di maggioranza – più, ipotizziamo, 6 dei 12 deputati della circoscrizione estero – ma anche la quasi unanimità (92 su 100) dei senatori, eletti peraltro con “metodo proporzionale” (art. 57.2 Cost.). Il che è alquanto irrealistico! Né a conclusioni diverse pare possa pervenirsi nella seconda ipotesi, quando, come detto, dal settimo scrutinio è richiesta la maggioranza dei tre quinti dei votanti. In circostanze così solenni, come l'elezione del Capo dello Stato, in cui i parlamentari, anche quando in precarie condizioni di salute o in avanzata età, come i senatori a vita, tendono comunque ad essere presenti, pare evidente che il Presidente possa essere eletto con i soli voti del partito di maggioranza – sempreché ovviamente sia presente il numero legale, cioè la maggioranza degli aventi diritto<sup>35</sup> – solo se una significativa parte dei parlamentari dell'opposizione, per scelta politica, decidesse di non votare, abbassando di conseguenza il *quorum* funzionale. Così, ad esempio, nell'ipotesi, già comunque un po' forzata, in cui il partito di maggioranza possa contare su 411 voti (i 340 del premio alla Camera, più 6 deputati eletti all'estero e 65 senatori), questi sarebbero in grado di raggiungere la maggioranza dei tre quinti dei votanti solo se al voto partecipassero non più di 685 parlamentari ( $685 : 5 \times 3 = 411$ ). Ciò significa che dovrebbero astener-

---

(34) Tale soluzione è stata preferita ad altre che avrebbero finito per politicizzare ulteriormente la carica presidenziale, snaturandone il ruolo *super partes*, come la sua elezione diretta, proposta dal capogruppo di Forza Italia alla Camera Romani, o il ricorso al ballottaggio proposto da L. VIOLANTE (intervista a), *Elezione diretta, la minoranza dem sbaglia*, in *Il Sole-24 Ore*, 8.9.2015, p. 10.

(35) L'elezione è comunque una deliberazione parlamentare, soggetta alla sussistenza del numero legale. Non è, pertanto, accoglibile la tesi secondo cui, poiché l'art. 64.3 Cost. riferisce la necessità del numero legale alle sole deliberazioni, si potrebbe ugualmente procedere ad elezioni anche in sua assenza.

si dal voto (anche come presenti non votanti) almeno 45 parlamentari non della maggioranza, il cui candidato essi in tal modo sostanzialmente avallerebbero. In definitiva, perché il numero dei votanti sia inferiore a quello degli aventi diritto è necessario che una parte dell'opposizione non voti. Il rischio è, invece, esattamente opposto, e cioè che tale strategia astensionistica da parte delle opposizioni, anziché favorire il candidato della maggioranza alla Presidenza della Repubblica, miri piuttosto a delegittimarne in partenza il ruolo di rappresentante dell'unità nazionale (art. 87.1 Cost.). Per evitare tale possibile conseguenza, sarebbe stato opportuno stabilire che i tre quinti dei votanti non avrebbero dovuto essere comunque inferiori a 366 voti, cioè pari alla maggioranza assoluta del collegio elettorale<sup>36</sup>.

In ogni caso, i dubbi di quanti ritengono l'*Italicum* incostituzionale potranno trovare immediata risposta grazie al giudizio preventivo di costituzionalità previsto dall'art. 39.11 d.d.l. In base ad esso, almeno un quarto dei deputati o un terzo dei senatori possono presentare ricorso motivato sulla legittimità della vigente legge elettorale della Camera e di quella (futura: art. 57.6 Cost.) del Senato alla Corte costituzionale, la quale dovrà pronunciarsi entro trenta giorni<sup>37</sup>. In tal modo si è voluto evitare che, com'è accaduto per la l. 270/2005, una legge elettorale incostituzionale possa rimanere in vigore solo per le difficoltà di sottoporla al giudizio della Corte costituzionale, inducendo quest'ultima a ritenere, con buona dose di creatività, ammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata nel corso di un giudizio evidentemente fittizio pur di non lasciare zone franche al suo sindacato<sup>38</sup>. Da questo punto di vista, le esigenze di garanzia che hanno ispirato tale disposizione in una materia così importante come la legge elettorale giustificano pienamente il controllo di

---

(36) Cfr. R. D'ALMONTE, *Il rischio di un capo dello Stato «scelto» da chi vince le elezioni*, in *Il Sole-24 Ore*, 20.9.2015, p. 15.

(37) Sui diversi problemi applicativi v. F. DAL CANTO, *Corte costituzionale e giudizio preventivo sulle leggi elettorali*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2016, p. 39 ss.

(38) Cfr. A. ANZON DEMMIG, *Accesso al giudizio di costituzionalità e intervento "creativo" della Corte costituzionale*, in *rivistaic.it*, 2, 2014, 4.4.2014; B. CARAVITA, *La riforma elettorale alla luce della sent. 1/2014*, in *federalismi.it*, 2, 2014, 17.1.2014, p. 2; R. ROMBOLI, *La costituzionalità della legge elettorale 270/05: la Cassazione introduce, in via giurisprudenziale, un ricorso quasi diretto alla Corte costituzionale?*, in *Foro It.*, 2013, I, p. 1836 ss.

retto preventivo di costituzionalità ad essa unicamente riservato<sup>39</sup>. Anzi, simile controllo, in un quadro di maggiori contrappesi, si sarebbe potuto estendere ad altre leggi parimenti rilevanti, specie quelle in materia di diritti fondamentali, sulla scorta di quanto altrove previsto (v. artt. 93 G.G. Germania, 144.1 Cost. Austria, 161.1.b) Cost. Spagna).

#### 4. *Il ruolo del nuovo Senato*

Come accennato, uno dei maggiori motivi di critica nei confronti del progetto di riforma istituzionale riguarda il ruolo nella forma di governo del nuovo Senato, organo di rappresentanza delle istituzioni territoriali, eletto indirettamente e privato del potere fiduciario, attribuito in esclusiva alla Camera dei deputati (artt. 55.4 e 94 Cost.) e titolare, rispetto ad essa, di un potere legislativo prevalentemente asimmetrico<sup>40</sup>. In tal modo, secondo i critici della riforma, il Senato scadrebbe a «ente superfluo»<sup>41</sup> perché privato del suo essenziale ruolo di contrappeso rispetto alla Camera, in cui al contrario si concentrerebbe tutto il potere politico<sup>42</sup>.

---

(39) Criticano invece tale regime speciale A. PERTICI, *La riforma della legge elettorale in corso di approvazione*, in *rivistaaic.it* Osservatorio costituzionale, febbraio 2015; T.E. FROSINI, *Risposte*, cit., p. 138 ss.

(40) Ai sensi dell'art. 70.3 Cost., infatti, il Senato della Repubblica, su richiesta di un terzo dei suoi componenti, può disporre di procedere all'esame di qualunque disegno di legge entro dieci giorni dall'approvazione della Camera dei deputati, la quale si pronuncia in via definitiva sulle modifiche introdotte nei successivi trenta giorni (ridotti a quindici per la legge di bilancio e di rendiconto consuntivo: art. 70.5 Cost). Nel caso di «disegni di legge di conversione dei decreti» legge, la Camera deve trasmetterli al Senato entro quaranta giorni dalla presentazione se quest'ultimo ne richiede l'esame entro trenta giorni sempre dalla presentazione. Il Senato, entro dieci giorni dalla data di trasmissione, può introdurre modifiche, sottoposte alla Camera a norma del terzo e quarto comma dell'art. 70 Cost. (art. 77.6 Cost.). Sulla particolare procedura asimmetrica prevista per le leggi attuative dell'art. 117.4 Cost. v. *infra*, nota 43.

Infine, il Senato «può, con deliberazione adottata a maggioranza assoluta dei suoi componenti, richiedere alla Camera dei deputati di procedere all'esame di un disegno di legge. In tal caso, la Camera dei deputati procede all'esame e si pronuncia entro il termine di sei mesi dalla data della deliberazione del Senato della Repubblica» (art. 71.2 Cost.).

(41) COSÌ C. CHIMENTI, *Il bicameralismo fra le riforme costituzionali*, in *Nomos*, 3, 2015, p. 3.

(42) Va ricordato, al riguardo, che la Camera dei deputati, in via esclusiva: «delibera a maggioranza assoluta lo stato di guerra e conferisce al Governo i poteri necessari» (art. 78 Cost.); concede l'amnistia e l'indulto «con legge deliberata a maggioranza dei due terzi dei componenti (...) in ogni suo articolo e nella votazione finale» (art. 79.1 Cost.); «autorizza con legge la ratifica dei trattati internazionali che sono di natura politica, o prevedono arbitrati o regolamenti giu-

Esulando per un momento dal tema della forma di governo, si potrebbe già replicare che la trasformazione del Senato in organo di rappresentanza non delle comunità ma delle istituzioni territoriali costituisce il tassello mancante della riforma del Titolo V del 2001. Il Senato sarà, dunque, il luogo istituzionale in cui Stato e Regioni possono confrontarsi, senza scaricare i loro contrasti, come finora accaduto, specie circa la delimitazione delle rispettive competenze legislative, sulla Corte costituzionale, chiamata così a svolgere un ruolo non richiesto e non gradito. In tale direzione, il Senato sarà chiamato a concorrere «all'esercizio della funzione legislativa» (art. 55.5 Cost.) specie in materia di rapporti tra Stato e Regioni<sup>43</sup>. Inoltre spetterà ad esso la formulazione del parere (finora di competenza della Commissione parlamentare per le questioni regionali) sul decreto del Presidente della Repubblica con cui sono disposti lo scioglimento anticipato del Consiglio regionale e la rimozione del Presidente della Giunta (art. 126.1 Cost.). Sotto questo profilo, le attribu-

---

diziari, o importano variazioni del territorio od oneri alle finanze o modificazioni di leggi» (art. 80.1 Cost.); autorizza la sottoposizione alla giurisdizione ordinaria del Presidente del Consiglio dei Ministri e dei Ministri, anche se cessati dalla carica, «per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni» (art. 96 Cost.).

(43) Ai sensi dell'art. 70.1 Cost., necessitano, infatti, dell'approvazione paritaria di entrambe le Camere le leggi di cui agli articoli: 114, terzo comma [legge che disciplina l'ordinamento di Roma capitale], 116, terzo comma [attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia ad altra regione ordinaria, sulla base di intesa tra quest'ultima e lo Stato], 117, quinto [legge che disciplina le procedure per l'attuazione e l'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'UE da parte delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano e le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di loro inadempienza] e nono comma [disciplina dei casi e delle forme con cui le regioni, nelle materie di loro competenza, possono concludere accordi con Stati e intese con enti territoriali interni ad altro Stato], 119, sesto comma [legge sui principi generali per l'attribuzione del loro patrimonio a Comuni, Città metropolitane e Regioni], 120, secondo comma [legge sulle procedure d'esercizio dei poteri sostitutivi da parte del Governo], 122, primo comma [legge sui principi fondamentali sul sistema elettorale regionale e per promuovere l'equilibrio tra donne e uomini nella rappresentanza] e 132, secondo comma [legge sul trasferimento di un Comune da una Regione ad un'altra].

Al contrario, ai sensi dell'art. 70.4 Cost., le leggi statali approvate dalla Camera dei deputati che danno attuazione all'art. 117.4 Cost., cioè quelle con cui lo Stato interviene «in materie non riservate alla legislazione esclusiva quando lo richieda la tutela dell'unità giuridica o economica della Repubblica, ovvero la tutela dell'interesse nazionale», possono essere esaminate e modificate dal Senato a maggioranza assoluta (non però entro 30 giorni, come previsto invece in generale dall'art. 70.3 Cost.: v. *supra*, nota 40). In tal caso, però, prevale la Camera dei deputati, quale Camera di rappresentanza degli interessi nazionali (art. 55.3 Cost.; c.d. clausola di supremazia) per cui essa può «non conformarsi alle modificazioni proposte dal Senato» anche a maggioranza semplice, essendo quella assoluta richiesta solo «nella votazione finale».

zioni del nuovo Senato sembrano necessariamente implicare il ripensamento (ridimensionamento? abolizione?) del sistema delle conferenze. Riguardo alle specifiche critiche formulate sul ruolo del nuovo Senato nella forma di governo, esse sembrano muovere da assunti e trarre da essi conseguenze opinabili. Innanzi tutto, che il Senato abbia svolto nella nostra forma di governo il ruolo di contrappeso politico rispetto alla Camera è tesi che non trova adeguato riscontro né nella nostra esperienza politica<sup>44</sup>, né a livello comparato, a meno che si voglia arditamente sostenere che siano meno democratici i sistemi parlamentari monocamerale (15 Stati su 28 dell'UE) o a bicameralismo ineguale (i 12 restanti dell'UE, tranne per l'appunto l'Italia). Invero, la disomogeneità politica tra Camera e Senato è stata sempre considerata non un'opportunità di dialettica virtuosa ma un fattore di potenziale paralisi del sistema di governo, perciò sempre evitata: dapprima con la parificazione della durata del Senato a quella quinquennale della Camera<sup>45</sup>; poi, in presenza di maggioranze politiche diverse tra le due Camere (oppure di una maggioranza ampia alla Camera ma risicata al Senato), grazie a migrazioni parlamentari (1994, 1998), ad accordi di grande coalizione (2013) o all'appoggio di senatori a vita (2006). Del resto, la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionali i premi elettorali regionali proprio perché essi non garantivano «la formazione di maggioranze parlamentari (...) coincidenti nei due rami del Parlamento, pur in presenza di una distribuzione del voto nell'insieme sostanzialmente omogenea», così rischiando «di compromettere (...) il funzionamento della forma di Governo parlamentare delineata dalla Costituzione repubblicana» e «di vanificare il risultato che si intende conseguire con un'adeguata stabilità della maggioranza parlamentare e del Governo» (C. cost. 1/2014, 4). In definitiva, in un sistema parlamentare in cui il Governo deve avere la fiducia di entrambe le Camere, ipotizzare che il Senato possa esse-

---

(44) Cfr. C. PINELLI, *Senato, quante tesi bizzarre*, in *L'Unità*, 3.9.2015, p. 14. Invece M. AINIS, *Una riforma incompiuta*, cit., retoricamente si chiede «quante leggi *ad personam* o *ad partitum* ci sarebbero cadute sul groppone, senza l'altolà del Senato?», senza però fornire alcun esempio di tale dialettica virtuosa.

(45) Dapprima di fatto, con gli scioglimenti anticipati del Senato del 1953 e del 1958, poi di diritto con la riforma dell'art. 60.1 Cost. approvata con l'art. 3 l. cost. 2/1963.

re contrappeso *politico* alla Camera significa o credere ingenuamente che la maggioranza controlli se stessa<sup>46</sup>, oppure, più o meno confessatamente, ritenere che la maggioranza non abbia diritto di decidere se non previo accordo con l'opposizione. Ed in effetti, il nostro bicameralismo paritario, oltreché garantire (in teoria) una maggiore ponderazione dei testi in esame (e magari aggravati di spesa pubblica), legislativi e non, è stato sempre funzionale alla necessità di costringere la maggioranza a trovare un accordo parlamentare con l'opposizione per poter deliberare in modo tempestivo e, per questo, efficace. In questo senso il Senato s'inseriva perfettamente nel sistema parlamentare a debole razionalizzazione delineato dal costituente, vittima del "complesso del tiranno", caratterizzato dalla moltiplicazione dei centri decisionali e dei poteri interdittivi<sup>47</sup>. Se così è, il passaggio da una democrazia parlamentare consociativa ad una maggioritaria richiede necessariamente la trasformazione del nostro sistema bicamerale da assolutamente paritario a prevalentemente diseguale<sup>48</sup>, in cui le ragioni politico-procedurali tese a favorire una maggiore ponderazione del testo in esame e/o ulteriori mediazioni tra le forze politiche facenti parti della coalizione di Governo non impediscano di pervenire comunque ad una decisione tempestiva.

Diciamo prevalentemente diseguale perché la riforma prevede la necessità del consenso paritario di entrambe le Camere per le leggi c.d. bicamerali, talune delle quali fondamentali e politicamente rilevanti, come quelle costituzionali<sup>(49)</sup>, sicché non è da escludere che nel nuovo Se-

---

(46) Errore simile fu compiuto quando s'introdusse alla Camera il controllo preliminare sulla esistenza dei presupposti richiesti dall'art. 77.2 Cost. per i decreti legge (art. 96-bis.2-4 reg. approvato il 14 novembre 1981 e abrogato il 24 settembre 1997).

(47) Su questo punto v. da ultimo S. CECCANTI, *La transizione*, cit., p. XV ss. e A. BARBERA, *La nuova legge elettorale*, cit., p. 652 ss. secondo cui «fu voluto dal costituente un sistema di "governo debole" perché nessuno schieramento politico potesse vincere fino in fondo e nessuno potesse essere del tutto tagliato fuori dal governo (a questo ... servirà anche il bicameralismo a durata asimmetrica)» (p. 653).

(48) V. *supra*, nota 40.

(49) Ai sensi dell'art. 70.1 Cost., necessitano, infatti, dell'approvazione paritaria di entrambe le Camere solo: «le leggi di revisione della Costituzione e le altre leggi costituzionali» (in cui la presenza del Senato si giustifica come organo di rappresentanza degli enti costitutivi della Repubblica ex art. 114 Cost.; *contra* C. CHIOLA, *Disarmonie nella riforma del Senato*, in *federalismi.it*, 16, 2015, p. 3 ss.); «le leggi di attuazione delle disposizioni costituzionali concernenti la tutela

nato, eletto con metodo proporzionale, vi possa essere una maggioranza diversa da quella della Camera, in grado così di esercitare su tali leggi un sostanziale potere di veto, che potrebbe avere ripercussioni anche sulla tenuta del Governo. Sotto questo profilo, in un sistema come il nostro in cui le crisi di governo sono state quasi sempre extraparlamentari, la diffusa opinione per cui il Senato sarebbe privato del potere fiduciario solo perché non più chiamato a dare e togliere la fiducia merita quantomeno di essere precisata nel senso che non è da escludersi che il Senato possa assumere deliberazioni tali da indurre il Governo a dimettersi, tanto più nei casi in cui il suo dissenso non può essere superato dalla prevalente volontà della Camera dei deputati<sup>50</sup>.

Invero, la critica alla marginalità del nuovo Senato sembra muovere dall'assunto implicito per cui il solo potere politico è quello di fare le leggi e di dare o togliere la fiducia al Governo<sup>51</sup>. Tale critica, oltretutto meritevole delle precisazioni sopra svolte, pare sottovalutare le nuove funzioni ad esso attribuite. Ai sensi dell'art. 55.5 Cost., infatti, oltre a rappresentare le istituzioni territoriali, il Senato «federatore»<sup>52</sup> è chiamato ad esercitare «funzioni di raccordo tra lo Stato e gli altri enti costitutivi della Repubblica», non-

---

delle minoranze linguistiche, i *referendum* popolari, le altre forme di consultazione di cui all'articolo 71; «le leggi che determinano l'ordinamento, la legislazione elettorale, gli organi di governo, le funzioni fondamentali dei Comuni e delle Città metropolitane e le disposizioni di principio sulle forme associative dei Comuni»; «la legge che stabilisce le norme generali, le forme e i termini della partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea»; la legge «che determina i casi di ineleggibilità e di incompatibilità con l'ufficio di senatore di cui all'articolo 65, primo comma»; «le leggi di cui agli articoli 57, sesto comma [modalità di attribuzione dei seggi e di elezione dei senatori] e 80, secondo periodo [leggi che autorizzano la ratifica dei trattati relativi all'appartenenza dell'Italia all'Unione europea]». Per le altre leggi previste nel Titolo V Cost. v. *supra*, nota 43. Necessita, infine, dell'approvazione di entrambe le Camere la legge sulle modalità d'attuazione dei referendum *popolari* propositivi e d'indirizzo di cui all'art. 71.4 Cost.

Saranno i Presidenti delle Camere «d'intesa tra loro» a decidere (inappellabilmente?) sulle «eventuali questioni di competenza, sollevate secondo le norme dei rispettivi regolamenti» (art. 70.6 Cost.).

(50) Cfr. Q. CAMERLENGO, *Principi*, cit., p. 179.

(51) Cfr. C. CHIOLA, *Disarmonie nella riforma del Senato*, in *federalismi.it*, 16, 2015, p. 3 ss., secondo cui «giustificare l'attribuzione di poteri politici ad un organo politicamente irresponsabile ed in ragione della loro ridotta "quantità" non costituisce un'ipotesi ragionevolmente e democraticamente sostenibile» (p. 5).

(52) Cfr. A. MANZELLA, *Il Parlamento federatore*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2002, p. 35 ss.

ché a concorrere alle stesse quando ci si riferisca all'Unione europea. Esso, inoltre, «partecipa alle decisioni dirette alla formazione e all'attuazione degli atti normativi e delle politiche dell'Unione europea<sup>53</sup>. Valuta le politiche pubbliche e l'attività delle pubbliche amministrazioni e verifica l'impatto delle politiche dell'Unione europea sui territori; concorre ad esprimere pareri sulle nomine di competenza del Governo nei casi previsti dalla legge e a verificare l'attuazione delle leggi dello Stato» (art. 55.5 Cost.). Infine, il nuovo Senato «può, secondo quanto previsto dal proprio regolamento, svolgere attività conoscitive, nonché formulare osservazioni su atti o documenti all'esame della Camera dei deputati» (art. 70.7 Cost.).

Per quanto si tratti di attribuzioni – talora esclusive, talaltra concorrenti – la cui attuazione dipenderà sia dalle modalità attuative che saranno specificate dal nuovo regolamento interno del Senato, sia dal modo con cui esse saranno interpretate dai nuovi senatori<sup>54</sup>, si può sin d'ora affermare che esse siano, quantomeno potenzialmente, in grado d'incidere sull'indirizzo politico del Governo. Non si può, quindi, escludere che la politicità intrinseca di tali attribuzioni possa trascendere il loro esclusivo riferimento territoriale per proiettarsi a livello politico-nazionale, facendo così assumere al Senato un ruolo importante ai fini dell'effettivo funzionamento della forma di governo.

Tocchiamo qui uno dei punti focali della riforma, e cioè quello della rappresentanza dei nuovi senatori e, di conseguenza, della loro idoneità ad esercitare attribuzioni che, come detto, potrebbero coinvolgere considerazioni politiche non territoriali ma nazionali. Senza addentrarci in considerazioni che esulano dai confini di questo scritto, si può dire che le modalità elettive dei nuovi senatori potrebbero essere foriere di una felice sintesi tra rappresentanza politica e rappresentanza territoriale,

---

(53) Si tratta di competenze che nascono certo dall'esigenza di consentire a Regioni, Città metropolitane e Comuni di svolgere un ruolo fondamentale di raccordo con l'Unione europea, con specifico riferimento alla partecipazione alla fase sia (ascendente) di produzione che in quella (discendente) di attuazione del diritto dell'Unione europea, anche ai fini del rispetto del principio di sussidiarietà e di proporzionalità, ex art. 6 del Protocollo n. 2 allegato al Trattato di Lisbona, nonché, più in generale, alla verifica dell'impatto delle sue politiche sui territori.

(54) Di «pagina bianca ... ancora tutta da scrivere» parla R. BIN, *Risposte ai quesiti del Forum Diritti regionali sul disegno di legge costituzionale*, cit., 19 gennaio 2016, p. 170.

sulla cui base poter svolgere le attribuzioni assegnate al nuovo Senato<sup>55</sup>. Certamente, la natura del Senato, quale organo di rappresentanza delle istituzioni territoriali, avrebbe implicato, sulla base del modello del *Bundesrat* tedesco, la presenza dei membri degli esecutivi regionali, a cominciare dai loro Presidenti delle Regioni, per il ruolo fondamentale da loro svolto<sup>56</sup>. Invece, com'è noto, la riforma prevede che, sul modello del *Bundesrat* austriaco, i senatori siano «eletti» dai consigli regionali e delle Province autonome «con metodo proporzionale»<sup>57</sup> «tra i propri componenti e, nella misura di uno per ciascuno, fra i Sindaci dei Comuni dei rispettivi territori» (art. 57.2 Cost.) «in conformità alle scelte espresse dagli elettori per i candidati consiglieri in occasione del rinnovo dei medesimi organi» e resteranno in carica fino allo scioglimento «degli organi delle istituzioni territoriali dai quali sono stati eletti» (art.

---

(55) In questa prospettiva, in questa sede si può solo evocare il problema, a nostro parere centrale, della possibile costituzione nel nuovo Senato di gruppi territoriali (si noti che gli artt. 72.4 e 82.2 Cost. fanno ora riferimento ai gruppi parlamentari solo in relazione alla Camera dei deputati). Anche alla luce dell'esperienza comparata, tre paiono le soluzioni possibili, a seconda che i gruppi si costituiscano secondo requisiti: a) solo territoriali, con eventuale loro suddivisione interna su base politica; b) sia numerico-politici che territoriali (v. 32.2 reg. Parlamento europeo); c) solo numerico-politico, 1) senza alcun riferimento territoriale (v. art. 5.6 reg. *Sénat* Francia che anzi vieta l'istituzione di gruppi per interessi particolari o locali) oppure 2) permettendo al loro interno l'istituzione di gruppi territoriali, con possibilità o meno dei membri di tali gruppi di collegarsi ad altri della medesima natura.

Infine, si potrebbe anche ipotizzare la formazione di un gruppo composto dai soli Sindaci eletti, come espressione degli interessi comunali in generale, e non del Comune d'appartenenza (v. E. GIANFRANCESCO, *Risposte ai quesiti del Forum Diritti regionali sul disegno di legge costituzionale*, cit., 26 gennaio 2016, p. 199). In tal senso, del resto, va l'ultimo capoverso dell'art. 39.1 del disegno di legge di riforma costituzionale, il quale prevede che «in caso di cessazione di un senatore dalla carica (...) di Sindaco, è proclamato eletto rispettivamente il (...) Sindaco primo tra i non eletti della stessa lista», senza procedere quindi a nuova votazione o al subentro del nuovo Sindaco della medesima città.

(56) Cfr. I. NICOTRA, *Le riforme costituzionali all'ultimo miglio*, in *Diritti regionali*, 2, 2016, 11 gennaio 2016, p. 159.

(57) La scelta del metodo proporzionale è rimessa ad un'apposita legge bicamerale (v. artt. 57.6 e 70.1 Cost.) da approvare entro sei mesi dalla data di svolgimento delle elezioni della Camera dei deputati dopo l'entrata in vigore della legge costituzionale (art. 39.6 l. cost.). Sul contrasto tra metodo proporzionale e numero ridotto di senatori da eleggere (due o tre in ben 13 Regioni, di cui uno necessariamente Sindaco) v. V. DE SANTIS, *La "doppia investitura" dei senatori consiglieri e le difficoltà di rappresentare "al centro" le istituzioni territoriali*, in *forumcostituzionale.it*, 11, 2015, 24 novembre 2015, p. 6 ss., nt. 22 e Autori ivi citati.

57.5 Cost.)<sup>58</sup>, cumulando, entro certi limiti<sup>59</sup>, le due cariche<sup>60</sup>. Sarà la nuova legge elettorale del Senato (bicamerale) a stabilire in che modo i consiglieri regionali, eleggendo i nuovi senatori, dovranno conformarsi «alle scelte espresse dagli elettori». Si tratta, com'è evidente, di una formula ambigua, suscettibile di applicazioni diverse<sup>61</sup>, frutto del compromesso alfine raggiunto con quanti invece favorevoli all'elezione diretta dei nuovi senatori, benché essa sia scarsamente compatibile con la rappresentanza delle istituzioni territoriali loro attribuita.

Eppure, il duplice ruolo dei senatori, eletti dalle istituzioni territoriali d'appartenenza, e perciò chiamati a rappresentarle, però nello stesso tempo da esse eletti in conformità alle scelte espresse dagli elettori, potrebbe risolversi in una «felice ambiguità»<sup>62</sup>, perché conferireb-

(58) Fanno eccezione i Sindaci i quali decadono dalla carica di senatore non solo quando sarà sciolto il consiglio regionale che li ha eletti (art. 57.5 Cost.) ma anche in caso di cessazione della loro carica (art. 57.6 Cost.).

(59) Secondo l'art. 63.2 Cost., infatti, il regolamento del Senato dovrà stabilire «in quali casi l'elezione o la nomina alle cariche negli organi del Senato della Repubblica possono essere limitate in ragione dell'esercizio di funzioni di governo regionali o locali», giacché sui senatori, al pari dei deputati, grava «il dovere di partecipare alle sedute dell'Assemblea e ai lavori delle Commissioni» (art. 64.5 Cost.). Inoltre, a conferma di tale doppio ruolo, l'art. 66.2 Cost. prevede che «il Senato della Repubblica prende atto della cessazione dalla carica elettiva regionale o locale e della conseguente decadenza da senatore».

(60) Il doppio mandato consigliere regionale/Sindaco-senatore, anziché migliorare il raccordo centro-periferia, esaltando con ciò il ruolo di rappresentanza territoriale del nuovo Senato e dei suoi componenti, potrebbe di fatto peggiorarlo se non s'introducono delle regole organizzative e procedurali che consentano ai nuovi senatori di svolgere contemporaneamente il loro duplice ruolo, senza che l'uno vada a decremento dell'altro (considerazioni pessimistiche in R. BIN, *Risposte*, cit., p. 170). Nell'impossibilità di dedicare ad un tema organizzativo così cruciale la dovuta attenzione, si può qui solo accennare alle soluzioni procedurali che potrebbero ovviare al problema, e cioè all'organizzazione del lavoro per sessioni mensili, precedute da una preliminare istruttoria, volta a preparare e condividere gli atti su cui deliberare, e alla valorizzazione delle commissioni in sede deliberante.

(61) Tra queste l'elezione dei candidati di lista che hanno ottenuto più preferenze o il cui nominativo è stato scritto in un'apposita casella della scheda elettorale; oppure di quanti inseriti in un apposito listino, bloccato o con preferenza; oppure, infine, di coloro che sono stati eletti in collegi uninominali collegati ad un gruppo di liste regionali, così come avveniva per l'elezione del Senato fino al 1993 (v. GRUPPO ASTRID, *Una proposta per l'elezione del nuovo Senato*, in *Astrid Rassegna*, 15, 2015).

(62) Di «forma ibrida, di un vero e proprio *tertium genus* di rappresentanza» parla M. D'AMICO, *Risposte*, cit., p. 210 secondo cui «i componenti del nuovo Senato, che pure non saranno chiamati a farsi interpreti delle istanze delle comunità territoriali quanto piuttosto degli interessi isti-

be loro la legittimazione politica necessaria per esercitare gli ulteriori compiti di controllo e di verifica dell'indirizzo politico governativo attribuiti, come visto, al nuovo Senato dall'art. 55.5 Cost. In altri termini, il fatto che, in virtù del doppio mandato, i nuovi senatori/consiglieri-Sindaci non abbiano una rappresentanza politica nazionale, riservata ai membri della Camera (art. 55.3 Cost.), perché non eletti direttamente dagli elettori, né siano legati da vincolo di mandato alle istituzioni territoriali che li hanno eletti (art. 67 Cost.), se certamente può considerarsi una soluzione ibrida<sup>63</sup>, proprio per l'incertezza che circonda il modo con cui nella prassi il ruolo dei senatori sarà svolto, potrebbe rivelarsi non un difetto ma un pregio, nella misura in cui i nuovi membri del Senato riusciranno a dare una proiezione politica della loro rappresentanza territoriale, senza cadere in uno sterile localismo, o, se si vuole, una declinazione territoriale della loro rappresentanza politica, senza uniformarsi rigidamente alle logiche partitiche centraliste<sup>64</sup>. Sotto questo profilo, l'aver mantenuto il divieto di vincolo di mandato risulta funzionale non solo alla permanenza in carica dei nuovi senatori, indipendentemente dalla volontà di chi li ha eletti tali, ma anche alla loro rappresentanza politica territoriale<sup>65</sup>, cioè al loro compito di discernere gli interessi particolari del (loro) territorio e ad inquadrarli

---

tuzionali degli Enti regionali e locali, svolgeranno però questa funzione secondo la "propria" visione politica»; v. anche V. DE SANTIS, *La "doppia investitura"*, cit.

(63) Così T.E. FROSINI, *Risposte*, cit., p. 138.

(64) Per F. GIUFFRÈ, *Riflessioni sulle riforme costituzionali, in vista di un traguardo a lungo atteso*, in *Diritti regionali*, 2, 2016, p. 97 «ciò non vuol dire, tuttavia, coltivare l'illusione, né, tantomeno, auspicare che i nuovi senatori resistano ad ogni richiamo alla disciplina di partito, ma augurarsi, piuttosto, che proprio in ragione della loro precipua fonte di legittimazione sappiano informare la loro azione ad una visione integrata dei molteplici interessi sottesi al proprio ruolo di rappresentanti del territorio e di cittadini segnati da una specifica identità politico-partitica». Più pessimista A. SAITTA (*Risposte ai quesiti del Forum Diritti regionali sul disegno di legge costituzionale*, cit., p. 244) per cui, invece, «i senatori rischierano di prendere posizione non tanto in base agli "interessi delle proprie regioni" (dei quali ognuno avrà una propria visione, coerente a quella dello schieramento di appartenenza), ma per la propria collocazione politica generale»; in tal senso anche V. DE SANTIS, *La "doppia investitura"*, cit., p. 7.

(65) Sulla natura politica della rappresentanza territoriale dei nuovi senatori v. E. GIANFRANCESCO, *Risposte*, cit., p. 200; Q. CAMERLENGO, *Principi*, cit., p. 177. *Contra* C. CHIOLA, *Disarmonie nella riforma del Senato*, in *federalismi.it*, 16, 2015, p. 3 e B. PEZZINI, *Risposte ai quesiti del Forum Diritti regionali sul disegno di legge costituzionale*, cit., 31 gennaio 2016, p. 253, secondo cui, invece, il divieto di mandato imperativo è funzionale alla rappresentanza politica che per sua natura è sempre nazionale.

in una dimensione di politica generale<sup>66</sup>. Dalla capacità dei senatori di rappresentare gli interessi dei loro territori e, quindi, dei loro partiti di regionalizzarsi<sup>67</sup>, dipenderà il prestigio politico del Senato, come Camera in grado di sganciarsi dalle logiche di appartenenza politica per farsi effettivamente interprete unitario delle realtà regionali<sup>68</sup>. Depone in tal senso, del resto, l'art. 64.2 Cost. che, attribuendo al regolamento del Senato il compito di garantire i diritti delle minoranze (nozione numerica) e non di disciplinare lo statuto dell'opposizione (nozione politica, riservata quindi al regolamento della Camera) sembra prefigurare maggioranze più fluide e variabili rispetto a quelle predeterminate basate sulla posizione assunta dalle forze politiche nei confronti del Governo<sup>69</sup>. Sapranno i nuovi senatori essere all'altezza di una simile sfida culturale e politica<sup>70</sup>?

### 5. I nuovi contrappesi

Alla luce di quanto sopra, non è nel Senato ma altrove che vanno cercati i contrappesi al rafforzamento del Governo e della sua maggioranza, a cominciare da quelli già esistenti. In questo senso, la riforma costituzionale introduce significative novità.

In primo luogo, viene innalzato dal quarto scrutinio il *quorum* per l'elezione del Capo dello Stato, dall'attuale maggioranza assoluta alla futura maggioranza dei tre quinti dei componenti del Parlamento in seduta comune (e dei votanti dal settimo scrutinio) (art. 83.3 Cost.). Il che, come detto<sup>71</sup>, al contrario di quel che comunemente si ritiene, potrebbe

(66) Come scrive B. PEZZINI, *Risposte*, cit., p. 255: «in definitiva, sembra che nessuno dei possibili legami del senatore risulti determinante per caratterizzarne la posizione e la funzione: né il legame istituzionale (con il consiglio, la Regione, il Comune di appartenenza), né quello territoriale (con la Regione o il Comune di provenienza), né quello per tipologia di istituzione (vertice monocratico dell'esecutivo per il Sindaco/Consiglio), né quello di tipo politico».

(67) Cfr. U. DE SIERVO, *Risposte a «Venti domande sulle riforme costituzionali»*, in *Le Regioni*, 2015, p. 141; V. DE SANTIS, *La «doppia investitura»*, cit., p. 5, nt. 20 e Autori ivi citati.

(68) P. POMBENI, *Il nuovo Senato e la prova dei fatti*, in *Il Sole-24 Ore*, 13.10.2015, p. 26.

(69) *Contra* A. SAITTA, *Risposte*, cit., p. 245.

(70) Teme che il Senato si trasformi in una istituzione di «serie B», T.E. FROSINI, *Risposte*, cit., p. 140.

(71) V. al riguardo le considerazioni espresse *supra*, note 19 e 36.

incentivare il potere di veto o strategie astensionistiche da parte delle opposizioni, specie quando antisistema.

In secondo luogo, s'interviene sui poteri legislativi del Governo, cercando di eliminarne le note patologie ma nel contempo di rispondere comunque all'esigenza, propria dei nostri tempi, di prevedere procedure che gli consentano un'azione politica efficace perché tempestiva<sup>72</sup>. Così, per un verso, s'interviene sulla decretazione d'urgenza<sup>73</sup>, conferendo dignità costituzionale a quei requisiti e divieti ora previsti dall'art. 15 l. 400/1988, ora dettati dalla giurisprudenza della Corte. Così, si rafforza il divieto per decreto-legge di: disciplinare la materia costituzionale ed elettorale (con esclusione della disciplina dell'organizzazione del relativo procedimento e dello svolgimento delle elezioni); conferire deleghe legislative; ratificare trattati internazionali; approvare bilanci e consuntivi (v. il richiamato art. 72.5 Cost., già art. 72.4); «reiterare disposizioni adottate con decreti non convertiti in legge e regolare i rapporti giuridici sorti sulla base dei medesimi; ripristinare l'efficacia di norme di legge o di atti aventi forza di legge che la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimi per vizi non attinenti al procedimento» (art. 77.4 Cost., analogo al secondo comma della citata l. 400/1988). Inoltre, i decreti legge devono recare «misure di immediata applicazione e di contenuto specifico, omogeneo e corrispondente al titolo» (art. 77.5 Cost. analogo al successivo terzo comma). A tal fine, si specifica che «nel corso dell'esame dei disegni di legge di conversione dei decreti non possono essere approvate disposizioni estranee all'oggetto o alle finalità del decreto» (art. 77.7 Cost.; v. C. cost. 32/2014).

Per altro verso, si prevede (artt. 74.2 e 77.3 Cost.) che i disegni di legge di conversione dei decreti-legge, se rinviati dal Capo dello Stato, debbano essere approvati entro un termine più ampio (novanta giorni anziché sessanta), così da evitare che, a causa dei tempi ristretti, egli sia costretto, come accaduto, a promulgare (talora con motivazione contraria) l'intero disegno di legge contenente talune disposizioni meritevo-

---

(72) Cfr. S. CECCANTI, *La transizione*, cit., p. 53 ss., specie p. 64 ss.

(73) Analogo impegno garantista avrebbe meritato la delegazione legislativa, su cui il disegno di legge costituzionale, a seguito della riforma del procedimento legislativo, si limita a prevedere che la delegazione, anziché «delle Camere», è «disposta con legge».

li di censura per non farne decadere altre<sup>74</sup>. Tale soluzione, preferita al c.d. rinvio parziale<sup>75</sup>, vuole quindi impedire che l'esercizio del potere di rinvio si trasformi di fatto in un potere di veto.

A fronte di tali limiti più stringenti posti alla decretazione d'urgenza, s'introduce, come accennato, un procedimento che consenta ai disegni di legge indicati dal Governo come essenziali<sup>76</sup> per l'attuazione del suo programma di avere una corsia preferenziale così da poter essere votati entro una data certa. Se, infatti, la Camera dei deputati approva, entro cinque giorni, la richiesta avanzata in tal senso dal Governo, il disegno di legge è «iscritto con priorità all'ordine del giorno e sottoposto alla [sua] pronuncia in via definitiva (...) entro il termine di settanta giorni dalla deliberazione», ulteriormente prorogabili per non oltre quindici giorni «in relazione ai tempi di esame da parte della Commissione nonché alla complessità del disegno di legge». Conseguentemente, sono dimezzati i termini entro cui il Senato deve richiederne il riesame (cinque giorni) e deliberare (quindici giorni) (art. 72.7 Cost.)<sup>77</sup>. Un simile procedimento dovrebbe scoraggiare l'abuso della decretazione d'urgenza e della delegazione legislativa, rimuovendo così le cause di quelle patologie procedurali più volte denunciate – a partire dai maxi emendamenti su cui è posta la fiducia<sup>78</sup> – e restituendo così all'*iter* parlamentare la sua necessaria chiarezza e sincerità.

---

(74) V. al riguardo le lettere inviate il 22 febbraio 2011, 23 febbraio 2012 e 27 dicembre 2013 dal Presidente della Repubblica Napolitano ai Presidenti delle Camere ed al Presidente del Consiglio. In dottrina, divisa sin dall'inizio sulla legittimità del potere di rinvio dei disegni di legge di conversione dei decreti legge (a favore, ad esempio, C. ESPOSITO, *Decreto legge*, in *Enc. Dir.*, vol. XI, Milano, 1962, p. 882 ss.; contrario, invece, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., t. II, Padova, 1975, p. 708), v. per tutti R. ROMBOLI, *Il rinvio delle leggi*, in A. RUGGERI (a cura di), *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, Torino, 2011, p. 39 ss.

(75) Soluzione peraltro non priva di incertezze, evidenziate in S. CURRERI, *Al rinvio parziale corrisponde la promulgazione parziale?*, in *forumcostituzionale.it*, 9, 2014, 25 settembre 2014.

(76) «Esclusi i casi di cui all'articolo 70, primo comma [leggi a deliberazione bicamerale], e, in ogni caso, le leggi in materia elettorale, le leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali e le leggi di cui agli articoli 79 [amnistia e indulto] e 81, sesto comma [norme fondamentali e contenuto della legge di bilancio]» (art. 72.7 Cost.).

(77) Secondo tale articolo, infine, «il regolamento della Camera dei deputati stabilisce le modalità e i limiti del procedimento, anche con riferimento all'omogeneità del disegno di legge».

(78) Dati aggiornati in A. BARBERA, *La nuova legge elettorale*, cit., p. 660 nt. 36.

A fronte di tali maggiori poteri del Governo in Parlamento, la riforma costituzionale rafforza quelli dell'opposizione, sia dentro che fuori dal Parlamento, nell'esatta convinzione che in una democrazia parlamentare maggioritaria, caratterizzata dal rapporto tra maggioranza e opposizione, i veri contrappesi politici sono da ricercarsi nei poteri attribuiti alle forze politiche che, all'interno della Camera dei deputati, contrastano l'azione di governo, e all'esterno si oppongono ad essa, anche tramite gli istituti di democrazia diretta.

Innanzitutto s'introduce nell'art. 64.2 Cost. la nozione di opposizione (*rectius*: opposizioni)<sup>79</sup>, il cui statuto spetta al solo regolamento della Camera disciplinare (art. 64.2 Cost., in ciò simile all'art. 51-1 Cost. francese)<sup>80</sup>. Infatti, se entrambe le Camere si dividono al loro interno, secondo un criterio numerico, tra maggioranza e minoranze, i cui diritti e rispettivi regolamenti devono garantire<sup>81</sup>, solo la Camera dei deputati, quale unica «titolare del rapporto di fiducia con il Governo» (art. 55.4 Cost.), si divide anche, secondo un criterio politico, tra maggioranza ed opposizione. Quale sede del rapporto fiduciario e dell'indirizzo politico, è nella Camera che l'opposizione dovrà esercitare la sua essenziale funzione di controllo e di critica così da potersi proporre come credibile ed efficace alternativa politica dinanzi all'opinione pubblica. L'opposizione, quindi, è considerata non più solo una funzione, dotata di poteri procedurali, ma anche un'istituzione, simmetrica al Governo, in grado come tale di essere rappresentata e ascoltata nelle istituzioni parlamentari, nonché dotata di un rilievo costituzionale extraparlamentare. Per quanto la riforma si limiti, forse con eccessiva timidezza<sup>82</sup>, a rinvia-

---

(79) L'attuale frammentazione politica ha indotto il legislatore costituzionale a far riferimento allo statuto non dell'*opposizione* ma delle *opposizioni*, ponendo così il dubbio se ciò implichi necessariamente la parificazione del loro *status* oppure si possa privilegiare quella maggiore, come nei Parlamenti anglosassoni.

(80) Al pari del regolamento della Camera, anche quello del Senato, come detto (v. *supra*, p. 13), dovrà garantire i diritti delle minoranze parlamentari.

(81) Poiché, però, anche il regolamento della Camera sarebbe chiamato a garantire i diritti delle minoranze in un contesto fiduciario, caratterizzato come detto dalla divisione tra maggioranza ed opposizione, esse forse andrebbero identificate con quei gruppi parlamentari che *a priori* non intendono collocarsi né in maggioranza né all'opposizione.

(82) Introducendo, ad esempio, ulteriori garanzie in materia di programmazione dei lavori o di

re *in toto* alla sede regolamentare la specifica definizione di tale statuto, essa pare comunque importante perché segnala il superamento di ogni residuo dualismo tra Governo e Parlamento, inteso come un tutto unico, e con esso delle forti resistenze alla distinzione di ruoli e funzioni dei gruppi a seconda della loro collocazione rispetto al rapporto fiduciario. Si tratta, quindi, non solo di completare il processo riformatore già intrapreso, a Costituzione invariata, con le modifiche regolamentari approvate nel 1997 e nel 1999, su decisivo impulso dell'allora Presidente della Camera Violante, ma anche di compiere, da parte delle forze politiche, quel salto culturale necessario che ponga fine al nostro bipolarismo conflittuale<sup>83</sup>, affinché la maggioranza non neghi o distorca tramite *bad practices* i diritti conferiti alle opposizioni le quali, d'altro conto, saranno chiamate a farne un uso responsabile, e non meramente ostruzionistico o "teatrale".

Piuttosto, va stigmatizzato che la riforma, non raccogliendo le indicazioni da tempo formulate specificamente in dottrina<sup>84</sup>, non abbia elevato il *quorum* per l'approvazione delle modifiche regolamentari, lasciando inalterata la maggioranza assoluta attualmente prevista dall'art. 64.1, facilmente raggiungibile grazie al premio elettorale. Di conseguenza, sarà la maggioranza a decidere dello statuto dell'opposizione. È auspicabile dunque che, in scia ad una prassi che vuole le riforme regolamentari il più possibile condivise, anche quelle che dovranno approvarsi per adeguare il regolamento della Camera alla riforma costituzionale siano ampiamente condivise, specie quando si tratterà di diritti e facoltà riguardanti le minoranze e le opposizioni.

Oltre a quella parlamentare nella Camera dei deputati, viene rafforzata l'opposizione extraparlamentare attraverso il potenziamento degli istituti di democrazia diretta. Il numero di firme occorrenti per presentare

---

accesso diretto alla Corte costituzionale (v *supra*, pag. 8).

(83) V. LIPPOLIS, G. PITRUZZELLA, *Il bipolarismo conflittuale*, Soveria Mannelli, 2007.

(84) *Ex pluris* E. GIANFRANCESCO, F. CLEMENTI, *L'adeguamento dei regolamenti parlamentari al sistema bipolare*, in A. MANZELLA, F. BASSANINI (a cura di), *Per far funzionare il Parlamento*, Bologna, 2007, p. 35 ss.; N. LUPO, *L'adozione di regolamenti parlamentari di ispirazione proporzionalistica e la loro permanenza con leggi elettorali ad impianto maggioritario*, in *Aa.Vv.*, *Scritti in onore di Vincenzo Atripaldi*, I, Napoli, 2010, p. 691 ss.

proposte di legge d'iniziativa popolare è sì elevato da 50 a 150 mila e ne viene ora espressamente garantita non solo la discussione, ma anche la deliberazione conclusiva «nei tempi, nelle forme e nei limiti stabiliti dai regolamenti parlamentari» (art. 71.3 Cost.), così da evitare, come troppe volte accaduto, che essi si arenino in Commissione. Sempre per favorire la partecipazione dal basso degli elettori, anche al di là della materia legislativa, è prevista l'introduzione per legge costituzionale «di *referendum* popolari propositivi e d'indirizzo, nonché di altre forme di consultazione, anche delle formazioni sociali» (art. 71.4 Cost.). Infine, si prevede che i *referendum* abrogativi proposti da ottocentomila elettori siano validi se partecipa alla votazione la maggioranza non più degli aventi diritto ma «dei votanti alle ultime elezioni della Camera dei deputati» (art. 75.4 Cost.), così da restituire vitalità ad un istituto che, complice l'alto tasso di astensione strutturale, permette ai contrari di far facilmente fallire il *quorum* strutturale. Tale indirizzo di potenziamento degli istituti di democrazia diretta potrebbe essere ulteriormente perseguito a livello legislativo, ad esempio anticipando il giudizio di ammissibilità della Corte costituzionale alla materiale raccolta delle firme e sfruttando, a tal fine, le possibilità offerte dalla rete, tramite la c.d. firma digitale. In conclusione, sulla base dell'analisi svolta, gli effetti della riforma costituzionale sulla forma di governo vanno ben al di là della mera regolazione del rapporto fiduciario e delle conseguenze, a tal fine, derivanti dalla trasformazione del ruolo e della natura del Senato. Essi, infatti, investono la sua complessiva dinamica, ispirandosi ai canoni della democrazia parlamentare non più consociativa ma maggioritaria, favorendo a tal fine la contrapposizione tra una maggioranza di Governo forte, dotata di strumenti normativi per tradurre il proprio indirizzo politico, ed un'opposizione politica altrettanto forte, dotata degli strumenti ispettivi e di controllo necessari per svolgere il suo fondamentale ruolo di critica ai fini dell'alternanza di governo.



## La rappresentanza politica delle “istituzionali territoriali” della Repubblica

*Laura Buffoni e Andrea Cardone<sup>1</sup>*

*Il saggio muove dalla struttura teoretica e dogmatica della rappresentanza parlamentare allo scopo di interpretare le nuove norme sulla rappresentanza ricavabili dal testo costituzionale e di valutare l'idoneità del Senato della Repubblica, nella nuova composizione, a soddisfare le prestazioni rappresentative richieste al Parlamento dalla riforma.*

*In questa prospettiva, il testo analizza alcune importanti questioni, dalla possibilità di ricostruire la rappresentanza delle “istituzioni territoriali” come rappresentanza politico-parlamentare alla composizione del Senato della Repubblica, dal nesso tra rappresentanza politica ed elezioni ai temi della “qualità” del rappresentante-rappresentato e della “disomogeneità” dei rappresentati/rappresentanti.*

### **1. La riforma della Costituzione e l'ufficio del giurista**

«Una cosa è essere teologo, un'altra filosofo, un'altra ancora essere giurista. Questa [...] è una maniera completamente diversa di comprendere il mondo. Il giurista deve legittimare il mondo così com'è: questo principio è alla base dell'intera formazione e concezione dell'ufficio di giurista. È un *clerc*, e non vede il suo compito nel porre il diritto, ma nell'interpretarlo [...]. È un ragionamento difficile da seguire per i teologi e i filosofi; per i giuristi vale sempre il fatto che, finché si possa trovare anche solo una forma giuridica, sia pure con un cavillo, è necessario farlo, altrimenti governa il caos». Così Jacob Taubes descrive l'essere giurista di Carl Schmitt e la sua ricerca di ciò che reprime il caos<sup>2</sup>.

In questo lavoro si proverà a guardare alla rappresentanza parlamenta-

---

(1) Alla Dott.ssa Laura Buffoni si deve la stesura dei §§ 1, 2, 3.1 e 4; al Prof. Andrea Cardone quella dei paragrafi 3 e 3.2.

(2) J. TAUBES, *In divergente accordo. Scritti su Carl Schmitt*, Macerata, Quodlibet, 1996, p. 79.

re, declinata nella legge costituzionale A.C. 2613-D<sup>3</sup> come rappresentanza delle «istituzioni territoriali», dal punto di vista dell'ufficio di giurista. Il che significa che si verificherà l'esistenza (o meno) di una interpretazione del testo costituzionale, nella nuova "forma giuridica", che consenta di ricavare dalle disposizioni costituzionali sulla rappresentanza delle istituzioni territoriali nel *Parlamento* norme che siano coerenti tra loro e con tutte le altre norme costituzionali. La prospettiva è quella della validità costituzionale della legge costituzionale di revisione.

Nell'esperimento si muoverà dalla struttura teoretica e dogmatica della rappresentanza parlamentare allo scopo di interpretare il diritto costituzionale posto e di mostrare la portata dell'interpretazione: a partire dalle norme sulla rappresentanza ricavabili dal testo costituzionale (e dalle concezioni sottese) si misurerà l'idoneità del Senato della Repubblica, nella nuova composizione, a soddisfare le prestazioni *rappresentative* richieste al Parlamento dalla *ri-forma*.

Le dottrine politiche della rappresentanza resteranno sullo sfondo. Non si metteranno, infatti, in questione i fondamenti storici e teorici della rappresentanza parlamentare e, quindi, la desiderabilità di *una* forma rappresentativa piuttosto che un'altra, poiché nessun principio supremo della Costituzione pare pregiudicare la qualità della rappresentanza parlamentare ovvero limitarla alla rappresentanza della "Nazione", così come non si rinviene un (para)metro certo per misurare, quantitativamente, la *rappresentatività* del Parlamento.

Ciò non significa necessariamente, con un giudizio *a priori*, validare la riforma. Ove dalle norme deducibili derivasse il "caos", o perché incoerenti con le parti non riformate o non riformabili o anche solo perché giuridicamente inutili, in quanto incapaci di giustificare la modifica della Costituzione "così com'è"<sup>4</sup>, e, quindi, la *ri-forma* non consentisse di

---

(3) La legge costituzionale recante «*Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione*» è stata approvata in seconda deliberazione dalla Camera dei deputati in data 12 aprile 2016, A.C. 2613-D e pubblicata in G.U. n. 88 del 15 aprile 2016.

(4) Per la Costituzione vale la presunzione che deve "stare", con la conseguenza che ogni modifica, ogni suo cambiamento, ogni riforma dell'esistente, deve superare tale presunzione: V. ONIDA, *Il "mito" delle riforme costituzionali*, in *Il Mulino*, 1, 2004, p. 2.

trovare neppure una “forma giuridica”, l’ufficio di giurista ne imporrebbe allora la *critica*: ma la prospettiva resterebbe quella giuridica, di chi interpreta, e non sconfinerebbe in quella politica, di chi pone il diritto.

## ***2. La rappresentanza delle “istituzioni territoriali” come rappresentanza politico-parlamentare***

Partiamo dalla individuazione delle disposizioni da mettere “in forma” per esperire il tentativo di delineare una forma coerente di rappresentanza parlamentare nel nuovo testo costituzionale.

L’art. 55, comma 1, dispone che il Parlamento si compone «della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica». Il secondo comma orienta le leggi che stabiliscono le modalità di elezione «delle Camere» all’equilibrio «tra donne e uomini nella rappresentanza». Secondo il comma 4, il Senato della Repubblica «rappresenta le istituzioni territoriali [...]. Concorre all’esercizio della funzione legislativa nei casi e secondo le modalità stabiliti dalla Costituzione». Accanto alla rappresentanza delle istituzioni territoriali da parte del Senato *repubblicano*, il comma 3 prevede, nel solco del parlamentarismo moderno, che «ciascun membro della Camera dei deputati rappresenta la Nazione». Infine, l’art. 67 mantiene per tutti «i membri del Parlamento» l’esercizio delle funzioni «senza vincolo di mandato».

La prima mossa interpretativa inerisce al senso, teoricamente e dogmaticamente sostenibile, della rappresentanza delle istituzioni territoriali come forma di rappresentanza parlamentare.

La domanda preliminare è se la rappresentanza della Nazione e la rappresentanza delle istituzioni territoriali possano convivere come forme, distinte ma compatibili, di rappresentanza parlamentare in senso moderno. Ciò può darsi solo se queste due forme rappresentative sono fatte della stessa *materia*, cioè se entrambe appartengono alla sfera del “politico”, della rappresentanza *politica*.

La domanda successiva è cosa distingue l’una forma rappresentativa dall’altra, così da giustificare la (co-)esistenza di entrambe in *un* Parlamento.

Storicamente il parlamentarismo moderno è tutt’uno con la rappresentanza della Nazione e questa, a propria volta, sta e cade con il libero

mandato<sup>5</sup>. Così come difficilmente può negarsi che teoricamente il parlamentarismo implica la *rappresentazione* di una idea<sup>6</sup>: il Parlamento, nel rappresentare la Nazione, il popolo o qualsiasi altra ellissi, personifica, unifica, la moltitudine, che non ha altra volontà all'infuori (e prima) della volontà dei rappresentanti, perché non è possibile farsi rappresentare nella volontà<sup>7</sup>, e trasforma politicamente quella moltitudine in *un* popolo. La rappresentazione del politico è, quindi, una eccedenza logica (rispetto al rappresentato), un «movimento di trascendimento»<sup>8</sup>, un «supplemento», irriducibile alla mera raffigurazione o all'immagine nello specchio<sup>9</sup>. La rappresentanza/rappresentazione risponde a una economia creativa, e non mimetica, implicata dallo scarto tra il visibile e l'invisibile, tra la messa in presenza e l'assente che deve essere reso presente proprio perché assente, sino a porre il dubbio che il fondamento, assente, si dà soltanto nel suo essere rappresentato. La rappresentanza costituisce il popolo, costruisce l'unità politica.

Potrebbe obiettarsi che quella teorica, che rende insostenibile pensare alla rappresentazione come immagine del rappresentato e che, quindi, la sottrae al dominio del rappresentato, è l'idea elitista, *capacitaire*, della rappresentanza/rappresentazione della teologia politica, aristocratica-

(5) E.W. BÖCKENFÖRDE, *Democrazia e rappresentanza*, in *Quad. cost.*, 1985, p. 247. Non ci si nasconde che l'interdipendenza storica fra divieto di mandato imperativo e rappresentanza della Nazione è stata messa in questione: per tutti, N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare: saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 323. Con V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia*, in Id., *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 156, nota 6, potrebbe, piuttosto, dirsi che tale legame si attenua ove la rappresentanza della Nazione si intenda come «rappresentanza del popolo, insieme dei cittadini viventi».

(6) Si rappresentano «idee» e non «cose»: C. SCHMITT, *Cattolicesimo romano e forma politica*, a cura di C. GALLI, Bologna, Il Mulino, 1986, pp. 49-50, 56 e 277.

(7) Potrebbe dirsi che, al più, la volontà del popolo è l'elezione. Ma dopo l'elezione la volontà è del rappresentante, che sta al posto di un altro la cui volontà è giuridicamente, artificialmente, imputata all'altro.

(8) Così G. DUSO, *Ripensare la rappresentanza alla luce della teologia politica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 41, 2012, p. 28.

(9) Sulla struttura logico-teoretica della rappresentazione cfr. il volume di M. COMETA, D. MARISCALCO (a cura di), *Rappresentanza/rappresentazione. Una questione di studi culturali*, Macerata, Quodlibet, 2014 e spec., sulla scia della corposa monografia di Hasso Hofmann, il lavoro di P. COSTA, *La rappresentazione del politico: verità e metafora nei testi di sapere*, ivi, p. 47 ss.

camente sciolta, come principio della forma politica (in contrapposizione al principio di identità), dalla democrazia<sup>10</sup>. Ricorrere all'economia suppletiva e non mimetica della rappresentazione significa, infatti, che la rappresentanza politica incorpora un plusvalore dei rappresentanti rispetto ai rappresentati, perché i primi esercitano più potere di quello che la logica democratica del rapporto tra governanti e governati giustificerebbe. Insomma, la rappresentanza (libera) dell'idea funziona solo se non c'è elezione, perché se c'è elezione c'è un popolo concreto che *vuole* o, per lo meno, sceglie e c'è una qualche forma di mandato. Semplificando, se c'è elezione, c'è una dipendenza strutturale tra rappresentato e rappresentante, perché c'è "qualcuno" che preesiste al rappresentante e gli sopravvive e quella dipendenza, pena il suo annichilimento, non può non implicare una qualche corrispondenza, se non una *proiettività*<sup>11</sup>, tra l'uno e l'altro.

È, però, una obiezione insufficiente per ignorare la struttura logico-teoretica della rappresentazione del politico e per escluderne il riorientamento nell'ordinamento costituzionale vigente. Innanzitutto, il pensiero della *rappresentazione*, seppure non sia nato nell'orizzonte della democrazia costituzionale pluralista<sup>12</sup>, potrebbe essere l'unico che consente al rappresentante di decidere per la città, dopo che non vi è più somiglianza, aderenza, tra rappresentanti e rappresentati e dopo che non vi

(10) È la linea Hobbes-Hegel-Schmitt-Leibholz: per una ricostruzione genealogica della rappresentanza/*rappresentazione* non può che rinviarsi ai lavori sistematici di G. DUSO, *La rappresentanza politica. Genesi e crisi del concetto*, Milano, Franco Angeli, 2003, spec. p. 151 e p. 174 ss. e di G.A. DI MARCO, *Thomas Hobbes nel decisionismo giuridico di Carl Schmitt*, Napoli, Guida, 1999, p. 490 ss.

(11) Si mutua l'espressione da C. LAVAGNA, *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 1952, p. 849 ss.

(12) Nella dottrina gius-pubblicistica italiana, quel pensiero sta significativamente dietro alla teoria, di sapore organicista, della rappresentanza politica come rappresentanza *istituzionale* di CARLO ESPOSITO, *La rappresentanza istituzionale*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, Cedam, 1939, p. 303 ss., ove il rappresentato non esiste come soggetto di diritto prima della rappresentanza che, con un processo creatore e identificatore – non necessariamente elettivo – di una realtà ideale, attribuisce identità. Essendo questa la funzione delle istituzioni rappresentative, cioè di dare corpo a una entità solo ideale che esiste giuridicamente proprio per il fatto dell'esistenza di un'istituzione rappresentativa, Esposito afferma il carattere istituzionale della rappresentanza politica: ogni rappresentanza politica è insomma una rappresentanza istituzionale, altrimenti non è. Il medesimo pensiero è implicato da V. ZANGARA, *La rappresentanza istituzionale*, Padova, Cedam, 1952.

è più una unità politica che preesiste da riprodurre<sup>13</sup>. Il pluralismo non può, infatti, che implicare *una* unità politica da raggiungere e non già l'unità precostituita da difendere. Il che, però, significa che quella rappresentanza non può rinviare ad una concezione mimetica, bensì creativo-costruttiva di ciò che non le può preesistere. Ma, soprattutto, il pensiero della rappresentazione, da un lato, è implicato dall'art. 67 Cost. (e dalla nuova formulazione dell'art. 55, comma 3), in quanto l'eletto, proprio perché *rappresentante* politico, rappresenta tutti e non solo chi lo ha eletto, vuole per la nazione e, quindi, non scopre una volontà preformata. Dall'altro, non è contraddetto dall'art. 1 che, sebbene attribuisca la titolarità della sovranità al popolo e, per ciò stesso, escluda la sovranità del rappresentante, cioè di chi sta al posto del popolo, *contiene*, però, l'esercizio della sovranità da parte del popolo nelle «forme e nei limiti della Costituzione».

Per suo conto, la formula «rappresentanza delle istituzioni territoriali», parzialmente eccentrica rispetto al linguaggio della rappresentanza parlamentare moderna, mette in questione, senza deciderla, la natura di quella forma rappresentativa. La questione teorica generale sottesa è la relazione tra rappresentanza territoriale e rappresentanza politica, quella particolare è tale relazione in una rappresentanza parlamentare<sup>14</sup>. Essa non rinvia, alla lettera, alla rappresentazione di una idea, di una astrazione: non è rappresentanza di un popolo, né di popoli. Di primo acchito parrebbe alludere più a una cosa che, quindi, non potrebbe

---

(13) La dottrina della rappresentanza politica come rappresentanza per la città che deve essere costruita è penetrata nella giurisprudenza costituzionale: la mente corre alla sent. n. 10 del 2000, ove la difesa della Camera sostiene «il carattere politico della rappresentanza della nazione, nel senso che essa attiene alla generalità degli interessi della *polis*, non predeterminabili *a priori*, e che devono essere apprezzati in concreto sulla base di una valutazione schiettamente politica», e alla sent. n. 379 del 1996, che lega l'autonomia parlamentare all'«indefinitibile spazio di libertà» della rappresentanza politica.

(14) Sulla non distinguibilità tra la rappresentanza politica e quella territoriale, che è una «modulazione» o un «correttivo» della prima, cfr. M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, Giuffrè, 2010, p. 585; già I. CIOLLI, *Il territorio rappresentato. Profili di diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 2009, p. 71 ss. limita, invece, la politicità della rappresentanza territoriale al caso della sua «parlamentarizzazione», che, però, non consentirebbe di «dare un senso specifico all'idea di rappresentanza territoriale», ma la confonderebbe con l'«idea di rappresentanza politica generale»; O. CHESSA, *Il bicameralismo dei Saggi*, in *Le Regioni*, 4, 2013, p. 672 e nota 19.

che essere fedelmente riprodotta: è rappresentazione di una “istituzione” che, per l'appunto, in quanto istituita, costituita, non può che persistere. Dal punto di vista teorico, la «rappresentanza delle istituzioni territoriali» può intendersi sia come rappresentanza politico-parlamentare nel senso del diritto pubblico moderno<sup>15</sup>, *Repräsentation*, sia come rappresentanza “economica”, di interessi particolari, con mandato del diritto privato, *Vertretung*<sup>16</sup>. Dal punto di vista empirico, possono ricondursi alla categoria della rappresentanza territoriale sia il Senato americano, che è di certo rappresentanza politico-parlamentare, con libero mandato, ma di cui può mettersi in questione l'idoneità a rappresentare gli interessi territoriali, sia il *Bundesrat*, che di sicuro è rappresentanza dei *Länder* con vincolo di mandato, quindi organico-territoriale, ma che non è organo parlamentare<sup>17</sup>. Dal punto di vista normativo, la rappresentanza *politica* dei territori impone il libero mandato. Per converso, la rappresentanza organica, economico-corporativa, riproduzione di interessi territoriali parziali, non può che esigere – per delineare un modello armonico di rappresentanza autenticamente territoriale – il vincolo di mandato.

In questo lavoro, si esperirà il tentativo di disambiguare la formula «rappresentanza delle istituzioni territoriali» limitatamente alla legge costituzionale e di trarne conseguenze normative: ciò che ci si propone non è

---

(15) Propugnano la declinazione politico-parlamentare della rappresentanza territoriale U. ALLEGRETTI, *Perché una Camera regionale per l'Italia*, in *Dem. e dir.*, 2003, p. 118; C. PINELLI, *Il Senato della Repubblica: dall'Assemblea Costituente alle proposte di riforma*, in *Un Senato delle Autonomie per l'Italia federale*, Napoli, Esi, 2003, p. 94; M. VOLPI, *Crisi della rappresentanza politica e partecipazione popolare*, in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e responsabilità politica*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 129.

(16) Per una concezione *impolitica* della “categoria” della rappresentanza territoriale, da ascrivere piuttosto alla *Vertretung*, alla rappresentanza di interessi particolari, I. RUGGIU, R. BIN, *La rappresentanza territoriale in Italia. Una proposta di riforma del sistema delle conferenze, passando per il definitivo abbandono del modello della Camera delle Regioni*, in questa *Rivista*, 6, 2006, p. 914 ss.; più ampiamente, I. RUGGIU, *Contro la Camera delle Regioni. Istituzioni e prassi della rappresentanza territoriale*, Napoli, Jovene, 2006; e, di recente, con riguardo alla legge costituzionale in commento, Id., *Il futuro Senato della Repubblica: un contributo alla risoluzione dei problemi del bicameralismo, ma irrilevante, se non dannoso, per il regionalismo*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2015, p. 120 ss.

(17) Già M. WEBER, *Parlamento e governo. Per la critica politica della burocrazia e del sistema dei partiti*, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 128 ss. e spec. p. 134, definiva il *Bundesrat* «rappresentanza comune delle corti e dei ministeri».

una teoria (o una dottrina) universalmente valida della rappresentanza territoriale, ma una teoria interpretativa di questa forma rappresentativa che possa dare un senso, una “forma giuridica”, al testo scritto. Se, cioè, di per sé, la formula è *indecisa*, l'interprete, per mettere in forma il testo, può cimentarsi in una teoria interpretativa, normativa, delle disposizioni costituzionali che “tutto leghi” o, per lo meno, che abbia il minor tasso possibile di incoerenze teoriche e dogmatiche.

Se, allora, si prova a *decidere* il testo in riforma, non è detto che la *rappresentatività* del Senato della Repubblica debba essere organico-corporativa e non politica: con la conseguenza che non è detto che la rappresentanza territoriale sia incompatibile con la previsione del libero mandato e che, per contro, sia necessario, per farla funzionare, il voto unitario di delegazione su mandato, con rappresentanza, del Consiglio regionale<sup>18</sup>. Anzi, ci sono argomenti teorici e dogmatici per sostenere che quella non sia una interpretazione praticabile.

Già nella elaborazione teorica di Sieyès la rappresentanza della Nazione non esclude l'elemento territoriale dalla moderna rappresentanza parlamentare: si ritiene che per facilitare il procedimento dialogico che consenta l'apprensione cognitiva dei bisogni della Nazione («vero scopo della formazione della rappresentanza nazionale») occorre introdurre, come elemento fondante della rappresentanza politica, un'organizzazione territoriale che si basi sulle municipalità e sul giudizio di stima che ogni rappresentante deve ricevere dai suoi elettori: il territorio ha a

---

(18) Legano l'esigenza del mandato imperativo per i senatori alla lettura della rappresentanza delle istituzioni territoriali come rappresentanza di interessi, radicalmente alternativa alla rappresentanza politico-partitica, da cui non può che derivare l'inesperibilità di una interpretazione sensata del testo costituzionale in riforma, R. BIN, *Coerenze e incoerenze del disegno di legge di riforma costituzionale: considerazioni e proposte*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, 2014, p. 6; ID., *L'elezione indiretta del Senato: la peggiore delle soluzioni possibili*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, 2015, p. 3; ID., *Oltre il velo d'ignoranza. Venti questioni su Regioni e riforme costituzionali*, in *Le Regioni*, 1, 2015, p. 86 ss.; G. BRUNELLI, *La funzione legislativa bicamerale nel testo di revisione costituzionale: profili problematici*, in *Rivista Aic*, 1, 2016, p. 4; I. RUGGIU, *Il futuro Senato della Repubblica*, cit., p. 126. Favorevole al voto unitario di delegazione, che solo garantirebbe corrispondenza «tra senatori di origine “regionale” e indirizzo politico delle istituzioni di appartenenza», anche S. PAJNO, *Considerazioni sulla riforma costituzionale in progress, tra Governo, Senato e Camera dei deputati*, in *Federalismi.it*, 14, 2014, pp. 39-40. Per la critica al mantenimento del divieto di mandato imperativo per il Senato cfr. già F. BILANCIA, *Oltre il bicameralismo paritario. Osservazioni a margine del d.d.l. Renzi. Sfidando il divieto di una discussione pubblica*, in *www.costituzionalismo.it*, 2 aprile 2014, p. 5.

che fare con le capacità e le qualità del rappresentante<sup>19</sup>. Il territorio è, dunque, elemento correttivo della rappresentanza, ma non reca affatto i segni della rappresentanza di interessi particolari, di “corpi” diversi dalla Nazione. Rappresentare i territori non significa, quindi, sostituire ai “privilegi” dei ceti i “privilegi” dei territori. O ancora si consideri che nella storia costituzionale statunitense i federalisti sono stati i teorici della rappresentanza, libera, indipendente e gli antifederalisti i teorici della rappresentanza come rispecchiamento del delegante.

Sul piano della ricostruzione dogmatico-positiva, il testo contiene segni che paiono significare.

Sono coerentemente ascrivibili ad una rappresentanza politico-parlamentare delle autonomie territoriali il mantenimento, all'art. 67, del libero mandato per tutti i membri del Parlamento, la previsione del legame diretto con il corpo elettorale rimesso alla legge bicamerale dall'art. 57, comma 5, la scelta, secondo l'art. 57, comma 2, dei consiglieri regionali secondo il metodo proporzionale (che non può che includere anche le minoranze-opposizioni consiliari<sup>20</sup>) e la rappresentanza di gene-

---

(19) Secondo, almeno, la lettura offerta di *Che cos'è il terzo Stato?* da N. URBINATI, *Representative Democracy. Principles and Genealogy*, Chicago, University of Chicago Press, 2006, pp. 147-9; sul punto cfr. M. GOLDONI, *La dottrina costituzionale di Sieyès*, Firenze, Firenze University Press, 2009, p. 47, cui si riferisce il virgolettato.

(20) Invero, per un verso, la presenza necessaria di un Sindaco tra i senatori eletti per ciascuna Regione/Provincia autonoma rende impossibile, laddove i senatori siano due, la rappresentanza delle minoranze, cui non pare riconducibile la rappresentanza del senatore-Sindaco: E. GIANFRANCESCO, *Regioni e riforma costituzionale: alcuni (non pochi) profili problematici*, in *Le Regioni*, 1, 2015, p. 166. Per l'altro, il metodo proporzionale per la scelta dei senatori-consiglieri non garantisce necessariamente la rappresentanza delle minoranze ove si innesta su Consigli eletti (e composti) con leggi che conoscono torsionarie: in questo caso l'effetto netto della elezione indiretta potrebbe essere l'ineffettività del principio proporzionale, con la sovra-rappresentazione dei consiglieri di maggioranza e la sotto-rappresentazione delle minoranze, come rilevato da U. DE SIERVO, *Un tentativo di riforma costituzionale con troppi gravi difetti*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 1, 2015, p. 4; F. SORRENTINO, *Sulla rappresentatività del Senato nel progetto di riforma costituzionale*, in *Rivista Aic*, 2, 2016, p. 5. Potrebbe addirittura sostenersi, alla stregua degli argomenti adoperati dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 96 del 1968 sul voto plurimo, che nella elezione di «secondo grado» il metodo proporzionale che non tenga conto del “peso” elettorale di ciascun consigliere, vale a dire dei voti validi ottenuti nella sua elezione diretta, viola il principio di uguaglianza sostanziale del voto, di cui all'art. 48, comma 2, Cost., sempre che lo si ritenga applicabile alle elezioni di secondo grado o, più correttamente, alle elezioni indirette. Gli effetti distortivi potrebbero, però, in questo caso trovare un limite nella norma dell'art. 57, u.c., Cost., ovvero nella doppia corrispondenza, nella attribuzione dei seggi senatoriali, ai voti espressi e alla composizione di ciascun Consiglio, che

re per entrambe le Camere. Dinnanzi ad una rappresentanza territoriale interpretata come *politica*, poi, acquisisce un senso più pregnante la previsione dell'art. 70, comma 1, della partecipazione del Senato (non soltanto alla formazione delle leggi di interesse territoriale<sup>21</sup>, ma anche) alla formazione delle leggi costituzionali e delle altre leggi che ineriscono tutta la comunità *repubblicana*, quali le leggi di attuazione delle disposizioni costituzionali inerenti i *referendum* popolari o la legge che stabilisce le norme generali, le forme e i termini della partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea: il Senato partecipa alle scelte fondamentali della comunità politica, incluse quelle che ineriscono al patto costituzionale, perché porta la visione generale, della *polis*, da parte della pluralità dei territori ovvero il punto di vista politico dell'autonomia territoriale<sup>22</sup>. Similmente, sintomatica di una rappresentanza politica dei territori è la ripartizione dei seggi, secondo l'art. 57, comma 4, in proporzione alla popolazione regionale: la rilevanza della comunità di riferimento può, infatti, avere rilievo solo per una rappresentanza politica (e, forse, persino, di tipo democratico) e non già per una rappresentanza "sindacale" delle singole autonomie, che varrebbero ciascuna quanto l'altra. Ancora, l'art. 55, se declina in capo a «ciascun membro della Camera dei deputati» la rappresentanza della Nazione, al comma 5 attribuisce al Senato della Repubblica (e non già a ciascun senatore) la rappresentanza

---

rafforza il vincolo della proporzionalità e giustifica, nella legge bicamerale, la previsione di correttivi alle leggi regionali di tipo maggioritario.

(21) Quali le leggi che riguardano «l'ordinamento, la legislazione elettorale, gli organi di governo, le funzioni fondamentali dei Comuni e delle Città metropolitane e le disposizioni di principio sulle forme associative dei Comuni», nonché quelle che determinano «i casi di ineleggibilità e di incompatibilità con l'ufficio di senatore di cui all'articolo 65, primo comma, e per le leggi di cui agli articoli 57, sesto comma, 80, secondo periodo, 114, terzo comma, 116, terzo comma, 117, quinto e nono comma, 119, sesto comma, 120, secondo comma, 122, primo comma, e 132, secondo comma».

(22) Pare, invece, un'inversione logica, di chi scambia causa per effetto, sostenere che non ha senso la partecipazione del Senato, in quanto rappresentante di interessi territoriali, alla revisione costituzionale: quella partecipazione non avrebbe senso se il Senato fosse davvero un'assemblea corporativo-territoriale, deputata cioè alla difesa degli interessi egoistici dei singoli territori, e se non fosse praticabile – come pare essere – una interpretazione di quella rappresentanza che consente di valorizzarne l'elemento territoriale, senza abdicare alla partecipazione alla comunità politica.

za delle istituzioni territoriali<sup>23</sup>. Ciascun senatore non è il delegato della propria istituzione o del proprio “territorio”, ma, al contrario, il Senato, quale istituzione che delibera, è il rappresentante di tutte le istituzioni territoriali<sup>24</sup>, nel senso che riconduce (da leggersi: deve ricondurre) le plurime volontà ad una volontà unitaria, ma pluralmente formata e raggiunta. Questa operazione, però, può darsi solo nell’ambito di una rappresentanza che sappia essere politica nel senso moderno, che sia *rappresentazione*. Solo se interpretata come politica, infatti, la rappresentanza/rappresentazione non è immagine, mera riproduzione della pluralità che rappresenta, ma vive della mediazione di realtà sensibili che creano, mettono *en forme*, una unità politica a partire dalla volontà *generale* della molteplicità territoriale. Solo se politica è *capace* di far emergere la dimensione territoriale degli interessi e costruire l’unità plurale, che non può pre-esistere e, comunque, non può essere la mera

---

(23) Potrebbe obiettarsi che l’art. 57, comma 1, dispone che il Senato della Repubblica è composto da «novantacinque senatori *rappresentativi* delle istituzioni territoriali» (il corsivo è nostro). Invero, anche qui la rappresentatività è predicato riferito al complesso dei 95 senatori “regionali”, e non già a ciascun senatore, e per di più in funzione oppositivo-distintiva rispetto alla componente priva di tale rappresentatività. In ogni caso, ove anche si volesse considerare la rappresentatività delle istituzioni territoriali riferita a ciascun senatore, da un lato, i senatori sono proprio per ciò rappresentanti politici: rappresentano le istituzioni, tutte e non solo quelle che li hanno eletti, vale a dire la maggioranza di ciascun Consiglio regionale. Dall’altro, resterebbe che l’art. 55 riferisce la rappresentanza, al singolare, delle istituzioni territoriali, declinate al plurale, al Senato della Repubblica: ciò implica necessariamente la struttura teorica della rappresentazione, che sola vive dello scarto, della tensione, tra l’unità del presente e la pluralità degli assenti.

(24) A tale conclusione conduce anche l’intenzione del legislatore storico. Si legge nella relazione governativa che il Senato è «organo rappresentativo delle istituzioni territoriali complessivamente intese, piuttosto che come espressione dei singoli governi locali»: SENATO DELLA REPUBBLICA, XVII Legislatura, A.S. n. 1429, Assemblea, 197 Seduta, *Resoconto stenografico*, p. 12. Sull’argomento “originalista”, seppure controbilanciato dall’argomento “realista” della soddisfacente *esperienza* della rappresentanza con vincolo di mandato del *Bundesrat*, cfr. G. PUCCINI, *La riforma del bicameralismo in Italia nella XVII legislatura: dalla Relazione dei «Saggi» alla proposta Renzi*, in A. CARDONE (a cura di), *Le proposte di riforma della Costituzione. Atti del Seminario fiorentino del 13 febbraio 2014*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, p. 73. Sempre sul piano fattuale, però, potrebbe osservarsi, come ha rilevato lo stesso G. PUCCINI, *La riforma del bicameralismo approvata dal Senato: alcuni problemi di compatibilità con i principi costituzionali*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 3, 2014, p. 18, che il “peso” delle autonomie aumenta – come dimostra l’esperienza storica del “sistema delle conferenze” – ove si abbia rappresentanza unitaria delle (plurime) autonomie della Repubblica e non già rappresentanza particolaristica dei singoli enti territoriali.

somma dei singoli indirizzi politici territoriali, anche ove pre-esistenti<sup>25</sup>, perché nella relazione questi mutano e si conformano reciprocamente. E qui le difficoltà “democratiche” di una rappresentanza dall’“alto”, di chi deve essere capace di rappresentare, di ridurre ad unità i molti assenti, si attutiscono, considerato che la rappresentanza è già indiretta, in quanto il rappresentato non è direttamente il popolo e, quindi, la sanzione della responsabilità in linea discendente può supplire alla mancanza di rappresentatività mimetica in chiave ascendente.

Ma, soprattutto, denso di senso è che quella rappresentanza sia riferita dalla lettera dell’art. 55 non già agli “interessi” territoriali<sup>26</sup>, bensì alle “istituzioni territoriali”: è rappresentanza *istituzionale*, quindi, depurata dalla matrice organicista che ha connotato l’espressione all’origine, politica.

E, soprattutto, è riferita a quelle istituzioni territoriali che la Costituzione conosce e descrive nelle altre parti. Sebbene l’espressione non compaia altrove e possa equivocarsi tra istituzioni, enti e organi territoriali, si può di certo dire che le istituzioni territoriali rappresentate sono, a loro volta, le portatrici, le *rappresentanti*, degli interessi generali di una comunità territoriale. Sono istituzioni *politiche*, che di quel territorio rappresentano la visione generale, la città, ne sono – secondo il linguaggio della Corte costituzionale – gli enti *esponenziali*: hanno competenze, strumenti, limitati, ma fini generali<sup>27</sup>. E rappresentano il popolo, e non un popolo regionale: tutte le istituzioni rappresentative di tutti gli enti territoriali della Repubblica veicolano la sovranità del popolo<sup>28</sup>. Chi si sentirebbe di escludere che Regioni ed Enti locali abbiano una voca-

---

(25) Richiama a questo proposito il pensiero della rappresentazione M. LUCIANI, *La riforma del Bicameralismo, oggi*, in *Rivista Aic*, 2, 2014, p. 10.

(26) Traduce, così, riscrivendola, la formula dell’art. 55 G. DI COSIMO, *Incoerenze fra fine e mezzi*, in *Le Regioni*, 1, 2015, p. 153.

(27) Per una recente ricostruzione della politicità dell’autonomia territoriale nella giurisprudenza e nella giurisprudenza costituzionale L. RONGHETTI, *Territorio e spazi politici*, in ASSOCIAZIONE GRUPPO DI PISA, *Convegno annuale, Il valore delle autonomie: territorio, potere, democrazia*, 2014, *paper*.

(28) Questa è la conclusione che può trarsi dalla giurisprudenza costituzionale (cfr. sentt. nn. 106 e 306 del 2002) che ha escluso un rapporto di identità tra rappresentanza parlamentare (allora solo nazionale) e sovranità popolare.

zione *politica*, ovvero che trattino (da leggere devono trattare) degli affari locali-territoriali sulla base (e in vista) dell'interesse generale? È solo una questione dimensionale. Detto altrimenti e forse con un eccesso di genericità, non è possibile separare l'aspetto politico da quello territoriale: il secondo è già politico, perché le questioni territoriali hanno sempre rilievo politico e tutte le politiche sono territoriali, perché sono necessariamente radicate.

Ma chi rappresenta, a sua volta, quelle istituzioni territoriali non può essere di qualità radicalmente diversa dalle istituzioni rappresentate, pena l'interruzione della *relazione* di rappresentanza che implica un qualche grado di somiglianza tra rappresentanti e rappresentati. Come nella rappresentanza politica elettiva si rappresenta il cittadino, e non il produttore o un'altra figura connotata da un'appartenenza settoriale, così rappresentare le istituzioni territoriali solo quale espressione di "logiche" territoriali, secondo una diffusa espressione, amputerebbe la politica dell'autonomia territoriale. Diventerebbe, però, di qualità diversa ove i rappresentanti delle istituzioni territoriali votassero nel Senato per interessi/divisioni territoriali e con mandato imperativo della sola istituzione che li elegge. Sarebbe una qualità non solo incoerente con la loro natura di enti politici, seppure territorialmente delimitati, ma che difficilmente consentirebbe una lettura non disintegratrice del testo costituzionale.

Quella interpretazione significherebbe, infatti, l'emarginazione, parziale, dalla rappresentanza parlamentare del partito politico e la sfilacciatura del testo costituzionale che all'art. 49 fa del partito politico la forma tipica «per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale». E ciò a meno di non ritenere che la politica *nazionale* dell'art. 49 si esaurisca nella Camera dei deputati, come luogo formale della rappresentanza della Nazione: al di là dell'assonanza linguistica, la tesi è insostenibile perché l'art. 49 lega la determinazione della politica nazionale e i *luoghi* della rappresentanza politica (parlamentare, ma anche regionale e locale), che non vivono più nel dialogo diretto tra rappresentanti/rappresentati, ma nella mediazione tra gli uni e gli altri da parte del partito politico.

Da molte parti si auspica, per realismo e disincanto politico, un Senato della Repubblica che deliberi (da leggere deve deliberare per essere

– in una logica economicistica che ormai occupa il “politico” – utile) al di fuori del partito politico e secondo “parti”, “gruppi”, territoriali<sup>29</sup>, che, però, sono “fazioni”. Ma, al di là dei giudizi storico-fattuali sui partiti politici, resta che la forma partito (e la sua proiezione parlamentare) è, per il diritto costituzionale positivo, il luogo del politico, il mezzo per l’esistenza politica del popolo. Il partito politico può, fattualmente, diventare fazione oppure, idealmente, essere parte che aspira alla città, all’imparzialità, alla rappresentanza di tutti e con essi dell’interesse generale. In ogni caso, una lettura che tenga assieme l’art. 49 e l’art. 55 impone la mediazione, nella rappresentanza parlamentare, del partito: la rappresentanza non è duale, ma è un concatenamento tra tre soggetti (rappresentati, partito politico e rappresentanti). E, poi, alla fine esistono davvero gruppi o interessi o “logiche” territoriali che non sottendano una visione, una identità, politica generale? O forse le cosiddette “logiche” territoriali sono sempre già politiche?

In ogni caso, per effetto della rappresentanza con mandato imperativo territoriale, con “istruzione” dei delegati nella forma del voto unitario di delegazione<sup>30</sup>, di una istituzione, che a sua volta *rappresenta* il popolo (o la sua proiezione elettorale) senza vincolo di mandato, davvero il Senato della Repubblica finirebbe per non rappresentare più nessuno: né il popolo né il partito politico. Gli *attori* si allontanerebbero ancora di più dagli *autori*. Piuttosto, se un problema potrebbe porsi è, sul piano fattuale, quello della effettiva libertà del mandato senatoriale, consi-

---

(29) Cfr., per tutti, G. SCACCIA, *Indagine conoscitiva presso la 1° Commissione permanente del Senato della Repubblica “Affari costituzionali, affari della Presidenza del Consiglio e dell’Interno, ordinamento generale dello Stato e della pubblica Amministrazione”*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015, p. 11; G. BRUNELLI, *La funzione legislativa bicamerale nel testo di revisione costituzionale: profili problematici*, cit., p. 2; I. RUGGIU, *Il futuro Senato della Repubblica*, cit., p. 124.

(30) Peralto, sul piano fattuale, potrebbe osservarsi come il voto unitario di delega garantisce che la Regione abbia una sola voce in Senato, ma non è detto che quella voce sia il *fenomeno* del principio di autonomia o anche solo di interessi territoriali e non sia, piuttosto, manifestazione sensibile, riproduzione su scala regionale, delle divisioni politiche generali: cfr. R. BIFULCO, *Osservazioni sulla riforma del bicameralismo (d.d.l. cost. A.C. 2613-A)*, in *Le Regioni*, 1, 2015, p. 72. Già M. WEBER, *Parlamento e Governo*, cit., p. 143, con disincanto, notava che anche con le istruzioni imperative ai delegati, in un organo non parlamentare quale era (ed è) il *Bundesrat*, il risultato temuto, cioè lo stabilirsi di partiti politici nel *Bundesrat*, già oggi è altrettanto possibile, di talché si trattava di un argomento spuntato per opporsi alla sua parlamentarizzazione.

derato il doppio (o triplice) legame, se non mandato, dei senatori: sono Sindaci o consiglieri, quindi appartengono al Consiglio regionale o al Consiglio/Giunta comunale, e, al contempo, sono eletti senatori dal Consiglio regionale.

Con ciò non si può, però, non rilevare che alcune disposizioni costituzionali riformate sono incerte tra rappresentanza politico-parlamentare delle autonomie territoriali e rappresentanza organico-corporativa di “gruppi” territoriali. Parrebbero, infatti, più coerenti rispetto ad una rappresentanza *impolitica*, che esige la formazione dei gruppi in Senato su base territoriale, le disposizioni di cui all’art. 64, comma 2, Costituzione, secondo cui solo «Il regolamento della Camera dei deputati disciplina lo statuto delle opposizioni», che nel Senato possono, invece, al più essere «minoranze parlamentari», nonché quelle di cui agli artt. 72, comma 4 e 82, comma 2, che prevedono solo per la Camera dei deputati la composizione delle Commissioni in sede deliberante, anche permanenti, e di quelle di inchiesta «in modo da rispecchiare la proporzione dei gruppi parlamentari»<sup>31</sup>. Invero, la distinzione opposizioni/minoranze potrebbe trovare la propria ragione nella esclusione del Senato dal rapporto di fiducia e non già mettere in crisi la natura politica della rappresentanza territoriale<sup>32</sup>. Così come la mancata previsione della formazione delle Commissioni con criterio proporzionale rispetto ai gruppi parlamentari non significa necessariamente la loro esclusiva formazione secondo gruppi territoriali, ma solo l’esclusione dell’obbligatorietà della rappresentanza proporzionale ai gruppi parlamentari per le Commissioni in Senato<sup>33</sup>.

Se così è, si può arrivare, teoricamente e dogmaticamente, ad una prima conclusione: la rappresentanza delle “istituzioni territoriali”, al pari

---

(31) Si tratta delle due fattispecie in cui le Commissioni assumono deliberazioni in luogo del *plenum*, le uniche di cui la Costituzione indichi i criteri di composizione.

(32) Sul punto si è debitori del rilievo formulato dal Prof. Giovanni Tarli Barbieri, durante la lezione seminariale tenuta da chi scrive al Seminario degli Studi parlamentari, Silvano Tosi, in data 22.2.2016.

(33) E, forse, persino, l’esclusione della costituzione in Senato di Commissioni permanenti e gruppi parlamentari: così G.L. CONTI, *Regolamenti parlamentari e trasformazioni della Costituzione nel superamento del bi-cameralismo paritario*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 3, 2015, pp. 18-22.

della rappresentanza della Nazione, in seno ad *un* Parlamento, deve interpretarsi come una forma di rappresentanza/rappresentazione *politica* e non settoriale-corporativa.

La decisione desumibile in via interpretativa dal testo costituzionale in riforma, a sua volta, potrebbe *disegnare* il rapporto tra la rappresentanza parlamentare e il pluralismo territoriale.

La svelata natura politica della rappresentanza territoriale, infatti, non solo le può consentire di “funzionare” come *dispositivo* rappresentativo parlamentare, ma può aprire ad una interpretazione *plurale* della rappresentanza parlamentare, a lungo schiacciata sotto il monolite dell’Uno, sia esso la Nazione o il popolo, e ad una dottrina dell’autonomia non più imperniata sulla separazione *polemica* tra i livelli territoriali.

Dal primo punto di vista, l’integrazione *materiale* dell’interesse generale come “immaginato” dal rappresentante delle istituzioni territoriali, mediante l’integrazione *procedurale* nel Parlamento, adegua il luogo della rappresentanza parlamentare, divisa tra i registri della identità e della alterità, tra l’uno ed il molteplice, al pluralismo istituzionale della Repubblica: potrebbe dirsi che l’integrazione funzionale implementa l’ascesa della declinazione territorialmente pluralista degli affari generali ovvero il punto di vista politico delle autonomie territoriali. E qui risiede la *specialità* – e con essa il senso costituzionalmente ammissibile – della rappresentanza politica del Senato rispetto a quella *generale* della Camera: la relazione tra l’una e l’altra come relazione tra *una* parte e *il* tutto, che quella parte include, consente una teoria interpretativa della rappresentanza delle istituzioni territoriali non contrastiva rispetto alla rappresentanza della Nazione/Repubblica<sup>34</sup>. Entrambe rappresentano il cittadino e non l’*homo oeconomicus*. La rappresentanza politica generale, però, si fonda sull’individuo indifferenziato, universale<sup>35</sup>, quella speciale rappresenta l’uomo

---

(34) Interpreta, invece, come necessariamente oppositiva la relazione tra rappresentanza della Nazione, spostata dall’art. 67 all’art. 55, e rappresentanza delle istituzioni territoriali, riscrivendola come contrapposizione tra interessi nazionali/statali e “localizzati/particolaristici”, L. RONCHETTI, *Rappresentanza politica come rappresentanza costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2015, p. 32 ss.

(35) G. DUSO, *Oltre il nesso sovranità-rappresentanza: un federalismo senza Stato?*, in M. BERTOLISSI, G. DUSO, A. SCALONE, *La Costituzione e il problema della pluralità*, Monza, Polimetrica, 2008, p. 183 ss.; Id., *Ripensare la rappresentanza alla luce della teologia politica*, cit., p. 40.

“situato”, radicato territorialmente: la matrice della prima è individualistico-egualitaria, quella della seconda è comunitaria.

Resta, però, la questione “economica” dell’utilità di una forma rappresentativa che non è radicalmente altra rispetto a quella politica generale e che pone il seguente dilemma: se la rappresentanza territoriale è solo speciale rispetto a quella politica generale potrebbe non superare la presunzione che la Costituzione deve “stare” o, comunque, avvalorare l’ipotesi monocamerale secca<sup>36</sup>, ma se è radicalmente diversa non è una rappresentanza componibile in *un* Parlamento<sup>37</sup>.

Dal secondo, quell’integrazione è segno che, teoricamente, i luoghi dell’unità sono anche i luoghi dell’autonomia: a rigore, ciò dovrebbe indurre ad abbandonare la concezione garantistico-difensiva dell’autonomia, imperniata sull’idea di un’autonomia *idiota*, egoistica, ed a propugnare una dottrina *arcipelagica* dell’autonomia che, all’avvenuto riconoscimento del distacco dall’“intero” di un gruppo territorialmente localizzato, potenzia la propria forza aggregativo-comunitaria e la propria capacità creativo-costituente mediante la partecipazione ai processi decisionali precostituiti dall’ordinamento territoriale più generale, che tutti include. Coerente è, dunque, il *nomen inclusivo* di Senato della Repubblica e non già quello *esclusivo* di Senato delle Autonomie<sup>38</sup>.

---

(36) Proprio dall’*indecisione* della legge di revisione costituzionale, che non sceglie la rappresentanza autenticamente territoriale rispetto alla rappresentanza politico-parlamentare, deriva la proposta radicale della soppressione del Senato: per tutti, cfr. R. BIN, *Risposta ai quesiti del Forum Diritti regionali sul disegno di legge costituzionale recante «Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del Titolo V della parte II della Costituzione»*, in *Diritti regionali*, II, 2016, p. 170.

(37) L’argomento comparatista di una rappresentanza territoriale con vincolo di mandato in seno al *Bundesrat* non pare qui decisivo: non pone la questione della convivenza tra due forme di rappresentanza in seno ad un “Parlamento”, perché il *Bundesrat* non è un organo di rappresentanza parlamentare. In ogni caso, anche per il *Bundesrat* si è storicamente posta la questione della sua “parlamentarizzazione”. Significativamente, M. WEBER, *Parlamento e governo*, cit., pp. 134 e 136, ne propugnava la parlamentarizzazione, da un lato, proprio per le ragioni di un federalismo non «particolarizzante», che si incanalasse «nell’unità del *Reich*», dall’altro, per migliorare la qualità dei membri del *Bundesrat* che, stante la decisività delle «istruzioni imperative» dei governi, conducevano «una comoda e concorde esistenza senza vita».

(38) Altro discorso è se al dover-essere del Senato repubblicano corrisponderà, nella dimensione della fattualità, dell’essere, la capacità dei rappresentanti di promuovere l’autonomia politica o, ancora, se la dottrina dell’autonomia che può leggersi nella previsione del Senato repubblicano sia

A seguire, la rescissione del legame esclusivo tra rappresentanza parlamentare e Nazione elimina tutta la “retorica” costituzionale della differenza di qualità “democratico-rappresentativa” (sempre che la congiunzione abbia un significato incontrovertito) tra il Parlamento e le altre assemblee territoriali: dinanzi ad un Parlamento che mescola Nazione, Repubblica e istituzioni territoriali, hanno poco senso – almeno in termini relativi – gli argomenti adoperati dalla Corte costituzionale per giustificare la superiorità assiologica del Parlamento quale “luogo” esclusivo della rappresentanza politica della Nazione, dopo che il medesimo non rappresenta più solo la Nazione<sup>39</sup> o per contrapporre la sovranità statale, ambigualmente legata alla rappresentanza politico-parlamentare, all'autonomia regionale<sup>40</sup>.

### 3. Alcune questioni in tema di composizione del Senato della Repubblica

Se la *rappresentazione* delle istituzioni territoriali con libero mandato non è di per sé un non-senso costituzionale né per le dottrine politiche

---

coerente con il nuovo riparto di competenze di cui all'art. 117 Cost. Questo discorso merita una separata trattazione.

(39) Il riferimento è alla nota decisione n. 106 del 2002 (conf. sent. n. 306 del 2002): la Corte individuava la ragione della diversa denominazione costituzionale di Parlamento e Consiglio regionale non già nel carattere rappresentativo e nella titolarità di competenze legislative, ma nella circostanza che «il Parlamento è sede della rappresentanza politica nazionale (art. 67 Cost.), la quale imprime alle sue funzioni una caratterizzazione tipica ed infungibile. In tal senso il *nomen* Parlamento non ha un valore puramente lessicale, ma possiede anche una valenza qualificativa, connotando, con l'organo, la posizione esclusiva che esso occupa nell'organizzazione costituzionale. Ed è proprio la peculiare forza connotativa della parola ad impedire ogni sua declinazione intesa a circoscrivere in ambiti territorialmente più ristretti quella funzione di rappresentanza nazionale che solo il Parlamento può esprimere e che è ineluttabilmente evocata dall'impiego del relativo *nomen*». Forse che, dopo il legame tra rappresentanza nazionale e rappresentanza territoriale stretto dalla *ri-forma*, al Parlamento sia rimasta solo la valenza lessicale, la lettera della Costituzione, e che, dunque, anche le assemblee legislative regionali, portatrici delle istanze dell'autonomia politica territoriale, possano divenire Parlamenti? La risposta, a parere di chi scrive, continua ad essere negativa, ma per ragioni differenti: ora, più di prima, solo il Parlamento è la sede, inclusiva, della rappresentanza politica *repubblicana*, che è non tanto dimensionalmente, ma qualitativamente diversa da quella esclusivamente regionale. Cosicché nessuna *equivalenza* può stabilirsi tra l'una e l'altra.

(40) Si tratta della decisione n. 365 del 2007: per la critica del ditico sovranità statale/autonomia regionale, alla luce degli artt. 1, 5 e 114 Cost., cfr. O. CHESSA, *La resurrezione della sovranità statale nella sentenza n. 365 del 2007*, in *Le Regioni*, 1, 2008, p. 223 ss. Già con riguardo al testo costituzionale del 1948 legava sovranità e «pluralismi», così che l'autonomia poteva definirsi la «faccia interna» della sovranità, G. BERTI, *Art. 5*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1975, p. 286.

della rappresentanza parlamentare, né per quelle dell'autonomia, occorre capire se la composizione del Senato sia adeguata alla *funzione* della rappresentanza politica delle autonomie territoriali<sup>41</sup>.

Questa domanda è ineludibile perché il giurista, a differenza del biologo naturalista, non può confidare su quello che si potrebbe definire il “lamarckismo” costituzionale: come noto, secondo il naturalismo di Lamarck, fondatore della teoria evoluzionistica predarwiniana, sarebbe la funzione a sviluppare l'attitudine. Il costituzionalista che (progetta o) “giudica” una riforma costituzionale non può limitarsi a sperare che attribuire delle funzioni crei l'attitudine ad esercitarle. Egli, piuttosto, deve (costruire a monte o) verificare se l'organo, *a priori*, è adeguato alle funzioni. La cartina di tornasole per verificare questa adeguatezza è rappresentata, nel caso di specie, dalla composizione del Senato, che – sola – può consentire di stabilire se il (nuovo) Senato sia adeguato a esercitare questa funzione di rappresentanza delle istituzioni territoriali. La disposizione da “leggere” è l'art. 57, secondo il quale il nuovo Senato della Repubblica sarà composto da: 5 senatori, che il Presidente della Repubblica “può” nominare, ai sensi dell'art. 59, comma 2, tra coloro che hanno illustrato «la Patria» per altissimi meriti nel campo sociale, scientifico, artistico e letterario<sup>42</sup>; 95 senatori, «rappresentativi delle

---

(41) Invero, potrebbe guardarsi alla rappresentanza delle istituzioni territoriali non già quale *funzione* del Senato della Repubblica, analoga, per qualità, alle funzioni tipiche indicate all'art. 55, comma 5, ma quale presupposto *esistenziale* dell'esercizio delle singole funzioni attribuite. Un po' come nel testo vigente la rappresentanza della Nazione non pare essere una tra le altre attribuzioni delle Camere, ma il punto di vista da cui il Parlamento deve guardare a ogni funzione e l'obiettivo cui deve tendere nel loro esercizio, perché quella rappresentanza è ciò che conferisce *valore* alle sue deliberazioni. Tale conclusione pare sostenibile, nel testo di riforma, a condizione, però, che la rappresentanza delle istituzioni territoriali da parte del Senato sia compossibile rispetto alla rappresentanza della Nazione da parte della Camera, e, quindi, sia una rappresentanza politica, per la città. Diversamente, risulterebbe svuotato il *valore* di legge, di cui la Costituzione continua a discorrere unitamente all'attribuzione, in via principale, alla Camera dei deputati, che appunto rappresenta la Nazione, della funzione legislativa. A questa condizione, anche la rappresentanza delle istituzioni territoriali può essere un elemento di legittimazione del potere del Parlamento e non già un mero *dispositivo*, uno strumento, un funzionamento. In ogni caso, altro discorso, che qui non si può sviluppare, è se vi sia coerenza tra la rappresentanza delle istituzioni territoriali attribuita al Senato e il suo concorso, per quanto limitato, alla funzione del “fare”, “produrre”, leggi.

(42) Tra i 5 senatori non elettivi vanno inclusi anche i senatori a vita già nominati e in carica alla data di entrata in vigore della legge costituzionale, alla luce di quanto previsto dall'art. 40, comma 5, della legge costituzionale.

istituzioni territoriali» ed eletti dai Consigli regionali e dai Consigli delle Province autonome di Trento e di Bolzano<sup>43</sup>, con metodo proporzionale, tra i propri componenti e, nella misura di uno per ciascuno, tra i Sindaci dei Comuni dei rispettivi territori.

Si tratta di un Senato composto sulla base di una sostanziale coincidenza tra l'elettorato attivo e l'elettorato passivo, perché chi elegge può anche essere eletto, con la sola eccezione dei Sindaci e dei "Padri" illustri della Patria. In questo contesto, nonostante le espressioni utilizzate dall'art. 57 della Costituzione in riforma, quella che porta alla costituzione del nuovo Senato è tecnicamente non una elezione, ma una *co-optazione*, in senso etimologico: l'identità tra elettore ed eletto fa sì che i senatori siano l'esito di una selezione interna ai Consigli regionali, siano tratti dal loro "interno".

Nessuna Regione – prosegue l'art. 57 – può avere meno di due senatori; le Province autonome di Trento e Bolzano ne hanno ciascuna due. La durata in carica dei senatori è commisurata alla durata degli organi delle istituzioni territoriali «dai quali sono stati eletti, in conformità alle scelte espresse dagli elettori per i candidati consiglieri in occasione del rinnovo dei medesimi organi». Il comma successivo dell'art. 57 attribuisce ad una legge bicamerale la regolazione delle modalità di attribuzione dei seggi e di elezione dei membri del Senato della Repubblica tra i consiglieri e i Sindaci, nonché quelle per la loro sostituzione, in caso di cessazione dalla carica elettiva regionale o locale, ossia quello *status* che ha consentito loro di essere eletti come senatori del nuovo Senato. Il limite previsto per la legge bicamerale dalla Costituzione è che «I seggi sono attribuiti in ragione dei voti espressi e della composizione di ciascun Consiglio».

Se l'inclusione nel Senato di rappresentanti della "Patria", nominati dal rappresentante dell'unità nazionale, e degli *ex* Presidenti della Repubblica, senatori di diritto ai sensi dell'art. 59, comma 1, Cost., è un elemento manifestamente spurio, una contraddizione in termini rispetto al-

---

(43) Ne deriva che per il Trentino-Alto Adige l'elezione dei senatori non spetta anche al Consiglio regionale, essendo attribuita espressamente dalla legge costituzionale ai Consigli delle Province autonome di Trento e di Bolzano.

la rappresentanza delle istituzioni territoriali<sup>44</sup>, più complessa è la questione che inerisce la componente “elettiva”.

Le critiche mosse all’art. 57 (e all’abrogazione dell’art. 58) sono di diversa intensità e natura: alcune sono teorico-dogmatiche, altre sono pratico-fattuali.

Per le prime, grosso modo, il nuovo Senato – che non è più eletto a suffragio universale e diretto – viola il principio della sovranità popolare. Questa critica, nella sua radicalità, per un verso, prova poco, per l’altro, prova troppo.

Prova poco perché non prova che la rappresentanza parlamentare fondata sulla elezione a suffragio universale e diretto, ma altresì sul libero mandato, significhi sovranità del popolo. Anzi, le critiche alla democrazia rappresentativa (o il non senso di quella locuzione) presuppongono il conflitto tra rappresentanza parlamentare, anche elettiva, e sovranità del popolo e legano rappresentanza e schiavitù<sup>45</sup>. La sovranità è di chi rappresenta liberamente e non del popolo: anche la rappresentanza elettiva è un limite alla sovranità popolare. A quella critica non si sottrae neppure la Costituzione vigente che, sebbene preveda all’art. 58 la regola dell’elezione diretta dei senatori, con l’art. 67 ipoteka la funzione rappresentativa del Parlamento e limita l’esercizio popolare della sovranità. I membri del Parlamento, sebbene eletti, non hanno vincolo di mandato imperativo e non sono formalmente revocabili. Al più non sono rieleggibili. Ciò significa che il Parlamento rappresenta nella separazione/indipendenza governanti-governati: è funzionalmente indipendente dal popolo, più precisamente dal corpo elettorale, ma ne dipende organicamente, strutturalmente, attraverso le elezioni<sup>46</sup>. Questo,

---

(44) Concordi nella critica di questa distonica rappresentatività, di sapore regio, per tutti, E. CHELI, *La riforma costituzionale all’esame del Senato*, in *Osservatorisullefonti.it*, 1, 2015, p. 2; R. BIN, *Oltre il velo d’ignoranza. Venti questioni su Regioni e riforme costituzionali*, cit., p. 84; F. CERRONE, *Memoria per la Commissione affari costituzionali del Senato sul progetto di revisione costituzionale (luglio 2015)*, in *Osservatorio costituzionale Aic*, p. 6; G. PUCCINI, *La riforma del bicameralismo approvata dal Senato: alcuni problemi di compatibilità con i principi costituzionali*, cit., p. 15.

(45) J.J. ROUSSEAU, *Contratto sociale o principi del diritto politico*, in ID., *Scritti politici*, Roma-Bari, Laterza, 1971, L. III, cap. XV, pp. 162-5.

(46) P. PINNA, *Il principio di leale collaborazione, l’indipendenza della magistratura e la*

però, implica già nell'attuale testo costituzionale lo scarto tra sovranità e rappresentanza, la «crassa» finzione della rappresentanza del popolo<sup>47</sup>. Può, quindi, dirsi che la sua riforma, al più, aumenta quello scarto, quella finzione.

Prova troppo perché secondo la nostra Costituzione la sovranità popolare non si esaurisce nel circuito della rappresentanza, né di quella politica nazionale, né di quella regionale o locale<sup>48</sup>. Il senso del principio di sovranità popolare è, piuttosto, quello di disgiungere la sovranità dal circuito rappresentativo: proprio perché la sovranità non è dello Stato, ma del popolo, questa non si risolve nella rappresentanza<sup>49</sup>. L'esempio-limite, ma che per questo prova più degli altri, è quello relativo alla giurisdizione. I giudici rendono sentenze nel nome del popolo italiano e sono soggetti soltanto alla legge: l'art. 101 è la *forma* e il *limite* del legame tra i giudici e la sovranità popolare. Può dubitarsi della tenuta di quel legame, della ideologia mitizzante che sta dietro all'art. 101 e pure, forse, all'art. 1 Cost. Ma ciò che è certo è che la Costituzione non ha previsto l'elezione, diretta o indiretta, dei giudici, sebbene abbia preteso che tutti i poteri – e tra questi l'*ordine* giudiziario – si fondino sulla sovranità popolare. Ancora, nel testo costituzionale la sovranità popola-

---

*separazione del potere*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 1459-60. L'idea dell'"indipendenza giuridica" del Parlamento dal popolo è già in H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. di S. Cotta e G. Treves, Milano, Ed. di Comunità, 1963, p. 293 ss.

(47) Questo scarto porta H. KELSEN, *La democrazia e Il problema del parlamentarismo*, in Id., *Il primato del parlamento*, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 24-5 e p. 179, a svelare, nel parlamentarismo, «l'identità fittizia di elettori e di eletti» ed a «smascherare» l'*ideologia* della dottrina della sovranità del popolo, «una maschera totemica». Quel medesimo scarto, riscritto nel nesso tra la rappresentanza ed il *dispositivo* binario della persona giuridica, in cui il corpo politico non è mai interamente sovrapponibile a quello del sovrano, è indagato nella riflessione filosofica più recente da R. ESPOSITO, *Le persone e le cose*, Torino, Einaudi, 2014, p. 16 ss. e p. 105 ss.; Id., *Due. La macchina della teologia politica e il posto del pensiero*, Torino, Einaudi, 2013, p. 7 ss., p. 41 ss. e p. 109 ss.

(48) L'idea della diffusività della inesauribile sovranità del popolo (l'idea che deve essere rappresentata), che eccede le forme della rappresentanza politica e spezza il legame di identità Parlamento-sovranità popolare, ha trovato svolgimento nella sentenza della Corte costituzionale n. 106 del 2002, che ha escluso che «le forme e i modi nei quali la sovranità del popolo può svolgersi» «si risolvono nella rappresentanza, ma permeano l'intera intelaiatura costituzionale» (punto 3 del *Considerato in diritto*).

(49) O. CHESSA, *La resurrezione della sovranità statale*, cit.

re dell'art. 1 convive con la giurisdizione costituzionale, che non trae di certo la propria legittimazione dalla rappresentanza elettiva: la "difficoltà contro-maggioritaria" del tribunale costituzionale è accettabile e, comunque, è accettata dalla Costituzione perché la sovranità del popolo vive anche nella sua giurisdizione, nella misura in cui questa – appunto perché sovrano è solo il popolo – limita la sovranità del potere legislativo. Ciò significa che la sovranità popolare, per la Costituzione che vige, non solo non si esaurisce nella rappresentanza, ma non esige neppure l'elezione, men che meno quella diretta.

Le seconde, meno radicali, si appuntano su profili storico-fattuali, su *regolarità*. Così ad esempio, un Senato che rappresenta non solo le Regioni, bensì le autonomie territoriali in genere sarebbe un problema perché l'esperienza del nostro regionalismo è caratterizzata da profili di concorrenzialità tra Regioni ed Enti locali nel loro rapporto con lo Stato. In altre parole, le Regioni e gli Enti locali hanno sempre manifestato la tendenza ad avere un rapporto esclusivo (dell'altro) con lo Stato. Sono sempre stati due contropoteri alternativi e non collaborativi. Ciò potrebbe determinare un funzionamento schizofrenico del Senato repubblicano. A questa critica, da un punto di vista fattuale, potrebbe replicarsi che le dimensioni della rappresentanza locale rispetto a quella regionale sono tali da far ritenere che quella locale sarà una rappresentanza più o meno formale. I senatori di provenienza "regionale", ossia quelli eletti tra i consiglieri regionali, rappresentano la quasi totalità, cosicché la rappresentanza locale, per così dire "mista", non dovrebbe creare problemi all'atto pratico. Ma, soprattutto, da un punto di vista teorico, potrebbe replicarsi: ma il fatto che sia sempre stato così significa che debba restare così? Al contrario, se, sino ad ora, il regionalismo italiano ha conosciuto la separazione polemica tra i livelli territoriali, la creazione di un luogo di rappresentanza trasversale potrebbe sparigliare le carte della storia. Questa contro-obiezione soffre, però, dello stesso vizio della critica: è il punto di vista, realista o irrealista che sia, dello storico e non del giurista. Questi dovrebbe piuttosto argomentare che dalla disposizione che prevede la rappresentanza di tutte le istituzioni territoriali nel Senato *repubblicano* si desume la *norma*, il dover-essere, di un pluralismo territoriale comprensivo, che rifiuta la logica binaria dell'opposizione tra gli interessi regionali e quelli locali o la diversa

valenza assiologica tra gli uni e gli altri, appunto perché sono unitariamente rappresentati.

Avere rinvenuto contro-argomenti rispetto alle critiche – teoriche o storiche – mosse alla riforma non è sufficiente per formulare un giudizio positivo. Ma questi contro-argomenti aiutano a reimpostare la questione della coerenza tra la composizione del Senato e la sua funzione di rappresentanza politico-parlamentare su binari differenti.

### 3.1 *Il nesso tra rappresentanza politica ed elezioni. La questione della “qualità” del rappresentante-rappresentato*

La questione preliminare che va affrontata, inaggirabile, è quella della liceità costituzionale della elezione “indiretta” di una parte dei rappresentanti politici.

Invero, il Senato della repubblica riformato è connotato non già da una elettività *indiretta* in senso proprio, ma piuttosto da una elettività «indiretta in senso ampio». Non è una questione nominalistica<sup>50</sup>. L'elezione dei senatori non pare una elezione (popolare) autenticamente di «secondo grado» o elezione indiretta “in senso stretto”, ma piuttosto una elezione indiretta “in senso ampio”, in quanto propriamente elezione consiliare di unico grado: l'elezione dei senatori, infatti, non è compiuta da grandi elettori eletti *ad hoc* dal popolo con quel mandato, ma da un corpo elettorale formato da un'assemblea elettiva, quella consiliare, che preesiste ed è permanente, perché è eletta dal popolo per fini che trascendono l'elezione dei senatori. È vero che la legge bicamerale deve stabilire modalità di elezione che ne garantiscano la conformità «alle scelte espresse dagli elettori per i candidati consiglieri in occasione del rinnovo dei medesimi organi», così rinsaldando il legame *diretto* con il voto popolare, ma resta che il soggetto attivo dell'elezione è il Consiglio regionale e da esso i senatori dipendono organicamente, in quanto la loro durata coincide con quella dell'assemblea che li elegge. Discorrere di elezione popolare di secondo grado piuttosto che, realisticamente, di elezione consiliare di unico grado o al più elezione indiretta in un'acce-

---

(50) Come ha da tempo reso avvertiti, con riguardo alla elezione del Presidente della Repubblica, L. ELIA, *Una formula equivoca: l'elezione indiretta del Presidente della Repubblica*, in *Giur. cost.*, 1968, p. 1533.

zione approssimativa può avere solo una ragione “ideologica”: fingere la legittimazione *democratica* della rappresentanza senatoriale, imputandone al popolo, corpo elettorale, l’elezione.

In ogni caso, ciò implica il legame tra rappresentanza parlamentare ed elezioni, che in parte interseca il legame (storicamente e teoricamente) *indeciso*, aporetico, tra rappresentanza e democrazia<sup>51</sup>.

Pare corretto dire che il rapporto rappresentanza-elezioni non è costitutivo: è al più un nesso politico, ma non logico-teorico<sup>52</sup>. Per un verso, «l’elezione può essere un mezzo tanto del principio di rappresentanza quanto di quello dell’identità [...] ma occorre distinguere quale senso l’elezione abbia nella realtà. Se deve fondare una vera e propria rappresentanza, allora essa è lo strumento di un principio aristocratico»<sup>53</sup>. Per l’altro, la struttura teoretica della rappresentanza non include necessariamente l’elezione come metodo di scelta del rappresentante. Già nel dibattito del 1791, svoltosi in seno all’Assemblea uscita dalla rivoluzione francese, veniva reciso il nesso fra elezioni e rappresentanza con la teoria dell’elettorato-funzione e con il dogma della sovranità nazionale<sup>54</sup>.

Dal punto di vista del diritto positivo, poi, la Costituzione conosce forme di rappresentanza al di fuori dell’elezione a suffragio universale e diretto. L’art. 8, comma 3, discorre di “rappresentanze” delle confessioni religiose. L’elezione del Presidente della Repubblica, che rappresen-

(51) E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Democrazia e rappresentanza*, cit., p. 250 ss. Insiste sulla natura aporetica del legame F. LANCHESTER, *Il concetto di rappresentanza in campo politico e i problemi della integrazione sovranazionale e della globalizzazione*, in *Il Filangieri. Quaderno*, 2006, p. 24 ss.; sull’autonomia storica del concetto di “rappresentazione” rispetto a quello di democrazia già H. F. PITKIN, *The Concept of Representation*, Berkeley/Los Angeles, University of California Press, 1967, p. 2 ss.

(52) F. LANCHESTER, *Teoria e prassi della rappresentanza politica nel Ventesimo secolo*, in S. ROGARI (a cura di), *Rappresentanza e Governo alla svolta del nuovo secolo*, Firenze, Firenze University Press, 2006, p. 8; ID., *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 10 ss.; M. TROPER, *Osservazioni sullo statuto del concetto di rappresentanza politica*, in *Filosofia politica*, 1, 1998, p. 198. Criticamente, sulla rappresentanza indipendente dalle elezioni L. CARLISSARE, *Problemi attuali della rappresentanza politica*, in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 21 ss. e spec. p. 33.

(53) C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (1928), Milano, Giuffrè, 1984, pp. 337-338. Sul punto cfr. B. MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, 1995, pp. 191-200.

(54) Sul punto M. GOLDONI, *La dottrina costituzionale di Seyés*, cit., p. 44.

ta l'unità nazionale, è (e forse non potrebbe non essere per restare *rap-presentativa*) una elezione parlamentare, quindi indiretta, secondo la norma dell'art. 83 Cost.

Ciò basta per concludere che, teoricamente e dogmaticamente, si danno forme di rappresentanza politica non elettiva. Con la conseguenza che, a maggior ragione, una elezione indiretta può essere rappresentativa.

Non solo l'elezione non è condizione necessaria perché si abbia rappresentanza politica, ma non è neppure condizione sufficiente. La rappresentanza politica non si riduce meccanicamente a una procedura di elezione e di autorizzazione, ma – per restare tale – deve svolgere una funzione di identificazione<sup>55</sup>.

Allora possiamo chiudere il discorso e dire che il metodo di scelta dei senatori non crea alcun problema, dogmatico e teorico, al diritto costituzionale? Il rapporto tra rappresentanza politica ed elezioni è collocato in uno spazio di indifferenza giuridica? Le cose sono un po' più complicate.

È vero che astrattamente può darsi – e concretamente la Costituzione ne conosce epifanie – la rappresentanza non elettiva o elettiva di secondo grado, ma il legame tra elezioni e rappresentanza politica diventa più forte quando i rappresentanti producono leggi: e questo perché la nostra Costituzione discorre di *valore* di legge (artt. 75, comma 1, 77, comma 1, 87, comma 5, art. 89, comma 2 e 127, comma 2).

Il Senato della Repubblica, a cui l'art. 55, comma 3, sottrae la (con)titolarità del rapporto di fiducia con il Governo<sup>56</sup>, mantiene il potere di

---

(55) P. ROSANVALLON, *Il popolo introvabile. Storia della rappresentanza democratica in Francia*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 23.

(56) Sulla coerenza della emarginazione del Senato non direttamente elettivo dal rapporto di fiducia si vedano M. LUCIANI, *La riforma del bicameralismo*, oggi, cit., p. 10; A. BARBERA, *Nota del Prof. Augusto Barbera per l'audizione presso la Commissione affari costituzionali del Senato della Repubblica, in ordine al disegno di legge costituzionale 1429-B in relazione alla seduta del 3 agosto 2015*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015, p. 2. Forse, quella coerenza potrebbe mettersi in questione ove si consideri che l'art. 57, comma 5, come emendato, rafforza il legame tra i senatori-consiglieri e le «scelte espresse dagli elettori per i candidati consiglieri in occasione del rinnovo». Seppure con riguardo ad un testo diverso da quello approvato, critiche alla esclusione del Senato dalla relazione di fiducia con il Governo sono state espresse da A. MANZELLA, *La riforma del bicameralismo*, in *Rivista Aic*, 4, 2013, p. 7.

“produrre” leggi. È vero che sono poche, ma non pare che la quantità possa qui hegelianamente tramutarsi in una diversa qualità del prodotto. In ogni caso, il testo riformato non distingue diversi valori di legge, ma solo diversi procedimenti legislativi.

Il *valore* di legge – è qui fuori gioco la *forza* di legge, che, in quanto concetto “ultimo”, non richiede la ricerca di un *sensò* – è costruito nella Costituzione come un rapporto di “equivalenza” tra decreti/atti del Governo e legge ordinaria, di cui occorre scoprire la sostanza comune che permette (secondo la legge economica del valore, ma anche secondo il valore “posizionale” e di “scambio” della linguistica) di esprimere, nell’equivalenza, il valore di una cosa attraverso un’altra, di commensurare; il valore di legge, quale rapporto di equivalenza, è espressione di qualcosa che è stato reso comparabile, è espressione del bisogno di essere parificati nella differenza, è elemento differenziale. Quel valore è stato pensato come primarietà della fonte: è stato assiologicamente costruito sulla rappresentanza elettiva e sulla sua democraticità, qui volgarmente intesa come esercizio concreto del potere da parte del popolo, come *auto-nomia*. Il valore di legge mette, quindi, in questione la rappresentanza delle istituzioni territoriali come elemento di legittimazione del potere del Parlamento e non già come mero dispositivo, strumento, “funzionamento”.

Del resto, tra la rappresentanza/rappresentazione (politica) ed il valore (di legge) il nesso è non solo dogmatico, ma iscritto nella struttura teoretica della rappresentazione: Nancy scrive che «la rappresentazione non presenta mai qualcosa senza esporne il *valore* o il senso minimo – se non altro il *valore* o il senso minimo dell’essere-là, davanti a un soggetto [...] la rappresentazione [...] presenta ciò che è assente dalla presenza pura e semplice, il suo essere in quanto tale, il suo essere o la sua verità»<sup>57</sup>. Nella rappresentazione, anche in quella politica, è in questione il rapporto con un’assenza e con «un *absensò* di cui ogni presenza si sostiene»<sup>58</sup>.

La domanda che dobbiamo porci è, dunque, quale specie di rappresen-

---

(57) J.-L. NANCY, *Tre saggi sull’immagine*, Napoli, Cronopio, 2011, p. 68. Il corsivo è nostro.

(58) *Ibidem*, p. 70.

tanza politica devono possedere coloro che partecipano del potere legislativo del Parlamento e, probabilmente, anche di quello regionale, affinché i prodotti di quella rappresentanza *valgano*. Ovvero quale limitazione, qualitativa e quantitativa, della rappresentanza elettiva diretta sopporta il “valore” di legge, cui già concorre un rappresentante politico non eletto dal popolo, quale è il Presidente della Repubblica. In una, quale rappresentanza può assolvere la funzione di giustificare l’esercizio della funzione legislativa e, con essa, l’esercizio del potere supremo, vale a dire quello che consiste nell’espressione della volontà generale<sup>59</sup>. Il problema teorico sarebbe, a rigore, lo stesso anche ove si discorresse di un sistema elettorale indiretto per l’Assemblea legislativa regionale, considerata la diffusività della sovranità popolare, salva in tal caso l’irrelevanza del sistema di elezione del Presidente della Repubblica «che si qualifica come Capo di Stato parlamentare»<sup>60</sup>.

Di certo, non è necessario il mandato imperativo: anzi potrebbe darsi che la deliberazione legislativa di un’assemblea rappresentativa può avere un valore, possa davvero “valere”, possa essere volontà solo se la rappresentanza politica non ha mandato imperativo, perché in tal caso non potrebbe volere, non potrebbe deliberare, ma solo scoprire, conoscere.

Più difficile è, invece, stabilire se sia costituzionalmente imposta l’elezione popolare di primo grado di un’assemblea rappresentativa che “concorre” alla produzione di leggi<sup>61</sup>. Per rispondere positivamente bi-

---

(59) Questa la prospettiva teorica da cui muove M. TROPER, *Osservazioni sullo statuto del concetto di rappresentanza politica*, cit., p. 199.

(60) Questa l’obiezione che già L. ELIA, *Una formula equivoca: l’elezione indiretta del Presidente della Repubblica*, cit., p. 1533, muoveva all’uso, nella sentenza n. 96 del 1968, dell’elezione «indiretta in senso ampio» del Presidente della Repubblica come argomento per legittimare l’elezione «di secondo grado» «degli organi di enti territoriali a democraticità costituzionalmente garantita». La medesima obiezione potrebbe oggi rivolgersi alla sent. n. 50 del 2015, che, per sostenere la validità dell’elezione indiretta dei Consigli metropolitani e dei Consigli provinciali prevista dalla l. n. 56 del 2015, ha richiamato la sent. n. 96 del 1968 e, con essa, l’elezione del Presidente della Repubblica. Forse, però, ai nostri fini, il problema vero è un altro: e cioè cosa significhi, in punto di sistema di elezione, «democraticità costituzionalmente garantita» degli enti territoriali, alla cui soluzione (o almeno alla posizione del problema) si spera contribuiranno le considerazioni che seguiranno nel testo.

(61) Da molti esclusa per ragioni di utilità: se una delle due Camere è eletta direttamente, parrebbe sostenersi, l’altra può (deve) non esserlo. Ma l’argomento “economico” dell’utilità non

sogna dimostrare che l'elezione indiretta viola un principio supremo, segnatamente il principio della sovranità popolare e/o il principio democratico<sup>62</sup>. Può, invece, essere preliminarmente scansata la questione dell'incoerenza tra l'elezione indiretta dei senatori, rappresentativi delle istituzioni territoriali ed il principio di autonomia. Se già, infatti, il principio autonomistico, desumibile dagli artt. 5 e 114 Cost., non impone un sistema di elezione diretta per gli organi di governo degli enti territoriali, per le "istituzioni territoriali"<sup>63</sup>, ma impone la loro rappresentatività delle comunità territoriali, la "relazione" tra eletti e comunità di riferimento e, quindi, l'autogoverno<sup>64</sup>, *a fortiori* tale principio non può imporre l'elezione diretta del "Senato della Repubblica".

Con riguardo al principio supremo della sovranità popolare, potrebbe argomentarsi che la rappresentanza parlamentare è legata al principio della sovranità popolare per il tramite del voto: per la Corte vi deve essere corrispondenza tra la composizione dell'organo della rappresentanza politica e «la volontà dei cittadini espressa attraverso il voto, che costituisce il principale strumento di manifestazione della sovranità popolare», pena la «compressione della rappresentatività dell'assemblea parlamentare, incompatibile con i principi costituzionali in base ai quali le assemblee parlamentari sono sedi esclusive della «rappresentanza politica nazionale» (art. 67 Cost.), si fondano sull'espressione del voto e quindi della sovranità popolare, ed in virtù di ciò ad esse sono affidate funzioni fondamentali, dotate di «una caratterizzazione tipica ed infungibile [...], fra le quali vi sono, accanto a quelle di indirizzo e controllo

---

pare decisivo per il "politico".

(62) La dimostrazione sarebbe stata ancora più difficile ove per il Senato riformato si fosse scelta una elezione popolare di secondo grado "in senso stretto", in cui si hanno elettori primari che eleggono i grandi elettori e questi, eletti *ad hoc*, che eleggono i titolari della carica da coprire.

(63) Valida per gli enti territoriali «il modello di secondo grado», fondato sulla scissione tra rappresentanza ed elezioni, Corte cost., sent. n. 50 del 2015, punto 3.4.3 del *Considerato in diritto*. Instaurava, invece, un legame tra autonomia, rappresentatività e "investitura popolare" Corte cost., sent. n. 468 del 1991: «il principio di rappresentatività, connaturato alle Assemblee consiliari regionali in virtù della loro diretta investitura popolare e della loro responsabilità verso la comunità politica che ne ha eletto i componenti, comporta la piena garanzia della autonomia costituzionale riconosciuta alle anzidette Assemblee».

(64) Sul punto, basti P. CARETTI, *Parere*, in *Pareri in merito ai dubbi di costituzionalità del d.d.l. n. 1542*, in *www.affariregionali.it*.

del Governo, anche le delicate funzioni connesse alla stessa garanzia della Costituzione (art. 138 Cost.)»<sup>65</sup>.

Da ciò non pare, però, possibile desumere l'illiceità costituzionale di una elezione indiretta per la rappresentanza, nel Parlamento, delle istituzioni territoriali. È vero, infatti, che le elezioni sono esplicitazione della sovranità popolare, ma, per un verso, gli argomenti del giudice costituzionale impongono il voto dei cittadini (quindi, l'elezione diretta) per la rappresentanza politica della Nazione, per l'altro, la sovranità popolare non si identifica e non si esaurisce nella rappresentanza elettiva, innerva anche funzioni non elettive e vive, più in generale, nel riconoscimento e nella garanzia delle autonomie territoriali.

La dimostrazione della violazione del principio democratico è, invece, impossibile per la stessa ragione per cui è impossibile stabilire se sia più *democratico* un governo parlamentare o un governo presidenziale o una legge proporzionale piuttosto che maggioritaria: dipende dalla teoria democratica che si accoglie e su cui si parametrizza il giudizio. Se, poi, si identifica la democrazia con l'autonomia, può dirsi che chi è eletto senza essere votato dagli elettori non può essere definito un rappresentante secondo il principio democratico, che implica un rapporto di sostanziale (e non formale) corrispondenza-somiglianza tra il rappresentante e il rappresentato e non ha legittimazione *democratica* a governare e che, tra le leggi elettorali, è quella proporzionale «che assicura la migliore o l'ottimale rappresentazione dell'orientamento politico degli elettori»<sup>66</sup>.

Ma resta difficile per il giurista giudicare il tasso di democraticità della nuova forma rappresentativa scelta: dalla Costituzione non è deducibile

---

(65) Corte cost., sent. n. 1 del 2014, punto 3.1 del *Considerato in diritto* e più di recente l'argomento si ricava, *a contrario*, da Corte cost., sent. n. 275 del 2014, che definisce «le assemblee legislative nazionali, espressive al livello più elevato della sovranità popolare in una forma di governo parlamentare». Valorizza l'argomento, per desumerne l'incostituzionalità, per violazione del principio della sovranità popolare, della disposizione del disegno di legge costituzionale che esclude il suffragio popolare diretto nelle elezioni del Senato, che continua a partecipare della funzione legislativa e di revisione costituzionale, A. PACE, *Audizione del prof. Alessandro Pace nel procedimento di revisione costituzionale (d.d.l n. 1429-B)*, in *Osservatorio costituzionale Aic*, 2015.

(66) P. PINNA, *La crisi di legittimazione del Governo rappresentativo. Riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014*, in *Osservatorio costituzionale Aic*, 2014, p. 3.

la norma, le misure, le quantità intermedie della democrazia, ma solo la situazione-limite, quella in cui non vi è un residuo di elettività dell'organo che fa le leggi.

Al massimo potrebbe trarsene un giudizio di democraticità della riforma rispetto all'esistente in termini relativi, ma giammai assoluti ovvero potrebbe mettersi in questione il "valore" di legge<sup>67</sup>. E ciò considerato che dalla Costituzione scompare l'evocativa espressione "suffragio universale e diretto" per l'elezione del Parlamento, che la *regola* dell'elezione diretta resta per la sola Camera dei deputati e che, se il Governo rappresentativo è sempre stato funzionalmente indipendente dal popolo, senza elezioni o con elezioni indirette lo diventa anche organicamente. Potrebbe, però, dirsi che le difficoltà democratiche dell'elezione indiretta dei senatori si attenuano, per lo meno riguardo ai senatori-consiglieri regionali, perché l'art. 57, comma 5, impone che i senatori siano eletti *da e tra* i consiglieri «in conformità alle scelte espresse dagli elettori per i candidati consiglieri in occasione del rinnovo». Il che parrebbe imporre la previsione di questo principio fondamentale per l'elezione di consiglieri regionali con legge statale, non tanto per la previsione dell'art. 122, comma 1, Cost., ma per la ragione che si tratterebbe di una regola per l'elezione (sebbene indiretta) di un organo dello Stato o di un organo della Repubblica personificato, per ragioni dimensionali, con un organo dello Stato-soggetto.

Se, dunque, appartiene allo spazio del costituzionalmente lecito l'elezione indiretta di una parte dei parlamentari, salvo verificare che ne resta del "valore" di legge, l'idoneità di quella elezione, che deve essere anche "identificazione", a rappresentare le istituzioni territoriali non può che dipendere dalla qualità dei rappresentanti<sup>68</sup> che, qui, dove l'elettore passivo coincide *personalmente* con quello attivo, dipende più che

---

(67) A rigore, il Senato non eletto direttamente mette in crisi il valore di legge solo se si fonda teoricamente il legame, per lo più intuitivo o dato per scontato, tra legge e rappresentanza elettiva. Ciò implica, però, l'elaborazione di una teoria interpretativa del valore di legge nel testo costituzionale, che qui può solo essere evocata.

(68) Nel dibattito che ha accompagnato il procedimento parlamentare del disegno di legge costituzionale ricorre la questione della *qualità* rappresentativa, ovvero della capacità, dei senatori: per tutti, G. SCACCIA, *Indagine conoscitiva*, cit., p. 11; R. BIN, *Riforma costituzionale e Regioni: ancora troppi equivoci*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*.

mai dalla qualità dei rappresentati. Nella rappresentanza sono, sempre, in gioco prestazioni di “qualità” e “valore” di rappresentante e rappresentato. E ciò non solo nella dottrina schmittiana della rappresentanza slegata dalle elezioni, secondo cui il rappresentante deve essere *capace* di rappresentare ed il rappresentato, per suo conto, deve essere capace di progredire nell'*esistenza pubblica, politica*, deve avere «valore»<sup>69</sup>, ma anche nella dottrina, per certi versi elitista, gramsciana, che nella rappresentanza parlamentare metteva in gioco, oltre la legge del numero, «la capacità di espansione e di persuasione delle opinioni di pochi, delle minoranze attive, delle *élites*, delle avanguardie»<sup>70</sup>. Ma se quella qualità può essere presunta ove il rappresentato è il popolo e vi è elezione diretta, la stessa deve essere più rigorosamente dimostrata ove il rappresentato è a propria volta una istituzione rappresentativa e non vi è elezione diretta.

E qui iniziano i problemi.

### 3.2 La “disomogeneità” dei rappresentati/rappresentanti

La rappresentanza territoriale del testo riformato presenta problemi di *omogeneità*.

Quando si parla di rappresentanza politica, con l'espressione “omogeneità” si intende fare riferimento a tutte quelle caratteristiche strutturali che attengono al funzionamento del meccanismo rappresentativo e che implicano una somiglianza tra i rappresentati (e, quindi, la loro rappresentabilità da parte dei rappresentanti). Quella somiglianza è il fattore, storico e teorico, in grado di trasferire un *surplus* di legittimazione democratica agli organi rappresentativi e di democraticità agli atti di quegli organi: per questo, a partire dalla genesi dello Stato moderno, ci affidiamo alla rappresentanza come strumento per costruire, riducendo la molteplicità ad unità nella *persona* giuridica del rappresentante, l'identità di un ordinamento e consentirne il funzionamento. Si parla di omogeneità perché l'operazione di passare dal molteplice all'uno, di ridurre

---

(69) C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 277.

(70) A. GRAMSCI, *Il numero e la qualità nei regimi rappresentativi*, in Id., *Quaderni del carcere, Quaderno 13, Note sulle politica del Machiavelli*, § 30, Torino, Einaudi, 1975, p. 193 ss.

il pluralismo senza falcidiarlo, è possibile solo se la rappresentanza funziona nella stessa maniera in relazione alle varie parti del corpo sociale. Ma se tra le varie parti del corpo sociale non vi è omogeneità, il risultato di questo dispositivo non potrà che essere qualcosa di strutturalmente molto poco aderente al dato di partenza, irriducibile ad uno. È questa la ragione per cui negli ordinamenti pluralistici contemporanei si discorre, ormai come luogo comune, di crisi della rappresentanza: la crisi riguarda sia i rappresentanti, in quanto – seppure con qualche semplificazione – i partiti politici hanno perso la loro capacità di mettere in *forma* le plurime istanze sociali, sia i rappresentati, in quanto gli individui che formano la moltitudine sono attraversati da plurime appartenenze che l'ordinamento non riesce più, attraverso il meccanismo rappresentativo, a comporre. La rappresentanza non funziona più perché non c'è *un* popolo, *una* unità politica da riprodurre.

Potrebbe anche dirsi che è bene che la rappresentanza politica sia in *esistenziale* (à la Schmitt) tensione tra identità e differenza e, quindi, sia aporetica, perché esclude, da un lato, un potere totalmente sovrapposto alla società, guidato da una profonda logica dell'identificazione, dell'incarnazione e dell'immedesimazione, dall'altro, una appropriazione indebita di sovranità da parte di una frazione del popolo<sup>71</sup>.

Quella tensione, quello scarto, tra identificazione e distinzione non devono, però, superare la linea della irrappresentabilità, vale a dire della irrafrontabilità tra le varie parti da rappresentare.

La linea-limite su cui parametrare la (dis)omogeneità nella rappresentanza delle istituzioni territoriali non inerisce la *relazione* tra rappresentanti e rappresentati, considerata la sostanziale, fisica, coincidenza – con le eccezioni dei senatori del Presidente, dei senatori-ex Presidenti e dei senatori-Sindaci – tra gli uni e gli altri, che esclude una relazione in senso proprio. L'omogeneità è qui una questione che riguarda piuttosto la qualità dei rappresentati e, simbioticamente, dei rappresentanti<sup>72</sup>. È vero che in Senato i rappresentati sono tutte le istituzioni territo-

---

(71) Stigmatizza tali polarizzazioni P. ROSANVALLON, *Il Politico. Storia di un concetto*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2005, p. 35.

(72) Seppure con riguardo alla rappresentanza politica generale, poneva la questione dell'omogeneità, della "contiguità sociale", non solo dell'"oggetto" della rappresentanza, ma

riali, ma quella rappresentanza è mediata da un organo di un ente territoriale, il Consiglio regionale: nel Senato della Repubblica i Consigli regionali stanno alle istituzioni rappresentative come nella Camera dei deputati il corpo elettorale sta alla Nazione. Non ha, quindi, senso interrogarsi sulla ovvia disomogeneità delle plurime istituzioni territoriali rappresentate, come non ha senso interrogarsi sulle infinite differenze implicate dalle idee, quali popolo e Nazione, che per esistere esigono, appunto, il meccanismo rappresentativo.

Ha senso, invece, partire dalla circostanza che i senatori sono eletti dai Consigli regionali, i quali, a loro volta, sono eletti sulla base di leggi elettorali diverse e devono rispettare cause diverse di ineleggibilità e incompatibilità, fatta eccezione, ai sensi dell'art. 122, comma 1, Cost., per i principi fondamentali fissati con una legge dello Stato.

Potrebbe discorrersi di eterogeneità interna come di un fattore strutturale della rappresentanza territoriale. Segnatamente, questi senatori saranno espressione di un rapporto governanti-governati che, all'interno di ogni singola Regione, è declinato in maniera diversa sotto i profili del sistema elettorale, delle ineleggibilità e delle incompatibilità. Per "misurare" questo tasso di eterogeneità o, per lo meno, di disomogeneità, l'attenzione non può che appuntarsi sulla legge cui la legge cost. n. 1/1999 ha affidato il compito di dettare i principi fondamentali, ossia la legge n. 165/2004 sui principi comuni ai sistemi elettorali e alle cause di ineleggibilità ed incompatibilità. E ciò che si può rilevare al riguardo è che nella legge n. 165 il fattore di riduzione ad unità, ciò che dovrebbe comprimere le eterogeneità, è praticamente nullo.

In materia di ineleggibilità, l'art. 2 prescrive quale primo principio fondamentale la «sussistenza delle cause di ineleggibilità qualora le attività o le funzioni svolte dal candidato possano turbare o condizionare in modo diretto la libera decisione di voto degli elettori ovvero possano violare la parità di accesso alle cariche elettive rispetto agli altri candidati». Appare evidente come si tratti della definizione minima di ineleggibilità e non già di un principio fondamentale che, a rigore, presuppone tale definizione. Al più si tratta di un principio che si identifica con

---

anche dei "soggetti" della rappresentanza, dei rappresentanti, C. MORTATI, *Le forme di governo. Lezioni*, Padova, Cedam, 1973, p. 99.

la descrizione degli effetti di fattispecie che devono essere sanzionate con la ineleggibilità. Con la conseguenza, però, che è rimessa alla legge regionale l'individuazione dei casi che determinano, *ope legis*, l'ineleggibilità e, quindi, lo svolgimento in concreto della valutazione circa la sussistenza o meno dell'effetto descritto dall'art. 2.

Ancora, il principio di cui alla lettera *b)*, ossia l'«inefficacia delle cause di ineleggibilità qualora il candidato cessi dalle funzioni non oltre il giorno fissato per la presentazione delle candidature o altro termine anteriore altrimenti stabilito», descrive il meccanismo di funzionamento delle cause di ineleggibilità: tutte le cause di ineleggibilità vengono meno in caso di dimissioni. Similmente, l'«applicazione della disciplina delle incompatibilità alle cause di ineleggibilità sopravvenute nel caso in cui ricorrano le caratteristiche proprie delle cause di incompatibilità» è una caratteristica strutturale minima di funzionamento della ineleggibilità: se la causa di ineleggibilità sopravviene all'elezione, viene qualificata e regolata come una incompatibilità, con l'assegnazione al candidato di un termine entro il quale optare per una delle due cariche. Infine, anche l'«attribuzione ai Consigli regionali della competenza a decidere sulle cause di ineleggibilità dei propri componenti e del Presidente della Giunta eletto a suffragio universale e diretto, fatta salva la competenza dell'autorità giudiziaria a decidere sui relativi ricorsi» è una disposizione di principio meramente ricognitiva del diritto vigente in materia di ineleggibilità.

Questi principi fondamentali giammai possono essere principi minimi, e tanto meno sufficienti, per una disciplina *cornice* delle ineleggibilità regionali: aprono piuttosto la strada a disposizioni regionali (solo formalmente di dettaglio e) eterogenee, che non potranno non mettere in questione la raffrontabilità della qualità strutturale delle diverse istituzioni territoriali rappresentate.

Ad una conclusione non dissimile pare doversi giungere anche per le cause di incompatibilità. L'art. 3 pone quale principio la «sussistenza di cause di incompatibilità, in caso di conflitto tra le funzioni svolte dal Presidente o dagli altri componenti della Giunta regionale o dai consiglieri regionali e altre situazioni o cariche, comprese quelle elettive, suscettibile, anche in relazione a peculiari condizioni delle Regioni, di compromettere il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione».

ne ovvero il libero espletamento della carica elettiva», vale a dire la definizione di incompatibilità. Paradossale pare, poi, il secondo principio, che non prescrive alcuna disciplina comune. L'«eventuale sussistenza di una causa di incompatibilità tra la carica di assessore regionale e quella di consigliere regionale» significa che le Regioni possono prevedere l'incompatibilità tra la carica di assessore e di consigliere. Ma se la possono prevedere, significa che possono anche non prevederla; il che dimostra che la capacità di questo principio di produrre una uniformità sul piano delle legislazioni regionali è nulla. Ancora, l'«attribuzione ai Consigli regionali della competenza a decidere sulle cause di incompatibilità dei propri componenti e del Presidente della Giunta eletto a suffragio universale e diretto, fatta salva la competenza dell'autorità giudiziaria a decidere sui relativi ricorsi», nonché la «fissazione di un termine dall'accertamento della causa di incompatibilità, non superiore a trenta giorni, entro il quale, a pena di decadenza dalla carica, deve essere esercitata l'opzione o deve cessare la causa che determina l'incompatibilità» sono disposizioni descrittive del normale funzionamento delle cause di incompatibilità, senza alcuna capacità conformativa del rapporto governanti-governati.

Ma probabilmente l'aspetto più significativo è quello che emerge all'art. 4, che contiene i principi fondamentali in materia elettorale, che dovrebbero consentire di ritenere che la rappresentanza delle Assemblee regionali risponda ad una matrice unitaria, comune o, per lo meno, sufficientemente omogenea da non determinarne l'irraffrontabilità e l'irrapresentabilità. Innanzitutto, vi è il principio per cui «i sistemi elettorali devono garantire stabili maggioranze nei Consigli regionali e assicurare la rappresentanza delle minoranze». Qui il principio non è quello della rappresentatività generale, ma piuttosto quello della stabilità e della rappresentanza delle minoranze: la rappresentanza delle minoranze è il contrappeso della rappresentatività generale. Similmente, la lettera *c-bis*), introdotta dalla l. n. 20 del 2016, impone la promozione delle pari opportunità tra donne e uomini nell'accesso alle cariche elettive: qui è la rappresentanza di genere che limita la rappresentanza generale. Gli altri principi sono il divieto di mandato imperativo e la disposizione secondo cui, in caso di elezione a suffragio universale e diretto del Presidente della Giunta, essa deve avere luogo contestualmente all'elezione

del Consiglio regionale. Il grande spartiacque rimane tra elezione diretta e elezione non diretta del Presidente della Giunta. Con la conseguenza che le relazioni tra il Consiglio regionale ed il corpo elettorale possono essere decisamente disomogenee.

Ancora, dipende dallo statuto l'appartenenza al Consiglio regionale del Presidente della Giunta e, quindi, la sua eleggibilità a senatore<sup>73</sup>.

Invero, l'art. 57, secondo e ultimo comma, nonché la disciplina transitoria di cui all'art. 39, commi 1 e 2, della legge di revisione costituzionale limitano l'eterogeneità, ove impongono il «metodo proporzionale» per l'elezione dei senatori-consiglieri e l'attribuzione dei seggi «in ragione dei voti espressi e della composizione di ciascun Consiglio», riservando la materia ad una legge bicamerale. Tale fattore di omogeneità non pare, però, estensibile all'elezione dei Sindaci<sup>74</sup> e, in ogni caso, riguarda la possibile omogeneità dei rappresentanti, ma non già dei rappresentati. Resta che i senatori saranno espressione di un legame governanti-governati mediato da istituzioni regionali strutturalmente differenti e le cui assemblee elettive sono fondate su differenti forme di legittimazione del proprio potere. Cosicché la disomogeneità degli elettori di secondo grado, intesi in senso lato, rileva non solo come fattore disgregativo pratico della rappresentanza delle istituzioni territoriali, ma anche quale elemento corrosivo della legittimazione del potere del nuovo Senato. La questione della disomogeneità potrebbe, però, perdere di rilevanza in forza del già citato art. 57, comma 5, che impone alla legge bicamerale la norma che i senatori siano eletti «in conformità alle scelte espresse dagli elettori per i candidati consiglieri in occasione del rinnovo». Orbene, questa disposizione incide sul legame tra corpo elettorale e sena-

---

(73) Invero gli Statuti delle Regioni ordinarie prevedono, secondo una disposizione già contenuta nella l. cost. n. 1 del 1999, che il Presidente della Giunta regionale faccia parte del Consiglio regionale. Per quanto riguarda le Regioni a Statuto speciale (Friuli-Venezia Giulia, Sardegna, Sicilia e Provincia autonoma di Trento), l'appartenenza del Presidente della Giunta regionale (o provinciale nel caso di Trento) al Consiglio è specificata nelle rispettive leggi elettorali. Nella Valle d'Aosta e nella Provincia autonoma di Bolzano, che hanno optato per derogare al modello della forma di governo dell'elezione a suffragio universale diretto, il Presidente dell'organo di governo è eletto dal Consiglio regionale (o provinciale) al proprio interno.

(74) G. TARLI BARBIERI, *Testo dell'audizione sul disegno di legge costituzionale n. 1429-B presso la 1<sup>a</sup> Commissione affari costituzionali del Senato (28 luglio 2015)*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2, 2015, p. 7.

tore-consigliere e attenua la mediazione delle istituzioni territoriali che, nella scelta, sarebbero vincolate dalla volontà del corpo elettorale, ma non conforma la qualità delle istituzioni territoriali rappresentate e delle loro assemblee elettive. Può instaurare una relazione diretta tra il senatore-consigliere e gli elettori, ma non può conformare la qualità dei soggetti territoriali rappresentati, che resta disomogenea e, quindi, neppure la qualità del rappresentante.

In una, questa disposizione attenua il dilemma democratico, ma lascia irrisolto il problema del *funzionamento* del *dispositivo* rappresentativo che, mettendo in presenza gli assenti, ha sempre a che fare, in qualche misura, con la somiglianza.

#### 4. Un "Parlamento"?

E sempre una questione di somiglianza, similitudine, sta dietro alla domanda con cui si concludono queste riflessioni.

Le due forme di rappresentanza, della Nazione e delle istituzioni territoriali, hanno un quoziente di omogeneità sufficiente per poter essere *una* rappresentanza parlamentare, *un* Parlamento?

Se è possibile una teoria interpretativa dell'art. 55 che riconduca la rappresentanza territoriale al *campo* del "politico" e se la distinzione tra elezione diretta di una Camera e indiretta del Senato non viola di per sé un principio supremo, ma può essere misurabile secondo il parametro della rappresentanza democratica e porre la questione del "valore" di legge, resta il problema *rappresentativo*: la rappresentanza sottende l'Uno, presente, che sostituisce i molti, assenti.

Non ci si riferisce tanto alla dottrina della rappresentanza parlamentare con libero mandato elaborata dalla giurisprudenza costituzionale: il richiamo all'unicità della rappresentanza politica nazionale di cui all'art. 67 Cost., attraverso l'«armonia con la Costituzione»<sup>75</sup>, rappresenta l'ideale *pendant* concettuale dell'infrazionabilità del popolo sovrano, di «un solo popolo, che dà forma all'unità politica della Nazione»<sup>76</sup>. Ci si po-

(75) Corte cost., sent. n. 306 del 2002.

(76) Corte cost., sent. n. 496 del 2000 e per il profilo che qui interessa cfr. N. ZANON, "Superiorità" della rappresentanza politica sul popolo nei procedimenti di innovazione costituzionale? (Divagazioni a margine della sentenza n. 496 del 2000 della Corte costituzionale), in L.

trebbe agevolmente liberare di questa dottrina notando come la riforma muta proprio il presupposto da cui essa muove, e cioè l'esclusività della rappresentanza nazionale. E, in fondo, di quella dottrina, *dogmatica*, si poteva fare a meno già prima, nella Costituzione vigente: era fondata sull'idea della conservazione dell'unità politica come tutela dell'unità della rappresentanza del popolo-Nazione, l'uno-indistinto, quindi sul mito, sulla finzione, della "maschera totemica" della rappresentanza politica generale e sulla opposizione sovranità/autonomia, a sua volta concatenata alla negazione di popoli regionali (sovrani).

Ci si riferisce piuttosto alla struttura teoretica della rappresentanza/rap-presentazione: il meccanismo rappresentativo si fonda sulla unità del rappresentante. Con Hobbes, è l'unità del rappresentante, e non l'unità del rappresentato, che fa una la *persona*. Ma nel Parlamento disegnato dal nuovo art. 55 i rappresentanti si moltiplicano, i presenti sono molti: sono *persone* diverse, con fonti di legittimazione diversa. L'integrazione della rappresentanza generale della Nazione con quella, anche formalmente, eterogenea delle istituzioni territoriali potrebbe mettere in questione il singolare della rappresentanza parlamentare. Potrebbe salutar-si il politeismo della rappresentanza politica come un benefico antidoto alla completa, assolutistica, identità o comunione del popolo con i suoi rappresentanti. Ma, più radicalmente, potrebbe anche divenire una non-rappresentanza: molteplici non sono più solo i rappresentati da mettere in forma, ma molteplici, perché istituzionalmente diversi, sono anche i rappresentanti. In ogni caso, la rappresentanza non è più la relazione tra l'autorità del «popolo come unità» e il «popolo come molteplicità»<sup>77</sup>, ma tra più molteplicità.

La dualità delle forme di rappresentanza, ove entrambe interpretate come rappresentanza politica, non è forse sufficiente per declinare il Par-

---

CARLASSARE (a cura di), *Democrazia, rappresentanza, responsabilità*, Padova, Cedam, 2001, p. 156.

(77) Cfr. H. HELLER, *Staatlebre*, Leyden, 1971, trad. it. U. Pomarici, *Dottrina dello Stato*, Napoli, Esi, 1988, p. 141. Cfr. anche Id., *Die Souveranetaet. Ein Beitrag zur Theorie des Staatsund Voelkerrechts* (1927), trad. it P. Pasquino, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 141-2.

lamento al plurale, un Parlamento generale e un Parlamento *speciale*<sup>78</sup>. Ma è forse il segno del declino dell'idea della inaggettivata rappresentatività dell'organo assembleare.

La storia repubblicana inizia con l'art. 52, comma 3, della l. n. 62 del 1953, che vietava ai membri della Commissione parlamentare per le questioni regionali di partecipare alle sedute in cui fossero discusse questioni della Regione nei cui collegi erano stati eletti.

Conosce la "rappresentanza" delle Regioni, delle Province autonome e degli Enti locali nella Commissione parlamentare per le questioni regionali, secondo la previsione dell'art. 11, l. cost. n. 3 del 2001.

Arriva con il Senato della Repubblica al rovesciamento dell'art. 52 della legge n. 62/1953 e, con esso, al mutamento della nozione di Parlamento.

Dopo la riforma, infatti, difficilmente l'*essenza* del parlamentarismo, anche se resta rappresentativa, può continuare ad essere definita «la formazione della volontà normativa dello Stato da parte di un organo collegiale eletto dal popolo in base al suffragio universale e uguale, e quindi democraticamente, secondo il principio maggioritario»<sup>79</sup> o, in ogni caso, si attenua il rapporto, storicamente – se non teoricamente – fondato, tra parlamentarizzazione e democratizzazione<sup>80</sup>.

---

(78) Si mutua l'aggettivo da H. Kelsen, *Il problema del parlamentarismo*, cit., p. 179, nota 6, che lo riferisce alle «corporazioni organizzate su base personale o territoriale».

(79) H. Kelsen, *op. cit.*, p. 175.

(80) M. Weber, *Parlamento e governo*, cit., p. 95 ss.

## I tipi di potestà legislativa statale e regionale nella riforma costituzionale

*Gino Scaccia*

*La riforma costituzionale proposta dal Governo Renzi aumenta in modo considerevole le competenze esclusive statali, elimina quelle concorrenti, conserva la competenza residuale in capo alle Regioni, pur accompagnandola con l'enumerazione di specifiche competenze. Apparentemente, essa semplifica la linea di riparto costituzionale e riduce le ipotesi di conflitto legislativo fra enti. Tuttavia nel nuovo art. 117 vi sono pure materie definite secondo tecniche inedite, che pongono questioni interpretative complesse. Si tratta in particolare delle disposizioni generali e comuni, delle disposizioni di principio in tema di forme associative di comuni, delle competenze definite in ragione della dimensione nazionale dell'interesse e della clausola di supremazia, che funge da criterio di chiusura (e di deroga) degli elenchi di materie. Muovendo dall'analisi di questi diversi tipi di potestà legislativa, l'Autore giunge alla conclusione che la riforma delinea un modello fortemente centralizzato nel quale i confini delle materie regionali sono segnati più che dalle norme costituzionali di competenza, dalla volontaria autolimitazione del legislatore statale, di cui risultano il mero "effetto riflesso". Dalla garanzia giurisdizionale si passa insomma alla garanzia politica e lo stesso principio di leale collaborazione pare destinato a ridurre il proprio raggio di azione al cospetto di strumenti di esercizio unilaterale della supremazia statale, che si impone in chiave gerarchica, piuttosto che consensuale.*

### **1. Prologo. Gli obiettivi della riforma**

Sulla necessità di porre mano al riparto delle funzioni legislative fra Stato e Regioni l'accordo, in sede politica e nel dibattito scientifico, è pressoché unanime. I difetti dell'impianto vigente, infatti, si sono ben presto fatti evidenti nel confronto con la realtà effettuale: lacune macroscopiche negli elenchi delle materie di legislazione esclusiva statale; irragionevole affidamento alla competenza concorrente di ambiti corrispondenti a interessi di sicuro rilievo nazionale; rigidità e debolezza te-

orica della tecnica di definizione delle materie residuali; mancanza di una Camera delle autonomie che potesse rappresentare le istanze territoriali già nella fase della progettazione legislativa. Il congiunto operare di questi fattori ha reso massimamente incerta la linea di riparto delle competenze, facendo esplodere il contenzioso costituzionale fra Stato e Regioni.

Per ovviare a questi gravi inconvenienti, il testo di riforma elimina dall'elenco dell'art. 117 Cost. le competenze concorrenti, amplia notevolmente gli ambiti di legislazione esclusiva statale ed enumera espressamente le materie di competenza regionale, pur confermando la "clausola di residualità" in favore della Regione.

La sostanziale scomparsa della legislazione concorrente, che permane espressamente solo negli ambiti di cui all'art. 122, primo comma, Cost.<sup>1</sup>, non può suscitare grandi rimpianti. La distinzione fra norme di principio e norme di dettaglio, infatti, è sempre stata troppo sfuggente e opinabile sul piano teorico per fornire, in sede pratica, una stabile linea di divisione verticale fra competenze statali e regionali<sup>2</sup>. Del resto questa tecnica distributiva delle funzioni legislative era rimasta ormai un *unicum* nell'esperienza comparata; abbandonata nel 2006 anche dalla Germania, che pure l'aveva declinata – nelle forme della competenza di cornice (*Rahmengesetzgebung*) – in modo più razionale, prevedendo che la legislazione locale fosse vincolata solo dai principi fundamenta-

---

(1) Segnatamente: sistema di elezione e casi di ineleggibilità e di incompatibilità del Presidente, dei componenti della Giunta regionale e dei consiglieri regionali, nonché durata degli organi elettivi.

(2) La Corte costituzionale ha talora compiuto lo sforzo di ancorarsi a parametri valutativi dotati di una qualche oggettività, ad esempio definendo le norme di principio come quelle che «per ottenere piena applicazione, richiedono ulteriori sviluppi normativi» (sent. n. 200/2012) o qualificando come norme di principio quelle cui spetta «prescrivere criteri ed obiettivi», laddove sono di «dettaglio» le norme cui è «riservata l'individuazione degli strumenti concreti da utilizzare per raggiungere detti obiettivi» (sent. nn. 430/2007 e 181/2006), caratterizzate da un «basso grado di astrattezza, che, per il loro carattere di estremo dettaglio, non solo sono insuscettibili di sviluppi o di svolgimenti ulteriori, ma richiedono, ai fini della loro concreta applicazione, soltanto un'attività di materiale esecuzione» (sent. n. 177/1988). E tuttavia ha dovuto ammettere che la nozione di «principio fondamentale non può essere cristallizzata in una formula valida in ogni circostanza, ma deve tenere conto del contesto, del momento congiunturale in relazione al quale l'accertamento va compiuto e della peculiarità della materia» (sentt. nn. 23/2014, 16/2010, 237/2009), con ciò consegnando la competenza concorrente a un'intima incertezza, a valutazioni intrinse di soggettivismo.

li espressamente posti dal legislatore federale e non anche – come in Italia – da quelli desumibili dalla normativa statale vigente in materia<sup>3</sup>. Venuto meno l'insidioso terreno delle competenze miste operanti secondo lo schema del concorso vincolato, e incluse fra le competenze statali – come si dirà – alcune delle materie che avevano dato innesco ai maggiori problemi definitivi, è ragionevole attendersi una qualche deflazione dei conflitti legislativi fra enti.

L'obiettivo di una riduzione del contenzioso potrebbe, tuttavia, essere parzialmente pregiudicato, se non addirittura esporsi al fallimento, per la presenza nell'elenco delle potestà legislative statali di materie definite secondo tecniche inedite, che sono fonte di questioni interpretative complesse e che, come si argomenterà, istituiscono ambiti di "colegislazione"<sup>4</sup> nei quali tracciare la linea divisoria fra competenze statali e regionali sarà tutt'altro che agevole.

## ***2. La potestà legislativa esclusiva dello Stato***

Le potestà legislative statali di tipo esclusivo sono state ampliate in modo rilevante, rimediando almeno in parte alle carenze che affliggono il vigente art. 117 Cost. All'elenco attuale sono stati aggiunti, in particolare: promozione della concorrenza e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario (lett. e); norme sul procedimento amministrativo e sulla disciplina giuridica del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche tese ad assicurarne l'uniformità sul territorio nazionale (lett. g); disposizioni generali e comuni per la tutela della salute, per le politiche sociali e per la sicurezza alimentare (lett. m); disposizioni generali e comuni sull'istruzione; ordinamento scolastico; istruzione universitaria e programmazione strategica della ricerca scientifica e tecnologica (lett. n); previdenza complementare e integrativa; tutela e sicurezza del lavoro; politiche attive del lavoro; disposizioni generali e comuni sull'istruzione e formazione professionale (lett. o); ordina-

---

(3) Che i principi fondamentali in materia concorrente possano trarsi per implicito dalla legislazione statale vigente in materia è stato affermato, anche dopo la revisione del titolo V, fin da Corte cost., sent. n. 282/2002.

(4) Parla di «clausole di colegislazione» S. PAJNO, *Considerazioni sulla riforma costituzionale in progress, tra Governo, Senato e Camera dei deputati*, in *federalismi.it*, n. 24/2014, p. 17 ss.

mento di Comuni e Città metropolitane e disposizioni di principio sulle forme associative dei Comuni (lett. *p*); commercio con l'estero (lett. *q*); coordinamento informativo statistico e informatico dei processi e delle relative infrastrutture e piattaforme informatiche dell'amministrazione statale, regionale e locale (lett. *r*); tutela e valorizzazione dei beni culturali e paesaggistici; ambiente ed ecosistema; ordinamento sportivo; disposizioni generali e comuni sulle attività culturali e sul turismo (lett. *s*); ordinamento delle professioni e della comunicazione (lett. *t*); disposizioni generali e comuni sul governo del territorio e sistema nazionale e coordinamento della protezione civile (lett. *u*); produzione, trasporto e distribuzione nazionali dell'energia (lett. *v*); infrastrutture strategiche e grandi reti di trasporto e di navigazione di interesse nazionale e relative norme di sicurezza; porti e aeroporti civili, di interesse nazionale e internazionale (lett. *z*).

L'elenco è molto ampio e riporta opportunamente in capo allo Stato politiche pubbliche di rilievo e interesse nazionale che incomprensibilmente erano state ascritte alla competenza concorrente o comunque non ricomprese in quella esclusiva, e quindi potevano risultare attratte dalla clausola residuale: è il caso della produzione, distribuzione e trasporto nazionali dell'energia, delle grandi reti di trasporto e di navigazione, dei porti e aeroporti civili di interesse nazionale e internazionale, dell'ordinamento della comunicazione, del commercio con l'estero, della previdenza complementare e integrativa, della tutela e sicurezza del lavoro.

Per altri titoli di potestà esclusiva il legislatore di riforma ha positivizzato le acquisizioni della giurisprudenza costituzionale, consolidando le letture espansive da questa accreditate.

Si pensi ad esempio alla promozione della concorrenza, che era già stata ricondotta alla competenza in tema di "tutela della concorrenza" (art. 117, secondo comma, lett. *e*); all'ordinamento delle professioni, riportato in mano statale in linea con una giurisprudenza che aveva lasciato poco o punto spazio alle scelte regionali<sup>5</sup>; o infine, emblematicamen-

---

(5) Si vedano, ad esempio le sentt. nn. 138/2009, 93/2008, 300/2007, 319, 355 e 405/2005, in cui si legge che: «l'art. 117, terzo comma, della Costituzione (...) attribuisce alle Regioni la competenza a disciplinare – nei limiti dei principi fondamentali in materia e della competenza

te, al coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, che nella giurisprudenza della Corte – complici i sempre più stringenti vincoli di bilancio di derivazione costituzionale ed europea – ha dato fondamento a interventi statali non già diretti a raccordare, con normazione di principio, sfere regionali di autonomia finanziaria, ma ad incidere in modo profondissimo, con norme puntuali dettate dall'esigenza di contenere la spesa corrente, sull'autonomia legislativa, contabile, e persino sull'organizzazione interna delle Regioni ordinarie e speciali<sup>6</sup>.

Degna di nota è anche la ridefinizione della materia “tutela dell'ambiente e dell'ecosistema” in “ambiente ed ecosistema” *tout court*. La qualificazione della materia in termini oggettivi risponde all'intento di accentrare nello Stato la cura complessiva e finale dell'ambiente come bene giuridico unitario. In questo modo il controverso problema della derogabilità *in melius* degli standard statali di protezione ambientale dovrebbe trovare una stabile soluzione. Insediata la competenza nello Stato sull'intero oggetto “ambiente”, e non più sui soli profili di tutela dello stesso, i predetti livelli dovrebbero infatti considerarsi sempre e comunque inderogabili, anche *in melius*, salvo che lo stesso legislatore statale non disponga altrimenti.

Si è sopra detto che il testo di riforma ha fatto venir meno l'elenco delle materie di legislazione concorrente e che lo schema di riparto è ora sostanzialmente binario, a un elenco di competenze statali contrappo-  
nendosi un elenco di competenze regionali. Questa simmetria è tuttavia solo apparente. Campi di “colegislazione”, in cui convivono o concorrono funzioni legislative statali e regionali, non sono, infatti, venuti meno. Essi si aprono, in particolare, negli ambiti in cui lo Stato è autorizzato a porre “disposizioni generali e comuni” (lettere *m, n, o, s, u* dell'art. 117, secondo comma) e “disposizioni di principio” (lett. *p* del medesimo articolo), nonché nelle materie definite avendo riguardo alla

---

statale all'individuazione delle professioni (...) – tanto le professioni per il cui esercizio non è prevista l'iscrizione ad un Ordine o Collegio, quanto le altre, per le quali detta iscrizione è prevista, peraltro limitatamente ai profili non attinenti all'organizzazione degli Ordini e Collegi.

(6) Si veda in particolare la sentenza n. 376/2003, nella quale si trova l'affermazione che nell'esercizio della competenza in esame possono essere previste anche disposizioni puntuali, eventualmente necessarie affinché la finalità di coordinamento possa essere concretamente realizzata.

dimensione nazionale dell'interesse in esse implicato o dell'oggetto cui si riferiscono o del fine che le anima. Di queste nuove competenze statali è ora necessario trattare.

### ***2.1. La competenza in tema di disposizioni generali e comuni***

Lo Stato è titolare della potestà esclusiva a porre “disposizioni generali e comuni” in tema di tutela della salute, politiche sociali e sicurezza alimentare (lettera m); istruzione (lett. n); attività culturali e turismo (lett. o); istruzione e formazione professionale (lett. s); governo del territorio (lett. u).

La formula “disposizioni generali e comuni” fa sorgere una serie di interrogativi di non intuitiva soluzione. In primo luogo occorre chiarire cosa si intenda per disposizioni “generali”; in secondo luogo che valore abbia l'ulteriore qualificazione “comuni”; se cioè essa si leghi al primo aggettivo per formare con esso un'endiadi o se al contrario la “e” vada intesa in senso disgiuntivo, sicché potrebbero esistere disposizioni statali generali, ma non comuni e disposizioni comuni, ma non generali. Viene in soccorso dell'interprete l'argomento storico-genetico. La formulazione di cui si discorre è stata introdotta in sostituzione della dizione “norme generali”, che compariva nel primo testo del disegno di legge di riforma (A.S. 2544, A.C. 4862)<sup>7</sup>. Si è passati, quindi, da “norme generali” a “disposizioni generali e comuni”, evidentemente nell'intento di riprendere e precisare quella originaria formulazione. Ebbene, la Corte costituzionale, nel definire i contorni della competenza statale a porre norme generali – appunto – in materia di istruzione (art. 117, secondo comma, lett. n vigente), ha chiarito che dette norme «si differenziano (...) dai principi fondamentali, i quali (...) non esauriscono in se stessi la loro operatività, ma informano, diversamente dalle prime, altre norme, più o meno numerose». Secondo i giudici di Palazzo della Consulta sono norme di principio quelle che ammettono molteplici modalità di attuazione, territorialmente diversificate; “norme generali” quelle «capaci di esaurire in se stesse la loro operatività» senza richiedere necessariamente una disciplina integrativa, e quindi capaci

---

(7) Approvazione in commissione Affari costituzionali del Senato, nella seduta dell'8 luglio 2014 dell'emendamento 26.1000.

di assumere contenuto minutamente regolativo, “di dettaglio”<sup>8</sup>. La nozione di generalità<sup>9</sup> è stata dalla Corte declinata in senso diverso per le due potestà legislative statali, esclusiva e concorrente, attualmente previste in materia di istruzione: quella riferita alla materia concorrente e dunque ai principi fondamentali della legislazione statale è una generalità che attiene alla struttura del precetto normativo, che deve presentare un grado di astrattezza tale da essere suscettibile di sviluppi e di svolgimenti ulteriori e da non richiedere, ai fini della propria concreta applicazione, soltanto un’attività di materiale esecuzione<sup>10</sup>. I principi fondamentali, infatti, orientano, ma non possono integralmente determinare i contenuti della potestà legislativa regionale e in tal senso «informano (...) altre norme, più o meno numerose». La generalità che viene in rilievo nelle “norme generali” non è riferibile invece ai contenuti del precetto normativo, ma si risolve in una qualificazione di tipo politico, nel senso che sono da considerare “norme generali” tutte le disposizioni che siano «sorrette, in relazione al loro contenuto, da esigenze unitarie», quindi dalla volontà politica di ri-

---

(8) Cfr. Corte cost., sentenza n. 279 del 2005, annotata da M. MICHETTI, *La Corte, le Regioni e la materia dell'istruzione*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 5117 ss., p. 5123, la quale ritiene che al legislatore statale, nell'esercizio della competenza di cui alla lettera *n* spetterebbe «una funzione normativa che (...) fissi una disciplina dell'istruzione, quale garanzia delle esigenze di unitarietà e di uniformità dell'istruzione in modo da garantire la circolazione dei titoli e la consistenza della tipologia formativa»; nonché da G. SCACCIA, *Norme generali sull'istruzione e potestà legislativa concorrente in materia di istruzione: alla ricerca di un criterio discrezionale*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 2716 ss.

(9) La “generalità” di cui si discorre nel testo, che viene in rilievo ai fini del riparto delle funzioni legislative fra Stato e Regioni, non va confusa con la generalità della norma definibile solo in via relazionale, rispetto a un'altra previsione o norma avente carattere di specialità. Generale in questo senso è una disposizione che si applica indistintamente a tutti gli oggetti o i rapporti astrattamente riconducibili all'interno della medesima classe; e quindi indica il trattamento uniforme nell'ambito di una classe omogenea. Sul punto, per tutti, S. ZORZETTO, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa, 2010; e con specifico riguardo alle norme generali in materia di istruzione: A. MORRONE, *Appunti sulle “norme generali” (dopo il progetto di “riforma della riforma”)*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2003, p. 157 ss.

(10) Una limpida illustrazione dei caratteri propri delle disposizioni aventi natura di principio che vincolano la legislazione regionale nelle materie di competenza concorrente si trova in Corte cost., sent. n. 177/1988, là dove esse vengono definite come «norme espressive di scelte politico-legislative fondamentali o, quantomeno, di criteri o di modalità generali tali da costituire un saldo punto di riferimento in grado di orientare l'esercizio del potere legislativo regionale».

sultare «applicabili indistintamente, al di là dell'ambito propriamente regionale»<sup>11</sup>, senza riguardo al loro grado di astrattezza.

Quanto osservato per le “norme generali” non può non valere anche per le “disposizioni generali”, la variante apparendo di stile, più che denotativa di un diverso concetto. L'ulteriore qualificazione “comuni” dovrebbe inoltre render chiaro all'interprete che la generalità di cui si discorre prescinde dal carattere di principio o di dettaglio dell'intervento regolativo statale, del quale sottolinea il carattere indifferenziato su tutto il territorio nazionale. “Generali e comuni”, in questa prospettiva, rappresenta perciò un'endiadi, sicché non sono configurabili disposizioni generali e tuttavia non comuni, come pure disposizioni comuni che non siano anche generali.

Che le “disposizioni generali e comuni” non coincidano con le “disposizioni di principio”, come si è argomentato insistendo sull'assonanza e anzi sulla diretta derivazione di queste dalle “norme generali”, è confermato da un argomento sistematico: la previsione, nell'art. 117, secondo comma, lettera *p* Cost., della competenza statale a dettare “disposizioni di principio” in materia di forme associative di Comuni. Che senso avrebbe, infatti, una diversa denominazione testuale delle due competenze (quella sulle “disposizioni generali e comuni” e quella sulle “disposizioni di principio”) se entrambe identicamente vincolassero il legislatore statale a porre solo normativa di principio? Viene anche per questa via confermata la conclusione che la “generalità” delle “disposizioni generali e comuni” non attiene ai contenuti del precetto normativo, ma va intesa piuttosto come uniformità di disciplina a livello nazionale. Resta però da chiarire, a questo punto, quale specifico tratto differenzi le competenze statali a porre “disposizioni generali e comuni” dalle altre potestà legislative esclusive.

Giova ricordare che le materie esclusive operano secondo lo schema puro della riserva di competenza in senso tecnico, della competenza-esclusione: a diversità formale di atti corrisponde infatti una separazione di ambiti materiali<sup>12</sup>. In dette materie è preservata la piena corrispon-

---

(11) Le citazioni sono tratte da Corte cost., sent. n. 279/2005.

(12) Su questa nozione di competenza come separazione di campi è d'obbligo il rinvio a

denza materia-competenza, perché la norma costituzionale di attribuzione funge da limite di legittimità della fonte regionale, senza la mediazione di alcuna norma legislativa statale che definisca ulteriormente il contenuto del vincolo. Tanto ciò è vero che la semplice occupazione del campo materiale riservato allo Stato da parte della legge regionale determina, per ciò solo, l'incompetenza assoluta di questa, indipendentemente dal proprio contenuto precettivo, fosse anche riproduttivo di quello della legge statale<sup>13</sup>. Il vizio è, in effetti, della fonte, prima ancora che della norma, sicché l'illegittimità «dipende dal semplice intervento nella sfera di competenza riservata in via esclusiva allo Stato»<sup>14</sup>. Questo schema di riparto non è operante per le «disposizioni generali e comuni», che non escludono, ma anzi presuppongono che sul medesimo campo materiale coperto dall'uniforme disciplina statale vi sia una normazione regionale differenziata. Tra le competenze regionali, in effetti, vi sono materie per così dire complementari rispetto a quelle su cui lo Stato è competente a porre le disposizioni generali: dotazione infrastrutturale, programmazione e organizzazione dei servizi sanitari e sociali rispetto alla competenza statale in tema di salute e di politiche sociali (lettera *m*); servizi scolastici e promozione del diritto allo studio rispetto all'istruzione (lett. *n*); disciplina, per quanto di interesse regionale, delle attività culturali, promozione dei beni ambientali, culturali e paesaggistici, valorizzazione e organizzazione regionale del turismo rispetto alla potestà statale in tema di attività culturali e turismo (lett. *o*);

---

G. ZANOBINI, *Gerarchia e parità fra le fonti*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, p. 299 ss., p. 321 ss. e a V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema delle fonti*, in *Studi in memoria di Guido Zanobini*, Milano, 1965, III, p. 202 ss.

(13) Lo ha chiarito la Corte costituzionale, con la sent. n. 141 del 2014.

(14) Si legge nella sentenza n. 162 del 2013, in riferimento a una norma regionale che introduceva ipotesi di responsabilità in materia di «sicurezza della pubblica incolumità», di uso del territorio e di tutela dell'ambiente per i piloti dei velivoli e ulteriori ipotesi a carico del gestore dell'aviosuperficie e che pertanto interveniva in un ambito materiale di esclusiva competenza statale, che «la sua illegittimità dipende dal semplice intervento nella sfera di competenza riservata in via esclusiva allo Stato» (in senso analogo, *ex plurimis*, sentenze nn. 18 del 2013, 271 del 2009, 211 del 2006). Più ampi riferimenti sui caratteri propri della competenza esclusiva e in particolare sulla impermeabilità della norma statale alle competenze regionali esclusiva in G. SCACCIA, *Legislazione esclusiva statale e potestà legislativa residuale delle Regioni*, in F. MODUGNO, P. CARNEVALE, *Trasformazioni della funzione legislativa, vol. IV - Ancora in tema di rapporti Stato-Regioni dopo la riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione*, Napoli, 2008, p. 113 ss.

organizzazione in ambito regionale dei servizi alle imprese e della formazione professionale rispetto all'istruzione e formazione professionale (lett. s); pianificazione del territorio regionale e mobilità al suo interno rispetto al governo del territorio (lett. u).

In questi termini, fra la competenza statale a porre le disposizioni generali e la legislazione regionale insistente sul medesimo ambito materiale non sussiste un concorso vincolato, come nelle materie concorrenti, ma un concorso sostanzialmente libero. La disciplina uniforme statale riconforma infatti la competenza regionale sostanzialmente senza limiti, se non quello della manifesta irragionevolezza e sproporzione, essendo la valutazione circa il grado di uniformità necessario squisitamente politica.

Così intese, le “disposizioni generali e comuni” sono analoghe, nella funzione, alle “norme generali” che, ai sensi dell'art. 17, comma 2, della legge n. 400 del 1988, regolano la materia “delegificata” e orientano l'esercizio della potestà regolamentare delegata. Come queste ultime pongono norme uniformi e inderogabili, e segnano con ciò i limiti di oggetto delle fonti secondarie, così le “disposizioni generali e comuni” delimitano lo spazio nel quale si può dispiegare la legislazione regionale insistente su quegli ambiti materiali, ponendosi per essa come disciplina inderogabile<sup>15</sup>. Una disciplina che, per poter orientare l'esercizio delle concorrenti competenze regionali, sarebbe opportuno porre espressamente, ricorrendo al criterio dell'autoqualificazione, come del resto è

---

(15) Una qualche simmetria fra disposizioni generali e norme generali regolatrici della materia sussiste anche sul piano dei contenuti regolativi: come queste ultime «hanno, tendenzialmente una funzione delimitativa più stringente rispetto ai “principi e criteri direttivi” che vincolano costituzionalmente l'esercizio della delega legislativa (Corte cost., sent. n. 303 del 2005), così le disposizioni generali e comuni hanno un contenuto più puntuale dei “principi fondamentali” in materia concorrente. In dottrina, G. DEMURO, *La delegificazione: modelli e casi*, Torino, 1995, p. 76 ss., ritiene che l'ambito prescrittivo delle norme generali regolatrici «debba per lo meno coincidere con quello individuato dai “principi e criteri direttivi” (...) o, meglio, con quello individuato dalla Corte costituzionale come necessario a fondare la legittimità degli atti amministrativi di indirizzo e coordinamento» (su cui Corte cost., sent. n. 150/1982); S. LABRIOLA, *Compressione e deviazione, non ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo in Italia*, in *Quad. Cost.* 1988, p. 104 ss., sostiene che l'espressione “norme generali” denoti «una estensione virtuale maggiore» rispetto a quella dei principi della delega legislativa; in senso analogo G. TARLI BARBIERI, *Le delegificazioni (1989-1995). La difficile attuazione dell'art. 17, secondo comma, della legge 23 agosto 1988, n. 400*, Torino, 1996, p. 129 ss.

avvenuto nella prassi applicativa<sup>16</sup>. Per le competenze in esame, l'esigenza di una giustificazione del titolo di esercizio della competenza, e dunque, di una "motivazione" della legge, quanto meno nella forma debole della titolazione dell'atto normativo, dovrebbe porsi in termini più pressanti, se non imperativi.

## 2.2. *Le disposizioni di principio in tema di forme associative di Comuni*

Chiarita sopra la differenza fra "disposizioni generali e comuni" e "disposizioni di principio", occorre ora esaminare se la potestà esclusiva statale a porre disposizioni di principio in materia di forme associative di Comuni non sia riconducibile allo schema di riparto verticale tipico della comune competenza concorrente, nella quale, come è noto, è "riservata alla *legislazione* dello Stato" la "determinazione dei principi fondamentali" (art. 117, terzo comma, ultima frase, Cost.). A prima vista, sembrerebbe in effetti reintrodotta, nella sostanza, il classico riparto verticale per modi di disciplina, sia pure sotto mentite spoglie. Questa conclusione sarebbe però incoerente con l'inserimento della competenza in tema di disposizioni di principio fra le materie di legislazione esclusiva e con l'inequivoca *voluntas* del legislatore di riforma di eliminare le competenze concorrenti.

Conviene allora riflettere sulla differenza tra "determinazione dei principi fondamentali" e potestà di dettare "disposizioni di principio". I principi fondamentali possono essere anche – secondo l'insegnamento di Crisafulli – «diritto non scritto da fonti-atto»<sup>17</sup>, poiché la loro "determina-

---

(16) Tutti i decreti legislativi che hanno attuato la delega contenuta nella legge 28 marzo 2003, n. 53, in materia di riforma del sistema di istruzione, manifestano già nel titolo, in modo inequivoco, l'intento di collocarsi pienamente nell'area della competenza legislativa esclusiva statale di cui al vigente art. 117, secondo comma, lett. *n*). Si vedano, in particolare, il d.lgs. 19 febbraio 2004, n. 59, recante "Definizione delle norme generali relative alla scuola dell'infanzia e al primo ciclo dell'istruzione, a norma dell'articolo 1 della legge 28 marzo 2003, n. 53"; il d.lgs. 15 aprile 2005, n. 76, recante "Definizione delle norme generali sul diritto-dovere all'istruzione e alla formazione"; infine, il d.lgs. 15 aprile 2005, n. 77, recante "Definizione delle norme generali relative all'alternanza scuola-lavoro".

(17) V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II, 1, Le fonti normative*, V ed., Padova, 1984, p. 34 ss.: sarebbero principi «costituenti diritto non scritto da fonti-atto quelli che informano singole disposizioni o gruppi di disposizioni normative».

zione” può avere luogo (oltre che in forma espressa attraverso apposite leggi-quadro) anche in via di astrazione generalizzante da singole disposizioni o gruppi di disposizioni normative.

I principi fondamentali sono, perciò, limite necessario, immanente per la legislazione regionale, che non può mai dispiegarsi entro i più larghi confini della normativa di rango costituzionale, ma resta sempre soggetta al più stretto vincolo dei principi. Al contrario, nella riserva allo Stato delle “disposizioni di principio” in tema di forme associative di Comuni sembra esprimersi l’esigenza che i principi ordinatori in materia debbano essere fissati in modo espresso, con appositi atti normativi, per potersi imporre come limite di validità e di efficacia al legislatore regionale. Le disposizioni di principio costituirebbero, in definitiva, limiti *eventuali*, non *necessari* della legislazione regionale, cioè sussistenti solo in quanto espressamente posti, secondo un modello che ricalca la già richiamata competenza di cornice alla tedesca. In assenza di una legge *ad hoc* che ponga le norme di principio, il legislatore regionale incontra, di conseguenza, solo i vincoli necessari indicati nell’art. 117, primo comma, Cost.: obblighi internazionali e vincoli comunitari, oltre ovviamente al limite delle norme di rango costituzionale. Se così non fosse, allo Stato basterebbe non legiferare per paralizzare l’esercizio della competenza legislativa regionale, dato che le disposizioni di principio – secondo l’interpretazione che pare più convincente – non possono essere ricavate per implicito dalla legislazione statale vigente, confondendosi altrimenti con i principi fondamentali in materia concorrente.

### *2.3. Le materie definite in ragione della dimensione nazionale dell’interesse, dell’oggetto o del fine*

Alcune fra le materie di legislazione esclusiva statale sono identificate in base alla dimensione nazionale dell’interesse o dell’oggetto cui si riferiscono o del fine che le anima. Si tratta, segnatamente, delle competenze in tema di: programmazione «strategica» della ricerca scientifica e tecnologica (lett. *n*) e infrastrutture «strategiche» (lett. *z*); «sistema nazionale» della protezione civile (lett. *u*); produzione, trasporto e distribuzione «nazionali» dell’energia (lett. *v*); grandi reti di trasporto e di navigazione «di interesse nazionale»; porti e aeroporti civili «di interesse nazionale e internazionale» (lett. *z*), nonché della potestà statale di dettare

norme sul procedimento amministrativo e sulla disciplina giuridica del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, in quanto esse siano «tese ad assicurarne l'uniformità sul territorio nazionale» (lett. d). Queste previsioni, nel mentre descrivono la competenza statale, delimitandola ai profili di dimensione nazionale degli oggetti su cui insiste, creano dialetticamente una corrispondente competenza regionale su quei medesimi oggetti, per i profili di interesse meramente regionale o locale (o per il carattere “non strategico” dell'intervento statale)<sup>18</sup>. Fra i due tipi di materie non c'è concorrenza per modi di disciplina (principio/dettaglio) su un medesimo ambito materiale, come è tipico delle competenze concorrenti, e neppure concorso libero della fonte statale con quella regionale, non potendo la norma nazionale riconformare con il suo esercizio la competenza regionale, ma separazione di oggetti all'interno della medesima materia. Ulteriormente precisando, le due competenze non sono ordinabili in modo verticale, né si intrecciano, come accade per le materie trasversali e gli oggetti a imputazione multipla<sup>19</sup>, ma restano, in astratto, del tutto distinte. Ciascun soggetto è quindi libero di legiferare nel proprio spazio riservato, senza coordinarsi con l'altro. È da chiedersi però se questa linea di divisione così chiara in astratto sarà altrettanto agevolmente definibile in concreto o se in queste materie non si riproporrà piuttosto l'antica difficoltà di definire in modo oggettivo i confini dell'interesse nazionale e di renderne giustiziabile l'allegazione da parte dello Stato. Almeno rispetto alle competenze che radicano la competenza statale sull'interesse nazionale o sul carattere strategico dell'intervento e non sulla “dimensione” territoriale del loro oggetto<sup>20</sup>, non può essere escluso, insomma, che il mero richia-

---

(18) Nella misura in cui l'affermazione di una competenza su una porzione di materia equivale alla negazione della competenza statale sulla parte residua, e pertanto, al pari della negazione «è in grado di produrre dal nulla il negato e di crearlo dialetticamente» (così C. SCHMITT, *Teologia politica II. La leggenda della liquidazione di ogni teologia politica*, trad. it. a cura di A. Caracciolo, Milano, 1992, p. 7).

(19) Riprendiamo qui una definizione cara ad A. D'ATENA, *Il riparto delle competenze tra Stato e Regioni ed il ruolo della Corte costituzionale*, in *Italian Papers on Federalism*, 1-2/2015, in <http://italianpapersonfederalism.issirfa.cnr.it/homepage.html>.

(20) Come è invece il caso per il “sistema nazionale della protezione civile” e per la “produzione, distribuzione e trasporto nazionali”, dove il carattere nazionale dell'intervento (e dunque la

mo all'interesse nazionale sia sufficiente a modificare a vantaggio dello Stato la ripartizione costituzionale delle competenze.

### 3. *La competenza legislativa delle Regioni*

Alle Regioni spetta, ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost., la potestà legislativa in materia di rappresentanza delle minoranze linguistiche, pianificazione del territorio regionale e mobilità al suo interno, dotazione infrastrutturale, programmazione e organizzazione dei servizi sanitari e sociali, promozione dello sviluppo economico locale e organizzazione in ambito regionale dei servizi alle imprese e della formazione professionale; servizi scolastici, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche, promozione del diritto allo studio, anche universitario; disciplina, per quanto di interesse regionale, delle attività culturali, promozione dei beni ambientali, culturali e paesaggistici, valorizzazione e organizzazione regionale del turismo, regolazione, sulla base di apposite intese concluse in ambito regionale, delle relazioni finanziarie tra gli enti territoriali della Regione per il rispetto degli obiettivi programmatici regionali e locali di finanza pubblica, nonché in ogni materia non espressamente riservata alla competenza esclusiva dello Stato (e, andrebbe aggiunto, non riconducibile alla potestà statutaria e regolamentare degli enti locali o alla competenza statutaria regionale poste, rispettivamente, negli art. 114 e 123 Cost.).

Diversamente dal vecchio testo, la clausola di residualità – che permane – si accompagna alla specifica elencazione di numerosi ambiti di competenza regionale. Ciò non deve considerarsi una ridondanza, ma un'opportuna integrazione<sup>21</sup>. Da un lato, infatti, la tecnica di definizione “in negativo” delle competenze regionali, cioè sulla base del me-

---

competenza statale) sembra più facilmente definibile in termini oggettivi.

(21) Lo ha messo da tempo in rilievo la dottrina più avvertita: per tutti, S. MANGIAMELI, *Prime considerazioni sulla tecnica del riparto delle competenze legislative nel nuovo disegno di legge costituzionale di revisione del Titolo V (27 maggio 2003)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), che patrocinava l'introduzione un apposito elenco di competenze regionali, nel solco di più risalenti riflessioni (cfr. dello stesso A. *Le materie di competenza regionale*, Padova, 1992); A. D'ATENA, *La riforma del regionalismo riformato. A proposito del testo licenziato dal Senato il 25 marzo 2004*, in A. D'ATENA (a cura di), *Regionalismo in bilico. Tra attuazione e riforma della riforma del Titolo V*, Milano, 2005, 204, secondo il quale l'enumerazione delle materie regionali introduce una «polizza assicurativa contro la dissoluzione» della materia.

ro *argumentum ex absentia*, si è mostrata troppo debole per impedire l'assorbimento delle competenze regionali in materie statali interpretate in senso espansivo<sup>22</sup>; dall'altro, la formulazione scritta delle competenze regionali può favorirne l'estensione in via interpretativa agli oggetti connessi.

Per effetto delle innovazioni introdotte, le competenze regionali sono ora di tre tipi: innominate, nominate e implicite. Le prime risultano dalla mancata previsione negli elenchi delle materie statali (ma va avvertito che nella giurisprudenza costituzionale il solo argomento *ex absentia* non è stato realmente decisivo, e piuttosto è stato corroborato, se non sostituito del tutto, dal criterio storico-normativo)<sup>23</sup>; le seconde sono quelle enumerate nel terzo comma dell'art. 117, cui si aggiunge la polizia amministrativa locale, espressamente esclusa dalla competenza statale in materia di ordine pubblico e sicurezza (art. 117, secondo comma, lett. *b*); le competenze "implicite", infine, si desumono "per differenza" da norme che riservano a una fonte solo alcuni degli oggetti ricadenti in una data materia o ne delimitano il modo di disciplina, lasciando aperto un varco all'attuazione e integrazione con legge regionale. Rientrano in quest'ultima categoria le competenze desumibili dalle materie statali definite in base alla dimensione nazionale dell'interesse (protezione civile locale, produzione, trasporto e distribuzione intraregionale dell'energia, infrastrutture, reti di trasporto

---

(22) Per una illustrazione delle ragioni teoriche e pratiche che stanno a fondamento della lettura restrittiva della clausola residuale accreditata nella giurisprudenza costituzionale, sia consentito il rinvio a G. SCACCIA, *Legislazione esclusiva statale*, cit., p. 143 ss. Liquidatorio, non senza ragione, il giudizio di G. SERGES, *La potestà legislativa delle Regioni nel progetto di riforma della Costituzione*, in *Riv. AIC*, 3/2015, p. 8, che definisce la clausola di residualità «una scatola sostanzialmente vuota».

(23) In una sorta di parallelismo rovesciato fra funzione amministrativa e legislativa, la Corte ha applicato un principio di non-regressione secondo il quale alle Regioni andrebbero intestate competenze comunque non minori di quelle corrispondenti alle funzioni già trasferite alla stregua della legislazione vigente. Seguendo questa linea di ragionamento, è stata attribuita alla potestà legislativa regionale di tipo residuale la disciplina degli usi civici (sent. n. 39/2007), dell'agricoltura (sent. n. 12/2004), del commercio (sent. nn. 1/2004, 64/2007, ord. n. 199/2006); dell'artigianato (sent. n. 162/2005); delle sagre e fiere (sent. n. 1/2004); dei mezzi di trasporto pubblico locale (sent. n. 222/2005); dei lavori socialmente utili (sent. n. 219/2005); dell'edilizia residenziale pubblica (sent. n. 94/2007); e inoltre sono stati scorporati l'organizzazione scolastica dall'istruzione (sent. n. 13/2004), il reddito di ultima istanza dalle politiche sociali (sent. n. 287/2004), l'edilizia sanitaria dall'organizzazione sanitaria (sent. n. 105/2007).

e di navigazione, porti e aeroporti civili di interesse regionale), nonché le riserve di legislazione inferibili dall'art. 123 Cost., che assegna allo Statuto la competenza a dettare i principi fondamentali sull'organizzazione amministrativa delle Regioni, con ciò intestando per implicito al legislatore regionale la potestà di svolgere quei principi in una più analitica disciplina. Analogamente, spetterà alla legge regionale attuare e integrare le previsioni dello Statuto – necessariamente generiche – sugli ulteriori oggetti di competenza di questo: l'iniziativa legislativa e il referendum su leggi e provvedimenti amministrativi regionali, nonché il Consiglio delle autonomie locali.

### ***3.1. L'autonomia legislativa differenziata nel nuovo art. 116 Cost.***

Con legge bicamerale, approvata sulla base di un'intesa tra lo Stato e la Regione interessata, possono essere attribuite alla Regione forme ulteriori (rispetto a quelle enunciate nel Titolo V) e condizioni particolari di autonomia nelle materie di competenza legislativa esclusiva di cui alle lettere *l)*, limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace; *m)*, limitatamente alle disposizioni generali e comuni per le politiche sociali; *n)*; *o)*, limitatamente alle politiche attive del lavoro e all'istruzione e formazione professionale; *q)*, limitatamente al commercio con l'estero, *s)* e *u)*, limitatamente al governo del territorio.

Questa clausola di asimmetria, già prevista nel vigente art. 116 Cost., consente ora di attribuire alle Regioni funzioni amministrative, ma anche legislative, di tipo integrativo-attuativo di quelle statali, in un numero di materie più esteso. Sono stati modificati rispetto alla disciplina attuale anche il procedimento di formazione della legge statale di conferimento e i presupposti per l'attribuzione alle Regioni delle ulteriori condizioni di autonomia. Per l'approvazione della legge non è più richiesta, come oggi, la maggioranza assoluta; l'iniziativa non è più riservata alla Regione (l'articolo recita «anche su richiesta della Regione»), e si apre quindi la possibilità di un'iniziativa parlamentare, mentre l'iniziativa governativa – pur ammissibile – appare politicamente inopportuna. Resta ferma pure la previsione che siano «sentiti gli enti locali». Il riferimento agli «enti» e non alle popolazioni (come negli artt. 132 e 133 Cost.), fa ritenere che la consultazione delle istituzioni locali non si possa svolgere in via referendaria, ma attra-

verso deliberazioni consiliari dei Comuni e delle Città metropolitane compresi nell'ambito territoriale della Regione interessata (il che pone il problema se i voti debbano essere ponderati in ragione del diverso peso demografico degli enti). A questi aggravamenti procedurali si aggiunge una condizione generale alla quale è subordinata la devoluzione di nuovi e più ampi poteri: che «la Regione sia in condizione di equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio». La *ratio*, certamente meritevole di apprezzamento, è quella di premiare le Regioni finanziariamente virtuose, legando, nell'ottica più autentica della sussidiarietà, l'acquisizione di competenze differenziate e maggiori alla dimostrazione in concreto di efficienza gestionale e amministrativa. La disposizione solleva però più di un dubbio interpretativo. Il conferimento di una competenza costituzionale integrativa di quelle indicate nel Titolo V, che dovrebbe avere carattere di stabilità, è legato infatti a un presupposto contabile che non è chiaro se debba ricorrere in sede di avvio dell'*iter legis* o di approvazione definitiva della legge di conferimento; e inoltre se debba permanere in corso di esercizio delle competenze attribuite. Se si accede alla tesi che l'equilibrio finanziario costituisce soltanto la premessa per legittimare il conferimento di poteri ulteriori, ma che possa venire meno in seguito, viene tradita la *ratio* della disciplina, che collega i più vasti poteri alla diligenza finanziaria della Regione. Qualora però la Regione, come pare più ragionevole, debba permanere finanziariamente virtuosa per godere di forme differenziate di autonomia, che cosa accade se essa perde l'equilibrio finanziario? La disciplina regionale posta nell'esercizio di quelle competenze potrà essere dichiarata cedevole rispetto alla sopravveniente normativa statale? Oppure per la revoca delle ulteriori attribuzioni autonomistiche conferite sarà necessaria un'apposita legge statale, in simmetria inversa con l'art. 72, quarto comma, del *Grundgesetz* tedesco, ove si prevede che, quando venga meno la necessità di unificazione normativa, la legge federale possa autorizzare la sostituzione con normative dei *Laender* della disciplina federale *medio tempore* posta? Alle leggi ordinarie integrative della Costituzione o alla giurisprudenza costituzionale, se mai sarà chiamata a pronunciarsi su un articolo finora mai attuato, spetterà sciogliere questi nodi applicativi.

#### 4. La clausola di unificazione legislativa (cosiddetta “clausola di supremazia”) e il suo rapporto con la “chiamata in sussidiarietà”

Il quarto comma dell'art. 117 nel testo di riforma prevede che «su proposta del Governo, la legge dello Stato può intervenire in materie non riservate alla legislazione esclusiva quando lo richieda la tutela dell'unità giuridica o economica della Repubblica, ovvero la tutela dell'interesse nazionale». Questa clausola di unificazione legislativa, che nel dibattito scientifico è ormai generalmente denominata “clausola di supremazia”<sup>24</sup>, è azionabile, con iniziativa riservata al Governo, in ogni ambito di competenza regionale, diversamente dall'omologa *konkurrierende Gesetzgebung* tedesca (art. 72, comma 2, e art. 74 della Legge fondamentale), prevista solo su determinate materie<sup>25</sup>. E proprio l'assenza di ogni limite di oggetto, che consente allo Stato di intervenire, per comprimerla, su qualunque materia regionale, fa della clausola in esame l'elemento di chiusura del riparto costituzionale, lo strumento diretto a garantire, nella diversificazione pluralistica degli interessi, l'unità

---

(24) P. CARETTI, *La potestà legislativa regionale nelle proposte di riforma del Titolo V della seconda parte della Costituzione*, in *Osservatorio sulle fonti*.it, fasc. 3/2014, p. 4 ss., preferisce definirla “clausola di salvaguardia”; S. MANGIAMELI, *Titolo V - Il nuovo art. 117*, in [www.Issirfa.cnr.it/7741\\_908.html](http://www.Issirfa.cnr.it/7741_908.html), aprile 2015, p. 1 ss., “clausola di flessibilità”.

(25) L'art. 72, comma 2, del *Grundgesetz*, che riconosce alla Federazione «la potestà legislativa quando e nella misura in cui la realizzazione di uniformi condizioni di vita nel territorio federale o il mantenimento dell'unità giuridica ed economica rendano necessario, nell'interesse generale (*gesamstaatlischen*), una regolazione con legge federale», la delimita alle seguenti materie (indicate nell'art. 74, primo comma): il diritto di soggiorno e di residenza degli stranieri; l'assistenza pubblica (ad esclusione della disciplina sulle case di assistenza); la legislazione economica (miniere, industria, energia, artigianato, mestieri, commercio, banche, borsa, assicurazioni di diritto privato) ad esclusione della disciplina sulla chiusura dei negozi, sugli alberghi, sulle case da gioco, sulle esposizioni personali, sulle fiere, sulle mostre e sui mercati; la disciplina dei contributi per l'istruzione e la promozione della ricerca scientifica; il trasferimento delle proprietà terriere, delle risorse naturali e dei mezzi di produzione in proprietà collettiva o in altre forme di economia collettiva; la sicurezza economica degli ospedali e la disciplina delle tariffe ospedaliere; la disciplina sui generi alimentari, ivi compresi gli animali destinati alla loro produzione, sui generi voluttuari e di prima necessità, sui foraggi, nonché la protezione sul commercio di sementi e piante di produzione agricola e forestale, la protezione delle piante contro le malattie e i parassiti, nonché la protezione degli animali; il traffico stradale, gli autoveicoli, la costruzione e la manutenzione delle strade nazionali di grande comunicazione, nonché l'istituzione e l'attribuzione dei pedaggi o indennizzi per l'uso di strade pubbliche con veicoli; la responsabilità dello Stato; la riproduzione medicalmente assistita della vita umana, la ricerca e la modificazione artificiale di informazioni genetiche nonché la regolamentazione dei trapianti di organi, tessuti e cellule.

dell'ordinamento. Si tratta perciò di una vera e propria "competenza di necessità" (*Bedarfskompetenz*)<sup>26</sup>, che sembra poter interamente assorbire le finalità che la Corte costituzionale aveva, creativamente, assegnato all'istituto della "chiamata in sussidiarietà" della funzione amministrativa nella celebre sentenza n. 303 del 2003.

Ridotta all'essenziale l'elaborata teorizzazione della Corte, nel principio di sussidiarietà è stata insediata la possibilità di far valere l'interesse nazionale all'unità della funzione amministrativa per intervenire con legge statale in deroga all'elenco di materie. Ora che questo interesse, declinato anche nelle forme dell'unità economica e giuridica, potrà legittimare il ricorso alla clausola di supremazia, non sembra esservi più alcuna necessità di invocare la "chiamata in sussidiarietà" per dare copertura a interventi statali "fuori competenza".

Come già era avvenuto con la "sussidiarietà legislativa"<sup>27</sup>, il criterio dell'interesse si affianca al criterio della materia, sul quale è ordinato il riparto costituzionale, e lo relativizza. La clausola di supremazia diventa, infatti, la condizione risolutiva implicita di ogni potestà legislativa regionale. Le ragioni dell'unità, del resto, mal sopportano enumerazioni tassative. Ogni elenco di materie, per quanto sia lungo e dettagliato (come è quello del nuovo art. 117), non è mai tanto completo quanto lo richiede, nelle sue forme storicamente mutevoli e imprevedibili, la tutela dell'interesse nazionale. Confermata dunque nel testo di riforma la scelta del 2001 di enumerare le competenze statali, anziché definirle, come per l'innanzi, in via residuale, la clausola di supremazia si è resa necessaria per risolvere i problemi applicativi derivanti dalla inevitabile, strutturale incompletezza degli elenchi di competenze statali.

Meritevole nel fine che persegue, la clausola in esame, se posta a con-

---

(26) Secondo la definizione che ne dà l'art. 11, comma 2, BvG austriaca, rubricata appunto "*Bedarfsgesetzgebung des Bundes zur Regelung u.a. des Verwaltungsverfahrens*". Si veda pure l'art. 9 della Costituzione di Weimar, il quale disponeva «*Soweit ein Bedürfnis für den Erlaß einheitlicher Vorschriften vorhanden ist, hat das Reich die Gesetzgebung über: 1. die Wohlfahrtspflege; 2. den Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit*».

(27) Come ci è sembrato possibile definirla con una sintesi verbale che unisce la giustificazione del titolo di competenza sussidiario (l'attrazione al centro della funzione amministrativa) al suo effetto concreto (una legge statale fuori competenza), in G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, 2009.

fronto con la “sussidiarietà legislativa”, di cui ha raccolto il testimone, indebolisce tuttavia il livello di garanzia costituzionale dell’autonomia legislativa regionale.

Giova premettere che fra i due poteri statali di unificazione normativa corrono differenze relevantissime in ordine ai presupposti di esercizio, e quindi alle rispettive condizioni di legittimità e di controllo costituzionale. I presupposti della “sussidiarietà legislativa” sono stati scolpiti nella sentenza-madre n. 303 del 2003 e consistono, in sintesi estrema: *a)* nella sussistenza di un interesse ad unificare funzioni amministrative non adeguatamente ed efficacemente esercitabili in sede regionale, disciplinandole con legge statale;

*b)* nella necessità di un accordo con la Regione interessata, nel quale prenda forma la concreta disciplina di attuazione della legge statale. È vero che queste due condizioni, interpretate dapprima in modo rigoroso<sup>28</sup>, sono state “ammorbidite” nella giurisprudenza successiva<sup>29</sup>; e tuttavia è sempre restato fermo che la sussidiarietà esige la previsione di forme più o meno intense di cooperazione e di concertazione con le Regioni quale «condizione minima e imprescindibile per la legittimità costituzionale della disciplina legislativa statale»<sup>30</sup>. Questa concezione procedimentale e consensuale della chiamata in sussidiarietà, nel distinguerla nettamente dal limite dell’interesse nazionale<sup>31</sup>, ne ha reso ben

---

(28) Si veda la sent. n. 6/2004.

(29) E così ad esempio si è ammessa l’attrazione a livello statale della sola funzione di coordinamento normativo dell’attività amministrativa concretamente svolta dalle Regioni e quindi configurando la sussidiarietà come meccanismo di spostamento della sola competenza legislativa a prescindere da quella amministrativa (sent. n. 383/2005, con nota di Q. CAMERLENGO, *Autonomia regionale e uniformità sostenibile: principi fondamentali, sussidiarietà e intese forti*, in *Le Regioni*, 2006, p. 422 ss.; nonché sent. n. 166/2008); si è ritenuto sufficiente un parere, anziché un’intesa forte e si è considerato possibile il superamento del dissenso regionale, anche con il prevalere della volontà di uno dei soggetti coinvolti «per evitare che l’inerzia di una delle parti determini un blocco procedimentale, impedendo ogni deliberazione», ma anche in tal caso, escludendo comunque che d’assunzione unilaterale dell’atto da parte dell’autorità centrale sia mera conseguenza automatica del mancato raggiungimento dell’intesa entro un determinato periodo di tempo» (*ex plurimis*, sentenze nn. 239/2013, 179/2012, 165/2011).

(30) Così sent. n. 383/2005.

(31) La Corte costituzionale, nella sentenza n. 303/2003, in più passi insiste sulla differenza fra sussidiarietà e interesse nazionale. Si prenda ad esempio il brano in cui si afferma: «nel nuovo Titolo V l’equazione elementare interesse nazionale = competenza statale, che nella

più stringente lo scrutinio costituzionale. Nel giudizio dinanzi alla Corte, in effetti, non viene quasi mai in contestazione l'interesse politico dello Stato all'unificazione di una funzione amministrativa, che sarebbe censurabile solo nei casi di macroscopica, manifesta carenza, ma piuttosto l'osservanza – ben più facilmente e oggettivamente verificabile – delle forme e degli strumenti della leale collaborazione. E leggi statali “sussidiarie” dichiarate incostituzionali proprio per l'insufficiente o mancato rispetto delle condizioni procedurali imposte dalla Corte non sono in effetti mancate. Insomma, sussidiarietà e adeguatezza, nell'esperienza applicativa di questi anni, non hanno operato quali «mere formule verbali capaci con la loro sola evocazione di modificare a vantaggio della legge nazionale il riparto costituzionalmente stabilito»<sup>32</sup>, come era avvenuto quando l'interesse nazionale era stato posto come limite di legittimità, oltre che di merito, della legislazione regionale.

Così rappresentato, con sintesi epigrammatica, lo stato dell'arte sulla sussidiarietà, pare evidente che i presupposti di esercizio della clausola di supremazia non sembrano poter essere assoggettati a uno scrutinio costituzionale particolarmente incisivo. Vediamo perché.

La legge “di supremazia” (vale a dire quella adottata ai sensi dell'art. 117, quarto comma, Cost.) è esteriormente riconoscibile, perché soggetta a una procedura speciale di approvazione. L'esistenza in concreto di un interesse statale all'unificazione normativa, che motiva il ricorso a tale diversa procedura, sarà pertanto dichiarata espressamente in sede politico-parlamentare. Vi sarà, insomma, un'autoqualificazione dell'interesse nazionale, che, pur non vincolando la Corte, la indurrà probabilmente ad essere prudentissima e a sconfessare la scelta fatta propria dalla maggioranza assoluta della Camera “politica” (o dalla maggioranza semplice, ma senza l'opposizione del Senato, e quindi senza la contestazione in sede parlamentare del ricorso alla clausola *de qua*) soltanto quando l'inesistenza dell'interesse statale sarà di evidenza solare, mani-

---

prassi legislativa previgente sorreggeva l'erosione delle funzioni amministrative e delle parallele funzioni legislative delle Regioni, è divenuta priva di ogni valore deontico, giacché l'interesse nazionale non costituisce più un limite, né di legittimità, né di merito, alla competenza legislativa regionale».

(32) La citazione è tratta dalla sent. n. 303 del 2003, punto 2.2 del *Considerato in diritto*.

fiesta. Casi rarissimi che – è facile prevederlo – si conteranno sulle dita di una sola mano, come testimonia del resto la lunga esperienza applicativa della *Konkurrierende Gesetzgebung* tedesca. Questo titolo di attribuzione – al pari della clausola di supremazia italiana – autorizza il legislatore centrale a intervenire “fuori competenza” «quando lo richiedono la tutela dell’unità giuridica ed economica». Ebbene, il *Bundesverfassungsgericht* – dopo una fase in cui riteneva di doversi limitare a una verifica di non manifesta irrazionalità della scelta legislativa, per la sua forte connotazione politica<sup>33</sup> – ha introdotto nel 2002 un nuovo modello di verifica giudiziale, ponendo le premesse per dichiarare, per la prima volta nel 2005, una violazione della norma costituzionale in discorso da parte del *Bund*<sup>34</sup>. Sennonché il diligente tentativo della Corte di scolpire le nozioni di unità giuridica ed economica, lungi dal fugarli, rinfocola i dubbi circa l’effettiva controllabilità giuridica di formule così impregnate di valutazioni politiche.

Secondo i giudici tedeschi, la tutela dell’unità economica «risponde all’interesse complessivo dello Stato quando riguarda la preservazione della capacità funzionale dello spazio economico della Repubblica federale»; mentre l’unità giuridica «riguarda in via diretta i presupposti istituzionali dello Stato federale e solo indirettamente le condizioni di vita dei cittadini»<sup>35</sup>, sicché il legislatore federale non è autorizzato ad intervenire invocando la generica finalità di migliorare le condizioni di vita dei cittadini. Dinanzi ad affermazioni simili, che spostano l’asse del controllo costituzionale su parametri sfuggenti, opinabili, talora estranei all’ordine delle argomentazioni giuridiche (come verificare se la legge risponde alla «preservazione della capacità funzionale dello spazio economico» nazionale?) è ragionevole supporre che la Corte italiana sperimenterà le medesime difficoltà incontrate dal *Bundesverfassungsgericht*

(33) Nelle forme molto blande del controllo di evidenza (*Evidenzkontrolle*) BVerfGE 13, 230, p. 233 ss.

(34) Il nuovo modello di scrutinio della *konkurrierende Gesetzgebung* è stato elaborato nella sentenza del 24 ottobre 2002 (BVerfGE 106, 62, 135 ss.); il primo annullamento di una legge federale per violazione dell’art. 72 ha avuto luogo con la decisione del 16 marzo 2004 (BVerfGE 110, p. 141 ss. e max. p. 170 ss.), annotata da E. BUOSO, *Il primo annullamento di una disposizione legislativa federale ex art. 72, Il c., Grundgesetz*, in *Le Regioni* 2004, p. 1225 ss.

(35) BVerfGE 106, 62, p. 146 ss.

e che si limiterà a sanzionare il cattivo uso della clausola di supremazia solo in ipotesi eccezionali, di macroscopica carenza dei presupposti. Mancano, oltre tutto, nell'applicazione della clausola di supremazia, le garanzie procedurali che la Corte aveva posto in tema di sussidiarietà. L'intesa o comunque il coinvolgimento delle Regioni, nello schema procedimentale della sussidiarietà, non dovevano necessariamente essere interni alla fase di formazione dell'atto legislativo (e ordinariamente non lo erano), ma piuttosto erano rivolti a governarne l'attuazione ed esecuzione. La tutela delle attribuzioni regionali "sottratte" dallo Stato alle Regioni con la "chiamata in sussidiarietà" era affidata così alle istituzioni regionali che "incontravano" lo Stato in sedi concertative e negoziali. L'unica garanzia contro l'abuso di un potere normativo – come quello conferito dalla clausola di supremazia – che è in grado di "cannibalizzare" le competenze regionali è, invece, nelle modalità rafforzate di approvazione parlamentare. Dispone al riguardo l'art. 70, quarto comma, del testo di riforma che per i disegni di legge di cui all'art. 117, comma quarto, «la Camera dei deputati può non conformarsi alle modificazioni proposte dal Senato della Repubblica a maggioranza assoluta dei suoi componenti, solo pronunciandosi nella votazione finale a maggioranza assoluta dei propri componenti». Troppo poco per far scattare una clausola che consente allo Stato di comprimere, senza limiti di materia né di contenuto regolativo le già deboli autonomie legislative regionali. Non solo, infatti, viene posto un grave impedimento alla potestà di emendamento del Senato, vincolando l'approvazione delle modifiche da questo proposte alla maggioranza assoluta, ma si prevede che tali modifiche possano comunque essere ignorate quando la Camera si pronuncia, a sua volta, a maggioranza assoluta «nella votazione finale»<sup>36</sup>. Un voto sul quale, peraltro, potrà essere posta, in assenza di un divieto in tal senso, la questione di fiducia. Sarebbe stato senz'altro preferibile prevedere in questi casi il procedimento bicamerale paritario, riconoscendo al Senato un autentico potere di blocco<sup>37</sup>.

---

(36) Non anche nelle votazioni articolo per articolo, per le quali evidentemente basterà la maggioranza semplice.

(37) Così, *ante litteram*, si esprimeva L. ELIA, *Intervento, in Regionalismo in bilico*, cit., p. 195: «Intanto si potrebbe arrivare anche da noi alla *konkurrierende Gesetzgebung* (...) in quanto

Riepilogando: mentre la funzionalità concreta della sussidiarietà legislativa è oggi affidata ai modi e agli strumenti della leale collaborazione fra Stato e Regioni, fermamente presidiati dalla Corte costituzionale, la clausola di supremazia è attivabile su proposta del Governo e voto parlamentare (di una maggioranza, per di più, che grazie al premio previsto dalla legge elettorale può coincidere con una minoranza politica) senza necessità di alcuna mediazione con le Regioni o con le istituzioni di esse rappresentative (per l'assenza di un veto senatoriale), e con un controllo costituzionale *ex post* inevitabilmente blando. Nel passaggio dalla sussidiarietà alla clausola di supremazia non si può certo dire che la garanzia costituzionale delle autonomie regionali sia cresciuta di livello.

### *5. I caratteri della potestà legislativa regionale e i rapporti con quella statale*

Va preliminarmente osservato che la Costituzione, mentre definisce *esclusiva* la potestà legislativa dello Stato, non aggettiva in alcun modo la potestà legislativa spettante alle Regioni. È peraltro evidente come alla legislazione regionale – già nel titolo V vigente – non sia riferibile l'attributo della esclusività. In astratto, essa compone l'ordinamento giuridico in posizione in tutto analoga alla legislazione nazionale, essendo soggetta ai medesimi limiti necessari (quelli indicati nel primo comma dell'art. 117 Cost.); e dunque, entro il proprio ambito territoriale, può abrogare disposizioni legislative statali (o meglio delimitarne la sfera territoriale di efficacia). Se però si passa a considerare i limiti eventuali, attivabili discrezionalmente dallo Stato, è agevole rilevare che le competenze di tipo trasversale e la “chiamata in sussidiarietà” permettono interferenze e incursioni della legislazione statale in ogni ambito coperto dalla legge regionale, senza incontrare limiti di contenuto.

Con la previsione, nel testo di riforma, di una clausola di supremazia, le accennate differenze fra materie di legislazione statale e materie di legislazione regionale si accentuano e la competenza regionale viene resa ulteriormente precaria. Grazie alla clausola, infatti, all'ordine formale

---

ci fosse una seconda Camera paragonabile al *Bundesrat* che riconoscesse autentica capacità negoziale alle Regioni».

degli elenchi viene a sovrapporsi la condizione generale per la deroga al riparto costituzionale. La corrispondenza materia-interesse opera, pertanto, solo a favore dello Stato, nel senso che la qualificazione costituzionale di una materia come esclusiva impedisce di ritagliare da essa ambiti di disciplina regionale in ragione della dimensione locale degli interessi in essa evidenziabili. Al contrario, la devoluzione costituzionale di una materia alla Regione non impedisce allo Stato di far valere, attraverso la clausola di unificazione legislativa in discorso, interessi di dimensione nazionale che ne giustificano una regolazione uniforme, in deroga alla ripartizione per materia. Lo spazio della legislazione regionale finisce così per essere segnato non tanto dagli elenchi di materie o dalla loro variabile interpretazione in sede di controllo giurisdizionale (in ultima istanza, dalla Corte costituzionale), ma piuttosto dalla variabile intensità del vincolo regolativo che la legge statale pone al legislatore regionale, allo scopo di assicurare l'unità giuridica ed economica. Un vincolo di natura politica che, giova ribadirlo, incontra il solo limite della manifesta sproporzione e irragionevolezza dell'intervento, e che mal si presta a un incisivo scrutinio costituzionale.

Il rapporto tra fonte statale e fonte regionale viene a porsi, dunque, in termini non troppo diversi da un concorso libero, giacché le norme poste dalla fonte statale limitano o condizionano la capacità di produzione della fonte regionale per il semplice fatto di essere intervenute o di sopravvenire sulla materia<sup>38</sup>.

Ne consegue che il quadro dei limiti della legislazione regionale ha un carattere meramente tendenziale, perché nessuno spazio normativo regionale è, in concreto, completamente indisponibile da parte della legislazione statale. E proprio in quanto la normativa unificante statale può sempre rimodellare i confini della riserva costituzionale di competenza a favore della Regione, il rapporto tra fonte statale e fonte regionale non è stabilmente ricostruibile in via astratta, ma va misurato di volta in volta, non già come rapporto fra fonti, ma come rapporto fra norme. Se ne può concludere che non sussiste, a favore della fonte regionale, una riserva astratta di materia in senso pieno, potendo detta materia essere

---

(38) Questa la definizione di concorso libero tra fonti di V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza*, cit., p. 202; Id., *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 207.

sempre riconformata dalla norma statale, e che pertanto la competenza regionale è configurabile solo come competenza attuale e concreta.

### ***6. Epilogo. Riallocazione centripeta della legislazione e autonomia politica regionale. Dalla garanzia giurisdizionale alla garanzia politica delle competenze regionali***

La riforma del regionalismo delinea un modello di autonomismo che abbandona del tutto ogni ambizione “federalista” e imprime ai rapporti fra Stato ed enti territoriali un tratto marcatamente centralistico, specie con riguardo all’esercizio della funzione legislativa, che forma l’oggetto di queste note. L’elemento di struttura e il vero *Leitmotiv* della riforma è in effetti la netta riduzione degli spazi della legislazione regionale. Il massiccio incremento delle competenze esclusive statali, la soppressione di quelle concorrenti, unitamente alla presenza di una clausola di supremazia che funge da criterio di chiusura (e di deroga) degli elenchi di materie delineano i contorni di un riparto di competenze che ulteriormente marginalizza la già marginale produzione legislativa regionale, la quale pare sempre più confinata nello spazio della mera attuazione-integrazione di quella statale.

La Corte costituzionale, nel tentativo di avvicinare alla realtà ordinamentale un testo costituzionale velleitario, più che visionario, ha superato la logica della separazione delle competenze, che presupponeva una perfetta, ma irrealistica tipizzazione costituzionale dell’esatta dimensione territoriale degli interessi<sup>39</sup>, e ha affidato al principio di leale collaborazione il compito di sciogliere un intreccio di materie altrimenti ingovernabile. Il ruolo essenziale giocato dalla collaborazione istituzio-

---

(39) F. BILANCIA, *Il paradigma della legge statale e i riflessi del nuovo art. 117, comma 2, sull’art. 70 Cost.*, in F. MODUGNO, P. CARNEVALE (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, Milano, 2003, p. 1 ss., p. 15, osserva: «In linea di massima, e forse banalizzando un po’ la questione, potremmo assumere che il criterio teorico sullo sfondo del riparto di competenze definito dal nuovo art. 117 Cost., sia rappresentato dalla assegnazione della cura degli interessi, posti a fondamento delle diverse materie, mediante il loro affidamento alla responsabilità politica, ora delle Regioni, ora dello Stato sul presupposto, qualificato dalle scelte positive del legislatore di riforma, di avere così individuato la esatta dimensione territoriale di rilievo di quegli interessi»; si veda anche A. RUGGERI, che ha insistito in più luoghi sull’impossibilità fattuale ancor prima che giuridica di tipizzare le potestà normative: si veda ad es. *Le fonti del diritto regionale: ieri, oggi, domani*, Torino, 2001, pp. 58-59; *Id.*, *Fatti e norme nei giudizi sulle leggi e le «metamorfosi» dei criteri ordinatori delle fonti*, Torino, 1994, *passim*.

nale nella configurazione reale del riparto di materie risulta, oltre che dalla concezione consensuale e procedurale della sussidiarietà – su cui si è già insistito – anche dal consolidato indirizzo della giurisprudenza costituzionale secondo il quale «in ambiti caratterizzati da una pluralità di competenze (...) e, qualora risulti impossibile comporre il concorso di competenze statali e regionali, tramite un criterio di prevalenza, non è costituzionalmente illegittimo l'intervento del legislatore statale, purché agisca nel rispetto del principio di leale collaborazione (...) che può ritenersi congruamente attuato mediante la previsione dell'intesa»<sup>40</sup>. Nel testo di riforma lo spazio del principio di leale collaborazione, che in generale dovrebbe permeare di sé i rapporti fra lo Stato e il sistema delle autonomie, sembra destinato a ridursi al cospetto di strumenti di esercizio unilaterale della supremazia statale, che si impone in chiave gerarchica, piuttosto che consensuale. Le materie regionali, grazie soprattutto alla clausola di supremazia, sono infatti soggette a incursioni statali più penetranti e più difficilmente controllabili in sede di giudizio costituzionale di quelle attualmente previste.

Si passa, in breve, dalla *garanzia giurisdizionale* alla *garanzia politica* delle autonomie legislative regionali. Non è detto che ciò sia necessariamente un male. In effetti, il gioco della continua ridefinizione delle materie in via giurisprudenziale – cui abbiamo assistito in questi anni – può apparire in astratto più garantista, ma in realtà non giova a nessuno. Non alle Regioni o allo Stato, che sono chiamati a inscrivere le loro politiche in confini competenziali costantemente incerti; ma neppure alla Corte costituzionale, che, in presenza di un elevato contenzioso regionale, rischia di essere percepita dai cittadini più come istanza di mediazione fra poteri politici che come vestale delle libertà individuali *contro* i poteri. Senza voler estremizzare la nota tesi di Livio Paladin, secondo cui le materie regionali sarebbero solo “pagine bianche” destinate ad essere riempite dal legislatore ordinario<sup>41</sup>, la scelta di ricostruire i contenuti delle materie prevalentemente in sede politica, e so-

---

(40) Cfr., da ultimo, sentenze nn. 1/2016, 140/2015, 44/2014, 237/2009, 50 e 168/2008.

(41) L. PALADIN, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale*, in *Foro amm.*, 1971, p. 36 ss.

lo secondariamente in sede giurisdizionale, in base all'interpretazione dei testi costituzionali, non è necessariamente penalizzante per gli interessi dell'autonomismo. Occorre però che la ricomposizione dei bilanciamenti più ragionevoli fra istanze autonomistiche ed esigenze unitarie avvenga in sedi adeguatamente rappresentative e in condizioni di sostanziale parità. Sotto questo profilo la riforma è carente, per la debole e gregaria partecipazione del Senato alla legislazione incidente sull'autonomia, messa da parte la dubbia adeguatezza funzionale della seconda Camera a rappresentare davvero gli interessi territoriali anziché quelli delle parti politiche di rispettiva afferenza, stante il divieto di mandato imperativo.

Ad una valutazione riassuntiva, il pluralismo politico-legislativo di ispirazione federalista vagheggiato dalla riforma del 2001, che mutuava dai sistemi federali la tecnica enumerativa rovesciata, cede il campo a un autonomismo legislativo fondato su deboli garanzie politiche. Un autonomismo "di risulta", o, come altrove ci è parso possibile definirlo, "ottriatro", perché i confini delle materie regionali sono segnati più che dalle norme costituzionali di competenza, dalla volontaria autolimitazione del legislatore statale, di cui risultano il mero "effetto riflesso"<sup>42</sup>.

In tal senso la riforma *in itinere* pare ispirata, al di là delle dichiarazioni di facciata, all'idea di un riposizionamento istituzionale delle Regioni, che passa per la riduzione del pluralismo politico e lo spostamento dell'asse cartesiano del regionalismo dall'attività di progettazione legislativa all'attività esecutivo-amministrativa, e al più di coordinamento degli enti sub-regionali<sup>43</sup>. Nelle politiche pubbliche più significative le leggi regionali sono meramente esecutive o attuative di leggi statali; per il resto sono leggi a bassa caratura politica, per lo più autorefe-

---

(42) Riprendiamo qui un'espressione che si deve a C.F. VON GERBER, *Diritto pubblico*, trad. it. a cura di P. Lucchini, Milano, 1971, p. 130, il quale ravvisava nelle libertà il mero effetto riflesso (*Reflexwirkung*) della volontaria autolimitazione dei poteri statali, non già la derivazione logica del primato assiologico della persona sullo Stato.

(43) Secondo una prospettiva di ricollocazione istituzionale della Regione come ente prevalentemente, se non esclusivamente, di amministrazione, che in dottrina è stata da ultimo avanzata da M. CAMMELLI, *Regioni e regionalismo: la doppia impasse*, in *Le Regioni*, 4/2012, p. 673 ss. e, *si parva licet*, G. SCACCIA, *L'ente regionale fra mitologia federale e realtà costituzionale*, in *Riv. AIC*, 1/2014.

renziali, rivolte alla “gestione” degli apparati burocratici locali e all’alimentazione di clientele elettorali, più che all’elaborazione di modalità originali di ricerca del *bonum commune*, di “politica alta” in grado di influire tangibilmente sul rapporto fra economia e sfera pubblica, e in definitiva sulla vita dei cittadini. La scommessa della legislazione regionale, su cui si giocava in buona parte la riuscita del disegno autonomistico del 2001, sembra messa da parte definitivamente. Così come sembra tramontata l’idea che le Regioni possano porsi come centri di elaborazione politico-istituzionale, attivamente parti dell’incessante dinamica di integrazione del sistema ai più elevati gradi della produzione normativa. La cultura politica italiana si è dimostrata impreparata ad accogliere l’idea che l’unità politica possa conciliarsi con la perdita dell’unità legislativa e che alla legislazione statale sia affidato il compito non tanto di definire oggetti, rapporti, interessi unitari, quanto piuttosto di indicare le forme e i procedimenti onde contenere l’accentuata diversificazione pluralistica degli interessi territoriali entro i confini di un’accettabile disuguaglianza.

Sarebbe intellettualmente disonesto disconoscere le ragioni profonde che hanno cospirato nel creare un senso comune di rassegnata sfiducia nei confronti delle Regioni: da un lato, l’inefficienza amministrativa, la scarsa influenza sui processi di integrazione politica e di rappresentanza territoriale degli interessi economici e l’incapacità di fungere da volano dello sviluppo e dell’innovazione; dall’altro, la permanenza oggettiva di squilibri profondissimi nella distribuzione della ricchezza fra Nord e Sud – aggravati e non ridotti dalla crisi economico-finanziaria – e il timore che massicci trasferimenti di poteri dal centro alla periferia, con la conseguente crescita dell’autonomia fiscale periferica, potessero ulteriormente accrescere le disuguaglianze territoriali, con esiti potenzialmente destabilizzanti per l’insieme statale.

Sta di fatto, però, che il profilo complessivo del testo di riforma mostra sorprendenti analogie con il modello di regionalismo anteriore alla grande revisione del 2001.

Nell’assetto che aveva concretamente assunto il riparto costituzionale delle competenze legislative prima del 2001, le relazioni tra legge statale e legge regionale rispondevano allo schema della preferenza, e non della riserva in senso tecnico, in favore della fonte locale, pur in regime

di formale separazione<sup>44</sup>. La legge statale subiva, difatti, il limite imposto dalla norma costituzionale di competenza solo quando la potestà legislativa regionale fosse stata effettivamente esercitata, ma ciò non precludeva incursioni statali nella sfera riservata alla Regione<sup>45</sup>.

Analogamente, nel disegno di riforma, la legge statale, purché sorretta da un'esigenza di tutela dell'interesse nazionale, prevale su qualunque manifestazione di potere legislativo regionale, senza incontrare limiti nella riserva di materia costituzionalmente disposta in favore della Regione; determina la ripartizione in concreto della competenza tanto da agire, prima che come norma regolativa, come norma sulla normazione. Non meraviglia, alla luce di quanto fin qui osservato, che i commentatori del testo di revisione costituzionale vi associno sovente il termine "controriforma". E semmai è da chiedersi se, in quest'ottica, non sarebbe stato comunque più coerente un ritorno sostanziale all'impianto ante 2001, riveduto e corretto nella quantità delle materie da assegnare alla legislazione regionale, ma non nella qualità e forma della tecnica di riparto, come in dottrina si è sostenuto, e non solo per amore di paradosso<sup>46</sup>.

---

(44) Il rilievo è unanime in dottrina. Si vedano, fra i molti, L. PALADIN, *La potestà legislativa regionale*, Padova, 1958, p. 254, che parla di «generale principio di supremazia della legge ordinaria dello Stato rispetto alla legge della Regione»; V. CRISAFULLI, *La legge regionale nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, p. 262 ss., p. 284 ss.; A. ANZON, *Mutamento dei «principi fondamentali» delle materie regionali e vicende della normazione di dettaglio*, in *Giur. cost.*, 1985, p. 1660 ss., 1668; R. TOSI, *Leggi di principio corredate da disposizioni di dettaglio: un'estensione della competenza statale senza sacrificio dell'autonomia regionale*, in *Giur. cost.*, 1985, p. 2678 ss.; L. CARLASSARE, *La «preferenza» come regola dei rapporti tra fonti statali e regionali nella potestà legislativa ripartita*, in *Le Regioni*, 1986, p. 236 ss.

(45) V. chiaramente in tal senso la sent. n. 214/1985.

(46) Così, con accenti sostanzialmente analoghi, G. SCACCIA, *Audizione innanzi alla I commissione del Senato della Repubblica sul progetto di revisione costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2015; M. CECCHETTI, *I veri obiettivi della riforma costituzionale dei rapporti Stato-Regioni e una proposta per realizzarli in modo semplice e coerente*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it) (dicembre 2015).

## El Gobierno central y los Gobiernos autonómicos en España... ¿Trabajan juntos?

*María Jesús García Morales*

*En el Estado autonómico, la cooperación es una pieza básica como en cualquier sistema políticamente descentralizado. En el panorama comparado, España es uno de los países donde la cooperación se halla más regulada por el Derecho. Sin embargo, esa regulación no siempre ha impulsado un buen uso de los instrumentos cooperativos. En el presente trabajo, se analizan tres niveles: la dimensión vertical, la dimensión horizontal y la dimensión europea de las relaciones cooperativas, tanto en la norma, como en la aplicación de la norma, lo que permitirá concluir que en el sistema español la regulación de la cooperación ha aportado muchas veces cambios jurídicos y expectativas de cambio, pero no cambios reales en la praxis de la cooperación, ni un mejor uso de los instrumentos existentes. La nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público constituye, por el momento, el último eslabón en el proceso de regulación de los órganos de cooperación intergubernamental. Aunque contiene algunas novedades, con su entrada en vigor en octubre de 2016, difícilmente se podrán suplir ex lege los déficits de la cooperación en España.*

### **1. Introducción**

La Real Academia de la Lengua Española define cooperar como “obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin”. El proceso de descentralización política, que ha permitido en España transitar de un Estado centralista al Estado autonómico, hizo surgir pronto algo nuevo como era la necesidad de diálogo, discusión y cooperación entre el poder central y las Comunidades Autónomas (CCAA), una relación cuyos protagonistas absolutos han sido los Ejecutivos de ambas instancias, propiamente los miembros de los mismos. Sin embargo, ¿los Gobiernos del poder central y de las CCAA, en realidad, trabajan juntos para lograr objetivos comunes?

No debe olvidarse por qué y para qué ha surgido la cooperación en el Derecho comparado. El término federalismo cooperativo empezó a

tener predicamento a mediados del siglo pasado en Estados Unidos y Alemania. Frente al llamado federalismo dual, basado en el ejercicio separado de competencias por parte de cada instancia, la expresión de federalismo cooperativo pasó a designar la interacción entre el poder central y los estados miembros para solventar un número creciente de problemas que, por su transversalidad y complejidad, requerían la suma de esfuerzos entre ellos. De hecho, en Alemania, cuna y paradigma del federalismo cooperativo en el ámbito europeo, la palabra cooperar (*zusammenarbeiten*) significa literalmente “trabajar juntos”.

Sin embargo, más allá de la acepción común de cooperación, ¿qué significa cooperar en el Estado autonómico? La figura del jurista persa es bien conocida entre los estudiosos de Derecho Constitucional en España. En 1981, fue utilizada por el Profesor Cruz Villalón, exVicepresidente del Tribunal Constitucional, para explicar la estructura territorial del Estado diseñado por la Constitución de 1978<sup>1</sup>. Si el jurista persa, como cualquier observador extranjero y/o externo, estudiase la cooperación en España y su regulación jurídica, sin atender a su dimensión empírica, construiría una imagen irreal de lo que es y de lo que representa la llamada cooperación intergubernamental en el Estado autonómico.

Por lo pronto, en el Derecho español la construcción de las relaciones entre Gobiernos se ha apoyado en tres términos altamente abstractos y, por ello, no siempre técnicamente precisos: colaboración, cooperación y coordinación. La jurisprudencia constitucional ha reconocido un deber de colaboración que ha identificado o concretado en diversas ocasiones, sobre todo, con una de sus manifestaciones más tangibles: el deber de auxilio mutuo y de información recíproca para el eficaz ejercicio de las respectivas competencias. Sin embargo, el Alto Tribunal no ha llegado a elaborar una doctrina comparable con el paradigma que representa la potente y perfilada construcción jurisprudencial de la *Bundestreue* en Alemania.

Más allá de ello, el propio Tribunal Constitucional ha utilizado en reiteradas ocasiones los términos cooperación y colaboración también co-

---

(1) P. CRUZ VILLALÓN, *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, CEPC, 1999.

mo acepciones sinónimas, e incluso intercambiables. En su jurisprudencia, ha hablado del principio de cooperación y de colaboración (o directamente, de cooperación y colaboración). Al respecto, ha señalado que el principio de cooperación o de colaboración, pese a no estar previsto expresamente en la Constitución, es imprescindible para el funcionamiento del Estado autonómico. Es posible encontrar en la jurisprudencia frecuentes apelaciones a la colaboración y a la cooperación, entre otros casos, para resolver problemas cuando concurren competencias del Estado y de las CCAA sobre un mismo ámbito, para articular el poder de gasto del poder central en las CCAA, o con relación a las políticas europeas y su ejecución interna. El Tribunal Constitucional ha conectado la cooperación y la colaboración con la voluntariedad para diferenciarlas de la coordinación, un tercer concepto, que ha ligado con la idea de imposición.

El Alto Tribunal ha venido identificando la coordinación con aquellos supuestos en los que el Estado central ostenta la competencia del mismo nombre para establecer la fijación de medios y sistemas de relación que garanticen la unidad de actuaciones – esencia de la coordinación según la jurisprudencia constitucional – y, con ello, la homogeneidad en determinados aspectos en todo el territorio y la eficacia de las medidas a tomar (tal es el caso de las competencias estatales de coordinación de la actividad económica, de la investigación científica y técnica, o de la sanidad: arts. 149.1.13, 149.1.15 y 149.1.16 CE). En estos supuestos, no hay una actuación voluntaria pactada de ambas instancias, sino una actuación unilateral del Estado y obligatoria para las CCAA. Sin embargo, el concepto de coordinación no se agota en esa acepción aparentemente clara, pues, junto a dicha coordinación obligatoria como competencia estatal, la jurisprudencia ha reconocido una suerte de coordinación también voluntaria (y, por tanto, no impuesta) donde el Estado y las CCAA – sin competencia específica del poder central – en igualdad de condiciones, y cada uno desde sus respectivos títulos, pueden acordar un modo de actuación pactado por ambos con los fines coordinadores indicados<sup>2</sup>.

---

(2) Más detalles sobre el debate y los problemas en torno a esta delimitación conceptual, *vid.* los trabajos clásicos de A. MÉNEDEZ REXACH, *La cooperación, ¿un concepto jurídico?*, en

Hecho este breve apunte terminológico, en España, el Derecho y, en especial las leyes, han regulado principalmente las formas de la cooperación esto es, sus estructuras orgánicas y procedimientos, y, veces, también sus objetivos y contenidos. De hecho, es difícil encontrar un país políticamente descentralizado en el entorno europeo donde las formas de la cooperación hayan sido tan reguladas como en el Estado autonómico.

La intervención del Derecho en la cooperación se encuentra desde el inicio en la agenda política y normativa del sistema español. La primera norma que reguló la cooperación fue la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico, a la que sucedió la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Un hito importante en ese proceso regulatorio fueron las reformas de algunos Estatutos de Autonomía (la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma) que se han producido en la última década y que no sólo han dado una visibilidad política y jurídica sin precedentes a la cooperación vertical y horizontal, sino que incluyen un potencial de cambio en el panorama cooperativo que la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto catalán, ha matizado pero no ha desactivado en todo caso. La última norma que ha abordado la cooperación en España ha sido la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector

---

*Documentación administrativa*, n. 240, 1994, pp. 11-50 y A. DE MARCOS, *Jurisprudencia constitucional sobre el principio de cooperación*, en *Documentación administrativa*, n. 240, 1994, pp. 265-353. Más recientemente, *vid.*, M. ALMEIDA CERREDA, *Las relaciones entre Administraciones Públicas: colaboración, control y conflicto*, T. CANO CAMPOS (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, Madrid, Iustel, 2009, pp. 425-460, y en particular, pp. 429-436. Asimismo, S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general, Tomo VIII. La organización territorial del Estado-1*, 4ª ed., Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2015, pp. 232-233, 235-236. Específicamente, sobre la falta de precisión de estos términos en la jurisprudencia constitucional (en especial, colaboración y cooperación), P. CRUZ VILLALÓN, *La doctrina constitucional sobre el principio de cooperación*, en J. CANO BUESO (Ed. y Coord.), *Comunidades Autónomas e instrumentos de cooperación interterritorial*, Madrid, Parlamento de Andalucía, Tecnos, 1990, pp. 119-134. Sobre ello también, *vid.* M.J. RIDAURA MARTÍNEZ, *Relaciones intergubernamentales: Estado-Comunidades Autónomas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 45-53; M.J. GARCÍA MORALES, *Artículo 88 [Coordinación con el Estado]*, y *Artículo 219 [Principios]*, en P. CRUZ VILLALÓN, M. MEDINA GUERRERO (Dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Sevilla, Parlamento de Andalucía, respectivamente en vol. 1, pp. 1411-1418, y vol 2, pp. 3027-3038.

Público, cuya entrada en vigor está prevista en octubre de 2016. En cierta manera, el reconocimiento jurídico de la cooperación en el Estado autonómico puede generar a un observador externo una apariencia de cooperación, si este observador, tras analizar el ordenamiento español, llega a la conclusión de que el Derecho prevé unos órganos y unos mecanismos para trabajar juntos (entre el Estado y las CCAA o entre las propias CCAA) porque dichos instrumentos funcionan, o bien van a funcionar. Sin embargo, esa conclusión no es siempre cierta. El Derecho ha creado unos instrumentos de cooperación, pero ello no ha garantizado que funcionen, ni que funcionen bien. La eventual apariencia de cooperación que puede generar la previsión jurídica dista mucho de la realidad en la práctica cooperativa en España.

El objeto de estas páginas es examinar en qué consiste realmente cooperar en el Estado autonómico en los órganos creados al efecto a raíz de – y a pesar de – los cambios normativos en la dimensión vertical (primero), en el plano horizontal (segundo), y en la dimensión europea de la cooperación interna (tercero), para, a la vista de todo ello, examinar qué representa en esta materia la aprobación de la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y así concluir, por último, con una prospectiva sobre la posibilidad de cambios y sobre cambios posibles para mejorar la calidad de la cooperación en el Estado autonómico.

## ***2. La situación de partida***

### ***2.1 La dimensión vertical: ¿algo más que cooperación financiera?***

Ante la debilidad de los instrumentos de relación horizontales que sí regula la Constitución española, la cooperación en España es casi sinónimo de relación entre el poder central y las CCAA, aunque es sobradamente conocido que los instrumentos entre el Estado y las CCAA (entre ellos, órganos de cooperación intergubernamental, tales como la Conferencia de Presidentes, las Conferencias Sectoriales, las Comisiones Bilaterales) no están previstos por la Constitución de 1978<sup>3</sup>.

Por una parte, ¿qué prevé el Derecho sobre la cooperación vertical? En

---

(3) E. AJA, *Estado autonómico y reforma federal*, Madrid, Alianza Editorial, 2010, pp. 195-226.

el ordenamiento español, existe un diseño jurídico de las estructuras de cooperación entre el poder central y las CCAA.

Los órganos e instrumentos de la relación cooperativa vertical que regula el Derecho español no difieren sustancialmente de los que existen en el Derecho Comparado, pero sí el número, el rango y el contenido de las normas que regulan dichos órganos y técnicas en España<sup>4</sup>. Debe señalarse que en nuestro sistema no existe una Ley de la Cooperación explícitamente aprobada como tal, sino un conjunto de normas que regulan los diversos instrumentos de la cooperación vertical.

Formalmente, hay una Conferencia de Presidentes creada en 2004 y regulada mediante un reglamento interno, de 14 de diciembre de 2009. La Conferencia se configura como «el máximo órgano de cooperación política entre el Gobierno de España y los Gobiernos de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla» (art. 1). Sobre el papel, sus funciones son ambiciosas y pueden reagruparse en dos grandes cometidos: por un lado, la discusión de temas de alta política en el Estado autonómico (discusión sobre directrices de políticas de Estado, actuaciones conjuntas de carácter estratégico o de importancia relevante); y, por otro lado, el impulso de las relaciones de cooperación entre el poder central y las CCAA (ya sea de forma genérica, ya sea de forma específica a través de un papel orientador de los trabajos de las Conferencias Sectoriales y de los órganos multilaterales de cooperación). De acuerdo con el reglamento interno, la Conferencia de Presidentes se reunirá una vez al año convocada por el Presidente del Gobierno central con una antelación mínima de veinte días, aunque también caben reuniones extraordinarias. Los resultados de la Conferencia pueden ser acuerdos (adoptados por consenso) o recomendaciones (aprobadas por mayoría)<sup>5</sup>.

---

(4) Un exhaustivo tratamiento de los instrumentos de cooperación en el panorama comparado puede verse en J. POIRIER, CH. SAUNDERS, J. KINCAID (Eds.), *Intergovernmental Relations in Federal Systems. Comparative Structures and Dynamics*, Ontario, Oxford University Press, 2015. Asimismo, en el ámbito comparado europeo *vid.* L. VANDELLI, *Formes et tendances des rapports entre États et collectivités territoriales*, *Revue française d'administration publique*, n. 121-122, 2007, pp. 19-34. Asimismo, una obra de referencia clásica, R. BIFULCO, *La cooperazione nello Stato unitario composto*, Padova, Cedam, 1995.

(5) F. REVIRIEGO PICÓN, *The Conference of Presidents at the crossroads of institutional loyalty*, en

Mucha más solera que la Conferencia de Presidentes, tienen en el sistema español las Conferencias Sectoriales que empezaron a constituirse a principios de los años Ochenta justamente al iniciarse la construcción del Estado autonómico. Formalmente, las Conferencias Sectoriales son foros donde acuden miembros de los Gobiernos del Estado y de las CCAA con un ámbito de trabajo acotado a un área temática. Las Conferencias Sectoriales, según reza la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico, todavía vigente en este punto y la primera norma que las ha regulado, son foros para «intercambiar puntos de vista y examinar en común los problemas de cada sector y las acciones proyectadas para afrontarlos y resolverlos» (art. 1.1), llamados a reunirse «reguladamente, al menos dos veces al año» (art. 4.1).

Sin embargo, la norma que ha disciplinado el régimen de las Conferencias Sectoriales en los últimos veintitrés años ha sido la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común<sup>6</sup>, una norma que ha regido la vida de este órgano de cooperación durante más de dos décadas, pero ya con una fecha de vigencia limitada, pues será sustituida en este punto (junto con la Ley 12/1983) por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuya entrada en vigor se ha previsto el 2 de octubre de 2016.

La Ley 30/1992 ha dispuesto que el poder central y las CCAA pueden crear órganos multilaterales (en alusión a las Conferencias Sectoriales): «en aquellas materias en las que exista interrelación competencial con funciones de coordinación o cooperación según los casos» (art. 5.1). Esta norma ha introducido, tras su reforma en 1999, la importante noción de interrelación competencial como presupuesto de la cooperación. Se trata de una noción básica, pues, como se ha indicado, el tra-

---

*Revista General de Derecho Público Comparado*, n. 14, [número monográfico: *Costes y beneficios de la descentralización política en un contexto de crisis*, coordinado por: S. RAGONE], 2014, pp. 1-20; C. AGUADO RENEDO, *Conferencias de los Gobiernos y de los Presidentes de las Comunidades Autónomas*, en J. MATÍA PORTILLA (Coord.), *Pluralidad territorial, nuevos derechos y garantías*, Madrid, CEPC, 2012, pp. 171-186.

(6) Entre los numerosos comentarios a la Ley 30/1992, J. TORNOS MAS, *Artículo 5. Conferencias Sectoriales y órganos de cooperación*, en M. SÁNCHEZ MORÓN, N. MAURANDI GUILLÉN (Dir.), *Comentarios a la Ley 30/92*, Madrid, Lex Nova, Thomson Reuters, pp. 52-59.

bajo en común entre las distintas instancias de poder en un sistema descentralizado surge para resolver problemas que no pueden encararse por una sola instancia. Esa es su razón de ser.

Más allá de sus funciones, *ex lege* se han regulado también la composición y el funcionamiento de las Conferencias Sectoriales. Estos foros reúnen a miembros de los Ejecutivos del poder central y de las CCAA (Ministros del poder central y Consejeros de las CCAA), pero el Ministro del ramo no sólo las preside, sino que decide cuándo se convocan y qué temas se discuten en ellas, pues es quien determina el orden del día. La Ley 30/1992 también hace referencia a sus decisiones que pueden adoptar la forma de acuerdos de Conferencias Sectorial, así como a la posibilidad de que las Conferencias creen Grupos de trabajo. En un ejercicio de remisión a la autorregulación, la Ley 30/1992 ha confiado a los reglamentos internos de cada Conferencia el establecimiento del régimen de cada Conferencia. Esa norma autorreguladora es la que perfila aspectos relativos a las funciones de la Conferencia, su convocatoria y orden del día, la regla de adopción de decisiones (por lo común, la unanimidad y, excepcionalmente, la mayoría) y los productos resultantes de las Conferencias, entre los cuales destacan los acuerdos de Conferencia Sectorial, convenios o planes y programas conjuntos<sup>7</sup>.

En paralelo a las Conferencias Sectoriales, han surgido las Comisiones Bilaterales entre el poder central y cada una de las CCAA también desde los inicios del Estado autonómico. Este tipo de órganos constituyen posiblemente una de las singularidades más destacadas del sistema cooperativo español<sup>8</sup>. La Ley 30/1992, tras su reforma en 1999, ha dado reconocimiento jurídico con rango legal a estos órganos de cooperación bilateral y sin especialización temática, compuestos por miembros de los Gobiernos del Estado y de las CCAA (miembros de sus

---

(7) J.C., DUQUE VILLANUEVA, *Las Conferencias Sectoriales*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 27, 2007, pp. 113-153. Una aproximación más politológica en S. LEÓN, M. FERRÍN, *Intergovernmental Cooperation in a Decentralised System: the Sectoral Conferences in Spain*, en *South European Society and Politics*, Volume 16, Issue 4, 2011, pp. 513-532.

(8) M.J. GARCÍA MORALES, X. ARBÓS MARÍN, *Intergovernmental Relations in Spain: An Essential but Underestimated Element of the State of Autonomies*, en J. POIRIER, C. SAUNDERS, J. KINCAID (Eds.), *Intergovernmental Relations in Federal Systems. Comparative Structures and Dynamics*, cit., pp. 360-362.

respectivos Gobiernos, pero nunca sus Presidentes). A diferencia de las Conferencias Sectoriales, las Comisiones Bilaterales pueden convocarse a petición de cualquiera de las partes, pero, al igual que aquellas, la ley sitúa esa relación bilateral «en aquellas materias en las que exista interrelación competencial, y con funciones de coordinación o cooperación según los casos» (art. 5.1).

En 2000, una reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dio un nuevo impulso a las Comisiones Bilaterales, al atribuirles la función de resolución extrajudicial de conflictos entre el poder central y cada una de las CCAA, antes de residenciarlos en el Tribunal Constitucional, con el objetivo de reducir el alto nivel de conflictividad competencial que llegaba al Alto Tribunal. De esta manera, y desde entonces, el Estado y las CCAA pueden intentar reconducir sus discrepancias en el seno de una de estas Comisiones Bilaterales antes de interponer un recurso de inconstitucionalidad contra una ley o norma con rango del ley del Estado, o bien de una Comunidad Autónoma (art. 33.2 LOTC).

Los nuevos Estatutos de Autonomía que se han aprobado en algunas CCAA (en concreto, en ocho CCAA entre 2006-2011) han representado reformas de calado – e incluso la aprobación de nuevos textos por completo – y han supuesto el reconocimiento jurídico de las Comisiones Bilaterales en su texto. Los Estatutos de Autonomía son una norma que sólo puede regular las relaciones de una Comunidad Autónoma con el poder central, pero no instrumentos multilaterales que deben abordarse en una norma del Estado. Por ello, los nuevos Estatutos han aprovechado el espacio regulatorio que permite esta sede normativa para regular un instrumento entre cada Comunidad y el Estado como son las Comisiones Bilaterales<sup>9</sup>. El resultado de esa operación normativa es singular: hay CCAA que tienen Comisión Bilateral en el nuevo Estatuto de Autonomía y otras CCAA con o sin nuevo Estatuto que tienen ese órgano bilateral con el Estado pero sin estar previsto en su texto estatutario.

---

(9) E. ALBERTI ROVIRA, *¿Pueden los Estatutos suplir el déficit constitucional relativo a la previsión de relaciones intergubernamentales? (Las relaciones de las Comunidades Autónomas con el Estado, las demás Comunidades y la Unión Europea en las reformas actuales de los Estatutos de Autonomía)*, en G. RUIZ-RICO (Coord.), *La reforma de los Estatutos de Autonomía. Actas del IV Congreso Nacional de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Universidad de Jaén, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 713-736.

Tal como se avanzaba, no todos los Estatutos de Autonomía de segunda generación han optado por prever Comisiones Bilaterales (el texto valenciano y el balear no lo han hecho). Sin embargo, la incorporación en el Estatuto catalán de 2006 de una Comisión Bilateral entre Cataluña y el Estado ha sido determinante para ser emulada en la mayoría de los Estatutos de Autonomía posteriores, aunque con formatos muy diversos<sup>10</sup>. Los resquemores que ha suscitado esa nueva bilateralidad formalizada estatutariamente – con la amplia enumeración de funciones que se les asignan algunos casos<sup>11</sup> – han sido zanjados por el Tribunal Constitucional, al negar categóricamente que esta Comisión pueda ser una instancia de codecisión entre el Estado español y Cataluña de corte confederal, pues los sujetos de la misma son dos elementos constitutivos del Estado español. Asimismo, el Alto Tribunal ha declarado que no es un instrumento de cooperación excluyente de otros, sino un mecanismo más y su participación en el mismo es voluntaria en atención al principio de indisponibilidad de las competencias<sup>12</sup>.

Ahora bien, tras ese diseño jurídico de estructuras de cooperación entre el Estado y las CCAA, ¿cuál ha sido la realidad de esa cooperación formal?

En la práctica, la Conferencia de Presidentes, en teoría el máximo órgano de cooperación entre Gobiernos, se ha reunido en cinco ocasiones desde su creación en 2004 hasta 2015. No se ha convocado desde 2012, por más que su reglamento interno prevé una reunión anual<sup>13</sup>. Y

---

(10) M.J. RIDAURA MARTÍNEZ, *Las comisiones bilaterales de cooperación en el sistema autonómico español*, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n. 60-61, 2007, pp. 65-84.

(11) Sus cometidos, hacer propuestas y adoptar acuerdos, se proyectan sobre múltiples ámbitos en los que exista una afectación a competencias o intereses de Cataluña: proyectos de ley, programación económica general del Gobierno del Estado, impulso y evaluación de la cooperación, prevención de conflictos competenciales, la propuesta de la relación de organismos económicos, instituciones financieras y empresas públicas estatales en las que la Generalitat tenga representación, seguimiento de la política europea y acción exterior, así como todas aquellas que sean de interés para las partes (art. 183 EAC) y también todas aquellas que aparecen a lo largo del articulado del Estatuto. Con una amplitud similar, la Comisión Bilateral en el Estatuto de Andalucía (art. 220 EAAnd).

(12) STC 31/2010, FJ 115.

(13) Las primeras cuatro Conferencias de Presidentes se han convocado a instancia de su

cuando se ha reunido, la improvisación con la que se ha convocado dicha Conferencia (aunque se hayan respetado los veinte días reglamentarios como mínimo) no ha permitido preparar los ambiciosos temas que se pretenden abordar con profundidad por el poder central y por las CCAA en este foro. El diseño de funcionamiento de la Conferencia tampoco ha conseguido implicar a las CCAA: el Presidente del Estado es quien decide cuándo se convoca dicha Conferencia y de qué temas se va hablar en ella, de modo que las CCAA muchas veces han acudido más por cortesía institucional que con la convicción de que se vayan a adoptar acuerdos útiles en su seno. El balance de la Conferencia, de momento, resulta bastante pobre, pues ni ha conseguido consolidarse, ni ha propiciado resultados tangibles, ni ha logrado una *auctoritas* necesaria para cumplir con sus importantes funciones e implantarse en el escenario institucional.

Por su parte, las Conferencias Sectoriales son los instrumentos centrales de la cooperación porque implican a todas las CCAA. Ahora bien, sobre una red de más de treinta Conferencias Sectoriales, sólo alrededor de la mitad son Conferencias Sectoriales “vivas”, esto es, son Conferencias activas que se reúnen de manera regular y de ellas aproximadamente una decena se reúnen «al menos dos veces al año» (recuérdese, ésta es la cadencia de reunión que prevé la Ley 12/1983).

Entre todas las Conferencias Sectoriales, reviste una relevancia especial el Consejo de Política Fiscal y Financiera donde se reúnen el Ministro de Hacienda Pública y los Consejeros homólogos en las CCAA, pues, en su seno se pacta el modelo de financiación autonómica (en España, no existe una Constitución financiera) y ha asumido funciones con relación a la fijación de objetivos de estabilidad presupuestaria<sup>14</sup>. Otros

---

impulsor, el Presidente Sr. Zapatero en 2004 (institucionalización de la Conferencia, reforma sanitaria), 2005 (financiación de la sanidad), 2007 (inmigración, política del agua, e investigación, desarrollo e innovación I+D+I), y 2009 (Presidencia española del Consejo de la Unión Europea, Ley de economía sostenible, violencia de género, empleo), y la quinta por el Presidente Sr. Rajoy en octubre de 2012 (centrada en la reducción del déficit público). La información institucional sobre la Conferencia de Presidentes a cargo del Ministerio de Administraciones Públicas en: [http://www.seap.minhap.gob.es/web/areas/politica\\_autonomica/coop\\_autonomica/Confer\\_Presidentes.html](http://www.seap.minhap.gob.es/web/areas/politica_autonomica/coop_autonomica/Confer_Presidentes.html) (consulta: 06.12.2015).

(14) J. RAMALLO MASSANET, J. ZORNOZA PÉREZ, *El Consejo de Política Fiscal y Financiera y las Comisiones Mixtas en la financiación de las Comunidades Autónomas, Cuadernos de Derecho*

ejemplos de Conferencias Sectoriales “vivas” son: las Conferencias Sectoriales de Agricultura, de Pesca, de Educación, de Medio Ambiente, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, o el Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia<sup>15</sup>.

El resto de Conferencias Sectoriales no se reúnen. Y ello, a pesar de que las CCAA pueden pedir la convocatoria y solicitar el tratamiento de determinados temas, pues dicha posibilidad suele estar prevista en los reglamentos internos de cada Conferencia. Sin embargo, se trata de una facultad de la que las CCAA normalmente no hacen uso y que revela la escasa implicación de las CCAA en el funcionamiento de esos foros que se perciben sobre todo como un escenario que convoca al Ministro del ramo cuando entiende oportuno y donde presenta a las CCAA iniciativas ministeriales sin más participación de las CCAA.

Más allá de los aspectos organizativos y de funcionamiento, los ambiciosos cometidos de las Conferencias Sectoriales previstos en la norma quedan reducidos casi a la mínima expresión en la práctica. En efecto, los reglamentos de estas Conferencias las configuran básicamente como los foros para la presentación y la discusión de proyectos normativos del poder central, la elaboración de planes conjuntos y la distribución territorial de créditos estatales entre las CCAA. En la praxis, el Ministerio no está obligado jurídicamente a pasar por la Conferencia Sectorial correspondiente sus proyectos normativos que pueden incidir en competencias o intereses de las CCAA, de modo que queda al albur del Ministro del ramo proponer la discusión del proyecto en esta sede, cosa que no sucede regularmente<sup>16</sup>. La elaboración de planes conjuntos

---

*Público*, n. 2, 1997, pp. 95-116; M. CARRASCO DURÁN, *Estabilidad presupuestaria y Comunidades Autónomas*, *Revista d'Estudis Federals i Autonòmics*, n. 18, 2013, en particular, pp. 189, 193.

(15) Información institucional y periódica sobre las Conferencias Sectoriales a cargo del Ministerio competente en materia de Administraciones Públicas en: [http://www.seap.minhap.gob.es/web/areas/politica\\_autonomica/coop\\_autonomica/Conf\\_Sectoriales/Documentacion.html](http://www.seap.minhap.gob.es/web/areas/politica_autonomica/coop_autonomica/Conf_Sectoriales/Documentacion.html) (consulta: 06.12.2015). Asimismo, E. ROIG MOLÉS, *Los órganos mixtos de colaboración*, en *Informe Comunidades Autónomas 2014*, Barcelona, Institut de Dret Públic, 2015, pp. 135-144.

(16) J.M. PÉREZ MEDINA, *Las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas desde la perspectiva de la Administración General del Estado*, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 19 [número monográfico], 2009, pp. 334-337.

es otro mito. Por lo común, este instrumento sólo tiene de “conjunto” su nombre, pues, habitualmente, el titular ministerial presenta un plan elaborado en su Ministerio que somete a conocimiento de las CCAA en Conferencia Sectorial, pero sin una participación activa de éstas en su contenido.

En la práctica, la función más rutinizada – y más conocida – de las Conferencias Sectoriales es la territorialización de subvenciones, tal como establece la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (art. 86.2). La territorialización de subvenciones significa repartir fondos que el Estado central, en uso de su poder gasto (conocido con el anglicismo, *spending power*), consigna en los Presupuestos del Estado en favor de las CCAA. Pero la territorialización de subvenciones significa sólo decidir conjuntamente en Conferencia Sectorial (por el Ministro del Estado y los Consejeros de las CCAA) los criterios de reparto, un aspecto muy técnico que, una vez establecido, se suele aplicar sistemáticamente en ejercicios posteriores.

De este modo, la función que desempeñan por excelencia las Conferencias Sectoriales en la praxis las reduce a repartidoras de subvenciones del Estado entre las CCAA. El estímulo financiero como incentivo para cooperar es especialmente relevante, dada la dependencia que tienen las CCAA en el sistema autonómico de fuentes de financiación externas y, en particular, estatales.

Sin embargo, esa cooperación eminentemente financiera supone una visión extremadamente reduccionista de los cometidos legales de las Conferencias Sectoriales (intercambiar puntos de vista y examinar problemas en común para afrontarlos y resolverlos) y, además, representa un contenido de la cooperación claramente coyuntural, como demuestra la crisis económica y financiera que ha golpeado duramente a España y donde los fondos estatales a repartir también se han reducido a su mínima expresión<sup>17</sup>. La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, ha representado un hito para el Estado social y un am-

---

(17) M.J. GARCÍA MORALES, *Convenios de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas y entre Comunidades Autónomas*, en *Informe Comunidades Autónomas 2014*, Barcelona, Instituto de Derecho Público, 2015, p. 147.

bicioso modelo cooperativo desde el punto de vista territorial, pues las CCAA no sólo percibían dinero, sino que codecidían con el poder central en el seno del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (asimilado a una Conferencia Sectorial). Sin embargo, la situación de crisis con la consiguiente falta de fondos ha restado mucha viabilidad a este diseño<sup>18</sup>. Las Conferencias Sectoriales coexisten desde el inicio con Comisiones Bilaterales entre el poder central con cada una de las CCAA. La bilateralidad ha sido una reclamación largamente solicitada por las CCAA donde hay un sentimiento nacionalista más fuerte y que han sido gobernadas con escasas interrupciones por partidos nacionalistas (principalmente, Cataluña y País Vasco). No en vano las primeras Comisiones Bilaterales en constituirse fueron en 1994 la Comisión con Navarra y en 1987 las Comisiones Bilaterales con Cataluña, País Vasco, Galicia (habitualmente, llamadas “Comunidades históricas”) y también con Andalucía. Desde entonces, progresivamente la creación de este órgano se ha extendido a todas las CCAA. Por tanto, en el Estado autonómico hay diecinueve Comisiones Bilaterales (diecisiete, una por Comunidad, y dos más con cada una de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla)<sup>19</sup>. La actividad de estos órganos se ha centrado desde su aparición en los años Ochenta del siglo pasado en la negociación de traspasos del Estado a cada una de las CCAA, un proceso eminentemente bilateral y que fue decayendo paulatinamente a medida que se completaba el proceso de descentralización. La función de resolución extrajudicial de controversias que las Comisiones Bilaterales desempeñan *ex lege* desde 2000 (art. 33.2 LOTC) ha reactivado su funcionamiento, hasta el punto de que en muchas Comisiones Bilaterales constituye su principal – y a veces

---

(18) Sobre el sistema de cooperación entre el Estado y las CCAA en dependencia, E. SÁEZ ROYO, *Las relaciones intergubernamentales en España: Las relaciones de cooperación intergubernamental en la Ley de Dependencia: un paso sustantivo*, en J. TUDELA ARANDA, F. KNÜPLING (Eds.), *España y modelos de federalismo*, Madrid, CEPC, 2010, pp. 361-38. En la doctrina italiana, M. MAZZARELLA, *Ascesa, criticità e declino del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia come microcosmo intergovernativo*, en *Revista catalana de dret públic*, n. 49, 2014, pp. 151-176.

(19) Sobre las Comisiones Bilaterales, puede consultarse la información del Ministerio competente en Administraciones Públicas: [http://www.seap.minhap.gob.es/web/areas/politica\\_autonomica/coop\\_autonomica/comisiones\\_bilaterales.html](http://www.seap.minhap.gob.es/web/areas/politica_autonomica/coop_autonomica/comisiones_bilaterales.html) (consulta 06.12.2015).

único – cometido. Esa función extrajudicial no ha conseguido, sin embargo, su objetivo inicial, pues la experiencia práctica no acredita que se haya reducido de forma significativa el volumen de contenciosos entre el Estado y las CCAA ante el Tribunal Constitucional<sup>20</sup>.

La irrupción de las llamadas nuevas Comisiones Bilaterales estatutarias a partir de 2006 no ha supuesto cambios cualitativos en la cooperación. Por tanto, el reconocimiento en el Estatuto de Autonomía de estas Comisiones no ha representado cambios en la práctica. Aunque el funcionamiento de las nuevas Comisiones Bilaterales es dispar, en ningún caso se han revelado como órganos que puedan suplantar a los foros multilaterales. Las nuevas Comisiones Bilaterales han sido noticia como escenarios de reivindicación y de negociación de nuevos traspasos, una actividad que ya habían desarrollado en la época anterior a los nuevos Estatutos, de modo que, de momento, *nihil novi sub sole*<sup>21</sup>. Habida cuenta de que tras casi cuarenta años de Estado autonómico quedan ya pocos recursos para ser traspasados, ligar la cooperación bilateral a la negociación de traspasos es reducir también este tipo de cooperación a una expresión mínima respecto del potencial que les garantizan los nuevos Estatutos.

Ciertamente, el número de Comisiones Bilaterales constituidas y su regulación en las normas territoriales más importantes tras la Constitución, como son los Estatutos de Autonomía, dan una falsa imagen de bilateralidad. Sin embargo, pese a la clara intención de los nuevos Estatutos de Autonomía por potenciar este canal bilateral, y de forma destacada, el Estatuto catalán, la praxis demuestra que no es fácil encontrar ámbitos de cooperación exclusivamente bilateral más allá de los ya indicados. En particular, la Comisión Bilateral Generalitat de Catalunya-Estado empezó con brío su nueva andadura a partir de 2006, pero su actividad ha ido decayendo hasta cesar en sus reuniones, en particu-

---

(20) Al respecto, puede verse el estudio de X. ARBÓS MARÍN, *Acuerdos prejudiciales y conflictos intergubernamentales sobre normas con rango de ley*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 34, 2014, pp. 129-154.

(21) M.J. GARCÍA MORALES, *Intergovernmental Relations in Spain and the Constitutional Court ruling on the Statute of Autonomy of Catalonia: what's next?*, en A. LÓPEZ BASAGUREN, L. ESCAJEDO SAN EPIFANIO (Eds.), *The Ways of Federalism in Western Countries and the Horizons of Territorial Autonomy in Spain*, Volume 1, Berlin Heidelberg, Springer-Verlag, 2013, pp. 83-109.

lar con motivo del contencioso entre el Gobierno catalán y el Gobierno del Estado sobre la celebración de un referéndum para una eventual secesión de Cataluña. La Comisión Bilateral con Cataluña no se reúne desde 2011.

Contrariamente a la imagen de bilateralismo o de bilateralidad creciente que puede generar la existencia *de iure* de Comisiones Bilaterales entre el poder central con cada una de las CCAA en España, la realidad empírica permite constatar que la cooperación en el Estado autonómico sigue siendo mayoritariamente vertical, en sectores concretos y a través de las Conferencias Sectoriales (entre el Ministro y los Consejeros del ramo), que siguen siendo – allí donde funcionan – el principal instrumento de relación entre el poder central y los gobiernos de las CCAA en España.

## 2.2 La dimensión horizontal: ¿eterna ausente, eterna incógnita?

La aparición de instrumentos formales de cooperación vertical contrasta con la situación de las relaciones intergubernamentales entre las CCAA sin participación del Estado. La cooperación horizontal se halla tan poco formalizada en España que se ha convertido en un déficit endémico de la cooperación interterritorial en el sistema autonómico. A diferencia de la dimensión vertical, no existe una apariencia de cooperación entre CCAA formal afianzada como sucede en la relación entre el Estado y las CCAA, porque apenas hay estructuras orgánicas en dicho nivel. Sin embargo, el Derecho sí aborda la cooperación horizontal. ¿Qué y cómo regula el ordenamiento jurídico español esta dimensión de las relaciones entre CCAA?

Formalmente, no hay (ni ha habido todavía) una Conferencia de Presidentes sólo de las CCAA, ni tampoco Conferencias Sectoriales horizontales<sup>22</sup>. Por el contrario, se ha creado una Conferencia de Gobiernos autonómicos con una amplia mayoría de las CCAA (integrada en su reu-

---

(22) Excepcionalmente y de forma no regular en el ámbito de justicia, hay una Comisión de Coordinación de Justicia que ha reunido a Consejeros de las CCAA con competencias en esta materia: *vid.* M.J. GARCÍA MORALES, *Instrumentos y vías de institucionalización de las relaciones intergubernamentales*, X. ARBÓS MARIN, C. COLINO CÁMARA, M.J. GARCÍA MORALES, S. PARRADO DÍEZ (Coords.), *Las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico. La posición de los actores*, Barcelona, IEA, 2009, pp. 93-94.

nión constitutiva por todas las CCAA, salvo el País Vasco, pendiente en aquel momento de formalizar la adhesión).

La Conferencia de Gobiernos de las Comunidades Autónomas se ha regulado mediante unas normas de organización y funcionamiento, de 25 de octubre de 2010, aprobadas justo antes de la celebración de su primera sesión en marzo de 2011. Dichas normas configuran a la Conferencia como «instrumento de cooperación y colaboración entre las CCAA en el ámbito de sus respectivas competencias y como foro permanente de diálogo» (art. 1). Entre los objetivos de este instrumento se cuentan promover la cooperación horizontal y vertical, promover acciones políticas en temas de Estado, así como la celebración de una Conferencia de Presidentes autonómicos. Es menester destacar que se trata de una reunión de miembros de los Gobiernos autonómicos (normalmente, Consejeros de Presidencia o de Relaciones Institucionales), pero donde no se prevé la asistencia de los Presidentes de las CCAA.

La regulación de su organización y funcionamiento resulta especialmente prolija (cuenta con un Pleno donde cada Gobierno tiene un voto y se reúne al menos una vez al año, una Presidencia rotatoria y una Secretaría Permanente que prepara y da seguimiento al trabajo de la Conferencia). El poder central puede asistir en calidad de invitado y, en todo caso, la Conferencia pone en su conocimiento los acuerdos adoptados en su seno. Como cualquier órgano de cooperación necesita producir unos resultados que, en el caso de la Conferencia de Gobiernos de las CCAA, serán: por un lado, acuerdos sobre declaraciones acerca de acciones políticas que precisan una mayoría de quince Gobiernos autonómicos sobre diecisiete (y no son vinculantes jurídicamente); y, por otro, acuerdos para impulsar convenios o acuerdos de cooperación entre CCAA que precisan unanimidad (y son pactos jurídicamente vinculantes para las partes que los suscriben)<sup>23</sup>.

En ausencia de cauces orgánicos de relación entre CCAA, formalmente, los convenios y los acuerdos de cooperación han sido el instrumento de cooperación que la Constitución española prevé entre CCAA, a

---

(23) X. DE PEDRO BONET, *La Conferencia de Gobiernos de las Comunidades Autónomas*, en *Informe Comunidades Autónomas 2011*, Barcelona, Instituto de Derecho Público, 2012, pp. 94-113.

renglón seguido (y es importante señalarlo) de una prohibición: la interdicción de federación entre CCAA en el artículo 145.1 CE. El artículo 145.2 CE distingue entre lo que el *Informe del Consejo de Estado sobre modificaciones de la Constitución* ha calificado como «dos categorías poco nítidas»<sup>24</sup>: los convenios de colaboración y los acuerdos de cooperación cuya definición el texto constitucional no aborda. El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado de forma clara al respecto y la doctrina ha planteado distintos intentos de delimitación<sup>25</sup>. La cuestión no es baladí, ya que la opción por suscribir un convenio, o bien un acuerdo, precisa un proceso de suscripción diverso: los convenios sólo necesitan su comunicación a las Cortes Generales, mientras que los acuerdos de cooperación deben ser autorizados por las mismas so pena de nulidad de los mismos.

El régimen del artículo 145.2 CE para concluir un convenio o un acuerdo entre CCAA no es el mejor diseño normativo, pero no es el principal culpable del uso (o, mejor, no uso) que se ha hecho de esta figura<sup>26</sup>. Desde el punto de vista jurídico, los primeros Estatutos de Autonomía son mucho más responsables que la Constitución española de complicar el régimen de suscripción de un convenio, pues, previeron requisitos adicionales, tales como la intervención del Parlamento autonómico (normalmente, exigiendo su aprobación) en el proceso de firma de un convenio. Todo hacía pensar que los nuevos Estatutos corregirían esa situación, no sólo porque la Constitución remite expresamente a la norma estatutaria la regulación de los «efectos de la comunicación» (art. 145.2 CE), sino por las críticas que habían merecido en este punto los

---

(24) F. RUBIO LLORENTE, J. ÁLVAREZ JUNCO (Eds.), *Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*, Madrid, CEPC, Consejo de Estado, 2006, pp. 163-165.

(25) A. SÁNCHEZ NAVARRO, *Artículo 145. Convenios entre Comunidades Autónomas*, en O. ALZAGA VILLAAMIL (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo XI, Madrid, EDESA, 1999, pp. 75-108, así como J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Convenios y acuerdos entre Comunidades Autónomas*, M.E. CASAS BAAMONDE, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, XXX Aniversario, Madrid, Wolters Kluwer, 2008, pp. 2182-2187.

(26) M.J. GARCÍA MORALES, *La colaboración a examen. Retos y riesgos de las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 86, 2009, pp. 81-84.

primeros Estatutos<sup>27</sup>. Sin embargo, los Estatutos de Autonomía de segunda generación han sido continuistas, en general, en este punto. La tendencia ha sido perpetuar en el nuevo texto requisitos ya anteriormente cuestionados, de modo que se ha perdido una oportunidad de corregir jurídicamente obstáculos a la cooperación entre CCAA conocidos desde hace tiempo<sup>28</sup>.

Aunque el régimen para suscribir convenios entre CCAA que diseñan la mayoría de los nuevos Estatutos contiene rémoras del pasado, sí introducen menciones al contenido de la cooperación horizontal por primera vez.

En particular, el Estatuto catalán alude a una interesante previsión sobre la posibilidad de cooperación entre CCAA en casos de ejercicio supraterritorial de competencias (art. 115.2 EAC), unas previsiones que han sido declaradas constitucionales por el Tribunal Constitucional. De hecho, dichas previsiones integraban en el texto estatutario una apelación a la cooperación horizontal largamente invocada por el Tribunal Constitucional como vía para evitar que se puedan revertir competencias al Estado en dichos supuestos<sup>29</sup>. Asimismo, el texto catalán alude a los objetivos de la cooperación entre CCAA («la fijación de políticas comunes, para el ejercicio eficaz de competencias y el tratamiento de los asuntos de interés común, especialmente cuando tengan un alcance supraterritorial», art. 174.2 EAC); así como el objeto de los convenios entre CCAA («entre otros contenidos, la creación de órganos mixtos y el establecimiento de proyectos, planes y programas conjuntos», art. 178.1 EAC), unas disposiciones que impulsan una visión amplia de la coope-

---

(27) En sentido, V.J. CALAFELL KERRA, *Los Convenios entre Comunidades Autónomas*, CEPC, Madrid, 2006. Asimismo, I. GONZÁLEZ GARCÍA, *Convenios de cooperación entre Comunidades Autónomas. Una pieza disfuncional de nuestro Estado de las Autonomías*, Madrid, Fundación Giménez Abad, CEPC, 2006.

(28) J. TAJADURA TEJADA, *El principio de cooperación en el Estado autonómico*, 3. ed., Granada, Comares, 2010, pp. 78-94; M.J. GARCÍA MORALES, *Los nuevos Estatutos de Autonomía y las relaciones de colaboración: un nuevo escenario, ¿una nueva etapa?*, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 19, 2009 [número monográfico], pp. 376-379.

(29) Sobre estas previsiones del Estatuto catalán, STC 31/2010, FJ 63. Entre otras decisiones previas sobre la cooperación en supuestos de supraterritorialidad, SSTC 329/1993, FJ 3; 194/2004, FJ 8. Las previsiones sobre cooperación en el ejercicio de competencias en supuestos de supraterritorialidad también en el Estatuto de Andalucía (art. 43 EAAnd).

ración entre CCAA y que no fueron llevadas ante el Tribunal Constitucional en un recurso que planteaba una impugnación casi *in totum* del texto catalán.

Tras esa apariencia de cooperación horizontal incipiente y poco institucionalizada, ¿cómo es la realidad de las relaciones formalizadas entre CCAA?

En la práctica, la Conferencia de Gobiernos de las CCAA sólo ha celebrado una primera reunión en marzo de 2011. A diferencia de la Conferencia de Presidentes entre el Estado y las CCAA, creada en 2004, resulta importante destacar que la Conferencia no ha surgido sobre el vacío. Su constitución venía precedida por la experiencia positiva que habían representado los llamados Encuentros entre CCAA, unas reuniones que agrupaban inicialmente al “club” de las CCAA con nuevos Estatutos, pero que se fueron ampliando a la mayoría de ellas, con siete reuniones regulares durante un periodo de tres años (2008-2010), hasta la decisión de transformar esos Encuentros en la Conferencia de Gobiernos autonómicos<sup>30</sup>. De esta manera, la aprobación de los Estatutos de segunda generación ha impulsado la voluntad política necesaria para la creación de este foro, pero *de iure* los nuevos Estatutos no han previsto este órgano, ni estructuras horizontales similares a las que el derecho regula en la relación vertical<sup>31</sup>.

La creación de la Conferencia de Gobiernos de las CCAA (y los Encuentros entre CCAA previos) ha abierto una puerta al optimismo, ya que ha representado la existencia por vez primera de un órgano de cooperación horizontal donde las CCAA han podido identificar objetivos comunes.

Los Encuentros y la Conferencia de Gobiernos horizontal han genera-

---

(30) Los Encuentros entre Comunidades que habían reformado sus Estatutos de Autonomía en el periodo 2006-2008 se habían celebrado en siete ocasiones entre las CCAA que habían reformado sus Estatutos de Autonomía entre 2006-2008 (Castilla y León, Comunidad Valenciana, Cataluña, Andalucía, Islas Baleares y Aragón) y su composición se fue ampliando progresivamente a los Gobiernos que lo solicitaban, concretamente, a La Rioja, Castilla-La Mancha, Galicia, País Vasco, Madrid, Canarias, Murcia, Navarra, Extremadura y Cantabria.

(31) Una referencia a los foros multilaterales de cooperación horizontal en el Estatuto de Extremadura (art. 67). Más detalles en I. SÁNCHEZ AMOR, *La cooperación horizontal en los Estatutos de Autonomía. Especial referencia al Estatuto de Extremadura*, Zaragoza, Fundación Giménez Abad, 2011, pp. 80-86.

do dos productos: declaraciones institucionales (una cooperación sobre temas más políticos: sobre el papel del Senado como Cámara de representación territorial, o sobre la participación de las CCAA en la formación de la posición estatal en la Unión); y sobre todo convenios entre CCAA (y proyectos de convenios) cuyo objetivo ha sido eliminar burocracia, evitar duplicidades o racionalizar recursos a través del intercambio de información, la asistencia técnica y la homologación de actos. Posiblemente, el caso más conocido ha sido el anuncio de un convenio para la licencia de caza y pesca única, de 2009, que ha tenido un fuerte eco mediático y al que ha seguido un *boom* insólito de convenios – todo ello sin aligerarse el régimen jurídico de la cooperación horizontal en los Estatutos –, por primera vez entre todas o la gran mayoría de las CCAA y bajo el *leitmotiv* de promover una correcta coordinación de sus competencias en beneficio de los ciudadanos (por ejemplo, los proyectos de convenios en materia de centros de acogida a mujeres víctimas en materia de violencia de género, intercambio de información sobre las licencias de funcionamiento a los fabricantes de productos sanitarios, o estrategias comunes orientadas a impulsar actuaciones conjuntas en materia turística). Este hecho ha representado un punto de inflexión en la praxis cooperativa, ya que, hasta ese momento, los convenios entre CCAA eran normalmente bilaterales (en muchos casos, entre CCAA limítrofes) y nunca se habían suscrito en España convenios multilaterales entre todas las CCAA o una gran mayoría de ellas.

Ahora bien, el optimismo y las expectativas de cambio que ha generado la creación de la Conferencia de Gobiernos ha tenido escaso recorrido, porque dicho órgano sólo ha conseguido celebrar su conferencia de creación sin que haya tenido más continuidad. La Conferencia de Gobiernos puede haber sido una buena idea que quizá ha llegado en un momento poco oportuno.

Esta Conferencia ha nacido en el contexto de una crisis económica y financiera abiertamente reconocida y en un momento en el que el partido en el Gobierno en Cataluña ha iniciado un viraje hacia la reivindicación independentista. Por un lado, en unos tiempos de crisis económica y financiera, las CCAA han buscado la relación con el Estado en la lucha contra el déficit público y en las medidas de contención de gasto, una lucha que ha hecho languidecer a este prometedor órgano de coo-

peración horizontal<sup>32</sup>. En paralelo, con la reivindicación de la autodeterminación de Cataluña, perdió sentido la cooperación horizontal de esta Comunidad en un órgano que en su sesión de constitución había aprobado una declaración institucional donde defendía la validez del Estado autonómico como «instrumento de futuro»<sup>33</sup>. Hoy por hoy, la Conferencia de Gobiernos autonómicos ha desaparecido del panorama cooperativo intergubernamental en España.

La inactividad de la Conferencia de Gobiernos autonómicos desde 2011 probablemente va a truncar buena parte de las potencialidades que había apuntado la existencia de este canal y sus repercusiones en la actividad horizontal. Sin un funcionamiento regular de la Conferencia, no hay declaraciones conjuntas que visualicen una posición común de las CCAA ante el Estado central y ha descendido el número de pactos horizontales en cualquiera de sus modalidades (acuerdos de cooperación, convenios o protocolos de intenciones), pues difícilmente se pueden llegar a identificar objetivos comunes entre la mayoría de las CCAA si no existe una cooperación orgánica estable. Por ello, resulta muy complejo que, en ausencia de una Conferencia de Gobiernos o de Encuentros institucionalizados multilaterales entre los Gobiernos de las CCAA, pueda mantenerse una cooperación que implique a la mayoría de ellas.

Por lo pronto, sin una Conferencia de Gobiernos autonómicos “en activo”, poco se sabe de los productos (declaraciones y convenios) que este órgano ha generado en su breve existencia. Las declaraciones han sido pocas y con escaso impacto. Poco se sabe también sobre el destino de los convenios entre CCAA surgidos de los Encuentros entre CCAA y de la propia Conferencia, ni sobre cuál ha sido su grado de ejecución real.

En cualquier caso, la experiencia empírica de la actividad convencional entre CCAA sí confirma que la relación entre CCAA ha vuelto a ser como era antes de la aprobación de los nuevos Estatutos: escasamen-

---

(32) M.J. RIDAURA MARTÍNEZ, *Las relaciones horizontales de colaboración entre las Comunidades Autónomas: marco jurídico, funcionamiento y rendimiento*, en *Revista de Derecho Político*, n. 88, 2013, pp. 215-244.

(33) Declaración institucional de la I Conferencia de Gobiernos autonómicos, de 21 de marzo de 2011.

te formalizada a través de convenios y acuerdos (instrumentos previstos para articular esa relación en la Constitución), mayoritariamente a través de protocolos de intenciones muy variados y no siempre transparentes (pues no siempre se publican) y claramente bilateral entre CCAA limítrofes (o no) para dar respuesta a problemas de la relación de vecindad o de común interés<sup>34</sup>.

Falta un catalizador de la agregación de voluntades al más alto nivel intergubernamental que permita abordar proyectos más generales (tanto por su contenido, como por el número de entes implicados) en la dimensión horizontal. Ante la desaparición de la Conferencia de Gobiernos autonómicos (creada en 2011 y nunca más convocada), no existe en el Estado autonómico ningún órgano de cooperación donde las CCAA puedan formar su posición común sobre un tema y transmitirla al poder central (la Conferencia de Presidentes vertical tampoco está activa desde 2012). Por tanto, no se produce en España la dinámica – por lo demás habitual en otros países – donde la formación de la posición común en órganos horizontales precede a la presentación de dicha postura como posición de todas las CCAA, y a su exposición ante el poder central en un momento ulterior, con mayor fuerza negociadora frente a él, que si se presentara por una o varias CCAA en solitario.

### ***2.3 La dimensión europea: la participación autonómica en la Unión, ¿más interacción, más trabajo conjunto?***

La articulación de la participación de los entes territoriales en el proceso de integración europea ha supuesto en los sistemas políticamente descentralizados una evolución del llamado federalismo cooperativo<sup>35</sup>. La participación de dichos entes en la dimensión interna e indirecta (formación de la posición estatal y la ejecución del derecho europeo),

---

(34) Sobre esta evolución, *vid.* M.J. GARCÍA MORALES, *Convenios de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas y entre Comunidades Autónomas*, en *Informes Comunidades Autónomas*, Barcelona, Instituto de Derecho Público (anual), en particular el *Informe* correspondiente a 2014, pp. 148-149.

(35) R. BIFULCO, *La cooperazione nello Stato unitario composto*, cit., pp. 379-444. J. POIRIER, CH. SAUNDERS, *Conclusion: Comparative Experience of Intergovernmental Relations in Federal Systems*, en J. POIRIER, CH. SAUNDERS, J. KINCAID (Eds.), *Intergovernmental Relations in Federal Systems. Comparative Structures and Dynamics*, cit., pp. 476-479.

así como en la dimensión externa y directa en las instituciones de Bruselas ha implicado una mayor necesidad de cooperación entre los entes territoriales y entre éstos con el poder central.

La primera singularidad del sistema español es que la participación de las CCAA en el proceso de integración europea no está regulada en la Constitución de 1978, ni se ha podido llevar a cabo una reforma para integrar dicho contenido en el texto constitucional. La participación de las CCAA en asuntos europeos se ha diseñado a través de Acuerdos intergubernamentales (sin valor jurídico) en el seno de la Conferencia para Asuntos relacionados con la Unión Europea (CARUE, antes llamada CARCE, Conferencia para Asuntos Relaciones con las Comunidades Europeas hasta su cambio de denominación en 2010)<sup>36</sup>.

La Ley 2/1997, de 13 de marzo, define a la CARUE como «un órgano de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas para articular adecuadamente la concurrencia de éstas en las cuestiones propias de su participación en asuntos comunitarios» (art. 1). La Conferencia está presidida por el Ministro del que depende la cartera de Administraciones Públicas y compuesta, junto a él, por los Consejeros de las CCAA competentes en materia de asuntos europeos. Dos de los Acuerdos de la CARUE más importantes sobre el diseño de la participación de las CCAA que inciden en las relaciones intergubernamentales son: el Acuerdo de 1994 sobre participación interna de las CCAA en asuntos comunitarios europeos y el Acuerdo de 2004 sobre participación directa de las CCAA en dichos asuntos.

Respecto a la participación interna, el Acuerdo de la CARUE de 1994 contempla a las Conferencias Sectoriales como la sede donde se da cauce a la participación de las CCAA en la fase ascendente, en la fase descendente y en la gestión de programas comunitarios. La participación de las CCAA en la formación de la posición estatal varía en función del grado de afectación de las competencias de las CCAA, de modo que cuanto más afecte un asunto europeo al ámbito competencial de aquel-

---

(36) E. ROIG MOLÉS, *La Ley 2/1997 y la posición de la Conferencia para Asuntos relacionados con las Comunidades Europeas*, en *Cuadernos de Derecho Público*, n. 2, 1997, pp. 265-302. Asimismo, un trabajo de referencia en este punto, M.A. ARIAS MARTÍNEZ, *Comunidades Autónomas y elaboración del Derecho Comunitario europeo. Un estudio sobre el principio de colaboración en este ámbito*, Oñati, IVAP, 1998, pp. 201-301.

las, mayor debe ser su participación en sede de Conferencia de Sectorial. La participación autonómica gira en torno a una idea nuclear, la formación de la posición común de las CCAA, entendida como «el resultado alcanzado tras agregar y concertar sus respectivas posturas por aquellas Comunidades Autónomas cuyas competencias estén afectadas por el asunto comunitario en cuestión»<sup>37</sup>. La formación de la posición común entre las propias CCAA constituye la primera – y esencial – secuencia del proceso de participación, una posición que, una vez conseguida, debe presentarse ante el poder central en esa misma sede e integrarse en la posición estatal.

El Acuerdo de la CARUE de 1994 diseña también a las Conferencias Sectoriales como el foro de referencia para articular la participación autonómica en el desarrollo y ejecución del derecho europeo. Por un lado, las respectivas instancias que proyecten la aprobación de una norma de desarrollo o ejecución del derecho comunitario «pondrán en conocimiento de la Conferencia Sectorial el texto del proyecto»<sup>38</sup>. Por otro lado, si el poder central y las CCAA deciden dar «un contenido semejante o equivalente al proceso normativo interno derivado de la aplicación del Derecho comunitario, la cuestión será incluida en el orden del día del correspondiente órgano especializado de la Conferencia Sectorial, al objeto de elaborar una propuesta de acuerdo y elevarla al Pleno de la Conferencia»<sup>39</sup>.

Asimismo, el Acuerdo de 1994 prevé la participación de las CCAA en el desarrollo de programas comunitarios, una participación que se concreta en obligaciones de información regulares por parte de la Administración General del Estado de los programas que gestione, abiertos o no a la participación de las CCAA – de nuevo, en sede de Conferencia Sectorial –, así como obligaciones también regulares de información por parte de las CCAA a la Administración General del Estado en sede de Conferencia Sectorial de aquellos programas que no coordine el poder central<sup>40</sup>.

---

(37) Cfr. Apartado I. Cuarto Acuerdo de la CARUE de 1994.

(38) Cfr. Apartado III. Undécimo 1.1 Acuerdo de la CARUE de 1994.

(39) Cfr. Apartado III. Undécimo 1.2 Acuerdo de la CARUE de 1994.

(40) Cfr. Apartado III. 3 Acuerdo de la CARUE de 1994.

Si el Acuerdo de la CARUE de 1994 regula la participación interna de las CCAA en el proceso de integración, su participación directa en la dimensión externa y directa en formaciones del Consejo de la Unión y en sus órganos preparatorios ha sido una puerta durante mucho tiempo cerrada para las CCAA que se abrió una década más tarde. Dicha participación directa se diseña también mediante un instrumento intergubernamental: los Acuerdos de la CARUE de 2004 que canalizan de nuevo esa participación a través de la fórmula de las Conferencias Sectoriales correspondientes a las cuatro formaciones del Consejo de la Unión Europea. Según se dispone literalmente: «el pleno de las mismas asegura la presencia de los interlocutores adecuados para que las Comunidades Autónomas puedan elegir un miembro del Consejo de Gobierno que las represente en su conjunto y para que puedan participar en esa elección a quien va a ejercer la presidencia de la delegación española»<sup>41</sup>.

En la participación directa, las Conferencias Sectoriales intervienen en dos momentos: primero, el pleno de las Conferencias es el encargado de determinar el procedimiento de designación del representante autonómico en el Consejo «a partir de la propuesta acordada por las Comunidades Autónomas»<sup>42</sup>, y, segundo, una vez designado éste, dentro de las Conferencias Sectoriales, las Comunidades Autónomas deben ser informadas regularmente del asunto y deben desarrollar «el procedimiento para fijar una posición común»<sup>43</sup>.

En la dimensión vertical, la CARUE y las Conferencias Sectoriales son las estructuras multilaterales (la primera transversal y las segundas sectoriales) de participación de todas las CCAA en el proceso de integración. Sin embargo, el binomio multilateralidad (todos)-bilateralidad (una Comunidad con el Estado) que existe en las relaciones verticales en España aparece también en el diseño cooperativo de la participación en asuntos europeos. La Ley 2/1997, de 13 de marzo, de creación de la CARUE ha previsto la existencia de instrumentos de cooperación bilateral entre el poder central y las CCAA para tratar problemas que afecten

---

(41) Cfr. Apartado III Acuerdo de la CARUE de 2004.

(42) Cfr. Apartado 3.1 Acuerdo de la CARUE de 2004.

(43) Cfr. Apartado 4.4.2 Acuerdo de la CARUE de 2004.

exclusivamente a una Comunidad o sean de singular interés para ella<sup>44</sup>. En ese marco general de participación previsto en Acuerdos intergubernamentales (que son el fruto de un órgano intergubernamental como la CARUE), los nuevos Estatutos contemplan por vez primera en una norma – y en una norma del bloque de la constitucionalidad –, la participación de las CCAA en la Unión, ante el ya indicado mutismo de la Constitución sobre este tema (lógico, al ser ésta previa al propio proceso de integración).

Los Estatutos de Autonomía de segunda generación prevén cláusulas europeas que recogen la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la participación de las CCAA en el proceso de integración (en las fases ascendente y descendente, así como una atención específica a la gestión de los fondos comunitarios). Al margen de los problemas que plantea esta sede normativa, pues los Estatutos de Autonomía pueden regular la participación de una Comunidad en asuntos europeos, pero no la participación de todas las CCAA en un procedimiento multilateral previsto en la Constitución o en una ley estatal<sup>45</sup>, los nuevos textos estatutarios recurren a los instrumentos de cooperación con el Estado (por tanto, eminentemente verticales) para articular esa participación autonómica en clave multilateral y bilateral.

El Estatuto catalán y aquellos que han seguido su estela remiten a procedimientos multilaterales (en el seno de las Conferencias Sectoriales), pero también a la participación bilateral para asuntos que afecten exclusivamente a una Comunidad. A pesar de que este extremo ha resultado muy polémico, en realidad, la participación europea en clave bilateral no es una novedad estatutaria, pues, como se vio, ya se ha previsto en la normal legal que creó la CARUE en 1997.

El Tribunal Constitucional en la sentencia que ha juzgado buena parte de la constitucionalidad del Estatuto catalán ha concluido que los Estatutos pueden regular esta materia, pero no pueden crear un sistema *ex no-*

---

(44) Disposición adicional primera.

(45) A.M. CARMONA CONTRERAS, *Las relaciones de las Comunidades Autónomas con la Unión Europea en las reformas estatutarias: debilidades, amenazas, fortalezas, oportunidades*, en J. MATÍAS PORTILLA (Coord.), *Pluralidad territorial, nuevos derechos y garantías*, Madrid, CEPC, 2012, pp. 108-114.

vo de participación autonómica en asuntos europeos. Por lo que respecta a los instrumentos de cooperación intergubernamental, el Alto Tribunal ha confirmado la constitucionalidad con matices de las modalidades de participación en asuntos europeos del Estatuto de Cataluña de 2006, así como sus efectos. Específicamente, ha confirmado la constitucionalidad del canal bilateral en situaciones singulares, siempre que no excluya la multilateralidad y, en cualquier caso, despojado de carácter vinculante para el Estado que no queda obligado por la opinión de la Comunidad<sup>46</sup>. Ahora bien, más allá esa arquitectura *sui generis* del proceso de participación de las CCAA en la Unión formalizada sobre estructuras de cooperación internas en clave multilateral y bilateral, pero siempre verticales, ¿qué sucede con su aplicación práctica?

En la praxis, el primer gran problema que suscita este modelo de participación recae sobre el foro multilateral llamado a diseñar el sistema de participación autonómica, la CARUE. Tras el pico de actividad que esta Conferencia registró en 2004, no consta que se reúna desde 2011 (a pesar, de que el reglamento interno de esta Conferencia prevé una periodicidad en sus reuniones de al menos dos veces al año). En la realidad cooperativa, se constata un declive progresivo de este órgano y sus dificultades para encontrar su papel.

Desde el punto de vista empírico, el segundo gran problema radica en el foro de referencia sobre el que pivota dicha participación: las Conferencias Sectoriales. Aunque el *Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español* señala que: «Las Conferencias Sectoriales se han revelado como un instrumento útil para la coordinación interautonómica y para su concertación con el Estado»<sup>47</sup>, lo cierto es que se trata de instrumentos cuyos problemas de configuración y de funcionamiento ya vistos se proyectan también en asuntos europeos.

La decisión de convocar una Conferencia Sectorial para discutir asuntos europeos sigue cayendo sobre el Ministro de turno, pues por más

---

(46) STC 31/2010, FJ 210.

(47) *Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español. Texto del informe, estudios y ponencias*, Consejo de Estado, Madrid, CEPC, 2008, p. 89.

que los nuevos Estatutos reconocen la participación de las CCAA, el Tribunal Constitucional ha matizado que las previsiones de participación constituyen modalidades de cooperación<sup>48</sup> (y en cuanto tales, voluntarias, según su propia jurisprudencia). El funcionamiento de las Conferencias Sectoriales en este punto es dispar, pero aquellas más “europeizadas” (así, agricultura, pesca y medio ambiente) registran más actividad para tratar dichos asuntos<sup>49</sup>. En ese sentido, la integración en la Unión propiciaría, por lo menos, una presión mayor para convocar reuniones con las CCAA en Conferencias Sectoriales y también una mayor presión por pactar ante la aprobación de una norma europea o sobre el reparto interno de fondos de la Unión<sup>50</sup>.

A los problemas sobre la idoneidad de las Conferencias Sectoriales verticales como pieza básica del proceso de participación autonómica europea, se une el contrasentido que supone residenciar en un foro donde participan el poder central y las CCAA, sin una cooperación horizontal formalizada previa (recuérdese que en España no hay Conferencias Sectoriales horizontales), la formación de la posición común de las CCAA que compete sólo a ellas y que constituye la pieza clave de la participación autonómica. A lo sumo, las CCAA pueden formar posiciones comunes de manera informal de manera poco visible y no siempre estable ante la ausencia de órganos de cooperación exclusivamente entre CCAA<sup>51</sup>. Sin circuitos apropiados para generar la posición común de las CCAA, mal se puede hablar de participación real y efectiva de las CCAA ni en la formación interna de la posición estatal, ni en la ejecución del Derecho europeo, ni en la definición ni gestión de las políticas de cohesión europeas, ni tampoco en una participación directa de las CCAA en Bru-

---

(48) STC 31/2010 FJ 64.

(49) *Informe sobre la actividad de las Conferencias Sectoriales 2013*, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (*Informes* normalmente anuales; el correspondiente a 2013 es, por el momento, el último informe hecho público).

(50) M.J. GARCÍA MORALES, *Instrumentos y vías de institucionalización de las relaciones intergubernamentales*, cit., p. 62.

(51) *Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español. Texto del informe, estudios y ponencias*, cit., p. 90.

selas<sup>52</sup>. Por ello, a veces, la búsqueda del canal bilateral ha sido la respuesta a la insatisfacción de los instrumentos multilaterales con el poder central, si bien, antes y también después de los nuevos Estatutos, las Comisiones Bilaterales en asuntos europeos han tenido una muy escasa actividad. Expresamente previstas en la Ley 2/1997, que creó la CARUE, y ya antes mencionada, estas Comisiones Bilaterales específicamente en asuntos europeos se han constituido con tres CCAA: la Comisión Bilateral entre la Administración General del Estado y País Vasco (1995), con Cataluña (inicialmente se creó 1998 y sus competencias se han asumido por la nueva Comisión Bilateral Generalitat-Estado desde 2007) y Canarias (2001). Sin embargo, sólo la Comisión Bilateral entre el Estado y Canarias ha tenido cierta actividad, dada la consideración europea de esta Comunidad Autónoma como de región ultraperiférica y en atención a su especial régimen fiscal<sup>53</sup>.

### 3. Llegan cambios normativos en 2016: la Ley 40/2015

Ante ese panorama, se constata que España es uno de los países donde la

---

(52) Sobre la participación autonómica en la formación de la posición estatal, *vid.* E. ROIG MOLES, *Las Comunidades Autónomas y la posición española en asuntos europeos*, Valencia, IEA, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 266-280. Sobre la cooperación en la fase descendente, M.J. GARCÍA MORALES, *La prevención del incumplimiento del Derecho europeo en el Estado autonómico: instrumentos, posibilidades y límites*, en P. BIGLINO CAMPOS, L. DELGADO DEL RINCÓN (DIRS.), *El incumplimiento del Derecho comunitario en el Estado autonómico. Prevención y responsabilidad*, Madrid, CEPC, 2011, pp. 42-45. Sobre la cooperación entre el Estado y las CCAA en la definición y aplicación de las políticas europeas, A. HOMBRADO MARTOS, *¿Cómo se negocian, gestionan y coordinan las políticas europeas en España? Capacidad de acción administrativa y colaboración intergubernamental de la política europea*, en C. COLINO CÁMARA (COORD.), *Las Comunidades Autónomas frente a los retos de la nueva política de cohesión europea en la Europa ampliada. Capacidades y estrategias*. Gobierno del Principado de Asturias, Fundación Alternativas, 2013, pp. 123-154. Asimismo, sobre la participación directa, S. BELTRÁN GARCÍA, *La aplicación de los Acuerdos que regulan la participación de las Comunidades Autónomas en el Consejo de la Unión Europea (variaciones o desvaríos sobre un mismo tema)*, *Revista General de Derecho Europeo*, n. 22, 2010, pp. 1-28.

(53) I. SÁNCHEZ AMOR, *Actuación exterior autonómica y sistema de relaciones entre niveles de gobierno. La insuficiencia de las actuales reformas estatutarias*, en R. GARCÍA PÉREZ (Dir.), *La acción exterior de las Comunidades Autónomas en las reformas estatutarias*, Madrid, Tecnos, 2009, p. 29. Sobre las primeras Comisiones Bilaterales en asuntos europeos, M.A. ARIAS MARTÍNEZ, *Comunidades Autónomas y elaboración del Derecho Comunitario europeo*, cit., pp. 296-301. En particular, sobre la nueva Comisión Bilateral con Cataluña y su actividad en temas europeos, M. CASAS RONDONI, *La Comisión Bilateral Generalitat-Estado: Regulación y actividad práctica*, en *Revista catalana de dret públic*, n. 42, 2011, pp. 335-365.

cooperación se halla más regulada en sus tres dimensiones (vertical, horizontal y europea), pero donde el Derecho todavía no ha podido cambiar dinámicas, ni lograr un mejor uso de los instrumentos cooperativos que regula. A pesar de ello, el legislador español ha intentado, de nuevo, encarar sus déficits con una nueva norma: la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que, sin embargo, no entrará en vigor inmediatamente, pues se ha previsto una larga *vacatio legis*, de un año desde la publicación de la norma. De este modo, la entrada en vigor de la Ley 40/2015 se debe producir el 2 de octubre de 2016.

Por lo pronto, esta nueva ley suscita algunas cuestiones preliminares que pueden resultar cuando menos “curiosas” para un espectador externo.

Primero: la celeridad de la tramitación y su contexto. El proyecto de ley se presentó el 11 de mayo de 2015 en el Parlamento y se ha aprobado en poco más de tres meses y medio, justo unas tres semanas antes del final de la X Legislatura (2011-2015). El partido en el Gobierno ha gozado de mayoría absoluta en el Parlamento, lo que le ha permitido disponer de una mayoría parlamentaria holgada para aprobar semejante norma sin problemas. No ha sido una norma aprobada desde y con el diálogo ni con los grupos parlamentarios, ni tampoco con las CCAA. La nueva ley se ha planteado en un contexto de crisis económica y financiera so pretexto de racionalizar las Administraciones Públicas e incrementar su eficiencia, y, en particular, en el tema que nos ocupa, con el objetivo de potenciar los órganos de cooperación<sup>54</sup>, justo en el mismo momento en que el Estado autonómico ha sufrido su mayor desafío: el órdago independentista lanzado por el Gobierno de Cataluña.

---

(54) La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, se presenta en su Preámbulo como una consecuencia del *Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas* (CORA), de 21 de junio de 2013 (en particular, sobre los órganos de cooperación, pp. 94-95). La CORA ha estado compuesta por altos cargos del Gobierno y de la Administración General del Estado y el Informe parte de considerar que una economía competitiva necesita de unas Administraciones eficientes. A petición del Gobierno de España, y a propósito del Informe de la CORA, la OCDE ha elaborado un Informe sobre la Gobernanza Pública en España: *OECD Public Governance Review of Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement* GOV/PGC(2014)4/ANN1. Ambos Informes pueden consultarse en la página Web del Ministerio competente en Administraciones Públicas: [http://www.seap.minhap.gob.es/web/areas/reforma\\_aapp.html](http://www.seap.minhap.gob.es/web/areas/reforma_aapp.html) (consulta: 06.12.2015).

Segundo: de nuevo, no hay en España una nueva Ley de Cooperación, sino una regulación de las relaciones de cooperación en una norma temáticamente muy variada (la Ley 40/2015 incluye los principios de actuación del sector público, los órganos de las Administraciones Públicas, los principios de la potestad sancionadora o la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, entre otros contenidos). La regulación de los órganos de cooperación prevista en su predecesora, la Ley 30/1992, vigente en los últimos veintitrés años, quedará derogada y sustituida en octubre de 2016 por la Ley 40/2015 que regulará a partir de ese momento las relaciones y los órganos de cooperación<sup>55</sup>.

Tercero: la Ley 40/2015 es una ley del poder central que regula la cooperación entre el Estado y las CCAA. Regula sólo los órganos de cooperación vertical, no la dimensión horizontal entre las propias CCAA, ni la dimensión europea de estas relaciones. No obstante, en este último caso, la ley regulará indirectamente dicha dimensión, pues disciplina el régimen jurídico de los órganos de cooperación vertical (en particular, las Conferencias Sectoriales) que constituyen, como ya se ha visto, el canal de articulación de la participación de las CCAA en asuntos de la Unión.

Más allá de estas curiosidades, ¿dónde están las principales novedades que aporta de la Ley 40/2015 en los órganos de cooperación intergubernamental? Vaya por delante que la ley es nueva, pero ¿hay novedades?

Por primera vez, una norma legal diferencia y precisa el significado de tres conceptos (colaboración, cooperación y coordinación) que aparecen en la jurisprudencia constitucional. La Ley 40/2015 disocia entre colaboración y cooperación, dos términos que no siempre han sido utilizados autónomamente por el Alto Tribunal y recoge el concepto de coordinación que ha reconocido la jurisprudencia constitucional.

La Ley 40/2015 entiende por colaboración “el deber de actuar con el

---

(55) La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, quedará derogada por dos leyes “mellizas” – al ser aprobadas a la vez –, por un lado, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (que regulará a partir de octubre de 2016 las relaciones y los órganos de cooperación) y, por otro, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo de las Administraciones Públicas (en lo que concierne a dicho procedimiento).

resto de las Administraciones Públicas para el logro de fines comunes” (art. 140.1 c)). Se trata de una definición genérica que la propia norma se encarga de concretar en un haz de deberes de contenidos diversos que, en gran parte, ya preveía la Ley 30/1992 (como manifestaciones del principio de lealtad institucional) y que venían a dar forma legal a la doctrina del Tribunal Constitucional en este punto: el deber de respeto en el ejercicio legítimo de sus respectivas competencias por cada una de las Administraciones, el deber de ponderación de la totalidad de los intereses en liza en el ejercicio de competencias propias, el deber de auxilio y asistencia recíproca, y cualquier obligación concreta de dicho deber, así como las que puedan establecerse normativamente (art. 141). Por su parte, y a efectos de la ley, la cooperación se caracteriza – en la misma línea que la jurisprudencia constitucional – por la voluntariedad y, en ese sentido, la nueva norma se limita a señalar que se produce «cuando dos o más Administraciones, de manera voluntaria y en el ejercicio de sus competencias, asumen compromisos específicos en aras de una acción común» (art. 140.1 d)).

Y, en tercer lugar, la ley recoge la acepción de coordinación – siguiendo, también la jurisprudencia constitucional –, «en virtud de la cual una Administración Pública, y singularmente, la Administración General del Estado, tiene la obligación de garantizar la coherencia de las actuaciones de las diferentes Administraciones Públicas por una misma materia para la consecución de un resultado común, cuando así lo prevé la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico» (art. 140.1 e)).

La nueva Ley también especifica la forma de hacer efectivos esos contenidos. El deber de colaboración se vehicula a través de diferentes técnicas como el suministro de información o la creación y mantenimiento de sistemas integrados de información administrativa (art. 142). Sobre las técnicas de coordinación nada se dice, salvo las funciones de coordinación que reserva a las Conferencias Sectoriales (art. 148.1). Especial interés, y extensión, reviste la regulación de lo que la ley denomina «técnicas orgánicas de cooperación» (arts. 145-154).

La Ley 40/2015 regula las estructuras formales de cooperación intergubernamental en España de una forma más completa que su predecesora. A diferencia de la Ley 30/1992, que sólo ha contemplado las Conferencias Sectoriales y las Comisiones Bilaterales, la nueva Ley recoge

por primera vez en una norma legal la Conferencia de Presidentes (la Ley 30/1992 no podía hacerlo porque dicho órgano se creó en 2004), introduce algunas novedades en las Conferencias Sectoriales, y regula las Comisiones Bilaterales, sin perjuicio de las peculiaridades que puedan disponer los Estatutos de Autonomía. Más allá de ello, y junto a estos tres órganos de cooperación intergubernamental (donde participen miembros de los Gobiernos del Estado y las CCAA), la nueva ley regula también por primera vez entre los órganos de cooperación las llamadas Comisiones Territoriales de Coordinación, donde, junto a representantes de la Administración del Estado y/o de las CCAA, participen Entes locales.

En primer lugar, por lo que respecta a la Conferencia de Presidentes, la Ley 40/2015 le da reconocimiento legal y la que define como «un órgano de cooperación multilateral entre el Gobierno de la Nación y los respectivos Gobiernos de las Comunidades Autónomas» (art. 146.1). La ley especifica sus funciones («la deliberación de asuntos y la adopción de acuerdos de interés para el Estado»), su composición como órgano vertical (el Presidente del Gobierno central y los Presidentes de las CCAA), así como algunos aspectos de organización y funcionamiento (la presidencia corresponde al Presidente del Gobierno central y la Conferencia es asistida por un Comité preparatorio formado por un Ministro del Gobierno central, que lo preside, y un Consejero de cada Comunidad Autónoma, art. 146.2). Nada dice la ley de otros extremos de regulación y funcionamiento de la Conferencia, ni sobre sus mayorías y productos que sí se regulan, en los términos ya vistos, en su reglamento interno de 2009.

El segundo instrumento de cooperación intergubernamental que aborda la Ley 40/2015 – y el objeto central de la nueva regulación – son las Conferencias Sectoriales, el principal instrumento de cooperación en la realidad cooperativa española, al no existir ni una Conferencia de Presidentes operativa, ni unas Comisiones Bilaterales con una actividad importante. Las Conferencias Sectoriales se definen como «un órgano de cooperación, de composición multilateral y ámbito sectorial determinado» (art. 147) donde se reúnen el Ministro del Gobierno central (que siempre preside) con los Consejeros de las CCAA del ramo. La Ley 40/2015 aborda varios extremos relacionados con su organización y funcionamiento, así como sobre sus funciones y sus decisiones, pero

no todos ellos son novedades, aunque se puedan presentar como tales. Respecto a aspectos de organización y funcionamiento, las novedades de la nueva ley son relativas. La convocatoria y determinación del orden del día sigue correspondiendo al Ministro del Gobierno central del ramo (art. 149), si bien la nueva ley especifica que la convocatoria también la pueden pedir «al menos una tercera parte de sus miembros». En realidad, esa posibilidad ya estaba prevista en algunos reglamentos de las Conferencias Sectoriales (y no había sido utilizada). Respecto a la cadencia de las reuniones, la nueva Ley dispone que el Ministro procederá a acordar la convocatoria «al menos una vez al año» (art. 149.1). La Ley 30/1992 guardaba silencio sobre este extremo, pero no la Ley 12/1083, del Proceso Autonómico – vigente en este punto hasta octubre de 2016 –, donde especifica que deben reunirse «al menos dos veces al año», como ya se ha indicado antes. De este modo, la obligación de convocar estas Conferencias se rebaja de «al menos dos veces al año» a «al menos una vez al año» en la nueva norma.

La Ley 40/2015 pretende también potenciar los órganos de apoyo de las Conferencias Sectoriales. Por un lado, la ley prevé que dichas Conferencias tendrán una Secretaría (art. 150). De nuevo, los reglamentos de la mayoría de Conferencias Sectoriales contemplaban ya estas Secretarías para preparar y dar continuidad a su trabajo. Asimismo, la Ley 40/2015 regula las Comisiones Sectoriales y los Grupos de trabajo de las Conferencias Sectoriales (art. 152). Las Comisiones Sectoriales se definen como «el órgano de trabajo y apoyo de carácter general de la Conferencia Sectorial» y están formadas por el Secretario de Estado (u órgano superior) que designe el Ministro del Gobierno central del ramo, que es quien preside la Comisión Sectorial, así como por los representantes de las CCAA y Ciudades Autónomas. Las Comisiones Sectoriales tienen funciones también de preparación de las reuniones, pero sobre todo de seguimiento y evaluación de los acuerdos y actuaciones de la propia Conferencia. Los Grupos de trabajo son creados por una decisión de la Conferencia Sectorial para tratar los temas técnicos que les asigne la Conferencia en cuestión. Tanto las Comisiones Sectoriales, como los Grupos de trabajo ya existían e, incluso, se hallaban previstos en los reglamentos de algunas Conferencias. La propia Ley 30/1992 preveía también este tipo de órganos de una forma mucho más genérica (art. 5.6).

Hasta aquí pocas novedades. Posiblemente, las dos cuestiones novedosas más significativas que aporta la Ley 40/2015 inciden en las funciones, así como la forma que revisten los productos de las Conferencias Sectoriales y las mayorías necesarias para aprobarlos.

Por lo que respecta a sus cometidos (art. 148), la nueva ley prevé expresamente que las Conferencias Sectoriales «pueden ejercer funciones consultivas, decisorias o de coordinación». A título de ejemplo se enumeran: el establecimiento de planes conjuntos, el intercambio de información y el establecimiento de mecanismos a tal efecto, la determinación de la organización interna de la Conferencia Sectorial o la fijación de los criterios objetivos que sirven de base para la distribución territorial de fondos destinados a las CCAA. En este punto, tampoco hay novedades remarcables. Sin embargo, la Ley 40/2015 prevé que las Conferencias Sectoriales “ejercerán” otra función: «ser informadas sobre los anteproyectos de leyes y los proyectos de reglamentos del Gobierno de la Nación o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas cuando afecten de manera directa al ámbito competencial de las otras Administraciones, o cuando así esté previsto en la normativa sectorial aplicable» (art. 148.2 a)). Este aspecto se presenta en el propio Preámbulo de la Ley como novedad. Con ello, parece que se pretende superar el contenido eminentemente financiero de la cooperación vertical en el seno de las Conferencias Sectoriales, y paliar el déficit de participación de las CCAA en los procesos de toma de decisiones normativas, donde las CCAA no son normalmente informadas ni oídas, ni tampoco el Estado conoce de las iniciativas normativas autonómicas.

En realidad, esta función se trata de una novedad parcial, ya que dicha función – ahora recogida en la ley – estaba ya prevista en la legislación sectorial, así como en los reglamentos internos de algunas Conferencias Sectoriales y ha sido infrutilizada<sup>56</sup>. La novedad de la Ley 40/2015 radica no sólo en elevar a rango legal algo que ya estaba en las normas de autorregulación de las Conferencias, sino también en la bidireccionalidad con que se prevé dicha función: hasta ahora en las Conferen-

---

(56) En particular, la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de la unidad de mercado. Asimismo, *vid. Las relaciones de colaboración Estado-CCAA. Informe 2004*. Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2006, pp. 27-28.

cias Sectoriales se podían presentar anteproyectos de normas estatales (legales o reglamentarias) que el Gobierno o el Ministerio correspondiente se proponía tramitar, pero ahora también se prevé para esos mismos anteproyectos de las CCAA. En esos casos, se contempla el funcionamiento de las Conferencias por medios electrónicos. La Ley 40/2015 sólo dispone que estas Conferencias «ejercerán» esta función de «ser informadas» en tales casos, tanto en el caso de iniciativas normativas estatales, como autonómicas, pero las Conferencias Sectoriales – y ese será un punto clave – sólo podrán ejercer esa función en tanto en cuanto dichas iniciativas les sean remitidas por el órgano competente en el Ministerio del Estado o en las Consejerías de las CCAA.

Respecto a los productos de los órganos de cooperación intergubernamental, la Ley 40/2015 va a introducir posiblemente los cambios jurídicos más significativos. Uno de los problemas de la cooperación en España ha sido la ausencia de vinculación jurídica de sus acuerdos, salvo que se hayan elevado a normas jurídicas, o bien se hayan formalizado mediante convenios de colaboración jurídicamente vinculantes para las partes suscriptoras. La Ley 40/2015 intenta encarar esa cuestión regulando el modo de adopción de decisiones en Conferencia Sectorial y los posibles tipos de decisiones. Por un lado, la toma de decisiones en Conferencia Sectorial precisará la votación de sus miembros y los votos computarán en función “de la representación que cada Administración Pública tenga y no por los distintos miembros de cada una de ellas” (art. 151.1). Hasta el momento, la regla de funcionamiento prevista en los reglamentos de las Conferencias Sectoriales era el asentimiento y, en su defecto, la mayoría.

Asimismo, la Ley 40/2015 ha previsto los dos tipos de decisiones que puede adoptar una Conferencia Sectorial (art. 151.2): los acuerdos y las recomendaciones. Por un lado, los acuerdos son “un compromiso de actuación en el ejercicio de las respectivas competencias” de obligado cumplimiento y directamente exigibles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, salvo para los que hayan votado en contra en tanto no decidan suscribirlos. Si el poder central ejerce funciones de coordinación, el acuerdo será obligatorio para todas las partes de la Conferencia Sectorial. Por su parte, las recomendaciones expresan “la opinión de la Conferencia Sectorial sobre un asunto que se somete a su consulta”,

una opinión que se comprometen a seguir quienes han votado a favor y, en el caso de que decidan apartarse de ella, deberán motivarlo e incorporarse esa justificación en el expediente.

Tal como se avanzaba, la Ley 40/2015 regula brevemente la Conferencia de Presidentes, con más detalle las Conferencias Sectoriales y, en tercer lugar, y someramente, las Comisiones Bilaterales de Cooperación (art. 153) y, sin perjuicio de las peculiaridades que puedan prever los Estatutos de Autonomía, la norma donde, como ya se indicó, se regulan algunas Comisiones Bilaterales tras las reformas estatutarias. La Ley 40/2015 las define como órganos de cooperación de composición bilateral y paritaria entre miembros del Gobierno central y miembros del Consejo de Gobierno de las CCAA o representantes de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

Al igual que se ha previsto respecto de las Conferencias Sectoriales, la Ley 40/2015 ha disciplinado tres extremos de las Comisiones Bilaterales: sus funciones, aspectos organizativos y de funcionamiento y sus decisiones. Respecto a sus cometidos, la nueva ley especifica que estos órganos de cooperación bilateral «ejercen funciones de consulta y adopción de acuerdos que tengan por objeto la mejora de la coordinación entre las respectivas Administraciones en asuntos que afecten de forma singular a la Comunidad Autónoma, a la Ciudad de Ceuta o a la Ciudad de Melilla» (art. 153.2) . En lo que concierne a su organización y funcionamiento, se especifica que las Comisiones Bilaterales pueden crear Grupos de trabajo, algo que ya prevén algunos Estatutos de Autonomía. Asimismo, se prevé que puedan constituirse y adoptar acuerdos mediante medios electrónicos o videoconferencia (art. 152.3). Respecto a sus decisiones, la Ley 40/2015 pretende reforzar su carácter obligatorio. Para ello, especifica que las decisiones de las Comisiones Bilaterales revisten la forma de acuerdos que son de obligado cumplimiento para las dos partes que los suscriban, cuando así se prevea de forma expresa, y exigibles jurisdiccionalmente ante el orden contencioso-administrativo.

La Ley 40/2015 regula por vez primera una cuarta forma de cooperación orgánica donde se da entrada a los Entes Locales: las llamadas Comisiones Territoriales de Coordinación (art. 154). La Ley 30/1992 se limitaba a remitir a la legislación básica en materia de régimen local para

la regulación de las relaciones entre la Administración General del Estado o de las CCAA con los Entes Locales. La nueva Ley regula expresamente las Comisiones Territoriales de Coordinación como órgano multilateral entre la Administración del Estado, de las CCAA y los Entes Locales con una composición bipartita (si dicha Comisión se forma a dos bandas por representantes de la Administración del Estado – o, en su caso, de las CCAA – más los Entes Locales); o bien tripartita (si se incluyen a representantes de las tres partes: Administración del Estado, Administración de las CCAA y los Entes Locales).

La Ley 40/2015 regula las funciones de este órgano, aspectos de organización y régimen de sus decisiones. Respecto a sus funciones, dichas Comisiones pueden constituirse entre territorios colindantes o coincidentes, si la proximidad territorial o la concurrencia de funciones administrativas lo precisa con la finalidad de mejorar la coordinación en la prestación de servicios, y con ello, la eficiencia y calidad en los mismos. El régimen de convocatoria y de su secretaría será el mismo que el previsto para las Conferencias Sectoriales. Las decisiones de las Comisiones Territoriales revisten la forma de Acuerdos que serán también de obligado cumplimiento y exigibles ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Por último, la Ley 40/2015 contiene una interesante novedad que afecta a la transparencia y evaluación de todos los órganos de cooperación: la creación de un Registro Electrónico de Órganos e Instrumentos de Cooperación de la Administración General del Estado (Disposición adicional séptima) adscrito a la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas del Ministerio competente en Administraciones Públicas. Dicho Ministerio elevará anualmente al Gobierno central un informe sobre la actividad de los órganos de cooperación existentes. Además, se dispone que «los órganos que no se hayan reunido en un plazo de cinco años desde su creación o en un plazo de cinco años desde la entrada en vigor de esta ley quedarán extinguidos».

Esta previsión pretende mejorar el conocimiento general y del propio Gobierno sobre un ámbito no siempre transparente como el de los órganos de cooperación. Más allá de ello, la nueva ley persigue encarar un problema real en España en este ámbito: la existencia de muchos órganos de cooperación intergubernamental que, una vez creados, no se reúnen, de modo que formalmente existen pero no funcionan. Con

la nueva norma, aquellos órganos que no se reúnan en el plazo señalado se darán por finiquitados, aunque también sería conveniente evaluar por qué no llegaron a funcionar.

Y con esta nueva reforma legal ¿va a cambiar la praxis cooperativa en España? Con la prudencia y la cautela que debe mostrarse al examinar una ley que entrará en vigor un año después de su aprobación y, por tanto, sin que haya desplegado sus efectos (en el momento de escribir este trabajo), sí puede adelantarse que las novedades de la ley son pocas. El objeto central de la reforma es el régimen jurídico de las Conferencias Sectoriales, pero en muchos casos, lo que se ha hecho es llevar a la ley disposiciones que ya estaban en normas previas y sobre todo en los reglamentos internos de algunas Conferencias Sectoriales, que ahora se generalizarán a todas estas Conferencias.

Además, las novedades más importantes que contiene pretenden encarar aspectos de la cooperación de no fácil solución jurídica. La ley pretende claramente potenciar las Conferencias Sectoriales, pero reforzarlas ¿para qué? El reto es convertirlas en instrumentos de participación de las CCAA en decisiones estatales y no está claro que la nueva ley vaya a conseguirlo.

Por un lado, la forma en que se ha tramitado la ley no parece la más apropiada. Como indicado, se trata de una norma aprobada sin el diálogo con el resto de los Grupos Parlamentarios, ni con las CCAA. Por tanto, resulta algo paradójico que quiera (y pueda) potenciar la participación de las CCAA, una ley que se ha aprobado no sólo sin ellas, sino con claras reticencias de las mismas. Por otro lado, y respecto al contenido de la ley, las Conferencias Sectoriales no van a devenir instancias de participación sólo por el hecho de “ser informadas” de las iniciativas normativas en estado de proyecto del Estado y de las CCAA. Y el punto más novedoso y polémico de la ley, el convertir los acuerdos adoptados en dichas Conferencias en jurídicamente obligatorios para quienes los voten, puede incrementar el cumplimiento de lo pactado, pero también los recelos que han mostrado muchas CCAA, en especial Cataluña y el País Vasco a acudir y a quedar vinculadas por lo acordado en uno de esos foros, o propiamente, a “ratificar” (y, *ergo*, a quedar vinculadas) en sede de Conferencia Sectorial por las iniciativas allí presentadas por el Estado central.

#### *4. Reflexión final: otra cooperación es posible con cambios... ¿jurídicos?*

A la vista de lo expuesto, si el jurista persa que recreaba el Profesor Cruz Villalón visitara España para estudiar el Derecho de la cooperación y abordara también su dimensión empírica, constataría la obstinación del legislador español por regular (y querer cambiar con normas) la cooperación intergubernamental, así como la existencia de una cooperación aparente en la norma y una cooperación real en la praxis. Hay una apariencia de estructuras formalizadas (y reguladas) de cooperación en la dimensión vertical, inexistentes en el plano horizontal y también estructuras claramente verticales en la dimensión europea de la cooperación interna.

Sin embargo, frente a ello, la práctica de la cooperación muestra una relación entre el poder central y las CCAA en instrumentos verticales manifiestamente mejorable, una cooperación horizontal que no se institucionaliza y una participación de las CCAA en asuntos europeos que se basa en un modelo de cooperación entre los Gobiernos central y autonómicos que reproduce en materia europea las mismas debilidades que presenta la cooperación doméstica. En los tres planos, la cooperación informal resulta muy importante, pero es especialmente opaca y se desarrolla a través de contactos políticos fuera de las estructuras indicadas.

Al inicio de estas páginas se planteaba la siguiente pregunta: ¿los Gobiernos del poder central y de las CCAA, propiamente, trabajan juntos para lograr objetivos comunes?

Por lo pronto, el marco normativo de la cooperación y su realidad práctica permiten aseverar que no hay relación entre Gobiernos en cuanto tales desde el punto de vista de los sujetos de la cooperación, sino relación entre miembros de los Gobiernos, pues esta interacción se produce en sectores concretos sin una Conferencia de Presidentes vertical, ni una Conferencia de Gobiernos horizontal institucionalizadas en el panorama cooperativo.

Ciertamente, la Conferencia de Presidentes del Estado y de las CCAA se define jurídicamente como el máximo órgano de cooperación política entre los Gobiernos del Estado y de las CCAA. A ella sólo pueden asistir los Presidentes de cada instancia y, si bien representa el grado más alto de intergubernamentalidad, este foro no se ha consolidado en el Es-

tado autonómico. Por su parte, en el plano horizontal, la Conferencia de Gobiernos de las CCAA es el órgano de cooperación entre Ejecutivos en cuanto tales, pero ese carácter intergubernamental en el plano horizontal tampoco ha conseguido implantarse. Su papel ha sido poco relevante, dada su breve existencia. Estas Conferencias no se reúnen desde 2012 y 2011 respectivamente, ni (por el momento) hay anunciada su convocatoria.

Por tanto, la cooperación real en el Estado autonómico es una cooperación entre Ministros y Consejeros en sectores muy concretos y sin órganos intergubernamentales transversales en funcionamiento donde puedan abordarse proyectos más generales. Los instrumentos que se presentaron como grandes novedades: las Comisiones Bilaterales y las Conferencias de Presidentes (vertical) y de Gobiernos autonómicos (horizontal), no han demostrado un funcionamiento regular, ni un papel trascendente en la cooperación del Estado autonómico.

Más allá de la calidad de los sujetos de la relación y la cooperación que generan, las acciones pactadas entre el poder central y las CCAA ¿pueden calificarse de cooperación entendida como el «obrar juntamente con otro y otros para un mismo fin» al que se refiere la Real Academia de la Lengua Española en la más común y básica acepción de lo que significa cooperar?

Primero, sólo podrá hablarse de obrar juntamente, si los órganos de cooperación se convocan. El voluntarismo, esto es, la libertad en que queda la participación del Estado y de las CCAA en órganos de cooperación, tan reiterado por el Tribunal Constitucional, deja en manos de quienes pueden convocar estos órganos que efectivamente se reúnan. Difícilmente podrá hablarse de obrar juntamente si no hay encuentro.

Segundo, si la reunión se ha podido producir, la cooperación existente (la dimensión vertical) se ha reducido a una expresión de mínimos. No ha habido trabajo conjunto en la elaboración de políticas generales, sino normalmente en el momento de su ejecución que se sustenta muchas veces sobre el poder de coordinación del Estado competencialmente garantizado (así, claramente en materia de sanidad) o sobre el *spending power* del poder central mediante el reparto de una financiación adicional entre las CCAA.

Con las relaciones de cooperación en el bloque de la constitucionalidad por obra de los nuevos Estatutos, una reforma constitucional debería dar reconocimiento a la cooperación en sus distintos niveles, pero ninguna norma, ni siquiera una reforma constitucional, ha podido resolver los déficits de la cooperación en España. La Ley 30/1992 o los Estatutos de Autonomía de segunda generación han propuesto, cada una en su momento, un nuevo impulso de las relaciones de cooperación que no ha podido subsanar el origen del problema.

¿Más reformas jurídicas pueden solventar esos déficits? La nueva Ley 40/2015 plantea pocas novedades que básicamente se ciñen a las Conferencias Sectoriales y no permiten atisbar un cambio radical en su funcionamiento, pues pueden seguir siendo con su configuración legal un instrumento al servicio del poder central para hacer valer sus iniciativas y está por ver que con la nueva ley puedan convertirse en un cauce de participación real de las CCAA en decisiones estatales.

Porque la cuestión es ¿puede el Derecho resolver los problemas de la cooperación intergubernamental en España? Quien quiera crear que las normas jurídicas pueden tener ese efecto se engaña, porque el problema en este campo es de voluntad política.

La voluntad de cooperar no se impone por ley. La jurisprudencia constitucional ha reconocido el principio de colaboración y cooperación como principio no escrito en la Constitución española, pero hay una utilización muchas veces retórica de este principio que sirve más para hacer apelaciones a la cooperación, que para deducir obligaciones concretas de cooperación. La voluntariedad que el propio Tribunal Constitucional predica de la cooperación mal se aviene con la configuración de un deber general de colaboración, pues difícilmente puede ser obligatorio aquello que es voluntario<sup>57</sup>.

El Derecho puede crear y regular instrumentos de cooperación, pero difícilmente, sin una voluntad y una cultura de la cooperación, puede garantizar ni su utilización, ni una mejor utilización de los mismos. Hace falta la voluntad política para cooperar y ello presupone identificar objetivos comunes y percibir beneficios comunes, más allá de los

---

(57) Sobre ello, A. MÉNEDEZ REXACH, *La cooperación, ¿un concepto jurídico?*, cit., pp. 11-50; J. TAJADURA TEJADA, *El principio de cooperación en el Estado autonómico*, cit., pp. 191-194.

casos indicados y, en especial, más allá del estímulo financiero, sin duda, el incentivo más claro para reunirse y convenir en España.

En el Estado de las Autonomías, hay dos tendencias claramente identificables: el peso de la reivindicación propia desde las CCAA (en particular, desde aquellas donde hay un fuerte sentimiento nacional, como Cataluña y País Vasco)<sup>58</sup> y el recelo especialmente de éstas hacia la cooperación percibida como un instrumento del poder central para recuperar competencias autonómicas. De ahí, la desconfianza de las CCAA hacia los foros multilaterales con el Estado (en particular de las gobernadas por nacionalismos periféricos), la preferencia por canales bilaterales con el poder central (sobre todo informales y políticos) y la dificultad de institucionalizar relaciones entre CCAA con culturas sobre la autonomía y aspiraciones muy diversas.

Tras más de treinta años de Estado autonómico, todavía es preciso entender y aceptar la cooperación. Ésta no es una panacea, pues genera efectos secundarios nada desdeñables como el temido de enmarañamiento de responsabilidades donde todo debe acordarse y al final nadie responde<sup>59</sup>. Pero no cooperar también se convierte en un problema porque la transversalidad y la supraterritorialidad de los problemas, la causa por la que surge la cooperación en los federalismos clásicos el siglo pasado, es cada vez mayor en un mundo europeizado y globalizado.

La cooperación intergubernamental significa trabajar juntos porque el poder central y los entes subestatales están dentro de un mismo Estado. En los últimos años, el proceso de reivindicación soberanista que se ha iniciado en Cataluña constituye uno de los mayores desafíos políticos y jurídicos en el Estado autonómico. Uno de los padres de la actual Constitución, el Profesor Jordi Solé Tura, señalaba que el derecho a la autodeterminación «deja el Estado de las autonomías en el aire»<sup>60</sup>. Cuando

---

(58) J. CORCUERA ATIENZA, *Autonomismo cooperativo y autonomismo competitivo. Aquiles y la tortuga*, en *Sistema*, n. 118-119, 1994, pp. 101-103. Sobre la reafirmación competencial en sistemas surgidos tras un proceso de descentralización política (o de devolución), R.L. BLANCO VALDÉS, *Los rostros del federalismo*, Madrid, Alianza Editorial, 2012, p. 330.

(59) T. DARMSTÄDT, *La trampa del consenso*, Madrid, Trotta, Fundación Alfonso Martín Escudero, 2005.

(60) J. SOLÉ TURA, *Nacionalidades y nacionalismos en España: Autonomías, Federalismo y autodeterminación*, Madrid, Alianza, 1985, p. 157.

lo que se exige es más soberanía y directamente más independencia, no hay voluntad de cooperar con el poder central, ni con otras CCAA. La cooperación intergubernamental existe y se desarrolla bajo ese presupuesto en los sistemas comparados: formar parte de un mismo Estado. La situación actual es compleja y no será fácil encontrar estrategias y alternativas para reconducirla: no bastará ni una reforma constitucional, ni un nuevo sistema de financiación, ni por supuesto, una reforma de la cooperación.

Sin embargo, mientras exista el Estado autonómico, cooperar va a ser necesario. Ser conscientes de que otra cooperación entre los diversos niveles de gobierno es posible y un mejor uso de sus instrumentos puede contribuir una mejor integración entre el poder central y las CCAA. La clave de bóveda es, como siempre y también en tiempos de crisis donde se reclama de forma recurrente más eficiencia, pero también más reconocimiento político desde ciertas CCAA, otra voluntad política y otra cultura de la cooperación territorial por parte de todos los actores que permita usar de forma distinta los instrumentos ya existentes, tanto en la vertiente de participación política, como de eficiencia en la gestión, y superar la comprensión estrecha y reduccionista de lo que ha significado hasta el momento en el Estado autonómico trabajar juntos.



## El “nuevo” sistema de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional español

*Marcos Almeida Cerredá*

*«Si tratta di un problema  
[l'esecuzione delle decisioni della giustizia costituzionale]  
di grande delicatezza e di non agevole soluzione».*

*Franco Pierandrei (1957)*

*En el presente artículo se estudian los cambios que la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, introduce en la disciplina contenida en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en el ámbito de la ejecución de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional Español. En especial, entre otras cuestiones, se analizan: la necesidad y la oportunidad de la nueva regulación; el establecimiento de la supletoriedad de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; el reforzamiento de la tutela cautelar y la modificación del catálogo de medidas de ejecución forzosa.*

### ***1. Introducción: sobre la necesidad y la oportunidad de la modificación del sistema de ejecución de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional***

El pasado 17 de octubre de 2015, se publicó, en el Boletín Oficial del Estado, tras una inusitadamente rápida tramitación parlamentaria, la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho (en adelante, LRLOT).

*Ictu oculi*, de la mera lectura del título de esta norma, en verdad ostentoso, se podría inferir que, hasta su aprobación, las decisiones de nuestro Alto Tribunal, en un número significativo de casos, no eran cumplidas, o, al menos, no eran aplicadas, de manera correcta, por sus desti-

natarios, debido a la existencia de una laguna normativa en la disciplina de la regulación procesal del máximo intérprete de la Constitución, en particular, en el ámbito de la ejecución, y que de tal hecho derivaba un riesgo cierto para la supervivencia del Estado Democrático y de Derecho en que se constituye nuestro país. Sin embargo, esa primera impresión es ya desmentida, de inmediato, por el propio Preámbulo de la citada Ley, en el que se dice: «Si bien la actual regulación del Tribunal Constitucional contiene los principios generales para garantizar la efectividad de sus resoluciones, la necesidad de adaptarse a las nuevas situaciones que pretenden evitar o soslayar tal efectividad obliga a desarrollar los instrumentos necesarios para que la garantía de efectividad sea real». En definitiva, la situación de partida es muy diferente a la que quiere evocar la nueva norma con su denominación: en primer lugar, al Tribunal Constitucional se le reconocía, y se le reconoce, indubitablemente, la capacidad de hacer ejecutar sus resoluciones<sup>1</sup>, y, en segundo lugar, en general, las disposiciones emanadas del garante de nuestra Carta Magna se acatan, bien de forma voluntaria, bien de modo forzoso, en los supuestos en los que se produce cualquier resistencia, en la medida en la que el mismo cuenta, ya, desde la versión precedente de

---

(1) De los artículos 161 y 167 de la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE), se infiere, de forma clara, tanto el carácter jurisdiccional del Tribunal Constitucional, como el hecho de que todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que este órgano resuelva, tal y como explicita el artículo 87 de la LOTC. Lógicamente, ambas circunstancias, a su vez, determinan otras dos consecuencias que se hallan unidas de forma indisoluble: primera, que a dicho Alto Tribunal le corresponde el enjuiciamiento, como intérprete supremo de la Constitución, de las controversias sobre el sentido y aplicación de la misma que se le sometan, y, segunda, que también a él le compete la capacidad de llevar a cabo la ejecución de sus pronunciamientos en las antedichas controversias (como es sabido, y consagra el artículo 117.3 de la CE, el tener poder jurisdiccional implica no sólo juzgar, sino también hacer ejecutar lo juzgado). En este sentido, vid., por todos: N. CORTE HEREDERO y J. I. MORENO FERNÁNDEZ, *Artículo 80*, en J.J. GONZÁLEZ RIVAS (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, La Ley, Madrid, 2010 (La Ley 3713/2011), y V. GIMENO SENDRA, *Eficacia de las sentencias constitucionales*, *Diario La Ley*, n. 7547, Sección Doctrina, 14 de enero de 2011, Año XXXII, La Ley (La Ley 15533/2010).

Si bien hay que destacar, como hace M. CLAVERO ARÉVALO, que, en la normativa citada, siempre aparece más resaltada la función del Tribunal Constitucional de juzgar los asuntos de su competencia, que la de hacer ejecutar lo juzgado (*La inexecución de sentencias contencioso-administrativas y del Tribunal Constitucional*, en F. LÓPEZ MENDUO (COORD.), *Derechos y Garantías del Ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Pérez Moreno*, Iustel, Madrid, 2011, p. 504).

la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre (en adelante, Lorc), con los instrumentos jurídicos necesarios para asegurar la observancia efectiva de sus determinaciones<sup>2</sup>.

Así las cosas, como se demostrará luego con detalle, la aprobación de este texto legal no era una necesidad imperativa para el buen funcionamiento del sistema institucional español<sup>3</sup>. Ello lleva a afirmar que el objetivo perseguido, en realidad, con la promulgación de la LRLTC no es, primariamente, de naturaleza abstracta – la mejora de la regulación procesal de la ejecución de las decisiones del máximo intérprete de la Constitución –, sino de carácter concreto. Es decir, con esta disposición legislativa se pretende reforzar la capacidad de ejecutar las resoluciones del Tribunal Constitucional ante una determinada e individualizada actitud de desdén a las mismas: la que se ha planteado por la adopción de ciertas e insólitas medidas por el Gobierno de una de las Comunidades Autónomas españolas, la Generalitat de Catalunya. La confirmación de que se trata de una norma *ad hoc*, para el supuesto antedicho, se encuentra en el mismo Preámbulo de la LRLTC, donde se señala que el Tribunal Constitucional podrá «encomendar al Gobierno de la Nación, *aun en funciones*, la ejecución substitutoria», inciso este – “en funciones” – que no se traslada al texto de la Ley, pero que es revelador de que el Legislador diseña esta norma pensando en el caso catalán y en la concreta situación política española de finales de 2015 y de este presente 2016. Este escenario, al principio, se distinguía por la proximidad de unas elecciones generales de resultado incierto, debido a la complejidad del nuevo panorama político, generada por la fuerte irrupción de nuevos partidos en la arena política, y, en la actualidad, se caracte-

---

(2) Por otro lado, y como cierre del sistema de garantía del cumplimiento de las resoluciones del Alto Tribunal previsto en su normativa y por él aplicado, cabe el que el mismo, mediante el traslado del correspondiente tanto de culpa a la Fiscalía, ponga en marcha los oportunos procesos ante la jurisdicción penal, sea por violación del artículo 410 del Código Penal, relativo a la desobediencia, sea por infracción del artículo 508 del mismo texto legislativo, referido a la usurpación de funciones públicas que impide la ejecución de resoluciones.

(3) En este sentido, como se destacará a continuación, la reforma, en su mayor parte, se limita a positivar principios que ya se encontraban reconocidos en la praxis y en la jurisprudencia del Tribunal y a concretar, de forma sucinta, el régimen esencial de las medidas de ejecución que puede acordar el mismo. Así, por ejemplo, respecto de las multas coercitivas, que ya estaban previstas en la Lorc, incrementa su cuantía y amplía su ámbito de aplicación.

riza por un previsible — a la vista de la anterior circunstancia — largo período donde el Ejecutivo saliente actúa en funciones, como consecuencia de la imposibilidad de que las fuerzas con representación parlamentaria lleguen a los acuerdos precisos para apoyar la investidura de un nuevo Gobierno<sup>4</sup>.

Desde otro punto de vista, el cronológico, hay que señalar que la tramitación y aprobación de esta reforma de la LOTC se ha llevado a cabo en un momento, la precampaña de unas muy conflictivas y disputadas elecciones generales, poco conveniente para una adecuada gestación de la misma. A la luz de lo explicado en los párrafos anteriores, no existía justificación objetiva alguna para poner en marcha e impulsar esta modificación legislativa que afecta, de forma incisiva, a una de las instituciones básicas de nuestro Estado de Derecho, un mes antes del fin de la X Legislatura de las Cortes democráticas españolas. En este sentido, aunque se admita que ciertas actitudes y las correlativas actuaciones de la Generalitat de Catalunya pudieran plantear singulares retos en la aplicación de algunos mandatos de nuestro Alto Tribunal, los cuales quizás podrían requerir, para su mejor solución, alguna adaptación de la normativa reguladora de la ejecución de las decisiones de dicho órgano, hay que recordar que tales actuaciones políticas y las correlativas acciones jurídicas no se han explicitado y materializado, inopinadamente, en los últimos meses de 2015, sino que se vienen produciendo, con mayor o menor intensidad, al menos, desde el inicio de la antedicha X Legislatura. Consecuentemente, el momento oportuno para plantear este cambio en la LOTC, de entenderse que era necesario por el motivo señalado, hubiese sido, como muy tarde, en el ecuador de la citada Legislatura — y, en todo caso, meses antes del momento en que se ha hecho —, en un contexto completamente ajeno a la lucha electoral por el poder. El hacer coincidir esta alteración de las reglas que rigen la actuación de las decisiones del Tribunal Constitucional con el período previo a las elecciones generales ha contaminado innecesaria y nocivamente el debate sobre la misma: no cabe ninguna duda de que una

---

(4) En el momento en el que se revisa el presente texto, 8 de marzo de 2016, el Reino de España todavía carece de nuevo Gobierno, habiendo fracasado el proceso de investidura del líder del Partido Socialista.

parte importante de los ciudadanos ha percibido esta iniciativa como una estrategia más en la lucha por alcanzar el gobierno de España, con el consiguiente desgaste y daño para el prestigio e imagen de imparcialidad del Alto Tribunal, el cual no pocos españoles conciben ya como un instrumento más del juego político<sup>5</sup>.

En conclusión, dado que, como ratificará su examen posterior, la reforma efectuada no era vital para el correcto funcionamiento de nuestro Estado de Derecho<sup>6</sup>, al no haberse planteado esta en la época más adecuada para ello, tendría que haberse postergado, hasta que volviesen a concurrir las circunstancias propicias para su estudio y conformación. En cualquier caso, no debería de haberse suscitado al final de la Legislatura, pues este hecho ha perjudicado gravemente la imagen de neutralidad del máximo intérprete de la Constitución, al permitir que, de forma interesada, por algunos grupos, se alienten las sospechas de que la variación de su norma rectora tan sólo ha servido para colocar al Tribunal Constitucional directamente al servicio de determinadas posiciones políticas<sup>7</sup>.

Pese a todo, a día de hoy, la norma ya ha empezado a ser aplicada, para alcanzar el fin para el cual se aprobó. Así, la Abogacía del Estado, a instancias del Gobierno, y a través de un incidente de ejecu-

---

(5) El modo de presentar la iniciativa tampoco fue un modelo de elegancia parlamentaria, vid. el video <http://www.abc.es/videos-espana/20150901/xavier-garcia-albiol-acabo-4456667928001.html> (consultado el 8 de marzo de 2016), donde se puede oír la comparecencia conjunta, tras la presentación de la Proposición de Ley de Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, del portavoz del Partido Popular en el Congreso de los Diputados, Rafael Hernando, y del candidato del Partido Popular a la Generalitat, Xavier García Albiol, quien afirma que con ella “se acabó la broma”.

(6) Si bien el realizar esta afirmación no implica el descartar, de manera absoluta, la posibilidad de mejorar ciertas cuestiones puntuales de la *Lorc* para reforzarlo.

(7) Actuando así, se frustra completamente el principal objetivo perseguido: asegurar la completa y correcta ejecución, en todos los casos, de las decisiones del Tribunal Constitucional. Y ello es así, porque, en última instancia, lo que, en la mayor parte de los Ordenamientos, garantiza dicho efecto es el indiscutible prestigio de estos órganos (vid., por ejemplo, G. KUCKSKO-STADLMAYER, *La mise en oeuvre des décisions de la Cour Constitutionnelle autrichienne*, en *L'application de les décisions de les juridictions constitutionals. I Colloqui de Justicia Constitucional del Principat d'Andorra*, Tribunal Constitucional, Andorra la Vella, 2007, pp. 34-44); en consecuencia, el actuar de forma que se mine el reconocimiento de la autoridad del Alto Tribunal, abnando el que se ponga en cuestión su neutralidad, es abrir el campo a la justificación y proliferación de nuevos y sucesivos incumplimientos.

ción de la Sentencia del Tribunal Constitucional 259/2015, de 2 de diciembre, que anula la resolución del Parlamento catalán que declara solemnemente el inicio del proceso de creación de un Estado catalán independiente, en forma de república<sup>8</sup>, ha solicitado que se prohíba, adoptando las medidas que la LRLOTC arbitra, el funcionamiento de la Comisión de Estudio del Proceso Constituyente del Parlamento de Cataluña que el antedicho Parlamento ha creado, en la medida en que considera que dicha comisión es un despliegue de la citada declaración soberanista<sup>9</sup>. El Pleno del Tribunal Constitucional ha acordado, el 3 de marzo de 2016, por unanimidad, admitir a trámite el incidente de ejecución de sentencia formulado por el Gobierno de la Nación<sup>10</sup>.

## ***2. El procedimiento seguido en la aprobación de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional***

El trámite parlamentario de la LRLOTC arrancó con la presentación, por un conjunto de diputados del Grupo Parlamentario del Partido Popular, de la Proposición de la antedicha Ley Orgánica en el Congreso de los Diputados, el 4 de septiembre de 2015. Esta propuesta fue tomada en consideración por el Pleno del Congreso el día 16 de septiembre, acordándose, al amparo de los artículos 93, 126.5 y 150 del Reglamento del Congreso de los Diputados (en adelante, RCD), su tramitación por el procedimiento de urgencia y con lectura única. No obstante la rapidez de su tramitación en esta Cámara, fue posible que sus miembros presentasen enmiendas a la totalidad y enmiendas al articulado, de modificación, de mejora y de supresión. De hecho, se aprobó la enmienda número 30 de modi-

---

(8) Esta Sentencia es el resultado de la impugnación por el Gobierno de la Nación de la resolución del Parlamento de Cataluña 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015.

(9) Vid. [http://ccaa.elpais.com/ccaa/2016/03/07/catalunya/1457381038\\_917155.html](http://ccaa.elpais.com/ccaa/2016/03/07/catalunya/1457381038_917155.html) (consultado el 8 de marzo de 2016).

(10) El texto de la Providencia se puede ver en: [http://www.tribunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP\\_2016\\_016/P%206330i-2015.pdf](http://www.tribunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP_2016_016/P%206330i-2015.pdf) (consultado el 8 de marzo de 2016).

ficación, presentada por el Grupo Parlamentario autor de la propuesta<sup>11</sup>. Tras culminar su paso por el Congreso, la citada propuesta de Ley Orgánica se recibió en el Senado, en fecha 2 de octubre de 2015. Donde se acordó su tramitación urgente al amparo del artículo 135.6 del Reglamento del Senado (en adelante, Rs). En el seno de la Comisión Constitucional de esta Cámara, a la que se remitió el examen de esta proposición, se llevó a cabo el análisis de las propuestas de veto, enmiendas al articulado y votos particulares presentados por los Grupos Parlamentarios. Finalmente, el día 15 de octubre, el Pleno de esta Cámara aprobó el texto definitivo de la norma<sup>12</sup>.

El procedimiento parlamentario de tramitación de la LRLotc, que se acaba de describir, cuando menos, puede ser objeto de dos importantes críticas, desde la óptica del *fair play* parlamentario. Estas atañen tanto a la modalidad de la iniciativa parlamentaria empleada, como al *iter* escogido para su tramitación en las Cortes Generales.

En primer lugar, por lo que se refiere al medio seleccionado para la iniciación de la modificación de la Lotc, se ha de señalar que, siendo evidente, para cualquier ciudadano español, medianamente informado sobre nuestra situación política, que dicha reforma fue promovida por el Gobierno de la Nación, resulta chocante que la misma no se articulase a través de un proyecto de ley, directamente por este, sino que se escogiese el iniciar el citado proceso con una proposición de

---

(11) Vid.: Bogg. Congreso de los Diputados N. B-237-1 de 04/09/2015, Iniciativa; Bogg. Congreso de los Diputados N. B-237-2 de 17/09/2015, Acuerdo subsiguiente a la toma en consideración; Bogg. Congreso de los Diputados N. B-237-2 de 17/09/2015, Tramitación por el procedimiento de lectura única; Bogg. Congreso de los Diputados N. B-237-2 de 17/09/2015, Toma en consideración; Bogg. Congreso de los Diputados N. B-237-3 de 29/09/2015, Enmiendas; Bogg. Congreso de los Diputados N. B-237-4 de 06/10/2015, Aprobación por el Pleno; Bogg. Senado N. 607\_4178 (Apartado I) de 02/10/2015, Texto remitido por el Congreso de los Diputados; Ds. Congreso de los Diputados N. 306 de 16/09/2015, Debate de toma en consideración y Ds. Congreso de los Diputados N. 309 de 01/10/2015, Aprobación en lectura única.

(12) Vid.: Bogg. Senado N. 611\_4190 (Apartado I) de 13/10/2015, Propuestas de veto; Bogg. Senado N. 611\_4191 (Apartado I) de 13/10/2015, Enmiendas; Bogg. Senado N. 613\_4204 (Apartado I) de 15/10/2015, Votos particulares; Bogg. Senado N. 613\_4209 (Apartado I) de 15/10/2015, Informe de la Ponencia; Bogg. Senado N. 613\_4213 (Apartado I) de 15/10/2015, Dictamen de la Comisión; Bogg. Senado N. 615\_4233 (Apartado I) de 19/10/2015, Texto aprobado por el Senado; Ds. Senado N. 534 de 29/09/2015, Senado - Comisión Constitucional; Ds. Senado N. 541 de 13/10/2015, Senado - Comisión Constitucional y Ds. Senado N. 178 de 15/10/2015, Senado - Pleno.

ley, registrada por el Grupo Parlamentario gracias a cuya confianza el Gobierno ostentaba el poder ejecutivo. Tal actuación, ineluctablemente, levantó sospechas de que la misma obedecía a la búsqueda de la “elusión” de algunos trámites procedimentales. Recelos que, en este caso, se ven confirmados, al comparar los diferentes periplos que han de seguir las proposiciones de ley y los proyectos de ley, en el Ordenamiento parlamentario español. El hecho de haber optado por presentar una proposición de ley orgánica, a través del Grupo Parlamentario que lo sostenía, le permitió al Gobierno evitar el tener que recabar los informes del Consejo de Estado, del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal. De entrada, como mínimo, se puede afirmar que, con esta forma de obrar, se privó a diputados y senadores de opiniones jurídicas sobre el contenido de la LRLOTC de gran valor y autoridad, que, sin duda, les podrían ser de innegable utilidad para el desarrollo de sus funciones; profundizando en esta línea, quizás, se podría afirmar además que este modo de proceder refleja una débil confianza del Gobierno en su propia reforma, pues el mismo permite columbrar un cierto temor a que alguno de estos prestigiosos órganos emitiese un dictamen sobre el contenido de la reforma, en todo o en parte, desfavorable a la misma.

En segundo lugar, el examen de la corrección del sistema elegido para el estudio en las Cámaras de la propuesta de LRLOTC – la lectura única – debe ser objeto de escrutinio a la luz de las normas parlamentarias que lo disciplinan. En concreto, sobre esta materia, los artículos 150.1 del RCD y 129.1 del Rs establecen, de forma simétrica, que cuando la naturaleza de un proyecto o proposición de ley lo aconsejen o su simplicidad de formulación lo permita, el Pleno de la Cámara de que se trate, a propuesta de su Mesa, oída la respectiva Junta de Portavoces, podrá acordar que se tramite directamente y en lectura única.

En definitiva, los presupuestos que permiten recurrir a este medio extraordinario de actuación parlamentaria son dos: la naturaleza del texto o la simplicidad de su formulación.

El correcto entendimiento del primero de los citados presupuestos lleva a defender que pueden despacharse por el procedimiento de lectura única, exclusivamente, aquellas propuestas de normas que, por

su objeto, no tengan una especial transcendencia social o institucional. Y ello es así, porque, dado que, en tales materias, no es imperativo lograr el mayor consenso posible entre las diferentes formaciones políticas, no es relevante la limitación de la posibilidad de enmendar, debatir y transaccionar que conlleva el expediente de lectura única. *Sensu contrario*, entre otras, deberían considerarse excluidas de la posibilidad de ser cursadas a través de esta vía todas aquellas iniciativas legislativas que afecten al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a la estructura territorial del mismo o a la regulación esencial de los derechos, deberes y libertades fundamentales de los ciudadanos. Así las cosas, en el caso que nos ocupa, parece indudable que, dada la alta relevancia, en general, de la LOTC en nuestro sistema institucional, y, en especial, del contenido concreto de la vigente LR-LOTC – la disciplina de la forma de actuar sus decisiones por el garante de la Carta Magna –, esta última no debería haber sido objeto de gestión parlamentaria mediante la fórmula de la lectura única, sino por el sistema ordinario, de modo que se hubiese permitido la extensión al máximo de las posibilidades de enmendar, debatir y transaccionar por parte de las fuerzas políticas representadas en las Cortes Generales, partiendo del texto presentando, en aras a que con tal actividad se hubiese podido alcanzar el mayor grado posible de consenso entre las mismas, de tal forma que, en caso de lograrse tal objetivo, se reforzase el prestigio institucional y el respaldo social del supremo intérprete de la Constitución<sup>13</sup>.

De igual modo, tampoco parece que, visto el tenor literal de la LRLOTC y como confirmará el análisis posterior del mismo, concurra el segundo de los presupuestos antes expuestos. No nos encontramos ante una disposición que se caracterice por la «simplicidad de su formulación». El hecho de que se trate de un texto breve no implica, de forma necesaria, el que no presente una elevada complejidad técnico-jurídica, como es el caso.

---

(13) No obstante, se puede aventurar que el Tribunal Constitucional, en última instancia, seguramente no coincidirá con esta interpretación, en la medida en que ha considerado lícita incluso la tramitación por lectura única de la modificación de la propia Constitución, en concreto, la efectuada a través de la Proposición de reforma del artículo 135 de la misma (cfr. Sentencia 238/2012, de 13 de diciembre, Fundamento Jurídico Cuarto).

En definitiva, las Cámaras han errado al emplear el procedimiento de lectura única, violentando las disposiciones de sus propias normas de funcionamiento<sup>14</sup>.

El resultado más visible de esta forma de actuar ha sido una total falta de consenso en la aprobación de la LRLOTC, como se refleja, por ejemplo, en la votación sobre la misma llevada a cabo en el Congreso de los Diputados (Sí: 181 – diputados del PP y uno del grupo mixto –; No: 133 – diputados del PSOE, CIU, PNV, UPYD, IU, Grupo Mixto, y uno del PP –; Abstenciones: 1 – diputado del Grupo Mixto –).

Además, la falta de un amplio acuerdo político a nivel nacional ha determinado, por otra parte, que los Gobiernos catalán<sup>15</sup> y vasco<sup>16</sup> hayan impugnado la LRLOTC, siendo admitidos los recursos por el Tribunal Constitucional el pasado mes de febrero, de tal modo que ahora el Alto Tribunal ha de pronunciarse sobre la adecuación a la Constitución de su propia norma rectora.

---

(14) Comparte este parecer el Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya, quien, además, hace derivar de la vulneración de los preceptos citados la inconstitucionalidad de la LRLOTC. En opinión de este órgano, la tramitación de la LRLOTC por el procedimiento de lectura única, sin cumplir los requisitos exigidos por los artículos 150 del RCd y 129 del Rs, supone una vulneración del *ius in officium* de los parlamentarios, y, consiguientemente, la lesión del artículo 23 de la CE. Así, para el citado Consell, en la medida en que estos ven reducidos, de forma injustificada, sus derechos de participación política, se produce una contracción de las posibilidades de intervención de las minorías en el ejercicio de la función legislativa, que merece un severo reproche desde el punto de vista de la garantía constitucional de nuestro Estado democrático. Vid. *Dictamen 19/2015, de 26 de noviembre, sobre la reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho* (<https://www.cge.cat/admin/uploads/docs/20151201115047-1.pdf>, consultado el 8 de marzo de 2016).

(15) Vid. Recurso de inconstitucionalidad n. 7466-2015, promovido por el Gobierno de Cataluña, contra la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho, así como contra su Artículo único.Tres, por la redacción dada a los artículos 92.4.a), .b) y último inciso del .c), y .5 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre.

(16) Vid. Recurso de inconstitucionalidad n. 229-2016, promovido por el Gobierno vasco, contra la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho, así como contra el artículo único apartado tres de la misma en la redacción dada a las letras b) y c) del apartado 4 y al apartado 5 del artículo 92 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

### *3. Los cambios que la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, introduce en la disciplina contenida en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional*

#### *3.1. La explicitación de la función, que corresponde al Tribunal Constitucional, de hacer ejecutar sus decisiones*

La LRLOTC inserta en el artículo 92.1 de la LOTC dos incisos. En primer lugar, reformula el comienzo de este párrafo estableciendo que «[El Tribunal] Constitucional velará por el cumplimiento efectivo de sus resoluciones», y, en segundo lugar, habilita al Tribunal a que disponga, en sus sentencias o resoluciones, o en actos posteriores a las mismas, además de quién ha de actuarlas, «las medidas de ejecución necesarias»<sup>17</sup>.

No se introduce con esta modificación ninguna novedad substantiva en el régimen de ejecución de las disposiciones del guardián de nuestra Ley Fundamental<sup>18</sup>. Su indubitado carácter jurisdiccional, a tenor de los artículos 161 y 167 de la Constitución, le atribuía ya, en los términos artículo 117.3 de la Carta Magna, no sólo la función de juzgar, sino también hacer ejecutar lo juzgado. Un temprano y claro ejemplo de ello se puede ver en el Auto del Tribunal Constitucional 854/1986, de 23 de octubre, con el que se controló la ejecución de la Sentencia 94/1985, de 29 de julio, por la que se resolvió el conflicto positivo de competencia n. 22/82, declarándose la nulidad del Acuerdo de 2 de noviembre de 1978 del Consejo General del País Vasco, aprobatorio del emblema de esta última Comunidad Autónoma, en cuanto incluía en uno de sus cuarteles el escudo de Navarra, y estableciéndose la prohibición de la utilización del escudo de la Comunidad Foral de Navarra por parte de las instituciones autonómicas del País Vasco. En consecuencia, se ha de entender esta explicitación principalmente desde un punto de vista didáctico. El imperativo “velará” pretende ser, sobre todo, una llamada del Poder Legislativo al Alto Tribunal para que sea más activo en la su-

---

(17) De acuerdo con el nuevo punto 3 del artículo 92 de la LOTC: «Las partes podrán promover el incidente de ejecución previsto en el apartado 1, para proponer al Tribunal las medidas de ejecución necesarias para garantizar el cumplimiento efectivo de sus resoluciones».

(18) La auténtica reforma de este precepto tuvo lugar en el año 2007, al introducirse en el mismo la posibilidad que el Tribunal Constitucional pudiera declarar, en los incidentes de ejecución, la nulidad de cualquier disposición o acto contrario a las sentencias o resoluciones dictadas por él, previa audiencia al Ministerio Fiscal y al órgano autor de las mismas.

pervisión del cumplimiento de sus decisiones y más contundente en la garantía de su efectiva aplicación.

Por otro lado, como precisa el Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya, la referencia a “las medidas de ejecución necesarias”, que se realiza en el nuevo tenor literal del artículo 92.1, «no se puede interpretar como una cláusula en blanco a partir de la cual se habilite al Tribunal para hacer uso de cualquier medida de ejecución prevista en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA). Las medidas necesarias se tienen que entender referidas a la lista que prevé la LOTC expresamente»<sup>19</sup>.

Finalmente, en este ámbito, y para reforzar la visibilidad de la función de hacer ejecutar lo juzgado que corresponde por naturaleza a este Alto Tribunal, pero desde otro punto de vista, el de la obligatoriedad de las resoluciones del mismo, la LRLOTC incorpora los apartados primero y segundo del artículo 87 de la LOTC sendos complementos. Así, al apartado primero del citado precepto, que señalaba que todos los poderes públicos han de acatar lo que el Tribunal resuelva, le añade el texto: «En particular, el Tribunal Constitucional podrá acordar la notificación personal de sus resoluciones a cualquier autoridad o empleado público que se considere necesario». El palmario carácter instrumental de esta facultad, respecto de la ejecución de cualquier tipo de decisión, exime de justificar, de forma detallada, el hecho de que la misma constituye un poder inherente a la función de hacer ejecutar lo juzgado, del que, obviamente, en consecuencia, el Tribunal ya disponía, sin necesidad de esta consagración expresa, cuya virtualidad se limita a tratar de incentivar su empleo y a incrementar la seguridad jurídica en el mismo. A su vez, el apartado segundo del antedicho artículo 87, que establecía que los Juzgados y Tribunales prestarán, con carácter preferente y urgente, al máximo intérprete de nuestra Carta Magna el auxilio jurisdiccional que este solicite, se colma con la aserción: «A estos efectos, las sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional tendrán la consideración de títulos ejecutivos». Como es sabido, un título ejecutivo es aquel

---

(19) Vid. *Dictamen 19/2015, de 26 de noviembre, sobre la reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho.*

documento al cual un Ordenamiento jurídico le confiere suficiencia necesaria para que sea exigible el cumplimiento forzoso de las obligaciones que en él se contengan. Así las cosas, es obvio que, en cuanto resoluciones fruto del ejercicio de una potestad jurisdiccional, las decisiones del Alto Tribunal, aunque no se dijese de forma expresa, tenían esta naturaleza<sup>20</sup>. Prueba de ello es que como tales eran tratadas por todos los operadores jurídicos, cuando sus características y contenido lo exigían<sup>21</sup>.

### ***3.2. El establecimiento de la supletoriedad de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en los procesos ante la jurisdicción constitucional: ámbito y alcance***

La LRLOTC añade un último párrafo al artículo 80 de la LOTC, que establece que, en materia de ejecución de resoluciones, se aplicarán, con carácter supletorio de la LOTC, los preceptos de la LJCA<sup>22</sup>.

Enrique Álvarez Sostres, diputado del Grupo Parlamentario Mixto en el Congreso, en la Enmienda número 2 a la Proposición de LRLOTC, señala respecto de esta previsión: «No se comprende muy bien que para garantizar esa efectividad se disponga que “en materia de ejecución, la aplicación supletoria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, que es una norma procesal hecha a la medida de la Administración, para alargar en el tiempo y en no pocas ocasiones, lamentablemente, impedir que se lleven a puro y defecto [sic] en sus propios

---

(20) Cfr. J.M. MARÍN CORREA, *Constitución y ejecución. Títulos ejecutivos en general y títulos ejecutivos distintos a los de creación judicial*, en *Cuadernos de derecho judicial*, n. 8, 1998, pp. 415-444.

(21) Es incuestionable que no tienen la misma naturaleza y efectos una Sentencia por la que se concede amparo frente a la violación de un derecho fundamental que una Sentencia por la que se declara la inconstitucionalidad de una norma. Cfr. V. GIMENO SENDRA, *Eficacia de las sentencias constitucionales*, cit.

(22) La primera parte de este precepto reza: «Se aplicarán, con carácter supletorio de la presente Ley, los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de comparecencia en juicio, recusación y abstención, publicidad y forma de los actos, comunicaciones y actos de auxilio jurisdiccional, día y horas hábiles, cómputo de plazos, deliberación y votación, caducidad, renuncia y desistimiento, lengua oficial y policía de estrados. Respecto del contenido de la normativa contenida en la LJCA, vid.: L.I. ORTEGA AÍLVAREZ, *La ejecución de sentencias*, en J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN (coords.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Lex Nova, Madrid, 2001, pp. 499-528.

términos las resoluciones judiciales, como puede atestiguar cualquiera que se halle mínimamente familiarizado con el proceso contencioso-administrativo»<sup>23</sup>.

Probablemente, la ejecución de las resoluciones del Alto Tribunal sería más ágil si, en lugar de las previsiones de la LJCA, se aplicasen, en esta fase procesal, con carácter supletorio, los preceptos de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC). No obstante, teniendo en cuenta que, en la mayoría de los casos, las condenadas serán Administraciones o Instituciones públicas, en cuanto tales – es decir, como consecuencia del ejercicio por las mismas de poderes públicos –, la aplicación de las reglas comunes del procedimiento civil supondría una alteración radical de la posición de dichas Entidades ante los órganos jurisdiccionales. Se trataría de una profunda mutación de nuestro Ordenamiento que, atinadamente, el Legislador no ha querido acometer en el marco de esta limitada reforma. Además, desde un punto de vista pragmático, el empleo de la LJCA, en materia de ejecución de las decisiones del Tribunal Constitucional, puede contribuir, con su complejidad – e, incluso, con sus defectos –, a una menor tensión en la aplicación de las resoluciones del Tribunal, que, a la postre, puede ser beneficiosa para el conjunto del sistema constitucional<sup>24</sup>.

### ***3.3. La extensión de la obligación de auxilio al Tribunal Constitucional para la consecución de la aplicación efectiva de sus actos jurisdiccionales***

La LRLOTC agrega un nuevo número 2 en el artículo 92 de la LOTC, que dispone que el garante de nuestra Carta Magna podrá recabar el auxilio

---

(23) Para una adecuada comprensión de la problemática de la ejecución de las sentencias en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, vid.: I. MARTÍN DELGADO, *La Ejecución Subrogatoria de las Sentencias Contencioso-Administrativas*, Iustel, Madrid, 2006.

(24) En este sentido, puede dar un cierto juego el artículo 105.2 de la LJCA que establece: «Si concurren causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, el órgano obligado a su cumplimiento lo manifestará a la autoridad judicial a través del representante procesal de la Administración, dentro del plazo previsto en el apartado segundo del artículo anterior, a fin de que, con audiencia de las partes y de quienes considere interesados, el Juez o Tribunal aprecie la concurrencia o no de dichas causas y adopte las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando en su caso la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno».

de cualquier Administración o Poder público para garantizar la efectividad de sus resoluciones. Este precepto precisa además que la Administración o el Poder público emplazado ha de proceder a prestar la ayuda solicitada con carácter preferente y urgente.

Hasta la presente reforma, sólo estaba previsto, expresamente, que el Alto Tribunal requiriese, en la ejecución de sus disposiciones, la colaboración de Jueces y Tribunales. En este sentido, el artículo 87.2 de la LOTC ordena: «Los Juzgados y Tribunales prestarán con carácter preferente y urgente al Tribunal Constitucional el auxilio jurisdiccional que éste solicite»<sup>25</sup>.

Se trata de una previsión lógica, en la medida en que, como señala Joaquín HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO: «El Tribunal Constitucional debe ejecutar sus sentencias; sin embargo, el desarrollo de la actividad material necesaria para que sus pronunciamientos se hagan realidad no le corresponde a él»<sup>26</sup>. Así, dado que no pocas de las decisiones de este órgano jurisdiccional exigen la actividad de una o varias Administraciones – que pueden, o no, haber sido parte en el proceso constitucional –, la introducción de esta precisión en la LOTC es pertinente, aunque, en su ausencia, pocas eran las dudas que podría plantear el que el Alto Tribunal se dirigiese a cualquier Administración o Poder público para asegurar la efectividad de sus decisiones<sup>27</sup>; y ello porque tal actuación se hallaba amparada tanto por el artículo 87 de la LOTC que dispone que todos los Poderes públicos están obligados a acatar lo que el Tribunal Constitucional resuelva, como por el artículo 4 de la misma norma que

---

(25) Sobre este precepto, vid.: N. CORTE HEREDERO y J.I. MORENO FERNÁNDEZ, *Artículo 87*, en J.J. GONZÁLEZ RIVAS (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, La Ley, Madrid, 2010 (La Ley 3720/2011).

(26) Cfr. J. HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, *Artículo 92*, en J.L. REQUEJO PAGÉS (COORD.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional-BOE, Madrid, 2001, p. 1377.

(27) Así sucede también en Alemania, por ejemplo. En este sentido, X. ARZOS SANTISTEBAN señala: «A diferencia de los precedentes históricos, el titular de la potestad de ejecución es el propio TCF, el cual puede ordenarla él mismo o encomendársela a otro órgano (federal, estatal o local), pudiendo en este segundo caso determinar la forma de ejecución en el caso concreto. El TCF no tiene su propio aparato de ejecución, por eso necesita el auxilio de la capacidad ejecutiva de otros órganos del Estado. Estos órganos están obligados a proporcionársela, no por una vaga obligación de lealtad institucional o federal, sino, justamente, por lo que lo establece el § 35 (*Los poderes ejecutivos del Bundesverfassungsgericht*, <http://cija-uam.org/los-poderes-ejecutivos-del-bundesverfassungsgericht/> (consultado el 8 de marzo de 2016)).»

faculta a este órgano a adoptar cuantas medidas sean necesarias para preservar su poder jurisdiccional<sup>28</sup>.

Finalmente, por otra parte, hay que señalar que este nuevo artículo 92.2 de la LOTC no construye una disciplina novedosa, sino que se limita a traer a la norma procesal del Alto Tribunal la regla que, con este contenido y alcance, se fija en el artículo 103.3 de la LJCA, de acuerdo con el cual: «Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales de lo Contencioso-administrativo para la debida y completa ejecución de lo resuelto».

#### *4. La fijación de las reglas esenciales del procedimiento de actuación de las resoluciones del Tribunal Constitucional*

##### *4.1. El reforzamiento de la tutela cautelar otorgable por el Tribunal Constitucional: la habilitación para decretar la adopción de “medidas cautelarisimas” en garantía de la efectividad de providencias provisionales previamente fijadas*

La LRLOTC incluye un novedoso número 5 en el artículo 92 de la LOTC, el cual establece que, en el caso de que se produzca un incumplimiento en la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional que ordenen la suspensión de disposiciones, actos o actuaciones impugnadas ante él, el citado Tribunal, de oficio o a instancia del Gobierno, adoptará, sin oír a las partes, siempre que concurren circunstancias de especial transcendencia constitucional, las medidas necesarias para asegurar la debida puesta en práctica de dichas decisiones; no obstante, este precepto, acto seguido, precisa que, en el mismo acuerdo, este órgano dará audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, por un plazo común de tres días, tras el cual el Alto Tribunal dictará resolución levantando, confirmando o modificando las disposiciones previamente tomadas. En esta norma se prevé, en definitiva, la posibilidad de que el garante máximo de la Constitución establezca, de manera ágil, nuevas provi-

---

(28) Además, por ejemplo, respecto de los procesos de inconstitucionalidad, el artículo 38 de la LOTC dispone que las sentencias recaídas en estos procedimientos vincularán a todos los Poderes públicos.

dencias cautelares para garantizar la efectividad de mandatos de tutela provisional, ya acordados, en un determinado proceso, con el fin de asegurar que se cumplan los mismos, en especial, las resoluciones por las que se haya establecido la suspensión de las disposiciones, los actos o las actuaciones que hayan sido objeto de recurso ante él.

Esta regulación, desde el punto de vista técnico, plantea dos cuestiones problemáticas: la legitimación y el presupuesto para la adopción de las nuevas órdenes cautelares.

En primer lugar, de conformidad con la regla indicada, el Tribunal, de oficio o a instancia del Gobierno, acordará las disposiciones necesarias para garantizar la efectividad de las providencias de tutela provisional inicialmente decididas. Se produce, así, con esta arquitectura procedimental, un notorio desequilibrio entre las partes en los procesos constitucionales: sólo el Gobierno de la Nación podría instar la imposición de medidas cautelarísimas, mientras que las demás partes no, lo tendrían vetado. Es posible defender que tal situación de desigualdad no ha sido buscada, de forma deliberada, por el Legislador, sino que, simplemente, es un resultado reflejo del hecho de que, por imperativo constitucional, determinados recursos interpuestos por el Gobierno conllevan la suspensión automática de las normas y actos dictados por los órganos de las Comunidades Autónomas, cuando son impugnados por este (artículos 161.2 de la CE y artículos 30, 64.2 y 77 de la LOTC). La previsión expresa de estos supuestos en la Constitución y la razón material por la que se impulsó la aprobación de la LRLCOTC — reaccionar frente a incumplimientos provenientes de las instituciones de una determinada Comunidad Autónoma — explican el que, en esta Ley, sólo se mencione al Gobierno de la Nación, como promotor del establecimiento de tales providencias y se produzca una inmeditada preterición de otros posibles actores. No obstante, para restablecer el equilibrio de armas entre las partes en todos los procedimientos ante la justicia constitucional, nada impide interpretar que, cualquiera de las partes puede denunciar ante el Tribunal todo incumplimiento de una medida cautelarísima, para que este “de oficio”, si lo estima oportuno, proceda a su adopción; siendo, en la práctica, los efectos de una u otra vía idénticos.

En segundo lugar, además de producirse una situación en la que las disposiciones, actos o actuaciones impugnadas que deberían hallarse su-

spendidas, continúan produciendo efectos, para que el Tribunal pueda proceder a adoptar estas medidas cautelarísimas han de concurrir “circunstancias de especial transcendencia constitucional”. Esta locución encierra un concepto jurídico indeterminado de no fácil interpretación. En la medida en la que el mismo no constituye una novedad en la disciplina procesal del Tribunal Constitucional, pues, en 2007, dicha locución fue introducida, en el artículo 50.1.b de la LOTC, como requisito para la admisión a trámite de los recursos de amparo, resultaría tentador para su precisión recurrir a las dos fuentes que se indican a continuación<sup>29</sup>. Así, inicialmente, se podría atender al tenor literal del citado artículo 50, ya que en él se determinan algunos factores que permiten considerar la concurrencia de la antedicha situación, en concreto, en él se dispone que: «se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales». Y, además, acto seguido, y para complementar la exégesis de esta norma cabría acudir a la doctrina constitucional en esta materia, en particular, a los Autos 188/2008, de 21 de julio, y 289/2008, de 22 de septiembre y a la Sentencia 155/2009, de 25 de junio<sup>30</sup>.

No obstante lo dicho, no sería esta una decisión acertada, pues, pese a la identidad literal de ambas condiciones, sus respectivas *rationes iuris* son completamente diferentes. Las “circunstancias de especial transcendencia constitucional”, como requisito para la admisión a trámite de los recursos de amparo, hacen referencia al extraordinario interés, para la garantía objetiva de la coherencia y uniformidad del Ordenamiento jurídico constitucional, de que, en un supuesto concreto, se produzca un pronunciamiento del guardián de la Carta Magna, para asegurar la correcta interpretación y aplicación de la misma, lo que entraña, entre otras hipótesis posibles, el que en el citado supuesto se plantee

---

(29) En concreto por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

(30) Vid. *Dictamen 19/2015, de 26 de noviembre, sobre la reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho.*

una cuestión constitucional nueva, el que con la solución de la controversia de que se trate se pueda dar lugar a un cambio de la jurisprudencia constitucional o el que, con la decisión del Alto Tribunal, se proceda a corregir una interpretación jurisprudencial lesiva de un concreto derecho fundamental<sup>31</sup>.

Por el contrario, las “circunstancias de especial trascendencia constitucional” que habilitan al Tribunal Constitucional a tomar las antedichas medidas cuatelarísimas se refieren a situaciones fácticas de incumplimiento manifiesto y contumaz del Orden constitucional, tras la adopción de una medida provisional en garantía del mismo por el citado órgano.

En conclusión, se ha de proceder a una explicación autónoma de este concepto jurídico indeterminado, entendiendo que el mismo se refiere a supuestos de “ostentosa rebeldía” a acatar las decisiones de tutela cautelar del guardián de la Constitución.

#### ***4.2. Las medidas de ejecución que el Tribunal Constitucional puede tomar para asegurar la eficacia de sus decisiones***

De conformidad con el tenor literal del actualmente vigente artículo 92.4 de la Lorc, en caso de advertir que la actuación de una resolución dictada en el ejercicio de su jurisdicción pudiera no estar llevándose a cabo, el Tribunal Constitucional, de oficio o a instancia de alguna de las partes del proceso en que hubiera recaído, requerirá a las instituciones, autoridades, empleados públicos o particulares a quienes corresponda garantizar su realización para que en el plazo que se les fije informen al respecto. Recibido el informe o transcurrido el plazo fijado, si el Alto Tribunal apreciase el incumplimiento total o parcial de su resolución, podrá adoptar cualesquiera de las siguientes medidas: a) imponer multas coercitivas a las antedichas autoridades, empleados públicos o particulares; b) acordar la suspensión en sus funciones de las citadas autoridades o empleados públicos; c) ordenar la ejecución substitutoria de la resolución de que se trate y d) deducir el oportuno testimonio de parti-

---

(31) Vid. M.Á. MONTAÑÉS PARDO, *La especial trascendencia constitucional como presupuesto del recurso de amparo* ([http://www.aecidcf.org.uy/index.php/documentos/doc\\_download/842-es-trascendencia-constitucional](http://www.aecidcf.org.uy/index.php/documentos/doc_download/842-es-trascendencia-constitucional), consultado el 8 de marzo de 2016).

culares para exigir la responsabilidad penal que por el incumplimiento que pudiera corresponder<sup>32</sup>.

Procede pues, a continuación, por su regulación expresa en la LOTC, analizar individualizadamente las tres primeras de estas posibilidades de actuación que se otorgan al guardián de la Carta Magna.

*a) La extensión de su capacidad para imponer multas coercitivas*

La atribución de la potestad de imponer penalizaciones económicas con fines compulsivos al Tribunal Constitucional no constituye una novedad que la LRLOTC haya incorporado a la regulación previa contenida en la LOTC. Así, en la redacción original del artículo 95.4 de esta última norma, se reconocía a este Alto Tribunal tanto la posibilidad de imponer multas coercitivas a cualquier persona, investida o no de poder público, que incumpliera sus requerimientos dentro de los plazos señalados, como la facultad de reiterar tales multas hasta lograr la total consumación de sus exigencias por los obligados a ello, sin perjuicio de que se pudiese proceder a depurar cualquier otra responsabilidad a que hubiere lugar. El importe inicial de estas penalizaciones podía oscilar entre las 5.000 y las 100.000 pesetas; tras la reforma de la LOTC del 2007, el umbral mínimo se elevó a 600 euros y el límite máximo se fijó en 3.000 euros.

No obstante lo dicho, la LRLOTC sí que ha incidido fuertemente en la disciplina de este instrumento, en particular, en dos aspectos: su ámbito y su importe.

Así, en primer lugar, esta Ley traslada la regulación de las multas coercitivas del citado precepto, al artículo 92 de la LOTC, de tal modo que se produce una extensión de su ámbito objetivo de aplicación. Inicialmente, sólo se contemplaban para forzar la atención a los requerimientos del máximo intérprete de la Constitución, mientras que, con el texto ahora vigente, se pueden emplear por este órgano para combatir cualquier supuesto de incumplimiento de todo tipo de resoluciones que se puedan dictar en el seno de un procedimiento ante el mismo.

---

(32) Esta última medida coincide con la contenida en el artículo 112.b) de la Ljca. Un amplio comentario sobre la misma se puede encontrar en: G. PÉREZ DEL BLANCO, *La ejecución forzosa de sentencias en el orden jurisdiccional contencioso administrativo*, Del Blanco Editores, León, 2003.

En segundo lugar, la LRLOTC lleva a cabo un fuerte incremento de la cuantía de las multas coercitivas, cuyos importes pasan de moverse en la citada franja de entre 600 a 3.000 euros, para situarse en una horquilla de entre 3.000 a 30.000 euros. Se trata, sin duda alguna, de sumas muy elevadas, sobre todo si se cotejan con los montantes previstos para este mecanismo de compulsión en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en especial, en el artículo 112 de la LJCA, donde se fija para las mismas un mínimo de 150 euros y un máximo de 1.500 euros. Es evidente que el objetivo que persigue el Legislador, con esta formidable subida de los márgenes de las multas coercitivas, es dotar a este tipo de penalidades de auténtica capacidad de compulsión, de modo que se conviertan en un mecanismo verdaderamente eficaz.

Finalmente, para concluir el análisis de la regulación de esta figura que se contiene, en la actualidad, en la LOTC, hay que indicar que, para la imposición de estas multas, ha de seguirse el procedimiento previsto en la LJCA<sup>33</sup>. En particular, esta norma exige que se acredite, de forma adecuada, la responsabilidad del sujeto al que se le imponen en el incumplimiento de que se trate<sup>34</sup>.

---

(33) En particular, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 112 y 48.7. Estos preceptos establecen respectivamente:

«Transcurridos los plazos señalados para el total cumplimiento del fallo, el juez o tribunal adoptará, previa audiencia de las partes, las medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado.

Singularmente, acreditada su responsabilidad, previo apercibimiento del Secretario judicial notificado personalmente para formulación de alegaciones, el Juez o la Sala podrán:

a) Imponer multas coercitivas de ciento cincuenta a mil quinientos euros a las autoridades, funcionarios o agentes que incumplan los requerimientos del Juzgado o de la Sala, así como reiterar estas multas hasta la completa ejecución del fallo judicial, sin perjuicio de otras responsabilidades patrimoniales a que hubiere lugar. A la imposición de estas multas les será aplicable lo previsto en el artículo 48.

[...] La multa será reiterada cada veinte días, hasta el cumplimiento de lo requerido.

De darse la causa de imposibilidad de determinación individualizada de la autoridad o empleado responsable, la Administración será la responsable del pago de la multa sin perjuicio de que se repercuta contra el responsable.

8. Contra los autos en los que se acuerde la imposición de multas a las que se refiere el apartado anterior podrá interponerse recurso de reposición [...].

(34) La contingencia, prevista en el artículo 48.7 de la LJCA, de que, en caso de verificarse la imposibilidad de determinar de manera individualizada la autoridad o el empleado culpable del incumplimiento, será responsable del pago de la multa la Administración de que se trate, constituye una muestra de cómo la utilización del régimen en materia de ejecución de resoluciones de la LJCA puede contribuir a una menor tensión en la aplicación de las decisiones del Alto Tri-

*b) La ejecución substitutoria de las resoluciones recaídas en los procesos constitucionales*

El nuevo artículo 92.4.c de la LOTC dispone que el Tribunal Constitucional podrá requerir la colaboración del Gobierno de la Nación a fin de que, en los términos fijados por aquel, este adopte las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las resoluciones del mismo<sup>35</sup>.

Ahora bien, como señala el Consell de Garanties Estatutàries de Cataluña, la atribución de esta potestad de ejecución substitutoria al Consejo de Ministros ha de entenderse realizada dentro del esquema de división de poderes establecido por la Constitución, tanto en su dimensión horizontal como en la vertical, de tal modo que es posible identificar un conjunto de límites que el Gobierno debe respetar en el ejercicio de esta función.

Así, en primer lugar, como recuerda el citado ente consultivo: «Desde el punto de vista de la división horizontal de los poderes, el estatus equiordenado de los órganos creados por la Constitución, el principio de autonomía parlamentaria (art. 72 CE) y el de independencia judicial (art. 117.1 CE) determinan la imposibilidad que el Gobierno del Estado, actuando a requerimiento y bajo el mandato del Tribunal Constitucional, pueda adoptar actos o realizar actividades que correspondan al ámbito de las funciones constitucionalmente atribuidas a otros órganos y poderes del Estado. El ejercicio de la jurisdicción constitucional, también en su dimensión ejecutiva, no puede suplantar, a través de la actuación del Gobierno del Estado como comisario de la ejecución, los ámbitos de decisión que corresponden a los otros poderes del Estado»<sup>36</sup>.

Por otro lado, en segundo lugar, por lo que se refiere a la división territorial del poder, como señala el citado Consell: «la ejecución substitutoria

---

bunal, en la medida en que ofrece mayores espacios para lograr reconducir situaciones de alta complejidad política, lo cual, como se indicó antes, cabe que, en última instancia, beneficie al conjunto del sistema constitucional.

(35) Esta solución no es inusual en el ámbito comparado, vid.: F. PIERANDREI, *Le decisioni degli organi della giustizia costituzionale: natura, efficacia, esecuzione*, en *Scritti giuridici in memoria di V.E. ORLANDO*, Cedam, Padova, 1957, pp. 241-356.

(36) Vid. *Dictamen 19/2015, de 26 de noviembre, sobre la reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho*.

de las resoluciones del Tribunal Constitucional hecha únicamente a través del Gobierno del Estado no respetaría la posición institucional de las comunidades autónomas y derivaría claramente en un control jerárquico no previsto a la Constitución (art. 153 CE)<sup>37</sup>. Ahora bien, siendo esto cierto, no se puede concluir, sin más, como hace este órgano que nos hallamos ante una previsión inconstitucional<sup>38</sup>.

La nueva redacción de la Lotc encomienda al Consejo de Ministros que colabore con el garante de la Carta Magna, en la actuación de las decisiones de este último, adoptando las providencias necesarias para asegurar el cumplimiento de dichas decisiones; pero, en ningún momento, señala qué procedimiento ha de seguir para tomar las medidas que sean precisas. Así las cosas, en el supuesto de que el Tribunal Constitucional requiera la colaboración del Gobierno ante una falta de acatamiento de una decisión del mismo por parte de una Comunidad Autónoma – como se ha explicado, este es el concreto caso que se halla en la *mens legislatoris* a la hora de impulsar la reforma de la Lotc – lo lógico es que el Consejo de Ministros acuda al cauce constitucionalmente previsto para reaccionar contra este tipo de situaciones: el artículo 155 de la CE. De acuerdo con el citado precepto, si una Comunidad Autónoma no cumple las obligaciones que la Constitución u otras leyes le imponen, o actúa de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquella al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general; concluye este precepto señalando que, para la ejecución de tales medidas, el Consejo

---

(37) En este sentido, hay que señalar que, como recuerda el Consell de Garanties Estatutàries, el Tribunal Constitucional, desde su primera doctrina, contenida en la Sentencia 76/1983, de 5 de agosto, ha establecido de forma meridianamente clara que nuestro vigente sistema constitucional de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas veta que el primero pueda subrogarse en el ejercicio de cualquier función ejecutiva que corresponda a las segundas. Así se declaró, entre otras muchas, en las Sentencias: 227/1988, de 29 de noviembre; 54/1990, de 28 de marzo; 118/1996, de 27 de junio o 36/2005, de 17 de febrero.

(38) Vid. *Dictamen 19/2015, de 26 de noviembre, sobre la reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho.*

de Ministros podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas<sup>39</sup>. En consecuencia, entendiendo que el artículo 92.4.c de la LOTC no habilita directamente al Gobierno para ejecutar actuaciones en sustitución de las Comunidades Autónomas, sino que tan sólo le emplaza a diseñarlas y a aplicarlas siguiendo el cauce previsto en el artículo 155 de la CE, se debe concluir que el citado precepto de la LOTC es conforme a nuestro orden constitucional.

Por último, sólo queda destacar, respecto del contenido de las disposiciones que puede adoptar el Consejo de Ministros, que la LRLOTC confiere a este órgano una notable discrecionalidad, pues le permite tomar «las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento», eso sí, en los «términos que fije el Tribunal». Desde el punto de vista constitucional, esta amplitud de actuación es admisible, en la medida en que las providencias que, inicialmente, proponga el Gobierno, de acuerdo con el artículo 155 de la CE, han de ser ratificadas por el Senado, en todo caso. Desde un punto de vista pragmático, se puede afirmar que, con la introducción de esta regla en el artículo 92 de la LOTC, el Legislador ha permitido que el recurso del Ejecutivo al procedimiento del 155 de la CE quede amparado en una previa decisión del Tribunal Constitucional. De este modo la actuación del mecanismo contenido en esta norma de la Carta Magna estaría desligado, al menos teóricamente, de la lucha político-partidista y se vincularía tan sólo a la consecución del estricto cumplimiento de las obligaciones constitucionales por parte de las Comunidades Autónomas, fijadas con anterioridad en una resolución del Alto Tribunal<sup>40</sup>. Así las cosas, el resultado que cabría esperar de esta

---

(39) Vid., sobre la naturaleza, presupuestos y procedimiento de aplicación de este precepto: E. VÍRGALA FORURIA, *La coacción estatal del artículo 155 de la Constitución*, *Revista Española de Derecho Constitucional (Nueva Época)*, n. 73, enero-abril (2005), pp. 55-110.

(40) En la peculiar situación que vive España en el momento presente, con un Gobierno en funciones desde hace meses, y que puede prolongarse durante mucho tiempo, ineluctablemente surge una duda: ¿puede un Gobierno en funciones activar el mecanismo previsto en el artículo 155 de la CE?

De conformidad con el artículo 21.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (en adelante, LG): «El Gobierno en funciones facilitará el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes al mismo y limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos, absteniéndose de adoptar, salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique, cualesquiera otras medidas».

previsión normativa es que se produzca un incremento de las posibilidades de que el citado precepto, hasta el momento nunca invocado, sea finalmente activado.

*c) La facultad de ordenar la suspensión en sus funciones de autoridades o empleados públicos*

La LRLOTC atribuye al Tribunal Constitucional, mediante la reformulación del artículo 92.4.b) de la LOTC, la potestad para acordar la suspensión en sus funciones de autoridades o empleados públicos de la Administración responsable del incumplimiento de sus resoluciones, durante el tiempo preciso para asegurar la observancia de sus pronunciamientos. En primer lugar, es necesario destacar que la “suspensión de funciones” no se halla prevista, con carácter general, en el Ordenamiento procesal español como una medida de ejecución forzosa. Se trata de un instrumento creado *ad hoc* por el Legislador para garantizar el cumplimiento de las decisiones del Alto Tribunal, en el contexto generado por la actitud obstativa, demostrada en los últimos tiempos, por los representantes de algunas instituciones autonómicas. Obviamente, este mecanismo no se ha creado *ex nihilo*, sino que se ha construido partiendo del modelo que proporciona la “suspensión de funciones” que, como providencia cautelar, se puede adoptar en el seno de las relaciones de empleo público<sup>41</sup>; con la finalidad, entre otras posibles, de evitar que, en determinadas circunstancias, la continuación en el puesto de trabajo de un cierto empleado público pueda acarrear una perturbación del

---

Es indiscutible que un requerimiento de colaboración del Tribunal Constitucional al Consejo de Ministros para adoptar las medidas precisas para la ejecución de sus decisiones en sustitución de una Comunidad Autónoma constituye una razón de interés general que habilitaría, en virtud del canon citado de la LG, al Consejo de Ministros en funciones a poner en marcha el procedimiento disciplinado en el artículo 155 de la CE. Esta conclusión se halla refrendada también por el propio Preámbulo de la LRLOTC, en el que como se adelantó, se dice que el Alto Tribunal podrá «encomendar al Gobierno de la Nación, aun en funciones, la ejecución substitutoria». Sobre la actividad del Gobierno en funciones, vid.: A. GONZÁLEZ ALONSO, *El gobierno en funciones*, en M. ARAGÓN REYES y A.J. GÓMEZ MONTORO (COORDS.), *El gobierno: problemas constitucionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 513-562.

(41) De acuerdo con el artículo 90.4 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público: «Podrá acordarse la suspensión de funciones con carácter provisional con ocasión de la tramitación de un procedimiento judicial o expediente disciplinario, en los términos establecidos en este Estatuto».

servicio público. En concreto, el Legislador, al autorizar al Alto Tribunal a adoptar esta “suspensión provisional de las autoridades o empleados públicos”, pretende dotar al citado órgano de un instrumento para lograr que cesen las actuaciones que dichos sujetos puedan estar realizando para impedir el cumplimiento de sus acuerdos, bien violando una orden de abstenerse de hacer algo, o bien entorpeciendo la ejecución substitutiva de las decisiones del Tribunal, tras haber quebrantado una obligación de hacer o de llevar a cabo una actividad concreta<sup>42</sup>. El principal problema que plantea este precepto es su posible colisión con el derecho fundamental al ejercicio de funciones y cargos públicos, consagrado en el artículo 23 de la CE choque que sería de especial intensidad en el caso de que se tratase de cargos electos. Ahora bien, esta cuestión se ha de resolver ponderando los intereses en conflicto, por una parte, el mantenimiento del orden constitucional en su conjunto, y, por otra parte, el respeto a una de las reglas básicas de ese orden<sup>43</sup>. Así las cosas, en principio, parece lógico que la balanza se incline por la constitucionalidad de este instrumento que implica una limitación al derecho fundamental al ejercicio de funciones y cargos públicos, dado que, por una parte, la lesión que este puede causar al citado derecho fundamental se halla suficiente y satisfactoriamente fundada en un interés constitucional prevalente, cuya tutela ha de ser prioritaria, y, por otra parte, en todo caso, dicha lesión es limitada ya que la medida tiene naturaleza temporal<sup>44</sup>.

---

(42) Ahora bien, en principio, no parece que esta medida vaya a ser muy efectiva, en especial en el caso de las autoridades públicas. Y ello es así porque suspendida una en el ejercicio de sus funciones, lógicamente, se activará el correspondiente procedimiento para sustituirla, siendo muy probable que, por razones de afinidad política, el sustituto mantenga la línea de actuación de su predecesor.

(43) Vid., sobre esta fecunda y a la vez compleja y difícilmente aprehensible técnica: J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, en particular, respecto de la que este autor denomina “ley de la ponderación”, según la cual cuanto mayor sea el grado de perjuicio a uno de los principios en colisión, mayor ha de ser la importancia del cumplimiento del principio contrario.

(44) El Consell sostiene la opinión contraria, considerando que es esta previsión es inconstitucional. Vid. *Dictamen 19/2015, de 26 de noviembre, sobre la reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho*.

De todos modos, para, en cada concreto supuesto, reforzar la legitimidad constitucional de la adopción de esta orden parece conveniente que el Alto Tribunal siga cuatro pautas de actuación. En primer lugar, ya que esta decisión del Tribunal Constitucional supone una lesión para un derecho fundamental, sólo se debería recurrir a la misma cuando previamente haya sido necesario acudir a un incidente de ejecución para adoptar la nulidad de una decisión de la autoridad o funcionario que se va a suspender, de acuerdo con el artículo 92.1, segundo párrafo, de la Lotc. En segundo lugar, por la misma razón, únicamente debería adoptarse esta medida en los concretos supuestos en los que hayan fracasado otros medios de compulsión tendentes a la ejecución de las decisiones del Alto Tribunal, como, por ejemplo, la imposición de multas coercitivas. En tercer lugar, para acordar esta grave consecuencia jurídica ha de seguirse un adecuado procedimiento, en el que: a) se dé un oportuno trámite de audiencia a la autoridad o funcionario afectado; b) se constate la responsabilidad del mismo, de modo análogo, a cómo se ha de hacer con la determinación de la responsabilidad a la hora de imponer multas coercitivas y c) quede acreditada la rebeldía al acatamiento de la resolución del Tribunal Constitucional de que se trate o el empecinamiento en incumplir la misma. En cuarto lugar, el Alto Tribunal ha de determinar la duración de la suspensión de forma que esta sea la mínima indispensable para la consecución de los fines perseguidos.



## Tributi propri e autonomie locali: un percorso incompiuto

*Guglielmo Bernabei*

*Partendo da un esame dell'evoluzione storica e concettuale della nozione di autonomia locale e dall'analisi dei profili di autonomia finanziaria inerenti al Titolo V della Costituzione, il presente studio si propone di approfondire il percorso del tributo locale immobiliare, ripercorrendo il passaggio dall'Ici all'Imu fino all'introduzione della Tasi. Soffermandosi sugli aspetti fondamentali della disciplina Imu-Tasi, si vuole sottolineare quanto sia problematica, nell'attuale ordinamento degli Enti locali, la configurazione di un tributo proprio secondo il modello di Service Tax. L'impressione, dunque, è che l'assetto ordinamentale attuale delle autonomie locali richieda ulteriori e significativi interventi di revisione, con l'obiettivo di garantire che l'autonomia tributaria degli enti territoriali minori possa raggiungere un livello adeguato di funzionamento ed effettività. L'analisi della struttura del tributo immobiliare rende evidente la mancanza di un disegno organico e coerente di finanza locale secondo canoni prettamente autonomistici. Siamo dinanzi ad un'attuazione del cosiddetto "federalismo fiscale" che vede una situazione di svantaggio delle autonomie locali, anche rispetto ad un passato recente.*

### **1. Evoluzione del sistema di autonomia locale**

Per la scienza giuspubblicistica il termine "autonomia" intende designare una posizione soggettiva di potere derivato dall'ordinamento sovrano ed esercitabile mediante atti che, seppur nell'ambito riconosciuto dalla Costituzione e attribuito in concreto dalla legge, sono idonei a spiegare l'efficacia perseguita dall'Ente pubblico titolare<sup>1</sup>.

Un ruolo particolare assume il concetto di autonomia normativa che identifica il potere dell'ente di porre norme capaci di innovare l'ordina-

---

(1) C. PREZIOSI, *I nuovi poteri tributari delle autonomie locali*, in *Riv. dir. trib.*, 2005, I, p. 557

mento giuridico generale<sup>2</sup>. A Costituzione invariata, la dottrina italiana e la giurisprudenza costituzionale hanno ampiamente condiviso la tesi che ai poteri dell'autonomia può assegnarsi soltanto una funzione integratrice rispetto alla potestà normativa primaria dello Stato. Questo tratto caratteristico dipende dall'indispensabile rapporto di gerarchia sussistente tra la fonte primaria del diritto, esplicata dallo Stato in modo da assicurare l'unità complessiva del sistema, e le fonti secondarie degli Enti locali comunali e provinciali, le quali possono operare entro limiti specificatamente assegnati e nelle forme appositamente stabilite dalle norme di produzione che le riguardano<sup>3</sup>.

Le norme cardinali della Costituzione repubblicana, capovolgendo l'indirizzo centralistico affermato dallo Statuto Albertino e rafforzato durante il periodo fascista, prefigurano alcune autonomie istituzionali laddove fissano, all'art. 5, il principio sistematico secondo cui «la Repubblica, una ed indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi e i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento». La disposizione dell'art. 5 Cost. merita di essere assunta a canone di interpretazione di tutta la normativa costituzionale concernente l'autonomia locale, apprezzandosi, da un lato, il valore ordinamentale impresso al concetto della necessaria promozione delle autonomie stesse, collocato tra i principi fondamentali della Carta e idoneo a completare la caratterizzazione costituzionale della Repubblica, e, dall'altro, la connotazione del limite della salvaguardia dell'unità e dell'indivisibilità<sup>4</sup>. È altresì opportuno chiarire che il sintagma si riferisce complessivamente alle Regioni, alle Province, ai Comuni ed ora anche alle Città metropolitane, così come risulta dal confronto dell'art. 5 Cost., con l'art. 114, quest'ultimo sia nel testo previ-

---

(2) M.S. GIANNINI, *Sovranità. Diritto vigente*, in *Enc. dir.*, XLIII, 1990, p. 225; R. MORETTI, *Sovranità popolare*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, 1993, p. 1.

(3) L. DEL FEDERICO, *Orientamenti di politica legislativa regionale in materia di tributi locali*, in *Fin. Loc.*, 2003, p. 521; L. TOSI, *Finanza locale*, Milano, 1990, p. 13.

(4) G. LORENZON, *Tributi locali*, in *Enc. dir.*, XVI, 1989, p. 133; C. SACCHETTO, *Federalismo fiscale tra modelli esteri e vincoli comunitari*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, p. 658.

gente che in quello varato dalla legge costituzionale 3/2001<sup>5</sup>. Coniugando l'art. 114 Cost. con le disposizioni successive degli artt. 117, 119, 123 e 127, risulta che il Titolo V della Costituzione riconosce a ciascuno degli enti territoriali tutte le forme di autonomia pubblica teorizzate dalla dottrina classica, ossia l'autonomia normativa, organizzativa e politica<sup>6</sup>.

L'evoluzione della riforma del Titolo V del 2001 non è di poco conto, specie ove si considerino quali fossero gli approdi ermeneutici in relazione al sistema costituzionale previgente. In tal senso giova ricordare che l'art. 114 Cost. previgente dichiarava semplicemente che «la Repubblica si riparte in Regioni, Province e Comuni», l'art. 117 Cost. previgente attribuiva alla Regione il potere di emanare norme legislative in determinate materie «nei limiti» dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato, l'art. 119 Cost. previgente riconosceva alla sola Regione i poteri di autonomia finanziaria, ma ciò esclusivamente «nelle forme e nei limiti stabiliti dalle leggi della Repubblica, che la coordinano con la finanza dello Stato, delle Province e dei Comuni», con attribuzione di «tributi propri e quote di tributi erariali, in relazione ai bisogni delle Regioni per le spese necessarie ad adempiere le loro funzioni normali». Da questo quadro emerge che il sistema costituzionale previgente privilegiava la salvaguardia dei valori dell'unità e della indivisibilità della Repubblica con una eccessiva limitazione delle esigenze<sup>7</sup> dell'autonomia territoriale<sup>8</sup>.

Quanto agli enti territoriali minori, mentre era alquanto diffusa l'opinione che dal principio sistematico posto dall'art. 5 Cost. occorresse comunque ricavare l'affermazione di un'autonomia politica, risultava prevalentemen-

---

(5) G. BERNABEL, G. MONTANARI, *Tributi propri e autonomie locali. Difficile sviluppo di un sistema di finanza propria degli enti locali*, Roma, 2015, p. 28.

(6) S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *Le Regioni*, 1, 2004; A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 8 ottobre 2003.

(7) F. GALLO, *L'autonomia tributaria degli enti locali e l'imposta sui cespiti immobiliari*, Bologna, 1979; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, 1962, p. 242.

(8) M. BERTOLISSI, *L'autonomia finanziaria regionale*, Padova, 1983; F. GALLO, *Proposte per la realizzazione del federalismo fiscale*, I, in *Il fisco*, allegato al n. 21 del maggio 1996; L. PERRONE, *La sovranità impositiva tra autonomia e federalismo*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, I, p. 1173.

te escluso che la Costituzione, nel suo complesso, potesse interpretarsi nel senso che essi godessero di forme costituzionalizzate di autonomia normativa, seppure subordinate all'esercizio del potere legislativo dello Stato. Il dibattito, infatti, incentrato soprattutto sulla portata dell'art. 128 previgente Cost., è rimasto acceso sullo specifico punto dell'autonomia finanziaria e tributaria delle Province e dei Comuni<sup>9</sup>.

Sulla questione si argomentava sul fatto che la sussistenza dell'autonomia finanziaria e normativa dovesse ricavarsi dal combinato disposto degli artt. 5 e 128 previgenti Cost.; all'autonomia finanziaria, intesa come potere di determinare l'entità sia dell'entrata sia della spesa secondo i criteri del cosiddetto principio della strumentalità necessaria, andava affiancata l'autonomia normativa tributaria. Al riguardo, tale dottrina osservava che le uniche possibili alternative si riducevano alla configurazione di risorse esclusivamente derivate dal finanziamento statale o regionale, ovvero reperite con mezzi di indebitamento sistematico con ricadute fortemente negative sulla struttura dei bilanci degli enti locali minori. Sulla stessa linea, si evidenziava che più verosimilmente l'affermazione dell'autonomia tributaria comunale avrebbe dovuto ricavarsi dalla stessa formulazione dell'art. 119 previgente Cost., laddove si alludeva a «leggi statali di coordinamento delle autonomie finanziarie delle Regioni, dei Comuni e delle Province». Infatti, il riferimento al «coordinamento» da attuarsi mediante legge implicava l'intendimento di valorizzare la presenza di enti coordinati, e tra questi *in primis* gli enti territoriali minori, in quanto titolari di appositi ed equiordinati poteri normativi, e di condizionarne l'azione all'intervento statale. In questo modo era esclusa la possibilità di considerare autonomamente i singoli ordinamenti finanziari minori, per i quali, invece, esisteva l'esigenza di unitarietà nella formazione e nella rappresentazione dei diversi livelli di finanza pubblica, corrispondente al ruolo di ciascun ente nel sistema di autonomia in relazione alla finanza statale<sup>10</sup>.

A queste tesi si opponevano posizioni centraliste, le quali disconosce-

---

(9) L. PERRONE, *Appunti sulle garanzie costituzionali in materia tributaria*, in *Riv. dir. trib.*, I, 1997, p. 584.

(10) G. TESAURO, *Le basi costituzionali della fiscalità regionale e locale*, in *Fin. loc.*, 2005, p. 13.

vano ogni fondamento costituzionale all'autonomia tributaria in questione, sostenendo che la sua fonte poteva ricavarsi unicamente dalla legge statale, sulla base di una valutazione discrezionale fondata sul cosiddetto "principio di ottimizzazione dei prelievi fiscali". Le argomentazioni addotte al riguardo si fondavano su una lettura dell'art. 128 previgente Cost. in comparazione con l'art. 119 previgente Cost., affermando che quest'ultima disposizione attribuiva testualmente l'autonomia tributaria alla sola Regione e non anche al Comune.

Queste tendenze "restrittive" hanno influenzato la legislazione statale in materia di autonomie locali.

Quanto alle Regioni, infatti, è ampiamente condiviso il rilievo che le esperienze applicative hanno di fatto travolto gli argini dell'autonomia, seppure fissati dalla Costituzione, muovendosi con eccessiva elasticità. Significativa appare, nella materia finanziaria e tributaria, la tendenza ad adottare soluzioni legislative che non solo hanno ridotto la competenza regionale all'esercizio di funzioni meramente integratrici, si veda, su tutte, la legge 291/1970, che ha individuato e disciplinato, quasi come norma di dettaglio, i "tributi propri" di cui all'art. 119 previgente Cost., relegando l'intervento regionale alla sola scelta dell'aliquota entro limiti prestabiliti, ma soprattutto hanno configurato il sistema finanziario delle Regioni in maniera tale che la preponderante parte delle risorse disponibili, circa l'80%, fosse definita da trasferimenti erariali. Questi strumenti applicativi hanno deformato la logica stessa del "coordinamento" di cui era menzione nell'art. 119, comma 1, previgente, Cost.; tale disposizione racchiudeva in sé l'idea di una equiordinata autodeterminazione di ciascuno dei soggetti coordinati, ossia gli enti territoriali, rispetto al coordinatore, lo Stato. Ne è derivata anche una seria compromissione dell'applicazione del principio di autonomia politica della Regione, in quanto un bilancio finanziario affidato a prevalenti risorse derivate, e, pertanto, determinato in base a prelievi fiscali indirettamente attinti dallo Stato nei confronti della popolazione territoriale, non poteva che de-responsabilizzare gli amministratori locali dinanzi agli elettori<sup>11</sup>.

---

(11) V. CERIANI, *Federalismo, perequazione, tributi*, in *Rass. trib.*, 2002, p. 1664; G. MACCIOTTA, A. ZANARDI, *Il sistema perequativo delle Regioni*, in A. ZANARDI (a cura di), *Per lo sviluppo. Un federalismo fiscale responsabile e solidale*, Bologna, 2006, p. 126.

In riferimento a Province e Comuni, il legislatore statale, riprendendo le tendenze accentratrici affermatesi fin dagli albori dello Stato unitario, ha operato sul presupposto che la Carta costituzionale non avesse concesso loro alcuna forma di autonomia, oltre a quella politica che si ricava dalle dichiarazioni dell'art. 5 Cost. e che si riteneva di poter trascurare o restringere mediante legge statale. Secondo questa logica, per tutte le figure di imposizione locale in vigore dal 1948 fino agli inizi degli anni '70, e, a loro volta, ereditate dal TUFL del 1931 o comunque radicate nell'ordinamento fascista, il quale, per sua stessa natura, negava qualsiasi autonomia agli Enti locali, venne conservata una compiuta matrice statale, ritenuta la sola capace di fondarne l'esercizio, seppure nella residuale porzione di interventi normativi coerenti con il principio di legalità formale e sostanziale dettato dall'art. 23 Cost.; va, inoltre, considerato che le figure di imposizione locale in questione erano alquanto numerose ed articolate in modo da assicurare il 50% delle entrate a fronte del gettito delle residue fonti garantite da compartecipazioni sui prelievi di stampo erariale.

Questa posizione centralistica è poi giunta ad un approdo ancor più rilevante allorquando, con le legge degli anni '70, si ritenne di modificare il sistema a causa di insufficienze dovute all'operare congiunto di diversi fattori<sup>12</sup>. Questi consistevano in diseconomie generate dalla irrazionale congerie di tributi, in incapacità funzionali dei Comuni in sede di gestione, in eccessiva frammentazione delle fonti normative, in una dilatazione della spesa locale tale da richiedere un costante monitoraggio delle entrate. Inoltre, si era andata affermando una volontà del potere statale di attuare un più marcato controllo politico della autonomie locali e il quadro predisposto dalla legge delega 825/1971 si risolse in una ulteriore spinta centralistica. Spiccavano, infatti, da un lato, la soppressione della parte più qualificante dei tributi locali preesistenti, quali, ad esempio, quelli sulla famiglia, sul valore locativo e sui consumi, la creazione di pochi tributi nuovi, quali tasse e concessioni comunali, contributi di fognatura, contributi urbanistici, imposta di pubblicità, e la contestuale creazione dell'ILOR e dell'INVIM che avevano la natura di tri-

---

(12) G. PUTZOLU, *L'autonomia tributaria degli enti territoriali*, Padova, 1996, p. 56.

buti eminentemente erariali; dall'altro, si stabiliva la determinazione di prevalenti trasferimenti erariali in compensazione dei tributi soppressi<sup>13</sup>. Ne conseguiva che l'autonomia concessa finiva per contenersi in una parziale libertà di spesa ed in un pressoché simbolico livello di potere normativo, con sostanziale smantellamento del modello di finanza locale preesistente. A questo scenario legislativo si aggiunge la scelta del legislatore statale di non completare il mutato quadro di finanza locale con una riforma amministrativa degli Enti locali. L'insufficienza dei trasferimenti erariali, pari, ad esempio, nel 1978, all'85% delle entrate comunali, e l'inconsistenza delle entrate derivanti da tributi propri, nonché una diffusa deresponsabilizzazione degli amministratori locali, sono tutti elementi che hanno causato un impressionante livello di indebitamento degli enti territoriali, e a poco giovarono i rimedi legislativi approntati per riparare ai danni indotti dal sistema locale. Rilevano, a tal riguardo, le misure di consolidamento delle esposizioni bancarie dei Comuni, con conseguente assunzione dell'impegno dello Stato al pagamento degli ammortamenti e con il divieto di contrarre nuovi debiti, l'obbligo di pareggio di bilancio entro limiti annualmente e rigidamente prestabiliti per contenere l'espansione della spesa eccedente quella obbligatoria, il vincolo che imponeva l'aumento delle aliquote per i tributi e le tariffe comunali. Questi interventi, oggettivamente, apparivano ancor più lesivi dei principi costituzionali sulle autonomie locali, dato che realizzavano una sostanziale sperequazione tra territori ad economia forte e territori ad economia debole. Si rilevava, infatti, che questi ultimi contribuivano, esattamente come i primi, ad assicurare in misura proporzionale i flussi di entrata attraverso il prelievo operato con le imposizioni erariali e, al tempo stesso, essi erano ammessi ad attingere risorse, a titolo di trasferimento, solo in misura incoerente ed insufficiente rispetto al volume delle "entrate proprie".

Alla luce di tali argomentazioni si spiega la sostanziale inversione di tendenza che si è andata registrando nella legislazione a partire dagli anni '80 e che si è progressivamente consolidata fino alla realtà presente

---

(13) F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, I, Milano, 2006, p. 118.

nell'ordinamento italiano al tempo della legge costituzionale 3/2001<sup>14</sup>. Si è iniziato con l'introduzione di innovazioni di natura prettamente fiscale, come l'istituzione della SOCOF nel 1983 e dell'ICIAP nel 1989, le quali, benché teoricamente finalizzate all'accrescimento dell'autonomia finanziaria dei Comuni, sotto l'aspetto pratico-operativo, aggiungevano interessanti segnali anche sul versante dell'autonomia normativa tributaria. Ad esempio, in materia di imposta comunale per l'esercizio di imprese, arti e professioni la legge consentiva all'ente comunale la fissazione dell'aliquota tra un minimo ed un massimo, riconoscendogli, altresì, il potere di regolamentare le fasi dell'accertamento e della riscossione del tributo.

Si è, infine, pervenuti alle riforme degli anni '90 che hanno inciso anche sul complessivo aspetto organizzativo ed amministrativo degli Enti locali, autorizzando lo stesso legislatore statale ad impegnarsi con audaci qualificazioni di "federalismo" attribuite alle nuove fattispecie. Si vuole fare riferimento, nello specifico, alla legge 142/1990 e al decreto legislativo 267/2000 che, abrogando la prima, ha trasfuso principi e regole in un Testo unico che ha ampiamente rivisitato l'ordinamento degli Enti locali. Si veda, ad esempio, ai fini dei temi qui trattati, l'art. 54 legge 142/1990, l'art. 149 del TUEL e l'art. 52 decreto legislativo 446/1997.

In particolare, l'art. 54 legge 142/1990 ha posto le basi per il superamento dei criteri di finanza prevalentemente derivata mediante l'adozione di un modello nel quale figuravano, accanto a risorse erariali trasferite, anche entrate proprie di carattere tributario ed entrate proprie di carattere extratributario.

Nello specifico vi era l'affermazione di due importanti principi. Il primo prevedeva che i trasferimenti erariali andavano finalizzati al solo finanziamento dei servizi indispensabili dell'Ente, mentre le entrate proprie, fiscali ed extrafiscali, ivi comprese le tariffe e le relative risorse compensative, erano poste per garantire l'assolvimento dei servizi pubblici ritenuti necessari. Il secondo, invece, stabiliva che l'ordinamento della finanza locale veniva disciplinato e modificato unicamente con legge statale. In questo modo si affermava la regola della rigorosa derivazione dell'autonomia normativa degli Enti locali dalla fonte primaria, secondo

---

(14) F. GALLO, *Ancora in tema di autonomia tributaria delle Regioni e degli enti locali nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Rass. trib.*, 2005, p. 1033.

l'impostazione dell'art. 128 previgente Cost. in relazione all'art. 23 della Costituzione. Si era architettato un sistema che condizionava il prelievo comunale al principio generale del collegamento funzionale rispetto alla spesa, altresì sanzionando l'obbligatorietà del pareggio di bilancio. In questo senso, l'art. 54 legge 142/1990 accreditava la possibilità per gli Enti locali di definire il livello delle entrate proprie entro l'ambito assicurato dall'intervento legislativo al fine di perseguire autonome finalità di politica territoriale. Questo dato, poi, sarebbe risultato sufficiente a giustificare gli incrementi di disciplina in vista dell'adozione dell'art. 149 TUEL e poi della riforma del Titolo V della Costituzione.

L'art. 149 TUEL ha, infatti, modificato l'art. 54 della legge 142/1990 secondo due linee guida. La prima consisteva nell'escludere i trasferimenti erariali dal rispetto assoluto della regola del collegamento funzionale, non prescrivendo più che essi dovevano essere necessariamente ancorati all'ammontare dei servizi indispensabili. Restava, inoltre, l'affermazione che i tributi propri finanziavano le spese ritenute necessarie. La seconda, invece, era tesa a riaffermare e specificare la riserva di legge *ex art. 23 Cost.*, in quanto l'art. 149 TUEL aggiungeva che l'ordinamento della finanza locale è coordinato, mediante legge statale, sia con la finanza statale sia con quella regionale. Ne derivava che, in questo modo, si era inteso effettivamente implementare l'autonomia impositiva degli enti locali, seppure mantenendola soggetta alla riserva della legislazione statale per l'individuazione e la definizione delle fattispecie imponibili, dei soggetti passivi e dell'aliquota massima dei singoli tributi, nel rispetto delle esigenze di semplificazione degli adempimenti dei contribuenti. Infatti, veniva stabilito che la provvista occorrente per i cosiddetti "servizi necessari", ed ottenuta attraverso il ricorso all'imposizione, andava commisurata a quella frazione della copertura che, proprio grazie alle leggi di coordinamento, non dipendeva più dai trasferimenti programmati<sup>15</sup>. Questo aspetto stava a significare che le innovazioni normative introdotte erano poste ad orientare l'attività finanziaria dello Stato e delle Regioni in modo da garantire che anche la normativa riservata ai Comuni in sede di manovra tributaria potesse considerar-

---

(15) F. GALLO, *Federalismo fiscale e ripartizione delle basi imponibili tra Stato, Regioni ed Enti locali*, in *Rass. trib.*, 2002, p. 2009.

si fondata su certezze di risorse, in ragione della esplicita disposizione dell'art. 149 TUEL secondo la quale «i trasferimenti erariali sono ripartiti in base a criteri obiettivi che tengano conto della popolazione, del territorio e delle condizioni socio-economiche, nonché in base ad una perequata distribuzione delle risorse che tenga conto degli squilibri di fiscalità locali trasferite».

## ***2. Il Coordinamento della finanza pubblica nel processo di attuazione del Titolo V***

La nuova formulazione dell'art. 119 Cost., rivisitata con la riforma del Titolo V del 2001, si distacca sostanzialmente dal precedente, come logica conseguenza del fatto che il nuovo art. 117 Cost. ha attribuito alle Regioni notevoli poteri in termini sia di legislazione concorrente sia di legislazione esclusiva. Il testo dell'art. 119 Cost. specifica che l'autonomia finanziaria è di entrata e di spesa; inoltre l'autonomia è riconosciuta anche a Comuni, Province e Città metropolitane, nel momento in cui si afferma che le Regioni e gli Enti locali stabiliscono e applicano tributi propri. In questo modo non sarebbe più legittimo, ad esempio, un sistema configurato come nel periodo antecedente al 1990, laddove una presunta autonomia di spesa risultava comunque sorretta da entrate pressoché totalmente derivate. Ne deriva che la Costituzione, anche modificando gli approdi ai quali era pervenuto il legislatore del TUEL, si veda il già ricordato art. 149, a proposito della formazione della provvista in relazione alle singole tipologie di spesa, fissa direttamente le regole cui dovrà attenersi il potere centrale negli interventi a sostegno della spesa locale. È sempre prevista una forma di coordinamento, espressa però in termini più vaghi rispetto al testo precedente.

La ridefinizione dell'assetto dei rapporti tra Stato e autonomie territoriali delineato dalla modifica del Titolo V è passata anzitutto per l'apporto fornito dalla giurisprudenza costituzionale. La Corte, infatti, ha progressivamente determinato il superamento dell'allocazione formale delle competenze legislative, riconoscendo, tra i titoli di competenza esclusiva dello Stato, materie finalistiche e materie trasversali<sup>16</sup>.

---

(16) G. RIVISECCHI, *Il coordinamento della finanza pubblica: dall'attuazione del Titolo V alla deroga al riparto costituzionale delle competenze?*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Il regionali-*

Tra le clausole trasversali che, secondo la giurisprudenza costituzionale, hanno determinato la disarticolazione del riparto costituzionale di competenze in origine fissato dagli elenchi di materie, va annoverato il «coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario»<sup>17</sup>. Alla base dello stesso coordinamento, deve necessariamente esservi una posizione di autonomia del soggetto coordinato. In mancanza di autonomia, saremmo dinanzi a soggetti ordinati e non coordinati<sup>18</sup>.

Nella Costituzione vigente, il coordinamento della finanza pubblica esprime la delimitazione, da parte del legislatore statale, a dettare il quadro unitario di riferimento nel rispetto delle garanzie costituzionali poste a tutela del decentramento istituzionale e delle corrispondenti forme e modalità di autonomia finanziaria di entrata e di spesa<sup>19</sup>. Viene sottolineato che la piena esplicazione dell'autonomia finanziaria e tributaria è possibile solo mediante la tutela di inderogabili istanze unitarie che caratterizzano la Carta costituzionale sia sul piano istituzionale sia su quello funzionale, facendo assurgere il canone del coordinamento ad architrave del sistema delineato dal Titolo V.

Nel coordinamento finanziario il quadro costituzionale individua uno degli elementi portanti e una condizione preliminare ai fini del rendimento della programmazione e della gestione delle risorse disponibili, dell'erogazione delle prestazioni pubbliche sulla base del principio di eguaglianza su tutto il territorio nazionale, del rispetto dei vincoli so-

---

*simo italiano tra giurisprudenza costituzionale e involuzioni legislative dopo la revisione del Titolo V*, 2014, p. 147; C. SALAZAR, *Politicità e asimmetria nel giudizio in via principale: un binomio in evoluzione?*, in *Corte costituzionale, i ricorsi in via principale*, Atti del convegno, 19 novembre 2003.

(17) G. FALCON, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1252; F. BENELLI, *La "smaterializzazione" delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, 2006, p. 122; V. ONIDA, *Il giudice costituzionale e i conflitti fra i legislatori locali e centrali*, in *Le Regioni*, 2007, p. 20; S. CALZOLAIO, *Il cammino delle materie nello Stato regionale. Definizione delle competenze legislative dell'ordinamento*, Torino, 2012, p. 255.

(18) A. BRANCASI, *Il coordinamento della finanza pubblica nel federalismo fiscale*, in *Diritto pubblico*, 2011, p. 452.

(19) A. MORRONE, *Il sistema finanziario e tributario della Repubblica. I principi costituzionali*, Bologna, 2004; G.M. SALERNO, *Alcune riflessioni sulla nuova Costituzione finanziaria della Repubblica*, in *Federalismo fiscale*, 1, 2007, p. 119.

vranazionali, e specificatamente comunitari, alla politica di bilancio<sup>20</sup>. In secondo luogo, va richiamato il dato che l'art. 119 Cost. prevede la piena disponibilità di risorse autonome per tutte le autonomie territoriali; ciascun ente è chiamato all'autosufficienza finanziaria mediante tre canali: tributi propri, compartecipazione al gettito di tributi erariali riscontrabili sul territorio secondo il criterio della territorialità dell'imposta e risorse derivanti dal fondo perequativo. Queste tre componenti devono coprire integralmente le spese che ciascun ente territoriale è chiamato a sostenere, secondo il fondamentale e innovativo principio del finanziamento integrale delle funzioni, ex art. 119, quarto comma, della Costituzione<sup>21</sup>. Ne consegue che le risorse aggiuntive e gli interventi speciali previsti dall'art. 119, quinto comma, Cost. per tutti i livelli territoriali di governo costituiscono risorse straordinarie finalizzate alla promozione dello sviluppo economico, della coesione e della solidarietà sociale.

Inoltre, l'art. 119, sesto comma, Cost. implica la facoltà di ricorrere all'indebitamento da parte degli enti territoriali solo per finanziare spese di investimento, con l'esplicita esclusione di qualsiasi forma di garanzia da parte dello Stato sui prestiti da essi contratti. Per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 4, comma 1, lett. *b*) della legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, rubricata come «Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale», tale ricorso è possibile soltanto in caso di contestuale definizione di piani di ammortamento e a condizione che per il complesso degli enti di ciascuna Regione sia comunque rispettato l'equilibrio di bilancio<sup>22</sup>.

Di fronte alla scissione tra potestà impositiva propria di ciascun livello di governo e differenziata potestà legislativa, la Corte costituzionale, esercitando una delicata funzione di supplenza a causa della sostan-

---

(20) A. BRANCASI, F. MERLONI, *Politiche statali, politiche regionali e autonomia politico-amministrativa e finanziaria degli enti territoriali*, in *Le Regioni*, 2009, p. 18; F. SORRENTINO, *Riflessioni preliminari sul coordinamento della finanza pubblica e sul sistema tributario*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, p. 3425.

(21) F. BASSANINI, G. MACCIOTTA, *L'attuazione del federalismo fiscale. Una proposta*, Bologna, 2003.

(22) F. FERRARI, *Il federalismo fiscale nella prospettiva comparatistica*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, III, Torino, 2010.

ziale non attuazione del Titolo V<sup>23</sup>, ha individuato nella legge generale di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario la precondizione per poter procedere all'attuazione del disegno autonomistico, sottolineando la necessità di estendere i principi di coordinamento all'intero sistema delle autonomie territoriali<sup>24</sup>. Nell'inerzia del legislatore statale, la giurisprudenza costituzionale ha tutelato imprescindibili esigenze di unità e garantito la funzione di coordinamento, comprimendo, però, l'autonomia finanziaria e tributaria degli enti territoriali e dimostrando una prudenza che ha finito per avvalorare una concezione "centralista"<sup>25</sup> del coordinamento finanziario sia sul lato dei poteri tributari sia sul lato dei poteri di spesa<sup>26</sup>.

A partire dalla sent. 37/2004, la Corte ha affermato che l'attuazione dell'art. 119 Cost., e, più in generale, del Titolo V<sup>27</sup>, richiede la necessaria premessa dell'intervento di coordinamento del legislatore statale, il quale è tenuto a definire gli spazi e i limiti entro i quali può esplicarsi la potestà impositiva, rispettivamente, di Stato, Regioni ed Enti locali. La giurisprudenza costituzionale ha quindi sostanzialmente distinto regole di coordinamento della finanza pubblica in senso statico e in senso dinamico. Sono riconducibili alla prima categoria quelle regole di coordinamento fissate dalla Costituzione nei rapporti tra Governo e Parlamento sottratte all'indirizzo di maggioranza o quelle funzionali ad edificare l'autonomia finanziaria e tributaria degli enti territoriali, il cosiddetto federalismo fiscale, mediante la determinazione degli ambiti materiali di entrata e di spesa delle autonomie. Assumono, invece, i caratteri di regole di coordinamento in senso dinamico quelle mutevoli nel tempo, lasciate alle politiche di maggioranza nei rapporti tra Governo e Parlamento, da un lato, e tra Stato e autonomie, dall'altro. Quest'ultime ven-

---

(23) U. DE SIERVO, *Il regionalismo italiano fra i limiti della Riforma del Titolo V e la sua mancata attuazione*, in [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it).

(24) Corte cost., sentt. 267/2006; 179/2007; 60/2013.

(25) A. BRANCASI, *Continua l'inarrestabile cammino verso una concezione statalista del coordinamento finanziario*, in *Le Regioni*, 2008, p. 1235.

(26) Corte cost., sent., 296/2003; 37/2004; 162/2007; 102/2008; 289/2008.

(27) G. RIVOCSECHI, *Il coordinamento della finanza pubblica*, cit., p. 157.

gono modificate annualmente per garantire l'apporto delle autonomie al rispetto degli obiettivi parametrici nel governo dei conti pubblici, si pensi, ad esempio, al patto di stabilità interno.

L'orientamento restrittivo della Corte costituzionale viene ricondotto alla necessità di colmare e compensare il vuoto normativo determinato dalla mancanza della legge generale di coordinamento, sulla base del riconoscimento di inderogabili istanze unitarie valevoli per tutti gli enti territoriali nella cornice della compiuta affermazione del principio autonomistico<sup>28</sup>.

Già all'indomani dell'entrata in vigore del Titolo V, quanto all'individuazione dei principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, la giurisprudenza costituzionale si è posta in una linea di continuità rispetto al quadro costituzionale previgente. È risultato, pertanto, fin da subito, problematico il tentativo di costruire un sistema fiscale effettivamente decentrato mediante la valorizzazione della potestà legislativa residuale delle Regioni, funzionale a garantire l'autonomia politica degli enti territoriali nelle materie di loro competenza. Infatti, secondo la giurisprudenza costituzionale, l'azione di coordinamento della finanza pubblica, da parte del legislatore statale, presuppone che sia ad esso ascrivibile non soltanto l'individuazione delle norme fondamentali della materia, ma altresì la determinazione dei poteri puntuali necessari perché la finalità di coordinamento possa essere concretamente realizzata<sup>29</sup>. In tal senso, la giurisprudenza costituzionale ha inteso le disposizioni dettate dal legislatore statale, finalizzate al contenimento della spesa corrente, nell'ottica delle esigenze di coordinamento della finanza pubblica (sentenze n. 4 e 36 del 2004 e n. 417 del 2005), affermando che «il legislatore statale può legittimamente imporre alle Regioni vincoli di bilancio per ragioni di coordinamento finanziario volte a salvaguardare, proprio attraverso il coordinamento della spesa corrente, l'equilibrio unitario della finanza pubblica complessiva, in connessione con il perseguimento di obiettivi nazionali, condiziona-

---

(28) G. RIVOSECCI, *Il federalismo fiscale tra giurisprudenza costituzionale e legge n. 42/2009, ovvero del mancato coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario*, in *Riv. diritto tributario*, XX, 1, 2010, p. 55.

(29) Corte cost., sent. n. 376/2003.

ti anche da obblighi comunitari» (sentenze n. 139 e 237 del 2009, n. 52 del 2010). Ne consegue che «non può dubitarsi che la finanza delle Regioni, delle Province autonome e degli Enti locali sia parte della finanza allargata» (sentenze nn. 425/2004 e 267/2006), in considerazione anche dei vincoli posti dalla normativa comunitaria (sent. n. 60/2013).

Va ricordato, inoltre, che il diritto positivo sembra assegnare presupposti espansivi per la funzione di coordinamento della finanza pubblica. Si pensi alla riserva di legge posta dall'art. 119 Cost., secondo comma, la quale impone che il coordinamento finanziario sia legificato, non potendo, quindi, lo Stato esercitare tale funzione mediante atti amministrativi privi di esplicito fondamento legislativo o comunque non adeguatamente circoscritti, nella loro discrezionalità, dalla legge stessa. L'esercizio di forme di coordinamento finanziario da parte dello Stato trova un duplice radicamento costituzionale negli artt. 117, terzo comma, Cost. e 119 Cost., ben potendo il legislatore statale, proprio in virtù della richiamata riserva di legge, procedere all'individuazione dei principi che disciplinano il sistema finanziario della Repubblica<sup>30</sup>.

In questa prospettiva è possibile individuare, non senza difficoltà, alcune linee mediante le quali il legislatore statale esercita la funzione di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario. Una prima linea, che può definirsi di coordinamento in senso statico, si esprime nella determinazione delle regole fondamentali del sistema di finanza pubblica nazionale, poste in parte dalla Costituzione, in parte dalla legge di contabilità, si vedano, ad esempio, le leggi 196/2009 e 39/2011, e la legge 42/2009 sul cosiddetto "federalismo fiscale"<sup>31</sup>. A questo quadro si aggiunge il rispetto del principio di leale cooperazione mediante il sistema delle Conferenze. Una seconda linea, descrivibile come coordinamento in senso dinamico, si concretizza in regole di coordinamento mutevoli nel tempo, che definiscono l'apporto quantitativo e qualitativo delle autonomie territoriali al mantenimento dei vincoli al governo dei conti pubblici. Da questo punto di vista, il

---

(30) G.M. SALERNO, *Equilibrio di bilancio, coordinamento finanziario e autonomie territoriali*, in V. LIPPOLIS, N. LUPO, G.M. SALERNO, G. SCACCIA (a cura di), *Il Filangieri – Quaderno 2011, Costituzione e pareggio di bilancio*, Napoli, 2011, p. 153.

(31) G. RIVOCSECCI, *Il coordinamento della finanza pubblica*, cit., p. 166.

coordinamento finanziario si traduce in limiti specifici cui sono soggette le autonomie territoriali, rispetto ai quali il sistema delle Conferenze è piuttosto marginale<sup>32</sup>. A queste linee direttrici se ne aggiunge una terza, di matrice ancor più centralista, che il legislatore statale ha sviluppato predisponendo meccanismi di reazione alle disfunzioni della finanza decentrata rispetto alle regole di sistema e ai vincoli posti ai fini di coordinamento. Si pensi a quel complesso di procedimenti in cui la funzione di coordinamento della finanza pubblica si intreccia con la rinnovata disciplina di controlli sulla regolarità dei conti pubblici, la verifica del rispetto del patto di stabilità interno, l'obbligo di copertura e la sostenibilità della spesa e dell'indebitamento degli enti territoriali. Si vedano, inoltre, la disciplina finalizzata al rientro dal disavanzo sanitario delle Regioni o i meccanismi sanzionatori e premiali previsti dal decreto legislativo 149/2011. Infine, si pensi alle ulteriori misure spesso contenute in decreti-legge intervenuti in materia di governo dell'economia, volte a determinare parametri su cui rilevare la virtuosità degli enti territoriali. Si tratta, spesso, di provvedimenti espressione dell'esercizio di una funzione di coordinamento che non si caratterizza per sistematicità, in cui la disciplina del coordinamento finanziario si intreccia con funzioni di controllo e con il ricorso ai poteri sostitutivi<sup>33</sup>.

Pertanto, data la diversificata tipologia di interventi di coordinamento della finanza pubblica posti in essere dal legislatore statale, manca proprio una regola generale di coordinamento in senso statico, riprendendo la definizione della Corte costituzionale, su cui edificare il sistema di federalismo fiscale.

### 3. *Il federalismo fiscale*

La prospettiva di studio fornita dal diritto amministrativo e dall'ordinamento degli enti locali permette di evidenziare alcune criticità che hanno contraddistinto l'introduzione di forme di federalismo fiscale.

---

(32) A. D'ATENA, *Le aperture dinamiche del riparto di competenze, tra punti fermi e nodi non sciolti*, in *Le Regioni*, 2008, p. 815.

(33) F. GALLO, *Federalismo fiscale e ripartizione delle basi imponibili tra Stato, Regioni ed enti locali*, in *Rass. trib.*, 2002, p. 2009.

Infatti, già la legge 133/1999, denominata “Disposizioni in materia di perequazione, razionalizzazione e federalismo fiscale, e il seguente decreto legislativo 56/2000, denominato «Disposizioni in materia di federalismo fiscale, a norma dell’articolo 10 della legge 133/1999», costituivano gli unici esempi di effettiva introduzione della locuzione “federalismo” nell’ordinamento giuridico italiano, prima della legge 42/2009, «Delega al Governo in materia di federalismo fiscale in attuazione dell’art. 119 della Costituzione». Fin da questi riferimenti normativi, appare evidente la centralità dei principi di responsabilità e di autonomia finanziaria degli enti territoriali nelle forme di Stato composto<sup>34</sup>. Ne consegue che è possibile descrivere il federalismo fiscale come una via intermedia tra forme di regionalismo e forme di federalismo duale o competitivo, all’interno delle possibili opportunità di cooperazione nello Stato composto<sup>35</sup>.

La legge delega 42/2009 aveva tentato di colmare un vuoto normativo, ponendosi come legge generale di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, in attuazione dell’art. 119 della Costituzione. Si era teoricamente avviata una fase nella quale era prefigurata una diversa impostazione degli spazi di autonomia attraverso l’attribuzione di una serie di competenze in ordine ai tributi locali<sup>36</sup>.

Resta però attuale la convinzione che la capacità di realizzare gli obietti-

---

(34) G. RIVOCSECCI, *La legge delega sul federalismo fiscale e il coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario: la difficile quadratura del cerchio*, in A. DE PETRIS (a cura di), *Federalismo fiscale learning by doing: modelli comparati di raccolta e di distribuzione del gettito tra centro e periferia*, Padova, 2010, p. 123; T. GROPPI, *C’è il federalismo in Italia?*, in *Il Federalismo*, Quaderno 1, 2009, di Italianieuropei, p. 35; R. BIFULCO, *Le relazioni intergovernative finanziarie negli Stati composti tra Costituzione, politiche costituzionali e politiche di maggioranza*, in V. ATRIPALDI, R. BIFULCO (a cura di), *Federalismi fiscali e Costituzione*, Torino, 2001, p. 7; R. BIFULCO, *La cooperazione nello Stato unitario composto. Le relazioni intergovernative di Belgio, Italia, Repubblica federale di Germania e Spagna nell’Unione europea*, Padova, 1995, p. 215; M. BERTOLISSI, *L’autonomia finanziaria regionale*, Padova, 1983, p. 10 ss.

(35) G.F. FERRARI, *Il federalismo fiscale nella prospettiva comparatistica*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, III, Torino, 2010, p. 1327 ss. Inoltre G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, I, Padova, 2007, p. 372 ss.; G. BOGNETTI, *L’evoluzione del federalismo moderno e i diversi modelli dello Stato federale*, in A.M. PETRONI (a cura di), *Modelli giuridici ed economici per la Costituzione europea*, Bologna, 2001, p. 19 ss.

(36) L. ANTONINI, *Le linee essenziali del nuovo federalismo fiscale*, in A.E. LA SCALA (a cura di), *Federalismo fiscale e autonomia degli enti territoriali*, Torino, 2010, p. 58.

vi e le finalità delle comunità territoriali, che costituisce il carattere specifico delle istituzioni locali, non può essere scissa dal potere di gestire i flussi finanziari, sia sul versante della spesa sia su quello delle entrate, secondo un criterio di correlazione strumentale tra risorse economiche e risultati sociali<sup>37</sup>. Il potere tributario, pertanto, va identificato come funzione primaria del ciclo vitale della comunità locale, in quanto coesistente per il raggiungimento degli scopi di sviluppo e di coesione sociale<sup>38</sup>.

L'autonomia finanziaria posta dall'art. 119 Cost. necessita di una lettura evolutiva, finalizzata ad esprimere, in modo più compiuto, il riconoscimento di un interesse fiscale della comunità locale quale valore costituzionale che fonda l'esistenza di un diritto delle collettività territoriali all'autodeterminazione finanziaria<sup>39</sup>.

Ad un'analisi più autonomistica dell'art. 119 Cost., si evince una diversa impostazione del criterio relazionale nei rapporti tra lo Stato e gli enti territoriali; infatti, il concetto stesso di autonomia finanziaria, da un lato, presuppone la fissazione di limiti all'ingerenza statale e la definizione di aree di competenza del potere legislativo e/o regolamentare delle autonomie regionali e locali, e, dall'altro, richiama espressamente l'esigenza di un'«armonia con la Costituzione». Il riferimento ai «principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario», in quest'ottica, indica che l'ordinamento finanziario degli enti a base territoriale non si presenta come un sistema autogenerato ed irrelato, ma si collega, secondo coerenza e congruità, con l'ordinamento generale della finanza pubblica. La norma costituzionale, quindi, non si limita ad enunciare il principio dell'autonomia finanziaria quale valore di rango costituzionale, ma fissa altresì la regola che sovrintende alle relazioni orizzontali con il sistema normativo della finanza statale<sup>40</sup>. In questo senso, si può ritene-

---

(37) P. BORIA, *La potestà regolamentare e l'autonomia tributaria degli enti locali*, in *Riv. dir. tributario*, 5, 2013, p. 415.

(38) A. FANTOZZI, *Il diritto tributario*, Torino, 2003, p. 126.

(39) P. BORIA, *L'interesse fiscale*, Torino, 2002, p. 404.

(40) G. FRANSONI, G. DELLA CANANEA, *Art. 119*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Torino, 2006, p. 2363.

re che l'autonomia finanziaria degli enti territoriali minori costituisca una vera e propria "garanzia di sistema"<sup>41</sup> che vale ad esprimere l'esigenza di consolidare l'interesse fiscale degli enti stessi, pur nel coordinamento con gli altri valori primari riconosciuti dalla Costituzione in ambito fiscale.

Sotto questo punto di vista, la legge 42/2009 intendeva meglio delineare la situazione normativa, mediante il dichiarato intento di attuare l'art. 119 della Costituzione<sup>42</sup>. Precisato che il motore della riforma del cosiddetto federalismo fiscale andava individuato nella concessione di importanti spazi di autonomia tributaria per gli enti locali, è lecito affermare che il principio o criterio direttivo generale stabilito dall'art. 2, comma 2, lett. *m*) della legge delega 42/2009, che voleva superare in via graduale, per tutti i sistemi di governo, il sistema della spesa storica in favore dei costi *standard*, avviava una delicata fase di passaggio, il cui esito non ha corrisposto alle attese.

#### **4. Finanza municipale: linee di sviluppo**

L'autonomia in materia tributaria assume oggi il ruolo di punto cardinale del percorso di finanza locale, costituendo il perno concettuale intorno al quale si costruisce la capacità economica e finanziaria degli enti locali. L'autonomia tributaria degli enti territoriali minori consiste, essenzialmente, nella capacità di regolare le fattispecie sostanziali e le sequenze procedimentali dei tributi locali nell'ambito della competenza attribuita in base al disegno costituzionale.

Si delinea, infatti, un nuovo assetto complessivo della finanza municipale in cui la diminuzione del peso relativo dei trasferimenti statali si accompagna ad un diverso criterio di loro ripartizione tra Comuni; in tale contesto il livello ottimale di finanziamento<sup>43</sup> degli enti locali pone il

---

(41) A. URICCHIO, *Tributi comunali e provinciali*, in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. CASSESE, VI, Milano, 2006, p. 6021.

(42) L. ANTONINI, *Il primo decreto legislativo di attuazione della legge n. 42/2009: il federalismo demaniale*, in *Federalismi.it*, 25, 2009; E. DE MITA, *Le basi costituzionali del "federalismo fiscale"*, Milano, 2009, p. 10 ss.

(43) C. DOSI, G. MURARO, *Finanza municipale e fiscalità immobiliare: ipotesi di riforma*, in *Rivista italiana di diritto finanziario e scienza della finanze*, 1, 1996, 01, p. 3.

principio della sussidiarietà come base del federalismo fiscale al fine di realizzare l'autonomia tributaria<sup>44</sup>.

Tutto questo, però, non implica una libertà assoluta nella definizione di soggetti passivi, imponibili e aliquote, poiché deve essere garantita comunque una coerenza nell'ambito del complessivo sistema tributario; tuttavia, accanto a questo criterio di coerenza, inteso nel senso dell'uniformità, ne opera un altro, non meno rilevante, ed è quello del rispetto e della tutela delle preferenze locali che può essere in grado di creare differenze, anche importanti, nel livello delle entrate, e, quindi, delle aliquote, nonché nella stessa determinazione delle basi imponibili.

Nell'ottica dell'autonomia tributaria, sarebbe pertanto necessario un sistema di tributi locali che non si limiti soltanto a prevedere la tradizionale libertà di fissare l'aliquota, ma che sia capace di muoversi in una prospettiva più ampia, come quella di inserire alcune varianti nella base imponibile, magari partendo da elementi di fondo prefissati uniformemente a livello nazionale, e come quella di variare, entro certi limiti, il presupposto stesso dell'imposta. Questo scenario, però, non conduce a ritenere che la predisposizione di una forma avanzata di autonomia tributaria implichi necessariamente un'esplosione delle diversità; sicuramente, se confrontata con un sistema di finanza derivata in cui la capacità di spesa dipende essenzialmente dai trasferimenti erogati dallo Stato, l'autonomia tributaria evidenzia una tendenza ad ampliare le differenze, ma questo, o meglio, una diversa articolazione delle differenze, è proprio l'effetto voluto del federalismo fiscale, temperato da interventi perequativi sulla base della solidarietà nazionale.

All'interno di tale contesto, assume rilievo il tema del tributo immobiliare come forma di finanziamento degli Enti locali. La questione è stata a lungo dibattuta e tuttora è lontana da una sua definizione condivisa. Infatti, in termini generali, un tributo di tal genere, che vede il suo presupposto collegarsi agli immobili e, attraverso di essi, al territorio, dovrebbe fondare l'autonomia impositiva degli enti locali<sup>45</sup>, proprio per-

---

(44) L. DE VICO, G. DE BENEDETTO, L. LOVECCHIO, A. MAGLIARO, F. RUGGIANO, *Manuale dei tributi locali*, Rimini, 2014, p. 56.

(45) L. SALVINI, *Federalismo fiscale e tassazione sugli immobili*, in *Rassegna Tributaria*, 6, 2010, p. 1607.

ché tale presupposto esprime un oggettivo collegamento, di natura stabile e duratura, col territorio. In esso, dovrebbe manifestarsi il collegamento tra i soggetti passivi e la fruizione dei servizi forniti dalle amministrazioni locali.

Tuttavia, già si manifestano alcuni interrogativi. In primo luogo si pone il problema di quanto e come aumentare la sfera dell'autonomia impositiva, considerando che le nuove entrate auspiccate per i Comuni devono accompagnarsi ad una maggiore autonomia decisionale per quanto concerne l'identificazione dei soggetti passivi e dell'imponibile, oltre alla determinazione delle aliquote; in seguito, si rileva il tema del concetto di tributo proprio, desumibile dalla Costituzione e dalla legge delega 42/2009 e di se e come il tributo immobiliare si relazioni con questo concetto, se è ipotizzabile o meno la sussistenza di un principio del beneficio capace di uniformare il sistema dell'autonomia tributaria locale in quanto direttamente collegato al beneficio ricevuto dal proprietario dell'immobile locato in relazione alla fruizione dei servizi locali. Infine, la questione riassuntiva dei punti precedenti consiste nella verifica delle modalità di attuazione delle innovazioni presentate in base alle esigenze di riforma complessiva del sistema di finanza locale, all'insegna del principio di sussidiarietà e della semplificazione del rapporto tributario. L'analisi del percorso e della struttura del tributo immobiliare scelto dal legislatore renderà evidente la mancanza di un disegno organico di sviluppo della finanza locale secondo canoni prettamente autonomistici<sup>46</sup>.

### **5. Tasi-Imu: un percorso difficile**

Il disegno di riforma della tassazione immobiliare<sup>47</sup> attuato tra la fine del 2013 e l'inizio del 2014 continua a svilupparsi tra incertezze<sup>48</sup>. L'idea di

---

(46) L. SALVINI, *L'Imu nel quadro del sistema fiscale*, in *Rass. trib.*, 2012, pp. 689-700; E. PISCINO, *L'Imu alla luce della circolare ministeriale*, in *La Finanza locale*, 3, 2012, pp. 22-38; F. MICONI, *L'Imu nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali: riflessioni a margine dei tributi sul possesso (rectius sul patrimonio)*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, I, p. 135.

(47) P. MIRTO, *Legge di Stabilità 2015. Le novità per i tributi comunali*, in *Tributi locali e regionali*, 1, 2015, p. 8.

(48) M. BASILAVECCHIA, *La difficile evoluzione della fiscalità locale*, in *Corriere Tributario*, 36, 2013 p. 2819; L. LOVECCHIO, *Le modifiche all'impianto dell'Imu in attesa delle innovazioni di sistema alla tassazione locale immobiliare*, in *Corriere Tributario*, 36, 2013, p. 2821.

fondo è quella di sostituire, per gli immobili esentati da IMU, il prelievo patrimoniale con una tassazione che tenga conto della fruizione dei servizi indivisibili, strutturandola in una disciplina di base comune anche all'imposizione sulla raccolta dei rifiuti. Il percorso richiede una flessibilità della tassazione<sup>49</sup> in modo da modulare il collegamento tra la fruizione dei servizi comunali e la disponibilità di beni immobili sul territorio. Infatti, per dare uno sviluppo coerente a questa impostazione, ai Comuni dovrebbe essere riservata una notevole discrezionalità in sede di modulazione del prelievo in modo da consentire una diretta derivazione del peso fiscale dalle scelte dei governanti. È necessaria, nell'individuazione delle politiche di finanziamento delle spese comunali, una maggiore trasparenza nel rapporto tra cittadino ed istituzione, al fine di superare un sempre più marcato indirizzo di natura centralista.

Il concetto di *service tax* ripropone la questione di come pervenire ad un'ordinata struttura del prelievo immobiliare.

Un'equa tassazione sugli immobili si articola attorno ad alcuni principi fondamentali. In primo luogo risalta il concetto di capacità contributiva, in quanto il patrimonio ne costituisce un autonomo indicatore, specie se utilizzato a integrazione e non in sostituzione del reddito<sup>50</sup>. In secondo luogo va posta attenzione al principio del beneficio<sup>51</sup>, in base all'impostazione che ritiene che il valore dei servizi si "capitalizzi" nel valore degli immobili. Questo maggior valore "trasmesso" dai servizi pubblici viene sottoposto ad imposizione ordinaria sul patrimonio immobiliare, in modo da svolgere il ruolo di corrispettivo dei servizi pubblici erogati dagli Enti locali. Ne consegue che il principio del beneficio va inteso, sotto il profilo giuridico, non come alternativo a quello di capacità contributiva bensì a completamento di questo, come indicatore di ragionevolezza del prelievo locale<sup>52</sup>.

---

(49) G. MURARO, *Il riordino dell'imposizione sugli immobili*, in *La finanza pubblica, Rapporto 2009*, Bologna, 2009, p. 325.

(50) L. EINAUDI, *Corso di Scienza della Finanza*, Terza Edizione della Rivista *La Riforma Sociale*, Torino, 1916, pp. 380-381.

(51) P. LIBERATI, M. PARADISO, *Teoria positiva del beneficio e finanza locale responsabile. La lezione di Sergio Steve*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 3, 2013, I, p. 257.

(52) S. BARUZZI, *Verso la razionalizzazione della fiscalità locale?*, in *Il Fisco*, 13, 2014, p. 1223.

Non è semplice orientarsi nel settore delle imposte sulla casa, oggetto di continui cambiamenti sia per i bilanci degli Enti locali sia per i contribuenti<sup>53</sup>. Proprio l'indeterminatezza nella quale sembra essere posta la materia dell'imposizione patrimoniale immobiliare – dall'annosa questione riguardante il trattamento della prima casa alla ben più insidiosa incognita della modificazione dell'imposta da tributo sul patrimonio a contropartita sui servizi offerti – rende opportuno ripercorre le tappe delle innovazioni normative dell'ultimo biennio.

### **6. *Disciplina IMU-TASI***

L'imposta municipale propria (IMU) è un tributo sugli immobili posseduti a titolo di proprietà o di altro diritto reale, regolato dalle disposizioni riguardanti il federalismo fiscale municipale (artt. 8 e 9, d.lgs. 23/2011) e dalla "Manovra Salva Italia" (art. 13, d.l. 201/2011) ed istituito dal 1° gennaio 2012 in sostituzione dell'imposta comunale sugli immobili (ICI). Si tratta di un tributo assai più vorace dell'ICI, infatti sottopone a tassazione sia le abitazioni principali che i fabbricati rurali che erano invece esclusi dal precedente tributo<sup>54</sup>.

Dalla lettura della disposizione di legge emerge che l'abitazione principale deve essere costituita da «una sola unità immobiliare» a prescindere dalla circostanza che sia utilizzata come abitazione principale più di una unità immobiliare distintamente iscritta in catasto. Il contribuente può pertanto scegliere quale delle unità immobiliari destinare ad abitazione principale, con applicazione delle agevolazioni per questa previste; le altre, invece, vanno considerate come abitazioni diverse da quella principale con l'applicazione dell'aliquota deliberata dal Comune per tali tipologie di fabbricati. Le pertinenze, invece, sono solo quelle classificate nelle categorie catastali C/2 (magazzini e locali di deposito, cantine e soffitte), C/6 (stalle, scuderie, rimesse, autorimesse) e C/7 (tettoie), nel limite massimo di una per ciascuna delle categorie indicate, an-

---

(53) J. SAWICKI, *Imu, "patrimoniale", Costituzione e autonomie territoriali: qualche osservazione comparativa*, in *Osservatorio costituzionale*, 2013.

(54) E. MARCHETTI, R. LUPI, *L'abitazione principale nell'Imu: cosa cambia davvero rispetto all'Ici?*, in *Dialoghi Tributari*, 4, 2012, p. 405.

che se iscritte in catasto insieme alla casa di abitazione<sup>55</sup>. Il contribuente può, quindi, considerare come pertinenza dell'abitazione principale soltanto un'unità immobiliare per ciascuna categoria catastale, fino ad un massimo di tre pertinenze appartenenti ciascuna ad una categoria catastale diversa, espressamente indicata dalla norma.

Fin dalla sua introduzione, l'Imu ha occupato un ruolo centrale nell'ambito del dibattito politico, anche per quanto riguarda le modalità e i termini di versamento. Tanto per l'anno 2012 quanto per il 2013 sono emerse due esigenze contrapposte: da un lato quella di assicurare il più rapidamente possibile gettito alle casse pubbliche (in particolare quelle dei Comuni), dall'altro quella di tenere conto della difficile situazione economica nella quale versano famiglie e imprese a causa di una congiuntura negativa.

In via generale l'art. 9, comma 2, d.lgs. 23/2011<sup>56</sup> prevede che l'imposta sia dovuta per anni solari, in proporzione alla quota di possesso dell'immobile e in relazione ai mesi dell'anno per i quali il bene è stato posseduto. Inoltre, va precisato che la prova della proprietà o della titolarità dell'immobile non è data dalle iscrizioni catastali, ma dalle risultanze dei registri immobiliari. Con riferimento alla tempistica, analogamente a quanto avveniva per l'Ici, il successivo comma 3 dell'articolo 9 d.lgs. 23/2011 dispone che il pagamento deve avvenire in due rate di pari importo: la prima scadenza il 16 giugno dell'anno di riferimento e la seconda il 16 dicembre<sup>57</sup>. Successivamente, solo con il d.l. 102/2013 veniva soppresso il versamento della prima rata limitatamente all'abitazione principale e alle relative pertinenze, ad eccezione dei fabbricati classificati nelle categorie catastali più lussuose: A/1, A/8 e A/9, ai terreni agricoli e fabbricati rurali, alle multiproprietà di cooperative adibite ad abitazione principale e agli alloggi popolari. La prima rata del 2013 è stata pagata, quindi, nel mese di giugno solo sulle seconde case utilizzando una base imponibile determinata, per quelle iscritte al catasto, mol-

---

(55) A. BUSANI, *Manuale dell'Imu*, Ipsosa, 2012.

(56) D. RIZZI, *Equa, semplice e federalista: troppe qualità per l'Imu*, in *www.lavoce.info*, 14 aprile 2012.

(57) M.C. SACCANI, *Imu. Guida operativa alla nuova imposta municipale propria*, Giuffrè, 2012.

tiplicando per 160 la rendita in vigore all'inizio dell'anno, rivalutata del 5%. Quanto alle aliquote del prelievo sugli immobili, quella ordinaria<sup>58</sup>, ex art. 13, d.l. 201/2011, è stata fissata allo 0,76% ma i Comuni, fino al 30 novembre 2013, hanno potuto modificarla in aumento o in diminuzione fino a 0,3 punti percentuali, così come hanno potuto, sempre fino a fine novembre 2013, ridurla fino allo 0,4% per gli immobili locati. A seguire, il d.l. 133/2013 recante «Disposizioni urgenti concernenti l'IMU, l'alienazione di immobili pubblici e la Banca d'Italia» sopprimeva la seconda rata dell'IMU<sup>59</sup> e prevedeva che l'eventuale differenza tra l'ammontare dell'imposta calcolata sulla base dell'aliquota e della detrazione deliberata dal Comune per l'anno 2013 e, se inferiore, quello risultante dall'applicazione dell'aliquota e della detrazione di base previste dalle norme statali per ciascuna tipologia di immobile doveva essere versata dal contribuente, in misura pari al 40%, entro lo scorso 24 gennaio 2014 (cosiddetta "Mini-IMU")<sup>60</sup>

Con la legge di Stabilità 2014 vengono apportate importanti modifiche in tema di fiscalità immobiliare.

Più in particolare, è stata introdotta una nuova Imposta Unica Comunale (IUC) che si articola in tre componenti: 1. l'IMU (che continuerà ad essere disciplinata dall'art. 13, d.l. 201/2011); 2. la TARI (sulla gestione dei rifiuti urbani e assimilati, a carico del possessore-detentore di immobili idonei a produrre rifiuti urbani o assimilati); 3. la TASI (sui servizi indivisibili dei comuni, a carico del proprietario e, *pro quota*, dell'eventuale occupante dell'immobile).

Nell'analizzare le due componenti di nostro interesse: IMU e TASI, seguirò l'ordine di trattazione della Legge di Stabilità 2014.

La TASI, ex art. 1, comma 640, 669, 676, 681 e 687 della legge 147/2013 (legge di Stabilità), assicura la copertura dei costi dei servizi indivisibili dei Comuni. Il presupposto di tale tributo è il possesso o la deten-

---

(58) La normativa statale ex art. 13 del D.l. 201 del 2011 ha stabilito l'aliquota base dell'imposta pari allo 0,76%. L'aliquota base è ridotta allo 0,4% per l'abitazione principale e le relative pertinenze ed allo 0,2% per i fabbricati rurali ad uso strumentale.

(59) M. BORDIGNON, L. POGGI, *Imu e non più Imu: il valzer di un'imposta impazzita*, in *www.lavoce.info*, 3 dicembre 13.

(60) L. DE STEFANI, *Mini-Imu, gli ultimi chiarimenti dell'Economia*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 gennaio 2014.

zione, a qualsiasi titolo di fabbricati, compresa l'abitazione principale, di aree scoperte, nonché di quelle edificabili, a qualsiasi uso adibito. Anche nel caso in cui l'immobile sia utilizzato da un soggetto diverso dal proprietario, l'imposta deve essere versata sia dal proprietario sia, *pro quota*, dall'occupante dell'immobile per una percentuale variabile dal 10 al 30%, a seconda di quanto stabilito dal Comune con proprio regolamento<sup>61</sup>. Si applica con l'aliquota base dell'1 per mille sul valore catastale degli immobili, determinato con le stesse modalità vigenti ai fini IMU e i Comuni possono variare tale aliquota in diminuzione, sino ad azzerarla, oppure in aumento, a condizione che la somma delle aliquote IMU e TASI non superi il 10,6 per mille<sup>62</sup>. Inoltre, si precisa che limitatamente all'annata 2014, l'aliquota della TASI, su tutti i tipi di immobili, non può superare il 2,5 per mille del citato valore catastale degli stessi<sup>63</sup>.

Per ciò che concerne l'IMU, invece, nel riscrivere alcune disposizioni dell'art. 13, d.l. 201/2011, l'art. 1, comma 680 e 707, della legge 147/2013:

- a) elimina l'IMU per l'abitazione principale non di lusso e relative pertinenze, ad eccezione degli immobili iscritti in catasto nelle categorie A/1, A/8 ed A/9;
- b) esclude dall'IMU, assimilandole all'abitazione principale, le seguenti unità immobiliari: - abitazioni appartenenti alle cooperative edilizie a proprietà indivisa, adibite ad abitazione principale (e relative pertinenze) dei soci assegnatari; - alloggi sociali (come definiti dal d.m. 22 aprile 2008); - casa coniugale assegnata a seguito di provvedimento di separazione legale, annullamento, scioglimento, o cessazione degli effetti civili del matrimonio; - unico immobile iscritto o iscrivibile al catasto edilizio urbano come unica unità immobiliare, posseduto e non concesso in locazione, dal personale in servizio permanente presso le forze armate, ovvero le forze di polizia ad ordinamento militare e civile, nonché presso il corpo nazionale dei vigili del fuoco.

---

(61) S. PELLEGRINO, A. ZANARDI, *Imu-Tasi a prova di detrazione*, in *www.lavoce.info*.

(62) G. TROVATI, *Prima casa, Tasi con clausola anti-rincari*, in *Il Sole 24 Ore*, 12 febbraio 2014.

(63) F. CERISANO, B. MIGLIORINI, *Legge di stabilità, dal Trise alla Iuc*, in *Italia Oggi*, 26 novembre 2013.

Inoltre, viene stabilito che i Comuni possono assimilare all'abitazione principale:

- l'unica unità immobiliare a destinazione abitativa posseduta dai soggetti anziani o disabili che abbiano acquisito la residenza in case di ricovero e cura, a condizione che la stessa non risulti locata;
- l'unità immobiliare concessa in comodato ai parenti in linea retta, entro il primo grado, a condizione che venga utilizzata da questi ultimi come abitazione principale;
- l'abitazione posseduta (a titolo di proprietà o di usufrutto) in Italia, da cittadini italiani, non residenti nel territorio dello Stato, a condizione che non risulti locata.

La legge 190/2014 al comma 679 ha confermato che le aliquote di IMU e TASI non potranno aumentare rispetto al 2014<sup>64</sup>. La legge di Stabilità 2015 ai commi 662 e 664, inoltre, ha previsto la possibilità di saltare ancora una rata dell'IMU per gli immobili inagibili dopo il sisma dell'Emilia del 2012. È stato, infatti, esteso dal 31 dicembre 2014 al 30 giugno 2015 il termine ultimo entro il quale i fabbricati che si trovano nelle zone colpite dal terremoto del 20 e 29 maggio 2012, distrutti od oggetto di ordinanze sindacali di sgombero, in quanto inagibili totalmente o anche solo parzialmente, sono esenti dall'IMU se non ancora ricostruiti. Per ciò che concerne, infine, le zone colpite dal terremoto dell'Abruzzo del 6 aprile 2009, il comma 448 della legge 190/2014 prevede l'esenzione dal pagamento della TASI in tutti i casi in cui si tratta di immobili distrutti od oggetto di ordinanze sindacali di sgombero in quanto inagibili totalmente o parzialmente. L'esenzione è prevista fino alla ricostruzione ed agibilità dei fabbricati stessi.

In uno scenario così continuamente in divenire è difficile mantenere un equilibrio tra i soggetti in vario modo coinvolti dai diversi interventi di riforma, ossia lo Stato, i Comuni, i proprietari di varie tipologie di immobili, gli inquilini, in quanto ogni volta va ridefinito il quadro di riferimento. Pertanto, gli interventi sulle imposte immobiliari, introdotti dalla legge di Stabilità 2014, sono calati in un complesso meccanismo di compensazione tra Stato e Comuni e tra Comuni, tale da lasciare del tut-

---

(64) P. MIRTO, *Legge di stabilità 2015: le novità per i tributi comunali*, in *Tributi locali e regionali*, 1, 2015, p. 8.

to invariate le risorse comunali complessive<sup>65</sup>. Inoltre, se i Comuni decidessero di utilizzare al massimo gli spazi di manovra previsti dalla legge, il nuovo sistema impositivo determinerebbe un consistente onere aggiuntivo a carico dei contribuenti. Viene, dunque, previsto un sistema fiscale eterodiretto, nel quale lo Stato fissa il quadro normativo e gli Enti locali possono solo decidere se istituire o meno il tributo, ma non anche definirlo nella struttura secondo scelte autodeterminate. Questo dato ha determinato l'affermazione di una fiscalità locale "sul territorio" e non anche di una fiscalità locale "del territorio".

E in questo senso si colloca anche la scelta operata del legislatore, nella definizione della legge di Stabilità 2016, di esentare la prima casa dal pagamento della TASI. Secondo le prime stime, si tratta di uno sconto che vale 3,7 miliardi di euro, e comprende anche i terreni agricoli. Sarà, inoltre, possibile cancellare il 50% dell'IMU anche per la seconda casa data in comodato a figli o genitori, con due "paletti": il comodato dovrà essere registrato e si dovrà possedere al massimo una prima casa oltre quella data al parente. Viene, infatti, introdotta una riduzione del 50% della base imponibile IMU (in luogo dell'esenzione introdotta dal Senato in prima lettura) per gli immobili dati in comodato d'uso a figli o genitori. Il beneficio si applica purché il contratto sia registrato e il comodante possieda un solo immobile in Italia e risieda anagraficamente, nonché dimori abitualmente, nello stesso Comune in cui è sito l'immobile concesso in comodato. Al contempo, si estende detto beneficio anche al caso in cui il comodante, oltre all'immobile concesso in comodato, possieda nello stesso Comune un altro immobile adibito a propria abitazione principale (non di lusso). Viene sospesa, per l'anno 2016, l'efficacia delle leggi regionali e delle deliberazioni comunali per la parte in cui aumentano i tributi e le addizionali attribuiti ai medesimi enti territoriali, in luogo di vietare la deliberazione di tali aumenti. Questi ultimi sono rapportati ai livelli di aliquote applicabili per l'esercizio 2015 (anziché essere comparati ai livelli di aliquote deliberate, entro la data del 30 luglio 2015, per l'esercizio 2015). In tal modo, la sospensione degli aumenti di aliquote riguarda anche gli enti che hanno già deliberato in tal senso all'entrata in vigo-

---

(65) S. PELLEGRINO, A. ZANARDI, *Legge di stabilità: il conto delle imposte sugli immobili*, in *www.lavoce.info.it*.

re della legge di Stabilità. È, poi, mantenuta, la possibilità per i Comuni, per il 2016, di aumentare dello 0,8 per mille l'aliquota TASI per gli immobili non esentati. È eliminata, in questo modo, la condizione, originariamente prevista, secondo cui tale aumento doveva essere stato deliberato, per l'anno 2015, entro il 30 settembre 2015 e nel rispetto dei vincoli posti dalla legge di Stabilità 2014.

La legge di Stabilità 2016 ha definitivamente confermato l'esenzione per i terreni agricoli ubicati in Comuni montani e parzialmente montani (questi ultimi solo se posseduti da coltivatori diretti e IAP) ed è introdotta l'esenzione per tutti i terreni agricoli posseduti e condotti da coltivatori diretti e IAP. Infine, è finalmente risolto il problema degli "imbullonati", cioè quei macchinari e impianti ancorati al suolo e che fino al 2015 partecipavano alla stima della rendita catastale del fabbricato aziendale (cat. D ed E) di cui erano parte. Infatti, dal 1° gennaio 2016, ai fini della determinazione della rendita catastale degli immobili strumentali censiti alle categorie D ed E, occorre tener conto solo del suolo e delle costruzioni, nonché degli elementi ad essi strutturalmente connessi che ne accrescono la qualità e l'utilità, nei limiti dell'ordinario apprezzamento. Restano, invece, espressamente fuori dalla stima i macchinari, congegni, attrezzature ed altri impianti, funzionali allo specifico processo produttivo.

### ***7. Giurisprudenza costituzionale in materia di allocazione del gettito IMU***

In tema di IMU, inoltre, merita particolare attenzione la sentenza della Corte costituzionale n. 155 del 2015, la quale, seppure avente ad oggetto i rapporti finanziari tra Stato e Regioni speciali, pone considerazioni interessanti sulla questione dell'allocazione delle risorse prodotte dalla fiscalità locale. Questa pronuncia ha giudicato dei ricorsi proposti dalle Regioni Valle d'Aosta, Sicilia, Sardegna e Friuli Venezia Giulia contro l'art. 13 e l'art. 14, comma 13-*bis*, del d.l. 201/2011 e dei ricorsi proposti dalle Regioni Valle d'Aosta, Friuli Venezia Giulia e Sardegna contro alcuni commi dell'art. 1, l. 228/2012. Le norme impugnate riservavano allo Stato una quota del gettito IMU e assicuravano, sempre allo Stato, il recupero del maggior gettito IMU e TARES. Le Regioni invocavano le norme sulle partecipazioni e sulla competenza in materia di finanza locale. Per comprendere gli interessi in gioco vanno considerati con attenzione i principi

di autonomia regionale, di equilibrio di bilancio e di leale collaborazione<sup>66</sup>. Questi principi vengono bilanciati dal legislatore costituzionale e da quello ordinario tramite il meccanismo della competenza legislativa concorrente in materia di coordinamento della finanza pubblica e il metodo consensuale per la definizione dei rapporti finanziari. Ne consegue che, mentre il principio di leale collaborazione vincola il contenuto delle leggi ma non il procedimento legislativo, il metodo pattizio, nei rapporti finanziari Stato-Regioni speciali, ha carattere di regola. La Corte rivela che «le norme censurate producono un risultato incidente sul nucleo del sistema della fiscalità locale in ragione della sommatoria dei loro effetti e dell'impatto finanziario che realizzano», mentre la legge 42/2009 ha innovato «importanti fattispecie tributarie», prevedendo che «dette fattispecie non trovino più automatico riscontro con le vigenti prescrizioni degli Statuti». Ne deriva la necessità di un «bilanciamento tra le ragioni di salvaguardia delle autonomie speciali, quelle di realizzazione del federalismo solidale e quelle di tutela degli equilibri di bilancio, intesi, questi ultimi, come riferiti sia alle singole autonomie sia al sistema della finanza pubblica allargata». Tutte le questioni vengono dichiarate dalla Corte inammissibili, in quanto «la mancata specificazione da parte del legislatore dei criteri attraverso cui determinare la titolarità dei nuovi tributi non consente di enucleare parametri utili per una pronuncia a rime obbligate». In sostanza, al Giudice delle Leggi non compete esercitare una supplenza mediante la determinazioni di relazioni finanziarie alternative a quelle adottate dallo Stato, dato che il compito del bilanciamento tra i valori contrapposti di tutela delle autonomie speciali e dell'equilibrio di bilancio spetta unicamente al legislatore. Tuttavia, la Corte illustra, anche dettagliatamente, la centralità del metodo pattizio, argomentando che i rapporti tra Stato e autonomie territoriali devono avvenire considerando i possibili pregiudizi alle finanze locali. La Corte, pertanto, ha tentato di indicare alcune direttive per un corretto sviluppo dei rapporti tra Stato e Regioni speciali, senza però adottare una pronuncia di incostituzionalità che avrebbe creato non pochi problemi alle finanze statali. La Corte, infatti, ha invocato un mancato bilanciamento legislativo, ossia la mancanza di nuove nor-

---

(66) C. PADULA, *Dove va il bilanciamento degli interessi? Osservazioni sulle sentenze 10 e 155 del 2015*, in *federalismi.it*, 19, 2015.

me sull'attuazione, per evitare di decidere nel merito. Alla base di questa posizione, risulta evidente il timore delle conseguenze economico-finanziarie dovute ad una eventuale pronuncia di accoglimento. Il richiamo all'art. 81 Cost. avrebbe poi richiesto un maggior approfondimento anche considerando che, in caso di accoglimento, le risorse sarebbero rimaste nella sfera pubblica e che la stessa Corte ritiene le norme impugnate tali da «turbare l'equilibrio di bilancio delle singole autonomi e speciali». Infine, un ultimo particolare merita attenzione. L'argomento dello squilibrio finanziario implica che più risorse lo Stato avoca a sé e più lungo è il giudizio di costituzionalità, meno è probabile che le norme siano annullate. Infatti, la sentenza 155/2015 ha dato importanza anche al tempo trascorso dall'entrata in vigore delle norme impugnate. Tuttavia, la lunghezza del giudizio non dovrebbe mai tradursi in un elemento di ostacolo ad una pronuncia di accoglimento.

#### **8. Ordinamento locale e introduzione della Iuc: questione aperta**

Nelle intenzioni del legislatore, in primo luogo, il tributo immobiliare comunale avrebbe dovuto assumere un ruolo rilevante fin da subito nel finanziamento delle funzioni fondamentali dei Comuni. Se si considera che uno dei pochi criteri della legge delega 42/2009, ex art. 2, lett. l), prevedeva che non si dovesse alterare la progressività del sistema fiscale e che si ottenesse una sostanziale invarianza della pressione fiscale, già inizialmente si configurava in termini piuttosto riduttivi il nuovo tributo, sia sotto l'aspetto della novità legislativa sia per ciò che riguarda l'ambito più strettamente strutturale<sup>67</sup>. Tale obiettivo risulta in sé abbastanza velleitario, non tanto e non solo perché la progressività risulta ormai essere un concetto sfuggente quando è applicato quale parametro di costituzionalità di un singolo tributo, ma soprattutto perché l'introduzione di nuovi tributi locali di carattere reale altera, quasi per definizione, la progressività dell'intero sistema<sup>68</sup>.

Quindi in sede di fiscalità locale sarebbe stato opportuno adottare misure

---

(67) L. SALVINI, *Federalismo fiscale e tassazione sugli immobili*, in *Rassegna tributaria*, 6, 2010, p. 1607.

(68) L. SALVINI, *I tributi propri di Regioni, Province e Comuni. Profili tributari*, in V. NICOTRA, F. PIZZETTI, S. SCOZZESE (a cura di), *Il federalismo fiscale*, Roma, 2009, p. 235.

tecniche in linea con un razionale disegno di semplificazione tributaria, in grado di assicurare un'adeguata visibilità del tributo, in modo da rendere percepibile il collegamento tra il prelievo e la spesa degli Enti locali, se davvero si fosse scelto di sviluppare la tesi del principio del beneficio; poi, andavano posti meccanismi atti ad evitare il fenomeno dell'esportazione fiscale, ossia evitare il trasferimento, anche parziale, dell'onere tributario a soggetti diversi dai beneficiari della spesa pubblica locale, il che significa prevalentemente su cittadini appartenenti a comunità diverse da quelle che effettuano il prelievo. Lo scopo di fondo, quindi, doveva essere quello di assicurare un gettito sufficientemente stabile, poco o per nulla sensibile alle vicende del ciclo economico, data anche la minore flessibilità finanziaria degli Enti locali. Il meccanismo del tributo immobiliare introdotto con lo strumento IMU/TASI mostra criticità in relazione a questi profili e la cosa è ancora più sorprendente se si pensa che tali elementi dovrebbero essere i connotati principali di un tributo immobiliare che voglia finanziare le casse comunali. Va, infatti, rilevato che sia per i principi generali visti nella legge 42/2009 sia per la funzione assegnata a questo specifico tributo deve risultare maggiormente evidente una correlazione con le funzioni fondamentali dei Comuni; inoltre esso deve rispettare i principi di continenza e di correlazione, dai quali andava tratto l'aspetto che il tributo in questione fosse espressione reale del principio del beneficio, sotto la forma della *service tax*<sup>69</sup>. Da questo emerge la criticità per la quale non può essere sufficiente la correlazione generica con i servizi o con le funzioni comunali per non considerare la natura patrimoniale dell'imposta, provocando così seri dubbi sull'idoneità del principio del beneficio a trovare piena attuazione. A questo potrebbe obiettarsi che i servizi locali a fronte dei quali la nuova imposta sarebbe dovuta sono quelli resi all'immobile in quanto tale, e qui andrebbe così sottolineato il legame tra questo e le funzioni fondamentali assegnate ai Comuni, quali ad esempio la viabilità, i trasporti, la gestione del territorio, la polizia locale, il cui espletamento ben può concretizzarsi in servizi che hanno una ricaduta anche sul maggior valore immobiliare.

---

(69) L. SALVINI, *Federalismo fiscale e tassazione sugli immobili*, cit., dove si afferma che «per la richiesta ampiezza del gettito, questo tributo non sembra poter essere una semplice tassa, e quindi, il richiamo al beneficio resterebbe meramente esterno alla fattispecie impositiva».

Queste criticità rilevate pongono un ulteriore quesito riguardante l'effettiva sussistenza di un concetto ontologico di tributo proprio comunale, con particolare riferimento all'aspetto immobiliare, desumibile dalla Costituzione e/o dalla legge delega; il richiamo già posto ai principi di continenza e di correlazione induce a ritenere che i tributi propri debbano essere connotati dal beneficio, cioè da un presupposto che costituisca parte integrante lo specifico vantaggio del soggetto passivo ritratto o ritraibile dalle funzioni esercitate dall'Ente comunale<sup>70</sup>. A tal fine si pongono alcune rapide considerazioni. La prima è che la legge delega esprimeva già una tendenziale indicazione verso una rispondenza dei tributi locali al principio del beneficio, senza però porre una necessaria corrispondenza tra beneficio e principio di correlazione, potendo, infatti, sussistere principi correlati ma non rispondenti al criterio del beneficio. Il carattere non assoluto della prescrizione su un punto così rilevante ha portato il legislatore ad adottare un sistema confuso che può essere causa di incertezze a livello locale. La seconda riflessione è che non è pienamente assodato che in base al criterio del beneficio possano aversi presupposti di imposte caratterizzati dalla capacità contributiva, sorgendo così situazioni di conflitto sia perché gli enti territoriali possono svolgere politiche redistributive ed erogare servizi a favore magari di soggetti a scarsa o nulla capacità contributiva, sia perché la spesa locale può essere a vantaggio anche di soggetti a rilevante capacità contributiva ma questa poi non può essere colta da strumenti tributari gestibili localmente<sup>71</sup>.

Dal quadro esposto è possibile porre alcune indicazioni che non sono state sviluppate adeguatamente dal legislatore nella configurazione dell'attuale sistema di Enti locali; infatti, se da un lato si intende affermare la centralità del tributo immobiliare, dall'altra non si è posto il residente, sia come persona fisica sia come impresa, come beneficiario diretto o indiretto della maggior parte della spesa pubblica locale. A questo si aggiunge che non è stato previsto di concedere ad ogni singolo

---

(70) L. SALVINI, *I tributi propri di Regioni, Province e Comuni. Profili tributari*, cit. p. 237; F. MERLONI, *Riflessioni sull'autonomia normativa degli Enti locali*, in *Le Regioni*, 2, 2008, p. 91.

(71) F. OSCULATI, *L'autonomia tributaria*, in *Il federalismo fiscale*, cit., p. 242.

Comune di applicare la Iuc in maniera distinta su proprietari e utilizzatori, senza individuare due distinti soggetti passivi, sia pure in via eventuale e nell'ambito comunque di un unico tributo. Si è quindi dinanzi ad una situazione che, nella carenza di reali spazi di autonomia impositiva, ricalca un'operazione di accorpamento di tributi già esistenti, un tentativo di *maquillage*, con delineazione in chiave "sintetica" del meccanismo della Iuc, relativamente all'identificazione del relativo presupposto e degli altri elementi fondamentali, senza dar luogo affatto ad un tributo comunale nel senso pieno del termine, trattandosi di una mera compartecipazione. Un panorama, quindi, riduttivo rispetto alle aspettative, tuttavia, va preso atto che probabilmente solo una pura e semplice devoluzione ai Comuni di tributi già esistenti, senza alcuna forma di razionalizzazione o di disegno sistematico del prelievo, sarebbe stata consentita alla luce dei principi della vigente legislazione in materia di finanza locale<sup>72</sup>. Inoltre, posta in questi termini, la tendenziale correlazione del prelievo con il beneficio ritraibile dalle funzioni sul territorio, prefigurata dalla legge 42/2009, non appare adeguata per finanziare le funzioni fondamentali comunali poiché, all'atto pratico, emerge quanto sia arduo stabilire un nesso tra "cosa tassata" e "cosa amministrata" e quanto sia velleitario pensare che un meccanismo legislativo possa da solo modificare comportamenti e prassi, specie se pretende di attribuire tributi e risorse finanziarie senza aver ancora definito, in modo compiuto, il quadro degli Enti locali e i loro assetti territoriali e funzionali. In questo modo è di fatto abbandonato il disegno di promuovere una più razionale amministrazione della finanza locale, decentrando i momenti decisionali delle entrate e delle spese pubbliche così da rendere comparabile l'entità del prelievo con il livello dei servizi ricevuti. Infatti, l'attivazione di un meccanismo attraverso il quale l'elettore fosse in grado di esprimere un giudizio di efficienza sull'andamento finanziario dei servizi pubblici che lo riguardano imporrebbe che gli organi rappresentativi locali avessero concrete responsabilità circa la distribuzione dei prelievi fiscali e risultasse evidente il rapporto costo-benefici. Nel quadro della Iuc questo non è possibile perché è assente una sufficiente

---

(72) L. SALVINI, *Federalismo fiscale e tassazione sugli immobili*, cit.

misura di autonomia normativa ed impositiva per i Comuni, i quali godono di un'entrata sulla cui compiuta determinazione essi non possono incidere e, conseguentemente, il controllo dell'elettorato può svolgersi esclusivamente sulla destinazione della spesa pubblica<sup>73</sup>.

Infine, si giunge all'analisi del limite più evidente della struttura della Iuc, ossia il suo essere una forma di compartecipazione e non di tributo proprio degli Enti locali. Questa è di gran lunga la carenza più macroscopica dell'intero impianto del federalismo municipale ed impedisce di parlare di una reale volontà autonomistica del legislatore centrale, sia esso delegante che delegato; nella migliore delle ipotesi, siamo dinanzi ad un'autonomia timida o frenata. Infatti, nell'ottica dell'art. 119 Cost. le partecipazioni al gettito di tributi erariali costituiscono soltanto la seconda delle fonti di entrata previste, da intendersi in via sussidiaria o accessoria rispetto ai tributi propri, e si concretizzano in una quota di gettito di un'imposta statale, istituita ed amministrata in tutto e per tutto dallo Stato in via esclusiva<sup>74</sup>. Ai Comuni, beneficiari in parte del gettito della Iuc compartecipata, non spetta alcun potere di intervento sulla fattispecie tributaria oggetto di compartecipazione, avendo semplicemente a disposizione delle somme genericamente rivenienti dal «gettito dei tributi erariali riferibile al loro territorio». Questa tipologia di ripartizione di risorse pone in primo piano il tema dell'unicità o meno della quota di compartecipazione applicabile ai diversi territori a cui il gettito dei tributi va riferito in modo da garantire a ciascun Comune risorse proporzionalmente uguali. Nel caso di specie della Iuc l'applicazione di aliquote uniformi a livelli diversi di capacità contributiva provocano effetti sperequativi tra i vari territori, determinando un sistema fiscale a macchia di leopardo talmente accentuato da correre il rischio di compromettere la realizzabilità del finanziamento delle funzioni pubbliche attribuite alle varie istituzioni locali. Pertanto, la finalità del legislatore di realizzare la devoluzione dei gettiti

---

(73) A. FEDELE, *Federalismo fiscale e riserva di legge*, in *Rassegna tributaria*, 6, 2010, p. 1525, il quale afferma che «elemento essenziale era l'attribuzione agli organi elettivi locali anche di poteri di intervento sull'entità dei prelievi fiscali, quindi, sulla disciplina sostanziale dei tributi, e sulla destinazione delle entrate».

(74) E. CORALI, *Federalismo fiscale e Costituzione. Essere e dover essere in tema di autonomia di entrata e di spesa di Regioni ed Enti locali*, Milano, 2010, p. 127.

ai Comuni in forma progressiva e territorialmente equilibrata rischia di restare lettera morta e non è da ritenersi sufficiente il riferimento al profilo territoriale della compartecipazione perché questo implica, cosa che non avviene nel meccanismo della Iuc, un rapporto chiaramente ricostruibile tra il gettito compartecipato e le basi imponibili da cui il gettito trae origine. Il principio di territorialità, se realmente inteso in chiave autonomistica, implica che il gettito del tributo erariale compartecipato affluisca e rimanga sul territorio del Comune. Ciò può sicuramente comportare differenze tra i territori ma a rimuovere questo ostacolo è all'uopo posto il meccanismo perequativo; appare quindi un farraginoso passaggio quello previsto dal legislatore, dove, tra Fondo di riequilibrio e accordi in sede di Conferenza Stato-Città, si nota una complessità che lascia nell'indeterminato il necessario collegamento tra il gettito compartecipato e i territori locali. Con lo strumento della compartecipazione, quindi, l'elemento innovativo dell'idea originaria della Iuc risulta essere piuttosto modesto; non si è affatto in presenza di un tributo proprio dei Comuni, e, in termini complessivi, ciò che formalmente è classificabile come "compartecipazione" appare al lato pratico più come una mera compensazione di minore gettito alle casse comunali che in passato veniva garantito dal meccanismo dei trasferimenti. Il passaggio dal centro al locale avrebbe dovuto caratterizzarsi sia per una maggiore autonomia impositiva degli Enti locali sia per una sensibile semplificazione di adempimenti e procedimenti, cosa che con la Iuc non si è raggiunta concretamente, forse perdendo i propositi iniziali a furia di scrivere e riscrivere la normativa e smarrendo così il riconoscimento di un effettivo spazio d'azione per responsabilizzare gli amministratori locali. La Iuc appare quindi priva di un'identità specifica. La disciplina, rivisitata in sede di legge di Stabilità 2016, conserva pressoché intatte le criticità strutturali che si sono accumulate durante questo faticoso percorso in tema di imposizione immobiliare locale. Il legislatore statale si mostra ancora quasi prigioniero di un'ottica tecnicistica e ragionieristica, legato ad una gestione di risorse e di recupero delle stesse sempre più lontana da una compiuta forma di *service tax*, che sia il prodotto di un disegno organico di organizzazione delle modalità di finanziamento delle funzioni degli Enti locali.

## La riorganizzazione per ambiti ottimali del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani. Il caso del Veneto

*Jacopo Bercelli*

*SOMMARIO: 1. L'evoluzione della legislazione statale di riorganizzazione per ambiti o bacini territoriali ottimali del servizio di gestione dei rifiuti – 2. La corrispondente evoluzione della legislazione regionale Veneto in tema di riorganizzazione per ambiti o bacini territoriali ottimali del servizio di gestione rifiuti – 3. Il procedimento amministrativo di costituzione dei Consigli di bacino tra autonomia locale e poteri sostitutivi – 4. La procedura di nuovo affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani da parte dei Consigli di bacino: tutela della concorrenza, autoproduzione e obbligo di congrua motivazione*

### *1. L'evoluzione della legislazione statale di riorganizzazione per ambiti o bacini territoriali ottimali del servizio di gestione rifiuti*

Il presente studio mira ad analizzare la riorganizzazione per ambiti ottimali del servizio di gestione dei rifiuti e il rapporto tra tale riorganizzazione e il principio di tutela della concorrenza nell'affidamento del servizio stesso.

In particolare, si vuole approfondire tale tematica non solo con riferimento alla legislazione statale e regionale, ma anche verificando in concreto il procedimento organizzativo (o infrastrutturale) che viene seguito dagli Enti locali per la costituzione dei nuovi enti di governo di ambito <sup>(1)</sup>. Si è pertanto scelto di approfondire il caso della Regione Veneto, nella quale sono in fase di completamento i procedimenti di costituzione degli enti di governo dei bacini ed è quindi possibile

---

(1) Sulla rilevanza dei procedimenti amministrativi in materia di organizzazione, cfr. F. MERLONI, *Proposta di uno studio sui procedimenti organizzativi*, in S. AMOROSINO (a cura di) *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, Milano, 1996, p. 173 ss.

verificare in concreto come la Regione e i Comuni abbiano dato attuazione alle disposizioni legislative statali e regionali <sup>(2)</sup>.

L'ordinamento legislativo statale oggi vigente impone la riorganizzazione del servizio rifiuti per ambiti territoriali ottimali: in questo senso dispone infatti l'art. 3-*bis*, commi 1 e 1-*bis*, del d.l. 138 del 2011 <sup>(3)</sup>.

Si deve tuttavia subito evidenziare che la storia della legislazione statale di riorganizzazione per ambiti territoriali ottimale del servizio di gestione rifiuti risale a quasi un decennio fa. Infatti già con il d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 e poi con il d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 il legislatore statale aveva imposto una tale riorganizzazione, secondo un modello organizzativo sostanzialmente corrispondente a quello indicato dalla legislazione oggi vigente. Con il d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 recante «Attuazione della direttiva 91/156/CEE sui rifiuti, della direttiva 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e della direttiva 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio», il legislatore statale per la prima volta ha introdotto nel nostro ordinamento la previsione che la gestione del servizio rifiuti vada organizzata per ambiti territoriali ottimali sovracomunali, con conseguente obbligo per i Comuni ricadenti in ciascun ambito di costituire e aderire ad una forma di cooperazione intercomunale <sup>(4)</sup>.

---

(2) Per una ricognizione completa e aggiornata degli assetti organizzativi delineati dalle varie legislazioni regionali, cfr. INVITALIA, *Assetti organizzativi del servizio di gestione rifiuti urbani*, consultabile in [www.spl.invitalia.it](http://www.spl.invitalia.it).

(3) Per un'analisi della normativa vigente e dei processi di riorganizzazione per ambiti ottimali dei servizi pubblici locali, compreso il servizio rifiuti, cfr. Corte dei Conti, Sezione delle Autonomie, Audizione «*La gestione associata delle funzioni e dei servizi comunali*», Commissione Affari Costituzionali, Camera dei Deputati, 1° dicembre 2015.

Nell'ordinamento delle autonomie locali, con particolare riferimento ai servizi pubblici locali, si è sempre posto il problema di creare strutture di governo, ovvero strutture di gestione, aventi una dimensione adeguata rispetto al compito di pubblica amministrazione da svolgere: cfr. F. BASSI, *Profili giuridici dell'azienda consorziale di pubblici servizi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, p. 368 ss.

(4) Cfr. l'art. 23 di tale decreto legislativo: *Gestione dei rifiuti urbani in ambiti territoriali ottimali*. «1. Salvo diversa disposizione stabilita con legge regionale, gli ambiti territoriali ottimali per la gestione dei rifiuti urbani sono le Province. In tali ambiti territoriali ottimali le Province assicurano una gestione unitaria dei rifiuti urbani e predispongono piani di gestione dei rifiuti, sentiti i Comuni, in applicazione degli indirizzi e delle prescrizioni del presente decreto. 2. Per esigenze tecniche o di efficienza nella gestione dei rifiuti urbani, le Province possono autorizzare gestioni anche a livello subprovinciale purché, anche in tali ambiti territoriali sia superata la frammentazione della gestione. 3. I Comuni di ciascun ambito territoriale ottimale di cui al comma 1, entro il termine perentorio di sei mesi dalla delimitazione dell'ambito medesimo, organizzano la gestione dei rifiuti urbani secon-

Gli elementi essenziali di tale disciplina erano i seguenti. La dimensione degli ambiti territoriali ottimali veniva fatta coincidere con il territorio provinciale, salvo diversa disposizione stabilita con legge regionale. I Comuni ricadenti in ciascun ambito, con il coordinamento della Provincia, erano chiamati a costituire una forma di cooperazione in forma convenzionale o consortile. Tali procedimenti di costituzione delle forme di cooperazione dovevano concludersi entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del decreto, e in caso di inerzia si prevedeva il potere sostitutivo delle Regioni <sup>(5)</sup>.

Il sopra indicato decreto legislativo è stato successivamente abrogato e sostituito dal d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 recante «Norme in materia ambientale», che ambiva a rappresentare una sorta di testo unico in materia ambientale.

Anche questa nuova disciplina legislativa statale ribadiva la necessaria riorganizzazione del servizio gestione rifiuti per ambiti territoriali ottimali <sup>(6)</sup>.

L'art. 200, comma 1 infatti prevedeva che «La gestione dei rifiuti urbani è organizzata sulla base di ambiti territoriali ottimali, di seguito anche denominati АТО». Il compito di delimitare tali ambiti veniva affidato al-

---

do criteri di efficienza, di efficacia e di economicità. 4. I Comuni provvedono alla gestione dei rifiuti urbani mediante le forme, anche obbligatorie, previste dalla legge 8 giugno 1990, n. 142, come integrata dall'articolo 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498. 5. Per le finalità di cui ai commi 1, 2 e 3 le Province, entro il termine di dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, coordinano, sulla base della legge regionale adottata ai sensi della legge 8 giugno 1990, n. 142, e successive modificazioni, le forme ed i modi della cooperazione tra gli Enti locali ricadenti nel medesimo ambito ottimale. Nei casi in cui la forma di cooperazione sia attuata per gli effetti dell'articolo 24 della legge 8 giugno 1990, n. 142, le Province individuano gli Enti locali partecipanti, l'Ente locale responsabile del coordinamento, gli adempimenti ed i termini previsti per l'assicurazione delle convenzioni di cui all'articolo 24, comma 1, della legge 8 giugno 1990, n. 142. Dette convenzioni determinano in particolare le procedure che dovranno essere adottate per l'assegnazione del servizio di gestione dei rifiuti, le forme di vigilanza e di controllo, nonché gli altri elementi indicati all'articolo 24, comma 2, della legge 8 giugno 1990, n. 142. Decorso inutilmente il predetto termine le Regioni e le Province autonome provvedono in sostituzione degli enti inadempienti».

(5) Per un commento a tale disciplina, cfr. S. COLOMBARI, *La riorganizzazione del servizio pubblico di gestione dei rifiuti urbani e la disciplina giuridica delle forme di cooperazione tra enti locali*, in questa *Rivista*, 1, 1999, pp. 31-58.

(6) Per un commento a tale disciplina cfr. M.G. ROVERSI MONACO, *I servizi pubblici locali tra continuità e nuovi affidamenti (la disciplina del servizio idrico integrato e del servizio di gestione dei rifiuti urbani)*, in *Giustizia amministrativa*, 2006, pp. 975-989.

le Regioni (7). Alle Regioni veniva altresì affidato il compito di disciplinare le modalità di cooperazione tra gli Enti locali ricompresi nei nuovi ambiti (8). Il medesimo decreto legislativo prevedeva poi dei tempi molto brevi per l'attuazione della riforma stessa: infatti l'art. 204, comma 2, disponeva che la nuova «Autorità d'ambito dispone i nuovi affidamenti, nel rispetto delle disposizioni di cui alla parte quarta del presente decreto, entro nove mesi dall'entrata in vigore della medesima parte quarta».

L'attuazione della riorganizzazione del servizio rifiuti sulla base delle nuove Autorità di ambito è stata tuttavia successivamente ostacolata e contraddetta dallo stesso legislatore statale, per andare incontro all'istanza di contenimento della spesa pubblica contraria alla moltiplicazione degli Enti pubblici, tra i quali venivano considerate anche le nuove Autorità d'ambito (9).

E così, in primo luogo, l'art. 2, comma 186-*bis*, l. 23 dicembre 2009, n. 191, come modificato dall'art. 1, comma 1-*quinquies*, d.l. 25 gennaio 2010, n. 2, convertito, con modificazioni, dalla l. 26 marzo 2010, n. 42, ha disposto la soppressione dell'Autorità d'ambito territoriale prevista dall'art. 201 del d.lgs. n. 152 del 2006; in secondo luogo, il medesimo art. 2, comma 186-*bis* ha altresì abrogato lo stesso articolo 201, a decorrere dal 31 dicembre 2012, per effetto di quanto disposto dall'art. 13, comma 2, d.l. 29 dicembre 2011, n. 216, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 febbraio 2012, n. 14.

---

(7) Cfr. art. 200, comma 2 del d.lgs. cit.: «Le Regioni, sentite le Province ed i Comuni interessati, nell'ambito delle attività di programmazione e di pianificazione di loro competenza, entro il termine di sei mesi dalla data di entrata in vigore della parte quarta del presente decreto, provvedono alla delimitazione degli ambiti territoriali ottimali».

(8) Cfr. art. 201, comma 1 del d.lgs. cit.: «Al fine dell'organizzazione del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, entro il termine di sei mesi dalla data di entrata in vigore della parte quarta del presente decreto, disciplinano le forme e i modi della cooperazione tra gli Enti locali ricadenti nel medesimo ambito ottimale, prevedendo che gli stessi costituiscano le Autorità d'ambito di cui al comma 2, alle quali è demandata, nel rispetto del principio di coordinamento con le competenze delle altre amministrazioni pubbliche, l'organizzazione, l'affidamento e il controllo del servizio di gestione integrata dei rifiuti».

(9) Per una ricostruzione delle norme legislative statali sulla soppressione delle Autorità di ambito, cfr. E.M. PALLI, *La (prorogata) soppressione delle Autorità d'ambito territoriale ottimale nei servizi pubblici locali ambientali*, in questa *Rivista*, 2012, p. 881 ss.

Il disegno riformatore di istituzione delle nuove Autorità di ambito contenuto nel d.lgs. n. 152 del 2006 è stato tuttavia ripreso con il d.l. n. 138 del 2011 conv. con modificazioni in l. n. 148 del 2011. Tale decreto ha infatti previsto, in funzione di tutela della concorrenza e dell'ambiente, che tutti i servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica debbano essere organizzati sulla base di ambiti o bacini territoriali ottimali, con l'obbligatoria istituzione di nuovi enti di governo sovracomunali <sup>(10)</sup>. L'art. 3-*bis*, comma 1, del d.l. n. 138 del 2011 infatti statuisce che «A tutela della concorrenza e dell'ambiente, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano organizzano lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica 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, entro il termine del 30 giugno 2012».

La previsione sopra riportata è stata successivamente completata dall'art. 34 del d.l. n. 179 del 2012 conv. con mod. in l. n. 221 del 2012, il quale ha inserito nel sopra citato art. 3-*bis* del d.l. n. 138 del 2011 un nuovo comma 1-*bis*, in cui si prevede che «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 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».

Dunque, il legislatore statale nel 2012 ha statuito in modo assolutamente tassativo che dal 2012 tutte le funzioni di organizzazione del servizio rifiuti debbano essere disposti solo ed esclusivamente dai nuovi enti di governo dei bacini territoriali ottimali.

La necessità che siano i nuovi enti di bacino e non più i Comuni a deliberare circa l'organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevan-

---

(10) Per un inquadramento di tale normativa nell'evoluzione della legislazione statale in materia di cooperazione tra Enti locali, cfr. C. TUBERTINI, *La razionalizzazione del sistema locale in Italia, verso quale modello?*, in questa *Rivista*, 3, 2012, p. 707 ss.

za economica, compreso il servizio rifiuti, è stata successivamente ribadita dal legislatore statale con l'art. 13 del d.l. 30 dicembre 2013, n. 150. Tale norma infatti prevede che «La mancata istituzione o designazione dell'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale ai sensi del comma 1 dell'art. 3-bis del decreto legge n. 138 del 2011 ovvero la mancata deliberazione di affidamento entro il termine del 30 giugno 2014, comportano l'esercizio dei poteri sostitutivi da parte del Prefetto competente per territorio, le cui spese sono a carico dell'ente inadempiente, che provvede agli adempimenti necessari al completamento della procedura di affidamento entro il 31 dicembre 2014».

Si tratta dunque di una norma chiaramente diretta a “mettere in mora” gli Enti locali che non abbiano già provveduto all'istituzione dei nuovi enti di governo. Non risulta tuttavia che nella Regione Veneto i Prefetti abbiano effettivamente esercitato i poteri ivi previsti.

In base alla legislazione statale ed in particolare al sopra riportato art. 3-bis del d.l. n. 138 del 2011, la disciplina concreta relativa alla definizione dei perimetri dei bacini e alla istituzione e organizzazione degli enti di governo sovracomunali è affidata alla legislazione regionale <sup>(11)</sup>. Appare utile precisare che la scelta per una riorganizzazione per ambiti territoriali ottimali trova conferma nell'art. 13 del testo dello «Schema di decreto legislativo recante testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale» in corso di approvazione in attuazione della c.d. legge Madia (legge n. 124 del 2015).

Si deve pertanto ora passare ad analizzare la legislazione che la Regione Veneto ha posto in essere in tema di organizzazione e gestione sovracomunale del servizio rifiuti.

## ***2. La corrispondente evoluzione della legislazione regionale Veneto in tema di riorganizzazione per ambiti o bacini territoriali ottimali del servizio di gestione rifiuti***

L'evoluzione della legislazione statale descritta nel paragrafo precedente

---

(11) Il ruolo, anzitutto normativo, attribuito alle Regioni nel complesso processo di costituzione delle forme obbligatorie di cooperazione tra Enti locali è stato da sempre oggetto di dibattito in dottrina: cfr. M. CAMMELLI, *Le forme associative tra i Comuni*, in *Quad. cost.*, 1986, p. 89 ss.; C. MIGNONE, *Commento alla legge sulle autonomie locali*, Torino, 1993, p. 9 ss.

te ha trovato e trova corrispondenza a livello di legislazione regionale del Veneto.

Infatti, in attuazione del d.lgs. n. 22 del 1997, la Regione Veneto aveva adottato la legge regionale 21 gennaio 2000, n. 3 recante «Nuove norme in materia di gestione dei rifiuti».

All'art. 8, comma 1, di tale legge si prevedeva che «Gli ambiti territoriali ottimali per la gestione dei rifiuti urbani corrispondono al territorio provinciale». All'art. 14, comma 1, si disponeva che «I Comuni e le Province ricadenti in ciascun ambito territoriale ottimale ... istituiscono l'Autorità di ambito, utilizzando una delle seguenti forme di cooperazione: a) convenzione ai sensi dell'articolo 30 del decreto legislativo 267/2000 ... ; b) consorzio ai sensi dell'articolo 31 del decreto legislativo n. 267/2000». In entrambe le ipotesi, comunque «l'autorità d'ambito di cui all'articolo 14 ha personalità giuridica di diritto pubblico» (art. 17, comma 1).

Nel 2012, stante la sopra descritta evoluzione della legislazione statale, la Regione Veneto ha nuovamente disciplinato la materia.

In particolare, nel 2012 la Regione Veneto ha dato attuazione al citato art. 2, comma 186-*bis* della legge 23 dicembre 2009, n. 191, approvando la legge regionale Veneto 31 dicembre 2012, n. 52 recante «Nuove disposizioni per l'organizzazione del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani ed attuative dell'articolo 2, comma 186-*bis* della legge 23 dicembre 2009, n. 191, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2010)», che rappresenta la disciplina regionale oggi vigente.

La legge reg. Veneto n. 52 del 2012 struttura la nuova organizzazione territoriale del servizio rifiuti su due livelli: l'ambito territoriale ottimale, che è individuato nel livello regionale; il bacino territoriale, che in via generale coincide con il territorio provinciale.

Al primo livello, l'ambito territoriale ottimale per l'organizzazione, il coordinamento e il controllo del servizio di gestione integrata dei rifiuti viene individuato nel territorio regionale (art. 2, comma 1, legge reg. cit.). Di conseguenza, presso la struttura regionale competente in materia di ambiente, viene istituito il «Comitato di bacino regionale», composto dal Presidente della Giunta (o Assessore all'ambiente) e dai Presidenti dei Consigli di bacino. A tale Comitato di bacino regionale vengono affidate, in sostanza, funzioni generali di indirizzo, vigilanza e con-

trollo sulla gestione del servizio nella Regione in tema di rispetto della normativa, livelli qualità del servizio e livelli tariffari (art. 2, comma 3, legge reg. cit.).

Il secondo livello, quello dei bacini territoriali, è quello a cui vengono allocate le vere e proprie funzioni di organizzazione e controllo del servizio (art. 3, comma 6, legge reg. cit.).

La dimensione di tali bacini territoriali è tendenzialmente quella provinciale, ma comunque la competenza alla individuazione e delimitazione esatta dei bacini è affidata alla Giunta regionale (art. 3, comma 1, legge reg. cit.).

Di seguito, i Comuni ricadenti in ciascun bacino territoriale individuato sono chiamati ad approvare una convenzione di cooperazione intercomunale ai sensi e per gli effetti dell'articolo 30 del d.lgs. n. 267 del 2000, sulla base di una convenzione-tipo approvata dalla Regione (art. 4, comma 1, legge reg. cit.)<sup>(12)</sup>.

Con tale convenzione i Comuni stessi istituiscono il Consiglio di bacino quale «ente dotato di personalità giuridica di diritto pubblico e autonomia funzionale, organizzativa, finanziaria, patrimoniale e contabile» (art. 3, comma 5, legge reg. cit.).

Detti Consigli di bacino operano «in nome e per conto degli Enti locali in essi associati» (art. 3, comma 5, legge reg. cit.), per «l'esercizio in forma associata delle funzioni di organizzazione e controllo del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani» (art. 3, comma 1, legge reg. cit.). Tra le funzioni di organizzazione sono espressamente indicate l'indizione della procedura di affidamento dei servizi, l'approvazione e stipulazione del contratto di servizio, la determinazione dei livelli di imposizione tariffaria e la vigilanza sulla corretta erogazione del servizio (cfr. art. 3, comma 6, legge reg. cit.).

Il concreto esercizio delle funzioni di organizzazione sopra indicate necessita di una struttura tecnico-amministrativa adeguata. Coerentemente

---

(12) Sulle convenzione di cooperazione intercomunale, cfr. L. VANDELLI, *Ordinamento delle autonomie locali*, Rimini, 2000, p. 536 ss.; R. FERRARA, *Moduli e strumenti dell'amministrazione convenzionale e concertata nel governo locale*, in *Dir. amm.*, 1994, p. 373 ss.; C.E. GALLO, *La collaborazione tra enti locali: convenzioni, unioni, accordi di programma*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, 1993, p. 448 ss.; C. TUBERTINI, *Le forme associative e di cooperazione fra gli enti locali tra i principi di autonomia e di adeguatezza*, in questa Rivista, 2000, p. 305 ss.

la legge prevede che venga istituito presso ciascun Consiglio di bacino un Ufficio di bacino (art. 4, comma 2, lett. *d*) legge reg. cit.), cui è preposto un Direttore, con responsabilità organizzativa e gestionale dell'ufficio stesso (art. 4, comma 4, legge reg. cit.). Si tratta, come vedremo nel successivo paragrafo 4, di uno degli aspetti centrali della nuova disciplina: l'adeguatezza della struttura tecnica di bacino è infatti il presupposto sia di una efficace riorganizzazione della gestione del servizio sia di una effettiva considerazione del principio di tutela della concorrenza nell'affidamento del servizio.

### ***3. Il procedimento amministrativo di costituzione dei Consigli di bacino tra autonomia locale e poteri sostitutivi***

La compiuta realizzazione in concreto del disegno di riorganizzazione indicato dal legislatore statale e delineato dal legislatore regionale Veneto richiede, da parte della Regione e degli Enti locali, lo svolgimento di diversi procedimenti amministrativi e l'adozione di diversi atti amministrativi di organizzazione.

In primo luogo, viene affidato alla Giunta regionale il compito di approvare il riconoscimento dei bacini territoriali provinciali, valutando altresì, su proposta motivata degli Enti locali, l'opportunità, in base al criterio di differenziazione territoriale e socio-economica, di deliberare il riconoscimento di bacini territoriali di diversa dimensione, infraprovinciale o interprovinciale.

La Giunta regionale Veneto, con delibera n. 13 del 21 gennaio 2014, sentito il parere della competente Commissione consiliare, ha deliberato il «Riconoscimento dei bacini territoriali per l'esercizio in forma associata delle funzioni di organizzazione e controllo del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani a livello provinciale». In particolare, sono stati individuati 11 bacini territoriali, utilizzando dunque la facoltà prevista dalla legge di individuare bacini infraprovinciali (le Province infatti sono solo 7). Si è trattato di un passaggio assai delicato e controverso, come si evince dal parere espresso dalla Commissione consiliare, anche sotto il profilo del principio di tutela della concorrenza. Infatti la Giunta ha disegnato dei bacini territoriali tendenzialmente coincidenti con le dimensioni delle gestioni in essere. E questa tendenziale coincidenza ovviamente prelude più ad una conservazione degli assetti ge-

stionali esistenti che non ad una effettiva riorganizzazione degli stessi. La Giunta regionale ha altresì provveduto, con delibera n. 1117 del 1 luglio 2014, ad approvare lo schema di convenzione-tipo per la costituzione e il funzionamento dei Consigli di bacino, da adottare da parte degli Enti locali <sup>(13)</sup>.

Il testo della convenzione-tipo approvata, in sintesi: ribadisce la natura di ente pubblico del costituendo Consiglio di bacino; prevede che la convenzione abbia una durata ventennale; prevede che venga individuato un Ente locale responsabile del coordinamento per la costituzione del Consiglio di bacino; statuisce che le quote di partecipazione al Consiglio siano determinate in rapporto all'entità della popolazione residente; individua gli organi e gli uffici del Consiglio di bacino, la loro composizione, le norme di funzionamento e le loro competenze.

Il potere di impulso per la concreta istituzione del Consiglio di bacino è quindi affidato all'Ente locale individuato come responsabile del coordinamento (di regola, il Comune con il maggior numero di abitanti). In particolare, il Sindaco del Comune individuato come responsabile del coordinamento predispone una bozza di convenzione sulla base della convenzione-tipo regionale, e procede a convocare i Sindaci di tutti i Comuni interessati, i quali in assemblea sono chiamati ad approvare un testo condiviso di convenzione di cooperazione.

In relazione a questo primo e fondamentale passaggio, si deve osservare che nella legge regionale e negli atti approvati dalla Giunta regionale non vi è alcuna indicazione specifica circa le regole di convocazione, funzionamento e deliberazione di questa prima assemblea. In particolare, non ne viene indicato né il *quorum* costitutivo né il *quorum* deliberativo.

In proposito infatti l'art. 4, comma 1, della legge reg. n. 52 del 2012 si

---

(13) Sul valore giuridico delle convenzioni tipo in generale, cfr. G. FALCON, voce *Convenzioni e accordi amministrativi*, I), *Profili generali*, in *Enc. giur.*, vol. IX, Roma, 1988.

Sulle convenzioni intercomunali come strumenti di autoordinamento ovvero di eterocoordinamento, cfr. G. FALCON, *Il coordinamento regionale degli enti locali. Gli strumenti consensuali*, in *Reg. e gov. loc.*, 1990, p. 207 ss.; M.S. GIANNINI, *Intervento*, in *Coordinamento e collaborazione nella vita degli enti locali, Atti del V Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1961, p. 114 ss.

limita a rinviare all'art. 30 del d.lgs. n. 267 del 2000 <sup>(14)</sup>. E l'art. 30 del d.lgs. n. 267 del 2000, con riferimento alle forme di convenzione obbligatoria, si limita a prevedere la previa statuizione di un disciplinare-tipo, ma non contiene alcuna disciplina sulla procedura che gli Enti locali devono seguire per approvare la convenzione di cooperazione, e dunque neppure disciplina le regole di costituzione e di funzionamento dell'assemblea nella quale i rappresentanti degli Enti locali sono chiamati ad accordarsi sul testo di convenzione.

Come noto infatti, né la legge n. 142 del 1990 aveva disciplinato né il d.lgs. n. 267 del 2000 disciplina il procedimento per la conclusione della convenzione di cooperazione intercomunale. E questa mancanza riflette la disciplina dell'istituto degli accordi tra pubbliche amministrazioni *ex art. 15* della legge n. 241 del 1990, ove il legislatore si limita a statuire che tali accordi possono essere raggiunti «anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 14», ossia indipendentemente dalla previa indicazione di una conferenza di servizi <sup>(15)</sup>.

Trattandosi di un'assemblea funzionale all'approvazione del testo di una convenzione di cooperazione intercomunale, ossia di un accordo tra amministrazioni *ex art. 15* della legge n. 241 del 1990, la regola dovrebbe essere – a giudizio di chi scrive – quella dell'approvazione del testo all'unanimità (ed è questo il motivo per il quale né l'art. 30 del d.lgs. n. 267 del 2000 né la legge reg. Veneto n. 52 del 2012 prevedono per tale fattispecie alcun *quorum* costitutivo e deliberativo).

---

(14) L'art. 4, comma 1, infatti prevede che «Ai fini della costituzione dei Consigli di bacino, gli Enti locali ricadenti in ciascun bacino territoriale approvano un'apposita convenzione ai sensi e per gli effetti dell'articolo 30 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, sulla base di una convenzione-tipo approvata dalla Giunta regionale entro sessanta giorni dall'entrata in vigore della presente legge».

(15) Cfr. R. FERRARA, *Gli accordi fra le amministrazioni pubbliche*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, con il coordinamento di D.U. GALETTA e M. GIGANTE, Milano, 2011; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, in F.G. SCOCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI (a cura di), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2003; E. BRUTI LIBERATI, voce *Accordi pubblici*, in *Enc. dir. agg.*, vol. 5, Milano, 2001; F. MERUSI, *Procedimenti di coordinamento infrastrutturale e procedimenti di collaborazione dopo le leggi sul procedimento amministrativo e sulla riforma delle autonomie locali*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, 1993, p. 1039 ss.; G. GRECO, in V. ITALIA e M. BASSANI (a cura di), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti (legge 7 agosto 1990, n. 241 e regolamenti di attuazione)*, Milano, 1995, p. 353 ss.

Si deve però osservare che nella realtà alcuni Comuni responsabili del coordinamento e gli Enti locali partecipanti hanno applicato anche a quest'assemblea i *quorum* costitutivi e deliberativi previsti dall'articolo 10 della convenzione-tipo regionale per il funzionamento dell'assemblea di bacino, arrivando così a "concordare" il testo dell'accordo a maggioranza e non all'unanimità.

Ma questa prima riunione dei Sindaci dedicata all'approvazione del testo di convenzione da sottoporre ai Consigli comunali non è (ancora) l'assemblea di bacino, e l'applicazione a questa prima riunione dei *quorum* previsti per l'assemblea di bacino non appare supportata da alcun dato normativo. In particolare, non trova un fondamento normativo l'applicazione a questa riunione delle regole di costituzione e deliberazione a maggioranza previste per l'assemblea di bacino.

In assenza di una diversa e specifica disciplina legislativa o regolamentare, sarebbe stata più coerente con la natura dell'atto da approvare l'applicazione della regola dell'unanimità sia per la costituzione dell'assemblea sia per l'approvazione del testo di convenzione. Con la conseguenza che, nel caso in cui alcuni Sindaci, nella prima assemblea, non avessero dato il loro assenso al testo di convenzione proposto dal Comune responsabile e condiviso dagli altri Sindaci, non si sarebbe potuto considerare approvato il testo della convenzione. La via per superare l'eventuale situazione di stallo avrebbe potuto essere solo quella dell'esercizio del potere sostitutivo da parte del Presidente della Giunta regionale (non quella della deliberazione a maggioranza, come invece è concretamente avvenuto).

Infatti l'art. 4, comma 6 della legge reg. Veneto n. 52 del 2012 prevede un'unica modalità di superamento della persistente inerzia o inadempimento da parte degli Enti locali rispetto alle procedure di costituzione dei Consigli di bacino, mediante il richiamo all'art. 16 della legge reg. Veneto n. 11 del 2001 («Nel caso sia accertata una persistente inerzia o inadempimento rispetto agli adempimenti di cui al comma 1 da parte degli Enti locali, si applica la disciplina di cui all'articolo 16 della legge regionale 13 aprile 2001, n. 11»).

E l'art. 16 cit. prevede che «nel caso siano accertati una persistente inerzia o inadempimento nell'esercizio delle funzioni e dei compiti conferiti dalla presente legge alle Province, ai Comuni, alle Comunità montane e al-

le autonomie funzionali, il Presidente della Giunta regionale, previa comunicazione alla Conferenza permanente Regione-Autonomie locali, assegna agli enti inadempienti un congruo termine, non inferiore a trenta e non superiore a sessanta giorni, per provvedere, salvo deroga motivata da ragioni di urgenza. Decorso inutilmente tale termine, il Presidente della Giunta regionale, sentiti gli enti inadempienti, nomina un commissario *ad acta* che provvede in via sostitutiva e nei casi più gravi, sentita la Conferenza permanente Regione-Autonomie locali, attiva il procedimento legislativo di revoca delle funzioni e dei compiti amministrativi già conferiti». Proseguendo nell'analisi del procedimento di costituzione dei Consigli di bacino, a questo punto il testo della convenzione concordato tra i Sindaci viene sottoposto per l'approvazione ai Consigli comunali di tutti i Comuni interessati. Infatti l'art. 42 del d.lgs. n. 267 del 2000 inserisce le «convenzioni tra i Comuni e quelle tra i Comuni e le Province, costituzione e modificazione di forme associative» tra gli atti fondamentali di indirizzo e controllo politico amministrativo riservati alla competenza esclusiva dei Consigli comunali. Ovviamente, anche in relazione a tale passaggio nei Consigli comunali, in caso di inerzia di qualche Consiglio comunale, si applica l'art. 16 della legge reg. Veneto n. 11 del 2001, e dunque si deve procedere con il potere sostitutivo del Presidente della Giunta regionale.

Una volta che tutti i Consigli comunali abbiano approvato la convenzione di cooperazione nel medesimo testo, i Sindaci (o altro soggetto autorizzato dall'ente) sono chiamati a sottoscrivere tale convenzione e dunque, da tale momento, può dirsi costituito il Consiglio di bacino come persona giuridica di diritto pubblico.

Per arrivare alla piena operatività di tale nuovo ente, tuttavia, saranno necessari ancora alcuni passaggi fondamentali.

In primo luogo dovrà essere convocata l'assemblea di bacino, la quale nella prima seduta procede a eleggere il Comitato di bacino e, tra i componenti di detto Comitato, anche il Presidente del Bacino (cfr. art. 9 della convenzione-tipo regionale).

Il Comitato di bacino dovrà quindi approvare il regolamento per il funzionamento degli organi del Consiglio di bacino, nonché il regolamento per il funzionamento della struttura operativa del medesimo (cfr. art. 12 della convenzione-tipo regionale).

Di seguito, su proposta del Comitato di bacino, verrà nominato dall'Assemblea il Direttore, che ha la responsabilità della struttura operativa del Consiglio di bacino (cfr. art. 15 della convenzione-tipo regionale). E verrà istituito, utilizzando prioritariamente personale già in servizio presso gli Enti locali partecipanti, l'ufficio del Consiglio di bacino con competenze tecniche e capacità professionali adeguate (cfr. art. 16 convenzione-tipo regionale).

Alla luce di quanto sopra descritto, appare evidente che il procedimento per arrivare alla concreta istituzione e operatività del Consiglio di bacino implica una molteplicità di passaggi, che nascondono potenziali ostacoli e difficoltà interpretative ed operative. E nel caso di inerzie e inadempimenti da parte degli Enti locali in qualsiasi passaggio del procedimento di costituzione del Consiglio di bacino, l'art. 4, comma 6 della legge reg. n. 52 del 2012 prevede un generale potere sostitutivo della Regione, e dunque deve intervenire il Presidente della Giunta regionale, prima con una diffida e poi, in caso di persistente inerzia, con la nomina di un commissario *ad acta*.

La previsione in legge regionale del potere sostitutivo in capo alla Regione a fronte di inerzie e inadempimenti degli Enti locali nella costituzione di forme di cooperazione intercomunale obbligatorie trova il proprio fondamento, a livello di principi dell'ordinamento locale, nell'art. 4 del d.lgs. n. 267 del 2000 che nel delineare il «Sistema regionale delle autonomie locali» affida alla Regione il compito di «realizzare un efficiente sistema delle autonomie locali al servizio dello sviluppo economico, sociale e civile».

Semmai esiste un problema sotto il profilo strettamente applicativo, in quanto non vi è alcuna previsione circa tempi certi e termini perentori per l'esercizio di tale potere sostitutivo, e dunque la tempestività dell'intervento è in realtà rimessa alla valutazione, anche politica, del Presidente della Regione.

In sintesi, i procedimenti organizzativi di effettiva costituzione e operatività dei Consigli di bacino, da cui dipendono l'avvio della riorganizzazione del servizio e dunque anche l'applicazione del principio di tutela della concorrenza in tale riorganizzazione, sono assai articolati, ma soprattutto non trovano nella legge tempi certi di conclusione, con la conseguenza che il loro effettivo completamento è rimesso alla capaci-

tà politica dei Comuni di trovare un accordo ovvero, in mancanza, alla volontà politica della Regione e del suo Presidente.

#### ***4. La procedura di nuovo affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani da parte dei Consigli di bacino: tutela della concorrenza, autoproduzione e obbligo di congrua motivazione***

Si tratta ora di verificare e dimostrare che il principio di tutela della concorrenza è un principio che, pur affiancato da quello della libertà di autoproduzione affermato dalla Direttiva 2014/23/UE<sup>(16)</sup>, deve essere particolarmente considerato nella riorganizzazione del servizio rifiuti e dunque non può essere dimenticato dai Consigli di bacino nell'esercizio della prima fondamentale funzione ad essi affidata, ossia – come recita l'art. 3, comma 6, lett. c) della legge n. 52 del 2012 – l'indizione della procedura di affidamento del servizio di raccolta, trasporto, avvio a smaltimento e recupero».

Per argomentare la vigenza del principio di tutela della concorrenza si deve partire dall'analisi della normativa legislativa statale sulla riorganizzazione per ambiti dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, già citata nel primo paragrafo del presente scritto<sup>(17)</sup>.

Il già riportato art. 3-bis, comma 1 del d.l. n. 138 del 2011, che rappresenta la norma alla base del processo di riorganizzazione per ambiti ottimali del servizio rifiuti, statuisce che «A tutela della concorrenza e dell'ambiente, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano organizzano lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica definendo il perimetro degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massi-

---

(16) Cfr. in particolare il principio affermato nell'art. 2 e sviluppato con specifico riferimento al modello *in house* nell'art. 17 della Direttiva citata. Per un commento alla disciplina positiva dell'*in house* contenuta nella Direttiva, cfr. C. CONTESSA, *L'in house providing quindici anni dopo: cosa cambia con le nuove direttive*, Roma, 2014.

(17) Per una ricostruzione del rapporto tra tutela della concorrenza e disciplina italiana dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, cfr. F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, p. 104 ss., nonché G. PIPERATA, *Il cammino lento e incerto dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in *Mumus*, 2011, p. 33 ss., F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010, p. 219 ss., M. DUGATO, *La riforma dei servizi pubblici locali tra concorrenza e conservazione*, in *Riv. trim. appalti*, 2010, p. 41 ss.

mizzare l'efficienza del servizio e istituendo o designando gli enti di governo degli stessi, entro il termine del 30 giugno 2012».

Dunque, questa legislazione di riorganizzazione viene messa in campo in funzione di due fondamentali interessi pubblici, la cui cura è affidata alla potestà legislativa esclusiva dello Stato: la tutela della concorrenza e la tutela dell'ambiente.

Di conseguenza, le norme statali di riorganizzazione del servizio sono necessariamente norme di tutela della concorrenza e dell'ambiente, e dunque vanno interpretate e applicate alla luce di tali due principi.

Dunque, non si può cadere in una lettura dell'evoluzione della disciplina statale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica che consideri superato e non vigente in tale settore il principio di tutela della concorrenza <sup>(18)</sup>.

Infatti, è vero che l'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 imponeva la gara e marginalizzava la modalità di affidamento diretto *in house*; è vero che tale normativa è stata abrogata per via referendaria, e che la Corte costituzionale ha giudicato illegittimo il tentativo del Governo di reintrodurre una normativa analoga per decreto legge (Corte cost., 20 luglio 2012, n. 199); è altresì vero che oggi, come affermato dalla Corte, in materia di affidamento di tali servizi si applicano i principi comunitari e che tali principi prevedono sia l'affidamento con gara sia l'affidamento diretto *in house* sia l'affidamento diretto a società mista in cui il socio privato industriale sia stato scelto con gara <sup>(19)</sup>.

Tale evoluzione normativa, se certamente evidenzia come oggi l'Ente locale non sia obbligato sempre e comunque ad affidare il servizio con gara, tuttavia, a giudizio di chi scrive, non deve portare a concludere che le tre forme di affidamento del servizio siano sullo stesso piano. In realtà, nell'ambito della giurisprudenza amministrativa ad oggi paiono coesistere due diversi indirizzi sul punto.

---

(18) Cfr. C. VOLPE, *L'affidamento in house: situazione attuale e prospettive per una disciplina specifica*, in C. FRANCHINI, F. SCIAUDONE (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni: elementi critici e opportunità*, Editoriale Scientifica, 2015, p. 132.

(19) Cfr. L. PERFETTI, *La disciplina dei servizi pubblici locali ad esito del referendum ed il piacere dell'autonomia locale*, in *Urbanistica e Appalti*, 2011, p. 906 ss.; T. BONETTI, *Servizi pubblici locali di rilevanza economica: dall'instabilità nazionale alla deriva europea*, in *Munus*, 2012; J. BERCELLI, *Servizi pubblici locali e referendum*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013.

Un primo indirizzo interpretativo afferma che i servizi pubblici locali di rilevanza economica possono essere gestiti «indifferentemente» mediante il ricorso al mercato o all'affidamento diretto *in house*, e che «l'affidamento diretto *in house* – lungi dal configurarsi pertanto come un'ipotesi eccezionale e residuale di gestione dei servizi pubblici locali – costituisce invece una delle (tre) normali forme organizzative delle stesse». Dunque, la scelta della modalità di affidamento si configura come «scelta ampiamente discrezionale», che deve sì essere «adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano», ma che «come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità o arbitrarietà ovvero non sia fondata su di un altrettanto macroscopico travisamento dei fatti» (20).

Tuttavia è altresì ravvisabile un indirizzo giurisprudenziale diverso, rappresentato da sentenze del Consiglio di Stato nelle quali si evidenzia come la vigente legislazione ritenga comunque che l'affidamento con gara rappresenti modalità preferenziale, anche perché il legislatore espressamente incentiva il ricorso al mercato rispetto all'affidamento diretto *in house*.

In particolare, una recente pronuncia afferma che «la scelta del legislatore operata con l'art. 3-bis, d.l. 138/2011, milita nel senso di incentivare il ricorso al mercato in materia di servizi pubblici locali», evidenziando come la legislazione statale vigente esprima «l'opzione – in coerenza con la normativa comunitaria – di promuovere l'affidamento dei servizi pubblici locali a terzi e/o a società miste pubblico-private e di contenere il fenomeno delle società *in house*» (21).

---

(20) Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599, seguito sul punto da TAR Liguria, sez. II, 8 febbraio 2016, n. 120. Nell'ambito di tale indirizzo, si segnala altresì Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2016, n. 1034.

(21) Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 18 dicembre 2015, n. 5759, nella quale si afferma che «la Corte costituzionale, con sentenza 20 marzo 2013, n. 46, ha rimarcato come la scelta del legislatore operata con l'art. 3-bis, d.l. 138/2011, milita nel senso di incentivare il ricorso al mercato in materia di servizi pubblici locali. Infatti, la Consulta ha dichiarato inammissibile la censura relativa al comma 3 dell'art. 3-bis del d.l. n. 138 del 2011 – il quale prevede che, a decorrere dal 2013, l'applicazione delle procedure di affidamento ad evidenza pubblica da parte di Regioni, Province e Comuni o degli enti di governo locali o del bacino costituisca elemento di valutazione della «virtuosità» degli stessi enti, ai sensi dell'art. 20, comma 2, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98 (Di-

Nello stesso senso, altre recenti pronunce del Consiglio di Stato sottolineano come «*l'in house providing*, così come costruito dalla giurisprudenza comunitaria, sembri rappresentare, prima che un modello di organizzazione dell'amministrazione, un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario», con la conseguenza che «l'affidamento diretto ha carattere spiccatamente derogatorio» (22).

D'altra parte, la Corte dei Conti, Sezione Autonomie, in una recentissima Audizione alla Commissione Affari Costituzionali della Camera dei deputati, espressamente ha ricordato che «L'azione del legislatore statale, sulla spinta delle direttive e della giurisprudenza comunitaria, è da tempo orientata nel senso di accrescere la concorrenza nel settore. Da ultimo, l'intento è stato ribadito dall'art. 19 della legge delega n. 142/2015, dedicato, appunto, al riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico generale che, richiamando i principi della tutela e della promozione della concorrenza, ha invitato il legislatore delegato a definire i criteri per l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi, ove non sussistano i presupposti della concorrenza e del mercato» (23).

---

sposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 15 luglio 2011, n. 111 – in relazione alla violazione degli artt. 117, comma secondo, lettera e), e 118 Cost. Infatti, l'intervento normativo statale, con il d.l. n. 1 del 2012, si prefigge la finalità di operare, attraverso la tutela della concorrenza (liberalizzazione), un contenimento della spesa pubblica; con la norma impugnata, il legislatore statale ritiene che tale scopo si realizzi attraverso l'affidamento dei servizi pubblici locali al meccanismo delle gare ad evidenza pubblica, individuato come quello che dovrebbe comportare un risparmio dei costi ed una migliore efficienza nella gestione: da qui l'opzione – in coerenza con la normativa comunitaria – di promuovere l'affidamento dei servizi pubblici locali a terzi e/o a società miste pubblico-private e di contenere il fenomeno delle società *in house*.

(22) Cfr. Cons. Stato, sez. III, 7 maggio 2015, n. 2291, ove si evidenzia che «Quanto all'esistenza di un precetto comunitario, occorre precisare che *l'in house providing*, così come costruito dalla giurisprudenza comunitaria, sembra rappresentare, prima che un modello di organizzazione dell'amministrazione, un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le quali richiedono che l'affidamento degli appalti pubblici avvenga mediante gara. Infatti l'affidamento diretto del servizio – anche laddove non si traduca nella creazione di posizioni di vantaggio economico che l'impresa *in house* possa sfruttare nel mercato, presentandosi come "particolarmente" competitiva, con conseguente alterazione della *par condicio* – rileva comunque ai fini della tutela della concorrenza, in quanto sottrae al libero mercato quote di contratti pubblici, nei confronti dei quali le imprese ordinarie vengono escluse da ogni possibile accesso», con la conseguenza che «l'affidamento diretto ha carattere spiccatamente derogatorio».

(23) Cfr. Corte dei Conti, Sezione delle Autonomie, Audizione *La gestione associata delle fun-*

Dunque, ad oggi, pur in presenza dei due indirizzi giurisprudenziali sopra richiamati, appare affermabile – a giudizio di chi scrive – che le tre forme di gestione non siano esattamente sullo stesso piano e soprattutto che gli Enti locali (e specificamente i Consigli di bacino) non possono scegliere liberamente tra le forme astrattamente ammesse dal diritto comunitario.

Quanto al primo profilo, poiché il principio di tutela della concorrenza informa per espressa previsione di legge la normativa statale che impone la riorganizzazione del servizio rifiuti per ambiti territoriali ottimali, tale principio è certamente un principio vigente in questo settore. Di conseguenza, non si può affermare che nel settore della gestione dei rifiuti le tre forme di gestione siano assolutamente sullo stesso piano. Due di esse, infatti, ossia l'affidamento con gara e l'affidamento a società mista, garantiscono e attuano in pieno il principio di tutela della concorrenza, mentre l'affidamento *in house*, pur essendo espressione della libertà di autoproduzione quale principio riconosciuto dalla Direttiva 23/2014, comunque produce l'effetto di escludere e annullare in radice ogni possibilità di concorrenza per un dato servizio in un dato ambito territoriale.

Di conseguenza, le due modalità di affidamento che garantiscono la tutela della concorrenza dovrebbero essere considerate preferibili, mentre la forma che esclude e annulla ogni possibilità di concorrenza dovrebbe comunque essere considerata residuale e derogatoria <sup>(24)</sup>.

Quanto al secondo profilo, si deve affermare che gli Enti locali (ossia i Consigli di bacino) non possono certamente ritenere di poter scegliere tra le tre forme di gestione senza una motivazione congrua sotto il profilo della natura tecnico-economica della scelta effettuata.

Tale scelta, infatti, per quanto considerata recentemente dal Consiglio di Stato come scelta ampiamente discrezionale <sup>(25)</sup>, in realtà si deve basare

---

*zioni e dei servizi comunali*, cit., p. 22 ss.

(24) Per una ricostruzione in senso opposto, cfr. C. CONTESSA, *L'in house providing quindici anni dopo: cosa cambia con le nuove direttive*, cit., secondo il quale il principio di libera organizzazione è ontologicamente superiore rispetto a quello della tutela della concorrenza.

(25) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599 ove si afferma che la scelta della modalità organizzativa del servizio «costituisce frutto di una scelta ampiamente discrezionale, che de-

su di una istruttoria adeguata e deve essere supportata da un'altrettanto adeguata motivazione di natura tecnico-economica.

La necessità di una «relazione che confronti i risultati economici prevedibilmente derivanti dalle varie possibili forme di gestione tenendosi conto della qualità del servizio erogato e del diverso grado di efficienza nello svolgimento attraverso l'uno o l'altro strumento, mediante un calcolo dettagliato dei costi e benefici di ciascuno di essi» era già stata affermata dal Consiglio di Stato, sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374.

Detto principio giurisprudenziale è stato recentemente positivizzato dal legislatore statale nell'art. 34, comma 20 del d.l. n. 179 del 2012, ove si prescrive che «Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste».

Successivamente, l'art. 1, comma 609, lett. a) della legge 27 dicembre 2014, n. 190 ha esteso espressamente tale obbligo ai costituendi enti di governo degli ambiti territoriali ottimali, statuendo che «Gli enti di governo di cui al comma 1 devono effettuare la relazione prescritta dall'articolo 34, comma 20, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, e le loro deliberazioni sono validamente assunte nei competenti organi degli stessi senza necessità di ulteriori deliberazioni, preventive o successive, da parte degli organi degli Enti locali. Nella menzionata relazione, gli enti di governo danno conto della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e ne motivano

---

ve essere adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano e che, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità ed arbitrarietà ovvero non sia fondata su di un altrettanto macroscopico travisamento dei fatti».

le ragioni con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio»<sup>(26)</sup>.

Quello dell'adeguatezza dell'istruttoria e della motivazione è, a giudizio di chi scrive, il cuore del problema della tutela della concorrenza dei servizi pubblici locali in generale, e il punto di contatto più sensibile del rapporto tra principio di tutela della concorrenza e riorganizzazione per ambiti ottimali del servizio rifiuti.

Accade infatti talvolta che gli uffici tecnici dei Comuni, o per insufficienze organizzative o perché comunque enfatizzano la natura di indirizzo politico-amministrativo della scelta, non operino quelle indagini di mercato, non elaborino quelle relazioni tecnico-economiche sui risultati prevedibilmente derivanti dal ricorso alle tre possibili forme alternative di gestione, che sole possono integrare il requisito dell'adeguatezza dell'istruttoria rispetto a siffatte deliberazioni<sup>(27)</sup>. Solo un'istruttoria siffatta può rappresentare la base di una motivazione congrua in punto di convenienza rispetto alle altre opzioni, così da fondare la scelta di indirizzo politico-amministrativo che deve essere successivamente compiuta dal Consiglio comunale *ex art.* 42 del d.lgs. n. 267 del 2000. E così può accadere che i Consigli comunali arrivino a deliberare in questa

---

(26) La norma prosegue statuendo che «Al fine di assicurare la realizzazione degli interventi infrastrutturali necessari da parte del soggetto affidatario, la relazione deve comprendere un piano economico-finanziario che, fatte salve le disposizioni di settore, contenga anche la proiezione, per il periodo di durata dell'affidamento, dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti, con la specificazione, nell'ipotesi di affidamento *in house*, dell'assetto economico-patrimoniale della società, del capitale proprio investito e dell'ammontare dell'indebitamento da aggiornare ogni triennio. Il piano economico-finanziario deve essere asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso e iscritte nell'albo degli intermediari finanziari, ai sensi dell'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, o da una società di revisione ai sensi dell'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966. Nel caso di affidamento *in house*, gli Enti locali proprietari procedono, contestualmente all'affidamento, ad accantonare pro quota nel primo bilancio utile, e successivamente ogni triennio, una somma pari all'impegno finanziario corrispondente al capitale proprio previsto per il triennio nonché a redigere il bilancio consolidato con il soggetto affidatario *in house*».

(27) Per un caso evidenziato di recente dalla giurisprudenza, cfr. TAR Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 18 gennaio 2016, n. 17, ove con riferimento alla motivazione si lamenta come essa sia «assolutamente generica, limitandosi ad assumere la sussistenza dei presupposti normativi per l'*in house* e a descrivere le caratteristiche del servizio: nessuna stima economica dei costi, nessuna valutazione della convenienza economica dell'affidamento diretto, nessuna indicazione delle ragioni che sconsigliano il ricorso al mercato».

materia senza basarsi su indagini di mercato e relazioni tecnico-economiche sulle possibili forme di gestione alternativa. Con la conseguenza che fatalmente essi decidono non sulla base di considerazioni strettamente tecnico-economiche, ma sulla base di valutazioni altre, che possiamo chiamare latamente e genericamente politiche.

La costituzione dei Consigli di bacino e l'attribuzione ad essi della competenza a deliberare sulla forma di affidamento del servizio devono rappresentare la modalità organizzativa attraverso la quale possono essere superate le inadeguatezze istruttorie e motivazionali sopra indicate, e dunque indirettamente anche lo strumento per garantire in modo più pieno il principio di tutela della concorrenza.

Sotto questo profilo, dunque, appare davvero cruciale che i costituenti Consigli di bacino si dotino effettivamente, come previsto dagli artt. 15 e 16 della convenzione-tipo regionale, di un Ufficio di bacino dotato di competenze tecniche e capacità professionali adeguate allo svolgimento dell'istruttoria tecnico-economica richiesta.

Certo, anche la scelta di ricorrere al mercato, nella forma della gara per l'affidamento del servizio o della gara per la scelta del socio industriale, deve essere motivata dimostrando come, nell'assetto del settore, tale scelta possa garantire condizioni convenienti di qualità e di prezzo.

Ma certamente un onere di motivazione più intenso si manifesta per la scelta di non coinvolgere il mercato, affidando in via diretta il servizio ad una società *in house*. Mentre infatti la scelta di ricorrere al mercato, strutturalmente, con lo svolgimento della gara, è orientata ad acquisire le condizioni migliori possibili sul mercato, un tale riscontro esterno e oggettivo manca nell'affidamento diretto *in house*. Dunque, a giudizio di chi scrive, si deve rimarcare che l'affidamento *in house* deve necessariamente basarsi su di una istruttoria ed una motivazione che dimostrino come il mercato, in quel dato bacino territoriale e per il tipo di servizio che il Consiglio di bacino vuole garantire ai propri cittadini, non sia in grado di dare risposte adeguate.

Una conferma a tale impostazione potrebbe derivare dall'approvazione in via definitiva del testo dello «Schema di decreto legislativo recante testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale» di attuazione della c.d. legge Madia (legge n. 124 del 2015), in corso di approvazione.

Infatti tale testo, oltre ad inserire tra i principi generali della disciplina del settore la «concorrenza nell'affidamento dei servizi» (art. 4, comma 1), espressamente prevede che nel caso dell'affidamento *in house*, il provvedimento di scelta di tale forma di gestione deve dare «specificamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato e, in particolare, del fatto che tale scelta non sia comparativamente più svantaggiosa per i cittadini» (art. 7, comma 3), stabilendo altresì che prima dell'approvazione dell'affidamento *in house* lo schema del relativo provvedimento deliberativo debba essere inviato «all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che esprime un parere» (art. 7, comma 5).



## Moduli di coordinamento e integrazione: il caso delle Aziende Ospedaliere Universitarie in Emilia-Romagna

*Sergio Moro*

*SOMMARIO: 1. Il contesto: la “simbiosi” fra assistenza, didattica e ricerca scientifica nell’area delle scienze mediche e la relazione fra gli enti pubblici preposti alla loro cura. – 2. Oggetto, obiettivi e ragioni della ricerca. – 3. I moduli di integrazione aventi natura di ufficio: i dipartimenti. – 3.1 Profili critici. – 4. I moduli di integrazione aventi natura di organo: il comitato di indirizzo. – 4.1. Profili critici. – 5. Segue: il collegio di direzione. Profili critici. – 6. Il modulo di coordinamento previsto in sede di disciplina della nomina degli organi delle A.O.U.: l’intesa con il Rettore dell’Università. – 6.1. Profili critici inerenti il modulo dell’intesa. – 6.2. Profili critici inerenti all’intesa in sede di nomina del Direttore generale. – 6.3. Profili critici inerenti all’intesa in sede di nomina dei responsabili delle strutture complesse a direzione universitaria. – 7. I moduli di coordinamento previsti in sede di disciplina delle fonti di organizzazione delle A.O.U. – 8. Segue: Il protocollo di intesa e l’accordo attuativo locale. – 8.1 Profili critici. – 9. Segue: L’atto aziendale. – 9.1 Profili critici. – 10. Conclusioni.*

### *1. Il contesto: la “simbiosi” fra assistenza, didattica e ricerca scientifica nell’area delle scienze mediche e la relazione fra gli enti pubblici preposti alla loro cura*

«Sin dai tempi assai lontani – constano infatti precedenti medievali – rapporti convenzionali venivano stretti, anche al di là di specifiche previsioni normative, tra Università e istituzioni ospedaliere»<sup>1</sup>.

Come evidenziato dal passo appena riportato, l’esistenza di un profondo collegamento fra, da un lato, l’assistenza ospedaliera, dall’altro, la ricerca e la formazione nell’area delle scienze mediche appare essere

---

(1) Così G. FALCON, *Convenzioni e accordi amministrativi. II) Convenzioni in materia ospedaliera*, voce in *Enc. Giur.*, vol. IX, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, 1988, p. 1.

una costante dell'esperienza giuridica<sup>2</sup>. Il che non sorprende in quanto appare intuitivo che, da una parte, la cura della malattia presuppone necessariamente una continua ricerca di nuove procedure diagnostiche, terapeutiche e di prevenzione, nonché la formazione dei soggetti che eseguono tali trattamenti; dall'altra, la ricerca e la formazione non possono prescindere dallo studio in concreto della malattia. Di conseguenza, fra l'assistenza sanitaria, da una parte e la ricerca scientifica e l'insegnamento clinico, dall'altra, vi è un «collegamento»<sup>3</sup>, una «stretta connessione»<sup>4</sup>, una «compenetrazione»<sup>5</sup> così profonda per cui «vivo in simbiosi»<sup>6</sup>.

Appare, quindi, necessario approfondire il rapporto fra gli enti pubblici preposti alla loro cura. Si fa riferimento alla Regione ed all'Università: la prima è l'autonomia territoriale cui è imputata la titolarità del Servizio sanitario<sup>7</sup>; la seconda, invece, è l'autonomia funzionale alla ricerca scientifica e alla didattica<sup>8</sup>. Detto altrimenti: la Regione è porta-

(2) Cfr. F.A. ROVERSI MONACO, *Gli ospedali policlinici universitari e le cliniche universitarie autogestite nel sistema delle convenzioni tra Università, Regioni e unità sanitarie locali*, in *L'Università ed il servizio sanitario nazionale*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 163: «A Bologna funzionava nel 1500 un ospedale, l'Ospedale della Vita, che era in pratica già allora convenzionato con l'Università. In esso operavano gli insegnanti di medicina per completare, con la concreta esperienza terapeutica, l'attività didattica». Vedi, per un significativo esempio di collaborazione fra Enti ospedalieri ed Università, la costituzione apostolica *Quod divina sapientia* promulgata da Papa Leone XII il 28 agosto 1824 che prevede l'obbligo degli ospedali romani di mettere a disposizione delle Università i malati per l'insegnamento della medicina.

(3) Cfr. punto 5 dei *Considerato in diritto* di Corte costituzionale, 2 giugno 1977, n. 103.

(4) Cfr. punto 3 dei *Considerato in diritto* di Corte costituzionale, 8 maggio 1997, n. 134.

(5) Cfr. punto 2.1 dei *Considerato in diritto* di Corte costituzionale, 16 marzo 2001, n. 71. Vedi anche Cons. Stato, sez. VI, 15 febbraio 2006, n. 612, che sottolinea «l'intima compenetrazione tra attività didattica ed attività assistenziale»; Cons. Stato, sez. VI, 3 febbraio 2011, n. 772, che sottolinea «l'unitarietà delle funzioni didattiche e di quelle assistenziali e l'infigurabilità di una dissociazione spazio-temporale tra le due complementari attività».

(6) Così F. MERUSI, *Legge e autonomia delle Università*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 749.

(7) Cfr. N. AICARDI, *La sanità*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, I, Milano, Giuffrè, 2000, p. 397: «Le riforme più recenti portano altresì a compimento, in modo esplicito, il processo di attribuzione alle regioni della titolarità e della responsabilità complessiva della gestione: la Regione diviene, cioè, l'amministrazione cui compete per legge l'organizzazione e la predisposizione del servizio di assistenza sanitaria. Dal d.lgs. n. 112/1998 si ricava l'imputazione della titolarità del servizio al livello regionale».

(8) Cfr. F. MERLONI, *L'autonomia delle Università e degli enti di ricerca*, in *Id.* (a cura di), *Il*

trice dell'interesse pubblico primario all'assistenza sanitaria; l'Università dell'interesse pubblico primario alla ricerca e didattica. In tale ottica, come efficacemente evidenziato, l'interesse pubblico all'assistenza sanitaria assume una duplice valenza: fine istituzionale del Servizio sanitario; strumento di realizzazione del fine istituzionale dell'Università<sup>9</sup>.

Il criterio regolatore dei rapporti fra i predetti enti, ad autonomia costituzionalmente garantita, non può che essere il principio di leale collaborazione<sup>10</sup> il quale costituisce il canone per la realizzazione di valori (*i.e.* la tutela della salute, l'insegnamento universitario e la ricerca scientifica):

- posti in una relazione di reciproca funzionalizzazione (esiste un intreccio inestricabile fra, da un lato, la ricerca scientifica, lo sviluppo culturale nella preparazione dei medici e l'insegnamento clinico; dall'altro, la cura dei malati);

- equiordinati (entrambi sono costituzionalmente tutelati rispettivamente *ex art.* 32 nonché *ex art.* 9 ed *art.* 33 Cost. ed entrambi sono espressione del principio personalistico *ex art.* 2 Cost.)<sup>11</sup>.

*ministero e l'autonomia delle Università e degli enti di ricerca*, Bologna, Il Mulino, 1989, p. 82: le Università sono «enti pubblici non più ausiliari dello Stato, ma in posizione di indipendenza anche se dotati di autonomia non politica, ma funzionale (l'autonomia è riferita all'esercizio di funzioni attribuite; non vi è una competenza di carattere generale – come per alcuni Enti locali – e, quindi, non vi è la possibilità di intervenire intorno a materie ed oggetti diversi)»; F. MIDIRI, *L'istruzione universitaria tra servizio pubblico ed autonomia funzionale*, Torino, Giappichelli, 2004, al quale si rinvia per i necessari riferimenti bibliografici. Sulla differenza fra l'autonomia degli enti territoriali e l'autonomia delle Università vedi F. MERLONI, *Autonomia, responsabilità, valutazione nella disciplina delle Università e degli enti di ricerca non strumentali*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 581 ss.

(9) Cfr. M.G. ROVERSI MONACO, *Università e Servizio sanitario nazionale: l'Azienda Ospedaliera Universitaria*, Padova, Cedam, 2011, p. XVII-XIX.

(10) Cfr. punto 8 dei *Considerato in diritto* di Corte costituzionale, 3 marzo 2011, n. 68; punto 4 dei *Considerato in diritto* di Corte costituzionale, 21 luglio 2011, n. 217; punto 2.1 dei *Considerato in diritto* di Corte costituzionale, 17 maggio 2012, n. 129.

(11) Cfr. M. IMMORDINO, *L'attività assistenziale dei medici universitari tra principio della "compenetrazione" ed autonomia universitaria*, in *I T.A.R.*, 2001, p. 134: «Il criterio per la sussunzione dello sviluppo della cultura, della ricerca scientifica e della tutela della salute al livello di valori costituzionali primari consiste essenzialmente in una valutazione di carattere sostanziale, sulla cui base tutti i summenzionati valori sono ricollegabili al principio supremo della valorizzazione della persona alla luce dell'ideologia personalistica e solidaristica affermata dal Costituente». Sulla tutela costituzionale del diritto alla salute vedi R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità, Trattato di biodiritto*,

La collaborazione fra gli enti di cui sopra si inverte attualmente – in questa sede non pare possibile ricostruire i modelli previgenti<sup>12</sup> – nell’Azienda Ospedaliera Universitaria (d’ora in avanti A.O.U.) quale persona giuridica in cui si soggettivizza “l’apporto reciproco” tra le funzioni del Servizio sanitario e quelle dell’Università<sup>13</sup>. Come, infatti, espressamente previsto dall’art. 3, comma 6, d.lgs. 517/1999, la A.O.U. concorre non solo ad attuare gli obiettivi della programmazione sanitaria nazionale e regionale e, quindi, a tutelare il diritto alla salute<sup>14</sup>, ma anche a realizzare i compiti istituzionali della Scuola (già Facoltà di) Medicina e Chirurgia e, quindi, a sviluppare la ricerca scientifica e la didattica nell’ambito delle scienze mediche<sup>15</sup>. Il metodo, normativamente previsto, per la

---

diretto da S. RODOTÀ e P. ZATTI, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 3-64, nonché A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 1 ss., spec. p. 18 ss. alle cui opere si rinvia per i riferimenti bibliografici. Sulla tutela costituzionale della libertà di ricerca scientifica e di insegnamento nonché delle Università vedi A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, in *Nuove dimensioni dei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, Cedam, 1990, p. 98 ss.; C. MARZUOLI, *Istruzione: libertà e servizio pubblico*, in C. MARZUOLI (a cura di), *Istruzione e servizio pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 25 ss.; F. MERLONI, *Università*, voce in *Diz. dir. pubbl.*, 2006, vol. VI, Milano, Giuffrè, p. 6103 ss. alle cui opere si rinvia per i riferimenti bibliografici.

(12) Cfr. l’efficace ricostruzione di C. BOTTARI, *Tutela della salute ed organizzazione sanitaria*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 124-183, il quale pone in luce che «uno degli argomenti maggiormente controversi della storia sanitaria del nostro Paese è quello relativo ai rapporti tra Università ed Istituzioni di assistenza sanitaria (Enti ospedalieri prima, Unità sanitarie locali poi, a partire dal 1999 trasformate in Aziende)», nonché di M. G. ROVERSI MONACO, *Università e Servizio sanitario nazionale: l’Azienda Ospedaliera Universitaria*, cit., 2011, pp. 1-45. Vedi anche le riflessioni di: A. BARDUSCO, *Servizio sanitario ed Università*, in *San. pubbl. e priv.*, 2004, p. 953 ss.; A. FERRARI, L. NATALE, *La ricerca nelle aziende ospedaliero-universitarie*, in *La ricerca nel Servizio Sanitario Nazionale*, Bologna, Bionomia University Press, 2009, pp. 111-131.

(13) Cfr. comma 6, art. 2, d.lgs. 517/1999 da cui è tratta la locuzione di cui nel testo; comma 1, art. 2, d.lgs. 517/1999: «La collaborazione fra Servizio sanitario nazionale e Università si realizza [...] attraverso aziende ospedaliero-universitarie, aventi autonoma personalità giuridica [...]»; comma 6, art. 2, d.lgs. 517/1999 da cui è tratta la locuzione di cui nel testo.

(14) Sull’evoluzione della salute da problema di ordine pubblico a diritto sociale vedi R. FERRARA, *L’ordinamento della sanità*, in F.G. SCOCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI (a cura di), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 1-113; C. BOTTARI, *Tutela della salute ed organizzazione sanitaria*, cit., pp. 13-41.

(15) Cfr. comma 3, art. 6, l. n. 168/1989: «Le Università svolgono attività didattica»; comma 4, art. 6, l. n. 168/1989: «Le Università sono sedi primarie della ricerca scientifica»; lettera c), comma 2, art. 2, l. n. 240/2010 il quale dispone la «semplificazione dell’articolazione interna, con contestuale attribuzione al dipartimento delle funzioni finalizzate allo svolgimento della ricerca scientifica, delle attività didattiche e formative, nonché delle attività rivolte all’esterno ad esse

cura dei summenzionati interessi a «soddisfazione necessaria»<sup>16</sup> è «l'efficace e sinergica integrazione» fra l'attività assistenziale e l'attività didattico-scientifica<sup>17</sup>.

## ***2. Oggetto, obiettivi e ragioni della ricerca***

Nella prospettiva esposta si inquadra il presente studio concernente l'organizzazione delle A.O.U. (già Aziende ospedaliere integrate con l'Università<sup>18</sup>) nella Regione Emilia-Romagna, ossia «le A.O.U. di Bologna, di Ferrara, di Modena e di Parma che costituiscono le aziende di riferimento delle Università di Bologna, di Ferrara, di Modena-Reggio Emilia e di Parma per le attività assistenziali essenziali allo svolgimento delle funzioni istituzionali di didattica e di ricerca [delle Scuole di Medicina e Chirurgia]»<sup>19</sup>.

L'organizzazione delle A.O.U. appare meritevole di approfondimento in quanto – costituisce ormai un dato acquisito della riflessione giuridica – la c.d. decisione organizzativa indirizza e prefigura la dinamica dell'attività amministrativa e, quindi, necessariamente incide sulle modalità di cura degli interessi pubblici. Esiste, quindi, una relazione di interdipendenza funzionale fra organizzazione ed attività tale per cui la prima è – secondo una nota ricostruzione – «momento astratto della prefigurazio-

---

correlate o accessorie» e, quindi, la soppressione delle Facoltà.

(16) Sull'enunciato "interessi a soddisfazione necessaria" vedi G. Rossi, *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria. Crisi e nuove prospettive del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 16-17: «con il termine "interessi a protezione necessaria" si definiscono quegli interessi che, in un determinato contesto storico, sociale, culturale, economico e politico, le collettività possono e devono necessariamente soddisfare».

(17) Cfr. secondo periodo, comma 6, art. 2, d.lgs. 517/1999.

(18) Così lettera *b*), comma 1, art. 2, l.r. 29/2004. Vedi anche comma 2 e comma 3, art. 2, d.lgs. 517/1999: «Per un periodo transitorio di quattro anni dall'entrata in vigore del presente decreto, le aziende ospedaliero-universitarie si articolano, in via sperimentale, in due tipologie organizzative: [...] *b*) aziende ospedaliere costituite mediante trasformazione dei presidi ospedalieri nei quali insiste la prevalenza del corso di laurea in medicina e chirurgia, anche operanti in strutture di pertinenza dell'Università, denominate aziende ospedaliere integrate con l'Università. [...] Al termine del quadriennio di sperimentazione, alle aziende di cui al comma 1 si applica la disciplina prevista dal presente decreto, salvo gli adattamenti necessari, in base anche ai risultati della sperimentazione, per pervenire al modello aziendale unico di Azienda Ospedaliero-Universitaria».

(19) Cfr. comma 4, art. 9, l.r. 29/2004.

ne dell'attività» e la seconda è «traduzione dell'organizzazione in atti»<sup>20</sup>. Alla luce di tali elementi emerge la rilevanza dell'organizzazione delle A.O.U.<sup>21</sup> e, quindi, sembra potersi giustificare l'attuale indagine. Ivi, in particolare, ci si propone di ricostruire sistematicamente la struttura e la funzione degli eterogenei moduli organizzativi – da studiare con meto-

---

(20) M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, pp. 122-152, spec. p. 119: «Appunto perché modellata sugli interessi che deve curare l'organizzazione reagisce su tali interessi e ne influenza la realizzazione assumendo una funzione attiva nell'intero processo di soddisfazione di essi»; p. 126 da cui sono tratte le espressioni riportate nel testo; p. 130: «l'organizzazione è un modo di essere di tale attività, il suo momento iniziale, un congegno e complesso di congegni di orientamento e di direzione di essa»; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, *passim*, spec. pp. 73-74: «dall'organizzazione stessa dipende non soltanto il buon andamento degli uffici [...], ma altresì la maniera sostanziale di condursi degli uffici stessi nella loro attività [...]». L'organizzazione traccia una linea di congiungimento tra i dati propriamente strutturali e quelli del funzionamento e dell'attività». Più recentemente A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 179 ss. spec. p. 192: «Al centro della questione deve porsi il rapporto fra gli interessi tutelati a livello di organizzazione e la distribuzione dei compiti fra gli organi di un apparato amministrativo»; p. 193: «l'ottica si sposta così sulla scelta in ordine alla corrispondenza fra qualità del compito attribuitario e qualità dell'organo attribuitario, con tutte le conseguenze che da ciò deriveranno in termini di svolgimento della futura attività»; G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 5: «È stato da tempo evidenziato, fra organizzazione ed attività esiste un nesso strettissimo, una continuità che porta a configurare l'organizzazione non solo come fattore strumentale alla soddisfazione degli interessi pubblici, bensì come presupposto strutturale per la guida dell'azione pubblica»; F. MERLONI, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione fra politica e amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 55 ss., spec. pp. 98-99, le cui stimolanti riflessioni rilevano che «la garanzia sta nella predeterminazione di funzioni (scopo), nell'articolazione delle funzioni in attività di esercizio e nella loro distribuzione tra uffici costruiti in modo tale da assicurare lo svolgimento adeguato dell'azione amministrativa. [...] Poiché, però, l'organizzazione non sta solo nella predeterminazione delle competenze degli organi, ma nella configurazione delle *caratteristiche personali dei loro titolari*, la disciplina del rapporto che lega questi ultimi alle pubbliche amministrazioni è essa stessa una garanzia di imparzialità».

(21) Cfr., pur con riferimento all'organizzazione sanitaria in generale, C.E. GALLO, *Organizzazione sanitaria e diritto alla salute*, in C.E. GALLO e B. PEZZINI (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 133: «potrebbe dirsi che il problema dell'organizzazione sanitaria è un problema organizzativo in sé, che prescinde, quantomeno per la gran parte, dalla considerazione della posizione soggettiva del destinatario. Peraltro, se si invertono i termini del problema, se si considera, cioè, il rapporto tra il diritto alla salute e la organizzazione sanitaria, nella nuova prospettiva mutano certamente anche le prime preliminari impressioni. [...] In quest'ottica, ben si comprende, perciò, come si possa considerare l'organizzazione amministrativa della sanità in relazione al diritto alla salute»; M. DUGATO, *Sussidiarietà e tutela della salute*, in *San. pubbl.*, 2006, p. 5 ss.

do «osservativo ed empirico»<sup>22</sup> – specificamente preordinati al coordinamento e all'integrazione fra assistenza ospedaliera, didattica e ricerca. In altri termini, l'indagine non prende in considerazione il complesso dell'organizzazione delle A.O.U., ma solo gli uffici<sup>23</sup>, gli organi<sup>24</sup> e gli atti (non normativi) di organizzazione<sup>25</sup> rilevanti ai fini del coordinamento e dell'integrazione dei summenzionati interessi pubblici e che, di conseguenza, sono oggetto di una disciplina speciale rispetto a quella applicabile alle aziende sanitarie<sup>26</sup>. Non sono, invece, oggetto di studio i

---

(22) Così, con riferimento agli istituti di coordinamento, G.D. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 7-71, spec. p. 70, il quale pone in luce che «punto di partenza [dell'indagine] non è più dunque la rassicurante idea di unità, ma la problematica condizione effettiva di conflitto e concorrenza tra interessi che caratterizza le attuali società pluraliste».

(23) Sulla nozione di ufficio vedi M.S. GIANNINI, *Organi (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXI, Milano, Giuffrè, 1981, p. 42: «L'ufficio [...] è un elemento organizzativo dell'ente, ma giuridicamente conformato; nella sua conformazione, è identico all'ufficio in senso funzionale: è attributario di una funzione definita, composto di prestazioni e di cose. La differenza tra l'ufficio in senso giuridico e l'ufficio funzionale è che nel primo il contenuto conformativo è oggetto di una disposizione giuridica, il quale dispone altresì circa le prestazioni di persone o cose, cioè, in termini giuridici più precisi, circa i servizi personali e reali dell'ufficio»; M.S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, p. 219 ss., ora in *Scritti 1955-1962*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 2004, p. 358: «è solo una qualificazione della norma ad elevare a uffici i complessi materiali di persone e cose, delimitandone l'azione e insieme individuandola».

(24) Sulla nozione di organo vedi M.S. GIANNINI, *Organi (teoria gen.)*, cit., p. 44: «l'ufficio in senso giuridico non è strumento ai fini dell'imputazione, ossia ai fini dell'essere l'ente soggetto giuridico. Il concetto di ufficio è neutro rispetto all'ordine delle imputazioni nel senso che serve solo a spiegare la distribuzione delle funzioni nell'organizzazione dell'ente. Strumento ai fini dell'imputazione è invece l'organo, e sono organi solo quegli uffici che le norme indicano come idonei ad operare l'imputazione giuridica all'ente».

(25) Sulla nozione di fonti dell'organizzazione o, più precisamente, di «atti precettivi di organizzazione» vedi M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice*, cit., pp. 139-152, spec. p. 142: «con questa locuzione di comodo [i.e. atti precettivi di organizzazione] si designano [...] ripetizioni gli atti che contengono una regola di organizzazione»; più precisamente, M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1993, p. 335: «l'attività organizzativa [...] è l'attività con cui una figura soggettiva provvede a: a) ordinare i propri uffici, b) disciplinare l'attività di ciascuno, c) a procurarsi e ad organizzare i beni e i servizi di cui ha bisogno per svolgere l'attività che le è propria come figura soggettiva»; p. 340: «l'attività di organizzazione dei pubblici poteri, presa nel suo complesso, è divisa in due grandi parti. Una che è disciplinata da atti normativi primari, un'altra che è lasciata dagli atti normativi primari [...] all'amministrazione e costituisce la potestà organizzativa in senso proprio».

(26) Cfr. E. MENICETTI, *L'organizzazione aziendale: le aziende unità sanitarie locali, le aziende ospedaliere e le aziende ospedaliero-universitarie*, in *Manuale di diritto sanitario*, a cura di R.

moduli di integrazione e di coordinamento afferenti a due ulteriori ambiti delle A.O.U.: il personale e le risorse economico-finanziarie. Stante, infatti, la loro complessità e la loro specificità appare necessario procedere ad un loro esame separato<sup>27</sup>.

Dopo aver delineato la struttura e la funzione di ciascuno dei predetti moduli organizzativi si cerca di verificare se siano o meno idonei ed adeguati alla realizzazione del fine delle A.O.U.: «l'efficace e sinergica integrazione» fra l'attività assistenziale e l'attività didattico-scientifica<sup>28</sup>.

Ciò premesso, si può iniziare l'esposizione i cui riferimenti normativi sono:

a) i principi del d.lgs. 517/1999<sup>29</sup> (la Corte costituzionale ha statuito che il rapporto tra Servizio sanitario ed Università rientra nella materia di legislazione concorrente denominata “tutela della salute” per cui la disciplina del principio spetta allo Stato e quella del dettaglio alla Regione. Ne deriva come ulteriore corollario che gli atti sublegislativi – ivi compresi gli atti di indirizzo e di coordinamento di cui all'art. 4 del d.lgs. 112/1998 – adottati dallo Stato antecedentemente all'entrata in vigore del novellato titolo V producono effetti fino a quando la Regione non esercita la propria potestà legislativa o regolamentare; quelli, invece, emanati successivamente sono invalidi per violazione dell'art. 117, comma 6, Cost. il quale riserva alle Regioni la potestà regolamentare nella materie di legislazione concorrente<sup>30</sup>);

---

BALDUZZI e G. CARPANI, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 260: la disciplina dell'Azienda Ospedaliero-Universitaria «si pone come disciplina “speciale” e in quanto tale applicabile ove vi sia contrasto con le richiamate norme generali del d.lgs. 502/1992 s.m.i.».

(27) Cfr. per un'analogia opzione metodologica M.G. ROVERSI MONACO, *Università e Servizio sanitario nazionale: l'Azienda Ospedaliera Universitaria*, cit., p. XXI: «La ricerca non tratta, invece, il regime del rapporto del personale universitario all'interno delle aziende ospedaliero-universitarie, argomento che richiede una ricerca autonoma per la sua complessità, in quanto l'analisi si è incentrata sulla ricostruzione dei rapporti istituzionali fra le Università e le Regioni e sulla configurazione e la struttura organizzativa delle aziende ospedaliero-universitarie medesime».

(28) Cfr. secondo periodo, comma 6, art. 2, d.lgs. 517/1999.

(29) D.lgs. 21 dicembre 1999, n. 517 recante “Disciplina dei rapporti fra Servizio sanitario nazionale ed Università, a norma dell'articolo 6 della l. 30 novembre 1998, n. 419”.

(30) Cfr. punti 4 e 5 dei *Considerato in diritto* di Corte costituzionale, 4 novembre 2003, n. 329: «Il nuovo articolo 117, terzo comma, della Costituzione affida alla potestà legislativa concorrente

- b) la l.r. Emilia-Romagna 29/2004 e, in particolare, l'art. 9 (la *rubrica legis* di tale disposizione è significativamente denominata "Relazioni fra Servizio sanitario regionale ed Università"<sup>31</sup>);
- c) la delibera n. 318/2005 della Giunta della Regione Emilia-Romagna (la predetta delibera è stata adottata sulla base del comma 6 dell'art. 9 della l.r. 29/2004 e, quindi, previa intesa in sede di Conferenza Regione-Università<sup>32</sup>);
- d) la direttiva adottata con delibera n. 86/2006 dalla Giunta della Regione Emilia-Romagna *ex art.* 3, comma 4, l.r. 29/2004<sup>33</sup> (il punto 1.3

---

delle Regioni la materia della tutela della salute. [...] Deve escludersi la possibilità per lo Stato di intervenire in tale materia con atti normativi di rango sublegislativo, in considerazione di quanto disposto dall'art. 117, sesto comma, della Costituzione; e parimenti, è da escludere la permanenza in capo allo Stato del potere di emanare atti di indirizzo e coordinamento in relazione alla materia *de qua* anche alla luce di quanto espressamente disposto dall'art. 8, comma 6, l. n. 131/2003 [...] il quale stabilisce che «nelle materie di cui all'art. 117, terzo e quarto comma, della Costituzione non possono essere adottati gli atti di indirizzo e di coordinamento di cui all'art. 8 della legge 15 marzo 1997, n. 59 e all'art. 4 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112». È pertanto evidente che lo Stato non ha più il potere di emanare un atto quale il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 24 maggio 2001 recante "Linee guida concernenti i protocolli di intesa da stipulare tra regioni e Università per lo svolgimento delle attività assistenziali delle Università nel quadro della programmazione nazionale e regionale ai sensi dell'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 21 dicembre 1999, n. 517". [...] Le Regioni [hanno] la possibilità di sostituire la disciplina dettata dal [d.P.C.M. 24 maggio 2001] pur dovendosi riconoscere che in forza del principio di continuità tale atto mantiene la propria vigenza nell'ordinamento sia pure con carattere di cedevolezza rispetto all'eventuale intervento normativo regionale». Sul d.P.C.M. 24 maggio 2001 vedi F. C. RAMPULLA, *Le incerte linee guida per i rapporti tra Università e servizio nazionale*, in *San. pubbl.*, 2001, pp. 883-893.

(31) L.r. 23 dicembre 2004, n. 29 recante "Norme generali sull'organizzazione ed il funzionamento del Servizio sanitario regionale". Per un quadro di carattere generale sui rapporti tra Università e Servizio sanitario regionale emiliano-romagnolo vedi F. BANORRI, *I rapporti tra Università e Sistema sanitario regionale emiliano-romagnolo alla luce della legge regionale n. 29 del 2004*, in C. BOTTARI (a cura di), *Il nuovo sistema dei rapporti Regione-Università*, Bologna, Bonomia University Press, 2006, pp. 75-95.

(32) Delibera 14 febbraio 2005, n. 318 della Giunta della Regione Emilia-Romagna recante "Disciplina delle Aziende ospedaliero-universitarie ai sensi dell'articolo 9, comma 6, della legge regionale 23 dicembre 2004, n. 29" il quale prevede che «La Regione, previa intesa della Conferenza Regioni-Università di cui alla l.r. 6/2004 disciplina le Aziende ospedaliero-universitarie in analogia alle Aziende USL e secondo i principi del decreto legislativo n. 517 del 1999 [...]».

(33) Delibera 30 gennaio 2006, n. 86 della Giunta della Regione Emilia-Romagna recante "Direttiva alle aziende sanitarie per l'adozione dell'atto aziendale" adottata *ex* comma 4, art. 3, l.r. 29/2004 il quale dispone che «Gli atti aziendali di cui al comma 1 sono adottati dai Direttori generali in coerenza con le direttive emanate dalla Giunta regionale ai sensi di quanto

di tale direttiva ne prevede espressamente l'applicabilità tanto alle Aziende USL quanto alle A.O.U. in quanto tutti i modelli di azienda previsti dal Servizio sanitario regionale «condividono la comune tensione verso l'integrazione della tradizionale funzione primaria di assistenza con quella di ricerca e di formazione», fermo restando comunque che «il peso [...] di ciascuna delle tre componenti» è differente in relazione al tipo di azienda cui ci si riferisce<sup>34</sup>.

### **3. I moduli di integrazione aventi natura di ufficio: i dipartimenti**

L'unità organizzativa fondamentale delle A.O.U. è il dipartimento, il quale è articolato in strutture complesse che, a loro volta, sono suddivise in strutture semplici<sup>35</sup>.

Sul piano strutturale, il dipartimento è organizzato come «centro di responsabilità e di costo unitario» il cui dirigente assume poteri gestionali da esercitarsi «tenendo conto delle [...] peculiari esigenze connesse alle attività didattiche e scientifiche»<sup>36</sup>.

Sul piano funzionale, applicando al caso di specie nozioni di teoria dell'organizzazione, il dipartimento è un ufficio preordinato all'esercizio «organico ed integrato» dei compiti «finali e strumentali» afferenti «a grandi aree di materie omogenee»<sup>37</sup>. Applicando tale nozione al caso di

---

previsto all'articolo 4 della legge regionale n. 19 del 1994, come modificato dall'articolo 4 della legge regionale 25 febbraio 2000, n. 11 [...]. Tali direttive sono emanate previo parere della commissione consiliare competente [...].

(34) Cfr. punto 1.3 della direttiva adottata con delibera n. 86/2006 dalla Giunta regionale. Al riguardo M.G. ROVERSI MONACO, *Università e Servizio sanitario nazionale: l'Azienda Ospedaliera Universitaria*, cit., p. 187: «dovrebbe forse più correttamente parlarsi non del diverso peso delle tre attività all'interno delle aziende, ma della diversità dei fini istituzionali da esse assunti all'interno delle aziende medesime».

(35) Sulla struttura organizzativa vedi comma 1, art. 3, d.lgs. 517/1999: «L'organizzazione dipartimentale è il modello ordinario di gestione operativa [...]. I dipartimenti sono articolati in strutture complesse e in articolazioni funzionali definite strutture semplici»; punto 4.2 della direttiva adottata con delibera n. 86/2006 dalla Giunta regionale: «I dipartimenti rappresentano la struttura organizzativa fondamentale delle aziende [...]. I dipartimenti aggregano una pluralità di unità operative/servizi di discipline o funzioni assistenziali affini o complementari ed assicurano la gestione unitaria delle risorse».

(36) Cfr. il combinato disposto del secondo periodo, comma 4, art. 3 nonché comma 5, art. 3, d.lgs. 517/1999.

(37) Come ricorda G. SCIULLO, *Alla ricerca del centro. Le trasformazioni in atto*

specie si può affermare che i dipartimenti delle A.O.U. sono funzionali all'esercizio integrato di funzioni assistenziali, didattiche e di ricerca afferenti ad ambiti fra loro omogenei<sup>38</sup>.

La normativa regionale – a differenza di quella statale<sup>39</sup> – pare prevedere unicamente i dipartimenti c.d. ad attività integrata e, quindi, utilizzando l'argomento c.d. *a contrario*, pare potersi affermarsi che sia esclusa l'esistenza dei dipartimenti c.d. ad attività assistenziale che svolgono esclusivamente compiti di cura dei pazienti ricoverati o fruitori dei servizi medici.

### 3.1 *Profili critici*

Le criticità appaiono di due tipi concernenti rispettivamente, da un lato, l'organizzazione del dipartimento; dall'altro, la relazione fra i dipartimenti ad attività integrata e i dipartimenti universitari.

Con riferimento al primo profilo, si evidenzia che le disposizioni di legge (statale e regionale) prevedono l'articolazione delle A.O.U. in dipartimenti ad attività integrata, ma non ne tipizzano i criteri di organizzazione sia sotto il profilo della loro istituzione (*i.e.* l'aggregazione delle strutture operative) sia sotto il profilo della loro disciplina (*i.e.* il c.d. funzionamento). Ebbene, ferma restando la pluralità e la varietà delle soluzioni, gli atti di organizzazione delle A.O.U. devono prevedere (prima) ed attuare (poi) criteri organizzativi adeguati all'obiettivo dell'integrazione fra assistenza, didattica e ricerca. In caso contrario, l'organizzazione per diparti-

---

*nell'amministrazione statale italiana*, cit., p. 41: «nel [modello] dipartimentale le strutture sono raccolte intorno a compiti finali concernenti “grandi aree omogenee” e a compiti strumentali rispetto ad essi». Sul dipartimento come modello organizzativo vedi l'attenta analisi di C. BOTTARI, *Il modello dipartimentale nel quadro normativo statale di riferimento*, in *San. pubbl.*, 2000, p. 1291 ss.

(38) Cfr. E. MENICCHETTI, *L'organizzazione aziendale: le aziende unità sanitarie locali, le aziende ospedaliere e le aziende ospedaliero-universitarie*, in R. BALDUZZI e G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 261, il quale evidenzia che «nessuna norma [...] offre una definizione puntuale del dipartimento». Tuttavia, come precisa A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 107, d'esperienza precedente e successiva all'introduzione dell'obbligo di impiegarlo come modalità organizzativa ordinaria consente di evidenziarne i tratti fondamentali [...].

(39) Comma 7, art. 3, d.lgs. 517/1999: «L'atto aziendale [...] può prevedere, oltre ai dipartimenti ad attività integrata [...], la costituzione di dipartimenti assistenziali [...].»

menti è inidonea a realizzare lo scopo per cui è stata istituita e avrebbe il significato di un'ottemperanza meramente formale ad una prescrizione di legge. Appare, quindi, condivisibile il protocollo di intesa concluso fra la Regione Emilia-Romagna e le Università degli Studi di Bologna, Ferrara, Modena-Reggio Emilia e Parma<sup>40</sup> nella parte in cui individua come criterio di organizzazione e disciplina dei dipartimenti quello della «coerenza fra le attività assistenziali, didattiche e di ricerca»<sup>41</sup>.

Per secondo, si evidenzia che i dipartimenti ad attività integrata coesistono con i dipartimenti universitari dell'area medica. Di conseguenza, sorge il problema di creare sinergie e di evitare sovrapposizioni fra le due strutture. Al riguardo il richiamato Protocollo di intesa individua espressamente l'obiettivo «della confluenza delle attività dei dipartimenti universitari (e dei dipartimenti assistenziali) nei dipartimenti ad attività integrata» da realizzarsi mediante un «percorso» il cui punto di partenza non può che essere l'organizzazione dei dipartimenti universitari secondo modelli idonei a realizzare il predetto risultato<sup>42</sup>.

#### ***4. I moduli di integrazione aventi natura di organo: il comitato di indirizzo. Profili critici***

Il comitato di indirizzo è composto da cinque membri «di notoria e riconosciuta indipendenza», nonché «esperti in materia di organizzazione e programmazione dei servizi sanitari»<sup>43</sup>. Più precisamente: componente di dirit-

---

(40) Il protocollo di intesa fra la Regione Emilia-Romagna e le Università degli Studi di Bologna, Ferrara, Modena-Reggio Emilia e Parma in attuazione dell'art. 9 della l.r. 23 dicembre 2004, n. 29 è stato stipulato il 14 febbraio 2005.

(41) Cfr. primo capoverso del secondo comma dell'art. 7 del Protocollo di Intesa.

(42) Cfr. P. DE ANGELIS, *Protocolli d'Intesa e accordi attuativi: natura giuridica ed elementi costitutivi*, in C. BOTTARI (a cura di), *I rapporti tra Servizio Sanitario Nazionale ed Università*, Bologna, Bonomia Express University, 2010, p. 50: «L'art. 7 del [Protocollo di Intesa] detta una disciplina sufficientemente compiuta dalla quale emerge la volontà non solo di individuare e disciplinare il funzionamento dei dipartimenti ad attività integrata ma anche di rendere quanto più logica e possibile e ad essi uniforme la costituzione e la disciplina dei Dipartimenti universitari».

(43) Cfr. comma 4, art. 4, d.lgs. 517/1999; comma 2, art. 5, deliberazione n. 318/2005 della Giunta regionale Emilia-Romagna: «I componenti del Comitato di indirizzo [...] durano in carica quattro anni e possono essere confermati una sola volta. Non possono far parte del Comitato di indirizzo né coloro che abbiano un rapporto di lavoro con l'Azienda né i componenti della

to è il Presidente della Scuola di Medicina e Chirurgia dell'Università; due sono designati dalla Regione Emilia-Romagna; uno dal Rettore dell'Università di riferimento<sup>44</sup>; il Presidente d'intesa fra il Presidente della Giunta regionale dell'Emilia-Romagna ed il Rettore dell'Università di riferimento. Non può, quindi, essere revocato in dubbio che l'organo in esame abbia natura collegiale i cui componenti di nomina (regionale ed universitaria) rappresentano o, se si vuole, sono portatori rispettivamente dell'interesse all'assistenza e dell'interesse alla ricerca e didattica in ambito medico<sup>45</sup>. Di conseguenza, il comitato diviene sede di coordinamento e di composizione dei predetti interessi da realizzarsi mediante la prevenzione o la risoluzione dei (potenziali o attuali) conflitti fra di essi<sup>46</sup>. Sul piano funzionale, il comitato è organo di indirizzo. Non pare possibile approfondire la nozione e le problematiche di tale funzione<sup>47</sup>. In questa sede pare sufficiente evidenziare che essa si esercita mediante l'adozione di atti ed il compimento di operazioni preordinati – si richiamano le riflessioni ancora efficaci di antica dottrina – a «coordinare armonicamente l'azione

---

Facoltà di Medicina e Chirurgia. Il Direttore generale partecipa ai lavori del Comitato di indirizzo senza diritto di voto.

(44) Cfr., comma 2, art. 5, deliberazione n. 318/2005 della Giunta regionale.

(45) Cfr. E. CARLONI, *Dagli IRCCS ai Policlinici. I limiti dell'aziendalizzazione tra alta specializzazione, ricerca e didattica universitaria*, in A. PIOGGIA, M. DUGATO, G. RACCA, S. CIVITARESE MATTEUCCI (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, Milano, Franco Angeli, 2008, pp. 136-137: «L'organo di indirizzo, cui la legge affida il compito di garantire la coerenza e l'integrazione tra le diverse funzioni assegnate: la composizione di quest'organo, affidata ai protocolli regioni-Università, finisce per assumere nell'esperienza concreta spesso i caratteri di una sede di compensazione».

(46) Sugli organi collegiali cfr. R. VILATA, *Collegi Amministrativi*, voce in *Enc. Giur.*, Giuffrè, vol. VI, 1988, p. 1: «Il dato strutturale qualificante [della collegialità] venne ritrovato nella composizione di interessi configgenti; più precisamente la collegialità venne risolta nella figura organizzatoria di composizione preventiva di interessi, ottenuta per il tramite della ricomprensione nel collegio dei portatori dei diversi interessi. Tale prospettiva si allaccia ad un'intuizione di M.S. Giannini, che ha condizionato la dottrina successiva, forse al di là degli stessi intendimenti del suo autore»; F. CAMELLI, *L'amministrazione per collegi*, Bologna, Il Mulino, 1980, pp. 138-142, spec. p. 139: «i criteri secondo cui è stata operata la scelta dei soggetti presenti nel collegio ed altri profili giuridicamente rilevanti possono essere giustificati soltanto richiamando lo stretto rapporto tra norme organizzative ed indirizzo [e] l'intima connessione tra funzione organizzatrice e funzione di indirizzo».

(47) Cfr. G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Padova, Cedam, 1988; E. PICOZZA, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1988.

degli organi, ad eliminare eventuali conflitti fra gli stessi, ad eccitare non di rado, ad autorizzarne o comunque in diverse guide a condizionarne il pratico funzionamento, a sopprimere attriti ed altri ostacoli che si possono frapporre al raggiungimento dei fini unitari<sup>48</sup>. In sintesi: la funzione di indirizzo è un'attività di impulso, coordinamento e guida strumentale a conservare l'unitarietà degli obiettivi nell'eterogeneità delle azioni<sup>49</sup>.

In tale ottica si inquadra la duplice funzione dell'organo di indirizzo: da un lato, propositiva-consultiva in ordine alla coerenza fra programmazione aziendale e programmazione didattica e scientifica dall'Università; dall'altro, di verifica riguardo la concreta attuazione di tale programmazione<sup>50</sup>.

#### 4.1. *Profili critici*

Due appaiono i profili critici, uno di ordine strutturale, l'altro, di ordine funzionale.

Sul piano strutturale, come rilevato, la normativa (statale e regionale) prevede un unico requisito professionale per i componenti dell'organo

(48) V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi Urbinati*, 1939, p. 82.

(49) Cfr. G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, cit., p. 127 ss., spec. p. 139: «le prescrizioni, poste in sede di indirizzo, entrano in una fase attuativa passando attraverso un'attività; un'attività che si caratterizza finalisticamente per essere rivolta ad agire sugli agenti in funzione dei fini che debbono essere raggiunti, per indirizzare, cioè la condotta degli stessi in funzione delle scelte che hanno presieduto»; p. 140: «collocandosi all'interno della fenomenologia dell'indirizzo e della sua attuazione, si ipotizza che [...] sussista un momento operativo ed ideale che non si confonde né con la determinazione dell'indirizzo medesimo né con la sua concreta esecuzione: un'attività, cioè, rivolta a promuovere e coordinare la realizzazione di indirizzi dati; non a legiferare, dunque, o ad amministrare per il raggiungimento di determinati fini, ma ad agire sulla legislazione e sull'amministrazione perché queste si muovano nella direzione voluta dall'indirizzo prescelto»; p. 147: «la determinazione di un indirizzo come collegamento logico [...] con il finalismo che regge l'organizzazione; dall'altra, si può individuare, anche se talvolta confusa o incorporata in altre attività, un'azione di impulso, coordinamento e guida che mira a portare l'indirizzo dato, in fase ormai realizzativa, entro le attività esecutive, in quegli atti che costituiscono il punto d'incidenza dell'organizzazione sulla realtà esterna».

(50) Cfr. comma 4, art. 4, d.lgs. 517/1999; comma 1, art. 5, delibera n. 318/2005 della Giunta regionale Emilia-Romagna. Al riguardo vedi C. BOTTARI, *Tutela della salute ed organizzazione sanitaria*, cit., p. 162 il quale osserva, peraltro, che «i caratteri formali delle attribuzioni dell'organo di indirizzo non devono trarre in inganno in quanto è presumibile che il Direttore generale dovrà concordare con l'organo di indirizzo, nei limiti dei piani sanitari, le scelte organizzative e funzionali di maggior momento, anche per non innescare contenziosi che potrebbero rivelarsi per lo stesso pericolosi al momento della conferma ovvero lo spunto per eventuali revoche».

di indirizzo: esperienza in organizzazione e programmazione dei servizi sanitari. L'assenza di qualsivoglia riferimento ad esperienze gestionali della didattica e della ricerca in ambito medico suscita perplessità stante la specifica funzione dell'organo di indirizzo: garantire la coerenza della programmazione assistenziale-scientifica-didattica. È pur vero, infatti, che il Presidente della Scuola di Medicina e Chirurgia è componente di diritto dell'organo di indirizzo ed è altrettanto vero che il Protocollo di Intesa prevede condivisibilmente la designazione di uno dei componenti da parte del Rettore dell'Università. Tuttavia tali previsioni non sembrano sufficienti ad escludere che la composizione dell'organo di indirizzo sia «sbilanciata verso esperti in questioni assistenziali»<sup>51</sup>. Sul piano funzionale, la legge (statale e regionale) non pare individuare gli atti e le operazioni mediante i quali l'organo di indirizzo esercita le proprie funzioni. Sarebbe stato forse preferibile una loro tipizzazione – pur a maglie larghe – così da determinare più chiaramente le attribuzioni spettanti al predetto organo. Appare, quindi, condivisibile la delibera n. 318/2005 della Giunta dell'Emilia-Romagna nella parte in cui specifica espressamente che l'organo di indirizzo esprima il parere sugli strumenti di programmazione economico-finanziaria di cui all'art. 6, comma 1, l.r. 29/2004, nonché sull'istituzione e soppressione delle strutture organizzative essenziali per l'esercizio dell'attività didattica e di ricerca. Formalmente pare trattarsi di una mera attività di consulenza. Sostanzialmente, invece, avvalendosi delle riflessioni di teoria generale elaborate da autorevole dottrina<sup>52</sup>, pare potersi affermare che la predetta at-

---

(51) Cfr. C. BOTTARI, *Tutela della salute ed organizzazione sanitaria*, cit., p. 162: «la composizione [dell'organo collegiale] sembra sbilanciata verso esperti in questioni assistenziali con l'ovvia eccezione del presidente della facoltà medica, con conseguente scarsa attenzione istituzionale per le problematiche didattico-scientifiche».

(52) Si applica al caso di specie l'elaborazione di A. TRAVI, *Parere nel diritto amministrativo*, voce in *Dig. disc. pubbl.*, vol. X, Torino, Utet, 1995, pp. 613-616, spec. p. 613: «Le riflessioni di ordine "sostanzialistico" sul procedimento amministrativo [...] hanno posto in luce come l'attività amministrativa che si esprime attraverso pareri possa avere anche valenze diverse da quella di consulenza»; p. 614: «Il parere risulta sempre espressione di una partecipazione a un processo decisionale, ma tale partecipazione non va sempre intesa come sussidio per la decisione finale (come è, invece, specifico dell'attività di consulenza). Talvolta è intesa come collaborazione alla gestione di certi interessi, o come strumento per introdurre interessi settoriali, che altrimenti non potrebbero assumere rilievo adeguato nel procedimento. In questi altri casi l'espressione del parere non si risolve nell'esercizio di una funzione consultiva in senso stretto: l'attenzione

tività non si esaurisce nell'esercizio di una funzione consultiva in senso stretto, ma pare strumentale all'introduzione – in sede decisionale – del più volte ricordato interesse pubblico all'integrazione fra cura, formazione e ricerca.

### 5. *Segue: il collegio di direzione*

L'art. 17 del d.lgs. 502/1992, come modificato dal comma 1 dell'art. 4 della l. n. 189/2012, attribuisce espressamente natura di organo al collegio di direzione. Si tratta di una qualificazione prevista da alcune disposizioni regionali e, per quanto qui interessa, dal comma 3 dell'art. 3 della l.r. 29/2004.

Sul piano strutturale, la normativa statale dispone che la composizione del collegio di direzione sia disciplinata in modo tale da garantire «la partecipazione di tutte le figure professionali presenti nell'azienda». A tale principio deve adeguarsi la normativa regionale che attualmente riserva all'atto aziendale la disciplina del collegio di direzione ferma restando comunque che il Direttore amministrativo e i Direttori dei dipartimenti ad attività integrata sono componenti di diritto del collegio e che la presidenza spetta al Direttore sanitario<sup>53</sup>.

Sul piano funzionale, la normativa statale contiene una disciplina delle funzioni del collegio di direzione delle A.O.U. speciale rispetto a quella delle aziende sanitarie: il che appare coerente con la specificità dei fini istituzionali della A.O.U.

In particolare, per quanto qui interessa, il terzo periodo del summenzionato art. 17 prevede che il predetto organo concorre, da un lato, alla programmazione – in sede di A.O.U. – delle attività formative e scientifiche individuate dall'Università; dall'altro, alla determinazione dei c.d. indicatori di struttura (*i.e.* “l'efficienza” dell'organizzazione), di processo (*i.e.* “l'appropriatezza e la qualità delle prestazioni”) e di esito (*i.e.* il risultato clinico-assistenziale).

Il rapporto fra l'organo di direzione e l'organo di indirizzo può essere

---

del legislatore non è tanto sulla qualità dell'attività provvedimentoale di una certa autorità, ma è piuttosto sulla garanzia della partecipazione di altre autorità ad un processo decisionale».

(53) Cfr. il combinato disposto del comma 2 e del comma 3 dell'art. 7 della delibera n. 381/2005 della Giunta regionale.

fonte di possibili duplicazioni e sovrapposizioni. Entrambi, infatti, esercitano funzioni di programmazione. Di conseguenza, sarebbe opportuno precisare espressamente che all'organo di indirizzo spetta la pianificazione strategica ed all'organo di direzione, invece, la programmazione delle azioni di attuazione degli obiettivi individuati in sede di pianificazione strategica<sup>54</sup>.

### **6. Il modulo di coordinamento previsto in sede di disciplina della nomina degli organi delle A.O.U.: l'intesa con il Rettore dell'Università**

L'acquisizione dell'intesa del Rettore è elemento necessario ai fini della conclusione del procedimento di nomina degli organi delle A.O.U. e, in particolare, del Direttore generale, del Presidente del comitato di indirizzo, dei Direttori dei dipartimenti ad attività integrata, dei dirigenti delle strutture complesse a direzione universitaria in quanto essenziali per l'esercizio dei compiti istituzionali dell'Università<sup>55</sup>.

Sul piano strutturale, l'istituto dell'intesa è analogo a quello del concerto<sup>56</sup> ed è riconducibile all'interno della c.d. fase decisoria pluristrutturata

---

(54) Cfr. F. DE ANGELIS, *Il personale universitario, docente e non docente, che svolge attività assistenziale. Inquadramento giuridico e questioni applicative*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 53-54.

(55) Sulla nomina del Direttore generale vedi comma 2, art. 4, d.lgs. 517/1999; comma 6, secondo periodo, art. 9, l.r. Emilia-Romagna n. 29/2004; comma 1, art. 4, delibera n. 318/2005 della Giunta regionale; sulla nomina del presidente del comitato di indirizzo cfr. terzo periodo, comma 4, art. 4, d.lgs. 517/1999; lettera a), comma 2, art. 5, delibera n. 318/2005; sulla nomina dei Direttori dei dipartimenti ad attività integrata vedi comma 4, art. 3, d.lgs. 517/1999; sulla nomina dei dirigenti delle strutture complesse a direzione universitaria in quanto essenziali per l'esercizio dei compiti istituzionali dell'Università cfr. comma 5, art. 5, d.lgs. 517/1999; comma 4, art. 8, Protocollo di intesa.

(56) Cfr. A.M. SANDULLI, *Appunti per uno studio sui piani regolatori*, in *Riv. giur. ed.*, II, 1958, nota 8, p. 133, più recentemente, vedi V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 378: «l'intesa è simile al concerto, ma è istituto proprio delle relazioni intersoggettive»; B. MATTARELLA, *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 2012, p. 305 ss., il quale tratta indifferentemente della figura «del concerto o dell'intesa con un altro organo o amministrazione»; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 478: «il concerto è un istituto che si riscontra di norma nelle relazioni tra organi dello stesso ente». «L'intesa, invece, viene di norma raggiunta tra enti differenti. Analogamente a quanto accade per il concerto, un'amministrazione deve chiedere ad altra autorità, il cui consenso condiziona l'atto finale»; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2015, p. 247.

del procedimento amministrativo<sup>57</sup>. Al riguardo non può sottacersi che la previsione dell'utilizzo di un modulo procedimentale in sede di normazione della nomina degli organi pone in luce l'esistenza di un collegamento fra disciplina dell'attività e disciplina della organizzazione così profonda da rendere difficile l'individuazione di una linea di discriminazione fra i due ambiti<sup>58</sup>.

Al di là comunque di tale osservazione di teoria generale, l'applicazione dell'istituto dell'intesa al caso di specie comporta che:

- il Presidente della Giunta regionale o il Direttore generale della A.O.U. individua il nominativo del titolare dell'organo e lo trasmette al Rettore<sup>59</sup>;
- il Rettore verifica se non vi sia pregiudizio agli interessi della didattica e della ricerca scientifica alla cui realizzazione l'Università è preposta e, ove la verifica abbia esito positivo, formula il proprio consenso alla nomina<sup>60</sup>. In sostanza, l'Università – mediante il meccanismo decisionale

(57) Come evidenzia F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, cit., pp. 44-45, lo schema della fase decisoria pluristrutturata «è diventato comune nella più fortunata e diffusa manualistica». Si tratta della «fase del procedimento nella quale [trovano] una medesima sistemazione i differenti istituti cui la discussione sull'atto complesso si era rivolta, quali la decisione collegiale, la deliberazione preliminare, l'approvazione, ma soprattutto la proposta, il concerto stesso, l'intesa, le eterogenee tipologie di procedimenti presupposti o subprocedimenti positivamente stabiliti nonché l'istituto della conferenza dei servizi».

(58) Sul punto cfr. G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, cit., pp. 5-6.

(59) Il Presidente della Giunta regionale è competente alla nomina del Direttore generale e del Presidente del Comitato di indirizzo. Il Direttore generale della A.O.U. è competente alla nomina dei Direttori dei dipartimenti ad attività integrata e dei dirigenti delle strutture complesse a direzione universitaria.

(60) Cfr. F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1967, p. 434 nota 172, il quale pone in luce che «l'autorità concertata opera per la tutela rispetto al provvedimento da altri emanando dell'interesse da essa istituzionalmente tutelato»; G. CORREALE, *Contributo allo studio del concerto*, Padova, Cedam, 1974, pp. 163-164: «ad essa [i.e. all'autorità concertata] non è dato provvedere, in alcun modo, alla comparazione dell'interesse, di cui risulta esponenziale, con il paradigma costituito dall'interesse principale, ma al contrario, una volta che l'autorità concertante si sia determinata nel senso di provvedere, deve rappresentarle quale sia, anzi come si presenti, *in fatto*, cioè nella realtà fattuale l'interesse di cui è centro esponenziale e come esso possa inserirsi nella disciplina che sarà contenuta nell'adottando atto prescrittivo del rapporto». Analogamente, pur muovendo da una differente prospettiva concettuale, F. CUOCOLO, *Concerto (atti di)*, voce in *Enc. Giur.*, vol. VII, Milano, Giuffrè, 1988, p. 2, il quale – relativamente agli atti adottati di concerto fra due Ministeri – evidenzia che «gli interessi pubblici che vengono espressi dai due ministri sono, dunque, necessariamente diversi

le dell'intesa – «partecipa»<sup>61</sup> alla scelta dei titolari degli organi di cui sopra. Non può che trattarsi, quindi, di un'intesa c.d. forte la cui mancata acquisizione preclude la conclusione del procedimento di nomina<sup>62</sup>. Sul piano funzionale, l'intesa appare essere strumento di raccordo procedimentale fra la Regione Emilia-Romagna e ciascuna delle Università ivi aventi sede, ossia fra l'autonomia funzionale e l'ente territoriale che curano rispettivamente la didattica e la ricerca scientifica, nonché l'assistenza sanitaria<sup>63</sup>, al fine di realizzare un risultato di coordinamento fra i predetti interessi pubblici<sup>64</sup>. Si tratta di una conclusione che costituisce precipua applicazione al caso di specie della concezione oggettivo-funzionale del procedimento amministrativo da concepirsi come istituto non solo di garanzia della conformità della «trasformazione del potere in atto» alla disciplina normativa, ma come figura di collegamento fra i differenti centri di cura degli interessi pubblici<sup>65</sup>.

---

e mentre il ministro che adotta il provvedimento mira direttamente al soddisfacimento del pubblico interesse che rientra nella sua competenza, il ministro che concede "il concerto" si limita ad accertare che tale soddisfacimento non contrasti con gli interessi pubblici ai quali fa capo il dicastero, o comunque si presenti compatibile con questi.

(61) Cfr., pur con riferimento al concerto, F.G. SCOCA, *Concerto e altre forme di collaborazione tra autorità nel procedimento di concessione relativo alla lavorazione degli olii minerali*, in *Riv. giur. idrocarburi*, 1965, p. 125, il quale evidenzia che sia l'autorità concertante sia l'autorità concertata «partecipano, in sede di concerto, alla *determinazione* del contenuto precettivo degli atti».

(62) Cfr., per la nozione di intesa c.d. forte, punto 4.1 dei *Considerato in diritto* di Corte costituzionale, 15 marzo 2013, n. 39.

(63) Cfr. N. AICARDI, *La sanità*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 2003, p. 648: «con riguardo in particolare all'erogazione del servizio pubblico, le riforme più recenti hanno portato a compimento in modo esplicito il processo di attribuzione alle Regioni della titolarità e della responsabilità complessiva della gestione».

(64) Cfr. R. FERRARA, *Gli accordi di programma. Potere, poteri pubblici e modelli dell'amministrazione concertata*, Padova, Cedam, 1993, p. 152: «le molteplici fattispecie di intesa a carattere endoprocedimentale giocano un ruolo fondamentale nel senso di portare all'interno del procedimento amministrativo il groviglio di interessi pubblici [...] di cui sono portatori due o più soggetti pubblici, consentendo il confronto ed in definitiva la composizione di ogni possibile conflitto [...]. Che ciò realizzi, anche, un risultato di coordinamento è certamente fuor di dubbio (corsivo aggiunto)».

(65) Sulla concezione funzionale del procedimento amministrativo vedi F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1952, p. 118 ss., ora in F. BENVENUTI, *Scritti (1948-1959)* vol. II, Milano, Vita e Pensiero, 2006, pp. 1117-1140; G.

### 6.1. *Profili critici inerenti al modulo dell'intesa*

Invero, come ricordato, né la normativa statale né la normativa regionale prevedono alcun meccanismo sostitutivo dell'intesa nell'ipotesi in cui Regione ed Università non addivengano ad un accordo: il che suscita perplessità in quanto, come emerge dalla giurisprudenza costituzionale, la paritaria codeterminazione di un atto oggetto dell'intesa «non deve condurre a situazioni paralizzanti né tradursi in una lesione del principio di buon andamento dell'amministrazione quale quella che si verrebbe a determinare ove il procedimento non dovesse concludersi entro termini ragionevoli»<sup>66</sup>. In altri termini, appare significativo il pericolo che l'inerzia della Regione o dell'Università nella cura degli interessi loro affidati possa pregiudicare la soddisfazione dell'interesse comune costituito dall'integrazione fra didattica, ricerca ed assistenza. A fronte di tale pericolo non viene previsto alcun rimedio: il che appare difficilmente ragionevole specie se si considera che invece meccanismi sostitutivi sono previsti per la conclusione del protocollo di intesa<sup>67</sup>. In sintesi: non pare esservi un adeguato bilanciamento di condotte "ostruzionistiche" foriere di squilibrio per l'assetto organizzativo delle A.O.U. previsto dal d.lgs. 517/1999 e dalla l.r. Emilia-Romagna n. 24/2009.

### 6.2. *Segue: profili critici inerenti all'intesa in sede di nomina del Direttore generale*

Due appaiono le fattispecie foriere di problematiche da approfondire,

---

PASTORI, *Vincoli formali e regole sostanziali*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di) *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, vol. II, Rimini, Maggioli, p. 811: «si tratta di un approccio che si pone certo di fronte al quesito "perché il procedimento" e che cerca di dare risposte anche alla domanda "quale procedimento"». G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., p. 286: «Il procedimento [come funzione ovvero come] trasformazione delle energie giuridiche necessarie a costituire la nuova realtà che si sintetizza nell'atto ha un'autonoma ragione di essere e un'autonoma consistenza. [Infatti], tutto ciò che non si ritrova nell'atto ma che è appartenuto in qualche modo al procedimento non va perduto»; G. SALA, *Il principio del giusto procedimento*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 67 ss.

(66) Cfr. Corte costituzionale, 16 luglio 1991, n. 351. Sulle problematiche inerenti alla sostituzione amministrativa vedi M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, Padova, Cedam, 2004.

(67) Cfr. art. 1, comma 4, d.lgs. 517/1999. Cfr. M.G. ROVERSI MONACO, *Università e servizio sanitario nazionale*, cit., pp. 137-138, nonché pp. 229-230.

ossia la nomina del Direttore generale e quella dei responsabili delle strutture complesse a direzione universitaria.

Con riferimento al Direttore generale, si sottolinea che il comma 3 dell'art. 3-*bis* del d.lgs. 502/1992, come modificato dall'art. 4 della l. n. 189/2012, ne proceduralizza la nomina al fine di far prevalere – conformemente alle sentenze n. 104/2007 e n. 34/2010 della Corte costituzionale – il profilo della competenza tecnico-professionale rispetto a quello fiduciario<sup>68</sup>.

Al di là comunque del contenuto e della *ratio* di tale normativa rileva verificare se la nomina del Direttore generale delle A.O.U. sia o meno ancora subordinata all'intesa con il Rettore. L'esito positivo della verifica trova fondamento nello stesso comma 3 dell'art. 3-*bis* del d.lgs. 502/1992 il cui ultimo periodo dispone espressamente che «resta ferma l'intesa con il Rettore per la nomina del Direttore generale di Aziende Ospedaliero-Universitarie». In sostanza: la novella normativa riproduce espressamente – senza richiamarlo – il comma 2 dell'art. 4 del d.lgs. 517/1999<sup>69</sup> così da confermare la vigenza della prescrizione ivi contenuta.

Analoga previsione è contenuta nello schema di d.lgs. recante la nuova disciplina della nomina dei Direttori generali che – in attuazione della delega di cui all'art. 11, comma 1, lettera *p*) della l. n. 124/2015 – appare funzionale a realizzare la neutralità amministrativa, nonché l'indipendenza funzionale dei Direttori generali. Per quanto qui interessa, l'art. 3 del summenzionato d.lgs. conferma la necessità dell'intesa fra Rettore e Regione per la nomina del Direttore generale dell'A.O.U. Tuttavia innova la disciplina previgente individuando l'organo della Regione al quale demandare l'intesa, *i.e.* il Presidente della Regione. Si tratta di una previsione di dettaglio che pare difficilmente compatibile con il terzo comma dell'art. 117 il quale, come ampiamente noto, attribuisce alle Regioni

---

(68) Sulla disciplina della nomina del Direttore generale novellata dalla l. n. 189/2012 vedi G. FARES, *Problemi attuali dell'ordinamento sanitario*, Napoli, Editoriale Scientifica Italiana, 2013, p. 137 ss. nonché sulla disciplina previgente vedi il puntuale studio di F. MERLONI, *Gli incarichi dirigenziali nelle ASL tra fiduciarietà politica e competenze professionali*, in *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, cit., p. 100 ss.

(69) Il comma 2 dell'art. 4 del d.lgs. 517/1999 dispone che «il Direttore generale è nominato dalla Regione, acquisita l'intesa con il Rettore dell'Università».

la potestà legislativa – in materia di tutela della salute – «salvo che per la determinazione dei principi fondamentali riservata alla legislazione dello Stato»<sup>70</sup>. Il problema, peraltro, non si pone in relazione alla normativa della Regione Emilia-Romagna che, come ricordato, demanda già l'intesa al Presidente della Giunta regionale.

A prescindere comunque dalle summenzionate problematiche di ordine interpretativo, di cui si è cercato di individuare le coordinate per la loro soluzione, permane comunque un profilo di criticità.

Invero, il comma 3 dell'art. 3-*bis* del d.lgs. 502/1992 disciplina i requisiti di competenza ed esperienza professionale necessari per la partecipazione alla selezione per l'idoneità a Direttore generale senza prevedere alcuna differenziazione fra il ruolo del Direttore generale delle A.O.U. e quello di Direttore generale delle aziende ospedaliere<sup>71</sup>. Il che suscita profonde perplessità stante la specificità della c.d. *mission* dell'A.O.U. il cui perseguimento richiede il possesso di competenze tecnico-professionali, specie in ordine alla gestione della didattica e della ricerca, ed esperienze lavorative ulteriori a quelle necessarie per le aziende sanitarie.

### ***6.3. Profili critici inerenti al modulo dell'intesa in sede di nomina dei responsabili delle strutture complesse a direzione universitaria***

Con riferimento alla fattispecie in epigrafe, si evidenzia che il comma 7-*bis* dell'art. 15 del d.lgs. 502/1992 – introdotto dall'art. 4 della l. n. 189/2012 – prevede il principio della procedimentalizzazione del con-

---

(70) Cfr. Cons. Stato, Comm. spec., 5 maggio 2016, n. 1113: «È da escludere che l'indicazione dello specifico organo regionale al quale demandare l'intesa col Rettore ai fini della nomina del Direttore generale di un'Azienda Ospedaliero-Universitaria (e del relativo procedimento, che la Regione, nella sua autonomia concorrente di cui all'art. 117 della Costituzione, potrebbe inserire in una delibera di Giunta o arricchire dell'apporto del Consiglio regionale) possa annoverarsi tra i principi generali riservati, in materia di legislazione concorrente, allo Stato».

(71) Il comma 3 dell'art. 3-*bis* del d.lgs. 502/1992 recita: «La Regione provvede alla nomina dei Direttori generali delle aziende e degli enti del Servizio sanitario regionale, attingendo obbligatoriamente all'elenco regionale di idonei, ovvero agli analoghi elenchi delle altre Regioni. [...] Alla selezione si accede con il possesso di laurea magistrale e di adeguata esperienza dirigenziale, almeno quinquennale, nel campo delle strutture sanitarie o settennale negli altri settori, con autonomia gestionale e con diretta responsabilità delle risorse umane, tecniche o finanziarie, nonché di eventuali ulteriori requisiti stabiliti dalla Regione».

ferimento dell'incarico di direzione di struttura complessa da attuarsi mediante:

- la valutazione comparativa dei candidati svolta – sulla base del *curriculum* e degli esiti di un colloquio – da una commissione il cui presidente è il Direttore sanitario dell'azienda e i cui componenti sono individuati mediante sorteggio<sup>72</sup>;
- la formulazione di una terna da parte della commissione e la nomina da parte del Direttore generale del candidato che ha ottenuto il maggiore punteggio o – previa analitica motivazione – di uno degli altri due<sup>73</sup>;
- la pubblicazione «sul sito Internet dell'azienda» di tutti gli atti del procedimento concorsuale ivi compresi il profilo del dirigente da ricoprire e i *curricula* dei candidati, nonché l'atto motivato di nomina nel caso di cui sopra<sup>74</sup>.

Si tratta di previsioni, preordinate a realizzare i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, che riaprono inevitabilmente il dibattito sulla natura (privata o amministrativa) dell'atto di conferimento dell'incarico dirigenziale<sup>75</sup>. Al di là di tale profilo, che esula dai limiti dell'indagine, appare necessario studiare se la novella normativa sia o meno

---

(72) Cfr. lettera *a*), comma 7-*bis*, art. 15, d.lgs. 502/1992.

(73) Cfr. lettera *b*), comma 7-*bis*, art. 15 d.lgs. 502/1992.

(74) Cfr. lettera *d*), comma 7-*bis*, art. 15 d.lgs. 502/1992.

(75) Cass. civ., sez. lav., 14 aprile 2015, n. 7495, in *Diritto & Giustizia*, 15 aprile 2015, p. 10 ss.: «In tema di pubblico impiego privatizzato, gli atti di conferimento di incarichi dirigenziali hanno natura di determinazioni negoziali, a cui devono applicarsi i criteri generali di correttezza e buona fede, alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost., sicché in capo al dipendente è configurabile una posizione soggettiva di interesse legittimo di diritto privato, che rientra nella categoria dei diritti di cui all'art. 2907 cod. civ., e sussiste anche rispetto agli atti preliminari al conferimento dell'incarico»; Cons. Stato, sez. III, 16 dicembre 2015, n. 5693: «Non rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, ma in quella del giudice ordinario la controversia relativa ad una procedura idoneativa indetta da una AUSL per l'assegnazione di incarichi di dirigenti responsabili di una Unità operativa mediante una procedura di selezione "idoneativa" e "non concorsuale", avendo la controversia ad oggetto atti adottati in base alla capacità ed ai poteri propri del datore di lavoro privato e quindi affidati alla verifica del giudice ordinario». Sul conferimento degli incarichi dirigenziali vedi le ricostruzioni di G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, Giuffrè, 2003, spec. p. 195 ss.; A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004, spec. p. 147 ss.; F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, Bologna, 2007.

applicabile agli incarichi di struttura complessa a direzione universitaria delle A.O.U.

La soluzione del problema appare negativa perché il comma 7-bis dell'art. 15 d.lgs. 502/1992 prevede una speciale disciplina per detti incarichi<sup>76</sup>. In particolare:

- la lettera *c*) di tale disposizione contiene una prescrizione sostanzialmente riprodottriva del comma 5 dell'art. 5 del d.lgs. 517/1999, ossia che «la nomina dei responsabili di unità operativa complessa a direzione universitaria è effettuata dal Direttore generale d'intesa con il Rettore», ed una prescrizione innovativa, ossia che la nomina è subordinata alla «acquisizione del parere del dipartimento universitario o della competente struttura di raccordo interdipartimentale»;
- l'ultimo periodo della lettera *d*) dispone la pubblicazione (sul sito dell'Ateneo e dell'Azienda Ospedaliero-Universitaria) del «curriculum scientifico e professionale del responsabile dal nominare» nonché dello «atto motivato di nomina».

Nulla esclude, peraltro, che Regioni ed Università possano decidere – in sede di protocollo di intesa – di prevedere che la nomina dei responsabili delle strutture complesse a direzione universitaria sia soggetta a forme di procedimentalizzazione analoghe a quelle disposte dalla novellata disciplina di cui al comma 7-bis dell'art. 15 del d.lgs. 502/1992. In questa prospettiva va inquadrata la direttiva regionale n. 312/2013<sup>77</sup> la quale dispone espressamente:

- da un lato, che la «Regione promuove, nell'ambito degli atti di intesa assunti con l'Università, la regolamentazione delle procedure per l'attri-

---

(76) Cfr. P. DE ANGELIS, *Il personale universitario, docente e non docente, che svolge attività assistenziale. Inquadramento giuridico e questioni applicative*, cit., p. 152: «la disciplina [di cui nel testo] non si applica per l'attribuzione degli incarichi di strutture a direzione universitaria; l'esclusione della applicabilità della disciplina generale a tali tipologie di incarichi è, infatti, espressamente sancita dall'art. 15, c. 7-bis, lett. c), d.lgs. 502/1992»; G. FARES, *Problemi attuali dell'ordinamento sanitario*, cit., p. 171: «Per parte sua, il legislatore statale si mostra attento ad impedire sconfinamenti reciproci, regolando con equilibrio le fattispecie di esercizio condiviso e paritetico del potere: varie e significative conferme si traggono dal recente d.l. n. 158/2012, cit., a proposito della [...] nomina dei responsabili di unità operativa complessa a direzione universitaria [...]».

(77) Cfr. paragrafo 6 della delibera n. 312/2013 recante «criteri e procedure per il conferimento degli incarichi di direzione di struttura complessa delle aziende del SSR» adottata dalla Giunta della Regione Emilia-Romagna in data 25 marzo 2013.

buzione degli incarichi di direzione delle strutture complesse a direzione universitaria [...] nel rispetto dei principi di imparzialità, buon andamento e trasparenza»;

- dall'altro, che «Aziende ed Atenei interessati individuino congiuntamente, con apposite regolamentazioni, i percorsi procedurali più idonei preordinati all'individuazione del responsabile da nominare».

### ***7. I moduli di coordinamento previsti in sede di disciplina delle fonti di organizzazione delle A.O.U.***

Dopo aver ricostruito i moduli di coordinamento e di integrazione inerenti agli uffici e agli organi, si esaminano quelli previsti in sede di disciplina delle fonti (non normative) dell'organizzazione delle A.O.U.

Invero, le disposizioni statali e regionali richiamate nel primo paragrafo del presente lavoro non esauriscono la normazione dell'organizzazione della A.O.U., ma ne riservano espressamente la disciplina di alcuni profili ad atti non aventi natura normativa. Si fa riferimento, in particolare: al protocollo di intesa concluso fra la Regione Emilia-Romagna e le Università degli Studi di Bologna, Ferrara, Modena-Reggio Emilia e Parma<sup>78</sup>; all'accordo attuativo locale concluso fra il Direttore di ciascuna delle A.O.U. ed il Rettore di ciascuna delle Università in esame ed all'atto aziendale adottato dal Direttore di ciascuna delle A.O.U. d'intesa con il Rettore di ciascuna delle predette Università limitatamente all'organizzazione dei dipartimenti ad attività integrata e delle strutture complesse a direzione universitaria<sup>79</sup>. Pare opportuno esaminarli separatamente.

### ***8. Segue: Il protocollo di intesa e l'accordo attuativo locale***

Il protocollo di intesa individua – nel quadro della programmazione sanitaria regionale – l'attività assistenziale necessaria per l'esercizio dei com-

---

(78) Cfr. comma 3, art. 9, l.r. Emilia-Romagna n. 29/2004. Il protocollo di intesa (d'ora in avanti Protocollo di Intesa) fra la Regione Emilia-Romagna e le Università degli Studi di Bologna, Ferrara, Modena-Reggio Emilia e Parma in attuazione dell'art. 9 della l.r. 23 dicembre 2004, n. 29 è stato stipulato il 14 febbraio 2005.

(79) Cfr. comma 7, art. 9, l.r. Emilia-Romagna n. 29/2004: «L'atto aziendale è adottato dal Direttore generale d'intesa con il Rettore dell'Università limitatamente ai dipartimenti ed alle strutture di cui al presente comma»; ossia, i dipartimenti ad attività integrata e le strutture complesse a direzione universitaria.

piti istituzionali delle Università<sup>80</sup> nonché prevede i principi e i criteri cui devono conformarsi l'atto aziendale e l'accordo attuativo locale<sup>81</sup>.

L'accordo attuativo locale, per quanto qui interessa, invece, regola il sistema della relazioni (intersoggettive) fra dipartimenti dell'A.O.U. e dipartimenti universitari nonché individua le strutture a direzione ospedaliera e quelle a direzione universitaria e, nell'ambito di queste ultime, la «dotazione complessiva dei posti letto e dei servizi» per le attività assistenziali essenziali alla didattica e ricerca universitaria<sup>82</sup>.

Come palesato dalla (attenta) dottrina e confermato dalla (pur scarna) giurisprudenza in materia<sup>83</sup>, il protocollo di intesa – atto di eterorganizzazione

(80) Cfr. comma 3, art. 9, l.r. Emilia-Romagna n. 29/2004: «Il protocollo di intesa fra la Regione e le Università individua l'attività necessaria per lo svolgimento dei compiti istituzionali delle Università, determinata nel quadro della programmazione nazionale e regionale, assicurandone la funzionalità e la coerenza con le esigenze della didattica e della ricerca». Vedi pure il comma 2, art. 9, l.r. Emilia-Romagna n. 29/2004 prevede che le «Università partecipano altresì alla programmazione sanitaria regionale mediante parere obbligatorio: a) sulla proposta di Piano sanitario regionale approvato dalla Giunta; b) sugli atti di programmazione regionale concernenti la definizione degli indirizzi di ricerca del SSR e degli interventi che interessano le strutture sanitarie destinate all'esercizio di attività formative».

(81) Cfr. comma 7, art. 9, l.r. Emilia-Romagna n. 29/2004: «L'atto aziendale disciplina, sulla base dei principi e dei criteri stabiliti nel protocollo di intesa [...] la costituzione, l'organizzazione e il funzionamento dei dipartimenti ad attività integrata ed individua le strutture complesse a direzione universitaria»; seconda parte, secondo periodo, comma 3, art. 9, l.r. Emilia-Romagna n. 29/2004: «Il protocollo disciplina [...] le modalità con cui gli accordi attuativi locali definiscono l'organizzazione dei dipartimenti integrati ed individuano le strutture essenziali per l'esercizio dei compiti istituzionali dell'Università».

(82) Cfr. seconda parte, comma 3, art. 9, l.r. Emilia-Romagna n. 29/2004: «Il protocollo disciplina altresì [...] le modalità con cui gli accordi attuativi locali definiscono l'organizzazione dei dipartimenti ad attività integrata individuando le strutture essenziali per l'esercizio dei compiti istituzionali dell'Università»; comma 1, art. 5, Protocollo di Intesa: «L'accordo attuativo locale di cui all'art. 9, comma 3, l.r. 29/2004 individua, secondo i criteri di cui ai successivi artt. 6 e 7: le strutture di degenza, ambulatoriali, ed i servizi di supporto che compongono i dipartimenti ad attività integrata [...]; le strutture complesse e semplici a direzione universitaria e a direzione ospedaliera [...]; art. 6 del Protocollo di Intesa il quale disciplina i criteri per determinare la «dotazione complessiva dei posti letto per le attività assistenziali essenziali alle attività didattiche e di ricerca della Facoltà di Medicina e Chirurgia e dei suoi corsi di laurea» nonché le «unità operative di degenza e dei servizi di supporto in cui è articolato il complesso delle strutture assistenziali essenziali alla Facoltà di Medicina e Chirurgia per le sue finalità istituzionali».

(83) C. BOTTARI, *Tutela della salute ed organizzazione sanitaria*, cit., p. 174: «La natura giuridica degli accordi oggi disciplinati dal vigente testo del d.lgs. 502 del 1999 e dal d.lgs. 517 del 1999 pare inscrivibile nell'ambito dell'attività consensuale della pubblica amministrazione nella quale [...] i pubblici poteri [...] collaborano tra loro al fine di perseguire in modo più efficace ed efficiente possibile un interesse comune (accordi tra pubbliche amministrazioni, altresì definiti quali accordi

ne<sup>84</sup> – e l'accordo attuativo locale rientrano nella categoria degli accordi conclusi fra pubbliche amministrazioni allo scopo di “organizzare” l'esercizio delle funzioni di rilevanza pubblicistica (c.d. accordi organizzativi)<sup>85</sup> e, all'interno di tale categoria, nella specie degli accordi preordinati a disciplinare l'organizzazione di un ente (c.d. accordi organizzativi in senso stretto)<sup>86</sup>.

### 8.1. *Profili critici*

I c.d. accordi organizzativi suscitano numerosi problemi; alcuni dei quali sono oggetto di soluzioni condivise in dottrina e in giurisprudenza; al-

---

orizzontali); Cons. Stato, sez. III, 26 giugno 2014, n. 3194: «L'art. 15 della l. n. 241 contiene una vera e propria clausola generale che consente alle pubbliche amministrazioni di concludere accordi per disciplinare lo svolgimento, in collaborazione, di attività di interesse comune, riconducibili all'esercizio delle pubbliche funzioni loro assegnate dall'ordinamento. Nel settore sanitario, per organizzare e disciplinare l'esercizio dell'attività assistenziale, svolta dalla Regione, con l'attività didattica svolta dall'Università, prima l'art. 6 della l. n. 502/1992 e poi l'art. 1 del d.lgs. 517/1999 hanno previsto la sottoscrizione di appositi protocolli d'intesa fra le regioni e le Università»; T.A.R. Puglia, sez. I, 20 maggio 2004, n. 2201: «Oggetto di impugnativa è il Protocollo di Intesa tra Università e Regione nonché l'Accordo attuativo stipulato tra l'Università e l'Azienda Ospedaliera per disciplinare [...] le modalità ed i limiti per l'utilizzazione del personale universitario per specifiche attività assistenziali collegate all'attività didattica e scientifica».

(84) Ossia, due soggetti (*i.e.* la Regione e l'Università) concludono un accordo per disciplinare l'organizzazione di un terzo soggetto avente una propria personalità giuridica (*i.e.* l'Azienda Ospedaliera Universitaria).

(85) Cfr. G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 315-316: «perché si abbia convenzione pubblicistica tra enti pubblici occorrerà invece [...] che pubblico, cioè soggetto a necessario regime pubblicistico, sia l'oggetto della convenzione: che esso, in altre parole, consista nella disposizione di pubblici poteri, o di beni, servizi o attività pubblicisticamente qualificati»; più recentemente, N. BASSI, *Accordi amministrativi*, voce in *Diz. Dir. Pubbl.*, diretto da S. CASSESE, vol. I, Milano, Giuffrè, 2006, p. 81: «gli accordi amministrativi [...] sono atti a struttura negoziale che disciplinano le modalità di esercizio di una competenza di titolarità dell'ente pubblico contraente». Vedi, per una ricostruzione storica degli accordi organizzativi, S. AMOROSINO, *Gli accordi organizzativi*, Padova, Cedam, 1984.

(86) Cfr. G. PASTORI, *Accordo e organizzazione amministrativa*, in *L'accordo nell'azione amministrativa, Quaderni regionali Formez n. 51*, a cura di A. MASUCCI, Roma, 1988, pp. 39-50, ora in G. PASTORI, *Scritti scelti*, vol. I, Napoli, Jovene, 2010, p. 380: «l'accordo, dunque, non più solo come modalità di svolgimento dell'attività amministrativa, bensì anche come modalità di normazione sull'amministrazione, anzi come strumento di autonormazione o di autorganizzazione delle stesse amministrazioni»; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti ed accordi di diritto pubblico*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, Editoriale Scientifica Italiana, 2006, p. 117: «l'accordo organizzativo in senso stretto [è] finalizzato a dare luogo ad una figura organizzativa. In questi casi sarebbe meglio parlare di accordi associativi».

tri, invece, sono ancora oggetto di dibattito. Appare, infatti, ormai consolidata la tendenza a ricondurre – senza, peraltro, sottacerne le diversità – gli accordi in esame nonché gli accordi c.d. integrativi e sostitutivi di provvedimento nell’ambito della medesima categoria concettuale il cui fondamento normativo viene individuato nell’art. 15 della l. n. 241/1990<sup>87</sup>.

Permangono, invece, profondi dubbi sulla natura pubblicistica o privatistica degli accordi in questione<sup>88</sup>. La questione, la cui soluzione dipen-

(87) Cfr. G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, pp. 314-316: «il rapporto [derivante dalla convenzione fra enti pubblici] risulterebbe praticamente – ma non concettualmente – più complesso che nell’ipotesi di “semplice” convenzione tra amministrazione e privato (corsivo aggiunto)»; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, pp. 120-123: «l’unitarietà interna della nozione di accordo rispetto alle due fattispecie tipizzate non appare contestabile in ragione della netta prevalenza degli elementi unificanti rispetto a quelli di differenziazione»; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, in F.G. SCOCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI (a cura di), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 175-185, spec. p. 184, che riconduce nell’ambito di un’unica categoria gli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento e gli accordi fra pubbliche amministrazioni conclusi nell’esercizio di potestà pubbliche; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, cit., pp. 99-103: «al di là dell’impiego della stessa parola per nominare le due fattispecie [gli accordi fra pubbliche amministrazioni e gli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento] è proprio la sostanza giuridica delle due fattispecie ad apparire omogenea»; più recentemente R. FERRARA, *Gli accordi fra le amministrazioni pubbliche*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 677: «fra la norma in commento [i.e. l’art. 15 della l. n. 241/1990] e le differenziate e sparse figure di accordo, di intesa e, soprattutto, di accordo di programma diversamente disciplinate dal legislatore corra un rapporto da genere a specie, da *genus* a *species*, senza nulla togliere ai peculiari e singolari caratteri distintivi suscettibili di qualificare un certo modello positivo».

(88) Per la natura pubblicistica vedi, ad esempio, G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., pp. 313-315, il quale, come noto, elabora la figura della “convenzione pubblicistica”, conclusa dall’amministrazione nell’esercizio del proprio potere pubblicistico e dal privato nell’esercizio della propria autonoma negoziale, e la ritiene applicabile pure alle convenzioni fra enti pubblici; R. FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, cit., p. 560: «è difficile sottrarsi all’impressione – o se si vuole alla suggestione – che l’accordo di programma sia effettivamente uno strumento di intesa e concerto, con fini eminentemente organizzativi, sul piano funzionale assimilabile agli accordi di tipo procedimentale, e che quindi risulti sottoposto, pur con alcune perplessità [...] alle regole e principi propri degli atti di diritto pubblico»; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordo di programma*, p. 116: l’accordo fra le pubbliche amministrazioni è un «atto bilaterale non negoziale stipulato da pubbliche amministrazioni nell’esercizio di poteri amministrativi funzionalizzati»; A. CONTIERI, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo e i principi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, pp. 124-125: «la circostanza che il potere utilizzi un modulo consensuale, anziché unilaterale non incide sulla sua natura che è sempre quella di un potere diverso dall’autonomia negoziale. [...] Ci si trova pertanto dinanzi ad un atto bilaterale non negoziale che assume connotati del tutto diversi

de dalle premesse di ordine dommatico che si ritiene di accogliere, non può essere compiutamente esaminata in questa sede. Ivi pare sufficiente riflettere su alcuni profili utili a comprendere la funzione di coordinamento degli accordi in questione.

Al riguardo pare utile muovere da un presupposto ormai consolidato, ossia che la pubblica amministrazione, sia quando adotta provvedimenti amministrativi sia quando conclude accordi (con i privati o con altre pubbliche amministrazioni), mira a realizzare «le finalità pubbliche obiettivate nell'ordinamento» o, se si vuole, gli interessi ritenuti meritevoli di tutela dalle disposizioni normative e dagli atti di indirizzo politico<sup>89</sup>. In altri termini, il potere amministrativo – da esercitarsi median-

---

dal negozio privatistico»; E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, voce in *Enc. Dir. Agg.*, Vol. V, Giuffrè, Milano, 2001, p. 30, il quale esclude «la possibilità di una ricostruzione in termini privatistici degli accordi» perché «sembra non persuasivo sostenere l'assimilabilità a contratti privatistici di rapporti ai quali la disciplina civilistica si applica solo se ed in quanto compatibile con i principi pubblicistici sulla funzione amministrativa e nell'ambito dei quali le amministrazioni operano mediante atti propriamente amministrativi, soggetti al relativo regime giuridico».

Per la natura privatistica vedi G. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, cit., p. 325, il quale sostiene d'inquadramento degli accordi tra amministrazioni di cui all'art. 15 della legge n. 241/1990 nella categoria di diritto comune dei contratti plurilaterali»; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, cit., pp. 103-104 e pp. 114-120, il quale distingue fra «il contratto come regolamento contrattuale [...] e il significato del contratto come modo di formazione del regolamento contrattuale. Questa distinzione [...] rende concepibile che la natura di atto amministrativo, esercizio di potere discrezionale, di uno degli atti prenegoziali [*i.e.* le dichiarazioni delle parti che danno luogo al contratto] non incida sulla configurazione dello strumento giuridico cui deve darsi luogo che rimane ad ogni effetto strumento giuridico del diritto privato».

(89) Cfr. U. ALLEGRETTI, *Amministrazione e Costituzione*, Padova, Cedam, 1986, p. 215: l'amministrazione esiste ed opera non «in funzione di se stessa», ma di «soggetti e fini che stanno fuori di essa, che la trascendono»; G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, cit., p. 1308: all'amministrazione è attribuito l'aggettivo *pubblica* non perché «è espressione delle istituzioni di governo e dei relativi poteri di comando», ma in quanto soddisfa «interessi che sono pubblici in quanto qualificati come tali dalla legge»; Id., *Statuto dell'amministrazione e disciplina legislativa*, in *Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 15: «come traspare anche da molti studi e saggi recenti, si guarda soprattutto all'amministrazione come funzione, come attività complessivamente ordinata al perseguimento di scopi obiettivamente determinati nelle leggi e negli altri atti di scelta e di indirizzo politico, e in tale connotazione di funzione-scopo si ricomprendono le diverse manifestazioni che possono essere ad essa ricondotte, indipendentemente dai soggetti che le pongono in essere e dagli strumenti che vengono allo scopo utilizzati». Si tratta, a tutt'evidenza, dei notevoli e profondi riflessi della nota elaborazione di F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1952, p. 118 ss.

te «atti precettivi unilaterali» ovvero «atti bilaterali consensuali» – è sempre un potere «funzionalizzato» alla cura di interessi pubblici<sup>90</sup>. Di conseguenza, tanto ai provvedimenti amministrativi quanto agli accordi si applicano i principi e le regole – desumibili dai canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento<sup>91</sup> – che disciplinano l'esercizio della funzione amministrativa<sup>92</sup>.

---

(90) Così F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. Amm.*, 2002, p. 452-453: «in tutti gli atti consensuali, siano essi necessari o eventuali, il potere che l'amministrazione esercita è sempre potere amministrativo, mai (almeno in linea di principio, e fatte salve eventuali situazioni speciali, o meglio eccezionali) un potere libero, qualificabile (a pieno titolo) come autonomia privata. Si tratta sempre, autoritativo o non autoritativo che sia, di potere (precettivo) soggetto allo statuto tipico dell'azione amministrativa. Nella sua azione precettiva, ossia nella (elaborazione della) regolazione degli interessi pubblici (e di quelli privati che con i pubblici si incrociano ed intersecano), l'amministrazione esercita sempre lo stesso potere (precettivo), che può essere autoritativo o meno, ma rimane sempre un potere funzionalizzato. Non essendo un potere libero, non è possibile confonderlo con l'autonomia privata»; M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 48: «la funzionalizzazione che caratterizza l'agire dei soggetti amministrativi, non viene intaccata in alcun modo dall'utilizzazione di modelli privatistici in luogo del tradizionale strumento provvedimentale»; p. 43 ove fa riferimento all'esistenza di «un *minimum* pubblicistico intangibile, inattaccabile; di un'area pubblicistica impermeabile alla contaminazione privatistica».

(91) Riguardo all'individuazione di tali regole e principi, il cui approfondimento in questa sede non può neppure essere tentato, vedi A. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro It.*, 1997, p. 178: «Resta da capire ovviamente quali garanzie rimangono intatte anche rispetto all'attività amministrativa nel diritto comune, e questo rappresenta un profilo ancora da approfondire. In via di prima approssimazione, si devono considerare il dovere di motivazione [...], il diritto di accesso [...], la partecipazione del cittadino [...] e, per lo meno entro certi limiti, la tutela del terzo interessato [...]»; F. G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., pp. 96-98, nonché G. PASTORI, *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, in *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 32 ss.

(92) G. PASTORI, *Statuto dell'amministrazione e disciplina legislativa*, in *Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005, p. 15 ss.: «come traspare anche da molti studi e saggi recenti, si guarda soprattutto all'amministrazione come funzione, come attività complessivamente ordinata al perseguimento di scopi obiettivamente determinati nelle leggi e negli altri atti di scelta e di indirizzo politico e in tale connotazione di funzione-scopo si ricomprendono tutte le diverse manifestazioni che possono essere ad essa ricondotte, indipendentemente dai soggetti che le pongono in essere e dagli strumenti che vengono allo scopo utilizzati (corsivo aggiunto)»; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, voce in *Enc. Dir. Aggiornamento*, vol. VI, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 95-96: «si va decisamente verso uno statuto unitario applicabile all'attività amministrativa come tale e, solo in quanto amministrativa, quale che sia il regime giuridico degli atti nei quali essa rifluisce (provvedimenti, accordi, convenzioni). [...] L'attività posta in essere dall'amministrazione per la cura di interessi pubblici (ossia tutta l'attività che essa può porre in essere) è comunque attività amministrativa in senso proprio, soggetta a tutti ed esclusivamente

Nell'ambito di tale concezione oggettivo-funzionale della pubblica amministrazione<sup>93</sup> si palesa come gli accordi organizzativi sono strumentali non ad una statica ed atomistica divisione delle funzioni e dei compiti fra gli enti e tra i loro organi, ma ad un loro dinamico ed organico coordinamento funzionale all'attuazione delle "finalità pubbliche obiettivate nell'ordinamento"<sup>94</sup>, ossia – nel caso di specie – il più volte ricordato coordinamento fra cura, formazione e ricerca nell'area delle scienze mediche.

### 9. *Segue: L'atto aziendale*

L'atto aziendale è adottato dal Direttore della A.O.U. d'intesa con il Rettore dell'Università nella parte in cui disciplina:

- l'organizzazione e le funzioni dei dipartimenti ad attività integrata<sup>95</sup>;

---

i principi che reggono l'attività amministrativa; e ciò tanto se gli atti che vengono adottati siano retti dal diritto pubblico (provvedimenti) tanto se siano retti dal diritto privato (contratti, accordi).

(93) G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di P. Virga*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 1308: «All'amministrazione, quindi, è predicato l'aggettivo "pubblica" non perché è espressione delle istituzioni di governo e dei relativi poteri di comando», ma in quanto soddisfa «interessi che sono pubblici in quanto qualificati come tali dalla legge».

(94) G. PASTORI, *Accordo e organizzazione amministrativa*, cit., pp. 379-386, spec. p. 381: «In una prospettiva che privilegia il profilo dei soggetti politico-istituzionali l'organizzazione è prima di tutto individuazione dei soggetti (ovvero dei centri di rappresentanza e responsabilità politica) e riparto delle attribuzioni ovvero dei poteri amministrativi fra gli stessi soggetti, regola formale dell'esercizio dei poteri e garanzia dei rapporti interni ed esterni fra gli enti»; p. 384: «Nell'organizzazione amministrativa vista come organizzazione di attività per scopi collettivi determinati, in breve, come organizzazione di compiti, [...] l'organizzazione non è più (o non è più soltanto) individuazione di soggetti e spartizione di attribuzioni e competenze, ma è creazione di strutture (come modelli di azione cooperativa) ed è combinazione di risorse a questi fini secondo le fondamentali esigenze di effettività e di economicità che presidono all'organizzazione in genere».

(95) Cfr. comma 2, art. 3, d.lgs. 517/1999: «Nell'atto aziendale [...] sono altresì disciplinati, sulla base dei principi e dei criteri stabiliti nei protocolli di intesa fra Regione e Università, la costituzione, l'organizzazione e il funzionamento dei dipartimenti ad attività integrata»; primo capoverso, comma 7, art. 9, l.r. Emilia-Romagna n. 29/2004: «L'atto aziendale disciplina, sulla base dei principi e dei criteri stabiliti nel protocollo di intesa di cui al comma 3, la costituzione, l'organizzazione e il funzionamento dei dipartimenti ad attività integrata [...]»; secondo comma, art. 7, Protocollo di Intesa: «L'atto aziendale disciplina la costituzione, l'organizzazione, il funzionamento dei Dipartimenti ad attività integrata al fine di prevedere una composizione dei dipartimenti che assicuri la coerenza tra le attività assistenziali, didattiche e di ricerca; assicurare la sinergia tra i piani di sviluppo aziendali e la programmazione della Facoltà di Medicina

- l'istituzione, la modifica e la soppressione delle strutture complesse a direzione universitaria<sup>96</sup>;
- il conferimento e la revoca degli incarichi di direzione delle predette strutture e dei dipartimenti ad attività integrata<sup>97</sup> in modo conforme rispettivamente al comma 5 dell'art. 5 e al comma 4 dell'art. 3 del d.lgs. 517/1999 i quali prevedono l'acquisizione dell'intesa con il Rettore dell'Università<sup>98</sup>;
- il collegio di direzione nonché i rapporti fra il collegio di direzione e gli altri organi delle A.O.U.99.

---

e Chirurgia; definire il processo attraverso cui pervenire alla confluenza delle attività dei Dipartimenti universitari e dei Dipartimenti assistenziali nei Dipartimenti ad attività integrata».

(96) Cfr. comma 6, art. 3, d.lgs. 517/1999: «Le strutture complesse che compongono i singoli dipartimenti ad attività integrata sono istituite, modificate, soppresse dal Direttore generale con l'atto aziendale [...] fermo restando la necessaria intesa con il rettore per le strutture qualificate come essenziali ai fini dell'attività di didattica e di ricerca [...]; terzo capoverso, secondo comma, art. 4, Protocollo di Intesa: «L'atto aziendale [...] definisce le procedure per l'istituzione, la modifica e soppressione delle strutture complesse».

(97) Cfr. quarto capoverso, comma 2, art. 4: «L'atto aziendale [...] disciplina le procedure di attribuzione e di revoca degli incarichi di direzione delle strutture complesse e semplici, dei programmi di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 517/1999, delle articolazioni professionali, dei moduli, nonché degli incarichi di natura professionale, in coerenza con quanto stabilito dai vigenti protocolli di intesa Regione-Università».

(98) Cfr. comma 4, art. 3, d.lgs. 517/1999: «Il Direttore del dipartimento ad attività integrata è nominato dal Direttore generale d'intesa con il Rettore dell'Università. Il Direttore del dipartimento è scelto fra i responsabili delle strutture complesse di cui si compone il dipartimento sulla base di requisiti di capacità gestionale ed organizzativa, esperienza professionale e curriculum scientifico. Il Direttore del dipartimento rimane titolare della struttura complessa cui è preposto». Cfr. comma 5, art. 5, d.lgs. 517/1999: «L'attribuzione e la revoca ai professori e ai ricercatori universitari dell'incarico di direzione di una struttura, individuata come complessa ai sensi dell'articolo 3, comma 2, è effettuata dal Direttore generale d'intesa con il Rettore, sentito il Direttore di dipartimento»; comma 4, art. 8, Protocollo di Intesa: «I responsabili di strutture complesse a direzione universitaria ricevono l'incarico del Direttore generale d'intesa con il Rettore, sentito il Direttore del dipartimento ad attività integrata».

(99) Cfr. comma 2, art. 7, delibera n. 318/2005: «L'atto aziendale, nel rispetto delle direttive regionali di cui al comma 4 dell'articolo 3 della l.r. n. 29/2004, disciplina: a) la composizione del Collegio di direzione, nel rispetto di quanto previsto al comma 3; b) le forme e le modalità delle relazioni tra il Collegio di direzione e gli altri Organi dell'Azienda; c) la partecipazione del Collegio medesimo all'elaborazione del programma aziendale di formazione permanente ed alla formulazione di proposte in materia di libera professione, ivi compresa l'individuazione di strumenti e modalità per il monitoraggio dell'attività libero-professionale intramuraria, nel rispetto delle disposizioni regionali di cui all'art. 8, comma 5 della l.r. n. 29/2004».

### 9.1. *Profili critici*

Al fine di comprendere le problematiche inerenti all'atto aziendale della A.O.U. e, in particolare, della previsione dell'intesa fra Direttore generale e Rettore dell'Università ai fini della sua adozione, pare utile un confronto con la disciplina dell'atto delle aziende sanitarie di cui al d.lgs. 502/1992.

Tale normativa prevede la c.d. aziendalizzazione del Servizio sanitario nazionale e, in particolare, attribuisce autonomia imprenditoriale alle aziende sanitarie da intendersi non come autonomia nell'individuazione dei fini da realizzare (le aziende sanitarie devono comunque perseguire i livelli essenziali di assistenza previsti a livello statale e regionale), ma come autonomia nell'organizzazione dei fattori produttivi o, se si vuole, nell'attività di distribuzione e coordinamento del lavoro per la realizzazione di uno scopo comune<sup>100</sup>.

Detta autonomia è esercitata dal Direttore generale mediante l'adozione dell'atto aziendale recante la disciplina dell'organizzazione e del funzionamento dell'azienda nel rispetto della legge (statale e regionale), della contrattazione collettiva nazionale di comparto, dei "principi e criteri direttivi" di cui alle disposizioni regionali<sup>101</sup>.

L'atto aziendale rientra tra gli atti c.d. di macro-organizzazione ed è espressamente qualificato come atto di diritto privato: il che costituisce un elemento di specialità rispetto al modello previsto dal d.lgs. 165/2001 il quale, come ampiamente noto, riserva alla disciplina pubblicistica gli atti c.d. "macro-organizzazione" *ex art. 2*, comma 1 ed alla disciplina privatistica gli atti c.d. di micro organizzazione *ex art. 5*, comma 2.

In conclusione, il Direttore generale organizza l'azienda nel senso che ne configura l'assetto strutturale ed alloca i relativi poteri gestionali. Al riconoscimento di tale potestà organizzativa fa da *pendant* il riconoscimento della responsabilità della gestione complessiva dell'azienda e, in

---

(100) Cfr. A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, cit., pp. 103-105.

(101) Sui vincoli all'autonomia imprenditoriale del Direttore generale vedi B. PONTI, *L'atto aziendale e i vincoli regionali all'autonomia imprenditoriale delle ASL/AOU: la differenziazione organizzativa come test del processo di aziendalizzazione*, in *Oltre l'aziendalizzazione del Servizio sanitario nazionale*, cit., p. 49 ss.

particolare, della realizzazione degli obiettivi (di salute e di funzionamento dei servizi) individuati dalla Regione<sup>102</sup>.

Ciò posto, sorge la questione se il predetto modello organizzativo di tipo aziendalistico sia predicabile *tout court* alle A.O.U. oppure sia declinabile in forma attenuata. La seconda soluzione appare maggiormente condivisibile.

Invero, come sostenuto dalla giurisprudenza, l'atto aziendale della A.O.U. è:

- esercizio di autonomia imprenditoriale e, quindi, ha natura di atto di diritto privato quando ha ad oggetto l'assetto organizzativo dell'attività assistenziale ordinaria;
- esercizio di poteri pubblicistici e, quindi, ha natura di atto di diritto amministrativo quando ha ad oggetto l'assetto organizzativo delle strutture essenziali per l'esercizio dei compiti istituzionali dell'Università. In tale fattispecie, infatti, l'atto aziendale è funzionalizzata a realizzare l'integrazione fra gli interessi pubblici di cui all'art. 1, comma 1, del d.lgs. 517/1999, costituisce attuazione delle previsioni contenute nel protocollo di intesa ed è esercizio della cogestione dell'A.O.U. del Direttore generale d'intesa con il Rettore<sup>103</sup>.

---

(102) A. PIOGGIA, *Direttore generale e autonomia dell'azienda sanitaria: alcuni spunti per una riflessione*, in *San. pubbl. e priv.*, 2015, p. 28 ss., spec. p. 30: «Ecco definito il meccanismo del rapporto fra autonomia imprenditoriale dell'azienda e managerialità: con l'atto aziendale di diritto privato il Direttore organizza l'azienda distribuendo la responsabilità gestionali e i poteri che per legge gli appartengono e realizzando una organizzazione capace di rispondere in maniera effettiva alle esigenze di servizio che è chiamata a soddisfare».

(103) Cons. Stato, sez. III, 12 febbraio 2013, n. 839; T.A.R. Toscana, sez. I, 30 maggio 2012, n. 2348; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 10 maggio 2007, n. 329: «Allorquando – come nell'ipotesi della A.O.U. – l'atto aziendale costituisce svolgimento dell'intesa che coinvolge gli interessi regionali e dell'Università, il Direttore generale delinea il proprio programma di azione, definisce le proprie modalità di funzionamento, stabilisce il conseguente assetto organizzativo mediante la costituzione dei ritenuti necessari dipartimenti, U.O.C. e U.O.S., secondo le indicazioni date dalla Regione con il Piano Sanitario Regionale, il giudizio riguarda allora l'applicazione di norme che regolano l'azione della p.a. ed ha per oggetto, quindi, posizioni di interesse legittimo»; T.A.R. Lazio, sez. III, 29 settembre 2003, n. 7823: «L'atto aziendale è sì atto del "privato imprenditore" con il quale il Direttore generale delinea il proprio programma di azione, definisce le proprie modalità di funzionamento, stabilisce il conseguente assetto organizzativo mediante la costituzione dei ritenuti necessari dipartimenti, U.O.C. e U.O.S., ma, ove incidente nel campo universitario, è anch'esso assunto d'intesa tra Direttore generale e Rettore: con terminologia propria del settore privato si potrebbe parlare di "piano industriale" dell'Azienda Sanitaria Locale secondo le indicazioni "dell'azionista di riferimento (Regione)"».

Alla luce dei cenni esposti emerge un'attenuazione del modello organizzativo di tipo aziendale di cui al d.lgs. 502/1992. Al riguardo appare significativo che il d.lgs. 517/1999 non richiama in alcuna disposizione l'autonomia imprenditoriale espressamente, invece, riconosciuta alle aziende sanitarie dal d.lgs. 502/1992.

Due appaiono i profili problematici; pare opportuno delinearli separatamente.

Sul piano della coerenza interna, il modello organizzativo in esame suscita perplessità perché il Direttore generale della A.O.U. è, da un lato, responsabile – come il Direttore generale dell'Azienda Ospedaliera ordinaria – dei risultati della gestione e del pareggio di bilancio; dall'altro, non dispone dei medesimi poteri organizzativi in ordine all'assetto strutturale ed all'allocazione dei compiti gestionali<sup>104</sup>.

Sul piano della tutela giurisdizionale emerge che le controversie inerenti all'atto aziendale sono soggette a due giurisdizioni: ordinaria per quanto concerne l'assetto organizzativo dell'attività assistenziale ordinaria; amministrativa per quanto riguarda l'assetto organizzativo incidente nell'ambito universitario. Ne deriva inevitabilmente un sistema di tutela alquanto complesso ed inevitabilmente foriero di incertezze in ordine all'individuazione del giudice da adire<sup>105</sup>.

## 10. Conclusioni

Alla luce della ricostruzione esposta emergono profili di incoerenza nella disciplina delle A.O.U. Infatti, il d.lgs. 517/1999 e la l.r. Emilia-Romagna 29/2004:

- da un lato, prevedono che il fine istituzionale delle A.O.U. sia l'integrazione fra cura, formazione, ricerca o, se si vuole, che l'interesse pubblico da perseguire sia il risultato della fusione dell'interesse all'assisten-

---

date con il Piano Sanitario Regionale. Ne segue che l'affermazione dei ricorrenti secondo cui l'atto aziendale sarebbe "un atto deliberato dalla sola Azienda e di natura privatistica" è nello specifico totalmente infondato in fatto ed in diritto.

(104) Cfr. E. CARLONI, *Dagli IRCCS ai Policlinici. I limiti dell'aziendalizzazione tra alta specializzazione, ricerca e didattica universitaria*, cit., pp. 137-138.

(105) Cfr. M.G. ROVERSI MONACO, *Università e Servizio sanitario nazionale: l'Azienda Ospedaliera Universitaria*, cit., pp. 145-146.

za sanitaria e dell'interesse alla didattica, sperimentazione e ricerca<sup>106</sup>. - dall'altra, individuano moduli organizzativi preordinati a realizzare non l'integrazione, ma la mera composizione fra i predetti interessi pubblici e, di conseguenza, il coordinamento fra gli enti (*i.e.* la Regione e l'Università) che li curano. Ne sono dimostrazione, ad esempio: *a*) l'utilizzo del modulo dell'intesa che sottende – non solo in sede di istituzione, ma anche in sede di *gestione* dell'A.O.U. – una configurazione degli interessi pubblici in esame come interessi perseguiti da distinti soggetti equi-ordinati e potenzialmente confliggenti fra loro; *b*) la duplice natura dell'atto aziendale e la duplice disciplina della sua adozione che palesa l'esistenza di una separazione nella gestione dell'attività assistenziale ordinaria e dell'attività assistenziale universitaria o, più precisamente, delle strutture organizzative assistenziali ordinarie e di quelle essenziali per lo svolgimento delle funzioni istituzionali della didattica e della ricerca<sup>107</sup>.

Una possibile soluzione delle criticità potrebbe essere individuata nella previsione – *de iure condendo* – di un organo di governo collegiale i cui componenti abbiano requisiti professionali coerenti con il fine istituzionale dell'A.O.U. e siano nominati paritariamente da Regione ed Università. A tale organo spetterebbe la *gestione* della A.O.U. e, in particolare, l'adozione dell'atto aziendale nonché la nomina dei dirigenti delle strutture organizzative. Ne deriverebbe che la gestione della A.O.U. non sarebbe più il risultato di un'intesa tra l'A.O.U. ed un altro ente (*i.e.* l'Università) ovvero addirittura tra due soggetti (*i.e.* l'Università e la Regione) distinti dall'A.O.U., ma spetterebbe esclusivamente alla A.O.U. medesima<sup>108</sup>.

---

(106) Cfr. C. BOTTARI, *Tutela della salute ed organizzazione sanitaria*, cit., p. 159: «Vengono dunque superati i diversi modelli aziendali (Aziende universitarie, Aziende miste, ecc.) ed individuata una nuova tipologia di azienda che si caratterizza per una missione più complessa, giacché deve sia raggiungere obiettivi assistenziali sia concorrere alla realizzazione dei compiti istituzionali dell'Università (art. 2, comma 6, d.lgs. n. 517 del 1999)».

(107) Cfr. M.G. ROVERSI MONACO, *Università e Servizio sanitario nazionale: l'Azienda Ospedaliera Universitaria*, cit., p. 129 ss., spec. pp. 137-138 e pp. 147-152 nonché P. DE ANGELIS, *Il personale universitario, docente e non docente, che svolge attività assistenziale. Inquadramento giuridico e questioni applicative*, cit., pp. 48-51.

(108) Sulle soluzioni *de iure condendo* alle criticità ed alle incoerenze dell'organizzazione

Tale soluzione comporterebbe che il raccordo fra le due autonomie (*i.e.* la Regione e l'Università) si realizzerebbe: a “monte”, in sede di istituzione dell'A.O.U., mediante moduli consensuali (ad es. i protocolli di intesa); a “valle”, in sede di gestione dell'A.O.U., mediante l'organo di governo collegiale di cui sopra. In sostanza: a “monte” gli interessi pubblici sarebbero coordinati; a “valle”, invece, sarebbero integrati<sup>109</sup>.

Un'ultima riflessione.

L'A.O.U. è soggetta, come ricordato, alla medesima normativa delle aziende sanitarie salve le disposizioni speciali previste dal d.lgs. 517/1999<sup>110</sup>. Stante lo specifico fine istituzionale della A.O.U. parrebbe forse auspicabile – *de iure condendo* – prevedere un *corpus* normativo tendenzialmente autonomo rispetto a quello dell'azienda sanitaria<sup>111</sup> tale da garantire un'organizzazione effettivamente idonea alla realizzazione di detta *mission*. In altri termini, il risultato dell'integrazione

---

della A.O.U. vedi M.G. ROVERSI MONACO, *Università e Servizio sanitario nazionale: l'Azienda Ospedaliera Universitaria*, cit., pp. 149-150 che propone la previsione di un «organo di governo aziendale non monocratico espressione di entrambe le istituzioni che sceglie il Direttore generale ed il *management* sanitario ed amministrativo e delega ad essi i poteri necessari per il funzionamento della struttura con la certezza di potere operare, per il periodo del mandato, senza ingerenze né da parte dell'Università né da parte della Regione»; ovvero P. DE ANGELIS, *Il personale universitario, docente e non docente, che svolge attività assistenziale. Inquadramento giuridico e questioni applicative*, cit., p. 253, il quale propone l'introduzione del Direttore scientifico quale «figura molto rilevante in quanto potrebbe costituire il contraltare del Direttore generale; l'organo monocratico che, in totale sintonia con il Rettore dell'Università, possa rappresentare al meglio all'interno della A.O.U. gli interessi formativi e ricerca».

(109) Come evidenzia M.G. ROVERSI MONACO, *Università e Servizio sanitario nazionale: l'Azienda Ospedaliera Universitaria*, cit., p. 123: «La fase antecedente della composizione di posizioni potenzialmente divergenti [...] si realizza con la stipulazione dei protocolli di intesa che costituiscono la sede convenzionale per l'inserimento delle funzioni assistenziali universitari nel servizio sanitario mediante appunto la costituzione di tale nuova tipologia di azienda».

(110) Cfr. E. MENICETTI, *L'organizzazione aziendale: le aziende unità sanitarie locali, le aziende ospedaliere e le aziende ospedaliero-universitarie*, cit., p. 260: la disciplina dell'Azienda Ospedaliero-Universitaria «si pone come disciplina “speciale” e in quanto tale applicabile ove vi sia contrasto con le richiamate norme generali del d.lgs. 502/1992 s.m.i.».

(111) Cfr. P. DE ANGELIS, *Il personale universitario, docente e non docente, che svolge attività assistenziale. Inquadramento giuridico e questioni applicative*, cit., pp. 36-37: «La scelta di uniformare le A.O.U. alla disciplina delle AUSL, benché certamente logica sotto alcuni punti di vista costituisce [...] una delle principali problematiche alle quali può essere addebitata la situazione di stallo. Infatti, benché il modello sia voluto dal Legislatore in modo simile a quello delle Aziende ospedaliere [...] le A.O.U. si differenziano da esse sotto molteplici aspetti [...] Questi aspetti di specificità non sono stati del tutto considerati dal Legislatore».

non pare possa realizzarsi mediante una mera “sommatoria” dell’attività assistenziale con quella di didattica e di ricerca, ma mediante formule organizzative adeguate e differenti rispetto ai tradizionali assetti delle aziende sanitarie.

# TABLE OF CONTENTS AND ABSTRACTS

“New Regionalism” Put to the Test of the Constitutional Referendum  
(p. 5)

*Tomaso F. Giupponi*

## Essays and Articles

Constitutional Reform and Form of Government (p. 15)

*Salvatore Curreri*

*The article aims to evaluate the effects of Italy's recent constitutional reform, which will be the object of a referendum, on the country's form of government. To this end, we develop a critique of two opposing views. The first states that the reform's effects involve only the fact confidence votes in support of the government are expressed exclusively by the Chamber of Deputies, after the transformation of the Senate into a forum for representation of local institutions. The opposing view holds that the reform, together with the new electoral law, determines an undue concentration of power in the hands of the Prime Minister, who is also the leader of the winning party in the elections and as such the beneficiary of the electoral law's majority premium. An intermediate view is then outlined: on the one hand, the constitutional reform, rather than introducing elements of rationalization of the parliamentary system, aims (perhaps too optimistically) to strengthen and stabilize the political system emerging from the new electoral law; on the other hand, it introduces new axis counterweights to the government – parliamentary majority dynamic, both within the institutions, through the constitutional provision for a statute of the oppositions, and outside them, through the strengthening of institutions of direct democracy.*

The Political Representation of the Italian Republic's Territorial Institutions (p. 47)

*Laura Buffoni, Andrea Cardone*

*The essay uses parliamentary representation's theoretical and dogmatic structure to interpret Italy's new constitutional provisions and assess the new Senate's ability to fulfil the representation needs that the reform expects from Parliament. Within this perspective, the essay analyzes a set*

*of fundamental issues stemming from the constitutional reform: the representation of “territorial institutions” in political-parliamentary terms; the new Senate’s structure; the relationship between political representation and elections; the “quality” of the representative-represented relationship; the heterogeneity of representatives and the represented.*

### **The Types of Legislative State and Regional Jurisdiction in the Constitutional Reform (p. 87)**

*Gino Scaccia*

*The Italian constitutional reform advocated by the Renzi government significantly increases State legislative powers, removes the shared jurisdiction among State and Regions in certain fields, maintains Regions’ residual competence and specifically identifies regional powers. Apparently, the reform aims to simplify the distribution of legislative powers between State and Regions and reduces the potential for conflict. In reality, it introduces new types of legislative jurisdiction, which are likely to be the source of controversial interpretation and legal disputes. That is particularly the case for the so-called “general and common provisions”, the rules of principle concerning associations of municipalities, the “supremacy clause” provided for in Art. 117, par. 4, Const., which entitles state to occupy spaces reserved to regional competence whenever the Cabinet requires it to ensure economic and legal unity or safeguard the national interest. After analysing these new legislative powers, the author argues that the constitutional guarantee of regional autonomy seems to be based on a weak political guarantee, since the State can easily modify to its advantage the distribution of competences with Regions. As a result, the principle of loyal cooperation between State and Regions appears to have been replaced by the principle of hierarchy.*

### **Central Government and Regional Governments in Spain... Do They Work Together? (p. 117)**

*María Jesús García Morales*

*Cooperation is a fundamental element in the State of Autonomies, as in any politically decentralised system. In a comparative overview, Spain is one of the countries where cooperation is most regulated by law. How-*

*ever, this regulation has not always fostered good use of cooperative instruments. Three levels are analysed in this work: the vertical dimension, the horizontal dimension and the European dimension of cooperative relations, in terms of both rules and implementation of rules, which enables the author to conclude that, in the Spanish system, the regulation of cooperation has often brought about legal changes and expectations for change, but not genuine changes in the practice of cooperation nor a better use of existing instruments. New Law 40/2015, of 1 October, on the Legal Regime of the Public Sector, is presently the last link in the process of regulating bodies of intergovernmental cooperation. While it contains some developments, with its entry into force in October 2016, shortcomings in cooperation in Spain are unlikely to be supplemented ex lege.*

### **The “New” System for Executing the Spanish Constitutional Court’s Decisions (p. 163)**

*Marcos Almeida Cerredá*

*This article focuses on the changes that the Organic Law 15/2015, of October 16th, introduces to the Organic Law 2/1979, of October 3rd, as regards the Constitutional Court and the execution of the Spanish Constitutional Court’s decisions. Specifically, among other questions, the article analyzes the need and the opportunity of the new regulation, the establishment of the supplementary application of the Contentious-Administrative Jurisdiction Law, the reinforcement of interim protection, and the modification of the catalogue of enforcement measures.*

## **Notes and Comments**

### **Taxes and Local Authorities: An Incomplete Journey (p. 191)**

*Guglielmo Bernabei*

*Starting with an examination of the historical and conceptual notion of local autonomy and the analysis of the profiles of financial autonomy inherent in Title V of the Italian Constitution, the study aims to examine local property tax, retracing its evolution from ICI to IMU to the introduction of TASI. Focusing on the fundamental aspects of IMU-TASI legislation, the study underlines, within the current institutional frame-*

*work of local government, the difficulties of shaping a tax according to the Service Tax model. The impression, therefore, is that the current legal and institutional context of local government requires further significant revision, in order to ensure that the local authorities' fiscal autonomy can reach an adequate level of functionality and effectiveness. The local tax structure highlights the lack of a coherent plan for local finance in accordance with strictly autonomist rules, as well as the fact that we are witnessing an implementation of "tax federalism" that further weakens local authorities.*

### **Regional Observatory**

**The Reorganization of Urban Waste Management in Optimal Areas.  
The Case of Veneto (p. 227)**

*Jacopo Bercelli*

**Coordination and Integration Techniques: The Case of University  
Hospital Organization in Emilia-Romagna (p. 251)**

*Sergio Moro*

# NOTE SUGLI AUTORI

**Marcos Almeida Cerredá**

Profesor contratado Doctor de Derecho Administrativo, Universidad de Santiago de Compostela

**Salvatore Curreri**

Professore associato in Istituzioni di Diritto pubblico, Libera Università Kore di Enna

**Jacopo Bercelli**

Professore associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Verona

**María Jesús García Morales**

Profesora Titular de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Barcelona

**Guglielmo Bernabei**

Dottore di ricerca di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Ferrara

**Tomaso F. Giupponi**

Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Bologna

**Laura Buffoni**

Ricercatrice confermata di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Sassari

**Sergio Moro**

Ricercatore a tempo determinato di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Verona

**Andrea Cardone**

Professore associato confermato di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Firenze

**Gino Scaccia**

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Teramo

---

## Criteria editoriali

---

Istituzioni del Federalismo 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'articolo; originalità e no-

vità 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.



