

ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

Rivista di studi giuridici e politici

3

2023 · ANNO XLIV
luglio/settembre

MODELLI STATALI DI DECENTRAMENTO
TRA OMOGENEITÀ E DIFFERENZIAZIONE

ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

Rivista di studi giuridici e politici

3

2023 • ANNO XLIV
luglio/settembre

MODELLI STATALI DI DECENTRAMENTO
TRA OMOGENEITÀ E DIFFERENZIAZIONE

RUBZETTINO

DIRETTORE DELLA RIVISTA

Gianluca Gardini
COMITATO SCIENTIFICO
Gianluca Gardini (Direttore)
Marcos Almeida Cerreda
Jean-Bernard Auby
Brunetta Baldi
Francesco Bilancia
Enrico Carloni
Tanja Cerruti
Stefano Civitaresse Matteucci
Chiara Cudia
Marzia De Donno
Michele Della Morte
Elena D'Orlando
Justin Orlando Frosini
Alfredo Galán Galán
Giancarlo Gasperoni
Tommaso Francesco Giupponi
Peter Leyland
Marco Magri
Andrea Morrone
Alessandra Pioggia
Giuseppe Piperata
Claudia Tubertini

COMITATO DI REDAZIONE

Stefano Augusto
Marina Caporale
Edoardo Caruso
Edoardo Nicola Fragale
Giulia Massari
Roberto Medda
Gloria Pettinari
Davide Tumminelli



REDAZIONE E GESTIONE SITO WEB

presso Regione Emilia-Romagna
Viale Aldo Moro, 52 – 40127 Bologna
Tel. 051 5275475 – 051 5277658
E-mail: istituzionidelfederalismo@regione.emilia-romagna.it
Sito web: http://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/federalismo

REFERENTE REGIONE EMILIA-ROMAGNA

Francesca Paron
Gabinetto Presidente della Giunta regionale
Viale Aldo Moro, 52 – 40127 Bologna
francesca.paron@regione.emilia-romagna.it
EDITORE

Rubbettino editore
Viale Rosario Rubettino, 10
88049 Soveria Mannelli (CZ)
tel. 0968 6664209
Servizio Abbonamenti: tel. 0968 6664209
Sito web: www.rubbettinoeditore.it
E-mail: commerciale@rubbettino.it

STAMPA

Rubbettino print
nel mese di febbraio 2024
88049 Soveria Mannelli (Catanzaro)
www.rubbettinoprint.it

Condizioni di abbonamento
La quota di abbonamento alla Rivista per tutto il 2024 è di € 136,00 da versare sul c.c. postale 15062888 intestato a Rubbettino editore – Periodici, causale abbonamento IdF 2024. La Rivista è disponibile in libreria. Il prezzo di vendita per singoli numeri è di € 35,00. I prezzi indicati si intendono Iva inclusa. L'abbonamento decorre dal 1° gennaio con diritto al ricevimento dei fascicoli arretrati ed avrà validità per un anno. La Casa Editrice comunque, al fine di garantire la continuità del servizio, in mancanza di esplicita revoca, da comunicarsi in forma scritta entro il trimestre seguente alla scadenza dell'abbonamento, si riserva di inviare il periodico anche per il periodo successivo. La disdetta non è comunque valida se l'abbonato non è in regola con i pagamenti. Il rifiuto o la restituzione dei fascicoli della Rivista non costituiscono disdetta dell'abbonamento a nessun effetto. I fascicoli non pervenuti possono essere richiesti dall'abbonato non oltre 20 giorni dopo la ricezione del numero successivo.



Indice

EDITORIALE

- 451 Alle soglie dell'autonomia regionale differenziata:
i capisaldi dell'unità nazionale
Claudia Tubertini

SAGGI E ARTICOLI

- 461 Il modello regionale italiano e la prospettiva
del regionalismo differenziato
Luca Castelli
- 491 Il fondamento costituzionale del regionalismo
differenziato. Omogeneità e differenziazione
Paolo Giovarruscio
- 509 Intergovernmental financial relations as a paradigm
of hyper-executive federalism: insights from the case
of equalization mechanisms
Francisco Javier Romero Caro, Alice Valdesalici
- 539 La *Kommunalverwaltung* nell'ordinamento tedesco:
un quadro di sintesi di un modello differenziato
Pier Marco Rosa Salva
- 567 Navigating the constitutional path to English Devolution:
How not to crack an old chestnut in a disunited Kingdom?
Peter Leyland
- 599 Tre scenari di digitalizzazione amministrativa "complessa":
dalla interoperabilità predicata alla standardizzazione
praticata
Benedetto Ponti

NOTE E COMMENTI

- 625 Il concetto di servizio pubblico locale nel d.lgs. n. 201/2022 di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: una visione critica
Joaquín Tornos Mas
- 661 La sorte degli accessori del credito nel dissesto degli enti locali: la Corte non ci ripensa (ma i problemi rimangono irrisolti)
Lio Sambucci

OSSERVATORIO REGIONALE

- 687 Vicende costituzionali dell'artigianato
Cesare Pinelli

Editoriale

Alle soglie dell'autonomia regionale differenziata: i capisaldi dell'unità nazionale

*Claudia Tubertini**

Nel momento in cui chiude questa riflessione si è concluso l'esame in prima lettura, presso l'Aula del Senato, del disegno di legge d'iniziativa governativa sull'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, meglio noto come “ddl quadro” o “ddl Calderoli”¹. L'approvazione di tale legge realizzerà, se non sul piano giuridico, senz'altro su quello politico una delle condizioni fondamentali di avvio del riconoscimento di forme e condizioni particolari di autonomia delle regioni a statuto ordinario, e condurrà probabilmente in tempi rapidi alla ripresa delle trattative, già a suo tempo avviate e poi interrotte anche a causa dell'emergenza pandemica, tra il Governo ed alcune Regioni per la realizzazione di quello che è stato efficacemente definito – specie dagli studiosi di diritto comparato – il «regionalismo asimmetrico all'italiana». È questa, in effetti, la definizione che meglio permette di cogliere il reale punto di rottura rispetto al nostro modello di regionalismo attuale: il riconoscimento formale (e quindi garantito e tutelabile anche dinanzi alla Corte Costituzionale) ad alcune delle Regioni a statuto ordinario di competenze legislative, amministrative e finanziarie di portata e natura differenziata, che si andranno ad aggiungere alle competenze differenziate già formalmente riconosciute alle Regioni a Statuto speciale ed alle due Province Autonome di Trento e Bolzano, ai sensi del medesimo art. 116. Beninteso, non è affatto scontato che la conclusione delle suddette trattative sia altrettanto rapida. La forte preoccupazione che sin dall'avvio

* Professoressa associata di Diritto amministrativo presso l'Alma Mater Studiorum – Università di Bologna.

¹ Il titolo esatto del disegno di legge è *Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione* (n. 615) presentato dal Ministro per gli affari regionali e le autonomie e comunicato alla Presidenza del Senato il 23 marzo 2023.

del progetto ha caratterizzato tutto il dibattito sull'attuazione dell'art. 116 comma 3, e, in particolare, l'interpretazione dell'inciso «(...) sulla base di intesa tra lo Stato e la Regione interessata» ha convinto un po' tutti della necessità di una previa cornice legislativa (nonostante la Costituzione non la preveda espressamente, mentre la richiede, si noti bene, per altri elementi di possibile differenziazione tra gli ordinamenti delle Regioni a statuto ordinario, come il sistema elettorale), volta a definire sia i principi generali per l'attribuzione alle Regioni della maggiore autonomia sia le relative modalità procedurali di approvazione delle intese. La medesima preoccupazione ha finito per incidere fortemente sui contenuti di questa legge: basta scorrerne il testo, vieppiù nella sua versione emendata durante l'istruttoria presso la Commissione Affari Costituzionali, per vedere quanti e quali limiti (di contenuto e procedurali) siano stati posti alla differenziazione, la cui realizzazione ultima risulta un vero e proprio percorso ad ostacoli. Traspare, soprattutto, sin dalla indicazione delle finalità dettate dall'art. 1, una forte enfasi sul principio di unità nazionale, vero e proprio caposaldo di omogeneità insito nella nostra Costituzione², e la volontà di consentire la differenziazione solo laddove essa sia solidale, ovvero non violi i principi di coesione economica, sociale e territoriale e sia compatibile con il fondamentale obiettivo della garanzia su tutto il territorio nazionale dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. Quest'ultimo obiettivo risulta, addirittura, non più solo una condizione preliminare al riconoscimento dell'autonomia differenziata, e quindi limite all'eventuale trattamento "di maggior favore" concesso – specie sul piano finanziario – alle Regioni «differenziate» (art. 3), ma addirittura una delle finalità della procedura ex art. 116, comma 3, che dovrebbe, per l'appunto, secondo il nuovo testo del disegno di legge, anche «rimuovere discriminazioni e disparità di accesso ai servizi essenziali sul territorio» (art. 1). Non a caso, proprio la mancata osservanza, direttamente imputabile alla Regione, dell'obbligo di garantire i LEP può comportare la cessazione integrale o parziale

² Sulle clausole di omogeneità costituzionale (intese quali limiti, a tutela dell'unità del sistema, all'autonomia costituzionale degli enti sub-statali) presenti nella nostra Costituzione, nel saggio di P. GIOVARRUSCIO, *Il fondamento costituzionale del regionalismo differenziato. Omogeneità e differenziazione*, in *questo Fascicolo*, spec. § 4.

dell'intesa, deliberata con legge a maggioranza assoluta delle Camere, così come in ogni caso in cui ricorrano motivate ragioni a tutela della coesione e della solidarietà sociale (art. 7). Sempre l'unità giuridica ed economica, nella particolare declinazione dell'unità di indirizzo rispetto a politiche pubbliche prioritarie, è poi richiamata per attribuire al Presidente del Consiglio dei Ministri l'insindacabile potere di limitare l'oggetto del negoziato ad alcune materie o ambiti di materie individuati dalla Regione nell'atto di iniziativa (art. 2). Si attenua, così, il peso della riserva dell'iniziativa in capo alla singola regione interessata, ai sensi del tenore letterale dell'art. 116, dando al Governo il compito di impedire che alla cura regionale vengano affidati interessi per loro natura infrazionabili, e di alimentare ingiustificate spinte emulative di altre Regioni³. Ma accanto al Governo, altre istituzioni sono chiamate a contribuire ad assicurare che il percorso di riconoscimento dell'autonomia differenziata si svolga entro i limiti dell'unità e della solidarietà: da un lato, le altre Regioni e le rappresentanze nazionali degli enti locali (sia pur nella sola forma della consultazione in sede di Conferenza Unificata, prevista solo sullo schema di intesa preliminare), dall'altro, e soprattutto, il Parlamento. Pur dovendo, necessariamente, rinviare ai regolamenti parlamentari la puntuale definizione di una serie di profili procedurali, nel disegno di legge particolare attenzione è prestata al coinvolgimento del Parlamento, che viene anzitutto informato dell'iniziativa, poi, chiamato ad esprimersi sullo schema di intesa preliminare con atti di indirizzo, i quali, pur non essendo vincolanti, obbligano il Presidente del Consiglio dei ministri, ove ritenga di non conformarvisi in tutto o in parte, a riferire alle Camere con apposita relazione, fornendo adeguata motivazione della scelta effettuata (art. 2, comma 5, emendato in tal senso rispetto alla versione presentata dal Consiglio dei Ministri). Vi è, poi, un coinvolgimento del Parlamento nell'adozione dei decreti legislativi con i quali il Governo è chiamato ad individuare i livelli essenziali delle prestazioni nelle materie suscettibili di autonomia differenziata: in tal caso, ove il parere delle Commissioni parlamentari indichi specificamente talune disposizioni come non conformi ai principi e criteri direttivi della legge quadro, il

³ Si vedano, sul punto, le preoccupazioni espresse da L. CASTELLI, *Il modello regionale italiano e la prospettiva del regionalismo differenziato*, in questo Fascicolo.

Governo, qualora non intenda conformarsi ai pareri parlamentari, deve trasmettere nuovamente i testi alle Camere con le sue osservazioni e con eventuali modificazioni, corredate dei necessari elementi integrativi di informazione e motivazione (art. 3). Sempre il Parlamento, infine, può con atti di indirizzo proporre la modifica delle intese durante il loro periodo di attuazione, che comunque non può essere superiore a dieci anni (art. 7).

Non è questa la sede per esaminare dettagliatamente ciascuna delle citate disposizioni, non foss'altro perché è possibile – anche se assai improbabile – che esse siano ulteriormente modificate e perfezionate prima dell'approvazione finale. Molti sono infatti gli aspetti procedurali ancora da chiarire, soprattutto in riferimento al rapporto tra procedura di determinazione dei LEP, individuazione delle rispettive risorse finanziarie necessarie alla loro copertura per tutto il territorio nazionale e quantificazione delle risorse da trasferire alle Regioni firmatarie delle intese per l'esercizio delle funzioni loro riconosciute in base alle intese⁴. Se è vero, infatti, che il trasferimento delle funzioni, con le relative risorse umane, strumentali e finanziarie, concernenti materie o ambiti di materie riferibili ai LEP può essere effettuato, secondo le modalità e le procedure di quantificazione individuate dalle singole intese, soltanto dopo la determinazione dei medesimi LEP e dei relativi costi e fabbisogni standard, l'insieme delle disposizioni sembra anzitutto orientata in termini di garanzia a favore delle Regioni che otterranno l'autonomia differenziata, affinché non siano chiamate a erogare prestazioni essenziali con risorse insufficienti. Manca, infatti, un impegno generale del legislatore ad adeguare gli stanziamenti necessari per i LEP, da qualunque amministrazione siano al momento prestati, e non solo nelle materie oggetto delle intese, ma in tutte le materie. L'insieme di tali disposizioni, come è evidente, cerca tuttavia, almeno, di mitigare, se non di superare le obiezioni sorte attorno all'inemendabilità parlamentare dell'intesa, la quale è in realtà insita nello stesso meccanismo pattizio

⁴ Per una panoramica completa delle questioni aperte dal disegno di legge, oltre ai testi delle numerose audizioni svolte presso la Commissione Affari Costituzionali del Senato, nell'ampissima letteratura si può consultare ASTRID, Paper n. 93, *L'autonomia regionale "differenziata" e la sua attuazione: questioni di procedura e di metodo*, aprile 2023.

dettato dall'art. 116, comma 3 Cost., a sua volta ispirato al regionalismo *pactado* della Costituzione spagnola⁵, restituendo spazio di intervento al potere legislativo, a fronte di una procedura che pone nelle mani del Consiglio dei Ministri un potere di trattativa che, sinora, si è generalmente svolto in modo prevalentemente simmetrico, ovvero coinvolgendo l'intero sistema regionale, ed ora diviene bilaterale, coinvolgendo solo la Regione interessata. Del resto, le esperienze straniere mostrano che il ruolo dominante degli Esecutivi nell'equilibrio dei poteri dello Stato ha trovato un'amplificazione senza precedenti nell'ambito degli ordinamenti federali, tanto che è stato coniato il termine "federalismo esecutivo" per indicare l'insieme dei processi di negoziazione intergovernativa che sono dominati dai governi all'interno del sistema federale, per regolare soprattutto i meccanismi di perequazione finanziaria. Questa graduale attenuazione della linea di demarcazione tra esecutivo e legislativo, che sta permeando progressivamente molti contesti dell'Europa continentale⁶, rischia, se applicato ad un modello di relazioni bilaterale o asimmetrico come quello dell'art. 116, comma 3 Cost., di compromettere alcuni capisaldi dell'omogeneità costituzionale, come i principi di uguaglianza e di solidarietà e persino il principio democratico. Di qui l'importanza di sedi e procedure a garanzia dell'equità interterritoriale, cruciali per una nuova e più equa distribuzione di risorse anche per le *altre* Regioni. Ancora una volta, l'esperienza straniera può fungere da utile esempio: in Spagna, il *Consejo de Política Fiscal y Financiera* (CPFF), istituito sin dal 1980, sembra aver garantito, sia pure con alcune difficoltà, specie nei momenti di più acuto conflitto tra il Governo nazionale e la Catalogna, almeno dal punto di vista formale una sede di riequilibrio territoriale dei poteri e delle risorse, tramite l'apertura alla partecipazione di tutte le Comunità autonome. Non è stato così, invece, nel Regno Unito, dove la stipula dei *Devolution Deals*, adottati sulla base di negoziati tra i singoli territori (e le rispettive *Mayoral Combined Authorities*) ed il Segretario di Stato, partiti con l'idea di riequilibrare i poteri e le competenze dell'In-

⁵ Come ricorda lo stesso L. CASTELLI, cit.

⁶ Si veda su questo tema l'analisi comparata svolta da F. J. ROMERO CARO e A. VALDESALICI, *Intergovernmental financial relations as a paradigm of hyper-executive federalism: insights from the case of equalization mechanisms*, in questo Fascicolo.

ghilterra dopo il processo di *Devolution of powers* che ha interessato le cosiddette “aree celtiche” (Scozia e Galles), e poi l’Irlanda del Nord e la *Greater London* a partire dal 1998, ha portato ad una rilevante differenziazione nel livello di competenze, poteri e risorse concessi alle diverse aree territoriali firmatarie degli accordi, oltre a lasciare intere aree del territorio inglese fuori dal percorso pattizio. Lo Stato britannico, del resto, rappresenta ormai, dopo il 1999, un modello quasi-federale di tipo asimmetrico (il cd. “Stato devoluto”)⁷ grazie al trasferimento di consistenti poteri legislativi e di autogoverno alle citate “nazioni”, con l’ulteriore difetto di rappresentanza caratterizzato dalla mancanza per l’Inghilterra di un governo sub-nazionale democraticamente eletto, pari a quello presente in Scozia, Galles ed Irlanda del Nord⁸. Sotto questo profilo, il modello certamente più garantista sul piano dell’equa distribuzione di risorse e poteri sembra tuttora risultare quello della Germania, dove, non a caso, le disposizioni relative alle procedure perequative presentano un notevole grado di dettaglio e l’intervento del *Bundesrat* assicura la tutela dei diritti di tutti i *Länder*; ma anche in tal caso, la prassi mostra una tendenza allo spostamento del potere decisionale *in concreto* verso l’esecutivo dei vari livelli di governo coinvolti, a scapito delle istituzioni parlamentari. È quindi dimostrato che in tutti gli Stati federali e decentrati è l’applicazione del principio di leale collaborazione a rappresentare un tassello ineliminabile, vera e propria risorsa delle democrazie⁹, anche laddove siano espressamente previste, o si siano di fatto sviluppate, competenze asimmetriche tra i diversi livelli sub-statali, perché sono anzitutto i Governi – nazionale e regionale – a doversi far carico della tenuta dell’unitarietà del sistema nel suo complesso, evitando, da un lato, interventi troppo invasivi dell’autonomia, dall’altro, ogni forma di egoismo territoriale. Questo certamente non esclude, anzi amplifica la necessità del coinvolgimento delle assemblee rappresentative; ma bisogna

⁷ Cfr. A. TORRE, *Devolution*, in *Enciclopedia Diritto On line*, Treccani, 2017.

⁸ Si rinvia sul punto all’analisi contenuta nella prima parte del saggio di P. LEYLAND, *Navigating the constitutional path to English Devolution: How not to crack an old chestnut in a disunited Kingdom?*, in *questo Fascicolo*.

⁹ Secondo l’espressione di G. AMATO, *Il regionalismo cooperativo: una risorsa delle democrazie*, in R. BIN, F. FERRARI (a cura di), *Il futuro delle Regioni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 15 ss.

essere anche consapevoli che l'invocazione dell'intervento parlamentare non può essere da solo sufficiente a tutelare l'interesse nazionale ed a mantenere il nostro modello di Stato entro i binari di un regionalismo progressivo ad «autonomia regionale ponderata»¹⁰.

Come ha di recente osservato uno degli studiosi più apertamente contrari all'attuazione del regionalismo differenziato, le grandi differenze esistenti al suo interno fanno dell'Italia «un paese plurale, che non può essere governato da un ipotetico centro onnisciente, con decisioni identiche per tutti i territori. Politiche attente ai luoghi sono indispensabili. (...) Ma, allo stesso tempo, l'Italia è un Paese diseguale, con grandi e ingiustificate differenze di trattamento fra i suoi territori e i suoi cittadini; e dunque le politiche attente ai luoghi non possono che essere ricomprese all'interno di una cornice nazionale, coerentemente orientata e ridurre queste differenze alla luce del principio di uguaglianza scolpito in Costituzione»¹¹. Del resto, anche chi ritiene che la differenziazione rappresenti un concetto sinonimo, se non l'essenza stessa dell'autonomia, invoca un attento controllo delle richieste di maggiore autonomia basato sui criteri di proporzionalità, ragionevolezza, sostenibilità, adeguatezza, ritenendo inammissibili richieste che tendano prioritariamente all'ottenimento di nuovi finanziamenti, prescindendo totalmente dalla capacità effettiva dei territori di gestire le competenze richieste e dalla solidarietà che deve tenere insieme le parti del tutto, per aumentarne la forza e la resistenza¹².

¹⁰ Si prende qui in prestito l'espressione di Roberto Toniatti, citato da P. GIOVARRUSCIO, cit.

¹¹ G. VIESTI, *Contro la secessione dei ricchi. Autonomie regionali e unità nazionale*, Roma-Bari, Laterza, 2023, p. 165.

¹² G. GARDINI, *Prove di regionalismo differenziato: la lezione spagnola*, in *Diritto Pubblico*, n. 2/2023, p. 518.

On the Threshold of Differentiated Regional Autonomy: the Cornerstones
of National Unity

Claudia Tubertini

Parole chiave: autonomia regionale differenziata; decentramento; sistemi federali; unità nazionale; leale collaborazione

Keywords: Regional Autonomy; Decentralisation; Federal Systems; National Unity; Loyal Cooperation

Saggi e articoli

Il modello regionale italiano e la prospettiva del regionalismo differenziato

Luca Castelli*

1. *Le fonti di ispirazione del regionalismo italiano*

Quando l'Assemblea costituente affronta la questione dell'autonomia regionale la discussione non parte da zero, perché la riflessione sull'istituto regionale è già stata abbondantemente sviluppata durante il periodo risorgimentale.

Intorno al problema di come realizzare l'unificazione dell'Italia, infatti, la classe dirigente dell'epoca si trova a scegliere tra due modelli alternativi: lo Stato federale, propugnato soprattutto da Cattaneo¹ e mutuato dall'esperienza degli Stati Uniti d'America e della Svizzera; lo Stato unitario accentrato, di matrice francese ed in vigore in Piemonte.

La scelta alla fine ricade – come noto – su quest'ultimo tipo ed è influenzata dal timore che il sistema federale possa minare sul nascere la fragile unità appena raggiunta; ma tra i sostenitori del principio unitario non mancano le prese di posizione in favore del riconoscimento delle Regioni, a cominciare dalla voce autorevole di Mazzini, che nel celebre articolo «Dell'Unità italiana» individua proprio nella Regione la «zona intermedia indispensabile tra la Nazione e il Comune, additata dai caratteri territoriali secondari, dai dialetti, e dal predominio delle attitudini agricole, industriali o marittime»². L'istituto regionale trova poi una sua formalizzazione sul piano legislativo nei progetti di legge presentati nel 1861 da Minghetti, Ministro dell'interno del Governo Cavour, che configurano la Regione come circoscrizione amministrativa dello Stato e come ente autarchico³.

* Professore associato di Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi di Perugia

¹ C. CATTANEO, *La città considerata come principio ideale delle istorie italiane*, in C. CATTANEO, *I classici del pensiero italiano*, Roma-Milano, Biblioteca Treccani-IlSole24Ore, 2006, p. 569 ss.

² G. MAZZINI, *Dell'Unità italiana (1861)*, in *Scritti editi ed inediti di Giuseppe Mazzini. Vol. III*, Imola, Cooperativa Tipografica Editrice Paolo Galeati, 1907, p. 203.

³ I progetti sono consultabili in www.dircost.unito.it.

E non è inutile ricordare che quando, più di un secolo dopo, verrà introdotta l'elezione diretta dei Presidenti di Regione, questi assumeranno nella vulgata corrente la denominazione di «Governatori», che è la stessa utilizzata nel progetto Minghetti per designare il funzionario dello Stato posto al vertice della Regione: senza dubbio una singolare eterogenesi dei fini, se si considera che quel termine, in ossequio alle suggestioni federaliste all'epoca imperanti, rimandava, in realtà, ai Governatori degli Stati Uniti d'America.

Fatto sta che l'estensione territoriale del nuovo ente gli fa assumere «un colore troppo acceso di federalismo»⁴ e richiama subito alla mente i vecchi Stati preunitari tanto faticosamente superati. La temuta azione disgregatrice della Regione a danno dell'unità dello Stato segna così il destino di quelle proposte, che vengono bocciate dal Parlamento⁵.

È sulla base di questi precedenti che Gaspare Ambrosini apre la sua relazione sulle autonomie regionali alla II Sottocommissione della Commissione per la Costituzione osservando come «il problema del regionalismo non è nuovo»⁶.

Nuovo, però, è il contesto di riferimento a cui i Costituenti – a differenza del legislatore statutario – possono adesso guardare, giacché alla tradizionale *summa divisio* tra Stato federale e Stato unitario si è nel frattempo affiancato il modello di Stato regionale delineato dalla Costituzione spagnola della II Repubblica del 1931, che sarebbe stata poi travolta dal franchismo.

Tale Costituzione, infatti, al cospetto delle rivendicazioni della Catalogna che reclama i suoi diritti di nazione storica, non opta per la soluzione federale classica, ma qualifica la Repubblica come uno «Stato integrale, compatibile con l'autonomia dei Municipi e delle Regioni» (art. 1).

⁴ Così Cavour citato da E. PASSERIN D'ENTREVES, *L'ultima battaglia politica di Cavour. I problemi dell'unificazione italiana*, Torino, Ilte, 1956.

⁵ Come osserva L. STURZO, *La Regione nella Nazione*, in *Opera omnia*, 1, 11, Bologna, Zanichelli, 1954, p. 19, «questa fissazione, antica e recente, che la Regione possa intaccare l'unità della Patria, non solo l'ha resa sul nascere assai contrastata, ma l'ha fatta nascere con tali deficienze e con tante restrizioni che ci vorrà della pena a caratterizzarla e a renderla vitale».

⁶ Commissione per la Costituzione, II Sottocommissione, *Relazione del deputato Ambrosini Gaspare sulle autonomie regionali*, p. 137, in *www.camera.it*.

Una locuzione – quella di Stato integrale – che non ha precedenti nella dogmatica tradizionale sulla classificazione dei tipi di Stato ed è evidentemente frutto del compromesso fra i nazionalisti catalani e baschi, sostenitori del sistema federale e i repubblicani, che guardano invece allo Stato unitario; essa, nondimeno, vale a identificare una tipologia di Stato a sé stante, «intermedio (...) fra l'unitario e il federale» e «caratterizzato dall'autonomia regionale»⁷.

Proprio nell'autonomia regionale si rinviene il tratto distintivo di questa formula organizzativa – ben al di là della sua denominazione –, ossia il fatto che le principali articolazioni territoriali dell'*Estado integral* hanno una loro personalità distinta da quella statale e sono dotate di «diritti propri», garantiti dalla Costituzione, che lo Stato con le sue leggi non può modificare né tantomeno sopprimere.

La qual cosa le distingue sia dalle mere circoscrizioni di decentramento amministrativo, nelle quali il conferimento di poteri agli enti decentrati è sempre revocabile da parte dello Stato; sia dagli Stati membri di uno Stato federale, giacché le attribuzioni riconosciute a tali enti non arrivano a coprire l'intera gamma dei poteri sovrani dello Stato, ma restano generalmente confinate alla legislazione e all'esecuzione della legge.

Ai sensi della Costituzione spagnola del 1931, dunque, le Regioni si costituiscono su basi di autonomia (art. 8) allorché una o più province limitrofe – dotate di peculiari caratteristiche storiche, culturali ed economiche – decidano di istituirle deliberando il relativo Statuto (art. 11). Lo Statuto deve essere proposto dalla maggioranza dei Comuni della Regione, sottoposto a referendum popolare con l'adesione di almeno due terzi degli elettori della Regione e approvato dalle Camere (art. 12). Tutte le materie che non rientrano tra quelle rimesse alla competenza esclusiva dello Stato (art. 14) o alla legislazione statale e all'esecuzione regionale (art. 15), possono essere attribuite alla legislazione esclusiva e all'esecuzione diretta della Regione ove lo Statuto disponga in tal senso (art. 16).

Viene poi stabilita una clausola di residualità in favore dello Stato per le materie che lo Statuto non assegna espressamente alla Regione (art.

⁷ G. AMBROSINI, *Un tipo intermedio di Stato fra l'unitario e il federale caratterizzato dall'autonomia regionale*, in *Rivista di diritto pubblico*, 2, 1933, p. 39 ss.

18). Lo Stato, inoltre, può fissare per legge le «basi» che le leggi regionali devono rispettare quando lo richieda l'armonia con gli interessi locali e con l'interesse generale della Repubblica (art. 19). Infine, si stabilisce il principio della prevalenza del diritto statale sul diritto regionale in tutti gli ambiti che gli Statuti non attribuiscono alla competenza esclusiva delle Regioni (art. 21).

Se ne ricava il profilo di uno Stato asimmetrico in cui l'istituzione delle Regioni è legata alle specificità dei diversi contesti territoriali; è rimessa alla libera iniziativa delle Province interessate, che possono aggregarsi in Regione ove sussistano i presupposti costituzionalmente richiesti; è concordata con il Parlamento; e nel quale il grado di autonomia regionale dipende, in ultima analisi, dalle competenze che gli Statuti hanno concretamente assegnato alla Regione, che non necessariamente coincidono con quelle delle altre Regioni. Dunque un regionalismo “a domanda”, che parte dal basso e si presenta «come fenomeno volontario, eventuale e aperto»⁸.

Questo modello ha esercitato un notevole influsso sui Costituenti italiani. Se ne ha traccia evidente nella previsione delle Regioni ad autonomia speciale, ognuna delle quali gode di competenze differenziate da quelle delle altre e disciplinate nei singoli Statuti.

In Spagna, infatti, le Regioni sono la soluzione istituzionale escogitata per soddisfare le esigenze di autogoverno di alcune nazionalità storicamente presenti all'interno dello Stato – come la Catalogna e il Paese Basco – caratterizzate da diversità linguistiche e culturali.

Tali esigenze si sono manifestate anche in alcune parti del nostro Paese, attraversate da forti spinte separatiste (Sicilia e Sardegna) o comunque segnate dalla presenza di consistenti minoranze linguistiche (Valle d'Aosta e Trentino-Alto Adige); e sulla scorta del precedente iberico la risposta della Costituzione del 1948 è quella di riconoscere a questi territori «forme e condizioni particolari di autonomia», concretamente disciplinate in appositi Statuti speciali adottati con legge costituzionale. La specialità regionale italiana, dunque, è un tipico esempio di asimmetria.

⁸ G. GARDINI, *Prove di regionalismo differenziato: la lezione spagnola*, in *Diritto pubblico*, 2, 2023, p. 453.

Gli influssi della Costituzione della II Repubblica non finiscono qui. Ad essa è altresì riconducibile la tecnica di riparto di competenza basata sull'enumerazione delle materie regionali, ossia sull'idea che tutte le materie che non sono espressamente attribuite alla Regione siano di competenza dello Stato; che dunque resta il titolare della competenza legislativa generale, mentre le Regioni possono legiferare solo negli ambiti individuati dai rispettivi Statuti.

Come in Spagna, poi, neppure la Costituzione italiana prevede una seconda Camera rappresentativa delle Regioni, limitandosi a stabilire che il Senato sia eletto a «base regionale» (art. 57). Tale formula è il lascito dell'ampio dibattito svoltosi in Costituente sulla necessità di adeguare la struttura del Parlamento all'ordinamento regionale dello Stato, come accade di regola negli Stati caratterizzati da un forte decentramento legislativo; essa, tuttavia, non ha trasformato il Senato in una Camera delle Regioni, né ha offerto alcun significativo contributo alla differenziazione tra le due Camere, ma si è (più riduttivamente) tradotta nel vincolo per la legislazione elettorale a far coincidere le circoscrizioni per l'elezione dei senatori con il territorio di ciascuna Regione.

A differenza di quanto previsto nella Costituzione spagnola, invece, la regionalizzazione non è incerta nell'*an*, perché le Regioni vengono direttamente individuate dall'art. 131 Cost. su tutto il territorio dello Stato. Al circuito delle Regioni ad autonomia speciale, inoltre, si affianca quello delle Regioni ordinarie, le quali vengono fornite di attribuzioni omogenee, fissate in via generale dalla Costituzione. Gli Statuti delle Regioni speciali, infine, non sono concordati con lo Stato, ma sono il frutto di una sua decisione unilaterale⁹.

Il regionalismo italiano, dunque, non è eventuale, ma necessario, in quanto la presenza delle Regioni non deriva da un processo *bottom up*, di autoidentificazione dal basso, ma dalla loro enumerazione *top down* ad opera della Costituzione; ed è un regionalismo simmetrico, perché il livello di autonomia non è mobile, non varia cioè a seconda delle

⁹ Al netto delle novità introdotte dalla legge cost. n. 2/2001, che ha modificato il procedimento di formazione degli Statuti speciali di cui all'art. 138 Cost., prevedendo un parere obbligatorio della Regione e sottraendo la deliberazione parlamentare al referendum confermativo.

concrete determinazioni dei singoli Statuti, ma è fisso, l'assetto delle competenze essendo uguale per tutte.

In quest'ultimo caso la logica – per riprendere la metafora spagnola – è quella del *café para todos*; nel primo, invece, è quella della *tabla de quesos*, in quanto ogni Regione può attingere al “menù” di competenze offerto dalla Costituzione, che non procede direttamente alla loro allocazione, ma riserva agli Statuti la scelta di quali esercitare effettivamente. Con riguardo all'identificazione geografica delle Regioni, allora, l'aggettivo *integrale* sembra meglio attagliarsi al nostro tipo di regionalismo che a quello spagnolo, dato che la ripartizione del territorio in Regioni copre l'intera Nazione.

Nel caso italiano in favore della generalizzata previsione delle Regioni hanno militato diverse motivazioni. In primo luogo – per dirla con Benvenuti – l'idea della Regione come «efficienza democratica» piuttosto che come «efficienza amministrativa»¹⁰; vale a dire la convinzione che la Regione, più che l'ambito territoriale ottimale per il decentramento dello Stato, deve servire a rafforzare la democrazia, diffondendola a livello locale, allargando la partecipazione dei cittadini alla vita politica e favorendo la creazione di nuovi equilibri politici che consentano ai partiti esclusi dal governo nazionale di poter concorrere a quello regionale.

Insomma la Regione come strumento che deve portare ad una democrazia più evoluta ed effettiva, valorizzando le energie del territorio¹¹, avvicinando le decisioni ai cittadini, favorendo un maggior controllo degli amministrati sugli amministratori¹².

Un'altra motivazione alla base della nascita della Regione è quella che la concepisce come limite al potere dello Stato, presidio delle libertà

¹⁰ F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, Libreria universitaria editrice, 1975.

¹¹ Secondo G. AMBROSINI, *Relazione*, cit., p. 142, «la Regione come ente intermedio fra lo Stato e i Comuni, deve assolvere questo compito precipuo di valorizzazione delle forze locali nel quadro e nell'interesse dello Stato in generale».

¹² Per L. STURZO, *Politica di questi anni (1946-1948)*, Roma, Storia e Letteratura, 2003, p. 249-250, «si tratta di dare voce reale, effettiva e libera al popolo tramite l'elettorato e la rappresentanza regionale, perché vengano temperati i monopoli statali della amministrazione e della finanza e venga attuata una politica popolare, alla quale possano partecipare tutti, non solo come volontà popolare personalmente espressa, ma anche come elemento strutturale permanente, autonomo, che abbia una sua influenza sulla stessa vita dello Stato unitario».

individuali e argine rispetto ai possibili rischi di involuzioni autoritarie (la c.d. concezione liberal-garantistica dell'autonomia regionale).

Infine c'è l'idea che la Regione possa introdurre un profondo rinnovamento della struttura statale – le Regioni per la riforma dello Stato¹³ – realizzando un diverso modo di amministrare¹⁴ e riqualificando l'attività legislativa del Parlamento, al fine di trasformarlo nel luogo delle grandi scelte strategiche del Paese e delle leggi di principio¹⁵.

È risaputo, tuttavia, che le Regioni – anche per cause ad esse non del tutto imputabili – avrebbero ben presto deluso le grandi attese che erano state riposte tanto intorno alla loro previsione costituzionale, quanto intorno al loro concreto avvento, fallendo l'obiettivo di ristrutturare lo Stato sul piano legislativo e amministrativo.

Ma le ascendenze straniere del nostro regionalismo non finiscono qui. Esso risente anche del significativo influsso della Costituzione di Weimar del 1919, che disegna «non un vero sistema federale rigorosamente inteso (...), ma un sistema di ampio decentramento regionale costituzionalmente garantito, fondato sull'autonomia dei singoli *Länder*»¹⁶.

A tale modello sono infatti ascrivibili sia la definizione di un regime unitario di autonomia, che si applica indifferentemente a tutte le Regioni ordinarie; sia la principale tipologia di competenza legislativa ad esse attribuita – la competenza concorrente – fondata sulla dicotomia principio statale-dettaglio regionale che, per certi aspetti, trova un equivalente anche nella disciplina spagnola delle *bases* statali che le Regioni devono rispettare.

¹³ F. BENVENUTI, *Regioni delle Regioni*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, Vita e Pensiero, 2006, p. 1955 ss.

¹⁴ Già A. DE GASPERI, *Atti Assemblea costituente*, Seduta del 29 gennaio 48, p. 4148, riteneva che le autonomie territoriali dovessero dimostrare «di essere migliori della burocrazia statale, migliori del sistema accentrato statale, migliori soprattutto per quanto riguarda le spese». Sulla concezione dell'autonomia in De Gasperi si veda D. DE PRETIS, «Una autonomia oltre i confini». *De Gasperi e il primato del bene comune*, Lectio degasperiana 2023, Pieve Tesino, 18 agosto 2023, in www.degasperin.it.

¹⁵ Nell'idea del Costituente, infatti, la legislazione statale di principio nelle materie concorrenti, in uno con il principio dell'adeguamento dei metodi della legislazione (art. 5) e con la IX Disp. Trans., avrebbe dovuto portare il Parlamento a legiferare per principi.

¹⁶ C. MORTATI, *Lezioni sulle forme di governo*, Padova, Cedam, 1973, p. 200.

Alla luce di questa panoramica sulla modellistica che ha ispirato i lavori della nostra Assemblea costituente, si può ben concludere che «[i]l regionalismo italiano (...) è figlio della comparazione»¹⁷.

2. *Un regionalismo dal profilo incerto*

Soprattutto – per riprendere le parole di Meuccio Ruini – l’ordinamento regionale rappresenta «l’innovazione più profonda introdotta dalla Costituzione»¹⁸. La quale infatti, rompendo con la consolidata tradizione centralistica precedente, non solo ha disegnato – sulla scia delle suggestioni mazziniane – un nuovo ente «intermedio» tra lo Stato e gli enti locali, ma lo ha anche dotato di competenze legislative, superando in tal modo il vecchio principio del monopolio statale nella produzione della legge a vantaggio di un assetto istituzionale informato al policentrismo legislativo.

Ma se in Assemblea costituente vi è una *communis opinio* intorno alla creazione delle Regioni, molto più dibattuta è la questione relativa al ruolo e ai poteri che ad esse vanno riconosciuti. Su questo nodo, infatti, si fronteggiano due opposte opinioni: quella della Regione come ente politico, a cui vengono attribuite anche funzioni legislative e che anzi trova proprio nell’esercizio della legislazione l’espressione massima della sua politicità, intesa come capacità di curare gli interessi generali della sua comunità; e quella della Regione come ente soltanto amministrativo, a cui la legge dello Stato può tutt’al più demandare il compito di darvi attuazione¹⁹.

Alla fine prevale l’opzione in favore del regionalismo politico e la Regione diventa un elemento caratterizzante la stessa forma di Stato democratico. I Costituenti, infatti, non si limitano a «portare il governo alla porta degli amministrati», ma pongono «gli amministrati nel governo di sé medesimi»²⁰; l’autonomia legislativa, però, non viene riconosciuta alla

¹⁷ G. GARDINI, *Prove di regionalismo differenziato*, cit., p. 451.

¹⁸ M. RUINI, Commissione per la Costituzione, *Relazione al Progetto di Costituzione della Repubblica italiana*, 6 febbraio 1947, p. 13.

¹⁹ In questo senso erano le risultanze della Commissione Forti come ricorda U. DE SIERVO, *La ripresa del regionalismo nel dibattito costituente*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Il regionalismo italiano dall’Unità alla Costituzione alla sua riforma*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 55 ss.

²⁰ M. RUINI, *Relazione*, cit., p. 13.

Regione in modo pieno, perché essa non legifera mai da sola, ma sempre nel quadro dei principi statali.

E questo vale tanto per le Regioni speciali, titolari di una potestà legislativa piena o primaria ai sensi dei rispettivi Statuti, ma pur sempre esercitabile nel rispetto dei principi dell'ordinamento; quanto per le Regioni ordinarie, la cui competenza legislativa è di tipo concorrente e non può svolgersi in contrasto con i principi fondamentali fissati dallo Stato in apposite leggi cornice.

Tale competenza, peraltro, è l'unica ad essere riconosciuta alle Regioni ordinarie e ha ad oggetto materie di scarso peso, attenendo più che altro ad ambiti di rilievo strettamente locale. Non solo. Per identificare gli atti adottati nell'esercizio di questa potestà la Costituzione non utilizza neppure il *nomen iuris* di legge, ma si limita a prevedere – più riduttivamente – che la Regione «emana (...) norme legislative» (art. 117, primo comma), quasi a voler svalutare questa attività di normazione primaria regionale rispetto alla vera e propria produzione della legge da parte del Parlamento.

Sul piano amministrativo, poi, la ripartizione delle funzioni è governata dal principio del parallelismo, ai sensi del quale spettano alle Regioni le funzioni amministrative nelle materie in cui hanno potestà legislativa (art. 118, primo comma).

Il che ridimensiona anche la potestà amministrativa della Regione, vista la limitata portata delle materie affidate alla sua competenza legislativa. Non basta. Le competenze amministrative regionali vengono interpretate in modo tassativo, ritenendo che la Regione non possa esercitare alcuna funzione al di fuori delle materie elencate dall'art. 117.

Dovrà intervenire la Corte costituzionale per smentire tale approccio riduzionista, riconoscendo la legittimazione della Regione, quale ente a fini generali rappresentativo della propria comunità, ad intervenire con provvedimenti di spesa «riguardo a tutte le questioni di interesse della comunità regionale, anche se queste sorgono in settori estranei alle singole materie indicate nell'art. 117 della Costituzione e si proiettano al di là dei confini territoriali della Regione medesima»²¹.

²¹ Corte cost., 21 luglio 1988, n. 829.

Affinché il policentrismo legislativo non si traduca in un pericolo per la tenuta unitaria dell'ordinamento, la Costituzione del 1948 introduce anche una fitta trama di controlli da parte dello Stato, che valgono ad attribuirgli un «ruolo tutorio»²² simile a quello che svolgeva in passato nei confronti degli enti locali.

Nessun atto della Regione sfugge al controllo dello Stato, che si appunta non solo sulla legittimità dell'atto, ma anche sul merito, cioè sulla sua opportunità politica: a questa regola, infatti, sono assoggettati lo Statuto (art. 123), gli atti amministrativi (art. 125) e le leggi regionali (art. 127). Il controllo si estende poi agli organi, con la possibilità di decretare lo scioglimento del Consiglio regionale – il massimo organo rappresentativo della Regione – al ricorrere di determinati presupposti (art. 126).

Se ne ricava nel complesso un modello costituzionale caratterizzato da una cifra marcatamente garantistica. A cominciare dalla stessa identificazione geografica delle Regioni, effettuata direttamente dalla Costituzione, il che costituisce una fondamentale garanzia per la loro esistenza.

Lo stesso può dirsi della distribuzione delle competenze legislative tra Stato e Regione, anch'essa stabilita in Costituzione (e negli Statuti speciali) e dunque – kelsenianamente – non disponibile da parte del legislatore statale.

Non finisce qui. L'eventuale lesione di queste competenze non è priva di conseguenze, ma è giustiziabile davanti alla Corte costituzionale, che può essere adita direttamente dalla Regione per ripristinare la legalità violata. Anche la tecnica di riparto utilizzata – con l'enumerazione delle materie intestate alla Regione – risponde a ben vedere all'esigenza di mettere la Regione il più possibile al riparo dalle interferenze dello Stato, mantenendo nettamente distinte e separate le rispettive sfere di competenza. È il cosiddetto modello del regionalismo duale, informato ad una logica meramente difensiva dell'autonomia regionale, sul presupposto che la Regione rappresenti l'«anello debole» del nuovo assetto statale strutturato su basi di autonomia, in quanto innestata nel corpo di un ordinamento che si è ormai consolidato in senso fortemente accentrato.

²² A. D'ATENA, *Diritto regionale*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 60.

L'ente regionale, pertanto, va preservato dalle invasioni di campo dello Stato, mantenendolo il più possibile distante da esso e non prevedendo alcun momento di coordinamento. Insomma, costruendo argini piuttosto che gettando ponti.

I rapporti tra il livello di governo statale e quello regionale vengono così organizzati «in modo "euclideo"»²³: le materie sono considerate o statali o regionali, con una netta divisione dei compiti e senza alcuna possibilità di sovrapposizione.

Ma questa ricostruzione cartesiana delle relazioni istituzionali tra Stato e Regioni dimostra subito la sua fallacia, perché – per riprendere Paladino – le materie «non sono concepibili in forma geometrica e separabili con un taglio netto»²⁴.

La stessa idea di concorrenza presuppone, a ben vedere, la collaborazione, perché la fonte statale e la fonte regionale intervengono nello stesso ambito materiale e dunque si trovano ad agire necessariamente in modo coordinato.

Finirà per ammetterlo la stessa Corte costituzionale quando osserverà che «[t]ra la competenza legislativa dello Stato e quella delle Regioni sulle materie elencate nell'art. 117 non c'è netta separazione di materie: sulla stessa materia, al contrario, devono concorrere la legge statale e la legge regionale, l'una ponendo (e potendo successivamente modificare) i principi fondamentali, all'altra essendo riservato porre le norme ulteriori»²⁵. Del resto, il dato assolutamente prevalente che nel frattempo emerge dalla giurisprudenza costituzionale è quello dell'«intreccio» delle rispettive competenze, che comporta interdipendenza e necessita quindi di accordi e moduli partecipativi per essere adeguatamente governato.

Di questi strumenti collaborativi, però, la Costituzione del '48 è del tutto carente, perché si tratta di istituti espressione di un principio – quello cooperativo²⁶ – che si afferma nel sistema federale statunitense a seguito

²³ R. BIN, *Legge regionale*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, IX, 1994, p. 174.

²⁴ L. PALADINO, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale*, in *Foro amministrativo*, III, 1971, p. 37.

²⁵ Corte cost., 3 marzo 1972, n. 40.

²⁶ Come osserva A. BALDASSARRE, *Rapporti tra Regioni e Governo*, in *Le Regioni*, 1-2, 1983, p. 46-47, «il decentramento cooperativo è la forma tipica che un'organizzazione caratterizzata da

del *New Deal* roosveltiano; e che, come tali, sono estranei all'ispirazione separatistico-garantista dominante in Assemblea costituente, a maggior ragione dopo che essa ha scartato il ricorso allo Stato federale come soluzione da dare al problema del regionalismo.

In questa lacuna sta, a ben vedere, il maggior fattore di crisi dello Stato regionale italiano²⁷, che non si è mai sviluppato lungo le coordinate disegnate dal modello costituzionale, esibendo al contrario vistosi scostamenti nella prassi.

A cominciare dalla stessa tenuta del riparto verticale, fondato su una distinzione – principi *vs* dettaglio – che, a dispetto della sua costruzione ortogonale, rivela ben presto tutta la sua debolezza, data l'impossibilità di distinguere con esattezza dove finiscano gli uni e inizi l'altro; e dunque non regge all'urto di una legislazione statale pervasiva che interviene nelle materie di competenza regionale anche con norme di dettaglio, in ciò peraltro supportata da un atteggiamento di estrema compiacenza da parte della Corte costituzionale.

Non solo. Nell'esercizio della sua funzione di indirizzo e coordinamento, che il giudice costituzionale considera il «risvolto positivo» del limite dell'interesse nazionale²⁸, la Corte giustifica l'intervento dello Stato in materia regionale anche con norme regolamentari e perfino con atto amministrativo.

Sulla base della legge n. 62/1953 (legge Scelba), poi, alle Regioni viene impedito di legiferare se prima lo Stato non ha adottato le sue leggi cornice (art. 9) e ciò arreca un *vulnus* ulteriore all'autonomia legislativa delle Regioni, il cui concreto esercizio è rimesso di fatto alla completa discrezionalità del legislatore statale, che in caso di inerzia può addirittura congelarla *sine die*.

un decentramento politico costituzionale assume quando si coniuga con i compiti e le strutture dello stato sociale (...). In breve il federalismo cooperativo alla regola del coordinamento verticale sostituisce la regola del coordinamento orizzontale, riservando al primo soprattutto la funzione di risoluzione dei conflitti eventualmente insorgenti tra le parti.

²⁷ G. GARDINI, C. TUBERTINI, *Le prospettive del regionalismo: idee per una rifondazione*, in *Astrid-RASSEGNA*, 2, 2023, p. 8, sottolineano come «all'origine dei problemi del regionalismo, in sostanza, vi è un'idea di autonomia concepita prevalentemente in negativo, come libertà dal controllo statale, e realizzata in assenza di qualsivoglia prospettiva unitaria, federativa, in cui livelli di governo diversi collaborano in vista di obiettivi comuni».

²⁸ Corte cost., 4 marzo 1971, n. 39.

Tale previsione è all'origine di un'ulteriore perversione del modello, perché porta la Regione a ripiegare sul fronte della gestione operativa, configurandosi come ente di amministrazione²⁹ piuttosto che come «ente di governo»³⁰ e diventando di fatto una «gigantografia del Comune»³¹. Con riguardo alle modalità di esercizio delle funzioni, tuttavia, l'art. 118 vecchio testo prevede che la Regione eserciti «normalmente» le sue funzioni delegandole agli enti locali o valendosi dei loro uffici (art. 118, ultimo comma).

In tal modo il Costituente si propone, in coerenza con una delle ragioni fondative dell'ente regionale, non solo di avvicinare l'esercizio delle funzioni ai cittadini, evitando di replicare a livello regionale l'accentramento statale, ma anche di impedire la formazione di una quarta burocrazia regionale che si aggiunge a quelle già esistenti agli altri livelli territoriali³². D'altra parte, nel senso di uno spostamento di competenza verso il basso, in una prospettiva in qualche modo anticipatrice del principio di sussidiarietà, va anche la previsione per cui lo Stato, nelle materie non elencate, può delegare con legge alla Regione l'esercizio di altre funzioni amministrative (art. 118, secondo comma); nonché quella per cui, nelle materie regionali, le leggi della Repubblica possono trasferire direttamente a Province, Comuni e altri enti locali le funzioni «di interesse esclusivamente locale».

È il modello delle Regioni come «enti ad amministrazione indiretta necessaria» – secondo la nota definizione di Giannini³³ – chiamati non tanto a operare in prima persona, quanto a svolgere essenzialmente funzioni di legislazione, indirizzo e controllo, mentre le funzioni di gestione operativa

²⁹ E. CARLONI, *Le regioni ordinarie come enti di amministrazione*, in F. CORTESE, J. WOELK (a cura di), *Autonomie speciali e regionalismo italiano. Un bilancio*, Milano, FrancoAngeli, 2023, p. 165 ss.

³⁰ A. BARBERA, *La Regione come ente di governo*, in *Politica del diritto*, 1, 1973, p. 741.

³¹ M.S. GIANNINI, *Del lavare la testa all'asino*, in A. BARBERA, F. BASSANINI (a cura di), *I nuovi poteri delle regioni e degli enti locali. Commentario al decreto n. 616 di attuazione della legge 382*, Bologna, il Mulino, 1978, p. 8.

³² Secondo M.S. GIANNINI, *Regioni e Stato moderno in Italia*, in *Scritti 1963-1969*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 918, «uno dei pochi punti certi della Costituzione è che la Regione non dovrebbe essere un ente burocratico».

³³ M.S. GIANNINI, *Il decentramento amministrativo nel quadro dell'ordinamento regionale*, in AA.VV., *Atti del III Convegno di studi giuridici sulla Regione*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 186.

sono affidate agli enti locali; un modello che, nella lettura della Corte costituzionale, è «indicativ[o] di una generale linea di tendenza diretta a ridurre al massimo possibile la concentrazione di funzioni amministrative al livello regionale»³⁴.

Ma c'è dell'altro. Quando la legge n. 281/1970 (sulla finanza regionale) modifica l'art. 9 della legge Scelba nel senso di prevedere che l'adozione delle leggi cornice non è più pregiudiziale all'esercizio della competenza legislativa delle Regioni, ciò da una parte sblocca l'attività legislativa delle Regioni, che in mancanza di principi fondamentali espliciti possono adesso ricavarli dalla legislazione statale previgente; dall'altra, però, compromette irrimediabilmente la loro capacità di innovazione, dato che questi principi vengono comunque estratti da leggi vecchie.

Questo provoca il complessivo depauperamento della funzione legislativa regionale³⁵, che rinuncia all'ambizione di cimentarsi con grandi disegni di governo della Regione e finisce per accontentarsi di piccoli spazi regolativi, ora dettando la disciplina di interessi microsettoriali; ora replicando con «leggi fotocopia» quanto fatto da altre Regioni; ora, infine, andando «a rimorchio» dello Stato e riproducendo pedissequamente a livello locale gli assetti normativi vigenti a livello centrale. Insomma non solo la gestione amministrativa prevale sulla pratica legislativa, ma questa consiste in un'attività sostanzialmente provvedimentale³⁶.

Ad un simile esito non è estranea la tecnica utilizzata dal legislatore statale per il trasferimento delle funzioni amministrative alle Regioni – la cosiddetta tecnica del ritaglio³⁷ –, inaugurata nei decreti legislativi di attuazione degli Statuti speciali e poi estesa – dai decreti Stammati del 1972 – al primo trasferimento delle funzioni amministrative alle Regioni ordinarie.

³⁴ Corte cost., 15 luglio 1991, n. 343.

³⁵ Secondo E. BALBONI e M. CARLI, *La potestà normativa delle Regioni: ambizioni, frustrazioni e aporie*, in *www.astrid-online.it*, 16 ottobre 2023, p. 10, la Regione «solo in maniera sporadica ed occasionale ha premuto, con buoni risultati, i pedali dell'innovazione legislativa e della sperimentazione».

³⁶ Di una funzione legislativa «ridotta, salvo isolate eccezioni, al rango di una modesta normazione secondaria» parla M. CAMMELLI, *Regioni e regionalismo: la doppia impasse*, in *Le Regioni*, 4, 2012, p. 679.

³⁷ Come l'ha definita F. BASSANINI, *Rapporti e tensioni tra Regioni e Stato*, in E. ROTELLI (a cura di), *Dal regionalismo alla Regione*, Bologna, il Mulino, 1973, p. 224.

In base ad essa le funzioni nelle materie di competenza regionale non vengono integralmente devolute alle Regioni, ma all'interno di quella materia regionale si ritaglia un settore o una porzione più piccola che vengono lasciati alla competenza dello Stato.

In tal modo anziché subordinare il trasferimento di funzioni al ruolo che si vuole attribuire alle Regioni, dando corpo al profilo di Regione che si staglia dagli Statuti nel frattempo approvati, lo si subordina – più riduttivamente – al carattere nazionale o regionale dell'interesse coinvolto. Ciò innesca una dinamica antagonistica tra Stato e Regioni, perché queste ultime sono portate a rivendicare gli spazi di autonomia che vengono ad esse sottratti³⁸, piuttosto che ad esercitare una propria capacità di governo con l'assetto di funzioni di cui comunque dispongono.

Se poi a tutto ciò si aggiunge la propensione dei legislatori locali a prediligere la normazione in via regolamentare anziché in via legislativa, dato che i regolamenti regionali, al pari delle leggi regionali, sono rimessi alla competenza dell'organo consiliare, ma vengono assoggettati a limiti molto meno penetranti, si comprende perché sia constatazione comune in dottrina che le Regioni, salvo rare eccezioni, abbiano sostanzialmente fallito come legislatori.

Tutte queste dinamiche incidono in maniera decisiva sull'avvento delle Regioni e ne condizionano tutta la successiva evoluzione, deludendo le aspettative di quanti avevano visto nell'avvio dell'esperienza regionale l'occasione per un complessivo rinnovamento dello Stato nei suoi metodi di amministrazione e legislazione.

Di qui la crisi irreversibile del modello, che pone le premesse per la riscrittura del Titolo V nel 2001. Una crisi a cui concorrono la resistenza al cambiamento delle burocrazie ministeriali; una legislazione statale invadente che sembra ignorare l'esistenza delle Regioni; una giurisprudenza costituzionale molto accondiscendente verso lo Stato e poco sensibile alle esigenze delle autonomie; l'assetto centralistico e verticale dei partiti politici, che ha finito per "nazionalizzare" le dinamiche politiche

³⁸ Di «gelosia delle competenze» parla G. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e della Regione. (Alla luce dell'esperienza statunitense)*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 460.

regionali, facendo dell'accesso alle cariche pubbliche regionali solo una tappa intermedia nella costruzione di una carriera politica nazionale. Il combinato disposto di questi fattori determina il fallimento del modello costituzionale. Ma a tale risultato non sono estranee le aporie e le ambiguità che sin dall'inizio caratterizzano lo Stato regionale disegnato dal Titolo V.

Il compromesso raggiunto in Assemblea costituente tra i regionalisti politici e i fautori del regionalismo amministrativo, infatti, è all'insegna di una complessiva *deminutio* dell'autonomia regionale. Le Regioni hanno bensì autonomia legislativa, ma la legislazione regionale deve svolgersi nel rispetto di limiti molto incisivi (principi fondamentali dello Stato, interesse nazionale, interesse delle altre Regioni); hanno autonomia finanziaria, ma nelle «forme» e nei «limiti» stabiliti dalle leggi della Repubblica; possono darsi propri Statuti, ma anche questi sono soggetti a limiti penetranti e all'approvazione dello Stato; sono assoggettate a controlli stretti sui loro atti e sui loro organi.

Anche il disegno costituzionale di una Regione «a minimo apparato burocratico»³⁹, a ben vedere, è delineato in modo non univoco. Le Regioni, infatti, possono anche istituire propri enti dipendenti e propri uffici (art. 117), che peraltro devono essere formati con personale trasferito dallo Stato (disp. trans. VIII). Dal che può inferirsi il carattere non necessario della delega e dell'avvalimento degli uffici degli enti locali. Questi ultimi, a loro volta, sono configurati anche come circoscrizioni di decentramento regionale (art. 129).

Insomma, la Costituzione offre alla Regione una pluralità di assetti organizzativi – la delega agli enti locali e l'impiego dei loro uffici, l'esercizio in proprio delle funzioni, l'ente dipendente e l'impresa regionale – non riconducibili ad una visione univoca di quello che dovrebbe essere il ruolo dell'ente nel nuovo sistema costituzionale, tanto che si è parlato di «strabismo dei modelli»⁴⁰ che emergono dal Titolo V originario.

³⁹ L. VANDELLI, *Art. 118*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1985, p. 269.

⁴⁰ G. GARDINI, *Dalla "questione meridionale" alla "questione settentrionale": l'amministrazione regionale in cerca di identità*, in *Istituzioni del Federalismo*, 1-2, 2010, p. 19.

Di qui «un modello alquanto debole e contraddittorio di Regione»⁴¹, se perfino un regionalista convinto come Luigi Sturzo, davanti alla disciplina della Regione contenuta in Costituzione, osserva che «il passaggio dall'idea al fatto è spesso penoso (...) nessuna meraviglia se (...) la regione che ci presenta la Costituzione non sia quella che i regionalisti hanno vagheggiato e voluto da sì lungo tempo»⁴².

Si tratta altresì di un modello incompiuto, perché alla devoluzione di poteri legislativi alle Regioni non è mai corrisposto l'adeguamento della struttura del Parlamento per dare rappresentanza al centro ai nuovi enti, in modo che possano far sentire la propria voce laddove si produce la legislazione che incide sulle loro competenze costituzionalmente garantite. Sulla base di queste risultanze non è mancato in dottrina chi, pur ravvisando nel «separatismo garantistico»⁴³ la cifra qualificante dell'originario disegno costituzionale, ha osservato come le sue tare genetiche siano tali e tante da configurare, in realtà, «un regionalismo senza modello»⁴⁴.

3. *La più chiara vocazione funzionale della Regione nella riforma del Titolo V*

Dopo la revisione del Titolo V del 2001 lo Stato regionale italiano resta senza un chiaro modello di riferimento con riguardo alla perdurante mancanza di una netta “scelta di campo” in favore del regionalismo cooperativo, mentre appare molto più nitidamente definita la connotazione della Regione come ente di legislazione.

A favore di questa conclusione militano diversi elementi. Anzitutto, il rovesciamento del criterio di riparto delle competenze legislative. Con un completo mutamento di prospettiva rispetto al passato, infatti, il nuovo art. 117 elenca adesso – secondo una tecnica peraltro tipica dei regimi

⁴¹ U. DE SIERVO, *Realtà attuale delle funzioni e del finanziamento delle Regioni*, in N. ANTONETTI, U. DE SIERVO (a cura di), *Che fare delle Regioni?*, Roma, Istituto Luigi Sturzo, 2014, p. 196. M.S. GIANNINI, *Le Regioni: rettificazioni e prospettive*, in E. ROTELLI (a cura di), *Dal regionalismo alla Regione*, Bologna, il Mulino, 1973, p. 190, rileva che le Regioni in Costituente «nacquero sotto il segno dell'ambiguità».

⁴² L. STURZO, *La Regione nella Nazione*, Opera omnia, Bologna, Zanichelli, 1954, p. 386.

⁴³ P.A. CAPOTOSTI, *La Conferenza permanente per i rapporti tra Stato e Regioni: una tendenza verso il regionalismo cooperativo?*, in *Le Regioni*, 5, 1981, p. 898.

⁴⁴ M. LUCIANI, *Un regionalismo senza modello*, in *Le Regioni*, 5, 1994, p. 1317.

federali – le materie di competenza dello Stato, mentre tutte le altre sono attribuite, in via residuale, alle Regioni, che dunque diventano, almeno sulla carta, gli enti a competenza legislativa generale, l'intervento dello Stato essendo confinato alle materie che gli sono espressamente assegnate ed alla determinazione dei principi fondamentali nelle materie concorrenti. Ma non è tutto. Il catalogo delle materie concorrenti viene sensibilmente accresciuto e si specifica che in questi ambiti la competenza statale è circoscritta alla sola fissazione dei principi fondamentali; non deve più essere apposto il visto del Commissario di Governo sulle leggi regionali, che dunque entrano subito in vigore, potendo semmai essere impugnate davanti alla Corte costituzionale – al pari di quelle statali – dopo la loro pubblicazione; viene meno la clausola dell'interesse nazionale come limite generale alla legislazione regionale; e la Regione non «emana norme legislative» ma è titolare, come lo Stato, di una vera e propria «potestà legislativa», peraltro parificata a quella statale sotto il profilo dei limiti cui è sottoposta; la competenza concorrente, inoltre, è solo una delle competenze legislative delle Regioni, mentre nel Titolo V originario era l'unica competenza propria delle Regioni.

Sul piano amministrativo, poi, le funzioni vengono distribuite alle Regioni e agli enti locali sulla base di un criterio flessibile, che ne prevede l'allocatione in via preferenziale ai Comuni in quanto enti più vicini ai cittadini e dunque naturalmente votati a farsi carico della generalità delle funzioni e dei servizi, salvo che ragioni di esercizio unitario ne giustifichino il conferimento ad un livello di governo superiore.

Alla luce dell'art. 118, dunque, l'amministrazione pubblica è (*rectius* dovrebbe essere) un'amministrazione essenzialmente locale, incentrata su due livelli territoriali, il livello di base (Comuni singoli o associati) e quello di area vasta (Province e Città metropolitane); mentre l'amministrazione regionale dovrebbe avere un carattere tendenzialmente residuale, nel senso che vanno allocate in capo alla Regione solo le funzioni per le quali si dimostri effettivamente che è quello regionale l'ambito di esercizio ottimale.

La centralità acquisita dagli enti locali come terminali privilegiati dell'amministrazione è corroborata anche da altre previsioni: l'attribuzione a Comuni, Province e Città metropolitane di funzioni «proprie», oltre a quelle «fondamentali» definite dalla legge statale e a quelle «conferite»

dallo Stato e dalle Regioni; il riconoscimento – prima mancante – di una potestà regolamentare per disciplinare l'organizzazione e l'esercizio di queste funzioni; il venir meno dei controlli preventivi di legittimità sui loro atti; la qualificazione “a tutto tondo” come enti autonomi, essendo stato abrogato l'art. 129 che li configurava anche come circoscrizioni di decentramento statale e regionale.

In conseguenza delle «due nuove generalità»⁴⁵ introdotte dalla riforma del Titolo V, che sono il precipitato della posizione paritaria di Regioni e Comuni quali enti costitutivi della Repubblica ai sensi dell'art. 114 Cost., il sistema istituzionale viene dunque ad impennarsi sul *tandem* amministrazione locale-legislazione regionale: le Regioni vedono naturalmente accentuata la loro vocazione di enti di legislazione, programmazione, coordinamento e supporto alle autonomie locali; a queste ultime, viceversa, è affidata la gestione operativa di tutte le funzioni amministrative, che peraltro andrebbero concentrate il più possibile sugli enti di governo elettivi – il Comune, per tutte le funzioni di base e la Provincia per tutte quelle di area vasta –, in modo da ridimensionare la proliferazione a livello regionale di agenzie, società, enti dipendenti.

Ma questa profonda trasformazione dell'amministrazione pubblica che il combinato disposto degli articoli 117 e 118 sembra promettere è rimasta lettera morta. Non solo il baricentro dell'amministrazione non si è spostato a livello locale, ma quelle che erano le due tendenze tipiche dell'amministrazione regionale prima della novella del Titolo V – l'accentramento di funzioni di amministrazione attiva e l'amministrazione per enti – sono proseguite ed anzi si sono persino accentuate. Emblematica, a questo riguardo, la riforma delle Province ad opera della legge Delrio, che ha svuotato il corredo funzionale dell'ente ed attratto a livello regionale la maggior parte delle sue funzioni.

Insomma, a distanza di oltre cinquant'anni dall'avvento delle Regioni e a più di venti dalla riforma del Titolo V, c'è un filo rosso che accomuna lo Stato regionale del 1948 e quello del 2001 ed è il perdurante scarto che sussiste tra il disegno di Regione che si ricava dal testo costituzionale e il vero volto dell'ente che emerge dalla realtà.

⁴⁵ M. CAMMELLI, *I raccordi tra i livelli istituzionali*, in *Istituzioni del federalismo*, 2, 2010, p. 326.

Il che è ancor più sintomatico delle difficoltà di far maturare una cultura politica sensibile alle esigenze delle autonomie in un Paese d'altronde che in più di cento anni di storia unitaria – dalla proclamazione del Regno d'Italia nel 1861 all'elezione dei primi consigli regionali nel 1970 – ha avuto un ordinamento unitario, accentrato e uniforme; e nel quale, specie nell'ultimo ventennio, è prevalso un «uso congiunturale»⁴⁶ dell'autonomia, che è stata piegata a logiche di convenienza politica, anziché utilizzata per soddisfare al meglio i bisogni delle comunità locali.

Se ne ha la riprova nei sistematici cambi di rotta che hanno caratterizzato l'approccio a questo tema: così, ad esempio, si passa dall'attuazione del Titolo V alla «riforma della riforma»⁴⁷, per poi giungere alla *devolution* fino ad arrivare alla grande riforma costituzionale del 2005; o ancora dalle suggestioni federaliste del Titolo V, alla torsione accentratrice della legislazione sulla crisi economico-finanziaria del 2011, fino alla vera e propria involuzione neo-centralista della riforma Renzi-Boschi, che sul versante dei rapporti Stato-Regioni segna un brusco ritorno al passato, relegando l'autonomia regionale ad una condizione non dissimile da quella che caratterizza l'originario impianto del Titolo V.

Di questo uso strumentale dell'autonomia è in fondo espressione la stessa revisione del 2001, approvata *in articulo mortis* nella XIII legislatura per contrastare sul terreno del “federalismo” le pulsioni secessioniste della Lega Nord.

E tuttavia quella riforma, che oggi è quasi unanimemente oggetto di critiche, muove da un presupposto tuttora valido: dare coerente sviluppo al principio di promozione delle autonomie, riallineando alla fondamentale indicazione di valore contenuta nell'art. 5 della Costituzione un Titolo V che appariva ormai fuori asse.

Alcune di queste critiche sono fondate, a cominciare dall'approvazione a maggioranza e dai difetti nella formulazione degli elenchi delle materie; altre, a ben vedere, appaiono ingenerose, perché non tengono conto delle numerose attenuanti che il Titolo V può invocare a sua discolpa,

⁴⁶ A. MORELLI, *Le relazioni istituzionali*, in *Rivista AIC*, 3, 2019, p. 157.

⁴⁷ A. D'ATENA, *Le Regioni dopo il Big Bang. Il viaggio continua*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 31.

prima fra tutte il suo completo abbandono sul piano attuativo da parte del legislatore statale. Ciò che peraltro è alla base dei principali nodi problematici che il corrente processo di attuazione dell'art. 116, terzo comma, ha posto all'attenzione della dottrina.

4. *Il regionalismo alla prova dell'ulteriore differenziazione*

Proprio la clausola di asimmetria di cui all'art. 116, terzo comma, è un altro tangibile esempio della perdurante influenza spagnola sul legislatore di revisione costituzionale. Nel consentire, infatti, che le Regioni ordinarie possano richiedere «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia», essa introduce nel nostro sistema alcuni elementi tipici del modello spagnolo: un regionalismo a richiesta, in quanto ogni Regione può attingere da un elenco di materie indicate dalla Costituzione, secondo la più volte richiamata tecnica della *tabla de quesos*; un regionalismo asimmetrico, in quanto le funzioni sono attribuite in modo variabile da Regione a Regione; un regionalismo *pactado*, perché la maggiore autonomia viene concessa dallo Stato con una legge approvata previa intesa con la Regione interessata.

Di derivazione tedesca, invece, è il rovesciamento dell'enumerazione delle competenze legislative, con le Regioni che diventano – almeno in linea di principio – i legislatori a carattere generale.

L'art. 116, terzo comma, rappresenta la soluzione di compromesso che viene trovata in sede di revisione del Titolo V per conciliare la conservazione delle Regioni speciali all'interno del nuovo assetto regionale dello Stato.

Il rovesciamento del criterio di riparto, infatti, nel valorizzare al massimo il ruolo legislativo delle Regioni ordinarie, finisce per relegare in un cono d'ombra quelle speciali, al punto da far sorgere dubbi sulla loro perdurante ragion d'essere.

Le loro competenze legislative, inoltre, restano quelle rigidamente fissate negli elenchi contemplati dai rispettivi Statuti e ciò le espone al rischio di subire un trattamento addirittura peggiore rispetto a quello che il Titolo V riconosce ormai alle Regioni ordinarie.

Ma la soppressione delle Regioni speciali è ipotesi politicamente impraticabile, sia per il potere contrattuale dei partiti autonomistici, i cui voti in Parlamento sono spesso decisivi ai fini della formazione e della

durata dei governi⁴⁸; sia per i costi che una simile operazione avrebbe sul piano del consenso elettorale.

Così non solo vengono mantenute in vita, ma per evitare che la loro condizione di autonomia risulti penalizzata rispetto a quella delle Regioni ordinarie si introduce la clausola di maggior favore di cui all'art. 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001, ai sensi della quale sino all'adeguamento degli Statuti speciali le disposizioni del Titolo V si applicano automaticamente ai territori governati dalla specialità per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite. Il mancato superamento della specialità, tuttavia, non fa altro che accentuare il contrasto con alcune Regioni ordinarie limitrofe, che pur essendo particolarmente ricche ed efficienti (Lombardia, Piemonte, Veneto) non godono del «privilegio finanziario»⁴⁹ riconosciuto dagli Statuti speciali e che fra l'altro è all'origine del fenomeno della migrazione di molti Comuni verso le Regioni speciali.

L'art. 116, terzo comma, allora viene introdotto proprio in risposta alle pressioni delle Regioni ordinarie del Nord, con l'obiettivo di mitigare le tensioni che il mantenimento della specialità avrebbe inevitabilmente prodotto nei loro confronti.

Se ne ha conferma dalla lettura dei lavori preparatori della legge costituzionale n. 3/2001, dai quali emerge come la *ratio* dell'art. 116 sia quella di “specializzare”⁵⁰ le Regioni ordinarie, riconoscendo ad esse «ulteriori forme di specialità»⁵¹.

Tale disposizione resta a lungo “in sonno”. Le tre Regioni sopra richiamate si attivano durante il secondo Governo Prodi nella XV legislatura, mentre il percorso di attuazione subisce una battuta d'arresto con l'avvento

⁴⁸ Basti pensare, per stare al caso spagnolo, al ruolo che il partito catalano *Esquerra Republicana* sta avendo nelle trattative per la formazione del Governo Sanchez. Il leader della *Generalitat* catalana Aragonès, infatti, ha subordinato il suo sostegno a Sanchez ad un accordo su finanze e amnistia.

⁴⁹ A. D'ATENA, *A proposito della “clausola di asimmetria” (art. 116 u.c. Cost.)*, in *Rivista AIC*, 4, 2020, p. 314.

⁵⁰ Secondo la prospettiva di una specialità diffusa cara a A. RUGGERI, che l'ha di recente riproposta nel saggio *La differenziazione dell'autonomia regionale, le aspettative e i timori eccessivi che da essa si alimentano e il bisogno che gli uni e le altre siano opportunamente ridimensionati*, in *Diritti regionali*, 3, 2023, p. 724.

⁵¹ Così M. BOATO, *Resoconto stenografico dell'Assemblea*, Seduta n. 773 del 19 settembre 2000.

del quarto Governo Berlusconi, la cui “grande riforma” costituzionale del 2006, non a caso, dispone l’abrogazione dell’art. 116, terzo comma. Il processo riparte in seguito all’esito largamente positivo dei referendum consultivi con i quali le Regioni Veneto e Lombardia nel 2017 chiamano i loro cittadini a pronunciarsi sull’attribuzione della maggiore autonomia. Nel 2018, poi, il Governo sottoscrive con Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto tre diversi accordi preliminari (le c.d. pre-intese) per definire il quadro dei principi, nonché un primo elenco di materie ai fini della successiva stipula dell’intesa, ma con l’esplosione dell’emergenza pandemica il processo subisce un nuovo stop.

Si arriva così al marzo 2023 quando il Consiglio dei ministri approva il disegno di legge Calderoli recante «Disposizioni per l’attuazione dell’autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell’articolo 116, terzo comma, della Costituzione», attualmente all’esame della prima Commissione Affari costituzionali del Senato.

Insomma, la spinta all’ulteriore differenziazione dell’autonomia delle Regioni ordinarie non è che la reazione, da un lato, alla torsione centralistica impressa allo Stato regionale dalla legislazione sulla crisi economico-finanziaria, prima, e dalla pandemia, poi; dall’altro, alla crescente insoddisfazione per l’inadeguatezza di un disegno costituzionale che si è rivelato carico di lacune e imperfezioni e che, rimanendo in larga misura inattuato, è stato “tradito” nei suoi punti qualificanti.

Basti pensare che non si è realizzata nessuna delle tre grandi trasformazioni che il nuovo Titolo V sembrava prefigurare. Non quella legislativa, con l’assunzione da parte delle Regioni di una nuova centralità sul piano della legislazione alla luce dell’ampliamento del catalogo delle materie concorrenti e della previsione della clausola di residualità; non quella amministrativa, con l’avvio di un organico processo di trasferimento di funzioni che avrebbe dovuto valorizzare il livello locale e configurare una “Regione leggera” nella gestione di funzioni e servizi; non quella finanziaria, con il passaggio da una finanza derivata ad una finanza propria, basata su una capacità impositiva autonoma da parte delle Regioni e quindi su un effettivo collegamento tra responsabilità della tassazione e responsabilità di spesa.

Tutti questi elementi di fragilità hanno evidentemente contribuito a far maturare nelle Regioni l’idea che l’unico modo per superare questa con-

dizione di incertezza ed ottenere quelle funzioni e quelle risorse che fino ad oggi l'ordinamento non è stato in grado di garantire, fosse il ricorso alla clausola di asimmetria di cui all'art. 116, terzo comma.

D'altra parte, che le Regioni non debbano essere tutte necessariamente uguali tra loro, ma possano differenziarsi, avendo competenze diverse a seconda delle loro specifiche esigenze, prima ancora che un'acquisizione di chiara ascendenza spagnola, è un corollario dello stesso concetto di autonomia.

Come sintetizza efficacemente Bin, infatti, «la differenziazione è lo scopo dell'autonomia così come l'autonomia è lo strumento della differenziazione»⁵². Lo ha confermato anche la Corte costituzionale quando ha osservato che «la diversità delle situazioni locali ed ambientali (e quindi delle esigenze) (...) suggeriscano e legittimino, per fatti “analoghi”, normative diverse. Appunto su tale concetto si basano, del resto, le autonomie locali (...)»⁵³.

Insomma «la differenziazione costituisce l'essenza stessa del regionalismo»⁵⁴. E dal 2001 è un principio espressamente costituzionalizzato con riguardo alla distribuzione delle funzioni amministrative tra Stato, Regioni ed enti locali (art. 118, primo comma).

La prima fondamentale differenziazione, infatti, è quella che si realizza sul piano amministrativo in attuazione dei principi di sussidiarietà e adeguatezza, perché la legge statale e quella regionale, a seconda delle rispettive competenze, sono chiamate di volta in volta a valutare fino a che punto sia possibile conferire la generalità delle funzioni amministrative ai Comuni e quando invece sia necessario allocarle ad un livello superiore per assicurarne l'esercizio unitario. Il che, ovviamente, conduce alla differenziazione dei sistemi amministrativi regionali a seconda della diversità dei contesti di riferimento.

Vi è poi l'ulteriore differenziazione che deriva dall'uso più o meno intenso che il legislatore regionale faccia della propria competenza residuale in

⁵² R. BIN, *Dopo il referendum: puntare seriamente sulla leale cooperazione*, in *Le Regioni*, 5-6, 2016, p. 800.

⁵³ Corte cost., 23 marzo 1966, n. 26.

⁵⁴ E. CATELANI, *Il rapporto fra Stato e Regioni al tempo del Coronavirus: una premessa*, in *Rivista GdP*, Forum sull'emergenza n. 2, p. 7.

materia di ordinamento degli uffici, enti dipendenti, personale, che porta a soluzioni organizzative suscettibili di variare da Regione a Regione. Per non dire della possibilità di differenziare la forma di governo regionale che è offerta sia dalla clausola di salvezza specificamente prevista dall'ultimo comma dell'art. 122 Cost., sia, più in generale, dalla formula dell'art. 123 – mai sufficientemente valorizzata – secondo cui «ciascuna Regione ha uno statuto»⁵⁵, che avrebbe dovuto esaltare la capacità di ogni Regione di darsi l'organizzazione interna più rispondente alle sue peculiari caratteristiche.

E dunque, come osserva Cammelli, «la differenziazione non è un elemento “aggiuntivo” del sistema che il Titolo V delinea, ma ne rappresenta una implicazione ineliminabile»⁵⁶. Può aggiungersi che l'idea di adottare un regime non uniforme per le Regioni ordinarie non è una novità della revisione costituzionale del 2001, ma rimonta alla stessa Assemblea costituente.

Una delle proposte che Ambrosini presenta al Comitato dei Dieci, incaricato di redigere un progetto in materia regionale, prevede che una Regione, in virtù delle sue «peculiari condizioni», possa proporre al Parlamento un proprio tipo di autonomia parzialmente diversa dalle altre⁵⁷. Ed anche Mortati immagina per le Regioni a cui non viene riconosciuta l'autonomia speciale «la possibilità di domandare uno speciale trattamento»⁵⁸.

In seguito, l'idea che l'omogeneità di regime tra le Regioni ordinarie non sia un qualcosa di fisso e immodificabile torna a farsi strada nel corso dei lavori della Commissione parlamentare per le riforme costituzionali della XIII legislatura.

In quella sede, infatti, vengono rigettate sia le proposte volte ad estendere le condizioni differenziate di autonomia a tutte le Regioni, sia quelle che prevedono procedure agevolate per l'acquisizione, da parte delle singole Regioni, di nuove competenze legislative; la proposta finale prevede

⁵⁵ Corsivo aggiunto dall'Autore.

⁵⁶ M. CAMMELLI, *I raccordi tra i livelli istituzionali*, cit., p. 316-317.

⁵⁷ Lo ricorda U. DE SIERVO, *Le Regioni nelle prime proposte di Ambrosini*, in *Le Regioni*, 5, 1993, p. 1256.

⁵⁸ C. MORTATI, *Intervento*, in *Seconda sottocommissione*, 14 novembre 1946, p. 499.

che ciascuna Regione possa bensì ottenere un incremento della propria autonomia, ma solo con la legge costituzionale (art. 57, co. 4).

Insomma, l'art. 116, terzo comma, non è affatto un "corpo estraneo", un dato avulso dal contesto, ma ha una serie di antecedenti tanto nel dibattito in Costituente, quanto in quello nella Bicamerale D'Alema. Ed è una disposizione costituzionale che, al pari di ogni altra, reclama a questo punto di essere attuata.

Senza poter entrare nel merito delle singole soluzioni adesso previste dal disegno di legge Calderoli, anche perché sono suscettibili di essere modificate alla luce dell'ulteriore evoluzione dell'*iter* parlamentare, non si può fare a meno di segnalare in questa sede due rischi legati al processo di attuazione.

Il primo riguarda l'ampiezza delle materie su cui le Regioni possono ottenere accrescimenti della loro autonomia. Come noto tra queste ve ne sono alcune di competenza esclusiva statale, come le «norme generali sull'istruzione». Le quali, se fossero richieste da una Regione insieme alla materia «istruzione», di competenza legislativa concorrente, determinerebbero la regionalizzazione dell'intera materia, con l'inammissibile conseguenza di affidare alla cura regionale interessi per loro natura infrazionabili che richiedono una disciplina unitaria su tutto il territorio nazionale. A tacere di altri ambiti particolarmente sensibili ricompresi nelle materie di legislazione concorrente – come l'energia – che pure presentano un'indubbia valenza nazionale.

Ebbene, da questo punto di vista non può affatto escludersi in linea teorica la possibilità di un uso generalizzato del modello di regionalismo differenziato previsto dall'art. 116, terzo comma, sia nel senso che a chiedere le «ulteriori forme e condizioni particolari» siano potenzialmente tutte le quindici Regioni ordinarie; sia nel senso che la richiesta abbia ad oggetto tutte le ventitré materie contemplate dalla disposizione in esame, anche perché – in maniera del tutto opinabile – non è stato previsto in capo alle Regioni alcun presupposto giustificativo per accedere alla devoluzione di ulteriori funzioni, né alcuno specifico onere motivazionale in ordine alla scelta delle singole funzioni da acquisire.

Un esito del genere verrebbe a connotare il nostro regionalismo in senso marcatamente spagnolo, non solo perché accentuerebbe le dosi di asimmetria presenti nel sistema costituzionale, ma soprattutto perché

finirebbe per innescare anche da noi quelle «rincorse emulative»⁵⁹ che hanno caratterizzato l'evoluzione dello Stato regionale spagnolo nel senso del continuo inseguimento tra le diverse Comunità autonome.

La Costituzione spagnola del 1978, infatti, consente la differenziazione tra livelli diversi di autonomie – Nazionalità e Regioni –, ma non garantisce tale differenziazione tra le diverse Comunità autonome, con la conseguenza che la differenziazione iniziale si è trasformata in una uniformità sostanziale di tutte le Comunità, tranne che per alcuni aspetti del sistema finanziario dei Paesi baschi.

La logica è stata quella di avvicinare le diversità esistenti, passando da una omogeneità minima all'approssimazione massima fra i diversi regimi delle Comunità autonome. Ogni Statuto poteva cercare un livello diverso di competenze, specifiche di ogni Comunità, però il giorno dopo le altre Comunità ottenevano lo stesso livello che aveva avuto la Catalogna per prima. Di qui un meccanismo incessante fatto di fughe in avanti da parte di alcune e di rincorse da parte di altre per recuperare il terreno nel frattempo perduto.

La fine di questa vicenda è nota. La Catalogna vede progressivamente annacquato il suo riconoscimento come autonomia storica pre-costituzionale, che peraltro è alla base del patto costituzionale del 1978, e cerca di fare un passo avanti con la riforma dello Statuto nel 2007, spingendo al massimo la possibilità di ottenere più competenze in alcune materie come la giustizia e la finanza.

Nel 2010, tuttavia, il Tribunale costituzionale annulla lo Statuto in alcuni punti qualificanti, come quello che definisce la Catalogna una nazione e questa sentenza è la miccia che fa esplodere il sentimento indipendentista, perché consolida l'idea che attraverso la via della legalità costituzionale – la riforma dello Statuto – non sia possibile affermare le peculiarità della Catalogna come nazionalità storica; e che dunque non ci si possa che muovere al di fuori dalla Costituzione.

Di qui la richiesta del *derecho a decidir* (il diritto all'autodeterminazione), il referendum sull'indipendenza del 2017, la repressione della *guardia*

⁵⁹ E. GIANFRANCESCO, *L'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost., tra nodi problematici e prospettive evolutive del regionalismo italiano*, in A.G. ARABIA, A. IACOVIELLO, G.M. NAPOLITANO (a cura di), *Differenziazione e asimmetria nel regionalismo italiano*, Milano, Giuffrè, 2020, p. 223, nota 63.

civil, la storica applicazione da parte del Governo spagnolo dei meccanismi coercitivi previsti dall'art. 155 della Costituzione ed un conflitto tra centro e periferia che è fonte di tensioni non ancora ricomposte.

Quanto accaduto in Spagna potrebbe ripetersi anche nel nostro Paese con riguardo alle Regioni più efficienti sul piano amministrativo e con i conti in ordine, le quali potrebbero essere indotte a “marcare le distanze” da quelle meno ricche ed efficienti, rivendicando spazi di autonomia sempre maggiori che potrebbero consistere nella pretesa di accedere alla specialità regionale o potrebbero portare – nella peggiore delle ipotesi – alla riemersione di spinte separatiste.

L'esperienza spagnola serve allora da monito per il legislatore italiano, che deve scongiurare il riprodursi di una simile dinamica competitiva restringendo la gamma delle materie differenziabili, ponendo precise condizioni legittimanti alla richiesta di accedere alla differenziazione e assicurando gli equilibri di finanza pubblica in modo da non compromettere i vincoli di solidarietà tra la comunità regionale e il resto della Repubblica (come esige la sentenza n. 118 del 2015).

Il secondo rischio legato all'attuazione dell'art. 116, terzo comma, è che si proceda “al buio” in mancanza del quadro generale di riferimento offerto dall'integrale messa in opera dell'autonomia finanziaria di Regioni ed enti locali ai sensi dell'art. 119.

Come noto, infatti, mentre il trasferimento delle risorse relative alle prestazioni nelle materie LEP è subordinato alla previa individuazione dei livelli essenziali, nelle materie non LEP avviene immediatamente con l'entrata in vigore della legge.

Ma siccome, oltre al finanziamento dei LEP, vanno anche accantonate le risorse del fondo perequativo che devono servire per finanziare integralmente le funzioni attribuite ai territori con minore capacità fiscale, viene da chiedersi come sia possibile finanziare immediatamente le prestazioni non LEP se prima non si ha un quadro chiaro di quali vincoli derivano al bilancio dello Stato tanto dal finanziamento dei LEP, quanto dal finanziamento delle misure di perequazione previste dal 119.

Non è tutto. Per finanziare le funzioni aggiuntive è prevista la compartecipazione al gettito di uno o più tributi erariali maturato sul territorio. In mancanza dell'autonomia tributaria regionale questo significa che se la spesa per la funzione trasferita fosse maggiore del gettito compartecipato

non potrebbe che essere lo Stato ad intervenire mettendo le risorse che mancano. Le quali – qui sta il punto – potrebbero essere sottratte alla redistribuzione nei confronti di altre Regioni con inevitabili effetti sperequativi. Se invece le Regioni avessero un'autonoma capacità impositiva potrebbero essere direttamente loro a recuperare il gettito, assumendosi la responsabilità di far pagare ai loro contribuenti i maggiori costi delle nuove funzioni regionalizzate, in ragione del beneficio che ad essi deriverebbe dal più ravvicinato esercizio di queste funzioni.

Pertanto il fatto che l'art. 119 – e con esso la perequazione e l'autonomia tributaria regionale – siano finiti su un «binario morto»⁶⁰ – pesa come un macigno su tutto il processo di attuazione e lo circonda di grande incertezza. Alla luce delle considerazioni sin qui svolte ben si comprende perché il percorso delineato dell'art. 116, terzo comma, come ha osservato Cosulich, rappresenti una «vera pietra d'inciampo per l'uniforme regionalismo italiano»⁶¹ e sia potenzialmente suscettibile di cambiarne i connotati.

Se realizzato nel rispetto dei vincoli di solidarietà che garantiscono l'unità-indivisibilità della Repubblica ed in modo da non allargare il (già consistente) divario territoriale tra il Nord e il Sud del Paese⁶², esso può rappresentare uno strumento per rivitalizzare il principio autonomistico, consentendo alle Regioni virtuose di esprimere in pieno la propria identità e favorendo processi di emulazione da parte di altre Regioni volti al complessivo innalzamento della qualità dei servizi resi ai cittadini. Ciò richiede, però, una fondamentale *conditio sine qua non*. Ossia che i partiti politici abbandonino una volta per tutte l'inveterata tendenza a fare un uso strumentale dell'autonomia, cioè a piegarla di volta in volta alle convenienze del momento, quando non a ridurla a una mera rivendicazione di maggiori competenze e risorse e sfruttino invece la possibilità offerta dall'art. 116, terzo comma, per adattare sempre me-

⁶⁰ S. STAIANO, *Salvare il regionalismo dalla differenziazione dissolutiva*, in *federalismi.it*, 7, 2003, p. IX.

⁶¹ M. COSULICH, *Relazione introduttiva*, in M. COSULICH (a cura di), *Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, p. 44.

⁶² Secondo l'interpretazione fatta propria, tra gli altri, da G. SALERNO, *L'autonomia differenziata: problema o prospettiva costituzionale?*, in *federalismi.it*, 19, 2023, p. XI, che considera la clausola di asimmetria di cui all'art. 116, terzo comma, «non come un problema, ma come una prospettiva costituzionale».

glio le risposte politico-amministrative alle vocazioni dei territori e alle specifiche esigenze delle comunità locali.

Ma sulla sussistenza di questa condizione sembra lecito nutrire più di un dubbio, sia perché l'attuazione dell'autonomia differenziata è ormai diventata una bandiera politica e un argomento da campagna elettorale; sia, soprattutto, per la mentalità centralista di cui è strutturalmente pervasa la classe politica del Paese e che appare ben lungi dall'essere sradicata.

The Italian Regional Model and the Prospect of Asymmetrical Regionalism
Luca Castelli

Abstract: Il contributo ripercorre la parabola dello Stato regionale italiano dal punto di vista dei modelli che ne hanno ispirato la genesi, la successiva revisione nel 2001, le attuali prospettive di ulteriore differenziazione dell'autonomia regionale. Emerge la forte influenza del regionalismo asimmetrico spagnolo e l'esigenza che il legislatore italiano, nell'attuare l'art. 116, terzo comma, Cost., faccia tesoro dell'esperienza spagnola per evitare che possano riprodursi anche nel nostro ordinamento quelle dinamiche competitive che hanno portato in Spagna alle continue rincorse tra le diverse Comunità autonome al fine di ottenere forme di autonomia sempre maggiori.

Abstract: The essay retraces the evolution of the Italian regional state focusing on the models which inspired its origin, its reform in 2001, the current prospect of further extension of regional autonomy. What comes to light is the strong influence of the Spanish asymmetric regionalism. It is a cautionary tale for the Italian lawmaker on triggering the process under article 116 (3) of the Constitution, as he should avoid to repeat in Italy what happened in Spain where the Autonomous Communities ran after each other to be granted ever greater autonomy.

Parole chiave: Stato regionale italiano; modelli di regionalismo; Spagna; autonomia differenziata

Keywords: Italian Regional State, Models of Regionalism, Spain, Asymmetrical Regionalism.

Il fondamento costituzionale del regionalismo differenziato. Omogeneità e differenziazione*

Paolo Giovarruscio**

1. Premesse

Con l'inizio della nuova legislatura, il tema dell'autonomia differenziata¹ è tornato prepotentemente in primo piano. Su spinta delle forze politiche più a trazione autonomista, nella legge di bilancio 2023 prima (legge 197/2022) e con la presentazione del c.d. d.d.l. Calderoli dopo², si è tornato a discutere dell'art. 116, c. 3³ Cost. e della sua possibile attuazione.

* Lo scritto prende piede dal confronto avvenuto in seno al Panel "Dialoghi di diritto costituzionale e amministrativo sulla differenziazione regionale. Oltre l'art. 116, comma 3, Cost." presso la Conferenza ICON-S Italia 2023, 13-14 settembre 2023.

** Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Alma Mater – Università di Bologna

¹ Si utilizzeranno i diversi sinonimi variamente adottati dalla dottrina. Sull'argomento, si anticipa che le formule prodotte sono state delle più varie: oltre alla più diffusa "regionalismo differenziato" (v. L. ANTONINI, *Il regionalismo differenziato*, Milano, 2000; N. ZANON, *Per un regionalismo differenziato: linee di sviluppo a Costituzione invariata e prospettive alla luce della revisione del titolo V*, in *Problemi del Federalismo*, Milano, 2001, p. 54 ss.), altri hanno parlato di regionalismo o federalismo "asimmetrico" (cfr. L. ANTONINI, *Il regionalismo differenziato*, cit., p. 32 ss.; F. PALERMO, *Federalismo asimmetrico e riforma della Costituzione italiana*, in *Le Regioni*, 2-3, 1997, p. 291 ss.), di "regionalismo a geometria variabile" (così C. CALVIERI, *Stato regionale in trasformazione: il modello autonomistico italiano*, Torino, 2002, p. 127 ss.) o, ancora, di "regionalismo a doppia velocità" (si veda D. GALLIANI, *All'interno del titolo V: le «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» di cui all'art. 116.3 Cost. riguardano anche le Regioni a statuto speciale?* in *Le Regioni* 2-3, p. 421).

² Cfr. Atto Senato n. 615, «Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione». Molteplici sono i commenti dottrinali sul testo, tra i quali si v. l'analisi della Fondazione Progresso Europa Riforme, *Ridare slancio al regionalismo. Analisi del disegno di legge Calderoli*, Quaderno, 4, 2023; G. CARBONI, *L'attuazione dell'art. 116, comma terzo, Cost. e l'illusione del regionalismo competitivo*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2023, p. 405 ss.; A. LOLLO, *Prime note sul (nuovo) procedimento di attuazione del regionalismo differenziato*, in *Diritti regionali*, 2, 2023, p. 501 ss.; G. LAURI, *Le "proposte Calderoli" sull'autonomia differenziata (e una controproposta)*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2023; L. SPADACINI, *L'autonomia differenziata: considerazioni a margine del disegno di legge Calderoli e delle disposizioni della legge di bilancio per il 2023*, in *Federalismi.it*, 10, 2023, p. 218 ss.

³ «Ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, concernenti le materie di cui al terzo comma dell'articolo 117 e le materie indicate dal secondo comma del medesimo articolo al-

L'argomento non rappresenta di certo una novità; già negli anni che hanno preceduto l'emergenza pandemica, le Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna avevano avviato un'interlocuzione con il Governo al fine di ottenere una maggiore autonomia, un dialogo bruscamente interrotto dall'irrompere della crisi da Covid-19. Oggi, però, la questione è tornata in auge e l'attuale discussione in Parlamento offre un'occasione per riflettere nuovamente sulla questione.

Si tratta, come si diceva, di una tematica che ciclicamente attira l'interesse di giuristi e politologi e sulla quale si è frequentemente registrato un forte scontro politico; il dibattito sul regionalismo, d'altronde, è fin dai tempi della Costituente caratterizzato da posizioni ideologiche contrapposte: da un lato, le forze di sinistra fedeli all'ideale di matrice giacobina di uno Stato accentratore, dall'altro, i partiti liberali e cattolici, maggiormente propensi a una declinazione forte del pluralismo territoriale e del principio di autonomia⁴. Nel corso del tempo, lo scontro non si è di certo affievolito e, soprattutto nell'area settentrionale della penisola, si sono iniziate a diffondere istanze autonomiste più o meno marcate.

Il regionalismo differenziato nasce, dunque, in un clima culturale fortemente influenzato dal c.d. "uso congiunturale dell'autonomia"⁵, una formula impiegata dalla dottrina proprio per spiegare una certa tendenza a interpretare l'autonomia «come un valore o come un disvalore in base alle convenienze politiche del momento, senza perseguire un disegno unitario e coerente di sviluppo del pluralismo istituzionale rispettoso del principio di unità nazionale»⁶.

le lettere l), limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace, n) e s), possono essere attribuite ad altre Regioni, con legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 119. La legge è approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, sulla base di intesa fra lo Stato e la Regione interessata».

⁴ U. DE SIERVO, *La ripresa del regionalismo nel dibattito costituzionale*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Il regionalismo italiano dall'Unità alla Costituzione e alla sua riforma*, Vol. I, Milano, 2012, p. 51 ss.

⁵ Per un approfondimento, cfr. A. RUGGERI, *Il federalismo all'italiana e l'uso «congiunturale» della Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 9 luglio 2001; E. BALBONI, *Uso congiunturale della Costituzione: le proposte di riforma dell'art. 79*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2003, p. 147 ss.; più recentemente, A. PATRONI GRIFFI, *Regionalismo differenziato e uso congiunturale delle autonomie*, in *Diritto pubblico europeo rassegna online*, 2, 2019, p. 29 ss.

⁶ COSÌ C. BERTOLINO, A. MORELLI, G. SOBRINO, *Presentazione. Regionalismo differenziato e specialità regionale: le ragioni di un Convegno*, in C. BERTOLINO, A. MORELLI, G. SOBRINO (a cura di),

In questo scritto, si procederà con un'analisi volta a far emergere il fondamento costituzionale della Regione differenziata, ragionando su come questa si inserisca nel quadro d'insieme generale. Solo sul finale, si indicherà una possibile via da percorrere nel processo di attuazione del regionalismo differenziato.

Prima di procedere, però, alcune coordinate di metodo.

Nelle riflessioni che seguiranno, si imposterà il contributo secondo i seguenti interrogativi: *i)* se non ci fosse il c. 3 all'art. 116 Cost., potremmo parimenti individuare un principio di differenziazione in Costituzione?; *ii)* se venisse attuato l'art. 116, c. 3 Cost., verrebbe tradito il concetto di omogeneità costituzionale alla base dell'ordinamento costituzionale?; *iii)* premettendo le conclusioni precedenti, quale prospettiva si intravede per la Regione differenziata?

2. Dal 1948 alla riforma del Titolo V: la differenziazione in Costituzione

Ai fini dell'indagine che si intende portare avanti, occorre, in primo luogo, soffermarsi sulla collocazione della "differenziazione" nel contesto costituzionale italiano. L'esigenza di meglio chiarire tale concetto nasce dal fatto che, alla luce del dibattito attuale circa il d.d.l. Calderoli, si sono riversate sulla sola clausola di cui all'art. 116.3 Cost. tutte le tensioni e i dubbi su una prospettiva di differenziazione tra le varie realtà regionali. Al contrario, in via preliminare è necessario verificare se l'ultimo comma dell'art. 116 Cost. rappresenti davvero un "corpo estraneo" rispetto al sistema in cui si inserisce. In questo senso, per comprendere le ragioni dell'ambiguità di questa disposizione è necessario contestualizzare il dibattito sulla sua origine, tentando di evidenziare le ragioni che hanno condotto alla modifica del Titolo V.

Come ben si conosce, il tema di come coniugare l'autonomia regionale in maniera adeguata a quelle che erano le differenze sul territorio impegnò a lungo l'Assemblea costituente. Ciò si rinviene nei dibattiti dell'epoca, nei quali è possibile cogliere la ricerca di un equilibrio tra l'esigenza di

unità statale e la necessità di riservare spazi di manovra alle Regioni⁷. Le risultanze di tale lavoro sono confluite nella formulazione rispettivamente degli artt. 5 e 115 Cost.: il primo, sancendo l'unicità e l'indivisibilità della Repubblica, pur nel riconoscimento e nella promozione delle autonomie locali; il secondo, definendo le Regioni quali enti autonomi con propri poteri e funzioni.

Nell'ambito di tale impostazione, la Costituzione del 1948 non prevedeva modelli di Regioni differenziate, introducendo, quale unica ipotesi di differenziazione, la Regione a statuto speciale. Il c.d. regionalismo differenziato è, dunque, assente nell'assetto originario immaginato dal costituente italiano, il quale riconosceva, all'art. 116, «forme e condizioni particolari di autonomia» in ragione di motivazioni storiche, culturali e geografiche⁸. Fatta eccezione per tali limitati casi, tutte le altre Regioni sono state pensate per esercitare in autonomia le attribuzioni riconosciute in modo omogeneo, dando vita ad un ordinamento sì differenziato nel proprio territorio, ma nell'ambito dell'esercizio di analoghe funzioni e nelle medesime materie di competenza.

L'intero disegno del Titolo V, tuttavia, apparse fin da subito fortemente ambiguo e di difficile interpretazione, e già a partire dagli anni Ottanta vennero formulate le prime proposte circa una complessiva riforma costituzionale del sistema⁹, compiuta solamente nel 2001.

⁷ All'interno dell'Assemblea sedevano posizioni molto diverse; a quanti contrastavano la regionalizzazione del Paese (on. Abozzi, Nitti e Rubilli) si contrapponevano coloro che promuovevano altri modelli. A mero titolo esemplificativo, si v. la seduta della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, in data 30 giugno 1946, nella quale l'on. Ambrosini si domandava: «sorge la questione se sia conveniente e financo possibile (nel caso che l'Istituto regionale si applichi per tutto il territorio dello Stato) che venga adottato uno statuto uniforme per tutte le Regioni». Si segnala anche la proposta formulata dall'on. Mortati in seconda sottocommissione della Commissione per la Costituzione, che sembra prefigurare una sorta di autonomia differenziata ammettendo «la possibilità di domandare uno speciale trattamento» per le Regioni a statuto ordinario.

⁸ La Costituzione del 1948 prevedeva all'art. 116 esclusivamente che: «Alla Sicilia, alla Sardegna, al Trentino-Alto Adige, al Friuli-Venezia Giulia e alla Valle d'Aosta sono attribuite forme e condizioni particolari di autonomia, secondo statuti speciali adottati con leggi costituzionali».

⁹ Ripercorre l'*excursus* legislativo e dottrinale S. MARCAZZAN, *La riforma del Titolo V della Costituzione: il nuovo ruolo delle Regioni nei rapporti con lo Stato e con l'Unione europea*, in *Amministrazione in cammino*, 2004.

Con tale riforma viene, quindi, riscritto l'art. 116 Cost., così inserendo l'attuale c. 3 che integra il sistema dei modelli regionali¹⁰. Più nello specifico, all'esito di un'intesa raggiunta con lo Stato, ciascuna Regione a statuto ordinario può accedere a «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia», andando a derogare l'ordinaria ripartizione di competenze prevista dall'art. 117 Cost.

Il cambio di visione è evidente.

All'alba del 1948, i Costituenti guardavano con un certo sospetto all'ente Regione, conferendogli un ristretto numero di materie, notoriamente considerate di scarso peso, contornate dal limite dell'«interesse nazionale»¹¹. La supremazia statale, poi, si rinveniva anche con riguardo all'attività di controllo, quale il visto governativo preventivo del Commissario del Governo su ogni legge regionale (art. 127 Cost.), nonché sulla verifica di legittimità sugli atti amministrativi regionali (art. 125 Cost.).

La revisione del Titolo V, invece, sancisce il venir meno del ruolo tutorio tradizionalmente svolto dallo Stato, riconoscendo maggiori competenze alle Regioni e superando il sistema dei controlli statali sugli atti e sulle attività regionali. Ciò è particolarmente evidente con riguardo alla competenza legislativa, tant'è che, a margine della prima pronuncia resa dalla Corte costituzionale a posteriori del riformato Titolo V¹², si rilevava che «finalmente [...] una legge regionale viene presa sul serio, cioè trattata come una vera fonte primaria, in diretto contatto con la Costituzione, e non come un atto sotto tutela, il cui rapporto con la Costituzione debba

¹⁰ Sulla *ratio* che ha guidato il legislatore italiano, si consiglia L. GORI, *L'autonomia regionale differenziata a partire dai lavori preparatori della riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2023, p. 60 ss.

¹¹ L'art. 117 Cost. originario stabiliva che «La Regione emana per le seguenti materie norme legislative nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato, sempreché le norme stesse non siano in contrasto con l'interesse nazionale e con quello di altre Regioni: ordinamento degli uffici e degli enti amministrativi dipendenti dalla Regione; circoscrizioni comunali; polizia locale urbana e rurale; fiere e mercati; beneficenza pubblica ed assistenza sanitaria ed ospedaliera; istruzione artigiana e professionale e assistenza scolastica; musei e biblioteche di enti locali; urbanistica; turismo ed industria alberghiera; tranvie e linee automobilistiche di interesse regionale; viabilità, acquedotti e lavori pubblici di interesse regionale; navigazione e porti lacuali; acque minerali e termali; cave e torbiere; caccia; pesca nelle acque interne; agricoltura e foreste; artigianato. Altre materie indicate da leggi costituzionali. Le leggi della Repubblica possono demandare alla Regione il potere di emanare norme per la loro attuazione».

¹² Si fa riferimento a Corte cost., sent. 282/2002.

essere sempre e comunque mediato dall'interposizione della legislazione statale¹³.

Pertanto, emerge chiaro il cambio di paradigma circa il presupposto fondante il sistema regionale, dove la posizione della Regione alla base del medesimo viene decisamente rielaborata: se l'impostazione originaria muoveva da un moto discendente che dal concetto di unità accedeva a quello regionale, il Titolo V attuale è interamente ispirato dalla decisa valorizzazione delle differenze territoriali. L'uniformità del sistema, inizialmente declinata nella supremazia dell'autorità statale rispetto alla quale quella regionale si poneva come particolare, è oggi intesa come esigenza di assicurare la coesistenza tra le sfere costituzionali dei due principali livelli istituzionali; un bisogno, questo, che ha trovato nella valorizzazione degli elementi di differenziazione la sua espressione più nota, la via attraverso cui concorrere con il livello statale.

3. Omogeneità costituzionale e differenziazione

Passando al secondo quesito al quale ci si è ripromessi di rispondere, la questione su cui riflettere attiene al tema se l'omogeneità costituzionale¹⁴ e il concetto di differenziazione costituiscano un'antinomia nel sistema ordinamentale interno. È diffusa, infatti, la convinzione di chi guarda al regionalismo differenziato presupponendo che una sua applicazione nasconda un'insidia per l'unità nazionale, come se l'omogeneità di cui si nutre il sistema costituzionale venga inevitabilmente tradita una volta attuato il c. 3 dell'art. 116 Cost.

A prima vista, la categoria dell'omogeneità potrebbe apparire estranea all'affermarsi di un principio di differenziazione. Anche solo da un punto di vista semantico, i due termini – omogeneità e differenziazione – appaiono, infatti, contrapposti: il primo, afferente ad un'uniformità tra elementi a sé stanti o costituenti un tutto; il secondo, riguardante la

¹³ In tali termini si esprime R. BIN, *Il nuovo riparto di competenze legislative: un primo, importante chiarimento*, in *Le Regioni*, 6, 2002, p. 1449 ss.

¹⁴ L'argomento ha interessato soprattutto la dottrina comparatistica. Si consiglia, per un approfondimento, R. BIFULCO (a cura di), *Ordinamenti federali comparati*, vol. I, Torino, 2010, p. 53 ss.; G. DELLEDONNE, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Napoli, 2017.

mancata corrispondenza o proporzione fra due o più parti di una stessa configurazione.

Tuttavia, le conclusioni alle quali si vuole arrivare è che le due categorie, e i conseguenti principi, possono coesistere anche in un ordinamento fortemente caratterizzato da processi asimmetrici. In questo contributo, ci si ripropone di utilizzare un concetto usualmente adottato in chiave comparatistica per provare a spiegare alcune dinamiche interne all'ordinamento regionale italiano.

Per impostare il problema, è opportuno chiarire, in primo luogo, che cosa s'intenda per omogeneità costituzionale ai fini di questo lavoro.

Da un punto di vista storico, l'elaborazione di tale categoria è soprattutto frutto delle riflessioni in seno alla dottrina tedesca¹⁵ e, più generalmente, degli studi relativi agli ordinamenti federali, di cui ne costituisce tradizionalmente uno degli elementi caratteristici¹⁶. Nello specifico, l'esigenza di omogeneità costituzionale è stata tradizionalmente associata alla presenza – esplicita o implicita – di “clausole di omogeneità”¹⁷, quale limite, a tutela dell'unità del sistema, all'autonomia costituzionale degli enti federati. In particolare, l'affermazione di tali clausole nelle Costituzioni federali si è risolta in un'adeguata e ragionevole compressione dell'autonomia degli enti territoriali, giustificata dall'esigenza di garantire la coesione dell'ordinamento giuridico.

Pertanto, la lettura classica è stata quella di scaricare sulle sole clausole di omogeneità l'imperativo che a tale concetto è solito associarsi; si tratta, tuttavia, di una ricostruzione considerata parziale¹⁸, che non tiene

¹⁵ Il riferimento, almeno da un punto di vista storico, è rappresentato da C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*. Il giurista tedesco è il primo a teorizzare la categoria dell'omogeneità costituzionale, configurando un rapporto di dipendenza tra un regime democratico e l'omogeneità sociale del popolo. Secondo Schmitt, l'uguaglianza, quale principio fondante dello Stato democratico, si traduce in una “omogeneità di popolo”.

¹⁶ G. DE VERGOTTINI, *Stato federale*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano, 1990, p. 838 ss.

¹⁷ Il tema delle clausole di omogeneità è stato a lungo indagato dalla dottrina. Per ulteriori approfondimenti, si v. G. MARTINICO, *Il “gigante assopito”: “guarantee clause” e omogeneità nel diritto comparato*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 16 dicembre 2018; G. DELLEDONNE, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, cit.; F. PALERMO, *La forma di Stato dell'Unione europea. Per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Padova, 2005.

¹⁸ Di tale avviso G. DELLEDONNE, *Omogeneità costituzionale e federalismo asimmetrico: un'antinomia?*, in C. BERTOLINO, A. MORELLI, G. SOBRINO (a cura di), *Regionalismo differenziato e specialità regionale: problemi e prospettive*, cit., p. 169 ss.

conto delle dinamiche che interessano il diritto costituzionale vivente. Si ritiene, infatti, che, seppur le predette clausole ne cristallizzino di certo il contenuto, la nozione di omogeneità conosce una portata più ampia, traducendosi in un insieme di disposizioni sull'organizzazione, sulla struttura e sui rapporti governanti i vari livelli istituzionali, parimenti introducendo un sistema valoriale nel quale l'ordinamento si riconosce ovvero a cui si affida quando percorso da forti tensioni al suo interno. In questi termini, l'omogeneità è assunta quale "principio ordinante", che orienta e funzionalizza gli spazi di autonomia riservati agli enti territoriali¹⁹, altresì prevenendo potenziali situazioni di conflitto tra i diversi livelli di governo.

Così trattata, l'omogeneità diventa un principio valido per interpretare anche i profili asimmetrici che interessano l'ordinamento italiano; quello che si sostiene, in pratica, è di attribuire alle clausole di omogeneità presenti nel nostro ordinamento la funzione di ponte tra le ragioni che giustificano una uniformità di base del sistema e quelle che muovono verso un processo di differenziazione degli ordinamenti regionali.

Il problema, dunque, di come coniugare la differenziazione alla luce di un ordinamento tendenzialmente centripeto va affrontato da un'altra prospettiva: ciò che deve risaltare è la primazia di alcuni caratteri essenziali dell'ordinamento – quelli che lo omogenizzano, per l'appunto – rispetto all'apertura a sviluppi asimmetrici. Sintetizzando, omogeneità e differenziazione non vivono l'una quale antagonista dell'altra, poiché la prima diventa il parametro mediante cui procedere all'affermazione della seconda: l'omogeneità non come limite alla differenziazione, quanto più quale continuità assiologica nell'attività di valorizzazione degli elementi differenzianti.

4. *Le clausole di omogeneità nell'ordinamento costituzionale italiano*

A questo punto, l'oggetto di studio diviene il *quantum* di differenziazione ammissibile nell'ordinamento; per dirla altrimenti, occorre indagare lungo quali coordinate il processo di differenziazione si rivela sostenibile in una prospettiva *de iure condito* e *de iure condendo*.

¹⁹ *Idem.*

Nella Costituzione italiana, a tale preoccupazione si è dato risposta ricercando gli strumenti giuridici più idonei ad assicurare un'unità di fondo del sistema. Nel quadro d'insieme si rinvencono, allora, molteplici clausole che informano lo Stato regionale e che, di conseguenza, non possono non risultare determinanti anche nell'attuazione del regionalismo differenziato.

Il tema richiede un ulteriore sforzo definitorio; infatti, a fronte della natura dell'omogeneità quale principio-materia, si individuano due modalità espressive dello stesso.

Una prima forma attiene al “dover essere” secondo l'impianto costituzionale; ci si riferisce, in particolar modo, alla tutela di esigenze genericamente unitarie, dove l'omogeneità si manifesta come un insieme di condizionamenti e limiti finalizzati a *governare* la differenziazione.

Una seconda modalità, invece, riguarda la tecnica impiegata a presidio dell'unità dell'ordinamento, facendo riferimento a tutti quei *caveat* procedurali la cui espressione è indirizzata ad *attuare* la differenziazione.

Sul primo versante, un valido supporto ci viene fornito dall'operazione ermeneutica svolta in questi anni dalla giurisprudenza costituzionale, particolarmente impegnata, *a posteriori* della riforma del Titolo V, nel dirimere i contenziosi tra Stato e Regioni.

Ebbene, la bussola che, *in primis*, deve guidare il processo di attivazione del meccanismo di differenziazione è rappresentata sicuramente dall'art. 5 Cost²⁰; la formula «una e indivisibile» non rappresenta un'endiadi, bensì evoca due valori che, seppur distinti, risultano funzionalmente correlati, elevandosi a principi supremi dell'ordinamento costituzionale: l'unità nelle sue molteplici declinazioni, quale “esigenze unitarie” correlate all'interesse nazionale ovvero come leale collaborazione anche al di là della formale attribuzione di competenze; l'indivisibilità, non solo nel senso di non consentire forme di secessione, ma anche come non frammentazione della comunità nazionale.

²⁰ «La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento», su cui v. i più recenti commentari R. BIFULCO, *sub art. 5*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Torino, I, 2006, p. 134 ss., S. STAIANO, *Costituzione italiana. Art. 5*, Roma, 2017, nonché L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze*, Milano, 2018.

L'autonomia differenziata deve poi essere rapportata anche con gli artt. 1, 2 e 3 Cost., nel loro insieme rappresentanti un sistema di principi invalicabili; invero, il principio democratico, i diritti inviolabili dell'uomo e il principio di eguaglianza si riflettono inevitabilmente anche sul piano territoriale, costituendo il perimetro entro cui l'applicazione dell'art. 116, c. 3 deve necessariamente muoversi.

In ultimo, il regionalismo differenziato può essere tale solo se inserito in un sistema di "regionalismo solidale"²¹; d'altronde, è lo stesso art. 116, c. 3 a fissare quale limite il «rispetto dei principi di cui all'articolo 119», con ciò sottintendendo che, anche dopo la riforma del Titolo V e nonostante la valorizzazione della differenziazione, permane alla base del sistema costituzionale l'estraneità a logiche di egoismo territoriale e di competizione sulle risorse. Difatti, il regionalismo differenziato si inserisce comunque in un modello solidale di Stato composto, presupponendo a suo fondamento un certo grado di coesione politica, economica e sociale. Il tema, quindi, è strettamente legato ad una completa attuazione dell'art. 119 Cost. anzi, come rilevato in dottrina, «esigenze di ordinata costruzione del sistema complessivo del federalismo fiscale suggeriscono di attivare forme di autonomia differenziata solo nel momento in cui il disegno del sistema di finanziamento delle Regioni e degli enti locali abbia trovato un suo assestamento con la piena attuazione dell'articolo 119»²².

Arrivando alla seconda modalità espressiva del principio di omogeneità, l'attenzione si sposta sulla formulazione dell'art. 116, c. 3 Cost.; senza pretesa di approfondire i singoli profili²³, tale disposizione rappresenta, al contempo, sia la clausola asimmetrica per eccellenza, sia un'ulteriore

²¹ Il tema della coesione è storicamente collegato all'adempimento dei doveri costituzionali di solidarietà. Sull'argomento, tra i più, si v. A. MORRONE, *Solidarietà e autonomie territoriali nello stato regionale*, in B. PEZZINI, C. SACCHETTO (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, Milano, Giuffrè, 2005.

²² In questi termini A. ZANARDI, *Il federalismo differenziato nell'articolo 116 della Costituzione: una breve nota*, in *Federalismi.it*, 22, 2006. Ma sul collegamento circa l'attuazione dell'autonomia differenziata e la riforma sul federalismo fiscale, v. anche E. BALBONI, C. BUZZACCHI, *Autonomia differenziata: più problemi che certezze*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2023; M. CALAMO SPECCHIA, *L'autonomia differenziata e la solidarietà interterritoriale: spunti di riflessione per una riforma costituzionalmente sostenibile*, in *Osservatorio AIC*, 5, 2023.

²³ Sul tema cfr. A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Federalismo fiscale*, 1, 2007, p. 139 ss.; F. PALERMO, *Il regionalismo differenziato*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 55 ss.

proiezione, sul piano metodologico, del principio predetto. Infatti, i passaggi ivi previsti hanno una funzione “uniformante” tra i soggetti regionali interessati ad una maggiore differenziazione, definendo un vero e proprio percorso istituzionale volto ad indirizzare richieste tra loro assai diverse lungo le medesime coordinate procedurali.

Vi è, infine, da considerare l'art. 117 Cost., il più esemplificativo nel conciliare il principio di omogeneità con quello di differenziazione.

Il riparto ivi operato, nella nota tripartizione delle competenze esclusive statali, concorrenti Stato-Regioni e residuali regionali, è la sintesi di un compromesso tra la garanzia di una omogeneità di fondo del sistema e una necessaria prospettiva di differenziazione per gli ordinamenti regionali. Gli effetti, per quel che qui interessa, sono duplici: per il tramite del c. 3 (sulle competenze concorrenti) e del c. 4 (sulle competenze residuali) si attribuisce un ampio margine di manovra all'autonomia regionale, sia in termini legislativi che regolamentari; mediante il c. 2 (sulla competenza esclusiva) e il c. 3 (per quanto attiene alla determinazione dei principi fondamentali), si riconosce allo Stato centrale il soggetto incaricato di gestire la differenziazione.

5. Prospettive per il regionalismo differenziato

L'ultimo interrogativo che si è posto riguarda il ruolo da attribuire alla Regione differenziata.

Il tema si lega ad una generale necessità di riordino giuridico-istituzionale del sistema regionale; non vi è dubbio che l'iniziativa legislativa in commento, così come le posizioni avanzate negli ultimi mesi, palesino l'esigenza di ripensare il ruolo interpretato dalla Regione ordinaria nel sistema ordinamentale. Si tratta, insomma, di capire se per il tramite di una maggiore differenziazione possa porsi rimedio alle perenni problematiche che il regionalismo italiano manifesta fin dal suo esordio.

Tutto ciò premesso, non si può negare che la riforma del 2001 abbia senz'altro rappresentato un momento di svolta, apportando, da un punto di vista giuridico, una carica innovativa senza precedenti. D'altro verso, si è altresì parlato di una riforma incompleta, sicuramente in parte inattuata²⁴, alla luce del fatto che molte delle novità introdotte venivano (e

²⁴ Sui profili inattuati della riforma del Titolo V hanno indagato, sotto diversi aspetti, più autori: cfr. G. DEMURO, *A vent'anni dal Titolo V, la disapplicazione degli obiettivi del federalismo*,

sono in parte ancora) rimesse al momento dell'attuazione. In altre parole, modificare il testo costituzionale non si è rivelato sufficiente per vedere risolti i profili più critici del modello regionale. Allora, a mo' di provocazione, ci si chiede: e se fosse il regionalismo differenziato la risposta? La riforma del Titolo V, come si sa, ha radicato sul criterio della materia la forza espressiva dell'autorità regionale; tuttavia, l'irrompere di un contenzioso costante con il livello centrale ha spinto la Corte costituzionale a valorizzare gli strumenti delle materie trasversali, dei livelli essenziali delle prestazioni e della sussidiarietà legislativa, i quali, nel loro insieme, hanno generato l'effetto di svuotare la carica potenzialmente innovativa delle leggi regionali, queste risultando spesso inefficaci ovvero ostacolate dai vincoli imposti dalla finanza pubblica²⁵. Il dubbio, perciò, riguarda il modo in cui rinvigorire le competenze regionali, restituendogli piena autorevolezza e autonomia.

Alla questione occorre, anzitutto, premettere un altro aspetto: quali ambiti materiali possono essere oggetto di differenziazione²⁶?

Il modello di regionalismo differenziato finora proposto si è tradotto nella richiesta di tutte o quasi le materie consentite dall'art. 116, c. 3 Cost., senza una selezione di quest'ultime in presenza di specifiche esigenze territoriali²⁷. Si aggiunga, poi, che le domande avanzate puntavano tutte ad ottenere un maggior numero di funzioni per avere di conseguenza una maggior quantità di risorse.

Tale approccio, ad avviso di chi scrive, pare poco coerente con il senso stesso della differenziazione, un principio, come visto, che tende a permeare tutto il Titolo V nell'ottica di valorizzare le singole esigenze

in questa Rivista, 1, 2021, p. 127 ss.; G.C. DE MARTIN, *Contraddizioni e incoerenze della riforma costituzionale in materia di autonomie territoriali*, in *Studi parlamentari e di politica Costituzionale*, 187-188, 2015, p. 19 ss.; più diffusamente, il fascicolo monografico di *Federalismi.it* a cura di F. FABRIZZI, A. POGGI, G. SALERNO, *Ripensare il Titolo V a vent'anni dalla riforma del 2001*, 20, 2022.

²⁵ Cfr. R. BIN, "Regionalismo differenziato" e utilizzazione dell'art. 116, terzo comma, Cost. Alcune tesi per aprire il dibattito, in *Le istituzioni del federalismo*, 1, 2008, p. 10 ss.

²⁶ Sul tema hanno indagato, tra i più, A.M. POGGI, *Gli ambiti materiali e i modelli organizzativi della differenziazione regionale*, in C. BERTOLINO, A. MORELLI, G. SOBRINO (a cura di), *Regionalismo differenziato e specialità regionale: problemi e prospettive*, cit., p. 85 ss.

²⁷ Per una ricostruzione delle richieste passate, cfr. F. PALLANTE, *Nel merito del regionalismo differenziato: quali «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» per Veneto. Lombardia ed Emilia-Romagna?*, in *Federalismi.it*, 6, 2019, p. 17 ss.

e caratteristiche dei territori; sicché, ancor più tale fine deve risaltare dal momento in cui si procede *ex art.* 116, dato che, come sostenuto in dottrina, siffatta disposizione costituzionale mira a valorizzare il principio autonomistico espresso all'art. 5 Cost. secondo un modello di regionalismo progressivo ad «autonomia regionale ponderata»²⁸.

L'attuazione del regionalismo differenziato deve, allora, servire a razionalizzare l'interesse unitario di cui all'art. 5 Cost., articolandolo e adattandolo nei diversi contesti regionali. Se si guarda, invero, ad alcune aree del Paese, si noteranno peculiarità e vantaggi nettamente diversi tra loro, i quali possono trovare piena valorizzazione nella deroga al riparto ordinario di competenze ammessa dall'art. 116. Per fare un esempio, la Regione Basilicata ha una forte vocazione in campo energetico, mentre l'Emilia-Romagna è notoriamente centrale nel settore del trasporto. Allora, sarebbe lecito, nonché coerente con il territorio che si rappresenta, che la Regione Basilicata richiedesse maggiore autonomia in materia energetica ovvero ambientale, mentre che alla Regione Emilia-Romagna si riconoscessero maggiori funzioni nell'ambito delle grandi reti di trasporto. Questo per dire che un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma dovrebbe indurre a consentire una maggiore differenziazione in quegli ambiti materiali in cui la Regione richiedente è storicamente protagonista.

Tornando sul dubbio iniziale, ossia come rivitalizzare le funzioni regionali, così da perseguire maggiori livelli di efficienza e razionalizzazione nel riparto delle competenze, si ritiene che tale percorso possa essere intravisto nell'opportunità concessa dall'art. 116 Cost.. Il fatto che la norma parli di «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia», così abbracciando una differenziazione che possa concretizzarsi nella richiesta di poteri diversi – legislativi, amministrativi e finanziari –, non necessariamente simmetrici²⁹, dovrebbe indirizzare le iniziative regionali

²⁸ L'espressione è coniata da R. TONIATTI, *L'autonomia regionale ponderata: aspettative ed incognite di un incremento delle asimmetrie quale possibile premessa per una nuova stagione costituzionale del regionalismo italiano*, in *Le Regioni*, 4, 2017, p. 643 ss.

²⁹ Sull'esatto significato da attribuire alla formula «forme e condizioni particolari di autonomia» non c'è una visione completamente unitaria della dottrina. Sulla possibilità di poter richiedere funzioni diverse, anche solo amministrative, v. il *position paper* di ASTRID, *L'autonomia regionale "differenziata" e la sua attuazione: questioni di procedura e di metodo*, aprile 2023;

verso quelle materie che concretamente vanno a potenziare le politiche pubbliche definite dalla Regione. Si è convinti, infatti, che se si vuole rendere efficace l'attuazione dell'art. 116, c. 3, le istanze rivendicative di maggiore autonomia dovrebbero avere ad oggetto politiche e non materie³⁰.

L'obiettivo di una maggiore autonomia, in sostanza, dev'essere quello di valorizzare singole attitudini regionali, scorporando, se necessario, talune funzioni dalla materia eventualmente oggetto di differenziazione. Non, quindi, la richiesta di tutte le materie, o gran parte di esse, come avvenuto con le esperienze precedenti, ma solo di quelle funzioni e di quelle materie che agevolano effettivamente il ruolo strategico della Regione, consentendo di calibrare sul territorio le scelte normative adottate a livello nazionale. Perché, però, questo abbia effetto è necessario che l'oggetto negoziale tra lo Stato e le Regioni venga letto come uno strumento di apertura al potenziamento del territorio sia regionale che nazionale.

L'attuazione dell'autonomia differenziata potrebbe, dunque, rappresentare il banco di prova per gli attori istituzionali italiani, così da avviare una fase nuova dove, alla luce delle clausole di omogeneità presenti in Costituzione, si stimoli una riflessione unitaria su specificità e potenzialità territoriali, le quali meritano di essere sostenute non in quanto istanze singole, ma in un'ottica di sistema-paese.

6. Conclusioni

Provando ad unire i punti del discorso e tornando sugli interrogativi posti in premessa, l'esame condotto ha cercato di dimostrare che il progetto del regionalismo differenziato trovi in realtà le proprie radici ben oltre l'art. 116, c. 3 Cost. Soprattutto a seguito della riforma del 2001, la Co-

C. TUBERTINI, *La proposta di autonomia differenziata delle Regioni del Nord: una differenziazione solidale?*, in *Federalismi.it*, 7, 2018, p. 318 ss.; L. VANDELLI, *Il regionalismo differenziato tra peculiarità territoriali e coesione nazionale*, in *Astrid Rassegna*, 11, 2018. Per la tesi contraria, v. R. BIN, *Le materie nel dettato dell'articolo 116 Cost.*, in *Forumcostituzionale.it*, 26 giugno 2019.

³⁰ Si rinviengono da tempo in dottrina contributi che spostano l'attenzione dal riparto di competenze tra Stato e Regioni alle politiche; in tal senso, v. R. BIN, *Il governo delle politiche pubbliche tra Costituzione ed interpretazione del giudice costituzionale*, in *Le Regioni*, 2013, p. 509 ss.; S. SCAGLIARINI, *Gli ambiti di differenziazione regionale: virtù (del modello) e vizi (della sua attuazione)*, in C. BERTOLINO, A. MORELLI, G. SOBRINO (a cura di), *Regionalismo differenziato e specialità regionale: problemi e prospettive*, cit., p. 325 ss.

stituzione italiana conosce, tra i propri principi fondanti, anche quello di differenziazione, di cui la clausola *ex art. 116* rappresenta “solo” una delle manifestazioni, sicuramente la più espressiva.

Si è, così, sostenuto che omogeneità e differenziazione rappresentano due facce della stessa medaglia, concetti l'uno integrante l'altro, e che l'unica via ammissibile è quella di perseguire una differenziazione costituzionalmente orientata: se la Regione differenziata «s'ha da fare», questa deve farsi con forme, modalità e contenuti compatibili con il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento.

Per concludere, allora, un'ultima considerazione dev'essere fatta sul disegno di legge Calderoli alla luce dei ragionamenti esposti.

È ovvio che la legge attualmente in esame al Senato si presta a fare da cornice alla materia, e che, quindi, non è certamente quest'ultima l'oggetto con il quale raffrontare le conclusioni raggiunte in questa sede, sia in relazione alle clausole di omogeneità costituzionale che agli ambiti materiali eventualmente differenzianti. Tali aspetti, più che altro, potranno tornare determinanti nella fase delle trattative con le Regioni richiedenti. Tuttavia, dev'essere guardata con favore la procedimentalizzazione dell'approvazione delle intese di cui all'art. 2 della legge Calderoli, segnatamente sul ruolo del Governo. A quest'ultimo, quale controparte del negoziato, viene riconosciuto il ruolo di portatore dell'interesse unitario nazionale, presupponendo che, nell'arco delle trattative, vada anche a salvaguardare, dagli effetti prodotti dall'accordo, le Regioni estranee alla procedura.

Certo è che la questione si pone anche da un'altra prospettiva; se è vero che l'ente regionale deve muoversi con riguardo alle sole funzioni o materie che possono effettivamente migliorare le proprie politiche interne, è altrettanto vero che una legge cornice, come quella di cui al d.d.l. Calderoli, dovrebbe prevedere meccanismi che indirizzino nel senso predetto le trattative; un profilo del quale si avverte la mancanza nel testo odierno, che più genericamente parla di iniziative relative a «una o più materie o ambiti di materie», (art. 2, c. 2), null'altro specificando. Contrariamente, si sarebbe preferito che il testo avesse “guidato” la richiesta regionale verso l'esatta individuazione delle funzioni e dei compiti di cui si chiede l'attribuzione, anziché una generica manifestazione d'interesse verso tutta la materia. Si torna a ribadire che, secondo lo scrivente, l'oggetto di

differenziazione *ex art.* 116, c. 3 Cost. non dovrebbero essere le materie *lato sensu*, ma quelle forme e condizioni di autonomia *concernenti* le materie a cui rimanda l'art. 116, c. 3, con ciò intendendo anche specifiche funzioni e compiti amministrativi tra quelli che, per combinato disposto degli artt. 117 e 118, oltretché per le relative leggi di attuazione, risultano attualmente conferiti alla competenza statale³¹.

Va, infine, segnalata un'altra mancanza che si ravvisa nel d.d.l. Calderoli. Ai sensi dell'art. 2, nulla si specifica in relazione ad un potenziale obbligo in capo alle Regioni richiedenti di motivare la loro richiesta, solo prevedendo, in via più generale, che l'iniziativa è avviata secondo le «modalità e le forme stabilite nell'ambito della propria autonomia statutaria». Eppure, proprio le ragioni che muovono la singola Regione dovrebbero rappresentare un elemento di valutazione, tanto per il Governo in sede negoziazione, quanto per il Parlamento nella successiva approvazione dell'intesa³².

Così, mentre si dialoga nei termini predetti, i problemi del regionalismo italiano permangono sullo sfondo, sollevando ancora dubbi sulle concezioni che ne stanno alla base, sugli scopi perseguiti, sui risultati ottenuti e – certamente – sulle prospettive future.

³¹ È appena il caso di precisare che, ai sensi dell'art. 118 Cost., è rimessa alla legge dello Stato la competenza a individuare, senza distinzione di materie, funzioni e compiti amministrativi che il legislatore ritenga di dover sottrarre alla competenza comunale (per riservarli a sé o ad altri enti), al fine di «assicurarne l'esercizio unitario».

³² Il punto non pare irrilevante, anche e soprattutto se si guarda all'esperienza passata, ove le motivazioni a supporto delle richieste *ex art.* 116 Cost. si sono rivelate generiche ovvero insoddisfacenti. A titolo puramente esemplificativo, si vedano gli accordi preliminari sottoscritti tra il Governo e le Regioni Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto, del tutto prive di reali argomentazioni volte a rafforzare la richiesta di maggiore autonomia; laddove presenti, come nel caso della materia «Politiche del lavoro», si traducono in formule semplificate quali «al fine di rafforzare la funzione pubblica delle politiche attive [...]». Gli accordi sono consultabili al seguente indirizzo: <https://www.affariregionali.it/comunicazione/notizie/2018/giugno/autonomia-differenziata-accordi-preliminari-con-le-regioni-emilia-romagna-lombardia-e-veneto/>.

The Constitutional Basis of Asymmetrical Regionalism. Uniformity And Differentiation

Paolo Giovarruscio

Abstract: Il contributo riflette sull'utilità e la pertinenza del concetto di omogeneità costituzionale nello studio delle dinamiche asimmetriche che caratterizzano la vita istituzionale dell'ordinamento italiano, giungendo ad interrogarsi sul fatto se la Regione differenziata possa rappresentare l'occasione per dare linfa nuova al regionalismo italiano.

Abstract: This work contributes to the research by analysing the usefulness and relevance of the constitutional uniformity concept within the study of asymmetrical dynamics, which characterise the Italian legal system's institutional life. In addition, the results of the study shed some light on whether asymmetrical regions may represent an opportunity to give new life to the Italian regionalism.

Parole chiave: omogeneità costituzionale; differenziazione; regionalismo differenziato

Keywords: Constitutional Uniformity; Differentiation; Asymmetrical Regionalism

Intergovernmental financial relations as a paradigm of hyper-executive federalism: insights from the case of equalization mechanisms

*Francisco Javier Romero Caro, Alice Valdesalici**

1. Introduction

The delineation between the legislative and executive branches constitutes a subject of considerable contention within the discourse on the operational dynamics of parliamentary systems. The theoretical construct of the separation of powers has progressively manifested in practical terms as a gradual attenuation of the distinct demarcation between the executive and the legislative. This phenomenon, prevalent in parliamentary models fashioned after the Westminster paradigm (the UK, Canada, Australia, etc.), has incrementally permeated continental European contexts. Although the empowerment of the executive over the legislative has occurred in some cases through constitutional reforms, as in the case of the amendments promoted by President De Gaulle in France aimed at fortifying the presidential role, culminating in the consolidation of the Fifth Republic, contemporary practice indicates an ongoing transformation within parliamentary systems. This metamorphosis has been accelerated by the exigencies posed by the pandemic, wherein the imperative of delivering a swift and efficacious response to the unprecedented challenges precipitated by the health emergency has propelled this incipient process of “presidentialization” in parliamentary systems. Consequently, the executive domain supersedes the legislative, relegating the latter to a subsidiary role, thereby mitigating its significance and reducing it to little more than a ratifier of governmental intent.

* Francisco Javier Romero Caro is senior researcher at Eurac Research – Institute for Comparative Federalism, Eurac Research; Alice Valdesalici is research group leader at Eurac Research – Institute for Comparative Federalism, Eurac Research. The paper has been conceived in common by the two authors, nevertheless sections 1, 3 and 5 can be ascribed to Francisco Javier Romero Caro, whereas sections 2 and 4 to Alice Valdesalici; section 6 has been jointly drafted.

One notable manifestation of this phenomenon is the misuse of emergency legislation, originally conceived for exceptional circumstances and intended for temporary application, which has evolved into a routine legislative instrument. Consequently, the locus of legislative authority has progressively transitioned from the legislature to the executive, which not only directs the government's activities but also monopolizes the legislative agenda. Concurrently, mechanisms of oversight and control have been affected, yielding, in certain instances, novel dynamics wherein the government appears to exercise control over the opposition, as opposed to the traditional paradigm where the opposition scrutinizes and regulates the actions of the executive¹.

This pervasive role of the executive in the legislative function finds an unprecedented amplification in the context of federal systems. Hence, the rise of "executive federalism", defined by Watts as "the processes of intergovernmental negotiation that are dominated by the executives of the different governments within the federal system"². Financial relations and, among these, equalization mechanisms represent an emblematic forerunner of this phenomenon. The decision to isolate this specific segment of federalism studies serves a twofold purpose. First, it allows to investigate the role that remains to the elective assemblies in the elaboration of decisions in technical and complex areas like public finance. Second, it aims to analyze an area that is essential to the political autonomy of territorial authorities, thus allowing us to understand how these processes have developed and what their effects are on the institutional level.

To test this preliminary assumption, the study investigates decision-making procedures on equalization mechanisms from a comparative and constitutional law perspective, with the ultimate aim to verify the magnitude of the executive drift within the different paradigms in action. Equalization mechanisms are a crucial tool of federal systems as they aim at reducing inter-territorial fiscal inequalities via the redistribution of fiscal resources. In

¹ E. GRIGLIO, *Parliamentary oversight under the Covid-19 emergency: striving against executive dominance*, in *The Theory and Practice of Legislation*, 8(1-2), 2020, pp. 49-70; N. BOLLEYER, O. SALÁT, *Parliaments in times of crisis: COVID-19, populism and executive dominance*, in *West European Politics*, 44(5-6), 2021, pp. 1103-1128.

² R.L. WATTS, *Executive Federalism: A comparative analysis*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, 1989, p. 3.

practical terms, the degree to which this phenomenon materializes varies significantly, contingent upon the determinants encompassing the entirety of the process. The ultimate outcome is profoundly influenced by the prevailing legal framework, the institutional and procedural safeguards in effect, and the inherent legal constraints therein. Consequently, grants are frequently utilized to broaden political backing rather than to rectify horizontal imbalances. In other words, partisan political considerations influence (re)distributive policies, a dynamic ubiquitous in all federal systems³. The influence of political momentum invariably constitutes an integral facet of every equalization endeavor. Nevertheless, the extent of discretion and the constraints impinging upon the political process, as well as the interests motivating decisions, may diverge significantly from one case to another. As such, this study focuses on the institutions and procedures governing equalization mechanisms, as these are determinants of the functioning of a federal system. Put differently, the level of government in charge of defining the scheme of intergovernmental transfers, the existing guarantees, and the institutions that govern intergovernmental relations and settle intergovernmental conflicts are central features of a system and its functioning⁴. In fact, the procedural and institutional dimensions of equalization schemes end up determining the interests that are channeled through the process and its results. Besides being central in drawing a line between constitutional rules and political processes, these elements contribute to determining the overall federal equilibrium. Ultimately, the degree to which SNGs are involved in the decision-making process is telling about the impact on subnational accountability and autonomy. The overall acceptance of the redistributive scheme, and hence the extent to which solidarity is instrumental to the unity of the federal system, and does not end up in challenging the system itself.

³ Among the many studies on the topic from a political economy perspective, see: A. WORTHINGTON, B. DOLLERY, *Fiscal illusion and the Australian local government grants process: How sticky is the flypaper effect?*, in *Public Choice*, 99(1-2), 1999, pp. 1-4; A. PORTO, P. SANGUINETTI, *Political Determinants of Intergovernmental Grants: Evidence From Argentina*, in *Economics and Policy*, 13(3), 2001, pp. 237-256; M. GOLDEN, L. PICCI, *Pork-Barrel Politics in Postwar Italy, 1953-94*, in *American Journal of Political Science*, 52(2), 2008, pp. 268-289.

⁴ R. BAHL, *Intergovernmental Transfers in Developing and Transition Countries: Principles and Practices*, Washington D.C., World Bank, 2000, p. 429.

Accordingly, the different federal systems of interest have been identified with the aim to portray the existing variety of ‘architectural’ solutions, ie., including in the spectrum of analysis the different paradigms that can be detected in federal systems around the globe. Against this line, the following cases will be investigated: Australia as the prototype of tax-revenue sharing on a “technical base” (Commonwealth Grants Commission); Canada representing, in financial-related matters, the paradigm of federal-provincial diplomacy with little, if any, legal entrenchment; Germany as the prototype of tax-revenue sharing on a ‘legislative-assembly base’ (*Bundestag+Bundesrat*); and, finally, Spain with the quasi-constitutional institutionalization of the CPFF as a forum for intergovernmental financial relations.

2. Australia: (not so) independent technical base sharing

From a comparative perspective, the Australian system of fiscal equalization can be considered as the prototype of a tax-revenue sharing scheme on a “technical base”. The design and extent of equalization measures have traditionally been regarded as a technical matter entrusted to the Commonwealth Grants Commission (CGC), an autonomous statutory entity situated outside the realm of political influence.

In contrast to other federal systems, equalization is not constitutionally enshrined in Australia. Instead, the Australian Constitution features only a provision, section 96, which empowers the federal Parliament to “grant financial assistance to the States on such terms and conditions as the Parliament thinks fit”. Despite the lack of constitutional detail, equalization is an essential component of Australian federalism because of the coexistence of a significant horizontal imbalance combined with a substantial vertical fiscal gap. While States possess extensive authority in the provision of costly services encompassing education, healthcare, and law enforcement, the power to tax remains predominantly centralized. Simultaneously, among the six States and two self-governing Territories, significant variations persist in fiscal capacity and expenditure for delivering services. Subnational entities vary greatly in terms of community size, population growth, composition, remoteness, indigenous status, and economic vigor (mainly due to the abundance of natural resources in some states). This territorial diversity gives rise to notable horizontal

imbalances, which are addressed through a complex mechanism of revenue redistribution comprising both earmarked and unconditional transfers from the federal to the subnational level.

In 1998, the Special Premiers' Conference culminated in the establishment of the Intergovernmental Agreement on the Reform of Commonwealth–State Financial Relations that paved the way for the Goods and Services Tax (GST) Act of 1999. A decade later, the Intergovernmental Agreement on Federal Financial Relations was formulated under the auspices of the Council of Australian Governments (COAG). The Federal Financial Relations Act of 2009 is underpinned by this agreement, which serves as a comprehensive framework governing fiscal transfers between the Commonwealth and the various States, as well as fostering collaborative efforts concerning policy development and the delivery of services. Two categories of transfers were instituted. One, predominantly overseen by the CGC, is based on the apportionment of GST revenues in accordance with principles of horizontal equalization. This culminates unconditional payments disbursed to the States. Conversely, the second category encompasses a suite of specialized, often earmarked, transfers to cover spending in areas administered by the State. Within this framework, the CGC is entrusted with advising the Commonwealth on the redistribution of GST among States and Territories. This entails offering recommendations in alignment with the terms of reference established by the Commonwealth Treasurer⁵. In accordance with the CGC Act of 1973, the Commission is constituted by the chairperson and a minimum of two additional members, presently numbering three. These appointments are made by the Governor-General of the Commonwealth, based on recommendations from the Federal Executive Council, without a mandated stipulation for State representation. Nevertheless, it is customary for such appointments to follow consultation with the States. It is noteworthy that, in numerous instances, these experts have previously held positions within State administrations, underscoring the connection between the Commission and State-level expertise.

⁵ On the evolution of the CGC role over time, see: R.A. WILLIAMS, *History of Federal–State Fiscal Relations in Australia: A Review of the Methodologies Used*, in *The Australian Economic Review*, 45(2), 2012, pp. 145–157.

The CGC defines the methodology for GST redistribution with the aim that States “receive funding from the Goods and Services Tax revenue such that, if each made the same effort to raise revenue from its own sources and operated at the same level of efficiency, each would have the capacity to provide services at the same standard”⁶. This process includes a quinquennial review of the methodology and calculations updates to ensure the distribution reflects changes in State circumstances. This methodology rests on an index of relative needs designed by a complex formula that assesses the differences between expenditure and revenue. Hence, States with a revenue-raising capacity below the average or higher than average spending requirements receive a greater allocation of GST payments.

Although, over the years, the Commission has garnered a reputation for its independence and impartiality in deciding the technicalities of the equalization program, this does not mean that this has been divorced from politics or, more precisely, from the power of the executive(s). Not only because equalization was enacted and designed via a series of intergovernmental agreements negotiated following the traditional vision of executive federalism, but also because the major changes to the program have not originated in recommendations by the CGC but on the will of the executives. This was the case of the Treasury Laws Amendment Act 2018 that mandated – among other things – a gradual transition from full to reasonable equalization. This makes it clear that the role of the CGC is complemented in practice by another institutional element based on “sophisticated institutional arrangements”, in which “the States are complicit and adept at working the system to their advantage”⁷.

In Australia, the financial rules of subnational financing are mostly the result of intergovernmental agreements reached among the executives of the two levels of government. This is partially favored by the scarce attention paid by the Australian Constitution to the institutions and procedures defining and governing financial relations. In fact, the financial

⁶ CGC, *Report on GST Revenue Sharing Relativities: 2010 Review*, Canberra, 2010, p. 30.

⁷ B. GALLIGAN, *Fiscal federalism: then and now*, in G. APPLBY, N. ARONEY, T. JOHN (eds.), *Future of Australian Federalism: Comparative and Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 320-338, here: p. 321.

landscape has undergone significant transformations over time, a shift that was not brought about through constitutional amendment, but rather resulted from intergovernmental agreements. These agreements are considered an emblematic expression of the intergovernmental dimension of the Australian federation, as well as a determinant of the collaborative nature of Australian federalism⁸.

Financial relations between the Commonwealth and the States are dominated by the executive branches of both levels of government, with such institutional architecture being a “big contributing factor to hyper-executive federalism”⁹. At the apex of this structure lies the National Cabinet, through which the Commonwealth and the States enter into agreements and make all political decisions related to financial relations. The National Cabinet, made up of the Prime Minister, State Premiers and Territory Chief Ministers, replaced the Council of Australian Governments in 2020. Under the National Cabinet, the Council on Federal Financial Relations sits together the treasurers of the Commonwealth, the States, and the Territories. This body oversees federal-state financial relations and is responsible for broad economic and fiscal issues and legislative oversight of GST operations, with the support of the Heads of Treasuries which comprises the Secretary to the Treasury, and State and Territory counterparts from each jurisdiction¹⁰.

Executive federalism is also fostered by the adversarial nature of financial relations in Australia, especially during the periodical reviews carried on by the CGC. Divergent perspectives on the attributes and extent of equalization arise within the States’ consultations conducted by the CGC, primarily mirroring their respective economic prowess. Richer states, such as Western Australia, often raise doubts regarding the merits and efficacy of the system, leading to political strains among the States and between

⁸ J.R. MADDEN, *Central Fiscal Dominance, Collaborative Federalism and Economic Reform*, in J.S. WALLACK, T.N. SRINIVASAN (eds.), *Federalism and Economic Reform: International Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 85-142, here: p. 86.

⁹ For a critical view on the Australian federal system on this perspective, see C. SAUNDERS, M. CROMMELIN, *Reforming Australian Federal Democracy*, in *University of Melbourne Legal Studies Research Paper*, 711, 2015.

¹⁰ C. SAUNDERS, *A New Federalism? The Role and Future of the National Cabinet*, in *Governing during Crisis*, 2, 2020.

the States and the Commonwealth¹¹. The 2020 CGC review highlighted the presence of varying viewpoints on the scope of equalization, albeit all States endorsed the objective of horizontal fiscal equalization. Notably, New South Wales dissented from this consensus, contending that GST revenue allocation should be based on a per capita distribution or an equal per capita basis.

The dominance of executive federalism also circumscribes the Commission's margin of discretion. Simultaneously, this process serves to temper the dominance of the Commonwealth in fiscal matters. The Commonwealth's power in financial matters must reconcile with the interests of the States, as conveyed by their executives through the institutions and practices of intergovernmental relations. This occurs not only by setting the general trajectories of the system via intergovernmental agreements, but also through the terms of reference delivered to the CGC. The latter is the instrument that links the political to the technical dimension of equalization, allowing that policy objectives and political decisions are reflected in the technical implementation and functioning of the system¹². The Council on Federal Financial Relations (CFFR), comprising the treasures of the federal and state levels, meets in advance to discuss and *de facto* define such terms, albeit the final say is, in theory, up to the Australian government. At the same time, the recommendations processed by the Commission after consultations with the States are as a rule accepted by the Commonwealth, also due to the lack of unanimous support on the part of the States on alternative distribution schemes. In theory, they are considered by the CFFR, with the federal treasurer having the final say in determining how revenues are shared¹³. But as a norm, the CFFR does not make use of its power to dissent on the Commission recommendations and they are accepted by the Com-

¹¹ R. ECCLESTON, T. WOLLEY, *From Calgary to Canberra: Resource Taxation and Fiscal Federalism in Canada and Australia*, in *Publius*, 45(2), 2014, pp. 216-243, here: p. 235.

¹² J. SPASOVEJIC, M. NICHOLAS, *Fiscal Equalisation in Australia*, in: *Australian Journal of Public Administration*, 72(3), 2013, pp. 316-329, here: p. 318.

¹³ R.A. WILLIAMS, *Federal-State Financial Relations in Australia: The Role of the Commonwealth Grants Commission*, in *The Australian Economic Review*, 38(1), 2005, pp. 108-118, here: p. 110.

monwealth¹⁴. As such, the space left for politics is smaller than in other federal systems, like Canada or Germany.

Although this system is functional to combine the different visions of the subnational funding system, it lacks accountability and transparency, as it is primarily based on closed door negotiations and political bargaining, with the legislative assemblies at all levels being mostly left aside¹⁵. Thus, the role of Parliaments, at both national and state level, is reduced to approving the legal transposition of these intergovernmental agreements, which occurs out of practice. Furthermore, little margin of discretion over their content is left to parliamentary assemblies, as these agreements result from experts' evaluations, adopted after consultation with the States but with the support of extensive internal research and expert external advice. This results in equalization being based on complex formulas that difficult their effective understanding, making parliamentary oversight very difficult to achieve¹⁶.

3. *Canada: hyper-executive federalism at its best*

The Canadian system of responsible government, modelled after the Westminster model, results in a centralization of power almost completely in the hands of the executive¹⁷. Thus, it must come as no surprise that Canada is portrayed as a model characterized by a clear "executive domination of Parliament"¹⁸. Thus, it is not difficult to understand that the trajectory of Canadian federalism in fiscal matters has resulted in a model dominated by hyper-executive federalism, in which most deci-

¹⁴ N. WARREN, *Reform of the Commonwealth Grant Commission: It's all in the detail*, in *IUS-NW Law Journal*, 31(2), 2008, pp. 530-552, here: p. 548.

¹⁵ C. SAUNDERS, *Towards a Theory for Section 96: Part 1*, in *Melbourne University Law Review*, 16(1), 1987, pp. 1-31; C. SAUNDERS, *Towards a Theory for Section 96: Part 2*, in *Melbourne University Law Review*, 16(4), 1988, pp. 699-724; N. WARREN, *Reform of the Commonwealth Grant Commission*, cit. p. 530.

¹⁶ A. SHAH, *Horizontal Fiscal Equalization in Australia: Peering Inside the Black Box*, 2017, p. 30.

¹⁷ D. BAKER, *Not Quite Supreme: The Courts and Coordinate Constitutional Interpretation*, Montreal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2010, p. 103.

¹⁸ J. WEBBER, *The Constitution of Canada: Contextual Analysis*, Oxford, Hart Publishing 2015, p. 77.

sions are adopted behind closed doors with minimal participation from the legislative.

In fact, this model represents the paradigm of federal-provincial diplomacy through which the provinces try to influence the federal government's decision-making in managing the three main sources of federal transfers: the Canada Health Transfer for healthcare, the Canada Social Transfer for post-secondary education and social services, and, lastly, equalization to mitigate interregional disparities. While Canada is one of the federal states granting subnational governments relatively greater fiscal autonomy in comparative terms, federal transfers remain important. Equalization was not part of the original deal of Confederation. However, some traces of the importance of territorial solidarity can be found in articles 118 and 119 of the 1867 Constitution, with these providing for federal per capita subsidies to improve the provinces' financial situation. The equalization program was introduced only in 1957 under the Tax Rental Agreements. These agreements were negotiated by the federal government and the provinces, as provincial governments were required to enact legislation permitting the delegation of their tax powers to the federal level¹⁹. With the exception of Quebec, which refused to participate in all tax rental or tax collecting agreements concluded between the federal government and the provinces after World War II, all provinces agreed to this scheme²¹.

As a consequence, the equalization program quickly established itself as one of the core elements of Canadian federalism, providing financial stability to the provincial governments. Its primary aim was to give provinces unconditional payments equal to the amounts needed to bring the per capita proceeds of rental payments (or of the allowed tax abatement) to the level of the average per capita yield of the two provinces

¹⁹ *Federal-Provincial Tax-Sharing Arrangements Act, 1956*, 4 & 5 Eliz. 2, ch. 29. With respect to provincial legislation aimed at its enacting, see the *Federal-Provincial Agreement Act, 1957*, ch. 142 in British Columbia or *The Tax Rental Agreement Act, 1957*, ch. 22, in Saskatchewan.

²⁰ M. JANIGAN, *The Art of Sharing: The Richer versus the Poorer Provinces since Confederation*, Montreal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2020, pp. 247-250.

²¹ D. BÉLAND, A. LÉCOURS, *Accommodation and the politics of fiscal equalization in multinational states: The case of Canada*, in *Nations and Nationalism*, 20(2), 2014, pp. 337-354, here: pp. 343-344.

with the highest direct tax yield. Nevertheless, it will not be until 1982, as part of the patriation process, that the equalization mechanism – or more precisely, the principle of equalization – was enshrined into article 36.2 of the 1982 Constitution. The constitutional entrenchment of the program did not have a significant impact on its functioning. Due to the vagueness and reduced scope of section 36.2, equalization continues to be governed in practice by an act of Parliament. The primary legal framework governing equalization is, in fact, the Federal-Provincial Fiscal Arrangements Act of 1985. This legislation outlines the technical and operational details of the program, including aspects such as timing (Article 3.94) and the method for calculating payments (Article 3.2). Consequently, the equalization principle enshrined in section 36.2 of the Constitution does not impose significant limitations on the federal legislator. *De facto*, the executive enjoys considerable discretion to establish, modify, and terminate the terms of equalization transfers, provided they maintain a commitment to the principle of equalization in some form. This is because changes are enacted as part of the federal budget, as they represent federal spending programs²². As a result, the authority to make decisions on various aspects of the program, including the formula determining which provinces receive payments, rests solely with the federal government.

Also, provincial participation in the decision-making process over equalization is rather limited. Although provincial governments tend to be consulted, there is no legal obligation to do so, and the federal government may unilaterally alter or extend the compact without further discussion. Indeed, in 2018, the federal government opted to prolong the existing program until 2024. This decision was made notwithstanding the considerable grievances expressed by various provincial leaders who advocated for a comprehensive revision of the distribution of transfer payments. Provincial involvement was confined to a limited consultation during a Finance Ministers' meeting in December 2017. It is noteworthy that during this meeting, equalization was not even one of the primary sub-

²² R. BOADWAY, *Fiscal Equalization: the Canadian experience*, in N. BOSCH, J.M. DURÁN (eds.), *Fiscal Federalism and Political Decentralization: Lessons from Spain, Germany and Canada*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008, pp. 109-136, here: p. 132.

jects of discussion; rather, the discourse predominantly revolved around deliberations on cannabis taxation.

Consultation, if any, takes place within the context of the Federal-Provincial-Territorial Meeting of Finance Ministers, an intergovernmental body comprising the federal Minister of Finance along with their provincial and territorial counterparts that generally meets twice a year to discuss economic and fiscal issues. Embedded within this forum is a dedicated committee – the Fiscal Arrangements Committee – responsible for conducting consultations on fiscal transfers, encompassing the equalization program. This body provides the provinces with an opportunity to articulate their views regarding equalization and to demand changes to the compact. However, it is important to note that these deliberations are advisory in nature, rendering any agreement that may be reached as a mere recommendation to the federal government. Consequently, this intergovernmental body lacks decision-making authority.

The lack of provincial participation has led provincial governments to promote horizontal cooperation as a mechanism through which to make their demands known to the federal executive. The Council of the Federation (COF), an intergovernmental body established in 2003 comprising the provinces and territories, has taken on a proactive role in this regard. Confronted with Paul Martin's decision to implement a "new funding formula framework" in 2004, the COF commissioned an independent advisory panel to suggest changes to the Canadian system of financial relations²³. This advisory panel operated concurrently with an expert panel known as the Expert Panel on Equalization and Territorial Formula Financing, appointed by the federal government with a mandate centered on the evaluation and assessment of the existing equalization program²⁴. Both panels issued similar recommendations, with these being later adopted by the government of Stephen Harper. Likewise, Harper's government also welcomed some of the traditional demands of resource-rich provinces regarding the treatment of income

²³ Reconciling the Irreconcilable. Addressing Canada's Fiscal Imbalance, Council of the Federation, 2006.

²⁴ Achieving A National Purpose: Putting Equalization Back on Track, Expert Panel on Equalization and Territorial Formula Financing, 2006.

derived from natural resources in the formula. Through this decision, the federal government sought to address the concerns of resource-abundant provinces like Alberta and Saskatchewan, which had been vociferous critics of the system. Therefore, it is no coincidence to find that these provinces have played a pivotal role in Haper's victory after thirteen years of Liberal government. Simultaneously, the federal government aimed to preserve distinct arrangements for Newfoundland and Labrador as well as Nova Scotia, allowing these provinces to adhere to the previous framework for determining their payments, thus circumventing the new fiscal capacity cap²⁵.

Since the mid-2000s, equalization has emerged as a significant source of intergovernmental conflict, encompassing both vertical and horizontal dimensions in Canada. The federal unilateralism that characterizes the governance of equalization in Canada, coupled with the zero-sum nature of the arrangement where any alteration in revenue distribution leads to winners and losers, has contributed to fuel disputes between receiving and not receiving provinces. This escalation in tensions is attributed to the heightened politicization of the program, as both federal and provincial politicians have vocally expressed different claims concerning its operation, with these increasing during periods of economic recession²⁶. As a result, successive federal governments have used equalization as a means to court specific provincial electorates. This has involved either extending special arrangements akin to those negotiated with Newfoundland and Labrador and Nova Scotia, often referred to as side deals, or implementing adjustments to the formula to prevent abrupt reductions in equalization revenue in the event that Ontario, the most populous province in the federation, transitions to a recipient status²⁷. The federal executive did not publicly announce this decision, and the lack of transparency was notable to the extent that opposition MPs and provincial governments

²⁵ J. FEEHAN, *Canada's Equalization Formula: Peerinng Inside the Black Box ... And Beyond*, in *The School of Public Policy Research Papers*, 7(4), 2014, pp. 1-30, here: p. 4.

²⁶ D. BÉLAND, A. LECOURS, *The Ideational Dimension of Federalism: The 'Australian Model' and the Politics of Equalisation in Canada*, in *Australian Journal of Political Science*, 46(2), 2011, pp. 199-212, here: pp. 207-208.

²⁷ J. FEEHAN, *Canada's Equalization Formula Program: Political Debates and Opportunities for Reform*, in *IRPP Insight*, 30, 2020, pp. 1-20, here: p. 9.

seemed to be unaware that, within the 584 pages of the Budget Implementation Act²⁸, there was a provision to prolong the agreement until 2024. Subsequently, this information was brought to light by the press and later confirmed by the Minister of Finance.

To mitigate the controversy surrounding equalization and to avoid any potential escalation of intergovernmental tensions with the provinces, the federal government opted in 2018 to discreetly extend the program under its existing terms until 2024. The federal government refuted any intent to withhold the decision from the provinces and explained that federal officials had maintained close communication with their provincial counterparts in the preceding months, including a brief discussion during the Federal-Provincial-Territorial Meeting of Finance Ministers. Nevertheless, the Premiers of Saskatchewan and Alberta contended that while provinces were aware of the federal government's inclination to preserve the status quo, there had been no formal notification regarding the decision to prolong the existing formula. They further expressed their dissatisfaction with the federal government's reluctance to engage in discussions concerning their proposals for reforming the current allocation scheme among the provinces. Despite these critiques and repeated calls for reform, the federal government followed a similar course in 2023, extending the system until 2029 through a provision embedded in an omnibus law in Parliament aimed at implementing budgetary measures. The processes that led to the renewal of the equalization compact in 2018 and 2023 perfectly illustrate the internal traits of Canadian federalism with respect to financial relations: the dominance of federal unilateralism and limited intergovernmental cooperation, which is generally held behind closed doors and mostly informally. Because of this, Canada can be considered as the textbook example of (hyper) executive federalism^{29,30}.

²⁸ See Division 3 of Part 6 of the *Budget Implementation Act*, 2018, No. 2 that amends the *Federal-Provincial Fiscal Arrangements Act*.

²⁹ The dominance of executive federalism has been challenged by Cameron and Simeon who argue that Canadian federalism was moving towards a more collaborative approach in intergovernmental relations although this collaboration has not yet reached equalization. See: D. CAMERON, R. SIMEON, *Intergovernmental Relations in Canada: The Emergence of Collaborative Federalism*, in *Publius*, 32(2), 2002, pp. 49-71.

³⁰ R.L. WATTS, *Executive Federalism*, cit. pp. 3-6.

As the experiences of 2018 and 2023 show, the role of parliaments at all levels of government was practically non-existent. The provincial legislatures did not intervene in the process, with all negotiations or lobbying being done by the provincial executives. At the federal level, the House of Commons and the Senate were mere rubber stampers of the decision of the federal government, without any meaningful decision-making power, especially if we take into account that both extensions were buried in long pieces of legislation initiated from the executive and that mostly dealt with other issues.

4. *Germany: an executive dominated second chamber*

In Germany, revenue sharing is an essential component of financial relations. Given the *Länder's* limited power to tax, they rely on federal transfers to cover their budgets. The German territorial financial system hinges on two constitutionally mandated instruments: a territorial-based tax revenue sharing framework (termed as primary distribution) and equalization mechanisms (referred to as secondary distribution). With regard to the latter, beginning in 2020, the system is founded upon two components: value-added tax (VAT) adjusted revenue sharing and federal supplementary transfers, encompassing both general and special-purpose allocations³¹. The legal framework governing these elements is stipulated in the Basic Law (Articles 106-107 BL), and later developed in two federal laws: the Revenue-Sharing Criteria Act (*Maßstäbengesetz - MaßstG*) and the Financial Equalisation Act (*Finanzausgleichsgesetz - FAG*) of 2001, last amended in 2018.

The primary distribution allocates revenue in accordance with the derivation principle (i.e., the local origin of the revenue), thus not serving an equalizing function. Conversely, the secondary distribution allocates VAT-revenue to rectify, without entirely eliminating, the disparity in financial capacity that persists among the *Länder* following the primary distribution of revenue. In other words, as the constitutional amendment of 2018 explicitly underscores, the instrumental role of VAT distribution

³¹ The horizontal equalization among the *Länder* (so-called *Länderfinanzausgleich*) for which Germany is considered an emblematic case has been abolished with the 2018 constitutional reform, ceasing to exist as of 2020.

is to guarantee adequate compensation (*angemessenen Ausgleich*) for horizontal imbalances as prescribed following the mandate of Article 107.2 BL³².

Examining VAT revenue distribution in greater depth, it comprises two stages: the initial step seeks to delineate the respective portions allocated to the federal and subnational levels (vertical sharing), followed by a subsequent stage that allocates these revenues among the individual *Länder* (horizontal sharing). After the vertical allocation of VAT revenues, the resources attributed to the *Länder* undergo horizontal redistribution. Since 2020, this allocation continues to be primarily based on population, albeit adjusted with additions or deductions contingent on the financial capacity of the *Länder*. In essence, those *Länder* with a below-average financial capacity will receive a top-up, while those with an above-average capacity will see corresponding reductions in VAT-derived resources. These adjustments are calculated based on 63% of the deviation from the average financial capacity of the *Länder*. This serves to elevate the financial capacity of all *Länder* below the average closer to the national average, though it does not entirely eliminate existing disparities. Furthermore, the less prosperous *Länder*, whose fiscal capacity remains below average even after VAT redistribution, will receive additional vertical transfers in the form of general supplementary federal grants (Article 107.2 BL). Supplementary grants for well-determined special needs are also foreseen. Both forms of federal transfers are stipulated by constitutional provisions and subsequently delineated in detail in the aforementioned federal laws, subject to approval by the *Länder* via the *Bundesrat*.

The role of the “federal second chamber”³³, the *Bundesrat*, is the distinguishing feature that characterizes the German system. As a result,

³² On the new equalization mechanism and on the impact of the 2018 reform on the federal system as a whole, see: C. SEILER, *Flucht in die Intransparenz*, in *Jahrbuch des Föderalismus 2017*, 2017, pp. 52-67; J. WIELAND, *Notwendigkeit einer Föderalismusreform III – Wie kann die Finanzverfassung zukunftsfest gemacht werden?*, in T. SCHWEISFURTH, W. VOSS (eds.), *Haushalt- und Finanzwirtschaft der Länder in der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2018, pp. 247-261.

³³ Although according to the constitutional jurisprudence, it cannot be considered as “a second chamber of single legislative body” – BverfG decision of 25th June 1974, BverfGE 37, 363, (380) – *Bundesrat*, prominent scholars (among the many: M. KOTZUR, *Federalism and Bicameralism - The German « Bundesrat » (Federal Council) as an Atypical Model*, in J. LUTHER, P. PAS-

Germany can be considered as the prototype of a tax-revenue sharing mechanism on a “legislative-assembly base”, with the *Länder* being indirectly involved in the management of the equalization program through the *Bundesrat*.

To better grasp the *Länder*'s role in shaping equalization, it is thus crucial to begin with an examination of the *Bundesrat*. This institution represents the executives of the *Länder*, playing a pivotal role in determining which interests will impact the adoption of equalization mechanisms³⁴. The German approach entails conferring a co-legislative function to the *Länder* as the *Bundesrat* is expressly vested – among others in financial matters – with a legislative function equal to the one assigned to the *Bundestag*, the lower chamber of Parliament (Arts. 50 and 59.2 BL)³⁵. Specifically, the *Bundesrat* is tasked with approving all constitutional and regular laws pertaining to financial matters, particularly those that have implications for the financial allocation of the *Länder*. Consequently, the consent of the *Bundesrat* guarantees the inclusion of territorial interests in the federal decision-making process, while simultaneously upholding the consistency of the public finance system across Germany.

This legislative framework ensures an equal role for both the *Länder* represented by the *Bundesrat* and the federal level represented by the *Bundestag*. This scheme safeguards the autonomy of subnational governments as the federal level alone cannot unilaterally alter the rules. However, it is important to note that the consent of the *Bundesrat* does

SAGLIA, R. TARCHI (eds.), *A World of Second Chambers. Handbook for Constitutional Studies on Bicameralism*, Milan, Giuffrè, 2006, pp. 257-290, here: p. 258) observe that from a functional standpoint (not from a formal one) the *Bundesrat* can be considered ‘a second chamber’ when it takes part in the legislative process.

³⁴ All legal acts in financial matters require the *Bundesrat* approval, if this is prescribed by a provision of the Basic Law. In sum, if the act affects the *Länder* finances, the consent of the *Bundesrat* is necessary. All in all, financial relations are an emblematic example of the phenomenon known as participatory federalism (*Beteiligungsföderalismus*). See: J. WOELK, *La forma segue la funzione: il Consiglio federale tedesco (Bundesrat)*, in E. ROSSI (ed.), *Studi pisani sul Parlamento*, Pisa, Pisa University Press, 2014, p. 161.

³⁵ Pursuant to art. 105.3 GG “Federal laws relating to taxes the revenue from which accrues wholly or in part to the *Länder* (omissis) shall require the consent of the *Bundesrat*”. The scope of the provision is rather broad, as it includes all major taxes of the system. It is estimated that 85% of overall tax-revenue comes from *Zustimmungsgesetze*, that is, laws that require the consent of both the *Bundestag* and the *Bundesrat*.

not directly uphold the autonomy of each individual *Land*. Instead, it facilitates a form of representation of territorial interests on a collective dimension. The subnational level, participating as a unified entity akin to a “second-level federal pact”³⁶, results in the integration of individual units into the federal legal framework, albeit with some constraint on the autonomy of each entity due to the composition and functioning of the Bundesrat³⁷.

The approval process of all equalization laws in Germany contains a certain paradox. Although the process formally requires the support of a majority of *Länder* (or a 2/3 majority in case a constitutional amendment is at stake), all federal laws on equalization have been approved by unanimity, only for later being challenged in front of the Federal Constitutional Court. This shows that although the content often reflects the compromise reached at the *Länder*-level, equalization is, per se, a divisive matter that pits the payers against the recipients³⁸. Furthermore, it is worth noting that, in practice, these decisions are the outcome of an intergovernmental compromise, reached between the *Länder* and the *Bund*, with parliamentary approval often following suit.

The 2018 reform is a good example of the increasing weight of intergovernmental agreements in equalization related matters in Germany, departing from the pattern observed during the *Föderalismusreform* I and II. In fact, an initial phase was dominated by classic executive federalism, with discussion taking place behind closed doors among the Prime Ministers and Ministers of Finance of both the Federation and the *Länder*. Subsequently, negotiations shifted between phases where only the *Länder* were involved through the Conference of Prime Ministers (an informal body for horizontal self-coordination), and occasions where the federal level also participated in the discussions. After some deliberation, the *Länder* reached an agreement in December 2015. One year later, an intergovernmental agreement with the federal level was ultimately sealed

³⁶ F. PALERMO, J. WOELK, *Il Bundesrat tra continuità e ipotesi di riforma*, in *Le Regioni*, 6, 1999, pp. 1097-1122, here: p. 1103.

³⁷ J. WOELK, *La forma segue la funzione*, cit. p. 165.

³⁸ T. LENK, P. GLINKA, *Der neue bundesstaatliche Finanzausgleich – eine Reform und viel Reformaufschub*, in *Wirtschaftsdienst*, 7, 2017, pp. 506-512, here: p. 507-508.

in the form of a “package deal”³⁹ – a resolution criticized for its lack of transparency, colloquially described as the ‘Barter’⁴⁰.

This process underscores the diminishing role of the legislator, who often finds themselves relegated to the task of ratifying decisions made elsewhere, resulting in the legislative assemblies being substantially deprived of their authority⁴¹. Thus, Germany seems to be witnessing a notable shift of decision-making authority away from parliamentary institutions and towards the executive of the various levels of government involved, reinforcing the role of executive federalism in financial matters and, in particular, in equalization related decisions.

5. *Spain: a center dominated model*

The 1978 Spanish Constitution paved the way for the political decentralization of the country. However, the initial phases of this process primarily focused on the delegation of policy responsibilities to the Autonomous Communities (ACs). A process that did not involve a concurrent transfer of financial authority. In fact, the fiscal autonomy of ACs operating under the common regime remained relatively limited, as key tax bases such as VAT, income tax, and corporate tax continued to be under the full control of the central State even after the enactment of the Organic Law on Financing of the Autonomous Communities (LOFCA)⁴² in 1980⁴³. The process of fiscal decentralization gained significant momentum with the

³⁹ A. BENZ, J. SONNIKSEN, *Advancing Backwards: Why Institutional Reform of German Federalism Reinforced Joint Decision-Making*, in *Publius*, 48(1), 2017, pp. 134-159, here: p. 150.

⁴⁰ C. SEILER, *Flucht in die Intransparenz*, cit. p. 58.

⁴¹ U. HADE, *Finanzausgleich: Die Verteilung der Aufgaben, Ausgaben und Einnahmen im Recht der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Union*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1996, p. 199.

⁴² Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas.

⁴³ Together with the common regime ACs, two special regimes coexist in the Basque Country (*concierto*) and Navarre (*convenio*) as a result of various historical prerogatives recognized in the Constitution. In short, and in simplified form, these ACs have very broad powers regarding taxation and collect all taxes but custom duties and payroll taxes. They then make annual transfers to the central government, called quota in the Basque Country and contribution in Navarre, in order to fund the cost of states services (e.g. national defense, foreign service, infrastructures, social security etc.). This regime has been controversial, in particular regarding its application in the Basque Country, as the quota is agreed on a quinquennial basis through a

reform of the LOFCA in 1997. The ACs were granted the authority to determine tax rates and establish tax credits and allowances over ceded taxes for the first time. This marked a shift from an initial highly centralized tax sharing model, in which the ACs primarily relied on transfers and had no control over ceded taxes, to a system where the ACs possess some degree of discretion over ceded taxes. It is worth noting, however, that ceded taxes are created and regulated by the national legislator, who maintains the final authority in order to ensure a certain level of uniformity throughout the common regime territory⁴⁴.

The progressive gain in fiscal autonomy that the Autonomous Communities have achieved through various LOFCA reforms has resulted in the augmentation of both their share of revenue and their level of control over ceded taxes. However, this has had the unintended consequence of widening regional disparities. Consequently, an equalization program called *Participación en los Ingresos del Estado* was created, consisting of an unconditional transfer targeting needs compensation. This transfer scheme was designed to furnish common regime Autonomous Communities with sufficient financial resources to meet their expenditure requirements. However, it was asymmetrical in nature due to two reasons: not all the ACs held the same level of competences at that time, nor did all of them benefit from ceded taxes. This model remained in place until 2001 when it underwent a reform and was renamed as *Fondo de Suficiencia*. This change was made after most Autonomous Communities had modified their Statutes of Autonomy to access the maximum level of competences accorded to them by the Spanish Constitution. The fund adhered to the same underlying principle of compensating for needs and was the product of a unanimous intergovernmental agreement reached by all common regime ACs, subsequently ratified by parliament as an amendment to the LOFCA⁴⁵.

political negotiation that tends to underestimate the weight and cost of those services provided by the central state.

⁴⁴ J. ZORNOZA, *New Trends in Fiscal Decentralization: a Spanish View*, in S.A. LÜTGENAU (ed.), *Fiscal Federalism and Fiscal Decentralization in Europe: Comparative Case Studies on Spain, Austria, the United Kingdom and Italy*, Innsbruck, StudienVerlag, 2014, pp. 105-126, here: pp 109-114.

⁴⁵ Ley Orgánica 7/2001, de 27 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA).

Against this framework, the Fiscal and Financial Policy Council (FFPC), established by Article 3 of the LOFCA, serves as the entity responsible for coordinating fiscal relations between the central State and the ACs. This intergovernmental body is comprised of the National Minister of Finance, the Finance Minister of each Autonomous Community (along with the Finance Councilors of the two Autonomous Cities of Ceuta and Melilla). Although the agreements reached within the CPPF are not legally binding, as they are presented as recommendations to the central government (as stated in Article 10 of the Council's charter), they hold significant political weight. To pass these recommendations, a two-thirds majority is required in an initial vote, while an absolute majority suffices in a subsequent vote, which must occur no later than ten days after the first vote. Regarding the voting system, it is noteworthy that the central government holds a privileged position in relation to the ACs. While each AC has one vote, the central government possesses the same number of votes as all the ACs combined. This predominance on the part of the central authority curtails the decision-making capacity of the ACs, as in a second vote, the central government can advance its position with just the support of one single AC. The publication of the initial results of the model approved in 2001 in 2005 revealed certain shortcomings⁴⁶. Despite the clear need to reform the system, it was not until 2008 that the central government decided to set the reform process in motion. The first phase involved a series of bilateral meetings with the various Autonomous Communities to gather insights into their requests. This enabled the central government to develop a proposal, which was subsequently presented to all ACs within the FFPC. Following the formulation of the initial proposal, the central government engaged in further bilateral consultations with the ACs. Regrettably, this process was characterized by a lack of transparency, as the documents used as the basis for the calculations were not made public. Additionally, the interests of certain ACs, notably Catalonia, took precedence over those of others⁴⁷.

⁴⁶ J. RUIZ-HUERTA, A. HERRERO ALCADE, *Fiscal Equalization in Spain*, in N. BOSCH, J.M. DURÁN (eds.), *Fiscal Federalism and Political Decentralization: Lessons from Spain, Germany and Canada*, Cheltenham, Edward Elgar, pp. 147-165, here: pp. 154-158.

⁴⁷ F.J. ROMERO CARO, *Horizontal cooperation and financial relations in Spain: An analysis on how the Autonomous Communities set the agenda for the reform of territorial financing*, in *Revista de Estudios Políticos*, 199, 2023, pp. 133-164, here: pp. 139-144.

In clear contrast to the unanimous agreement of 2001, this renewal process witnessed strong divisions along party lines, which not only pitted some ACs against others but also diffculted the necessary amendment of the LOFCA, which requires an absolute majority in Parliament to enact the new system. Ultimately, the national executive and its allies in Congress managed to secure the necessary majority by a slim margin of a single vote, leading to the formal enactment of the new system through Organic Law 3/2009⁴⁸.

The 2009 reform constituted a substantive revision of the equalization model, which presently encompasses four distinct funds. Foremost among these is the *Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales* (FGSPF). It is purposed to ensure that, in the event of each Autonomous Community exerting an equivalent tax effort, an equivalent per capita allocation of resources is provided to finance the indispensable services of the welfare state: education, health, and social services⁴⁹. The fund encompasses both a horizontal component, wherein Autonomous Communities contribute 75% of their resources, and a vertical component entirely funded by the central government. The second fund, known as the *Fondo de Suficiencia Global* (FSG) or the *status-quo* clause, is the product of a consensus achieved by all involved parties during the negotiation phase. Its purpose is to guarantee that every AC receives at least the same resources than in the preceding system, irrespective of their financial requirements⁵⁰. In addition, the system incorporates two convergence funds (which do not have an equalizing goal), akin to the FSG, which are entirely underwritten by the State: the *Fondo de Competitividad* and the *Fondo de Cooperación*.

The equalization compact, as established in 2009, was slated for renewal after a period of five years, in accordance with the provisions set forth by Law 22/2009. In 2017, during the *Conferencia de Presidentes*, Spain's main

⁴⁸ Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas.

⁴⁹ M. VILALTA, *Pasado, presente y future de la nivelación en el modelo de financiación de las Comunidades Autónomas*, in *Mediterráneo Económico*, 30, 2016, pp. 87-116, here: pp. 94-99.

⁵⁰ A. CASTELLS, *The Relation Catalonia/Spain: Some Financial and Economic Aspects*, in G. POLA (ed.), *Principles and Practices of Fiscal Autonomy: Experiences, Debates and Prospects*, Farnham, Ashgate, 2015, pp. 203-225, here: p. 212.

vertical intergovernmental forum, the national government and the Autonomous Communities reached a consensus to establish an expert panel entrusted with formulating a proposal. This panel comprised five experts designated by the central government, along with one appointed by each AC or Autonomous City. The ensuing proposal reflected the diversity of perspectives among the ACs. Notably, the proposition to eliminate the *status-quo* clause emerged as a particularly contentious issue, as some ACs expressed concerns over potential reductions in their allocations from the system. Strikingly, Catalonia opted not to play a leading role in this process and abstained from nominating any expert. Informally, the interests of Catalonia were represented by the nominee of the Balearic Islands. Moreover, Catalonia has refrained from participating in the intergovernmental Council (FFPC), contending that substantive deliberations are precluded, given that decisions are purportedly preordained by the central government. Regrettably, Catalonia's non-engagement, coupled with the central government's reluctance to initiate comprehensive reform during a period of heightened political instability – characterized by four general elections in less than four years, and compounded by the tensions stemming from the illegal declaration of independence by Catalonia in 2017 – culminated in the abortive progress of the reform endeavor. Despite the imperative nature of reform prompted by the pandemic and the ensuing economic downturn, political divergences have thus far impeded its initiation, notwithstanding the fact that the current system should have expired in 2014.

After years of delay, the reform of the system appeared to get underway in 2021 when the central government undertook to present the autonomous communities with a draft proposal on the main elements of the system. This proposal came in response to the mobilization of the regional executives, who had held several summits on the subject, grouping themselves into different groups based on their interests⁵¹. However, the process did not crystallize due to political instability and the proximity of regional elections, which made any agreement impossible.

⁵¹ F.J. ROMERO CARO, *Horizontal cooperation and financial relations in Spain*, cit. pp. 144-153.

The experience of the last two reform processes (2008 and 2021) confirms the growing importance of executive federalism and bilateralism in Spain when addressing changes in the equalization system. Both processes have been characterized by parallel negotiations between the central executive and the Autonomous Communities, conducted outside the FFPC and formally confirmed in that forum only at a later stage without any real debate on their content. This lack of real debate is due to the FFPC being an institution dominated by the national executive. The role of the regional parliaments has been nil during these negotiation processes, limited, at most, to approving motions expressing their claims. In the case of the national parliament, its participation has become more important as a modification of the LOFCA is necessary for the entry into force of any reform. However, the role of parliament has been restricted to passing or rejecting the reform of the LOFCA as a whole, without the latter having been involved in the discussions that lead to the approval of the reform at the FFPC.

6. *Concluding remarks*

The article shows the dominance in all four cases of the hyper-executive paradigm of financial relations. The variety of institutional solutions in the legal framework fades away when the different systems are observed in action.

The undertaken analysis has, in fact, identified from 'the law in the books' perspective four different paradigms among federal systems. Two of them heavily rely on institutions, with tax-revenue sharing being carried out either by an arm-length agency on a 'technical base' - exemplified by the CGC in Australia - or by a 'legislative-assembly base' with Germany's *Bundestag+Bundesrat* as a reference model. In the other two cases, intergovernmental relations play -even at first glance- a decisive role, although with different degrees of institutionalization, varying from the quasi-constitutional Spanish CPFF as a forum for intergovernmental financial relations to the almost non-existent legal entrenchment of the Canadian model of federal-provincial diplomacy.

Having a closer look at the dynamic dimension of equalization, ie., into the folds of how the rules work in practice, emerges however a clear trend which leads the different paradigms to converge towards a common point of reference. In all systems, the involvement of subnational

governments undergoes a twist, which shows the clear dominance of the intergovernmental dimension, with an emphasis on the executives of the levels of government involved.

From a comparative constitutional perspective, the question arises whether such an outcome has anything to do with the existing diversity in terms of rules entrenched in the financial constitutions, understood in the broad sense. If the latter are investigated, in fact, it emerges that constitutions of European federal systems tend to have a greater degree of detail than those of common law, or those that are (or have been) part of the Commonwealth. In Germany, the provisions concerning the decision-making dimension of equalization have a significant degree of detail, and the involvement of the *Bundesrat* finds express and clear guarantees as to the rights and limits of the *Länder*. In comparison, the Spanish financial constitution contains very few provisions referring to fiscal federalism. However, it provides (quasi-)constitutional anchorage to the FFPC in the LOFCA, where the Council composition, role, and tasks are thoroughly regulated. Contrariwise, the Canadian constitution mandate the principle of equalization without any further specification as to the scope and the institutional dimension thereof. Australia is even more extreme as a case in point, considering that the very principle of horizontal equalization is only carved out by expansive interpretation of Article 96, initially meant to guarantee general financial assistance to the states. Furthermore, there is no constitutional entrenchment of any institution (except for the Loan Council) vested with the task of governing financial dynamics. Only if the fiscal constitution in the broad sense is taken as the parameter, the CGC is in theory the institution in charge of determining scope and limits of equalization and its adaptation over time. Despite the detected diversities characterizing the different financial constitutions, when put in motion all systems show the emergence of intergovernmental fora, dwelled by the executives of the different levels of government that end up dominating decision-making processes and determining scope and limits of equalization. To be more precise, all cases under scrutiny are strongly conditioned by practice, which shows that even when the role of the executives at all levels is not prescribed by law, it becomes *de facto* advisable or even necessary from a political point of view. This is with no doubt the case of Australia, with the

executives of the States being consulted during the entire process from the appointment of the CGC members to its recommendations, and of Canada as the federal government usually advances its plans on equalization to the provincial government before implementing them through the federal budget. But this shift also entails Germany and Spain. In Germany, the involvement of the *Länder* executives is twofold: preliminarily, due to the increasing weight of intergovernmental agreements in equalization related matters, and subsequently through the *Bundesrat* in the parliamentary process of approving the law. Whereas in Spain, the Autonomous Communities and the national government meet at the FFPC, which despite its flaws, has become the forum that channels territorial participation in financial related matters, with the executives of the latter negotiating with the national government any possible changes and de facto making the final decision.

This doesn't contradict the constitutional nature of equalization. First, the very nature of the constitutionally entrenched rules for this specific segment of financial relations is typically limited to the proclamation of the principle thereof, or at best to the prescription of 'loosely knit' rules through the use of vague concepts. Second, practice itself in this field is typically included under the umbrella concept of financial constitution. The latter expression could be considered an evolution of the notion of fiscal constitution that first appeared in 1977 in *The University of Chicago Law Review* thanks to a contribution by Professor Kenneth W. Dam (law and economics)⁵², and later used by two famous American economics scholars—James Buchanan and Richard Wagner—to refer to those written or unwritten rules that guide fiscal decisions in the United States⁵³. As such, it takes credit for including not only rules “formally incorporated in some legally binding and explicitly constitutional document”, but also unwritten rules like “customary, traditional, and widely accepted precepts”, thus giving relevance to political facts and economic rules that impact on the interpretation and implementation of the rules, as well as on the way in which a system functions and evolves.

⁵² K.W. DAM, *The American Fiscal Constitution*, in *University of Chicago Law Review*, 44 (1977), pp. 271–320.

⁵³ J.M. BUCHANAN, R.E. WAGNER, *Democracy in Deficit: Political Legacy of Lord Keynes* (New York: Academic Press, 1977).

Such a converging trend brings to the fore another important element exhibited by all four cases and strongly conditioned by the hyper-executive nature of financial relations, as well as by the role of practice as a determinant of the functioning of equalization mechanisms in all systems under scrutiny, with no exception. This is about the relevance of partisan politics and their influence over (re-)distributive politics in federal systems, with the political momentum being sometimes decisive to reach agreements, as the cases of Germany and Spain clearly illustrate. This is favoured by the vague nature of the constitutional provisions governing this matter. This choice of constitutional design enables the political dimension of equalization to condition the performance of the program in practice; in fact, a balance between the best outcome in redistributive terms and what is politically feasible needs to be worked out and adjusted over time. As a result, the 'renewal' processes of the different equalization programs often bring high peaks of intergovernmental tension in which the different actors vie for concessions of a larger slice of the pie. Although the controversy generated by these political processes does not (necessarily) question the need for inter-territorial solidarity programs, it offers clear-cut evidence of divergences among SNGs about the level and scope of equalization. Interestingly, this can be seen in all federations: not only in diverse federations like Canada and Spain but also in homogeneous federations like Australia or Germany – where all federal laws providing for equalization have been approved by unanimity of the parties involved, but later have been challenged in front of the Federal Constitutional Court.

Beyond the impact exerted by the formal nature of financial constitutions, such a 'political' drift is favoured by the very function of equalization mechanisms. By pitting the richer/donor subunits against their poorer/receiving counterparts, it opens a window of opportunity for subnational governments to mould the system to their own advantage and for the centre to use these mechanisms for expanding their political support rather than for reducing horizontal imbalances. Further, in centre dominated models, solidarity has also become an instrument to maintain the unity of the federal system or, at least, to try to accommodate certain nationalist demands regarding territorial financing within the constitutional boundaries. The Spanish experience, with Catalonia's intention to limit its contribution to horizontal solidarity being a central issue during the

negotiations leading up to the 2009 model, or the political impossibility of reforming certain aspects of the Canadian program that would harm Quebec's interests are two excellent examples of this practice.

In the light of this dynamic, it seems to be possible to conclude that the disempowerment of parliamentary bodies in the context of financial relations is not an anomaly of singled-out cases, but a common trait of all federal systems, especially when observed in their functioning. There is, as a rule, an expansion of the role of the executive with reference to the intergovernmental dimension. The democratic principle lies (if any) within the domestic jurisdiction, that is, when the exercise of the political autonomy of the individual entity on its territory is at stake, but when transcending the boundaries of the single unit, intergovernmental relations record a central role of the executives.

Such a drift is overall favored by the progressive overcoming of all forms of dual federalism, in favor of a cooperative dimension, which by nature is dominated by intergovernmental relations, with the executives of the different levels of government assuming out of necessity a key role⁵⁴. This brings about a decision-making structure in which there is the need to find composition to the function of federalism as a multiplier of democracy, on the one hand, and the manifestations of the federal principle in its operation, on the other. While the traditional conception holds that democracy requires effective citizen participation in representative forums, on the other hand, for federal systems to function, the creation of a network of relationships and interactions of a political as well as technical-administrative nature is vital. To the extent that all federal systems have responded to these needs by creating formal and informal instruments and intergovernmental consultation processes, which involve senior officials or political figures of their respective administrations: the so-called 'institutions of executive federalism'⁵⁵.

Rather, the pervasive nature of the phenomenon under consideration makes it necessary to reflect differently, that is, not so much on the pos-

⁵⁴ CLEMENT AKWASI BOTCHWAY, *The need for executive federalism in federal-provincial relations: The Canadian example*, in *Journal of Public Administration and Policy Research* 5 (2017), pp. 68-75.

⁵⁵ For a review of the literature on the subject, see: F. PALERMO, K. KÖSSLER, *Comparative Federalism: Constitutional Arrangements and Case Law*, Hart, 2019, p. 253 ss.

sibility of eliminating such solutions, but rather on whether and how it is possible to recover on the front of democratic control, making the functioning of these institutions more transparent, without detriment to the functionality of federal systems, that is, succeeding in reaching decisions that in traditional parliamentary fora would be out of reach, or would require extenuating negotiations.

Le relazioni finanziarie intergovernative come paradigma del federalismo iper-esecutivo: spunti dal caso dei meccanismi di perequazione

Francisco Javier Romero Caro, Alice Valdesalici

Abstract: Il ruolo pervasivo dell'esecutivo nella funzione legislativa trova un'amplificazione senza precedenti nel contesto dei sistemi federali, da cui il concetto di "federalismo esecutivo", con le relazioni finanziarie e, tra queste, i meccanismi di perequazione che rappresentano un precursore emblematico di questo fenomeno. La scelta di isolare questo specifico segmento di studi sul federalismo ha un duplice scopo. In primo luogo, permette di indagare il ruolo che rimane alle assemblee elettive nell'elaborazione di decisioni in ambiti tecnici e complessi come la finanza pubblica. In secondo luogo, mira ad analizzare un ambito essenziale per l'autonomia politica degli enti territoriali, consentendo così di capire come si sono sviluppati questi processi e i loro effetti a livello istituzionale. Per verificare questo assunto, lo studio indaga le procedure decisionali sui meccanismi di perequazione da una prospettiva comparata e di diritto costituzionale, con l'obiettivo ultimo di verificare l'entità della deriva esecutiva nei diversi paradigmi in atto. Di conseguenza, i diversi sistemi federali di interesse sono stati individuati per rappresentare la varietà di soluzioni "architettoniche" esistenti, includendo cioè nello spettro di analisi i diversi paradigmi che possono essere individuati nei sistemi federali di tutto il mondo. Su questa linea, verranno analizzati i seguenti casi: L'Australia come prototipo di condivisione delle entrate fiscali su una "base tecnica" (Commonwealth Grants Commission); il Canada che rappresenta, nelle questioni finanziarie, il paradigma della diplomazia federale-provinciale con scarso, se non nullo, radicamento giuridico; la Germania come prototipo di condivisione delle entrate fiscali su una "base legislativa-assembleare" (Bundestag+Bundesrat); e, infine,

la Spagna con l'istituzionalizzazione quasi-costituzionale della CPFF come forum per le relazioni finanziarie intergovernative.

Abstract: The pervasive role of the executive in the legislative function finds an unprecedented amplification in the context of federal systems, hence the concept of “executive federalism”, with financial relations and, among these, equalization mechanisms representing an emblematic forerunner of this phenomenon. The decision to isolate this specific segment of federalism studies serves a twofold purpose. First, it allows us to investigate the role that remains to the elective assemblies in elaborating decisions in technical and complex areas like public finance. Second, it aims to analyze an area that is essential to the political autonomy of territorial authorities, thus allowing us to understand how these processes have developed and their effects on the institutional level.

To test this preliminary assumption, the study investigates decision-making procedures on equalization mechanisms from a comparative and constitutional law perspective, with the ultimate aim to verify the magnitude of the executive drift in the different paradigms in action. Accordingly, the different federal systems of interest have been identified to portray the existing variety of ‘architectural’ solutions, i.e., including in the spectrum of analysis the different paradigms that can be detected in federal systems around the globe. Against this line, the following cases will be investigated: Australia as the prototype of tax-revenue sharing on a ‘technical base’ (Commonwealth Grants Commission); Canada representing, in financial-related matters, the paradigm of federal-provincial diplomacy with little, if any, legal entrenchment; Germany as the prototype of tax-revenue sharing on a ‘legislative-assembly base’ (*Bundestag+Bundesrat*); and, finally, Spain with the quasi-constitutional institutionalization of the CPFF as a forum for intergovernmental financial relations.

Parole chiave: federalismo fiscale; perequazione; federalismo esecutivo; relazioni intergovernative; centralismo

Keywords: Fiscal Federalism; Equalization; Executive Federalism; Intergovernmental Relations; Centralism

La *Kommunalverwaltung* nell'ordinamento tedesco: un quadro di sintesi di un modello differenziato

Pier Marco Rosa Salva*

1. *La Kommunalverwaltung nell'ambito dell'organizzazione amministrativa tedesca*

L'amministrazione locale (*Kommunalverwaltung*) rappresenta un livello di governo fondamentale nell'ordinamento federale tedesco¹, che da sempre suscita l'attenzione degli studiosi degli altri Paesi, in ragione di quei tratti storici e caratteristici che l'hanno resa una dei grandi modelli di riferimento in Europa².

La Germania, infatti, sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, è suddivisa verticalmente nella Federazione (*Bund*), nei sedici Stati federati (*Länder*) che la compongono, nonché in una pluralità di enti locali, dai Comuni ad altri enti intermedi, che storicamente rivestono un ruolo importante nel sistema, sebbene siano stati nel tempo oggetto di diversi interventi di riordino e riforma³.

* Assegnista di ricerca e Professore a contratto in Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Udine

¹ Sull'*Allgemeines Verwaltungsrecht* si v., tra i più recenti manuali, A. GUCKELBERGER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2023; H. WISSMANN, *Verwaltungsrecht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2023. Si v. anche A. JACQUEMET-GAUCHÉ, *Droit administratif allemand*, Parigi, PUF, 2022; R. SCARIGLIA, *Diritto amministrativo comparato*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 111 ss.; G. NAPOLITANO, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, Bologna, Il Mulino, 2020, p. 58 ss.

² Sul modello tedesco e sugli altri modelli europei di governo locale si v., nella dottrina italiana, L. VANDELLI (a cura di C. TUBERTINI), *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, Il Mulino, 2021, p. 357 ss.; D. DONATI, *Architetture e tendenze delle autonomie territoriali in Europa*, in E. CARLONI, F. CORTESE (a cura di), *Diritto delle autonomie territoriali*, Milano, Wolters Kluwer, 2020, p. 181 ss.; M. DEGNI, *Un inquadramento dei modelli*, in M. DEGNI (a cura di), *Rapporto Ca' Foscari sui comuni 2020. Il governo locale: modelli ed esperienze in Italia e in Europa*, Roma, Castelvecchi, 2020, p. 39 ss.; G. PAVANI, L. PEGORARO (a cura di), *Municipi d'occidente. Il governo locale in Europa e nelle Americhe*, Roma, Donzelli, 2006; L. BOBBIO, *I governi locali nelle democrazie contemporanee*, Roma, Laterza, 2002; AA.VV., *Autonomie locali in Germania e in Italia*, Milano, Giuffrè, 1998.

³ Si v. F. PALERMO, J. WOELK, *Il riordino territoriale dei Comuni in Germania*, in *Amministrazione*, 3, 2001, p. 423 ss.

Essi si inseriscono in un ordinamento federale nel quale è attribuita innanzitutto al *Bund* e ai *Länder* la responsabilità primaria della funzione amministrativa, definita, secondo la tradizionale dogmatica tedesca dell'organizzazione pubblica⁴, amministrazione statale diretta (*unmittelbaren Staatsverwaltung*)⁵. Ai sensi dell'art. 70 del *Grundgesetz* (*GG*, ovvero la Legge fondamentale della Germania⁶), in combinato disposto con l'art. 30 *GG*, le attività amministrative sono infatti rimesse innanzitutto ai *Länder*, in quella logica del federalismo di esecuzione proprio del modello tedesco, per cui questi ultimi non solo sono responsabili dell'esecuzione della loro legislazione, ma in via generale anche di quella federale, come attività propria. Al *Bund*, invece, è dato intervenire solo nei casi previsti dalla legge ai sensi dell'art. 86 *GG*.

Ne deriva una separazione tra la competenza legislativa e quella amministrativa⁷, poiché anche le leggi federali sono eseguite, in linea di principio, dai *Länder* come attività propria. La competenza legislativa e la competenza esecutiva sono quindi fondamentalmente separate nel caso delle leggi federali, in modo che l'amministrazione del *Land* sia responsabile dell'esecuzione delle leggi federali e di quelle sue proprie. L'art. 87 *GG* elenca però una serie di eccezioni a questa seconda regio-

⁴ Cfr. A. GUCKELBERGER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 79 ss.; H. WISSMANN, *Verwaltungsrecht*, cit., p. 123 ss.

⁵ Nell'amministrazione statale diretta rientra sia l'amministrazione federale diretta, sia l'amministrazione diretta dei *Länder*, ovvero quella esercitata da autorità proprie, non dotate di autonoma personalità giuridica, ma riconducibili al *Bund* o al singolo *Land*. Il termine «statale», dunque, in questi casi deve ritenersi riferito in senso ampio all'amministrazione federale e del *Land*. Sulla procedura amministrativa in Germania si v. poi H. MAURER, CH. WALDHOF, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Monaco, Beck, 2020, p. 517 ss.; D. EHLERS, H. PÜNDER (dir.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg, Müller, 2022.

⁶ Sulla Legge fondamentale tedesca si v. G. CERRINA FERRONI, *La costituzione della Germania (1949)*, in G. CERRINA FERRONI, T.E. FROSINI, A. TORRE (a cura di), *Codice delle Costituzioni. Volume I*, Torino, Giappichelli, 2009. Sull'ordinamento tedesco in generale si v. G. PARODI, *La Germania e l'Austria*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Bari, Laterza, 2019, p. 149 ss.

⁷ Una simile distinzione delle funzioni, tra quella legislativa e quella esecutiva, che restando fondamentalmente separate nel caso delle leggi federali, è sconosciuta negli Stati unitari, come la Francia, ma anche in altri sistemi federali, come gli Stati Uniti, ove esistono sfere di azione ampiamente separate (e spesso in competizione) tra le autorità federali e le autorità dei singoli Stati. Si v. E. SCHMIDT-ASSMANN, *Das Verwaltungsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika*, Baden-Baden, Nomos 2021, p. 110 ss.

la, individuando le materie nelle quali la funzione amministrativa resta comunque attribuita all'amministrazione federale.

Bund e Länder rappresentano così le entità giuridiche statali originali, che esercitano le loro funzioni per mezzo di una propria articolazione verticale di organi della quale restano il vertice amministrativo.

La funzione svolta dagli altri soggetti giuridici di diritto pubblico, anche costituiti dal *Bund* o dai *Länder*⁸, ma da loro giuridicamente indipendenti, viene ricondotta invece al concetto di amministrazione statale indiretta (*mittelbaren Staatsverwaltung*)⁹. Essa comprende le corporazioni di diritto pubblico (*Körperschaften*), le fondazioni di diritto pubblico (*Stiftungen*) e le istituzioni (o enti) di diritto pubblico (*Anstalten*), quali persone giuridiche indipendenti, pur se indirettamente collegate allo Stato complessivamente inteso (*Bund e Land*).

Si tratta di una forma di amministrazione che si fonda sulla necessità di assicurare modalità organizzative e di azione specifiche per ciascun territorio o per determinati ambiti della funzione pubblica, ove il modello dell'amministrazione unitaria vincolata da direttive verticali risulterebbe inadeguato¹⁰. Essa rappresenta, in questo senso, anche un'espressione del principio di autoamministrazione, rilevante laddove si renda necessario un più ampio e complesso perseguimento di funzioni e obiettivi autodeterminati, spesso espressione di una legittimazione democratica indipendente che non può essere generata unicamente dallo Stato¹¹.

Tra gli enti dell'amministrazione statale indiretta vengono generalmente ricompresi anche quelli del governo locale¹², sebbene non in maniera univoca dalla dottrina tedesca, che evidenzia la speciale collocazione

⁸ L'amministrazione statale indiretta si trova sia a livello federale che statale. La Legge fondamentale si riferisce ad essa negli artt. 86 ss. GG, laddove considera la funzione anche di altre istituzioni, enti o società.

⁹ La classificazione è effettuata in funzione della persona giuridica che svolge la missione amministrativa: un'autorità statale (federale o del *Land*) oppure un soggetto giuridico diverso. Si v. A. JACQUEMET-GAUCHÉ, *Droit administratif allemand*, cit., p. 85.

¹⁰ Cfr. H. WISSMANN, *Verwaltungsrecht*, cit., p. 127.

¹¹ Cfr. BVerfGE 107, 59.

¹² Cfr. H. WISSMANN, *Verwaltungsrecht*, cit., p. 129; A. GUCKELBERGER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 10 ss.; Cfr. anche in tal senso, nella dottrina francese, A. JACQUEMET-GAUCHÉ, *Droit administratif allemand*, cit., p. 86 ss. (spec. p. 89 ss.).

delle autonomie locali, soprattutto dei Comuni, in quanto enti espressione piena del principio di autoamministrazione e da ricondursi pertanto a un diverso tipo di amministrazione indipendente, non riconducibile a quella statale indiretta¹³. Non a caso, mentre l'amministrazione statale indiretta è menzionata nell'art. 87 *GG*, gli enti locali ritrovano una propria diretta garanzia nell'art. 28 *GG*, che ne assicura l'esistenza e ne tutela le prerogative essenziali, secondo quell'articolazione che – come subito si vedrà – hanno assunto storicamente, fondata su una pluralità di figure diverse, che si affiancano e/o sovrappongono in ciascuna realtà territoriale, secondo le logiche proprie di un ordinamento costituzionale federale, nel quale la differenziazione diviene uno dei principali tratti del livello amministrativo più vicino al cittadino¹⁴. Gli enti locali (in particolare i Comuni e i Distretti) sono, dunque, autorità territoriali indipendenti che non derivano i loro diritti dalla Federazione o dal *Land*, ma in modo indipendente dalla Legge fondamentale.

Ne è così derivato un modello di amministrazione locale che tradizionalmente si contrappone alle esperienze che traggono invece origine dal prototipo di amministrazione locale di matrice francese, incentrato sul principio dell'uniformità, e che si fonda sugli opposti principi della differenziazione e, altresì, della cooperazione tra enti¹⁵. Come si metterà meglio in luce nel proseguo, infatti, ulteriore caratteristica del sistema

¹³ A. ENGELS, D. KRAUSNICK, *Kommunalrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2020, p. 43.

¹⁴ Sul sistema tedesco degli enti locali e sui suoi tratti caratterizzanti si vedano, tra i vari, A. ENGELS, D. KRAUSNICK, *Kommunalrecht*, cit.; K. LANGE, *Kommunalrecht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2019; J. BOGUMIL, L. HOLTkamp, *Kommunalpolitik und Kommunalverwaltung*, Wiesbaden, Springer VS, 2013; N. NASSMACHER, K.H. NASSMACHER, *Kommunalpolitik in Deutschland*, Wiesbaden, Springer VS, 2007; A. VON MUTIUS, *Kommunalrecht*, Monaco, Beck, 1996. Si v. inoltre D. SCHEFOLD, *Local Government in Germany*, in *Italian Papers On Federalism*, 1, 2023; M. KÖLLING, *Local Governments in Germany Between Growing Challenges and Precarious Budgets*, in M. NICOLINI, A. VALDESALICI (eds.), *Local Governance in Multi-Layered Systems. A comparative Legal Study in the Federal-Local Connection*, Cham, Springer Nature Switzerland, 2023, p. 83 ss.; K. RUGE, K. RITGEN, *Local Self-Government and Administration*, in S. KUHLMANN, I. PROELLER, D. SCHIMANKE, J. ZIEKOW (eds.), *Public administration in Germany*, Cham, Springer Nature Switzerland, 2021, p. 123 ss.; M. MISTÒ, *L'autonomia locale nel sistema federale tedesco*, in G. PAVANI, L. PEGORARO (a cura di), *Municipi d'occidente. Il governo locale in Europa e nelle Americhe*, cit., p. 165 ss.

¹⁵ Sulle caratteristiche cooperative di questo modello si v. sempre L. VANDELLI (a cura di C. TUBERTINI), *Il sistema delle autonomie locali*, cit. p. 360 ss., nonché A. DE PETRIS, *Il principio cooperativo come elemento ispiratore del federalismo tedesco: un Sonderweg irripetibile o un modello da cui trarre insegnamenti?* in *questa Rivista*, 2, 2018, p. 431 ss.

tedesco è da ricercarsi in quella dinamica del federalismo cooperativo, incentrato sul principio generale della cooperazione efficace o leale, che opera a tutti i livelli di governo, compreso quello locale.

Resta invece esclusa nel sistema ogni forma di amministrazione mista, con esecuzione congiunta di funzioni da parte di enti posti su diversi livelli di governo, dovendo restare identificabile il titolare della funzione anche per ragioni di responsabilità democratica¹⁶.

2. *Lo sviluppo storico di un governo locale differenziato*

Il governo locale nel sistema tedesco si sviluppa sin dalle origini secondo schemi differenti, che hanno mantenuto le proprie peculiarità anche dopo l'unificazione della Germania nel XIX secolo e nella successione dei vari ordinamenti costituzionali, fino alla fondazione della Repubblica Federale di Germania e alla sua definitiva riunificazione¹⁷. Le logiche proprie del processo di federalizzazione che ha portato all'aggregazione nella Federazione dei *Länder*, ciascuno con la propria esperienza di governo locale, hanno storicamente lasciato a questi ultimi, pur nell'ambito della cornice costituzionale delineata dal *Grundgesetz*, la disciplina degli ordinamenti del governo locale.

Le radici di siffatte discipline, soprattutto per quanto riguarda i Comuni, si rintracciano nel Medioevo, nel corso del quale essi emergono come autorità locali cooperative per lo svolgimento di funzioni pubbliche. Figure differenti si sviluppano nel corso del XV secolo, quando sono istituite città libere e imperiali, titolari di privilegi autonomi e numerosi diritti, in gran parte indipendenti all'interno delle mura cittadine. Verso la fine del XVIII secolo in alcuni Stati (Baviera e Confederazione del Reno) si registrano influssi di origine francese che portano a una riduzione del ruolo delle autonomie locali, poi superati grazie alla riforma steineriana del 19 novembre 1808 dell'ordinamento comunale della Prussia, attraverso la quale i Comuni ottengono maggiore autonomia dall'autorità

¹⁶ H. WISSMANN, *Verwaltungsrecht*, cit., p. 124; A. GUCKELBERGER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 82.

¹⁷ Sullo sviluppo storico del governo locale in Germania si v., tra i vari, A. ENGELS, D. KRAUSNICK, *Kommunalrecht*, cit., p. 28 ss.; A. GERN, C. BRÜNING, *Deutsches Kommunalrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2019, m. 197 ss.

centrale prussiana, assumono una connotazione democratica, in ragione dell'apertura istituzionale dei consigli comunali, e acquisiscono tra l'altro autonomia finanziaria. Il codice prussiano, che faceva parte delle riforme elaborate dai ministri dello Stato prussiano Karl Reichsfreiherr vom und zum Steil e Karl August Graf von Hardenberg a seguito della disfatta di Napoleone nelle battaglie di Jena e Auerstädt del 1806, realizza una rivoluzione dall'alto¹⁸ del sistema e può essere considerato il precursore degli attuali ordinamenti locali, concedendo (§ 108) per la prima volta ai Comuni il diritto di condurre i propri affari sotto la propria responsabilità e a proprio nome, già delineando quella struttura degli organi (consiglio comunale eletto dai cittadini e organo esecutivo eletto dal consiglio) poi mantenuta in taluni casi quasi fino ad oggi (in particolare in Assia). Nel corso dell'Ottocento il governo locale ottiene progressivamente, sebbene con alterne vicende¹⁹, ulteriore slancio democratico e autonomistico: innanzitutto con la Costituzione di *Paulskirche* del 1849²⁰; in seguito con la Costituzione dell'impero tedesco del 1871, sebbene in realtà l'autogoverno comunale non sia stato menzionato espressamente e la materia sia stata rimessa ai *Länder*, dando avvio a una frammentazione del diritto comunale (*Kommunalrecht*), poi sviluppatosi diversamente in ciascun *Land*²¹; infine nel 1871, con l'introduzione dell'elezione diretta dei consigli municipali e l'espansione delle forme di partecipazione dei cittadini alla vita istituzionale locale.

Attraverso tali riforme, fondate sugli ideali di giuristi quali Lorenz Von Stein e Rudolf von Gneist dapprima, Hugo Preuß e Hugo Linemann

¹⁸ Cfr. G.-C. VON UNRUH, *Ursprung und Entwicklung der kommunalen Selbstverwaltung im frühkonstitutionellen Zeitalter*, in T. MANN, G. PÜTTNER (eds.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, Vol. 1, Berlino, Springer, 2007, p. 47 ss.

¹⁹ Nella versione rivista del codice del 1831 anche l'autoamministrazione comunale è allentata, con trasferimento delle competenze dal consiglio comunale all'organo esecutivo e attribuzione allo Stato della decisione finale in caso di disaccordo tra gli organi comunali. Anche il codice municipale prussiano del 1850 - sebbene utilizzasse esplicitamente il termine "autoamministrazione" - non portò a un cambiamento verso strutture maggiormente democratiche.

²⁰ Essa contemplava esplicitamente il diritto dei comuni all'autogoverno nel § 184, collocandolo tra i diritti fondamentali.

²¹ Per una sintesi si v. A. ENGELS, D. KRAUSNICK, *Kommunalrecht*, cit., p. 30. Si v. altresì W. RUDLOFF, *Die kommunale Selbstverwaltung in der Weimarer Zeit*, in T. MANN, G. PÜTTNER (eds.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, cit., p. 93 ss.

poi, e talvolta pur a fronte di tendenze volte alla centralizzazione e all'aumento delle forme di controllo, il governo locale si sviluppa e rafforza progressivamente in maniera differenziata²² sino al 1939, quando la dittatura nazionalsocialista centralizza e uniforma il governo locale su tutto il territorio, abolendo la rappresentanza elettorale e giungendo ad adottare, il 30 gennaio 1935, un ordinamento comunale tedesco per tutta la Germania (il *Deutsche Gemeindeordnung - DGO*). Quest'ultimo testo legislativo, sebbene formalmente riconoscesse ancora il principio dell'autoamministrazione (al § 1), di fatto lo aboliva completamente, vincolando i Comuni agli obiettivi posti dalla direzione statale. Il potere veniva trasferito completamente dal consiglio comunale al sindaco ed ai poteri di supervisione statali non veniva posta alcuna restrizione (§ 106 *DGO*)²³.

La differenziazione riemerge dal 1945, quando gli enti locali sono oggetto di una riorganizzazione diversificata tra i *Länder*, influenzata dalle varie potenze occupanti, che, pur secondo logiche anche temporalmente distinte, porta a una riaffermazione dei principi dell'autogoverno locale. Nel periodo successivo alla fine della Seconda guerra mondiale, infatti, si cercò innanzitutto di ricostruire le autonomie locali nelle zone di occupazione occidentali, sulla base delle strutture esistenti fino al 1933, e di progetti più recenti che le stesse avevano elaborato insieme ai ministri degli interni dei *Länder*²⁴.

Anche dopo l'entrata in vigore, nel 1949, nella Germania Ovest del *Grundgesetz*, ove all'art. 28 *GG* trova la propria cornice costituzionale il principio di autonomia del governo locale (*Selbstverwaltung*), in conformità con quanto previsto dall'art. 123 *GG* continuarono ad applicarsi

²² Anche nel corso della Repubblica di Weimar, nonostante i numerosi tentativi di unificazione, era dato rinvenire discipline municipali diversificate a seconda del *Land*, e ciò in un contesto federale nel quale, pur se la riforma finanziaria imperiale implementata tra il 1919 e 1920 privò le autorità locali della loro parte dell'imposta sul reddito, pari a 1/3 dei loro proventi, la Costituzione del 1919 tutelava (art. 127) il diritto di Comuni e consorzi di Comuni «all'autonomia amministrativa nei limiti della legge».

²³ Il *DGO* conteneva, peraltro, anche disposizioni progressiste, ad esempio per quanto riguarda l'iniziativa economica a livello comunale, ove veniva prevista una clausola di sussidiarietà a favore del settore privato. Cfr. W. RUDLOFF, *Die kommunale Selbstverwaltung in der Weimarer Zeit*, cit., p. 10.

²⁴ Si v. A. ENGELS, D. KRAUSNICK, *Kommunalrecht*, cit., p. 32.

le previsioni tecnico-giuridiche della *DGO* (ideologicamente neutre e quindi conformi alla Legge fondamentale), pur se, ai sensi degli artt. 30 e 70 ss. *GG*, trovava conferma la competenza legislativa dei *Länder* in materia di *Kommunalrecht*, i quali nel tempo adottarono così vari ordinamenti comunali, sostituendo la *DGO* e diversificando i sistemi locali, in particolare sotto il profilo dell'organizzazione interna.

I *Länder*, nell'ambito di più ampie esigenze di riforma della pubblica amministrazione a tutti i livelli di governo, attuarono delle riorganizzazioni territoriali negli anni Sessanta e Settanta e successivamente revisionarono i propri ordinamenti locali negli anni Novanta (ad eccezione del Baden-Württemberg), secondo soluzioni che hanno iniziato a convergere sempre più nel tempo. Gli anni Settanta sono stati caratterizzati in particolare da ampie riforme, sviluppate sulla base di un amplissimo consenso (quasi sempre all'unanimità), tramite le quali il numero totale di Comuni (appartenenti a Distretti) è stato ridotto a circa un terzo delle dimensioni precedenti e il numero di Distretti è stato all'incirca dimezzato²⁵, nella prospettiva di rendere il sistema più efficiente e rispondente al principio di buon andamento.

Nella Germania Est, invece, lo *status* giuridico dei Comuni è restato per molto tempo paragonabile a quello del nazionalsocialismo, ovvero formalmente esisteva un'autoamministrazione comunale, salvo che nei fatti era impossibile per i Comuni distaccarsi dalle linee guida del Partito Socialista Unificato. Il riferimento all'autonomia fu peraltro successivamente eliminato anche a livello costituzionale (tramite riforme del 1968 e del 1974) e solo il 17 maggio 1990 la prima Camera popolare liberamente eletta istituì l'autonomia sul modello dell'art. 28 *GG*, che rimase in vigore fino all'adozione delle nuove leggi comunali negli anni Novanta a seguito della riunificazione²⁶, quando tutti i *Länder* avviarono dei processi di riforma che portano a un progressivo riavvicinamento dei modelli di organizzazione interna (con prevalenza del modello meridionale della Costituzione consiliare in quasi tutti i *Länder* ad eccezione dell'Assia, ove è rimasta la Costituzione magistrale), in un contesto di crescenti garanzie

²⁵ Si v. A. ENGELS, D. KRAUSNICK, *Kommunalrecht*, cit., p. 32; F. PALERMO, J. WOELK, *Il riordino territoriale dei Comuni in Germania*, cit., p. 437 ss.

²⁶ M.-E. GEIS, *Kommunalrecht*, Monaco, Beck, 2016, § 12.

per il concreto funzionamento degli enti locali, anche sotto il profilo finanziario, volte ad assicurare la loro capacità effettiva di far fronte al costante aumento dei loro compiti.

3. La garanzia costituzionale del diritto all'autonomia locale di cui all'art. 28 GG

Il sistema tedesco del governo locale trova una fondamentale garanzia nell'art. 28 GG, laddove, al paragrafo 2, prevede che «Ai Comuni va garantito il diritto di disciplinare, sotto la propria responsabilità e nel rispetto delle leggi tutti gli affari della comunità locale. Anche i Consorzi di Comuni, nell'ambito dei compiti loro attribuiti dalla legge, godono del diritto all'autonomia amministrativa secondo quanto stabilito dalle leggi. La garanzia dell'autonomia amministrativa comprende anche i fondamenti della responsabilità finanziaria; secondo tali fondamenti ai Comuni spetta una fonte di entrate fiscali basata sul potenziale economico con diritto di fissare l'aliquota d'imposta»²⁷.

La previsione costituzionale garantisce, in termini generali, l'esistenza e l'autonomia di Comuni ed enti locali intermedi²⁸, collocandoli nell'ambito della struttura federale dell'ordinamento quale livello amministrativo essenziale, dotato di una propria soggettività giuridica, di diritti²⁹ nonché specifici poteri e competenze³⁰.

Dall'art. 28, par. 2, GG deriva innanzitutto una protezione costituzionale del governo locale in termini di diritto all'autogoverno, ovvero, secondo quanto evidenziato dalla dottrina tedesca, i Comuni (*Gemeinden*) e i

²⁷ G. CERRINA FERONI, T.E. FROSINI, A. TORRE (a cura di), *Codice delle Costituzioni*, Torino, Giappichelli, 2009, 134. Sulla garanzia costituzionale del governo locale si v. A. ENGELS, D. KRAUSNICK, *Kommunalrecht*, cit., p. 35 ss.; H. WISSMANN, *Verwaltungsrecht*, cit., p. 129 ss.; K. LANGE, *Kommunalrecht*, cit., p. 59 ss.; A. ENGELS, *Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2014; D. EHLERS, *Die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung*, in *DVBl.*, 2000, pp. 1301-1310; K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. 1, Monaco, Beck, 1984, § 12, pp. 391-429.

²⁸ Cfr. su punto F. PALERMO, J. WOELK, *Il riordino territoriale dei Comuni in Germania*, cit., pp. 428-429.

²⁹ Si v. le sentenze della Corte costituzionale federale tedesca (*Bundesverfassungsgericht – BVerfGE*), BVerfGE 79, 127 del 23 novembre 1988; BVerfGE 83, 37, del 31 ottobre 1999; e del BVerfGE 138, 1, del 19 novembre 2014.

³⁰ Si v. K. LANGE, *Kommunalrecht*, cit., p. 54 e M. MISTÒ, *L'autonomia locale nel sistema federale tedesco*, cit., p. 167.

Distretti (*Kreise*) sono autorità territoriali che non derivano i loro diritti dal *Bund* o dal *Land*, ma in modo diretto e indipendente dalla Costituzione³¹, sono istituzionalmente indipendenti dal sistema delle autorità statali e sono caratterizzate dal fatto che determinate questioni di interesse pubblico sono amministrate dagli stessi interessati³².

La previsione costituzionale riserva in questo modo un'area di autogoverno alla amministrazione locale, una responsabilità generale volta ad assicurare che le questioni che hanno un legame specifico con un determinato territorio possano essere curate dall'ente espressione dei suoi abitanti³³, tramite l'esercizio di quelle competenze che riguardano la vita locale e sono riferibili a ciascuna di queste comunità³⁴. Si tratta di una garanzia che opera quale limite al legislatore statale del *Land* (v. anche *infra*), il quale se può definire e delimitare l'ambito di autonomia, anche in termini di circoscrizione territoriale e di fusioni e accorpamenti tra enti, non può giungere fino ad incidere su ciascuno di essi quale livello amministrativo essenziale, che deve essere dotato di competenze effettive e capaci di rappresentare l'identità del territorio di riferimento. La portata dell'autogoverno garantito dall'art. 28, par. 2, *GG* varia tuttavia a seconda che si tratti dei Comuni o delle forme sovraordinate e di cooperazione. Il primo periodo, infatti, si riferisce ai Comuni, in relazione ai quali l'autogoverno, qualificato come diritto, ha una cornice definita dalla

³¹ H. WISSMANN, *Verwaltungsrecht*, cit., p. 130.

³² Così R. HENDLER, *Das Prinzip Selbstverwaltung*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts*, Vol. VI, *Bundesstaat*, Heidelberg, C.F. Müller, 2008, p. 1103 ss. (§ 143), spec. rn. 19, secondo il quale, appunto, «Bei der Selbstverwaltung handelt es sich um öffentlich-rechtliche Organisationseinheiten, die gegenüber dem staatsunmittelbaren Behördensystem institutionell selbstständig, aber gleichwohl dem Staatsverband eingegliedert sind und sich dadurch auszeichnen, daß bestimmte öffentliche Angelegenheiten von den davon besonders berührten Personen, den Betroffenen, eigenverantwortlich (das heißt höchstens unter staatlicher Rechtsaufsicht) verwaltet werden».

³³ A. ENGELS, D. KRAUSNICK, *Kommunalrecht*, cit., p. 45.

³⁴ In questi termini si veda anche BVerfGE 147, 185. Si v. altresì le precedenti BVerfGE 110, 370; 79, 127; 52, 95; 50, 195 e 8, 122. Le competenze locali devono poi, per questa giurisprudenza costituzionale, essere identificate tenendo conto dello sviluppo storico delle manifestazioni tradizionali dell'autogoverno (cfr. BVerfGE 138, 1 e 110, 370), onde valutare se configurino espressione della comunità. Non si tratta, inoltre, di una garanzia che pietrifica il riparto di competenze, ma consente al legislatore di intervenire in relazione all'evoluzione del quadro sociale, economico e tecnico (cfr. BVerfGE, 138, 1).

legge e comprende tutte le questioni della comunità locale: in particolare, ai Comuni è riconosciuta una competenza generale che include il diritto di istituire e svolgere nuove funzioni che abbiano un legame con il territorio (*Aufgabenfindungsrecht*, ovvero il diritto di determinare le competenze)³⁵. Secondo il Tribunale costituzionale federale (*Bundesverfassungsgericht - BVerfG*), l'ambito degli affari locali corrisponde sostanzialmente ai bisogni e agli interessi che sono radicati nella comunità locale o che hanno un riferimento specifico ad essa, ossia che sono comuni agli abitanti della comunità in quanto tali³⁶. Per circoscriverne la portata concreta, date le incertezze anche pratiche legate a un tale concetto, dottrina e giurisprudenza si richiamano nella loro attività ermeneutica, quali ausili interpretativi, agli ambiti tradizionalmente riconosciuti agli enti locali³⁷, alle altre disposizioni legislative vigenti in materia di funzioni locali nonché ai limiti derivanti dalle competenze invece attribuite ad altri enti³⁸.

In questi termini, la Legge fondamentale giunge a delineare un criterio di riparto costituzionale delle competenze secondo il quale le questioni di natura locale devono essere attribuite ai Comuni³⁹ ed eventuali deroghe possono essere previste solo ove supportate da una rigorosa motivazione, ma salvo sempre il nucleo essenziale delle funzioni comunali che non possono essere modificate⁴⁰.

Ulteriore garanzia di autonomia che discende dal primo periodo dell'art. 28, par. 2, *GG* attiene alle modalità di esercizio delle funzioni locali⁴¹. L'indipendenza e l'autonomia del Comune, infatti, è tutelata anche rispetto all'esercizio delle sue competenze e alle relative scelte organizzative,

³⁵ BVerfGE 79, 127 (146 ss.); BVerwGE 87, 228 (230). Si v. anche TH. I. SCHMIDT, *Kommunalrecht*, Tubinga, 2015, nn. 73; M.E. GEIS, *Kommunalrecht*, cit., § 3, nn. 2.

³⁶ BVerfGE 79, 127 (151 ss.).

³⁷ ES, M.E. GEIS, *Kommunalrecht*, cit., § 6, nn. 2; K. LANGE, *Kommunalrecht*, cit., p. 39. Si v. anche BVerfGE 23, 353 (365 ss.); 26, 172 (180 ss.).

³⁸ Si v., più ampiamente sul punto, K. LANGE, *Kommunalrecht*, cit., p. 39 e A. ENGELS, D. KRAUSNICK, *Kommunalrecht*, cit., p. 47.

³⁹ BVerfGE 147, 185, nonché 107, 1; 91, 228 e 79, 127. Cfr. anche BVerwGE 6, 19 (25); iErg BVerfGE 83, 363 (381); 22, 180 (205); 50, 195 (201).

⁴⁰ Si v. sempre BVerfGE 147, 185, anche BVerfGE 138, 1.

⁴¹ BVerfGE 147, 185; si v. anche BVerfGE 79, 127 e BVerfGE 11, 266.

con il riconoscimento della possibilità di decidere autonomamente se ciascuna di esse debba essere esercitata in proprio o attraverso forme di cooperazione con altri enti⁴². Ne deriva che agli stessi *Länder* è imposto di assicurare l'effettivo espletamento delle funzioni dell'autogoverno comunale, con conseguente illegittimità di tutte le misure adottate in violazione di questa garanzia.

Il secondo periodo della medesima disposizione costituzionale tutela, invece, le autorità territoriali locali di livello superiore a quello comunale, in particolare di natura associativa, anche in questo caso non solo in termini di esistenza, ma altresì di autonomia. Il diritto all'autogoverno, tuttavia, in questo caso è riconosciuto in senso leggermente più ristretto: se, infatti, i Comuni possono curare tutte le questioni afferenti alla propria comunità locale, pur se nell'ambito delle leggi vigenti, gli enti sovracomunali e associativi si vedono riconosciuto il diritto all'autogoverno solo nell'ambito della loro competenza statutaria, per come determinata dal legislatore. L'ambito delle competenze non può comunque essere così ristretto da escludere un autogoverno effettivo, di talché il legislatore deve garantire anche agli enti di livello sovracomunale un certo numero minimo di competenze⁴³.

Come emerge dal terzo periodo dell'art. 28, par. 2, *GG*, infine, la garanzia dell'autonomia locale include il riconoscimento ai Comuni (e non agli enti sovracomunali) di una responsabilità finanziaria, comprensiva di una fonte fiscale, parametrata alla capacità economica comunale, della quale possono fissare l'aliquota. La garanzia è poi completata da ulteriori previsioni collocate nella parte finanziaria della Legge fondamentale, tra cui l'art. 106, par. 5 e 5a, i quali prevedono che i Comuni abbiano diritto a quote del gettito dell'imposta sul reddito e dell'imposta sul valore aggiunto in conformità con la legislazione federale (tuttora mancante), e l'art. 106, par. 7, laddove prevede che i Comuni e gli enti sovracomunali possono ricevere una percentuale del gettito totale delle imposte comunitarie, stabilita dal *Land*. La fonte di tassazione menzionata dall'art. 28, par. 2, terzo periodo, *GG*, è peraltro specificata altresì dall'art. 106, par.

⁴² Si v. altresì BVerfGE 138, 1 e 119, 331.

⁴³ W. ERBGUTH, T. MANN, M. SCHUBERT, *Besonderes Verwaltungsrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 2019, § 2, rn. 75.

6, *GG*, ai sensi del quale ai Comuni spettano le imposte fondiari e sul commercio nonché il diritto, eventualmente esteso agli enti associativi sovracomunali nella misura prevista dal *Land*, al gettito delle imposte locali sui consumi e sulle spese.

Dall'art. 28, par. 2, *GG* non è tuttavia dato ricavare direttamente un principio di connessione (*Konnexitätsprinzip*) in forza del quale il trasferimento di competenze ai Comuni risulterebbe ammissibile solo a fronte della contestuale assegnazione di adeguate risorse finanziaria. Infatti, se la disposizione costituzionale potrebbe in linea di principio includere questo principio, esso non risulta oggi più necessario a livello federale, nella misura in cui al *Bund* non è più dato – dopo la riforma del 2006⁴⁴ – trasferire competenze ai Comuni ai sensi degli artt. 84, parr. 1 e 7, e 85, parr. 1 e 2, *GG*⁴⁵: la perequazione degli oneri speciali, ai sensi dell'articolo 106, par. 8, *GG*, riguarda solo il caso (eccezionale) in cui la Federazione predisponga strutture speciali nei Comuni o negli enti associativi sovracomunali, che comportino direttamente spese aggiuntive o entrate ridotte. Una corrispondente compensazione da parte della Federazione è inoltre soggetta alla condizione che i *Länder*, i Comuni e gli enti associativi non possano sostenere da soli l'onere finanziario. Il principio di connessione, invece, si impone da allora sempre a livello statale, siccome enunciato anche dalle Costituzioni dei *Länder*, prevedendo che, unitamente al trasferimento di una competenza all'ente territoriale, vengano forniti altresì i mezzi necessari per il suo svolgimento⁴⁶. L'art. 28 *GG*, in ragione dell'importanza dei Comuni per la dimensione democratica dell'ordinamento, individua così nel governo locale una componente fondamentale della struttura della comunità tedesca⁴⁷, alla quale va attribuita una reale responsabilità di autogoverno, anche in

⁴⁴ Sulla riforma si v. J. WOELK, *Eppur si muove: la riforma del sistema federale tedesco*, in *Ist. Fed.*, 2, 2007, p. 193 ss.

⁴⁵ Risulta invece possibile tuttora un trasferimento indiretto, dal *Bund* al *Land* e da quest'ultimo agli enti locali, ma – come specificato *infra* nel testo – sempre nel rispetto del principio di connessione.

⁴⁶ BVerfGE 147, 185 e 138, 1.

⁴⁷ Si. v. BVerfGE 147, 185; si v. altresì BVerfGE 138, 1; BVerfGE 91, 228; e BVerfGE 47, 253.

termini finanziari, che consenta ai cittadini di partecipare attivamente alla gestione e cura degli affari della propria comunità.

Al legislatore federale e statale, in questo contesto, sarà dato intervenire incidendo sull'autonomia degli enti locali solo laddove vi siano adeguate esigenze pubbliche, sempre previo coinvolgimento degli enti interessati, che devono essere sentiti, e comunque nel rispetto dei canoni di appropriatezza, necessità, proporzionalità e ragionevolezza⁴⁸. Pena l'illegittimità dell'intervento legislativo lesivo, che potrà essere fatta valere dall'ente locale stesso innanzitutto tramite ricorso diretto di costituzionalità al Tribunale costituzionale federale ai sensi dell'art. 93, par. 1, 4b, GG, o di quello regolamentare o amministrativo, che potrà essere invece censurato avanti i tribunali amministrativi ai sensi della legge sulla giurisdizione amministrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung - VuGO* del 19 marzo 1991)⁴⁹. Questa tutela costituzionale federale è poi rafforzata dalle Costituzioni dei *Länder*, che da un lato spesso prevedono la possibilità per i Comuni di ricorrere anche attraverso azioni popolari a tutela della loro autonomia amministrativa⁵⁰, e dall'altro lato definiscono in modo più dettagliato la sfera d'azione dei Comuni e degli enti sovracomunali⁵¹.

4. *La disciplina del governo locale: la competenza dei Länder tra differenziazione e uniformità*

Nell'ordinamento tedesco il potere legislativo⁵² è ripartito tra il *Bund* e i *Länder* sulla base del criterio generale, enunciato dall'art. 70 GG, per

⁴⁸ Si v. la sentenza del BVerfGE 50, 50, 2 nonché BVerfGE 147, 185.

⁴⁹ Sulla tutela avanti il BVerfGE si v. D. LUCK, *Der Beitrag der Kommunalverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG, Paragraph 91 BVerfGG zum Schutz der kommunalen Selbstverwaltung*, Baden-Baden, 2014.

⁵⁰ Si v. ad esempio la possibilità di proporre ricorso ai sensi del combinato disposto degli artt. 48 e 98 della Costituzione della Baviera.

⁵¹ Ad esempio, nella Costituzione bavarese, il concetto di autoamministrazione comunale è definito anche attraverso la denominazione di alcuni compiti locali (cfr. art. 83, par. 1, BV).

⁵² Ciò in aderenza alla logica, propria del sistema federale tedesco, per cui sono attribuite ai *Länder* tutte le competenze non espressamente rimesse alla Federazione, principale depositaria della funzione legislativa, mentre ai *Länder* è principalmente rimessa la funzione esecutiva, tanto che si parla di "federalismo esecutivo" (si v. l'art. 30 GG per quanto riguarda la funzione esecutiva nonché gli artt. 70 ss. GG per quanto concerne la funzione legislativa). Sul processo legislativo si v. R. DICKMANN e A. RINELLA (a cura di), *Il processo legislativo negli ordinamenti costituzionali*

cui i *Länder* sono titolari della competenza legislativa ogniqualvolta un tale potere non venga conferito al *Bund*, in via esclusiva (artt. 71 e 73 *GG*) oppure in via concorrente (artt. 72 e 74 *GG*).

La competenza federale è esclusiva nelle materie di cui all'art. 73 *GG*, nelle quali ai *Länder* è data, ai sensi dell'art. 71 *GG*, la possibilità di legiferare solo se espressamente autorizzati in tal senso dalla legge federale. La competenza concorrente è invece prevista nelle materie di cui all'art. 74, par. 1, *GG*, ove, ai sensi dell'art. 72, par. 1, *GG*, i *Länder* possono legiferare se e nella misura in cui il *Bund* non ha esercitato i propri poteri legislativi. Ai sensi dell'art. 72, par. 2, *GG*, tuttavia, in talune materie il *Bund* può adottare leggi solo se, e nella misura in cui, ciò si renda necessario per assicurare la creazione di condizioni di vita equivalenti in tutto il territorio federale oppure per mantenerne l'unità economica o giuridica⁵³. Inoltre, ai sensi dell'art. 72, par. 3, *GG*, in talune materie, se il *Bund* ha esercitato la sua competenza, i *Länder* possono comunque adottare disposizione diverse.

Le disposizioni federali così adottate prevalgono, ai sensi dell'art 31 *GG*, su quelle dei *Länder*.

In questo contesto, la disciplina dell'ordinamento degli enti locali rientra sempre, ai sensi dell'art. 70, par. 1, *GG*, nella competenza residuale dei *Länder*, i quali sono tenuti a esercitarla nel rispetto dei principi dello «Stato di diritto repubblicano, democratico e sociale» e degli altri limiti enunciati dall'articolo 28 *GG*. Questa materia, definita *Gemeinderecht* (diritto comunale), comprende le norme fondamentali riguardanti i Comuni, in particolare i loro compiti generali, la loro organizzazione e la loro integrazione nello *Staat*⁵⁴.

Entro il perimetro delineato dal *Grundgesetz* tutti i *Länder* hanno adottato e aggiornato nel tempo la propria disciplina dell'ordinamento delle autonomie locali tramite appositi codici comunali (*Gemeindeordnun-*

contemporanei, Roma, Carocci, 2011. Il riparto della funzione legislativa è stato oggetto di una riforma (*Föderalismusreform*) incisiva nel 2006 che ha interessato anche il governo locale, sulla quale si v. H.G. HENNEKE, *Kommunen in den Föderalismusreformen I und II*, Stoccarda, 2008.

⁵³ In questi casi, ai sensi dell'art. 72, par. 3, *GG*, la legge federale può prevedere che, quando non esiste più una necessità ai sensi del paragrafo 2, la legge federale sia sostituita dalla legge del *Land*.

⁵⁴ Cfr. K. LANGE, *Kommunalrecht*, cit., p. 36, nn. 87.

gen), per un totale di sedici ordinamenti⁵⁵, nell'ambito dei quali, tuttavia, come subito si vedrà, per tre di essi (Berlino, Amburgo e Brema), definiti «città-stato» (*Stadtstaaten*), vi è la corrispondenza tra il livello comunale e quello statale⁵⁶. La disciplina degli enti locali è poi peraltro completata anche da varie legislazioni settoriali, come quelle in materia fiscale, elettorale e di cooperazione.

La competenza ad adottare le leggi che devono invece essere meramente attuate dai Comuni, nell'ambito delle loro funzioni, non rientra nel diritto comunale e, ai sensi degli artt. 70 ss. *GG*, può spettare ai *Länder* ma anche alla Federazione, a seconda della materia legislativa che viene in considerazione.

Pur nella diversità degli ordinamenti locali che deriva dalla pluralità di fonti adottate da ciascun *Land*, è dato comunque rinvenire un certo grado di uniformità nei sistemi che sono stati delineati, esito delle pratiche concertative poste in essere dai *Länder* in aderenza alle dinamiche cooperative proprie del sistema tedesco⁵⁷, non invece di imposizioni derivanti dalla legge federale. Le differenze più marcate si riscontrano nella struttura organizzativa interna delle autonomie locali, ma anche sotto questo profilo, nonostante le variabili, le discipline appaiono comunque caratterizzate da tratti comuni⁵⁸, esito delle riforme adottate nel tempo⁵⁹.

5. Gli enti del governo locale

Il governo locale si articola in ogni *Land*, a partire dal Comune (*Gemeinde*) e dal Distretto (*Kreis*), su una pluralità di figure differenti, esito di una serie di riforme attuate nei *Länder* occidentali dagli anni Settanta e nei *Länder* orientali negli anni Novanta, dopo la riunificazione, volte a

⁵⁵ Per una bibliografia dei vari contributi relativi ai diversi ordinamenti comunali dei *Länder* si v. K. LANGE, *Kommunalrecht*, cit., p. 52 ss.

⁵⁶ Sugli ordinamenti degli enti locali, oltre ai contributi già citati, si v. altresì H.G. HENNEKE, K. RITGEN, *Kommunalpolitik und Kommunalverwaltung in Deutschland*, Monaco, C.H. Beck, 2021; M.E. GEIS, *Kommunalrecht*, cit.; K. LANGE, *Kommunalrecht*, cit.; M. MISTÒ, *L'autonomia locale nel sistema federale tedesco*, cit., p. 169 ss.

⁵⁷ Sul quale si rinvia a A. DE PETRIS, *Il principio cooperativo come elemento ispiratore del federalismo tedesco: un Sonderweg irripetibile o un modello da cui trarre insegnamenti?*, cit.

⁵⁸ Si v. K. LANGE, *Kommunalrecht*, cit., p. 165 ss.

⁵⁹ Cfr. A. ENGELS, D. KRAUSNICK, *Kommunalrecht*, cit., p. 103 ss.

razionalizzare il sistema attraverso un accorpamento degli enti (in particolare Comuni e Distretti) e una riorganizzazione di territori e strutture amministrative⁶⁰.

Il sistema ha assunto, quale proprio connotato distintivo, il tratto della differenziazione, strutturandosi su enti diversi in ragione di peculiarità e caratteristiche di ciascun territorio.

Così, innanzitutto le principali città del Paese, quali Berlino, Amburgo e Brema, sono tre città-stato (*Stadtstaaten*), che si collocano tra i sedici *Länder* in cui si articola la Federazione, di cui le prime due costituiscono Stati che comprendono l'area di una sola città (perciò dette anche Città indipendenti), mentre lo Stato della libera città di Brema (*Die Freie Hansestadt Bremen*) è composto da due distinti Comuni (e pertanto è qualificato anche come Stato a due città): Brema e Bremerhaven. Si tratta, dunque, di *Länder* e Comuni allo stesso tempo.

Al di là di queste figure speciali, alla base del sistema il governo locale si collocano i Comuni, enti territoriali di diritto pubblico costituiti dai residenti (*Einwohnern*) e dai cittadini (*Bürger*, che dispongono del diritto di voto). Rappresentano l'unità di base del sistema, assumendo in molti casi denominazioni come «città», «mercato», «città universitaria» o simili, mantenendo in ogni caso la medesima natura giuridica⁶¹.

Ciascun Comune ha un consiglio comunale, quale organo di rappresentanza dei cittadini ad elezione diretta, che assume denominazione diversa a seconda del *Land*⁶², nonché un organo amministrativo di vertice, nella maggioranza dei casi a sua volta eletto direttamente, di rappresentanza e gestione dell'ente, anch'esso diversificato a seconda del *Land*, in alcuni casi monocratico (come nel caso del borgomastro o del magistrato) e in altri collegiale (come avviene in Assia)⁶³.

⁶⁰ Si v. J. WOELK *La cooperazione inter-municipale in Germania: alla ricerca di un equilibrio fra autonomia ed efficienza*, in *Ist. Fed.*, 3, 2012, p. 549 ss.

⁶¹ Sulla denominazione dei Comuni si v. più ampiamente A. ENGELS, D. KRAUSNICK, *Kommunalrecht*, cit., p. 39 ss.

⁶² Si v. K. LANGE, *Kommunalrecht*, cit., p. 113 ss. e M. MISTÒ, *L'autonomia locale nel sistema federale tedesco*, cit., p. 169 ss.

⁶³ Cfr. K. LANGE, *Kommunalrecht*, cit., p. 491 ss.; A. ENGELS, D. KRAUSNICK, *Kommunalrecht*, cit., p. 139 ss.

I Comuni sono di diversa tipologia, che varia da *Land* a *Land*, e che, pur mantenendo una struttura di base comune, porta a distinguere, sia per ragioni storiche ma in particolare per le dimensioni territoriali, tra Comuni minori ricompresi in Distretti e Comuni di dimensione maggiore che non appartengono a un Distretto o che hanno comunque maggiori funzioni. A seconda delle dimensioni, cui consegue una differenza in termini di competenze attribuite, si può dunque distinguere tra⁶⁴: (I) i Comuni minori che appartengono a un Distretto (*kreisangehörige Gemeinden*), al quale devono essere associati per lo svolgimento di certe funzioni; (II); i Comuni medio-piccoli con denominazione di città che appartengono a un Distretto (*kreisangehörige Städte*), in alcuni *Länder* denominati anche grandi città distrettuali (*große Kreisstädte*), che svolgono in proprio, oltre alle funzioni comunali, alcune di quelle distrettuali; (III) le città maggiori, in genere con più di 100.000 abitanti, che non appartengono ad un Distretto e sono definite città libere dal Distretto, se non città-distretto, (*kreisfreien Städten*, nella Germania settentrionale) o Distretto urbano (*Stadtkreisen*), che svolgono in proprio le funzioni comunali e distrettuali. I Comuni possono ottenere tali statuti speciali a determinate condizioni previste nei vari *Länder*, cui corrispondono varie denominazioni in ciascun *Land*, che portano a ulteriori differenziazioni anche nell'ambito delle descritte tipologie generali⁶⁵.

Tra gli enti locali si collocano inoltre, nei tredici *Länder* diversi dai tre costituiti in città-stato, i Distretti (*Kreise*), enti non originari ma associativi dei Comuni, dotati di personalità giuridica autonoma⁶⁶. Essi rappresentano l'unità di base a livello sovralocale e sono generalmente ad appartenenza obbligatoria, salve le già descritte eccezioni che interessano le città principali.

A tali enti sono rimesse quelle funzioni che vanno al di là delle capacità dei singoli Comuni, anche al fine di garantire una perequazione tra i

⁶⁴ Si v. K. LANGE, *Kommunalrecht*, cit., p. 72 ss.

⁶⁵ Si v. A. ENGELS, D. KRAUSNICK, *Kommunalrecht*, cit., p. 26, rn. 11.

⁶⁶ E. EISENBERG, *Il distretto: la collettività sovracomunale tedesca*, in *Nuova antologia*, 2019, 108 ss. Si v. altresì K. LANGE, *Kommunalrecht*, cit., p. 1328 ss.; H.G. HENNEKE, *Die Kommunen in der Finanzverfassung des Bundes und der Länder*, Wiesbaden, 2012; H.G. HENNEKE, H. MAURER, F. SCHOCH, *Die Kreise im Bundesstaat. Zum Standort der Kreise im Verhältnis zu Bund, Ländern und Gemeinden*, Baden-Baden, 1994.

diversi territori, nonché una serie di funzioni statali delegate dal *Land*. A differenza dei Comuni, tuttavia, i quali hanno costituzionalmente una riserva di competenza per tutte le questioni relative alla comunità locale, i Distretti – come visto (*supra* par. 3) – hanno il diritto all'autogoverno solo nell'ambito della propria area di competenza definita dal legislatore statale, che è quindi generalmente libero di decidere quali funzioni attribuire loro.

Oltre al Comune, al Distretto e alla città indipendente, esistono poi ulteriori tipologie di enti locali, eterogenee tra loro ma fondate sui medesimi principi.

Da un lato, al di sopra dei *Kreise* in taluni *Länder* vi è un ulteriore livello distrettuale di governo locale, il *Bezirk*⁶⁷, che non deve essere confuso con i Distretti governativi (*Regierungsbezirke*) istituiti in alcuni *Länder*, i quali costituiscono invece mere suddivisioni territoriali per l'esercizio decentrato delle loro funzioni amministrative.

Dall'altro lato, al di sotto dei Distretti, in quasi tutti i *Länder* con un'ampia superficie – ad eccezione della Sassonia-Anhalt – ci sono Comuni appartenenti a un Distretto a cui vengono assegnati compiti specifici che normalmente sarebbero di competenza del *Kreis* o del *Land*, secondo discipline differenziate tra loro⁶⁸.

La struttura del governo locale è dunque piuttosto articolata, con enti e denominazioni variabili in ciascun *Land*, ma pur sempre nell'ambito di alcune architetture di fondo che mantengono una certa uniformità, quantomeno in relazione alle tipologie essenziali di enti.

6. *L'autonomia statutaria e finanziaria del governo locale*

Ai fini della loro azione gli enti locali sono titolari di una pluralità di prerogative, espressione della loro autonomia, tra cui innanzitutto una potestà statutaria, attraverso la quale possono adottare norme generali e astratte per il loro territorio. Si tratta di una potestà che non deve tuttavia essere confusa e va tenuta distinta da quella regolamentare, in quanto

⁶⁷ In particolare, in Baviera e in Renania-Palatinato.

⁶⁸ Si v. A. ENGELS, D. KRAUSNICK, *Kommunalrecht*, cit., pp. 26-27.

i regolamenti sono espressione del distinto potere normativo che può essere attribuito, ai sensi dell'art. 80 GG, dalla legge all'esecutivo.

La potestà statutaria, invece, è espressione di quell'autonomia riconosciuta agli enti locali dall'art. 28, par. 2, GG, che espressamente attribuisce al Comune «il diritto di regolare, sotto la propria responsabilità, tutti gli affari della comunità locale nell'ambito delle leggi», nonché delle disposizioni costituzionali dei *Länder*⁶⁹, che anche nell'ambito delle proprie discipline legislative possono autorizzare gli enti locali a emanare statuti, eventualmente estendendone la portata oltre l'area dell'autoamministrazione costituzionalmente garantita⁷⁰. La potestà statutaria potrà così essere esercitata sulla base del potere di autogoverno dell'ente locale riconosciuto costituzionalmente, ovvero in forza di una più ampia abilitazione prevista dalla legge dei *Länder*⁷¹, sempre nel rispetto delle norme di rango superiore, le quali potrebbero anche restringere, sino anche a escludere, i margini per un effettivo intervento sussidiario della regolamentazione locale.

Questa potestà comunale è esercitata tramite statuti (*Satzungen*)⁷², i quali rappresentano una specifica tipologia di fonte dell'ordinamento tedesco, contenente le disposizioni adottate da persone giuridiche di diritto pubblico nell'ambito dell'autonomia loro concessa dalla legge⁷³.

⁶⁹ Così BVerfGE 10, 20, e 33, 125.

⁷⁰ Cfr. H. MAURER, *Rechtsfragen kommunaler Satzungsgebung*, in *DÖV*, 1993, p. 191.

⁷¹ K. LANGE, *Kommunalrecht*, cit., p. 755.

⁷² Cfr. K. LANGE, *Kommunalrecht*, cit., p. 753 ss.; H. HILL, *Soll das kommunale Satzungsrecht gegenüber staatlicher und gerichtlicher Kontrolle gestärkt werden? Gutachten D zum 58. Deutschen Juristentag München 1990*, Monaco, Beck, 1990; F. SCHOCH, *Soll das kommunale Satzungsrecht gegenüber staatlicher und gerichtlicher Kontrolle gestärkt werden?*, in *NVwZ*, 1990, p. 801 ss.; H. MAURER, *Rechtsfragen kommunaler Satzungsgebung*, cit., p. 184 ss.; E. SCHMIDT-ASSMANN, *Die kommunale Rechtssetzung im Gefügeder administrativen Handlungsformen und Rechtsquellen. Aufgaben, Verfahren, Rechtsschutz*, Monaco, Vahlen, 1981.

⁷³ Cfr. BVerfGE 33, 125, per cui «Satzungen sind Rechtsvorschriften, die von einer dem Staat eingeordneten juristischen Person des öffentlichen Rechts im Rahmen der ihr gesetzlich verliehenen Autonomie mit Wirksamkeit für die ihr Angehörigen und unterworfenen Personen erlassen werden (BVerfGE 10, 20 [49 f.])». Come evidenziato sempre dal BVerfGE nella medesima pronuncia, la concessione dell'autonomia statutaria si fonda sulla volontà di lasciare alle comunità locali la disciplina delle questioni che le riguardano e che possono esse meglio valutate e affrontate localmente, riducendo il divario tra il legislatore e il destinatario della norma. Così da permettere altresì a ciascuna comunità di tenere conto delle differenze locali, altrimenti spesso

L'ente locale può esercitarla in diversi settori, tra cui i principali sono l'azione e l'organizzazione interna dell'ente, l'amministrazione «di massa» e la pianificazione⁷⁴.

Se in linea di principio i Comuni sono liberi di adottare questi statuti, in taluni casi vi sono tenuti obbligatoriamente⁷⁵, come avviene in quasi tutti i *Länder* – tranne in Baviera, nel Saarland e, in larga misura, nel Baden-Württemberg⁷⁶ – per quanto riguarda lo statuto principale (*Hauptsatzung*) che, pur nella varietà delle previsioni, è volto a delineare l'organizzazione generale interna dell'ente e il suo funzionamento⁷⁷, e gli statuti di bilancio.

Proprio sotto quest'ultimo profilo, il governo locale trova un'ultima e fondamentale garanzia di autogoverno nella propria autonomia finanziaria, che impone la titolarità di risorse adeguate per l'effettivo svolgimento delle loro funzioni⁷⁸.

L'autonomia finanziaria, come visto enunciata dall'art. 28, par. 2, 3° periodo *GG* e ripresa dall'art. 106 *GG*, trova ulteriori tutele nella maggior parte delle costituzioni dei *Länder*, le quali contengono specifiche garanzie

difficili da riconoscere e gestire rapidamente da parte del legislatore. Sul tema si v. A. ENGELS, D. KRAUSNICK, *Kommunalrecht*, cit., p. 79 ss. e 92 ss.

⁷⁴ Cfr. K. LANGE, *Kommunalrecht*, cit., p. 762; H. HILL, *Soll das kommunale Satzungsrecht gegenüber staatlicher und gerichtlicher Kontrolle gestärkt werden?*, cit., p. 12; F. SCHOCH, *Soll das kommunale Satzungsrecht gegenüber staatlicher und gerichtlicher Kontrolle gestärkt werden*, cit., p. 802; H. MAURER, *Rechtsfragen kommunaler Satzungsgebung*, cit., p. 186; E. SCHMIDT-ASSMANN, *Die kommunale Rechtssetzung*, cit., p. 5.

⁷⁵ Cfr. § 4, *BbgKomVerf*; § 6 *HessGO*; § 5 *MVKomVerf*; § 12 *NdsKomVG*; § 7 *NWGO*; § 25 *RbPfgGO*; § 4 *SächsGO*; § 10 *SachsAnbKomVG*; § 4 *SHGO*; § 20 *ThürKomO*.

⁷⁶ Cfr. § 20 *ThürKomO*; § 4 e § 49 *BWGO*.

⁷⁷ Cfr. P. SCHUMACHER, *Kommunalverfassungsrecht Brandenburg*, Wiesbaden, 2018, § 4; D. SCHRÖDER, *Kommunalverfassungsrecht Mecklenburg-Vorpommern, Teil 1: Gemeindeordnung. Kommunalverfassungsrecht Mecklenburg-Vorpommern*, Wiesbaden, 2018, § 5.

⁷⁸ Si v. K. LANGE, *Die finanzielle Mindestausstattung und die angemessene Finanzausstattung der Kommunen*, in *DVBL*, 2015, 457-463. Si consideri che il diritto dei Comuni di ricevere adeguate risorse finanziarie si intende poi generalmente diretto principalmente nei confronti del *Land* di appartenenza, non nei confronti del *Bund*, in quanto ai sensi dell'art. 83 *GG* sono i primi che normalmente delegano funzioni a livello locale e solo eccezionalmente il secondo (cfr. K. LANGE, *Kommunalrecht*, cit., p. 1082-1083; F. SCHOCH, *Die finanzverfassungsrechtlichen Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltung*, in D. EHLERS, W. KREBS (eds.), *Grundfragen des Verwaltungsrechts und des Kommunalrechts. Symposium aus Anlaß der Emeritierung von Professor Dr. Hans-Uwe Erichsen am 5. Mai 2000 in Münster*, Berlino, De Gruyter, 2000, pp. 93-136).

di finanziamento dei Comuni, a partire dal *Konnexitätsprinzip*, in taluni casi tradotto nel mero riconoscimento del fatto che i Comuni devono poter svolgere il loro compito⁷⁹, in altri con l'impegno del *Land* a fornire ai medesimi le risorse necessarie⁸⁰. In particolare, nel Saarland e nella Sassonia-Anhalt la Costituzione assicura ad esempio i mezzi necessari affinché il Comune possa svolgere adeguatamente i propri compiti⁸¹, in Baviera e nello Schleswig-Holstein invece si assicura al governo locale la disponibilità di adeguate risorse finanziarie⁸².

A seconda delle specifiche normative finanziarie adottate in materia dai *Länder*, vi sono più fonti di entrata a favore degli enti del governo locale, da quelle proprie consistenti in prelievi, ai trasferimenti federali o statali, che operano in particolare nel quadro del sistema di compensazione finanziaria, alle altre entrate di varia natura⁸³.

I prelievi comprendono imposte, tasse e contributi. Le prime si compongono (cfr. l'art. 106, parr. 5, 5a e 6, *GG*), tra l'altro, della compartecipazione all'imposta sul reddito e sul valore aggiunto, nonché sul commercio e sulla proprietà (in questi casi il Comune può stabilire aliquote speciali per località). Per quanto riguarda tasse e contributi, si tratta generalmente di contropartite incamerate in relazione all'erogazione di servizi o prestazioni.

A queste forme di prelievo, che costituiscono entrate "proprie" degli enti locali ma che non sono sufficienti a sostenere integralmente lo svolgi-

⁷⁹ Cfr. art. 73, comma 1, BWVerf; art. 99 BbgVerf; art. 87, comma 1 SächsVerf; art. 93, comma 1 ThürVerf.

⁸⁰ Cfr. art. 137, comma 5 HessVerf; art. 73, comma 2 MVVerf; Art. 58 NdsVerf; art. 49, comma 6 RhPfVerf.

⁸¹ Cfr. art. 119, comma 2, SaarVerf e art. 88, comma 1 SachsAnhVerf.

⁸² Cfr. art. 83 BayVerf; art. 49 SHVerf.

⁸³ Sulle finanze del governo locale e sue articolazioni si v. K. LANGE, *Kommunalrecht*, cit., p. 1056 ss.; E. MEHLHAF, *Kommunen im Finanzausgleich des Grundgesetzes*, Baden-Baden, Nomos, 2017; J. CHRIST, J. OEBEBECKE (a cura di), *Handbuch Kommunalabgabenrecht*, Monaco, Beck, 2016; H. ZIMMERMANN, *Kommunal Finanzen. Eine Einführung in die finanzwissenschaftliche Analyse der kommunalen Finanzwirtschaft*, Berlino, BWV, 2016. Si v. altresì F. GUELLA, *Sovranità e autonomia finanziaria negli ordinamenti composti. La norma costituzionale come limite e garanzia per le dimensioni della spesa pubblica territoriale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014; A. GRASSE, *Sviluppi e tendenze del federalismo in Germania: differenza territoriale e perequazione finanziaria*, in *Ist. Fed.*, 4, 2012, p. 789 ss.; A. DE PETRIS, *Il federalismo fiscale nella Repubblica Federale di Germania*, in *www.astrid-online.it*.

mento dei loro compiti (propri e delegati), si aggiungono gli stanziamenti finanziari federali o statali a carico del bilancio del *Bund* o del *Land*, quale forma di redistribuzione delle entrate che il Governo federale e i *Länder* vanno a destinare agli enti locali ai sensi dell'art. 106, par. 7, *GG*. Ciò per integrare, in una prospettiva verticale (o fiscale), le fonti finanziarie dei Comuni e aumentare la loro consistenza complessiva, nonché, in una prospettiva orizzontale (o distributiva), per ridurre le differenze finanziarie tra i Comuni al fine di consentire a tutti di svolgere appieno le loro funzioni. Al riguardo si può distinguere tra allocazioni finanziarie generali, assegnate senza uno scopo specifico a tutti i Comuni (in relazione, tra l'altro, al numero di abitanti o alla classificazione dei Distretti) e assegnazioni finanziarie speciali che possono essere concesse per scopi specifici a compensazione di spese particolari (ad esempio per le scuole, per oneri derivanti da una disoccupazione superiore alla media, per il teatro o per il trasporto pubblico locale). In tale prospettiva anche gli artt. 104b e 104c *GG*, per come modificati nel 2019⁸⁴, conferiscono espressamente al *Bund* il potere di concedere ai *Länder* un'assistenza finanziaria, in particolare per garantire l'equilibrio economico del sistema nonché per sostenere investimenti dei Comuni e delle loro associazioni nelle infrastrutture scolastiche.

Il sistema si completa poi con entrate ulteriori di diversa tipologia, inclusi i redditi di diritto privato e i compensi, come i canoni di concessione o comunque i corrispettivi derivanti dall'uso delle strutture pubbliche e dalle vendite di beni pubblici.

7. *Le dinamiche cooperative*

Le esigenze di razionalizzazione dei costi, l'evoluzione tecnologica e sociale, la globalizzazione e una mobilità sempre più veloce hanno progressivamente sollecitato uno sviluppo della cooperazione tra gli enti locali (*Interkommunale Zusammenarbeit*), ulteriore fondamentale espressione dell'autonomia locale⁸⁵.

⁸⁴ Cfr. BGBl. 2019 I S. 404 (11).

⁸⁵ Cfr. A. ENGELS, D. KRAUSNICK, *Kommunalrecht*, cit., p. 341 ss.; K. LANGE, *Kommunalrecht*, cit., p. 1327 ss.; J. WÖELK, *La cooperazione inter-municipale in Germania*, cit. Si v. anche BVerfG, NVwZ 1987, 123 (124).

La cooperazione municipale non è un fenomeno nuovo, anzi era già stata disciplinata in passato, ma è divenuta oggi irrinunciabile in molti campi dell'azione comunale⁸⁶. Anch'essa trova la propria disciplina in specifici testi legislativi dei *Länder*⁸⁷ e può realizzarsi tramite schemi di diritto privato, pur con taluni limiti⁸⁸, o schemi di diritto pubblico⁸⁹, che in alcuni casi possono essere anche combinati tra loro⁹⁰.

Lo schema principale è il consorzio di scopo fra Comuni (*Zweckverbänd*), che consiste nella creazione di un ente di diritto pubblico cui vengono affidati in maniera permanente uno o più compiti specifici. Si tratta della forma cooperativa più vincolante, cui vengono trasferite funzioni da esercitarsi in luogo dei Comuni aderenti, e la cui costituzione può in taluni casi rappresentare un obbligo per l'amministrazione comunale. Sebbene debba farne parte almeno un Comune, al consorzio possono partecipare anche altri soggetti di diritto pubblico nonché soggetti di diritto privato, laddove non vi siano contrastanti ragioni di interesse pubblico.

Oltre ai consorzi in alcuni *Länder* possono essere costituite inoltre delle istituzioni comunali di diritto pubblico (*gemeinsame kommunale Anstalten*), ad esempio aziende o società di diritto pubblico, in particolare nell'ambito delle attività economiche comunali.

Tra i modelli generali di cooperazione di natura pubblicistica vi è la comunità di lavoro (*Arbeitsgemeinschaft*), forma cooperativa priva di personalità giuridica, finalizzata prevalentemente alla consultazione e informazione reciproca dei Comuni, ma che può comprendere funzioni di programmazione e coordinamento sovracomunale. Essa è espressa-

⁸⁶ Cfr. J. OEBBECKE, *Kommunale Gemeinschaftsarbeit*, in T. MANN, G. PÜTTNER (a cura di), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis. Band 1: Grundlagen und Kommunalverfassung*, Springer, Berlino, 2011, § 29, rn. 6, il quale evidenzia come l'amministrazione locale non possa ormai fare a meno della cooperazione in ragione dell'interconnessione di molte questioni che interessano i territori.

⁸⁷ Sui quali si v. K. LANGE, *Kommunalrecht*, cit., pp. 1329-1330.

⁸⁸ K. LANGE, *Kommunalrecht*, cit., p. 1336, il quale evidenzia altresì come sia da ritenere ammissibile anche una combinazione delle forme di cooperazione di diritto pubblico e privato e come agli enti possa ritenersi dato, in certi casi, un margine di libertà per l'eventuale delineazione di nuove formule cooperative.

⁸⁹ Per un elenco delle discipline adottate dai *Länder* in materia di cooperazione intercomunale si v. K. LANGE, *Kommunalrecht*, cit., p. 1329-1330.

⁹⁰ Cfr. A. ENGELS, D. KRAUSNICK, *Kommunalrecht*, cit., p. 343.

mente previste solo in alcuni *Länder*, ma è consentita anche negli altri. Vi possono partecipare persone fisiche e giuridiche nonché altri enti pubblici, istituzioni e fondazioni.

Gli enti locali possono inoltre stipulare accordi di cooperazione di diritto pubblico (*öffentlich-rechtlicher Verträge*, a volte denominati *Zweckvereinbarungen*), anche con altri soggetti pubblici e privati, secondo le condizioni previste dalle varie discipline speciali statali, al fine di porre in capo a una parte lo svolgimento di determinate funzioni per conto delle altre⁹¹. Ulteriori figure cooperative sono le associazioni amministrative municipali (*Gemeindevwaltungsverbände*) e le comunità amministrative (*Verwaltungsgemeinschaften*), che possono a loro volta assumere articolazioni e natura giuridica differenti a seconda della disciplina propria di ogni *Land*⁹². Una figura cooperativa, utilizzata dai Comuni più piccoli in aree rurali, è la comunità o unione di Comuni (*Gesamtgemeinde*), regolata in modo diverso da *Land* a *Land* e con denominazioni differenti⁹³. Si tratta di un ente di diritto pubblico più stabile che non si limita allo svolgimento di uno o più singoli compiti, ma svolge funzioni generali più ampie, alcune individuate direttamente dalla legge ed altre volontariamente trasferite dai Comuni, ed è dotato di un organo rappresentativo nonché di un apparato amministrativo.

Vi sono infine le associazioni municipali superiori (*höheren Kommunalverbände*), costituite da Comuni, che si estendono anche oltre il territorio dei Distretti e che hanno a oggetto funzioni di natura sociale, nonché le associazioni di area vasta delle zone urbane (*Stadt-Umland-Verbände*), volte ad occuparsi dei non pochi problemi legati alle relazioni tra le città e le aree circostanti in particolare mediante l'esercizio di funzioni di pianificazione regionale, dell'uso del territorio e del paesaggio, dei trasporti pubblici locali, della promozione delle imprese e del *marketing* turistico, e che possono comprendere fino a tutte o gran parte delle attività distrettuali⁹⁴.

⁹¹ Si v. A. ENGELS, D. KRAUSNICK, *Kommunalrecht*, cit., p. 352.

⁹² Sul punto si rinvia sempre a ENGELS, D. KRAUSNICK, *Kommunalrecht*, cit., p. 354 ss.

⁹³ Si v. K. LANGE, *Kommunalrecht*, cit., p. 1368 ss.

⁹⁴ Esempi di associazioni di tale tipo sono l'associazione regionale Saarbrücken, VerbandRegion Stoccarda, la regione Hannover e l'associazione regionale FrankfurtRheinMain.

La dinamica cooperativa, che si dirama così in una pluralità di forme diverse, da definire in ragione delle specificità dei territori di riferimento, trova infine completamento nelle organizzazioni associative, rappresentative degli interessi di categoria delle varie figure del governo locale. Si tratta principalmente di tre strutture di rappresentanza degli enti locali, quali la Federazione delle grandi città (*Deutscher Städtetag*), la Federazione dei Distretti (*Deutscher Landkreistag*) e la Federazione delle piccole città e dei piccoli Comuni (*Deutscher Städte-und Gemeindebund*), che operano quali ulteriori garanti del ruolo degli enti del governo locale in particolare in ambito statale e federale.

8. Differenziazione e cooperazione quali tratti caratterizzanti la *Kommunalverwaltung tedesca*

Il sistema tedesco del governo locale, storicamente fondato sulla competenza legislativa dei *Länder*, si articola dunque su una tipologia consistente di enti, differenziati tra loro in ragione della storia e delle caratteristiche proprie di ogni territorio e della rispettiva comunità, sebbene in una prospettiva di progressiva assimilazione dei tratti essenziali di ciascuna *Gemeindeordnung*, in particolare per quanto riguarda l'organizzazione interna dei Comuni⁹⁵.

Le strutture e le forme di esercizio delle funzioni amministrative locali risultano ritagliate sulle peculiarità di ciascuna realtà, in una prospettiva che storicamente è incentrata sulla differenziazione, quale principio organizzativo fondamentale della *Kommunalverwaltung* unitamente a quello della cooperazione.

Il principio cooperativo, infatti, rappresenta un altro solido tratto caratterizzante il modello tedesco, espressione di quella garanzia costituzionale di cui all'art. 28, par. 2, *GG*, che estende l'autogoverno anche alla dimensione collaborativa tra enti, garantendo ulteriore flessibilità all'azione

⁹⁵ Prima delle riforme avviate negli anni Novanta l'organizzazione interna rappresentava infatti la principale differenza istituzionale tra i vari sistemi del governo locale, ora pressoché ovunque incentrati su un consiglio e un sindaco entrambi eletti direttamente (pur con varie differenze, anche di denominazione, tra cui le più consistenti si ritrovano in Assia), con ulteriori riflessioni ancora in corso in dottrina. Sull'organizzazione interna dei Comuni e sulla sua evoluzione si v. A. ENGELS, D. KRAUSNICK, *Kommunalrecht*, cit., p. 103 ss.; K. LANGE, *Kommunalrecht*, cit., p. 113 ss.; M. KÖLLING, *Local Governments in Germany Between Growing Challenges and Precarious Budgets*, cit., p. 91.

amministrativa locale⁹⁶. Le logiche cooperative, promosse e sviluppate in ciascun *Land*, appaiono fondamentali per preservare l'esistenza ed effettività dell'ente più prossimo al cittadino, in particolare in periodi di crisi finanziaria (come quella che ha interessato anche i Comuni tedeschi nel corso della pandemia da Sars-Cov-2)⁹⁷, permettendogli di ricorrere a moduli organizzativi e funzionali più aderenti al contesto in cui operano e alle nuove e sempre più complesse sfide odierne, in una prospettiva aderente ai principi di buon andamento e buona amministrazione.

Il principio di differenziazione, unitamente a quello di cooperazione, emblemi del modello di governo locale tedesco, sembrano in questo modo rappresentare i cardini di una leva capace di assicurare un ulteriore sviluppo dell'amministrazione più prossima al cittadino, di interesse anche per gli altri ordinamenti, ove è dato riscontrare ormai una generale tendenza verso soluzioni maggiormente differenziate⁹⁸. Essi permettono, infatti, l'implementazione di soluzioni più flessibili, in termini organizzativi e funzionali, in questo modo più adattabili alle sfide della modernità, che si pongono in modo specifico e diverso per ciascun territorio e città. Differenziazione e cooperazione appaiono dunque strumenti capaci di permettere, o quantomeno agevolare, la coniugazione tra il principio identitario, il principio autonomistico e il principio di buon andamento, consentendo di affrontare le nuove complesse sfide sociali, economiche e tecnologiche attraverso forme flessibili, sempre più reticolari, di esercizio delle funzioni amministrative⁹⁹, in una inevitabile prospettiva anche di sostenibilità finanziaria.

⁹⁶ Cfr. J. WOELK, *La cooperazione inter-municipale in Germania*, cit., p. 578 ss.

⁹⁷ Sull'andamento delle finanze locali nell'ultimo ventennio si v. la sintesi di R. GEISSLER, *Germany*, in R. GEISSLER, G. HAMMERSCHMID, C. RAFFER (a cura di), *Local public finance in Europe. Country reports*, Gütersloh, Bertelsmann Stiftung, 2019, p. 102 ss. Si v. altresì i rapporti finanziari comunali della Bertelsmann Stiftung, in particolare R. FREIER, R. GEISSLER, M. GNÄDINGER (a cura di), *Kommunaler Finanzreport 2023. Finanzen als Voraussetzung und Hebel integrierter Nachhaltigkeitssteuerung*, Gütersloh, Bertelsmann Stiftung, 2023. Si v. anche ENGELS, D. KRAUSNICK, *Kommunalrecht*, cit., p. 35.

⁹⁸ Cfr. D. DONATI, *Architetture e tendenze delle autonomie territoriali in Europa*, cit., pp. 188-196.

⁹⁹ Cfr. E. D'ORLANDO, *L'ente sistema come risposta alla complessità*, in M. DEGNI (a cura di), *Rapporto Ca' Foscari sui comuni 2020*, cit., p. 29 ss., e E. D'ORLANDO, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per regioni ed enti locali*, Udine, Forum Editrice Universitaria Udinese, 2018.

Proprio l'aspetto finanziario è stato particolarmente valorizzato nell'ordinamento tedesco nel più recente passato, per mezzo delle riforme costituzionali che si sono susseguite nel tempo e dell'applicazione del principio di connessione, al fine di assicurare la piena esplicazione del principio dell'autonomia locale e la capacità della *Kommunalverwaltung* di affrontare le sfide attuali¹⁰⁰.

The *Kommunalverwaltung* in the German Legal System: An Overview of a Asymmetrical Model

Pier Marco Rosa Salva

Abstract: Il contributo esamina la struttura e le caratteristiche principali dell'amministrazione locale nell'ordinamento tedesco, ricostruendone la collocazione nel sistema federale, l'evoluzione storica e le garanzie costituzionali, che hanno portato allo sviluppo di un modello incentrato sui principi della differenziazione e della collaborazione. Sono in particolare messe in luce le diverse tipologie di enti che compongono questo livello di governo, analizzati i principali profili di autonomia e gli strumenti cooperativi a disposizione di ogni territorio.

Abstract: The paper examines the structure and main characteristics of local government within the German legal system, outlining its position in the federal system, its historical evolution, and the constitutional guarantees that have fostered a development grounded on the principles of differentiation and cooperation. In particular, the paper highlights the diverse types of entities comprising this level of government, along with the key aspects of autonomy and cooperative tools at the disposal of each local authority.

Parole chiave: amministrazione locale; autogoverno; differenziazione; cooperazione

Keywords: Local government; Self-government; Differentiation; Cooperation

¹⁰⁰ Cfr. ENGELS, D. KRAUSNICK, *Kommunalrecht*, cit., p. 35; M. KÖLLING, *Local Governments in Germany Between Growing Challenges and Precarious Budgets*, cit., pp. 97-98.

Navigating the constitutional path to English Devolution: How not to crack an old chestnut in a disunited Kingdom?*

*Peter Leyland***

Introduction

This article offers a critical discussion of current aspects of constitutional reform relating to sub-national government as part of the UK's multi-layered constitution¹. In order to identify the dynamics of the contemporary constitution the opening paragraphs provide a brief contextual account of the territorial constitution both following the impact of the devolution arrangements in Scotland, Wales and Northern Ireland, and in the wake of the decision to leave the European Union after the referendum held in 2016. It will be argued that the policies establishing English devolution of the present government not only fall a long way short of providing a new form of governance which is comparable to the type of devolved government introduced in Scotland, Wales and Northern Ireland, but that the Westminster government has so far retained the initiative in both determining the shape of any reforms, and in setting the funding parameters. The second half of the article, by way of contrast, provides a critical assessment of Labour's proposals to tackle the disparities caused by the weakness of regional governance, in particular the effect of establishing an elected Senate for the Regions in place of the House of Lords. While acknowledging the need to provide territorial representation in Parliament, it will be argued that an entirely elected Senate for the Regions would be difficult to establish without introducing a fundamental rebalancing of the entire constitution.

* I would like to thank Professor Andrew Harding, Professor Justin Frosini, Michael Bartlett and an anonymous reviewer for their insightful comments on an earlier draft of this paper.

** Senior Teaching Fellow and Visiting Professor of Public Law at the School of Oriental and African Studies and emeritus Professor of Public Law, London Metropolitan University.

¹ See e.g. *Introduction* in N. BAMFORTH, P. LEYLAND (eds), *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2003.

What is the 'English Question'?

Devolution as introduced in 1999 meant that the UK was transformed from having a unitary constitution to having an asymmetrical quasi-federal constitution.² However, this radical constitutional change granting an elected level of government to Scotland, Wales and Northern Ireland potentially impacts on England which as a result lacked an equivalent layer of democratically elected sub-national government.³ Moreover, devolution was introduced without adjusting the representation in the Westminster Parliament.⁴ An obvious anomaly is that MPs at Westminster representing Scottish constituencies can vote on English legislation while MPs representing English Constituencies no longer vote on devolved matters. Also, the workload of Westminster MPs representing constituencies in Scotland, Wales and NI is greatly reduced as constituents are represented locally in the Scottish and Welsh Parliaments and NI Assembly.⁵ The representational deficit and the constitutional implications it causes have since been referred to as the West Lothian Question⁶ or 'The English Question'⁷.

There have been attempts to correct the asymmetry relating to England set up by devolution. In 2002 the then Labour government itself experimented with what was promoted as the progressive introduction of a limited form of regional governance⁸ but the entire scheme was dropped after the first phase intended for the North East was soundly rejected

² A. KING, *The British Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 47ff. at 212. King refers to UK devolution as 'fractured federalism' others have used the term quasi-federalism.

³ P. LEYLAND, *L'esperimento della devolution nel Regno Unito: uno sconvolgimento dell'assetto costituzionale?*, in *Le Regioni*, 2, 2000, 341-389 at 387ff.

⁴ See e.g., R. JOHNSTON, D. ROSSITER *Inequality of Representation in the United Kingdom: A Constitutional Mess?*, *Political Quarterly*, 2002, 158-171; R HAZELL, R RAWLINGS (eds), *Devolution, Law Making and the Constitution* Imprint Academic, 2005.

⁵ A. KING, *The British Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 200.

⁶ The 'West Lothian Question' was so named because the issue of representative asymmetry was raised as a parliamentary question by the MP for West Lothian during devolution debates in the House of Commons.

⁷ See M. RUSSELL, G. LODGE, *The government of England by Westminster*, in R. HAZELL (ed), *The English Question* Manchester, Manchester University Press, 2006, 82ff.

⁸ See 'Your Region, Your Choice: Revitalising the English Regions' (2002), Cm 5511 (White Paper).

by the electorate in a local referendum.⁹ A decade later the Conservative government modified voting procedure in the House of Commons under the English Votes for English Laws (EVEL) procedure. These rules addressed the English question from a different angle (parliamentary procedure) and were introduced to prevent MPs from Scotland, Wales and NI from fully participating in the passage of English legislation¹⁰. Over the same period, the importance of addressing inequalities in wealth distribution and political representation across England have been recognised as a constant factor by economists, political scientists and politicians from all major parties, but over the last 25 years the underlying inequalities have become more pronounced. For instance, in evidence before the Constitution Committee Professor Kenny¹¹ stated that the UK has the most centralised governance system of any OECD country with some of the greatest regional economic inequalities.¹² Put simply, devolution in Scotland, Wales and NI drew stark attention to the so called English Question¹³ but the fact that devolution provided a layer of democratically elected government for these nations has still not been adequately reflected in the governance of England. The Constitution Committee of the House of Lords recognises that: ‘England is highly centralised, with greater regional economic inequalities, compared to most other Western European countries’ ... and the committee stresses that ‘... Greater decentralisation will help to strengthen the governance of England more

⁹ P. LEYLAND, *Post Devolution: Crystallising the Future for Regional Government in England, in Northern Ireland Quarterly*, Vol. 56, No. 4, Winter 2005, 435–462.

¹⁰ Under Standing Order 83J and 83X adopted in October 2015 but abandoned in 2021. See B. GUASTAFERRO, “Visible” and “invisible” second chambers in unitary States: *Territorializing national legislatures in Italy and the United Kingdom*, in R. ALBERT, A. BARRAGIA, C. FASONE (eds), *Constitutional Reform of National Legislatures: Bicameralism under Pressure*, Cheltenham, Elgar, 2019, 52ff.

¹¹ Director of the Bennett Institute for Public Policy. See e.g. M. KENNY, *The Politics of English Nationhood*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

¹² Respect and Co-operation: Building a Stronger Union for the 21st Century’, *HL Select Committee on the Constitution*, 10th Report of Session 2021–22, January 2022, HL Paper 142, 70–73

¹³ E.g. see R. HAZELL (ed), *The English Question*, Manchester, Manchester University Press 2006 (see Introduction).

generally and achieve a better overall balance of powers between the centre and the other parts of the United Kingdom'¹⁴.

Brexit and Devolution: a return to sovereignty?

The next preliminary point draws attention to the fact that Brexit impacts profoundly on regional policy at local government level and it has soured the relationship between the Westminster government and the devolved administrations.¹⁵ Advocates of Brexit celebrated the return to sovereignty as giving powers back to the people, but many critics argued¹⁶ that it would result in an intensification of centralisation as the executive branch predominates in managing the repatriation of laws with limited scope for parliamentary scrutiny.¹⁷ In the specific domain of regional government, the mechanism for regional funding disappeared with the termination of regional support provided under the EU Regional Development fund.¹⁸ The Subsidy Control Act 2022 was introduced to fill a void caused by Brexit and it has been drafted to set a legal framework for public authorities.¹⁹ This covers regional mayors (MCAs) created as a key part of English devolution to deal, among other responsibilities, with subsidies for local businesses. Indeed, it will be apparent from the discussion below that central government in the guise of the Secretary of State must approve the details of each of the English 'Devolution Deals' so that the minister has ultimate control over the allocation of funding. The management of

¹⁴ 'Respect and Co-operation: Building a Stronger Union for the 21st Century', *HL Select Committee on the Constitution*, 10th Report of Session 2021-22, January 2022, HL Paper 142, 6.

¹⁵ See P. LEYLAND, *Devolution Post Brexit: The Perplexity of Multi-Levelled Governance in a Disunited Kingdom*, in *Istituzioni del Federalismo* 3, 2021, 740ff.

¹⁶ See e.g. M. ELLIOTT, S. TIERNEY, *Political pragmatism and constitutional principle: the European Union (Withdrawal) Act 2018*, *Public Law*, 2019, 37-60 at 47ff.; D. MABBETT, *Parliamentary Sovereignty and Brexit*, in *The Political Quarterly*, Vol. 88, No. 2, April-June 2017, 167-169 at 168.

¹⁷ The most recent example is *The retained EU law (Revocation and Reform) Act 2023* which is designed to revoke retained EU law and gives powers to relevant national authorities to make regulations in accordance with the objectives set out under the legislation.

¹⁸ See P. BRIEN, *EU Funding in the UK*, in *House of Commons Library Briefing Paper* 7847, September 2020.

¹⁹ See Subsidy Control Act 2022, section 12.

the UK shared prosperity fund which replaces EU structural funds is, in this sense, included as part of the (English) ‘devolution deals’.²⁰ Equally, the United Kingdom Internal Markets Act 2020 (UKIM) exemplifies the same centralising tendency pursued by the Westminster government. In order to replace the uniformity of standards under the single EU market UKIM is designed to establish uniform conditions across the UK, notwithstanding existing devolution provisions for Scotland, Wales and Northern Ireland.²¹ The 2020 Act empowers ministers of the Westminster government to dis-apply parts of the EU-UK withdrawal agreement and other EU regulations²² which, in turn, potentially limits the scope for regulatory divergence within the UK. In other words, these regulatory fields covered by UKIM supersede the authority of the devolved administrations on some devolved matters.²³ The rules set at Westminster for goods and for services predominate and this overrides devolved regulatory competence.²⁴ The UKIM legislation was enacted without (Sewel) Legislative consent motions and has been regarded by SNP politicians²⁵ in particular as a ‘power grab’ amounting to fragrant assertion of sovereignty by Westminster, but also, this approach demonstrates the inadequacy of consultation between Westminster and the devolved administrations in Edinburgh, Cardiff and Belfast.²⁶

²⁰ M. SANDFORD, *Devolution to local government in England*, in *House of Commons Library*, Research Briefing 07029, 16 January 2023, 17.

²¹ For example, the principle of ‘Mutual Recognition’ starts from the premise that any goods lawfully sold in one part of the UK are automatically acceptable for sale in the others. The legislation is drafted so that the UK Government can exercise unilateral control over the UK replacement to ESF (the Shared Prosperity Fund, or SPF).

²² See e.g. United Kingdom Internal Markets Act 2020, Section 6(5).

²³ In *Allister* [2023] UKSC 5 the UK Supreme Court rejected the argument that regulations made under the UK Withdrawal Act were invalid because they were incompatible with the cross community support provisions set out in the Northern Ireland Act 1998. Devolution statutes despite their constitutional significance do not trump sovereign acts of Parliament and thus have prospective effect.

²⁴ The United Kingdom Internal Market Act 2020, Parts 1 and 2.

²⁵ SNP refers to the Scottish National Party.

²⁶ See D. TORRANCE, *Internal Markets Bill: Reactions from Scottish and Welsh Governments*, 1 October 2020, House of Commons Library: <https://commonslibrary.parliament.uk/internal-market-bill-reactions-from-scottish-and-welsh-governments/>; P. LEYLAND, *Devolution Post Brexit*

The coordination of devolution between the Westminster government and the devolved administrations since its inception has been managed by a series of subject specific mainly bi-lateral concordats adopted behind the scenes to facilitate the process of administration.²⁷ But with the implementation of Brexit there has been increasing evidence that the system was failing as intergovernmental relations have become increasingly fractious and tended to be dominated by central government.²⁸ It is significant that the Labour opposition recognises the disempowerment of sub-national government. It has proposals to address the problem by establishing a Council of the Nations and Regions to bring together the devolved nations together with a Council of England to represent English local government. It will also be given a dispute handling function but its full remit is yet to be elaborated.²⁹

Centralisation and Local Government

The Levelling Up/Northern Powerhouse/English Devolution reforms of recent years (2014-23) need to be considered in the light of policies imposing financial constraint on local government pursued by successive governments at Westminster which have strongly inhibited the scope of local democracy. The nation experienced a deliberate imposition of centralisation by the Westminster Government established by PMs Thatcher and Major, and at local government level, this policy was continued by Labour under PMs Blair and Brown. From the 1980s central government began to use the system of central government finance of local government as an instrument for imposing expenditure restraint. This policy also meant that 'much of the new legislation (under Thatcher/Major) affecting local government was more directive in nature. Extensive

it: The Perplexity of Multi-Levelled Governance in a Disunited Kingdom, in *Istituzioni del Federalismo*, 3, 2021, 742.

²⁷ R. RAWLINGS, *Inter-governmental relations in the United Kingdom*, in *House of Lords*, Select Committee on the Constitution, 11th Report of Session 2014-15, HL Paper 146.

²⁸ P. LEYLAND, *The Constitution of the United Kingdom*, 4th edn, Oxford, Hart Publishing, 2021, 234.

²⁹ *A New Britain: Renewing our Democracy and Rebuilding our Economy* (Commission on the UK's Future, Labour, 2022), Chaired by former PM Gordon Brown and hereafter referred to as the Brown Report, 119, 120.

powers were vested in ministers and officials to oversee the conduct of local government so that precise duties have been imposed on local authorities to undertake particular tasks'.³⁰ After it was elected in 1997, Labour kept in place the restraints on local government and on local government spending.

Fast forward to the present, and we find a recent report (2022) dealing with the current state of the governance of England by the *Public Administration and Constitutional Affairs Select Committee* sounding the same warnings with a particular emphasis on the lack of budgetary autonomy: «It is clear from our evidence that the current funding structures for local government and combined authorities reflects the instinct in Whitehall to maintain control of the levers of power and the purse strings». ³¹ In Part II it will be pointed out that by way of contrast the Barnett formula in setting the financial parameters for UK devolution and executive federalism in Germany systemically provide a relatively high degree of autonomy in the domain of territorial governance (see discussion in Part II below).

Part I: Devolution for England: the current policy

This phase of local government reform for England was first announced in 2014 with the intention of launching the Manchester Combined Authority. The initiative was pioneered by an unlikely combination of a Conservative Chancellor of the Exchequer of the then coalition government and mainly Labour Party politicians and elected councillors, and it was referred to as the 'Northern Powerhouse'. The aim was to provide a boost to economic growth outside London starting with Greater Manchester. More recently, it has been repackaged as 'English Devolution' and it has blossomed into a more general regional economic policy associated with 'Levelling Up'.³² In the localities where it applies, it establishes an additional layer of governance sandwiched between central government

³⁰ M. LOUGHLIN, *Legality and Locality: The Role of Law in Central-Local Government Relations*, Oxford, Oxford University Press, 1996, 7, 390.

³¹ 'Governing England' *House of Commons Public Administration and Constitutional Affairs Committee* (CPACAC) Third Report of Session 2022-23, 31 October 2022, HC 463, 42.

³² 'Levelling Up the United Kingdom' 2 February 2022, CP 604, (White paper).

and local government. In their most complete form ‘devolution deals’ have resulted in a Mayoral Combined Authority (MCA). These authorities have characteristics partly shared with the devolved nations and with London. The MCA operates at an intermediate level between central and local government for the entire city region headed by a directly elected mayor. This model comprises a separately elected regional Mayor (MCA) working in tandem with neighbouring local authorities represented by a selection of councillors.³³ However, London uniquely has a directly elected Mayor who is answerable to a separately elected Greater London Assembly.³⁴ In common with the Mayor of Greater London the elected city region mayors are paid an annual salary.³⁵

The intensity of any devolution deal depends on the stage reached in the negotiations with central government. There are three stages reflecting the extent to which powers and functions are devolved. At Level One, in its most limited guise, the devolution framework consists only of informal joint working between authorities. Level Two is where there is a single institution without an elected mayor. For the third level there is a single institution with a directly elected mayor but only Level Three deals gives potential access to a wider range of powers, such as consolidated transport budget, key route network roads, brownfield funding and access to an investment fund.³⁶

The identification of the powers that need to be devolved as part of such deals is based on arriving at a consensus among the elected councils and the separately elected regional Mayor on policies, and then following a protracted and bureaucratised approval procedure. There has been a relatively narrow range of competences that might form part of a deal.

³³ City regions include: Greater Manchester, Liverpool City Region, West Midlands, Tees Valley, Cambridgeshire, West of England (2017), Sheffield City Region (2018), North of Tyne (2019), West Yorkshire (2021).

³⁴ See Greater London Authority Act 1999; P. LEYLAND, *The Constitution of the United Kingdom: A Contextual Analysis*, 4th edn, Oxford, Hart Publishing, 2021, 258ff. (Local government in London is also provided by elected inner and outer London borough councils with a different set of functions).

³⁵ For example, Greater Manchester £110,000, Liverpool £80,000, West Yorkshire £105,000, West Midlands £79,000.

³⁶ M. SANDFORD, *Devolution to local government in England*, House of Commons Library, Research Briefing 07029, 16 January 2022, 11.

These include responsibility for the harmonisation and coordination of transport policy across the region; a role encouraging local investment priorities and the introduction of skills strategies.³⁷ The level of budgeting is not only much less than the funding available to the devolved bodies in Scotland, Wales and NI but there is very limited budgetary autonomy and the main policy areas, reflecting the degree of policy centralisation at Whitehall, are narrowly defined.³⁸

To what extent is such an approach based on reaching individual deals capable of delivering a comprehensive form of decentralisation? In common with previous local government reform going back to the nineteenth century the general principle for the introduction of elected mayors of city/regions and combined authorities has been recognised legally under the Cities and Local Government Devolution Act 2016 (CLGDA). But unlike many previous statutes the legislation itself does not establish the framework of governance for each city/region as was the case for the Metropolitan Counties introduced at this level for the major English conurbations in the 1970's.³⁹ Rather, the Secretary of State⁴⁰ (with the support of officials in Whitehall) is granted powers to negotiate these devolution deals.⁴¹ The CLGDA grants the minister wide powers to not only introduce mayors (for city regions) and combined authorities⁴², but also to determine the competences and funding.⁴³ By way of contrast, the

³⁷ A. PAUN, D. HENDERSON, P. HOURSTON, *The art of the devolution deal: How England's counties and cities can make a success of devolution*, in *Institute for Government*, July 2023, 13.

³⁸ J. NEWMAN, M. KENNY, *Devolving English Government*, in *Institute for Government*, April 2023, 24ff.

³⁹ See Local Government Act 1972, Schedule 1.

⁴⁰ Secretary of State for Levelling Up, Housing and Communities. This is the Cabinet minister with responsibility for local government.

⁴¹ Under the CLGDA the Secretary of State is empowered to issue an order to provide for there to be a mayor. See s.107A.

⁴² *Ibidem*, Section 4 & 6 (refers to functions), Section 5 (refers to finance).

⁴³ The Levelling Up and Regeneration bill before Parliament 2022-23, unopposed by the opposition Labour Party, would amend existing legislation to allow the creation of Combined County Authorities (chapter 1) and support the establishment of combined authorities and the conferral of powers relating to them (chapter 2).

legislation proposed by Labour will, if enacted, allow localities to request new powers and benefit from special local legislation to affect delivery.⁴⁴

'Good deals', 'Bad deals' and 'No deals'?

These English devolution deals have the virtue of reshaping the relationship between public players at local government level in a number of prime English regions, mainly in the North and in the Midlands. Some of the achievements of these authorities are briefly listed to illustrate this trend: Greater Manchester was able to set the trend with its history of stakeholder cooperation.⁴⁵ The West Midlands (WM) has redesigned its skills system to tackle levels of qualifications of the workforce. Bus services in the Liverpool City Region have been brought under public control to encourage the introduction a system of integrated and stable transport.⁴⁶ The sum of £500 million attracted by the Sheffield city region demonstrates the potential for attracting private investment. The scope of the devolution deals in some cases is set to increase: in Greater Manchester more collaboration between the MCA and local NHS trusts offers the prospect of the rectification of health inequality issues. The West Midlands deeper devolution deal reached in March 2023 is intended to allow greater control over local spending with a government commitment to £1.5 billion in funding as part of a fiscal devolution package while a regeneration package of up to £160 million will grant local control over transport, regeneration, skills and culture. In this instance the widening of powers is linked to improved oversight, requiring the Mayor of WM to face quarterly panels of MPs.⁴⁷

⁴⁴ See the Brown Report (*supra* n. 28), 95ff. This new form of legislation promoted by local authorities is not the same as having locally elected bodies with law making powers and it is far from clear how this new type of legislation might be enacted but the recognition of the need for such powers is nevertheless significant.

⁴⁵ 'Progress on devolution in England' Fourth Report of Session 2021-22, *House of Commons, Housing, Communities and Local Government Select Committee*, 1 October 2021, HC 36, 11.

⁴⁶ A. PAUN, D. HENDERSON, P. HOURSTON, *The art of the devolution deal: How England's counties and cities can make a success of devolution*, in *Institute for Government*, 2023, 6.

⁴⁷ See West Midlands Combined Authority: "Trailblazer" deeper devolution deal, *Department of Levelling Up, Housing and Communities*, March 2023.

The ‘English Devolution’ initiative has, however, been recognised as having profound shortcomings.⁴⁸ The most fundamental criticism is that there has been an absence of any overall coherence from the standpoint of constitutional design in creating anything approximating to devolution covering the whole of England. This applies to the legislation and its application. It has been observed that the entire initiative is ad hoc, piecemeal and only covers less than half of the population (less than 41%). The House of Lords Constitution Committee observes that: ‘The beginning of English devolution ... resulted in huge complexities and inequalities in the various powers of different places.’⁴⁹

These devolution deals can be reached, in principle, for any ‘Functional Economic Areas’ of at least 500,000 citizens, but a key contrasting factor to Scottish, Welsh and Northern Irish devolution is the difficulty in obtaining an agreement on boundaries.⁵⁰ A central question that arises where there is no obvious regional history and tradition is how to arrive at a suitable alignment between geographical boundaries and administrative units needed to work at a functional level to form the basis of any new governance arrangements. The language adopted in the Levelling Up (LU) White Paper identifies the objective of creating new business clusters, focused around universities and research institutions in priority sectors of digital and tech, life sciences, advanced manufacturing, green creative industries.⁵¹ As part of these ‘deals’ the outcome depends on competing for funding, but the fact is that some areas, often the more rural and sparsely populated localities, may be in desperate need of financial support, but badly placed to attract funding from government schemes and investment from private industry. At the same time, there has been little or no allowance for the impact of the devolution deals arrived at on areas neighbouring localities without deals. To take one

⁴⁸ See ‘Governing England’ *House of Commons Public Administration and Constitutional Affairs Committee* (CPACAC) Third Report of Session 2022-23, 31 October 2022, HC 463.

⁴⁹ ‘Respect and Co-operation: Building a Stronger Union for the 21st Century’, *House of Lords Select Committee on the Constitution*, 10th Report of Session 2021-22, January 2022, HL Paper, 73.

⁵⁰ A. PAUN, D. HENDERSON, P. HOURSTON, *The art of the devolution deal: How England’s counties and cities can make a success of devolution*, in *Institute for Government*, 2023, 14-16.

⁵¹ ‘Levelling Up the United Kingdom’, 2 February 2022, CP 604 (White Paper), 39.

example, the impact on Sunderland attracted this criticism from the departmental select committee.⁵² The LU white paper attempts to argue that wholesale institutional reform for England would have distracted from the implementation of improved local government services and outcomes and delay the agreement and application of devolution deals.⁵³ But the procedure for reaching individual deals is already highly bureaucratic and hugely time consuming for local government officers and civil servants. Once again, the white paper envisages an on-going process and commits only to a devolution deal for every region that wants one. Overall, as the Public Administration Constitutional Reform Select Committee observed, these governance arrangements ‘lack a clear framework and direction of travel’.⁵⁴

In practice, we discover that each deal is a reactive process dependent on relatively open ended negotiations with the Secretary of State and officials working under the limits set by the Act. This policy has been developed in isolation from the wider consequences related to devolution in Scotland, Wales and NI and the ongoing impact of Brexit. Moreover, as will be apparent in the second part II of this article, the empowerment of regional governance has implications related to the reform of Parliament in order to provide regional representation on a national basis. Each English devolution deal is unique and there has been a conspicuous absence of any rationalisation of sub-national governance to deal with asymmetry and incoherence of the current format. As a result, the English devolution deals reached to date simply add to the bewildering complexity of sub-national governance in the UK. Quite apart from the devolved systems in Scotland, Wales and NI this includes many types of local authorities,⁵⁵ local enterprise partnerships, police and crime commissioners, NHS clinical commissioning groups, ten combined authorities

⁵² ‘Progress on devolution in England’ Fourth Report of Session 2021-22, *House of Commons, Housing, Communities and Local Government Committee*, 1 October 2021, HC 36, 11.

⁵³ ‘Levelling Up the United Kingdom’ 2 February 2022, CP 604, (White paper), 143.

⁵⁴ ‘Governing England’ *House of Commons Public Administration and Constitutional Affairs Committee (CPACAC)* Third Report of Session 2022-23, 31 October 2022, HC 463, 31.

⁵⁵ A total of 333 local authorities, including county councils, district councils, unitary authorities, Inner and Outer London boroughs.

covering metropolitan areas, ten elected metro mayor, seven pan-regional transport bodies. In fact, there is an inevitable trend towards asymmetry between regions caused by an approach dependent on individual devolution deals. The range of functions under these devolution deals vary with each MCA, but, as already indicated, the functions granted are limited compared to the type of devolution in Scotland, Wales and NI. The upshot is that this amounts to an incoherent system for policy delivery. In England Whitehall retains control in many key policy areas while some territorial governance is delivered by a plethora of diverse bodies operating at different levels each with limited autonomy.⁵⁶ The hit or miss aspect of the process (of reaching deals) is evidenced by the uncertain outcomes in negotiations. By January 2023 devolution deals had been agreed for fourteen areas of England. In some areas talks did not proceed beyond the exploratory stages while, in others, the devolution negotiations failed to reach a successful conclusion. (Cornwall rejected a Mayor and intends to obtain additional powers without changing the governance structure).⁵⁷ It has been reported that: 'Disputes among local leaders and governance weaknesses have undermined the effectiveness of combined authorities in Cambridgeshire and Peterborough and West of England. An independent review has been established following allegations of mismanagement and weak scrutiny in Tees Valley. Devolution to both South and West Yorkshire was delayed for several years by disagreement over the appropriate geography for the proposed deals.'⁵⁸

A Top Down Approach: Where is Public Participation?

Over many years there has been a perception among voters that local as opposed to national politics is of much less relevance to their everyday experience.⁵⁹ This perception has been reflected in the low turnout at

⁵⁶ J. NEWMAN, M. KENNY, *Devolving English government*, in Bennett Institute for Public Policy, Cambridge, Institute for Government, April 2023, 36ff. This report develops a critique around how England is governed centrally from Whitehall.

⁵⁷ A. PAUN, D. HENDERSON, P. HOURSTON, *The art of the devolution deal: How England's counties and cities can make a success of devolution*, in *Institute for Government*, 2023, 11.

⁵⁸ *Ibidem*, 6.

⁵⁹ See J. STANTON, *Law, Localism, and the Constitution*, London, Routledge, 2023, 162ff.

local elections.⁶⁰ Local government and mayoral elections have consistently attracted the support of only around a third of those registered to vote.⁶¹ The chronically low turnout for local government elections nationally has reflected limited popular public engagement with local government.⁶² Instead of tackling this issue at the ‘grassroots’ by building upon the concept of the ‘Big Society’ and the recognition of ‘community rights’ discernible in the Localism Act 2011,⁶³ we have observed from the outset that ‘devolution deals’ in England have been reached as part of a centralised procedure, dominated by the Westminster government, with the implementation of deals achieved through powers available under the Cities and Local Government Devolution Act 2016.⁶⁴ Under this statutory framework the Secretary of State occupies a pivotal role in his or her capacity to both initiate and/or approve deals. The Housing Communities and Local Government Select Committee stresses the importance of the involvement of the people in the area where the devolution takes place and that financial devolution is necessary on a block grant basis to ensure the success of devolution.⁶⁵ The deals themselves are forged between existing local political leaders and local stakeholders.⁶⁶ The franchising procedure might have included wider local consultation involving individuals and organisations from the outset, and followed up

⁶⁰ Local turnout figures for 2021 in city region elections ranged between 29.5% Liverpool to 36.4% Cambridge and Peterborough. See E. UBEROI, *Combined authority mayoral elections in May 2021*, in *House of Commons Library Briefing Paper*, 9237, 25 May 2021, 15.

⁶¹ A. PAUN, D. HENDERSON, P. HOURSTON, *The art of the devolution deal: How England’s counties and cities can make a success of devolution*, in *Institute for Government*, 2023, 51.

⁶² See I. LEIGH, *The Changing Nature of the Local State*, in J. JOWELL, D. OLIVER, C. O’CINNEIDE (eds) *The Changing Constitution*, 8th edn, Oxford, Oxford University Press, 295. See also the Localism Act 2011.

⁶³ See P. LEYLAND, *The Localism Act 2011: Local Government Encounters the “Big Society”*, in *Istituzioni del Federalismo*, 4, 2012, 767-789.

⁶⁴ See e.g. Cities and Local Government Devolution Act 2016, section 2.

⁶⁵ ‘Progress on devolution in England’ Fourth Report of Session 2021-22, House of Commons, *Housing, Communities and Local Government Committee*, 1 October 2021, HC 36, 3.

⁶⁶ Stakeholders include organisations and businesses often with existing contractual ties to local authorities.

by confirmation through a local referendum.⁶⁷ English devolution has been a top down exercise with the negotiations placed in the hands of existing political operators.⁶⁸ A related concern about the procedure has been the absence of transparency, as the deals have been negotiated in private between the government and local authority leaders.

Moreover, it appears that the task of gaining broad electoral support for the MCAs may have been further undermined by the government's controversial decision to change the electoral system for mayoral elections.⁶⁹ The adoption of first-past-the-post favours the major parties and raises the prospect of mayors coming into office with the support of less than half of voters.⁷⁰ Under the previous supplementary vote system, voters were able to select first and second preference candidates. The second preference votes of unsuccessful candidates were reallocated to the top two. In consequence, candidates were encouraged to appeal to opposition voters for second preferences and therefore to build a wider coalition of support from across the region.⁷¹

Accountability and Oversight

Once the Mayor and Combined Authority (MCA) is established democratic accountability is provided indirectly. This is because the Combined Authority is formed from an elected mayor for the region and nominated councillors of the cities and towns comprising the region (not directly elected councillors as for London). Critics maintain there has been a failure to fully integrate good governance practices to provide oversight

⁶⁷ In 2013 referendums were held in 12 of England's biggest cities (as opposed to city regions MCAs) to decide whether to change from Local Councils to an executive Mayor with only 3 voting in favour.

⁶⁸ 'Governing England' *House of Commons Public Administration and Constitutional Affairs Committee (CPACAC) Third Report of Session 2022-23*, 31 October 2022, HC 463.

⁶⁹ Elections Act 2022, section 13.

⁷⁰ <https://www.electoral-reform.org.uk/new-rules-see-mayors-elected-without-majority-support/>

⁷¹ A. PAUN, D. HENDERSON, P. HOURSTON, *The art of the devolution deal: How England's counties and cities can make a success of devolution*, in *Institute for Government*, 2023, 51.

commensurate with the initiative.⁷² The legislation requires the establishment of an Overview and Scrutiny Committee comprised of councillors from cities and towns⁷³ but the status and effectiveness (poor attendance record of local councillors) of such committees has been identified as a recurring problem.⁷⁴ Another important element might have been the incorporation of routine consultation and wider community involvement, but the goal behind Levelling Up (LU) is identified as empowering local leaders with the resources needed while supporting private sector partnerships. The follow up LU white paper does not refer to the establishment of democratic processes that are directly accountable to the electorate. It views accountability in general terms of having local leaders and institutions that are transparent and accountable and who work closely with local businesses seeking the best value for taxpayer's money.⁷⁵ Despite multiple references to internal accountability as part of the framework 'Accountability and scrutiny functions are too often under-resourced and side-lined'.⁷⁶

'English Devolution' – a misnomer?

From a constitutional standpoint it is questioned whether the term *devolution* ought to be used in any meaningful sense to describe the English Devolution policy adopted by the current Conservative government. Indeed, the government elected in 2019 appeared to downgrade its own commitment to what it has termed 'English devolution' with the cancellation of its promised devolution white paper. In May 2021 it announced that this white paper would be abandoned in favour of the Levelling Up white paper.⁷⁷ Nevertheless, the rhetoric of 'Levelling Up' (LU) and

⁷² 'Governing England' *House of Commons Public Administration and Constitutional Affairs Committee* (CPACAC) Third Report of Session 2022-23, 31 October 2022, HC 463, 16.

⁷³ 2016 Act, Schedule 3

⁷⁴ A. PAUN, D. HENDERSON, P. HOURSTON, *The art of the devolution deal: How England's counties and cities can make a success of devolution*, Institute for Government, 2023, 49.

⁷⁵ 'Levelling Up the United Kingdom' 2 February 2022, CP 604 (White Paper), 138.

⁷⁶ A. PAUN, D. HENDERSON, P. HOURSTON, *The art of the devolution deal: How England's counties and cities can make a success of devolution*, Institute for Government, 2023, 49.

⁷⁷ 'Levelling Up the United Kingdom' 2 February 2022, CP 604 (White Paper).

‘English Devolution’ remains a key part of the Conservative government’s political mantra. The Public Administration and Constitutional Affairs Select Committee draws attention to this very point: ‘... while we remain open to the possibility that combined authorities could develop into a tier of devolved government, in their current form they are not able to carry out the functions or have the characteristics of devolved institutions in other parts of the UK.’⁷⁸ The LU white paper employs a trendy ‘sound bite’ vocabulary to describe the thrust of the policy but from a constitutional standpoint, as already noted, the range of powers available under the legislation and the financial commitment to support it is limited.⁷⁹ The critique by the Select Committee goes even further by identifying what is viewed as a misleading description:

‘While we accept that the plain use of the word devolution can be used somewhat interchangeably with decentralisation, in the context of UK political and constitutional arrangements we suggest that the government would be better off retaining the term ‘devolution’ for the kind of transfer of powers that has been given to the devolved nations’ institutions, and using the language of decentralisation for rebalancing of powers between central and local government.’⁸⁰

The extent of the commitment from the government in terms of not only constitutional change but also economic resources allocated to deliver English Devolution as part of LU has been relatively inconsequential. For example, in the 2023 spring budget statement the Chancellor of the Exchequer repeated the aim of giving ‘More control for local communities over their economic destiny’ but the additional amounts allocated in tax incentives and investment grants was marginal and mainly targeted at Greater Manchester and West Midlands as authorities with multi-year single settlements.⁸¹ The figure set was a modest £80 million in flexible

⁷⁸ ‘Governing England’ *House of Commons Public Administration and Constitutional Affairs Committee* (CPACAC) Third Report of Session 2022-23, 31 October 2022, HC 463, 8.

⁷⁹ For example, the Levelling Up white papers’ vibrant language envisages ‘clusters’, ‘innovation accelerators’, ‘Fourth industrial revolution foundries’, ‘local enterprise partnership’ etc. See further ‘Levelling Up the United Kingdom’ 2 February 2022, CP 604.

⁸⁰ ‘Governing England’ *House of Commons Public Administration and Constitutional Affairs Committee* (CPACAC) Third Report of Session 2022-23, 31 October 2022, HC 463 40.

⁸¹ <https://www.gov.uk/government/speeches/spring-budget-2023-speech>.

support over 5 years split between tax incentives and investment grants. The policy involved identifying low tax investment zones across the UK. Eight places outside SE earmarked as new areas (Liverpool, Greater Manchester, South Yorkshire, West Yorkshire, Tees Valley, West Midlands) with specific tax and regulatory rules to drive growth with a further four in Scotland, Wales, NI. In comparison to devolution in Scotland, Wales and NI and the London Mayor and Assembly the pots of money made available have been limited. In the field of bus franchising the City Region Sustainable Transport Settlement invites authorities to bid for a fund of £4-6 billion. The purpose is to promote cycling, walking and the use of buses.⁸²

At the same time, the much heralded transformation of national infrastructure to assist in the delivery of Levelling Up has failed to materialise. The prohibitively expensive HS2 project was conceived to provide ultra modern high speed rail links between London and the North of England. Indeed, the politicians who promoted this flagship initiative argued their intention was to 'bring Britain closer together' by creating a more balanced economy while strengthening the north. The cancellation of the second phase of HS2 in 2023 abandons this objective entirely before the first phase is complete. In consequence, the line will only extend to Birmingham and may not be connected to Euston Station in central London.⁸³ In addition, the West to East trans-pennine rail link upgrade across the North of England has been repeatedly delayed and been given a completion date of 2032.⁸⁴

The critical discussion of the substance of the (English) devolution deals negotiated to date that has been presented here vividly draws out this substantive distinction with devolution to the nations. By way of contrast, it is worth noting that in providing an authoritative discussion of

⁸² <https://www.gov.uk/government/publications/city-region-sustainable-transport-settlements-confirmed-delivery-plans-and-funding-allocations>. Published 29 July 2022.

⁸³ 'The Guardian View on 'HS2 cancellation: mind the north-south gap' *The Guardian* 5 October 2023. <https://www.hansardsociety.org.uk/blog/hs2-fiasco-what-does-it-mean-for-parliament>. See also 'Why Britain's government would be wrong to cut HS2' *The Economist*, Sep 23 2023.

⁸⁴ See 'The Transpennine Route Upgrade Programme' *National Audit Office*, Session 2022-23, 20 July 2022, HC 572; R. PRESTON, *Transpennine upgrade still at risk of delay and cost increases*, in *International Railway Journal*, July 20, 2022.

the schemes of devolution for Scotland, Wales and NI introduced under the Labour government in 1999 Professor Vernon Bogdanor regarded the initiative as ‘the most radical constitutional change [the] country had seen since the Great Reform Act of 1832’.⁸⁵ In the absence of a codified constitution requiring amendment, it was introduced by flagship legislation that provides the template for each form of devolved governance, which meant that each bill was considered by a committee of the whole house and each statute required approval by a popular referendum.⁸⁶ According to the study of Professor Noreen Burrows who considers the initiative from the standpoint of constitutional law: ‘Devolution essentially means the transfer and subsequent sharing of powers between institutions of government within a framework set out in legislation’.⁸⁷ This has meant that in Scotland, Wales and Northern Ireland not only has political authority been granted to elected bodies, but that there has been to varying degrees the decentralisation of legislative and fiscal authority. This has been achieved by assigning constitutionally a list of enumerated powers to one level and providing the other level with residual powers.⁸⁸ Professor Robert Schütze emphasises that since devolution three of the four nations within the UK are governed by two parliaments (and in the case of NI an assembly).⁸⁹ While not underestimating the significance of devolution as constitutional innovation Professor Robert Hazell recognised from the outset that Labour’s devolution project had triggered a process inviting follow up rather than merely being an event, and he predicted correctly that devolution would still be unfolding ten years or more following its introduction.⁹⁰ For example, it was anticipated that the English regions would need to catch up to emulate Scotland, Wales

⁸⁵ V. BOGDANOR, *Devolution in the United Kingdom*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 1.

⁸⁶ The Scotland Act 1998, Government of Wales Act 1998 and Northern Ireland Act 1998.

⁸⁷ N. BURROWS, *Devolution*, London, Sweet & Maxwell, 2000, 1.

⁸⁸ M. GUDERJAN, *Intergovernmental Relations in the UK: Cooperation and Conflict in a Devolved Unitary State*, London, Routledge 2023, 55.

⁸⁹ R. SCHÜTZE, S. TIERNEY (eds), *The United Kingdom and the Federal Idea*, Oxford Hart Publishing, 2018, 8.

⁹⁰ R. HAZELL, *The New Constitutional Settlement*, in R. HAZELL (ed), *Constitutional Futures: A History of the Next Ten Years*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 8-9.

and NI⁹¹ while, at the same time, more radical nationalist aspirations for greater autonomy would not be satisfied by it.⁹²

To put this argument slightly differently in summary, the main thread of the critique of the English Devolution policy might be reduced to identifying a conflation of two concepts seeking quite different outcomes. On the one hand, there is 'Levelling Up', which is a policy directed at tackling the geographical disparities of wealth in England and the UK⁹³ and, on the other, a policy of what the Government (2019-2023) have termed 'English Devolution'. In some parts of England the Levelling Up packages have given rise to a series of English devolution deals granting a tailored set of modest functions to a Mayor and Combined Authority (MCA) in order to co-ordinate a regional approach to transport, investment and supporting private sector partnerships. While the delivery of LU might benefit from such a modified framework of governance in these specific areas, the changes have been introduced in a sporadic incomplete fashion, with an apparent disregard for the overall constitutional consequences across England.

Part II: Parliamentary and Regional Government Constitutional Reform under Labour

The second part of this article contrasts Labour's plans in light of the critique of the current Levelling Up and English Devolution programmes pursued under recent Conservative governments. The indications are that (if elected) Labour will be more committed to develop policies with a regional focus and with a concern also to re-invigorate the devolution arrangements in Scotland, Wales and NI.⁹⁴ With an election on the horizon (in 2024) the Labour Party released a widely publicised report: 'A New Britain: Renewing our Democracy and Rebuilding our Economy'

⁹¹ See A. TRENCH, *Scotland and Wales: The Evolution of Devolution*, in R. HAZELL (ed), *Constitutional Futures Revisited: Britain's Constitution to 2020*, Palgrave, Macmillan, 2008.

⁹² The referendum for Scottish independence was held in October 2014.

⁹³ 'Leveling Up the United Kingdom' CP 606, 2 February 2022 (White Paper). The stated objective is to ensure that by 2030 the pay, employment and productivity will have risen in every area of the UK while closing the gap between top performing and other areas.

⁹⁴ 'Governing England' *House of Commons Public Administration and Constitutional Affairs Committee (CPACAC)* Third Report of Session 2022-23, 31 October 2022, HC 463, 31.

aka The Brown Report which was published in December 2022. The declared intention is to make a ‘fresh start’ in order to address the scourge of regional inequalities.⁹⁵ Of course, the Labour Party programme would inevitably overlap to some extent with aspects of the ‘English Devolution’ and ‘Levelling Up’ initiatives already launched under the Conservatives (as discussed earlier). In comparison, the stated aim of Labour’s draft policy is to introduce root and branch reform at the centre of government while at the same time including a commitment to ‘treat all parts of the UK fairly, to guarantee rights and ensure a minimum level of living standards, while ‘respecting the decisions made by local and devolved authorities’.⁹⁶ In addition, the objective is to entrench the constitutional status of self-government across the nations of the UK. Much of this document develops a detailed critique of the deleterious effects of over centralisation on the nation’s overall economic performance. The areas listed which need to be covered by the policies adopted include: powers over skills and further education to address the skills trap; powers to deliver full employment based on a local approach; powers over transport and infrastructure; powers over energy and the environment. The document sets out the need to deliver greater economic equality by rebalancing the economy by giving ‘the right powers to the right places’. Key areas are identified for devolving powers to local authorities but apart from A Senate for the Regions, there is a reluctance to recommend detailed prescriptive reforms of the system as a whole.⁹⁷

Senate of the Regions

Crucially, the Brown Report is more ambitious in seeking solutions as it attempts to address fundamental governance issues in order to rebalance the constitution. The document stresses the importance of representative democratic institutions at every level, starting with Parliament itself. Rather than considering any type of English Parliament the unelected

⁹⁵ In part 1 The Brown Report charts in detail the poor economic performance of the English regions.

⁹⁶ ‘The Brown Report’, 11.

⁹⁷ ‘The Brown Report’, 75.

House of Lords is targeted for abolition.⁹⁸ The intention is to replace this unrepresentative body⁹⁹ with a new fully elected second chamber which is conceived as an Assembly for the Nations and the Regions. The reformed second chamber would be geographically representative, but as discussed below, there is little indication on how such a radical transformation of the House of Lords might be achieved without profoundly impacting on the House of Commons. Abolition or radical reform of the House of Lords would raise a series of related questions of great sensitivity which would need to be addressed at the same time in regard to the powers and procedures of the House of Commons and the way the Commons is elected. The Brown report itself alerts us broadly to a pivotal issue: ‘... one of the blockages to Lords reform is a fear that an elected second chamber, more legitimate than the present Lords, would challenge the authority of the House of Commons and carry the risk of “gridlock”, and of making the government of the country impossible.’¹⁰⁰ However, a fundamental reason for having a second chamber is to contest the decisions of the first chamber acting at times as a restraint on unbridled democracy.¹⁰¹ The resolution of this problem lies (according to the report) in resetting the functions and powers of the new body.¹⁰² It seems that the avoidance of direct gridlock over the routine passage of legislation would be achieved by emasculating the replacement body in its law making capacity, in particular, by depriving it of the one year delaying power over ordinary legislation, and perhaps thereby undermining a pivotal function in providing the effective scrutiny of ordinary

⁹⁸ For a summary of recent reform proposals see R. KELLY, ‘House of Lords Reform in the 2019 Parliament’ Research Briefing, CBP 9700, 6 January 2023.

⁹⁹ The House of Lords comprising approximately 800 members is currently composed of life peers, hereditary peers, archbishops and bishops but no single political party has an overall majority in the Lords.

¹⁰⁰ ‘The Brown Report’, 138.

¹⁰¹ M. RUSSELL, *Rethinking Bicameral Strength: A Three Dimensional Approach*, in *The Journal of Legislative Studies*, 2013, Vol. 19, No. 3, 370-391, at 374.

¹⁰² R. GREALLY, *The Brown Report: Political Legitimacy and the Power of Assembly*, UK Const L Blog, 26 January 2023.

bills.¹⁰³ Further, the Senate of the Regions would not have any role in the formation of the government, nor would the proposed body have any capacity to deal with national economic policy but members of the elected Senate would be eligible to serve as ministers.¹⁰⁴

On the other hand, the Senate would have new responsibilities, one such would be to protect the constitution by having an absolute veto allowing it to reject a narrow list of constitutional statutes.¹⁰⁵ Whether or not this new power could be exercised effectively by a New Senate¹⁰⁶ as envisaged, there is a repeated concern to protect the erosion of fundamental constitutional values. The concern is undoubtedly justified given the high degree of political instability and the scant regard for established constitutional conventions under the Johnson government (2019-2022).¹⁰⁷

Parliamentary Reform: Comparative Perspectives

The Brown report states that the elected Senate would have a greatly reduced membership of around 200 members, but how would the trimmed down membership match up with the image of a regional Senate designed to address the democratic deficit identified in the earlier parts of the published document? As we noted in the first part of this article, these issues were only sporadically and inadequately addressed by English devolution and Levelling Up. Moreover, these questions are left mainly unanswered from a constitutional standpoint. For example, this includes the vexed and complex issues: of the type of electoral system to be adopted, the frequency of elections and whether the respective elections for each house should be scheduled asynchronously, the

¹⁰³ Parliament Acts 1911 and 1949 left the House of Lords with the residual power to delay legislation for one year. A power which is rarely exercised but the threat of doing so is often sufficient to extract concessions from the government.

¹⁰⁴ 'The Brown Report', 143.

¹⁰⁵ 'The Brown Report' 140. See also M. GORDON, *A New Britain, A New Constitution? Labour's Proposal for Constitutional Entrenchment*, *UK Const L Blog* (16 December 2022). Under the Parliament Act 1911 the House of Lords retains an absolute veto over any legislation which would extend the life of a Parliament without election beyond 5 years.

¹⁰⁶ A. MCHARG, *The Future of the Territorial Constitution under Labour?*, in *The Report of the Commission on the UK's Future*, *UK Const L Blog*, 8 Dec 2022.

¹⁰⁷ See T. KHAITAN, *A Fourth Branch of the State? On Constitutional Guarantors in the UK*, *UK Const L Blog* 30 March 2023.

respective distribution of electoral boundaries for each house, and the precise number of members for the new Senate.¹⁰⁸

The UK is famous for not having a formal codified constitution,¹⁰⁹ nonetheless in the last 30 years, there has been radical constitutional change in many different areas for example, devolution, human rights protection, the introduction of a UK Supreme Court and the regulation of freedom of information/data protection (to name but a few of these). In consequence, there has been a clear path towards codification in these fields as Parliament has enacted dedicated legislation setting out the outline, and sometimes the details, of the constitutional changes. It is important to observe that rather than having a general objective or conforming to any particular constitutional model, the changes have been in response to particular demands and the changes have been introduced on an incremental basis.¹¹⁰ As a result, the outcome may have been inadequately conceived or ill-coordinated, requiring a follow up dose of legislation, reflecting this evolutionary make do and mend style.¹¹¹ However, in light of this relatively cautious approach the outright abolition of the House of Lords and its replacement with a 100% elected Senate has already attracted vigorous criticism from eminent parliamentarians.¹¹² Although its current membership is much too large and the majority of peers are from London and the South East of England, the House of Lords if abolished outright could threaten constitutional stability. This is not to defend the indefensible, namely, its present composition and size, but because in the sense explained by Walter Bagehot in the mid nineteenth century the upper house still is for all its faults a ‘dignified’ part of the traditional

¹⁰⁸ See T. KHAITAN, *An Elected Second Chamber? Some thoughts on the Brown Report*, *UK Const L Blog*, 25 January 2023.

¹⁰⁹ See e.g. V. BOGDANOR, *Beyond Brexit: Towards a British Constitution*, IB Tauris, 2019.

¹¹⁰ P. LEYLAND *The Constitution of the United Kingdom: A Contextual Analysis*, 4th edn, Oxford, Hart Publishing, see e.g. chapter 10 ‘The Way Ahead’.

¹¹¹ See e.g. Government of Wales Act 2006 (this introduced law making powers for Wales), Scotland Act 2016 (Devolution max for Scotland was introduced following 2014 referendum, the Smith Commission recommendations and increased tax raising powers).

¹¹² For example, David Blunkett former Home Secretary and Lindsay Hoyle, *Commons speaker disagrees with Labour plan to replace Lords*, in *The Guardian*, 20 December 2022.

constitution which works as a respected institution.¹¹³ The Lords has a unique blend of experience and expertise which is applied to the task of revising legislation, calling the executive to account and acting as a forum for national debate.¹¹⁴ Another of the virtues of the House of Lords in the eyes of many commentators is that it no longer contains a natural majority for any one party,¹¹⁵ and the fact that the party whips do not predominate allows it to provide more reflective judgment when considering legislation and providing executive oversight than the Commons, its elected counterpart. As Professor Brazier persuasively argues: 'the question which should be addressed is not whether the House of Lords is unusual among world legislatures but whether it is an effective and appropriate part of the Parliament of a democratic country in the twenty-first century'.¹¹⁶

For the above reasons, there is a much stronger case for less drastic reform of the House of Lords. It could retain at least some of its current strengths as a revising chamber, while at the same time addressing the urgent need to correct the representational deficit in Parliament for the regions. A transition towards an elected and partly appointed regional Senate might well attract wide support from the largest political parties and therefore such a proposal would be much more likely to succeed. In order to prevent a return to partisanship which might result from having a fully elected Senate a significant appointed element might be retained. The method of appointment would need to change to ensure nominees from the regions. Recent parliamentary reform in Canada serves as a noteworthy example. In respect to its powers over legislation the Canadian Senate duplicates the Canadian House of Commons, but as regards its composition, the Senate in Canada is entirely appointed rather than elected and consists of 105 seats apportioned roughly among four

¹¹³ W. BAGEHOT, *The English Constitution*, London, Fontana, 1968, 121ff.

¹¹⁴ W. JENNINGS, *The British Constitution*, Cambridge University Press, 1966, at 102ff. See also A. HANSON, M. WALLIS, *Governing Britain*, 5th edn, London, Fontana, 1990, 101ff.

¹¹⁵ M. RUSSELL, *The Contemporary House of Lords: Westminster Bicameralism Revisited*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 131ff.

¹¹⁶ R. BRAZIER, *Constitutional Reform: Reshaping the British Political System*, Oxford, Oxford University Press 2007, 66ff.

regions. In order to avoid partisanship there has been experimentation in recent years with an Independent Advisory Board for Senate Appointments resulting in the emergence of non-partisan Senator groups.¹¹⁷ In principle, the House of Lords transitioning towards a Senate of the Regions might introduce a framework present in other codified constitutions designed to establish a balance between various layers of government through regional representation in the national parliament.¹¹⁸ As already pointed out it follows that a reformed second chamber must be fashioned to provide greatly enhanced territorial representation but glancing back to the extreme asymmetry of sub-national government in the UK (discussed above), and England in particular, the question arises whether a Senate of the Regions would be viable in the absence of the creation of a coherent system of regional government covering the United Kingdom as a whole.¹¹⁹ Once again, for the reasons explained in Part I of this discussion the ad hoc approach reliant on individual ‘devolution deals’ for England under the Cities and Local Government (Devolution) Act 2016 fails to provide a blueprint for the delivery of regional government across the whole of England. Unfortunately, the Brown proposals contain no detailed plans to tackle this asymmetry by establishing English sub-national local authorities at regional level in their own right on a nationwide basis with equivalent legislative and executive powers to the devolved systems in Scotland, Wales and NI. Nor do the Labour proposals detail how to incorporate representation and input in the Senate for politicians elected or nominated at the regional and/or devolved level.¹²⁰ The study of codified constitutional systems offers some guidance in the fashioning of a replacement body for the House of Lords. Of course any reference to second chambers with regard to precise composition, pow-

¹¹⁷ J. WEBBER, *The Constitution of Canada: A Contextual Analysis*, 2nd edn, Oxford, Hart Publishing, 2021, 61.

¹¹⁸ For instance, the case for ‘moderated parliamentarism’ which marries institutional design ideas with insights on ‘what makes a party system healthy for democracy’ is assessed by T. KHAITAN, *An Elected Second Chamber? Some thoughts on the Brown Report*, *Const Law Blog*, 25 January 2023.

¹¹⁹ S. TIERNEY, *Drifting Towards Federalism*, in R. SCHÜTZE, S. TIERNEY (eds) *The United Kingdom and the Federal Idea*, Oxford, Hart Publishing, 2018, 116.

¹²⁰ ‘The Brown Report’, chapter 11.

ers and functions has to allow for the fact that individual constitutions were usually drafted to consolidate a particular relationship between the centre and any federal or regional component.¹²¹ In Germany the Länder or States were predominantly pre-existing states granted constitutional autonomy and the constitution, notwithstanding amendment, serves to regulate the balance of powers and functions.¹²² The German Bundesrat (upper house) as the second chamber has a much smaller composition of 69 members than the proposed Senate (200 members) and it is not directly elected, rather, it is comprised of representatives appointed by and subject to recall by the state governments, the number varying between 3 and 6 according to population size (regressive proportionality) and there are strict voting rules determining how the delegates vote (another German characteristic is that each state casts its vote as a single block). To overcome the problem of handing powers back down to the local level Labour proposes to invent a new form of legislation. This is intended to streamline the empowerment of regional/local government and it also brings to mind the involvement of the Länder and the Bundesrat in the law making process. The Bundesrat is explicitly granted powers to legislate and while having a subordinate role in comparison to the Bundestag the Bundesrat (Federal Council) has to approve all legislation affecting policy areas over which the Basic Law grants the Länder concurrent powers. According to Labour the Senate of the regions would have a special role scrutinising this form of local legislation designed to allow local leaders to draw powers from the centre.¹²³ But, there is no attempt to explain what, if any, role the House of Commons would have in respect to the passage of this new type of legislation. The transformation of the House of Lords suddenly or gradually into a senate representative of the regions with special law making powers potentially addresses the representational deficit at the heart of the English

¹²¹ In making a comparison with the UK it is worth reminding ourselves that codified constitutions performs the task of constitutional statutes. The UK devolution statutes in their original and amended versions delineate the powers and functions Scottish and Welsh Parliaments and the NI Assembly.

¹²² W. HEUN, *The Constitution of Germany: A Contextual Analysis*, Oxford Hart Publishing, 2011, 58.

¹²³ 'The Brown Report', 96.

question, but this change would not deliver a decentralised model across England which legally protects the financial and executive autonomy of all the English regions (and the devolved nations).¹²⁴ In comparison, we find that the German Constitution distributes financial and executive functions amongst the levels of government. This means that the federal states are granted a relatively high degree of autonomy. On the one hand, a needs based fiscal constitution is a fundamental pillar of the federal system as: 'The financial means and principle of financial sovereignty belong to the core of the Länder autonomy'.¹²⁵ On the other, in theory as well as in practice, German Executive Federalism places executive as well as legislative powers in the hands of the Länder.¹²⁶ This is evident because the execution of a great deal of federal law is granted to the Länder.¹²⁷ Returning to the UK with its various constitutional layerings, it will be remembered that devolution as established in Scotland, Wales and Northern Ireland in 1999, was achieved by enacting what amount to constitutional statutes, setting up the institutions of devolved governance, but also allowing the apparently permanent transfer of executive functions from the Scottish, Welsh and NI offices at Westminster to the devolved administrations based in Edinburgh, Cardiff and Belfast.¹²⁸ At the outset the Barnett block grant formula, based on spending levels in England, provided secure financial underpinning for financing the executives in Scotland, Wales and NI.¹²⁹ In view of its perceived shortcomings, the demise of the Barnett formula has been frequently predicted. For example, it has been suggested that the equalisation of funding should be achieved

¹²⁴ See A. TOMKINS, *Shared Rule: What the UK Could Learn from Federalism* in R. SCHÜTZE, S. TIERNEY (eds), *The United Kingdom and the Federal Idea*, Oxford, Hart Publishing, 2018.

¹²⁵ W. HEUN, *The Constitution of Germany: A Contextual Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2011, 65.

¹²⁶ *Ibidem*, 62.

¹²⁷ M. NIEDOBITEK, *The German Bundesrat and Executive Federalism*, in *Perspectives on Federalism*, Vol. 10, Issue 2, 198-214, 209/210.

¹²⁸ Scotland Act 1998, section 53. This transfer of executive power is one of the reasons devolution was regarded as quasi-federalism.

¹²⁹ 'The Barnett formula works by allocating to the devolved territories their population share of increases agreed with Whitehall departments on comparable programmes'. See D. BELL, A. CHRISTIE, *Finance: Paying the Piper, Calling the Tune?* in A. TRENCH (ed) *The Dynamics of Devolution: The State of the Nations 2005*, Exeter, Imprint Academic, 2005, 164ff.

by a needs based system rather than a calculation related to population based on equivalent departmental spending levels in England.¹³⁰ Latterly, the Scottish Parliament has received powers to control many aspects of the revenue raising and spending of the Scottish executive and this has resulted in the adjustment of Barnett to allow for this change.¹³¹ However, the Brown Report avoids proposing structural change in the method of financing for territorial governance, but it acknowledges that devolution and local government must involve the conferral of increased fiscal powers and increased control over spending decisions in order to achieve greater certainty in funding allocations.¹³² The comparison with Germany in this section is not included as a model for close replication, but the German Constitutional approach shows the importance of thoroughly integrating the system to include formal mechanisms for law-making, financial allocation, establishing an appropriate degree of executive autonomy and including the provision of accountability and oversight mechanisms.¹³³ In sum, the proposals for a Senate of the Regions contained in Labour's Brown Report fail to establish sufficient constitutional alignment between the reform of elected territorial governance at regional and local level in England, with its proposals to resolve the question of parliamentary representation.

Conclusion

In the first part of this article the deficiencies of the policy of English Devolution/Levelling Up have been approached from the perspective of constitutional design. Currently, so called 'English Devolution' is a highly centralised and an almost random policy extending to less than half of

¹³⁰ See e.g. D. BELL, D. EISER, *The Economic Case for Further Fiscal Decentralisation in Scotland: Theoretical and Empirical Perspectives*, in *National Institute Economic Review*, Vol. 233, Issue 1, 27-36. A. MIDWINTER, *The Barnett Formula and its critics revisited: Evidence from the post-devolution period*, in *Scottish Affairs*, 55, 2006, 64-86; R. MACDONALD, P. HALLWOOD, *The Economic Case for Fiscal Federalism in Scotland*, in the *Allender Series, Fiscal Federalism*, 2004.

¹³¹ See Part 2, Scotland Act 2016.

¹³² For example, according to the Brown Report this greater security would be realised by block grant funding and 3 year financial settlements. 'The Brown Report', 93.

¹³³ See W. HEUN, *The Constitution of Germany: A Contextual Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2011.

England's population, and the level 3 deals approving MCAs apply to a narrow selection of policy areas. From a different standpoint, the competitive bidding for resources in forging these deals with the Secretary of State places localities in competition with each other, and many areas suffering from economic deprivation are by their very nature excluded or put at an unfair disadvantage under such a system.¹³⁴ Part II of the discussion glances ahead to a future Labour government. The Brown Report appears to recognise that the objective of an 'equal opportunity economy' depends on extending democracy to the grassroots while correcting the representational deficit at the pinnacle within Parliament itself by establishing a Senate of the Regions. However, as Tierney points out: 'It is a long way from local government reform in England to a second chamber designed to represent a multi-national and regionalised UK ...'¹³⁵ A Senate of the Regions while offering certain benefits outlined by Labour would be a radical departure, with a range of further and sometimes unintended consequences which could easily disturb the equilibrium of the entire constitution (as explained earlier). To proceed successfully with second chamber reform a broad consensus around a set of proposals, or an overwhelming majority at a general election for a specific manifesto commitment would be needed. Otherwise, the likely prospect would be further stalemate after the next election, with yet another Royal Commission formed to investigate possible reform options. A less ambitious but achievable plan of Lords reform for the next Parliament should be formulated. This proposal would aim mainly to reduce the size of the present House of Lords, while introducing a significant element of regional representation across the United Kingdom, including all of England, Scotland, Wales and Northern Ireland. In sum, there is a powerful case for the phased introduction of much slimmed down reformed second chamber with roughly equivalent powers to the

¹³⁴ The Public Administration and Constitutional Affairs Select Committee recommends relaxing controls on finance by reforming the funding structure and ending the wasteful process of bidding for pots of money. See Governing England' *House of Commons Public Administration and Constitutional Affairs Committee (CPACAC) Third Report of Session 2022-23*, 31 October 2022, HC 463, 42

¹³⁵ S. TIERNEY, *Drifting towards Federalism*, in *The United Kingdom and the Federal Idea*, Oxford, Hart Publishing, 2018, 117.

Lords and a regionally based membership. In seeking to avoid direct competition with the House of Commons a crucial question to resolve would be whether the reformed body is entirely elected by a proportional system¹³⁶, entirely appointed by an independent commission, or formed from a combination of selection methods.

Abstract: Questo articolo offre una valutazione della recente riforma del governo locale inglese da una prospettiva costituzionale. Il contesto è delineato con particolare riferimento al grado di centralizzazione che caratterizza il Regno Unito, alle implicazioni costituzionali della *devolution* scozzese, gallese e nordirlandese nel sollevare la cosiddetta *English Question* e all'ulteriore centralizzazione indotta dalla Brexit. La prima parte dell'articolo illustra come la politica di "devolution per l'Inghilterra" basata su sindaci eletti e *combined authorities*, perseguita dagli ultimi governi britannici, sia stata applicata in diverse regioni inglesi. La critica della politica di devolution per l'Inghilterra e Level up intende valutare se gli "accordi di devolution" e la politica stessa siano comparabili in termini costituzionali agli accordi di devolution conclusi con le altre tre nazioni che compongono il Regno Unito. La seconda parte dell'articolo si concentra principalmente, con alcuni riferimenti comparativi, sul deficit di rappresentanza in Parlamento e guarda avanti per considerare le proposte di un futuro governo laburista nel rapporto Brown. In particolare, si tratta di considerare la fattibilità di un Senato delle Regioni come seconda camera alternativa alla Camera dei Lord.

Abstract: This article offers an appraisal of recent local government reform from a constitutional perspective. The context is set out with particular reference to the degree of centralisation characteristic of the UK, the constitutional implications of Scottish, Welsh and Northern Irish devolution in raising the so called English Question and the additional centralisation prompted by the Brexit process. The first part of the article explains how the policy of 'English devolution' based on elected mayors and combined authorities pursued by recent governments has been

¹³⁶ As well as the method of election other issues that would need to be addressed would be the timing of elections and the terms of office served by members whether elected or appointed.

applied in a number of English regions. The critique of the English Devolution/Levelling Up policy that follows assesses whether the ‘devolution deals’ and the policy itself is comparable in constitutional terms to the devolution arrangements in the other nations that make up the United Kingdom. The second part of the article focuses mainly, with some comparative references, on the representational deficit in Parliament and gazes ahead to consider the proposals of a prospective Labour government in the Brown Report. The particular concern is to consider the feasibility of a Senate of the Regions as an alternative second chamber to the House of Lords.

Parole chiave: governo locale; devolution per l’Inghilterra; *Brexit* e sovranità; riforma del parlamento; Senato per le regioni; prospettive comparate

Keywords: Local Government; English Devolution; Brexit and Sovereignty; Regional Mayor and Combined Authority; Parliamentary Reform; Senate for the Regions; Comparative Perspectives

Tre scenari di digitalizzazione amministrativa “complessa”: dalla interoperabilità predicata alla standardizzazione praticata

*Benedetto Ponti**

1. Il sistema pubblico nei processi di digitalizzazione: alcune premesse

Se è oggetto di consapevolezza diffusa, quasi scontata, che i dati costituiscono il “petrolio” dell’economia della conoscenza, o il combustibile della digitalizzazione, l’impatto di questo paradigma al contesto (inter) istituzionale, organizzativo ed operativo del sistema pubblico non si è manifestato come immediato, lineare, e conseguentemente applicato, certamente con riferimento al contesto italiano. Infatti, affinché la capacità conoscitiva¹ connessa e potenzialmente abilitata dalla disponibilità di dati in formato digitale possa portare frutti (in termini di valore aggiunto), occorre non solo disporre del *know-how* (in continua evoluzione) relativo al *come utilizzare* i dati in questo senso, ma occorre, prima ancora – in termini preliminari – *disporre effettivamente dei dati*, ossia raccogliere e integrare basi di dati, secondo i presupposti, le logiche e le modalità che nelle diverse stagioni della rivoluzione digitale sono state sperimentate ed asseverate.

Tali modalità, storicamente, si presentano niente affatto coerenti con il modo di raccogliere e gestire le informazioni nell’ambito del sistema pubblico, per una serie diversa e concomitante di ragioni, che qui è solo possibile richiamare per cenni: per un verso – un punto su cui si tornerà a breve – assume rilievo l’assetto *pluralistico* del sistema istituzionale pubblico; ancora, viene in rilievo il timore (ben fondato, come la storia si era incaricata di testimoniare) che la concentrazione delle informazioni

* Professore associato in Diritto amministrativo presso l’Università degli Studi di Perugia

¹ Per una recente configurazione di questa capacità, in capo ai soggetti pubblici, *sub specie auctoritatis* cfr. M. FALCONE, *Ripensare il potere conoscitivo pubblico tra algoritmi e Big Data*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023.

in capo al potere pubblico possa rappresentare un rischio troppo elevato per le libertà (e la stessa dignità) dei consociati; senza contare i fattori culturali che, nel corso di centinaia di anni, hanno fatto maturare in capo ai singoli nodi del tessuto istituzionale l'*animus* diretto a proteggere il patrimonio informativo di ciascuno come *segreto*, o comunque ad accesso *riservato*, non solo nei confronti dell'ambiente esterno al sistema pubblico, ma anche nei riguardi delle altre componenti di tale sistema. Non appare quindi una casualità che i processi di digitalizzazione, con particolare riferimento sia alla preliminare capacità di *raccogliere* e *concentrare* i dati, sia allo sviluppo dei sistemi idonei *per mettere a frutto i patrimoni informativi* così costituiti, si sia dispiegata nell'ambito del settore privato, che è in effetti il protagonista della rivoluzione digitale. D'altra parte, questa consapevolezza appare oramai molto diffusa anche nella (gius)pubblicistica più recente: sia sufficiente verificare con quale frequenza si fa ricorso alla locuzione "poteri privati" o "poteri digitali", per alludere a soggetti-impresa (o agglomerati di imprese) che fondano tale dimensione esorbitante di incidenza nell'economia, nella società, nella politica (su una scala globale) proprio sulle tecnologie digitali e sulla capacità di mettere a frutto i dati². Questa demarcazione, nel segno della tradizionale dicotomia pubblico/privato, può aprire ad ulteriori chiavi di lettura, e può suggerire paralleli, divergenze o confronti tra i due "ambienti". Ciò che però non è l'oggetto delle riflessioni che seguono. Occorre però mantenere sullo sfondo questa consapevolezza, ovvero che i processi di digitalizzazione della PA (e quindi anche quelli della pubblica amministrazione italiana) non si sono realizzati nel vuoto, in un contesto ermeticamente sigillato rispetto all'esterno. Tutt'altro: questi processi si collocano entro un contesto più ampio, caratterizzato da dinamiche proprie, che interagiscono in molti, diversi e stratificati modi con il sotto-insieme del settore pubblico. In particolare, potrebbe risultare

² A titolo di esempio, si veda il numero monografico dedicato al tema dei "poteri privati" dalla rivista *Diritto Pubblico*, n. 3/2021; o, ancora, cfr. O. POLLICINO, *Potere digitale*, in M. RUOTOLLO, M. CARTABIA (a cura di), *Potere e Costituzione – Enciclopedia del diritto – I tematici*, Milano, tomo V, 2023; M. BASSINI, *Libertà di espressione e "social network", tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati"*. *Spunti di comparazione*, in *MediaLaws*, n. 2/2021, pp. 67-99; E. CREMONA, *I poteri privati nell'era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato, tutela dei diritti*, Napoli, Esi, 2023; P. CESARE, *Il costituzionalismo di fronte ai nuovi poteri privati*, in *Economia pubblica*, n. 1/2023, pp. 115-122.

parziale o insufficiente un approccio alla lettura circa il ruolo dei dati nei processi digitalizzazione della PA, qualora non si tenesse conto in modo adeguato del ruolo svolto dai dati nei processi di digitalizzazione che si sono dispiegati (e si vanno dispiegando) in tempi coevi, in contesti più o meno distanti e differenti da quello *pubblico*, ma comunque ben presenti ed influenti (ed anzi, per ben determinate ragioni, *sempre più influenti*³). Per quanto si proverà ad argomentare, con riferimento ai processi di digitalizzazione della pubblica amministrazione, gli attori di mercato vengono in rilievo in particolare, sia perché portatori di una *domanda* della risorsa dati (in quanto raccolti, prodotti e detenuti nell'ambito del settore pubblico), sia – sul lato dell'*offerta* – in quanto produttori e fornitori di “*software*” e di sistemi (fruits dal sistema pubblico).

2. *Due canoni interpretativi*

Per articolare il discorso, appare utile – in via preliminare – formulare due premesse, che vorrebbero costituire in effetti *due canoni interpretativi* dei processi di digitalizzazione che ci si propone di analizzare (con specifico riferimento al ruolo svolto dai dati, nell'ambito di tali processi).

2.1 *Primo canone: l'assetto costitutivamente pluralistico del sistema pubblico*

La prima premessa è quella che assume e pone a tema come rilevante l'assetto costitutivamente plurale della pubblica amministrazione. Per dirla con uno slogan “facile”: *la pubblica amministrazione*, “in natura”, non esiste. In natura, ossia nella realtà dell'ordinamento, esistono *le pubbliche amministrazioni*, declinate al plurale⁴. Si tratta di un elemento che in termini di diritto positivo si traduce, si rispecchia, nella circostanza per cui l'ordinamento articola (e deve articolare) le funzioni amministrative, attribuendole ad una pluralità di soggetti, così organizzando una pluralità (necessitata) di centri soggettivi di imputazione di tali attribuzioni.

³ Cfr. M. MOORE, D. TAMBINI (a cura di), *Digital dominance: The power of Google, Amazon, Facebook and Apple*, New York, 2018; I. BREMMER, *The Technopolar Moment How Digital Powers Will Reshape the Global Order*, in *Foreign Affairs*, October 19, 2021.

⁴ Sotto questo profilo, *ex multis*, si veda D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Il Mulino, Bologna, 1° ed., 2000; G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Il Mulino, Bologna, 1991.

Tale elemento riveste un'importanza centrale nell'analisi dei processi di digitalizzazione, perché ciò comporta che il cd. "patrimonio informativo pubblico" *non ha* costitutivamente, né forse può avere, un carattere unificato, nel senso di un unico centro di imputazione in cui si concentrano tutti i dati raccolti/detenuti/gestiti dal sistema pubblico in modo stabile. Sotto questo profilo, appare notevole e controversa, sul piano legislativo, la (non così) breve parentesi temporale nel corso della quale la Piattaforma Digitale Nazionale dei Dati⁵ è stata configurata come un collettore unico di tutte le informazioni raccolte in formato digitale da tutte le pubbliche amministrazioni⁶.

Il patrimonio informativo pubblico ha invece un carattere decentrato e distribuito. Si noti, per altro, che con riferimento ai dati raccolti e stabilmente detenuti, i patrimoni informativi delle singole amministrazioni tendono a rispecchiare la struttura (e le esigenze informative) delle funzioni attribuite, ciò che altro sottolinea un altro elemento caratteristico e differenziale, ovvero la legittimazione *servente* delle capacità conoscitive abilitate in capo alle pubbliche amministrazioni. Inoltre, anche nel caso di quelle amministrazioni (o di quelle particolari banche dati) che (invece) sono costituite al fine di raccogliere informazioni con finalità *di sistema* (cioè, al fine di raccogliere in modo sistematico ed organizzato ben determinate informazioni, perché queste possano essere fruite da *altre* componenti del sistema pubblico), anche in questo caso il centro

⁵ Ai sensi dell'art. 50-ter del CAD, come introdotto dal d.lgs. n. 217/2017, disposizione con cui è stata istituita la PDND, il Commissario straordinario per l'attuazione dell'Agenda digitale – competente per la prima fase di sperimentazione – doveva provvedere ad acquisire, organizzare e conservare i dati di tutte le pubbliche amministrazioni (che a loro volta erano tenute a renderli disponibili), con la sola esclusione delle autorità amministrative indipendenti. Tale architettura, che disponeva la centralizzazione dell'intero patrimonio informativo pubblico presso la PDND, è stata superata solo con le modifiche introdotte mediante il d.lgs. n. 76/2020, che ha disposto l'integrale riscrittura dell'art. 50-ter del CAD (riconfigurando l'architettura della PDND quale infrastruttura chiamata ad abilitare l'interoperabilità dei sistemi informativi e delle basi di dati delle pubbliche amministrazioni). Sul punto, cfr. I. MACRÌ, *Piattaforma digitale nazionale dati per l'attuazione del principio once only*, in *Aziendaitalia*, n. 1/2023, p. 32 ss.

⁶ Sotto questo profilo, anche la prospettiva della migrazione non solo di sistemi e applicazioni ma anche dei dati delle pubbliche amministrazioni in ambiente *cloud*, oggetto di una specifica misura del PNRR, costituisce una sfida (ed un elemento critico), dal momento che questa soluzione costituisce in ogni caso una peculiare modalità di dislocazione e concentrazione delle basi dei dati oggetto di migrazione; sul punto, sia consentito rinviare a B. PONTI, *Le diverse declinazioni della 'Buona amministrazione' nel PNRR*, in *questa rivista*, n. 2/2022, pp. 401-418.

di imputazione è quella specifica amministrazione (ovvero l'amministrazione che è titolare di quella specifica banca dati), e non *il sistema amministrativo*, complessivamente inteso. Questo assetto plurale e deconcentrato comporta necessariamente, è quasi superfluo sottolinearlo, il *tema* ed il *problema* della circolazione dei dati, cioè di se, come, a quali condizioni consentire (ovvero, ottenere) che i dati possano essere posti nella disponibilità di un'amministrazione che non li detiene stabilmente (che non ne è la titolare), perché ciò risulta necessario all'esercizio delle sue funzioni, o anche solo utile o opportuno in termini di efficienza operativa⁷. Tutto ciò, muovendo dalla consapevolezza che l'ordinamento ha ben chiara questa necessità, avendola fissata per tempo *in termini di principio*. A questo proposito, si veda il testo originario dell'art. 50 del Codice dell'amministrazione digitale (di qui in poi, CAD), ai sensi del quale «qualunque dato trattato da una pubblica amministrazione (...) è reso accessibile e fruibile alle altre amministrazioni quando l'utilizzazione del dato sia necessaria per lo svolgimento dei compiti istituzionali dell'amministrazione richiedente», sì che compito precipuo dell'*amministrazione digitale*⁸, quale componente essenziale dello *Stato digitale*⁹ sarebbe (anche, *innanzitutto?*) farsi strumento applicativo (*servente*) di questo principio.

2.2 Secondo canone: la titolarità dei dati come situazione giuridica di dovere

Quanto alla seconda premessa, questa muove dalla considerazione del peculiare regime giuridico di quei beni *immateriali* che sono i dati, quanto alla relazione di appartenenza ad un soggetto – nel nostro caso una (specifica) pubblica amministrazione – che li detenga, in uno scena-

⁷ In questo senso, in termini di principio generale, è l'art. 3-bis della l. n. 241/1990 ad imporre alle amministrazioni, per conseguire *maggior efficienza nella loro attività*, di agire mediante strumenti informativi e telematici, non solo nei rapporti con i privati, ma (prima ancora, e soprattutto) nei rapporti interni, e tra le diverse amministrazioni.

⁸ Cfr. D.U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (Il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ICT)*, in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 85-118, nonché *ivi*, G. CARULLO, *Dati, banche dati, blockchain e interoperabilità dei sistemi informatici nel sistema pubblico*, pp.191-222.

⁹ Cfr. L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, Il Mulino, Bologna, 2023.

rio dominato o caratterizzato dalla potenzialità tecnologica del *digitale*. In tale contesto, la condizione *di fatto* che consiste nella stabile detenzione di certi dati, quale effetto dell'esercizio delle funzioni pubbliche istituzionali (anche quando tale condizione di fatto non sia oggetto di espressa qualificazione, in termini giuridici), trapassa ad una situazione giuridica che viene declinata dall'ordinamento in termini (riassuntivi) di *titolarità*¹⁰. Quest'ultima consiste nella progressiva addizione ed inspesamento di situazioni giuridiche di *dovere* poste in capo al *titolare* in relazione ai dati oggetto di titolarità. La titolarità di dati (nel pubblico, ma analoghe considerazioni potrebbero essere fatte con riferimento ad altri contesti) *costituisce cioè un modulo di imputazione di situazioni giuridiche*, nella forma di *doveri*: il dovere di conservare, il dovere di raccogliere, il dovere di mantenere il dato corretto/aggiornato/di qualità, il dovere di formare il dato in un certo modo, il dovere di renderlo disponibile secondo un determinato standard, etc.. Anche questa chiave di lettura si rivela essenziale, poiché ci consentirà di leggere le diverse declinazioni del ruolo dei dati nei processi di digitalizzazione sotto il profilo delle situazioni di doverosità imposte (o meno) ai rispettivi titolari, ossia di osservare i processi di digitalizzazione in termini di *mutamento dei termini e dei contenuti* del regime di titolarità dei dati da parte delle pubbliche amministrazioni. Si noti come la nozione di *titolarità del dato*, per come positivamente declinata, sia formulata come ad incorporare il carattere costitutivamente pluralistico dell'organizzazione pubblica, laddove il CAD statuisce che «Il trasferimento di un dato da un sistema informativo ad un altro non modifica la titolarità del dato»¹¹.

3. Tre scenari per la digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni

Fatte, dunque, queste premesse, ovvero impostate queste chiavi di lettura, si procede ora ad individuare ed illustrare (sinteticamente) come si attegga il ruolo dei dati nei processi di digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni, impostando tre diverse modalità di intendere i dati come

¹⁰ Sul punto, sia consentito rinviare più ampiamente a B. PONTI, *Titolarità e riutilizzo dei dati pubblici*, in Id. (a cura di), *Il regime dei dati pubblici*, Rimini, Maggioli, 2008, pp. 213-252.

¹¹ Così il testo originario dell'art. 58, comma 1 del CAD, attualmente inserito come comma 3-bis dell'art. 50 del medesimo testo legislativo.

risorsa della digitalizzazione. Nei tre scenari descritti – in cui i dati sono declinati: come risorsa per l'amministrazione che li detiene (scenario n. 1); come risorsa per l'ambiente esterno (scenario n. 2); e come risorsa per il sistema pubblico (scenario n. 3) – sarà possibile apprezzare, in particolare, come si modifica il contenuto della *situazione di titolarità dei dati* delle amministrazioni che compongono il sistema pubblico, in funzione ora della spinta a condividere il patrimonio informativo al di fuori del sistema pubblico, ora in ragione dei vincoli connessi all'interoperabilità dei dati all'interno del sistema pubblico.

3.1 *I dati come risorsa per l'amministrazione pubblica che li detiene*

Il primo scenario che si intende tratteggiare è quello nel quale i dati costituiscono una risorsa per la specifica amministrazione che li detiene. Uno scenario nel quale l'approccio è quello che in letteratura è definito come "proprietario", ed in virtù del quale le singole amministrazioni intendono ed utilizzano le rispettive *dotazioni di dati* come una risorsa in qualche modo *disponibile*, da utilizzare in funzione delle esigenze (e delle capacità) della stessa amministrazione. Sul piano della digitalizzazione questo approccio ha due ordini di conseguenze. Per un verso, saranno privilegiate le soluzioni di digitalizzazione cd. *single agency*, quelle cioè che fanno perno sullo sfruttamento degli *asset* di dati già in dotazione. Per altro verso, l'eventuale reperimento di dati (necessari per lo sviluppo di progetti di digitalizzazione) *presso altre amministrazioni* sarà informato alla *logica dello scambio* (in un confronto "paritario" con le altre amministrazioni, per altro non pienamente coerente con il canone costituzionale che dovrebbe informare le relazioni inter-istituzionali, ovvero la *leale collaborazione*)¹².

Sul piano storico-positivo, questo è lo scenario che ha caratterizzato l'impostazione e la realizzazione dei primi piani di *egovernment* (il piano di azione, ed i piani *e-gov* 1 e 2, dei primi anni duemila di questo secolo, probabilmente gli ultimi – prima della stagione del PNRR – in

¹² «L'impostazione prevalente sembra essere quella di realizzare accordi e intese per favorire il coordinamento delle azioni poste in essere da ciascuna istituzione al fine di adottare forme di semplificazione omogenee, favorendo il conseguimento di livelli minimi di semplificazione su tutto il territorio nazionale», A. NATALINI, La semplificazione e l'amministrazione digitale, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 1/2008, p. 105.

cui sono state investite in modo sistematico *rilevanti* risorse pubbliche sulla digitalizzazione delle p.a., prima cioè che si affermasse, all'opposto, la logica ed il vincolo dell'*invarianza di spesa*). Quella esperienza fu caratterizzata dalla assoluta prevalenza (in sede di realizzazione) di soluzioni *single agency*, a seguito di una molteplicità variegata (a volte casuale) di progetti formulati e proposti dalle stesse amministrazioni, in assenza di una forte ed efficace regia e strategia *di sistema*. Un approccio in larga misura di carattere quasi *sperimentale*, del tutto sprovvisto (in premessa) di standard tecnici ed operativi comuni, dal quale perciò sono emerse una serie di soluzioni di digitalizzazione (spesso schiacciate sulla dimensione del *front office*, et *pour cause*) in cui le amministrazioni mettono a valore (quando ci riescono) i *propri* dati¹³.

Nella versione originaria del CAD – che in qualche modo viene approvato anche a suggello di quella stagione – troviamo traccia evidente di come il legislatore (al di là della prefigurazione di istituti e strumenti finalizzati a dare una cornice coordinata, standardizzata e quindi “di sistema” ai processi di digitalizzazione, quali il sistema pubblico di connettività di cui al d.lgs. n. 42/2005 o le regole tecniche di cui all'art. 71 dello stesso CAD) fosse ancora disponibile ad assecondare questo approccio (e lo sarebbe rimasto ancora a lungo), riconoscendo alle singole amministrazioni la facoltà di decidere *se e come* condividere il patrimonio informativo con altre amministrazioni, in base a meccanismi che presuppongono l'accordo delle amministrazioni coinvolte¹⁴.

Non è affatto casuale che in questa stagione, sul piano delle dinamiche normative, si registri una vicenda (meglio, un'*assenza*) particolarmente significativa (ai nostri fini). Si allude alla *ritrosia* del legislatore nazionale

¹³ Cfr. E. CARLONI, *Tendenze recenti e nuovi principi della digitalizzazione pubblica*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2015, n. 2, pp. 148-157: secondo il quale, «tale approccio ha portato all'articolazione di approcci autonomi e ha favorito, unitamente alla riduzione delle risorse pubbliche da destinare a politiche unitarie ed alla debolezza della governance della digitalizzazione pubblica, uno sviluppo di logiche *single agency* (con azioni e soluzioni diversificate per singole amministrazioni) e quindi per “silos” non comunicanti, solo in parte frenato dalle regole nazionali poste dal codice dell'amministrazione digitale» (p. 152).

¹⁴ Si veda il testo originario dell'art. 58 del CAD – disposizione dedicata a definire le modalità con le quali i dati sono resi fruibili, testo che sarebbe rimasto sostanzialmente immutato fino al 2011 – nel quale si legge: «Le pubbliche amministrazioni possono stipulare tra loro convenzioni finalizzate alla fruibilità informatica dei dati di cui siano titolari».

a rivendicare ed utilizzare in modo *strategico* (in ottica di sistema) la competenza legislativa esclusiva di cui alla lett. r) dell'art. 117, secondo capoverso della Costituzione, ovvero il «coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale»; e questo, nonostante il fatto che *invece* – sul medesimo fronte – la giurisprudenza costituzionale si dimostrasse sempre più *incline* a riconoscere la (sicura) prevalenza delle ragioni dell'unitarietà (dei linguaggi tecnici e dei corpi informativi), valorizzando e consolidando la potestà di coordinamento dei dati delle pubbliche amministrazioni, quale finalità il cui concreto perseguimento può anche prescindere dal concorso strutturato delle autonomie territoriali (comprese quelle regionali)¹⁵.

I processi di digitalizzazione che esitano da questa stagione (e da questo approccio) sono per forza di cosa episodici e contingenti, sia per l'assenza di una effettiva regia complessiva (sul piano della *governance*, è un periodo caratterizzato da una notevole instabilità e caducità del quadro organizzativo “di sistema”¹⁶), sia in ragione dei *driver*, che restano le amministrazioni *singole*, per altro in un contesto di risorse finanziarie decrescenti (siamo nel pieno della stagione dell'austerità). È in questo periodo che si accumula (e si amplifica) una parte significativa del notevole ritardo che caratterizza il grado di digitalizzazione delle funzioni e dei servizi pubblici del nostro paese (come registrato dai vari indici che fotografano queste dinamiche).

¹⁵ Sul punto, si vedano F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2/2015, pp. 227-273; F.M. LAZZARO, *Coordinamento informativo e pubbliche amministrazioni*, in *questa rivista*, n. 3/2011, pp. 659-681, nonché, da ultimo, E. CARLONI, *La differenziazione attesa, la differenziazione praticata: spunti su autonomie regionali e digitalizzazione pubblica*, in *questa rivista*, n. 2/2023; e sia consentito rinviare a B. PONTI, *I dati di fonte pubblica: coordinamento, qualità e riutilizzo*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 405-442.

¹⁶ Come noto, dopo la (lunga) esperienza dell'AIPA, il ridisegno della *governance* preposta alla definizione ed alla regia delle politiche di digitalizzazione del settore pubblico ha rappresentato a lungo un cantiere sempre, nel quale il succedersi di attori (dall'Aipa, al Cnipa, a DigitPA, fino ad Agid) e formule di coordinamento tradisce l'incertezza e l'instabilità del quadro d'insieme (e anche la sua conseguente debolezza): cfr. C. NOTARMUZI, *DigitPA: la terza riorganizzazione dell'informatica pubblica*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 10/2010, pp. 1014-1020; M. CAPORALE, *L'attuazione delle “smart cities”. Competenze e coordinamento tra livelli di governo*

in *questa rivista*, n. 4/2015, pp. 949-973.

3.2 I dati come risorsa per l'ambiente esterno

Un secondo scenario su cui vorrei attirare l'attenzione è quello nel quale i dati (i dati nella disponibilità delle pubbliche amministrazioni) sono riguardati come una *risorsa* da rendere disponibile *all'esterno* del settore pubblico, perché gli attori di mercato e la società più in generale ne possano trarre giovamento. Il *razionale* di questo approccio riposa su molteplici argomentazioni: dall'inquadramento dei dati detenuti dai poteri pubblici alla stregua di un caso di *essential facilities*¹⁷, alla valorizzazione del substrato immateriale di tali beni (e della conseguente necessità di porli a disposizione di tutti al fine di prevenire la cd. *tragedy of anti-commons*¹⁸); dall'idea per la quale la raccolta delle informazioni sarebbe stata già "pagata" da cittadini ed imprese mediante l'imposizione fiscale¹⁹, all'idea per cui la più ampia distribuzione delle informazioni costituirebbe il presupposto per attivare le dinamiche dell'amministrazione aperta (trasparenza, partecipazione, collaborazione)²⁰, fino alla configurazione dei dati pubblici come sotto-gruppo di *beni comuni*²¹. Queste argomentazioni, portate avanti e promosse in sedi nazionali ed internazionali da attori e movimenti particolarmente influenti²², hanno finito per incidere sull'ordinamento, configurando il rilascio dei dati

¹⁷ Cfr. M. RICOLFI ET AL., *The "Licensing" of Public Sector Information*, in *Informatica e diritto*, n. 1-2/2011, pp. 129-146; C.E. MEZZETTI, *Dati pubblici ed abuso di posizione dominante*, in *Giur. it.*, n. 3/2006, p. 548 ss., C. BORSENBERGER, H. MATHILDE, J. DENIS, *Open-data: a solution when data constitutes an essential facility?*, in *New Business and Regulatory Strategies in the Postal Sector*, 2018, pp. 131-142. Per un'applicazione giurisprudenziale di tale argomento, vedi *ex multis* ECJ, *Compass-Datenbank GmbH v Austria*, 6 luglio 2012, C-138/11.

¹⁸ Cfr. J. Boyle, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 66, 2003, pp. 33-74.

¹⁹ Cfr. T. JETZEK, M. AVITAL, N. BJØRN-ANDERSEN, *Generating Value from Open Government Data*, in *ICIS*, 2013.

²⁰ D. LATHROP, L. RUMA, *Open government: Collaboration, transparency, and participation in practice*, O'Reilly Media, Inc., 2010; E. CARLONI, *L'amministrazione aperta: Regole strumenti limiti dell'open government*, Rimini, Maggioli, 2014.

²¹ C. HESS, E. OSTROM, *Artifacts, facilities, and content: information as a common-pool resource*, in *Conference on the Public Domain*, Duke University Law School, Durham, NC, 2001, pp. 44-79, ma già C. HESS, E. OSTROM, *Introduction: An Overview of the Knowledge Commons*, in Id. (a cura di), *Understanding Knowledge as a Commons: From Theory to Practice*, The MIT Press, 1965.

²² Per una rilettura critica di queste argomentazioni, si veda più di recente N. PURTOVA, G. VAN MAANEN, *Data as an economic good, data as a commons, and data governance*, in *Law, Innovation and Technology*, 2023, DOI: 10.1080/17579961.2023.2265270, nonché K. WĘCIEL, *Open*

delle pubbliche amministrazioni secondo lo standard degli *open data* come un vero e proprio *dovere* in capo alle amministrazioni. Sul piano dell'ordinamento dell'Unione, infatti, si sono andati progressivamente *riducendo* i margini disponibili alle p.a. per giustificare le eccezioni al rilascio gratuito dei dati in formato aperto e *machine readable*, a fini di *riutilizzo*²³; dall'altra parte, si sono progressivamente ampliate le categorie di dati che le amministrazioni sono tenute a mettere a disposizione del pubblico (e degli operatori di mercato) sempre a fini di riutilizzo (l'ultimo *step*, in questa progressione, è rappresentato dal recente *Data Governance Act*, finalizzato tra le altre cose a facilitare il riutilizzo anche di informazioni coperte da esigenze di riservatezza, privata o commerciale²⁴). Anche nel contesto interno, come noto, la prospettiva degli *open data* ha acquistato una posizione centrale. Sul piano degli istituti della trasparenza amministrativa, uno degli aspetti caratterizzanti del regime dei dati (delle informazioni e dei documenti) oggetto di pubblicazione obbligatoria è che tali dati «sono pubblicati in formato di tipo aperto e che sono riutilizzabili da chiunque senza ulteriori restrizioni diverse dall'obbligo di citare la fonte e di rispettarne l'integrità»²⁵. Inoltre, per effetto di una disposizione inserita nel CAD nel 2012, lo standard *open data* costituisce il regime giuridico *by-default*, quanto alla fruibilità delle informazioni comunque pubblicate e diffuse via web dalle amministra-

Data as an Economic, Political, and Technical Phenomenon, in ID., *Big, Open and Linked Data. Business Information Systems*. Springer, Cham. 2022, pp. 7-34.

²³ Per una disamina della evoluzione della pertinente disciplina EU, dalla direttiva 2003/98/CE fino alla più recente «*Open Data directive*» (Direttiva (UE) 2019/1024), si vedano C. VALLI BUTTOW, S. WEERTS, *Public sector information in the European Union policy: The imbalance between economy and individuals*, in *Big Data & Society*, 2003, 9(2). <https://doi.org/10.1177/20539517221124587>; P.S. MAGLIONE, *L'«apertura» dei dati come servizio pubblico: spunti ricostruttivi alla luce della nuova disciplina sul riutilizzo dell'informazione del settore pubblico*, in *Diritto dell'economia*, n.2/2022, pp. 327-394.

²⁴ Cfr. G. RESTA, *Pubblico, privato e collettivo nel sistema europeo di governo dei dati*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4/2022, pp. 971-995; F. BRAVO, *Intermediazione di dati personali e servizi di «data sharing» dal GDPR al «Data Governance Act»*, in *Contratto e impresa. Europa*, n. 1/2021, pp. 199-256.

²⁵ Così il testo dell'art. 7 del d.lgs. 33/2013; sul punto, sia consentito rinviare a B. PONTI, *Il regime dei dati oggetto di pubblicazione obbligatoria: i tempi, le modalità e i limiti della diffusione; l'accesso civico; il diritto al riutilizzo*, in ID. (a cura di), *La Trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013*, n. 33. *Analisi della normativa, impatti organizzativi ed indicazioni operative*, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2013.

zioni, atteso che «I dati e i documenti che le amministrazioni titolari pubblicano, con qualsiasi modalità, senza l'espressa adozione di una licenza (...), si intendono rilasciati come dati di tipo aperto, ad eccezione dei casi in cui la pubblicazione riguardi dati personali»²⁶. Senza contare, poi, le molteplici iniziative assunte dalle amministrazioni – anche per effetto di specifiche *policy* nazionali (da inserire però in un più ampio contesto, essendo spesso connesse alla partecipazione dell'Italia a iniziative quali l'*Open Government Partnership* o l'*Open Data Charter*) – iniziative volte a realizzare portali per il rilascio di data set in formato open, e ad incrementare il volume e la qualità dei dati immessi in tali portali.

Tutti questi interventi segnalano come la rapida affermazione delle politiche di apertura dei dati (pubblici) si sia tradotta in un arricchimento dei *doveri* connessi alla titolarità dei dati, in base ai quali è imposto (o fortemente incentivato) alle amministrazioni l'onere di rendere disponibili i dati in certi formati, con certe condizioni di riutilizzo, in modo gratuito. In ottica di digitalizzazione, l'affermazione del paradigma *open data* (nella misura in cui si realizza concretamente – e qui andrebbe quantomeno osservato che il grado di *compliance* da parte delle amministrazioni presenta un tasso di variabilità molto elevato: basti pensare alla mole di dati ed informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria che non rispettano i minimi requisiti del formato aperto), rappresenta un effettivo contributo alla realizzazione di processi e dinamiche di digitalizzazione che si realizzano *al di fuori* dell'amministrazione, e del perimetro pubblico più in generale. Basti considerare, a questo proposito, come *nei modelli di sostenibilità* (e profittabilità) economica delle politiche di apertura dei dati, l'operazione di apertura (e rilascio) dei dati viene declinata come un investimento (ed in effetti, si tratta di una attività che impegna risorse anche notevoli) i cui costi sono posti in capo all'amministrazione, ma il cui rendimento si misura invece *su un piano più complessivo*, ed essenzialmente in termini di aumento del volume degli scambi commerciali di beni e servizi basati (anche) sull'utilizzo dei dati rilasciati dall'amministrazione, con ricadute in termini di occupazione e

²⁶ Cfr. F. MINAZZI, *Il principio dell'«open data by default» nel codice dell'amministrazione digitale: profili interpretativi e questioni metodologiche*, in *Federalismi.it*, n. 23/2013.

maggiori introiti fiscali²⁷. Si tratta, cioè, di un processo consapevolmente ed esplicitamente finalizzato a favorire ed irrobustire la *digitalizzazione di processi produttivi di mercato e nel mercato*, che si realizzano al di fuori del perimetro dell'amministrazione (è l'approccio della *Big Society*)²⁸. Nell'ottica dell'atteggiamento "proprietario" visto più sopra, questa operazione può essere vissuta dall'amministrazione come una sorta di "espropriazione". Volendo utilizzare le categorie codificate con il *Data Governance Act*, la si potrebbe inquadrare come una fattispecie di *data altruism* (altruismo, però, *dovuto*), salvo a verificare (dal nostro punto di vista) quali ricadute essa possa avere a fini digitalizzazione *del settore pubblico*. Astrattamente, il rilascio di dati in formato aperto può costituire una opportunità, anche per le (*altre*) amministrazioni, di fruire di dati di cui non sono titolari al di fuori delle logiche e delle dinamiche descritte più sopra²⁹. Tuttavia, lo stesso ordinamento positivo pare escludere che *il riutilizzo* possa costituire un canale utile (e giuridicamente presidiato) al fine di strutturare processi di digitalizzazione funzionali all'esercizio delle funzioni istituzionali³⁰, ciò che conferma (in effetti), come le politiche

²⁷ Cfr. European Commission, Directorate-General for the Information Society and Media, *Commercial exploitation of Europe's public sector information – Executive summary*, Publications Office, 2000; in dottrina, cfr. T. JETZEK, M. AVITAL, N. BJORN-ANDERSEN, *Generating Value from Open Government Data*, in *Thirty Fourth International Conference on Information Systems, (ICIS 2013)*, pp. 1-20; C. VALLI BUTTOW, S. WEERTS, *Public sector information in the European Union policy: The misbalance between economy and individuals*, in *Big Data & Society*, 2022, 9(2); M. VAN EECHOU, *Open data values: Calculating and monitoring the benefits of public sector information re-use*, in T. DREIER ET AL (a cura di), *Informationen der öffentlichen Hand: Zugang und Nutzung*, Nomos, 2016, pp. 107-142.

²⁸ J. GRAY, *Towards a Genealogy of Open Data*, paper given at the General Conference of the European Consortium for Political Research in Glasgow, 3-6th September 2014, <https://ssrn.com/abstract=2605828>. Per una riflessione critica, si veda ad esempio M. VAN EECHOU, *A Serpent Eating Its Tail: The Database Directive Meets the Open Data Directive*, in *IIC*, n. 52/2021, pp. 375-378, <https://doi.org/10.1007/s40319-021-01049-7>.

²⁹ Cfr. M. JANSSEN ET AL., *Driving public sector innovation using big and open linked data (BOLD)*, in *Information systems frontiers*, n. 19/2017, pp. 189-195; S. GIGLER, S. CUSTER, H. RAHMETULLA, *Realizing the Vision of OGD- Opportunities, Challenges and Pitfalls*, World Bank Report, 2013; e sia consentito rinviare a B. PONTI, *Il patrimonio informativo pubblico come risorsa: i limiti del regime italiano di riutilizzo dei dati delle pubbliche amministrazioni*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2007, pp. 991-1014.

³⁰ Si veda quanto disposto dal d.lgs. n. 36/2006 e s.m.i., all'art. 2, comma 1, lett. e) e f). Infatti, dalla definizione di *riutilizzo* è esplicitamente escluso «(...) lo scambio di documenti tra pubbliche amministrazioni, o organismi di diritto pubblico, ovvero tra amministrazioni e organismi di diritto pubblico, posto in essere esclusivamente nell'ambito dell'espletamento dei compiti

di apertura dei dati siano funzionali alla digitalizzazione del contesto *esterno all'amministrazione*. Residuerrebbe il solo profilo relativo agli effetti sull'amministrazione (che rilascia i dati) connessi alle operazioni finalizzate al rilascio: si tratta tuttavia di effetti indiretti, connessi all'eventuale maturazione di una *expertise* interna: un elemento certamente non trascurabile. Tali effetti, tuttavia, non è detto si realizzino in tutti i casi, in ragione del fatto che il rilascio di dati in formato aperto viene spesso realizzato mediante affidamento all'esterno del relativo incarico.

3.3 *I dati come risorsa per il sistema amministrativo pubblico*

Il terzo scenario che vorremmo tratteggiare è quello nel quale, invece, i dati di cui sono titolari le amministrazioni sono assunti e regolati *affinché* costituiscano una risorsa di cui possa fruire *il sistema pubblico nel suo complesso*, e ciascuna delle sue componenti, perché (e nella misura in cui) tali informazioni risultano strumentali all'esercizio delle funzioni istituzionali di ciascuna di queste componenti. In questo scenario, la circolazione e lo scambio dei dati in formato digitale costituisce invero *la regola*, nel senso che l'ordinamento qui non si limita a costruire una cornice (normativa e tecnica) entro la quale le amministrazioni possono (se lo vogliono) sperimentare e realizzare processi di digitalizzazione che presuppongono lo scambio dei dati secondo determinati formati e standard tecnici, ma piuttosto muove nella direzione di rendere tale condivisione (con tali caratteristiche) come *doverosa*, e cioè *dovuta* da parte dell'amministrazione titolare del dato.

Entro queste coordinate, l'assetto pluralistico dell'amministrazione pubblica costituisce *un vincolo*, nel senso che costringe l'ordinamento ad approntare istituti, sistemi e meccanismi che consentano alle informazioni digitalizzate di poter *transitare* da un centro di imputazione all'altro ma soprattutto di poterlo fare in modo *da essere utili, nel senso di essere utilizzabili* (sotto il profilo *tecnico*) dal sistema ricevente. L'accentuazione del carattere autonomistico della forma di Stato repubblicana, a seguito della riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione, è stata carat-

istituzionali di cui sono titolari» (lett. e)), atteso che «la cessione di documenti finalizzata esclusivamente all'adempimento di compiti istituzionali fra i soggetti [che esercitano funzioni pubbliche] è invece definita come «scambio di documenti» (lett. f)).

terizzata dalla consapevolezza di questa esigenza, ciò che emerge nella previsione di una funzione di coordinamento informativo, informatico e statistico dei dati del sistema pubblico repubblicano come materia riservata alla legislazione nazionale (perché connotata da prevalenti esigenze di unitarietà, univocità, standardizzazione).

In questo scenario, un significativo *cambio di passo* può essere individuato nel passaggio dall'ambiente operativo abilitato dal Sistema pubblico di connettività (SPC) a quello abilitato mediante l'istituzione della Piattaforma Digitale Nazionale dei Dati (PDND). Le differenze tra i due approcci si colgono sotto molteplici profili: sul piano della *governance*, la PDND è costituita e attratta sotto la responsabilità e la gestione diretta della Presidenza del Consiglio dei Ministri, ciò che segnala in modo plastico il maggiore investimento anche in termini politico-istituzionali, rispetto alle alterne vicende connesse alla *governance* del SPC³¹. Ci sono differenze relative all'architettura del sistema di condivisione dei dati, che la disciplina del PDND delinea in modo molto preciso e stringente *direttamente nella fonte legislativa primaria* (cfr. l'art. 50-ter del CAD). Per quanto ci riguarda più da vicino, vanno evidenziati i profili differenziali quanto al grado di *vincolo* imposto alle amministrazioni, nella partecipazione all'uno o all'altro ambiente. Al di là del *notevole ritardo* con il quale sono stati portati alla fase operativa i primi servizi afferenti alle cd. Infrastrutture Condivise del SPC (la relativa gara è stata aggiudicata solo nell'aprile del 2016(!)³²), si deve tenere conto del fatto che la partecipazione delle amministrazioni all'SPC, sebbene declinata come fisiologica³³, non è assistita né da meccanismi che scandiscono le tempistiche per l'adesione da parte delle amministrazioni, né da sanzioni per la mancata partecipazione, sì che la partecipazione al SPC appare tutt'oggi declinata piuttosto come una *facoltà* ed una *opportunità* per gli enti pubblici. Diversamente, la PDND (i cui tempi di avvio alla realizzazione

³¹ Cfr. A. CONTALDO, *La disciplina organizzativa del sistema pubblico di connettività nelle amministrazioni pubbliche: profili giuridici e problematiche attuative*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, n. 5-6/2018, 1, pp. 197-210.

³² Cfr. <https://www.agid.gov.it/infrastrutture/sistema-pubblico-connettivita>.

³³ Cfr. art. 75, comma 1 del CAD, nella formulazione attualmente vigente, secondo cui le pubbliche amministrazioni «(...) partecipano al SPC, salve le esclusioni collegate all'esercizio delle funzioni di ordine e sicurezza pubblica, difesa nazionale, consultazioni elettorali».

sono risultati molto più brevi rispetto a quelli del SPC) richiede il rispetto di determinate tempistiche per l'accreditamento e per lo sviluppo delle interfacce di programmazione (API)³⁴ e prevede un connesso apparato sanzionatorio (anche secondo i moduli di cui all'art. 18-*bis* del CAD).

Si profila, così, uno scenario di progressiva integrazione delle amministrazioni nella PDND, ciò che costituisce non solo un obiettivo *quantificato* nel Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione³⁵, ma anche l'oggetto di obiettivi ed investimenti nel PNRR³⁶. In questo scenario, e con particolare riferimento all'implementazione della PDND, i profili di *doverosità* posti in capo *ai titolari dei dati* si fanno più stringenti ed esigenti: il dovere di accreditarsi e il dovere di sviluppare le interfacce per lo scambio dei dati, infatti, implicano il *dovere di conformarsi ad una serie dettagliata di regole tecniche*, che quindi finiscono per integrare il contenuto specifico e necessitato della situazione di *titolarità* dei dati posta in capo alle amministrazioni pubbliche.

Si noti come risulti perfettamente complementare con questa strategia, l'identificazione, la costituzione e la messa in opera delle cd. Basi di Dati di Interesse Nazionale (BDIN), di cui agli art. 60 e ss. del CAD. Sul piano del coordinamento informativo, le BDIN costituiscono una soluzione specifica al vincolo determinato dall'assetto pluralistico della Repubblica, dal momento che «Ferne le competenze di ciascuna pubblica amministrazione, le basi di dati di interesse nazionale costituiscono, per ciascuna tipologia di dati, un sistema informativo unitario che tiene conto dei diversi livelli istituzionali e territoriali e che garantisce l'allineamento delle informazioni»³⁷. In questo modo, le BDIN danno risposta all'esigenza di raccogliere e gestire *digitalmente* informazioni, «omogenee per tipologia e contenuto, la cui conoscenza risulta rilevante per lo svolgimento delle

³⁴ La tempistica per l'accreditamento delle pubbliche amministrazioni alla PDND è stata fissata con il decreto del Ministro per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale del 22 settembre 2022.

³⁵ Si veda, in questo senso, quanto previsto nel capitolo 5 «Interoperabilità», del Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione 2021-23 e in quello per il periodo 2022-24.

³⁶ Sul punto, sia consentito rinviare a B. PONTI, *Le diverse declinazioni della 'Buona amministrazione' nel PNRR*, cit.

³⁷ Cfr. art. 60, comma 2 del CAD.

funzioni istituzionali *delle altre pubbliche amministrazioni*³⁸. Ed infatti, l'integrazione delle BDIN nella PDND ha costituito una priorità (logica, oltre che operativa) dal momento che esse sono state ideate come naturali *fornitori* di dati, a beneficio di tutti gli attori del sistema. In questo senso, la vicenda dell'Anagrafe nazionale della popolazione residente (ANPR)³⁹ è paradigmatica. L'assetto storicamente decentrato delle banche dati in cui venivano raccolte e gestire le informazioni anagrafiche della popolazione (le 8000 e più anagrafi dislocate presso ciascun comune) ha costituito un evidente ostacolo ai processi di digitalizzazione "complessa". Al di là dei tempi veramente lunghi non solo per realizzare una differente architettura (dieci anni, 2012-2022)⁴⁰, ma prima ancora, per immaginarla, il recente completamento dell'ANPR (come banca dati unica presso il Ministero dell'interno, alimentata dagli uffici comunali dell'anagrafe civile), e la sua integrazione in PDND, costituisce un vero e proprio *atout* per il futuro dei processi di digitalizzazione del settore pubblico, poiché abilita uno degli elementi *di sistema* indispensabili per la realizzazione di servizi digitali integrati, e che rispondano effettivamente al principio del *once only*. Basti pensare a quante volte, quotidianamente, a chiunque capita di dover riempire i moduli di cd. "autodichiarazione", la cui compilazione inizia con la ripetizione inesausta dei propri dati anagrafici. Lo scenario appena illustrato può quindi abilitare la realizzazione di processi di digitalizzazione "complessa", trasversale e *multi-agency*. La prima, significativa applicazione di queste potenzialità è rappresentata dall'ambizioso progetto di gestire le *fasi del ciclo di vita dei contratti pubblici integralmente ed esclusivamente in modalità digitale*, secondo il disegno delineato nel nuovo Codice dei contratti (d.lgs. n. 36/2023)⁴¹.

³⁸ *Ivi*, comma 1.

³⁹ Cfr. art. 62 del CAD.

⁴⁰ L'art. 2 d.l. n. 179/2012 ha disposto l'unificazione del sistema anagrafico nazionale in un'unica anagrafe - l'Anagrafe nazionale della popolazione residente (ANPR), istituita presso il Ministero dell'interno: in tale modo l'ANPR subentra alle anagrafi della popolazione residente e dei cittadini italiani residenti all'estero tenute dai comuni; il subentro dei comuni si è completato solo il 17 gennaio 2022 (per un totale di 7903).

⁴¹ Cfr., *ex multis*, G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 3/2023, pp. 287-301; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, L. DE FUSCO, *Il principio di autonomia contrattuale nel nuovo "Codice dei contratti pubblici"*, in *Federalismi.it*, n. 21/2023, pp. 15-40.

Qui possiamo vedere all'opera il grado più intenso di vincolo imposto ai *titolari* dei dati pubblici: infatti, la realizzazione del ciclo di vita integralmente digitale dei contratti pubblici⁴² comporta un tasso di *doverosità* elevatissimo. Non si tratta soltanto di procedere all'adesione alla PDND, ma anche di consentire alle piattaforme di approvvigionamento (utilizzate dalle stazioni appaltanti per gestire l'affidamento e l'esecuzione del contratto) di dialogare direttamente con un insieme vasto, diversificato e complesso di banche dati, detenute da una pluralità di attori pubblici (distribuiti su tutti i livelli di governo), e di estrarne i dati necessari allo svolgimento del procedimento⁴³. In altre parole, nel caso del ciclo di vita integralmente digitale dei contratti pubblici, i titolari dei dati coinvolti sono tenuti a consentire l'automatica estrazione e il processamento dei dati, secondo le modalità definite in accordo con le linee guida appositamente varate da AGID, ed asseverate nel momento in cui *piattaforme di approvvigionamento digitale* vengono certificate⁴⁴. Dunque, pare confermato che le soluzioni di digitalizzazione più avanzate e complesse (in termini di integrazione informativa e di automazione procedurale) possono realizzarsi solo nell'ambito di una scenario in cui i dati sono trattati alla stregua di una *risorsa del sistema pubblico*, con la conseguenza (necessitata) che la relazione di appartenenza (la titolarità dei dati) si arricchisce fino al punto di realizzare, *in capo al titolare dei dati*, un fascio di doveri così intenso da non lasciare spazi di sorta, né quanto al *se mettere a disposizione i dati*, né quanto al *come farlo*⁴⁵.

⁴² Sul punto, si veda G. CARULLO, *Piattaforme digitali e interconnessione informativa nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, in *Federalismi.it*, n. 19/2023, pp. 110-127.

⁴³ Cfr. art. 23, comma 3 del nuovo Codice dei contratti pubblici.

⁴⁴ Cfr. art. 26 del nuovo Codice dei contratti pubblici.

⁴⁵ Infatti, « [tutti] i soggetti (...) coinvolti nell'attività relativa al ciclo di vita dei contratti, ove non già accreditati alla piattaforma di cui all'articolo 50-ter del predetto codice decreto legislativo n. 82 del 2005, sono tenuti ad accreditarsi alla predetta piattaforma di cui all'articolo 50-ter del decreto legislativo n. 82 del 2005, nonché alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici, a sviluppare le interfacce applicative e a rendere disponibili le proprie basi dati, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e nel rispetto delle linee guida dell'Agenzia per l'Italia digitale (AGID) in materia di interoperabilità» (art. 26, comma 3 del nuovo Codice dei contratti, enfasi aggiunta).

4. *Digitalizzazione “complessa” e regime dei dati personali*

Alla luce degli scenari descritti, è anche possibile apprezzare l'impatto del regime giuridico volto a tutelare i dati personali (ma anche ad assicurare i presupposti di liceità per la loro circolazione all'interno del sistema pubblico) sulla loro fruibilità all'interno del sistema. Con riferimento ai presupposti di liceità del trattamento (posto in essere per l'esercizio di funzioni pubbliche), in vigenza dello standard che possiamo definire come “*strict legality rule*”⁴⁶ (nel quale, affinché il trattamento sia lecito, occorre che sia il legislatore a prevedere esplicitamente quali tipologie di dati personali possono essere trattati e quali trattamenti possono essere effettuati), la *circolazione* dei dati, funzionale a processi di digitalizzazione multi-agency, è attivabile solo se e nella misura in cui essa è prefigurata esplicitamente nella norma che disciplina la funzione, mentre *in caso contrario* la circolazione è essenzialmente vietata (con ripiegamento necessitato sulla sola dimensione *single-agency*). Diversamente, in presenza dello standard che possiamo definire come caratterizzato dalla “*necessary clause*” (nel quale sono invece *leciti tutti i trattamenti dei dati personali che risultano necessari per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico*, anche se non espressamente previsti e disciplinati dal legislatore), i processi di *digitalizzazione complessa* risultano più direttamente attingibili, dal momento che le amministrazioni sono legittimate a scambiare (anche) i dati personali (pure in assenza di una espressa autorizzazione legislativa), nella misura in cui tale trattamento (lo scambio) nonché il trattamento posto in essere dall'amministrazione ricevente, siano necessari all'esercizio delle funzioni pubbliche.

Sotto questo profilo, vale la pena di apprezzare un evidente *isomorfismo*. Infatti, la norma che, nel CAD, regola la fruibilità dei dati («Qualunque dato trattato da una pubblica amministrazione, (...) nel rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali, è reso accessibile e fruibile alle altre amministrazioni *quando l'utilizzazione del dato sia necessaria per lo svolgimento dei compiti istituzionali dell'amministra-*

⁴⁶ Per una disanima dello standard legale della cd. *strict legality rule*, e per quello (richiamato poco più sotto nel testo) di *necessary clause*, sia consentito rinviare più ampiamente a B. PONTI, *Attività amministrativa e trattamento dei dati personali. Gli standard di legalità tra tutela e funzionalità*, Milano, FrancoAngeli, 2023.

zione richiedente»⁴⁷, risulta isomorfa a quella che regola il presupposto di liceità del trattamento dei dati personali (comuni) per finalità di interesse pubblico nel Codice privacy («il trattamento dei dati personali da parte di un'amministrazione pubblica (...) è anche consentito se necessario per l'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri ad esse attribuiti»⁴⁸). Dunque, la circostanza che un dato personale *sia necessario per l'esercizio di una funzione pubblica* è, al tempo stesso, presupposto per la fruizione da parte di una amministrazione che non ne sia titolare, e condizione di liceità del trattamento che ne consente in concreto tale fruizione.

5. *Questioni aperte e prospettive*

Il quadro normativo e le opzioni strategiche impostate con il PNRR hanno quindi indirizzato una digitalizzazione complessa (quella, cioè, che attiene alla integrazione tendenzialmente automatizzata delle operazioni di *back office*) non più solo *predicata* ma anche concretamente praticabile e praticata. Va però sottolineato che l'adeguamento al paradigma della standardizzazione e dell'interoperabilità non è per le amministrazioni «a costo zero»; esso implica non solo costi diretti (investimenti per infrastrutture, sistemi, *software* e aggiornamento/adattamento del personale) ma anche una sfida culturale di non poco momento. Sotto questo profilo, la spinta ed il carburante fornito dal PNRR risultano fondamentali: si tratterà quindi di fare in modo di spendere tutte le risorse rese disponibili, ed anche verificare (in corso d'opera) che tali stanziamenti risultino sufficienti allo scopo (e, se del caso, integrarli). Infatti, la trappola dell'invarianza di spesa è sempre dietro l'angolo⁴⁹.

Queste considerazioni, unitamente alla prevalenza della funzione di *coordinamento* esercitata in termini strategici *dal centro*, pone la questione dello spazio che effettivamente finisce per residuare all'impostazione e

⁴⁷ Cfr. art. 50, comma 2 del CAD, enfasi aggiunta.

⁴⁸ Cfr. art. 2-ter, comma 2, del d.lgs. n. 196/2003 (Codice privacy) così come risultante a seguito delle modifiche introdotte dal d.l. n. 139/2021, convertito in legge n. 205/2021, enfasi aggiunta.

⁴⁹ Infatti, anche nel nuovo Codice dei contratti, la norma che impone ai soggetti coinvolti nell'ecosistema dell'approvvigionamento digitale di accreditarsi alla PDND, di sviluppare le interfacce applicative e di rendere disponibili le proprie basi dati, contempla la consueta formula di invarianza finanziaria («senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica», art. 23, comma 3).

alla realizzazione di processi di digitalizzazione “complessa” che non siano guidati dalla progettazione (e dal finanziamento) statale/centrale (anche con riferimento alla leva fiscale). Sotto questo profilo, vale la pena di sottolineare come la dottrina abbia già evidenziato come il ruolo *differenziante* delle Regioni (in particolare, nella relazione con la rete locale delle amministrazioni meno attrezzate sotto il profilo organizzativo e finanziario) vada ricalibrato nel senso del contributo alla «migliore capacitazione del sistema territoriale»⁵⁰.

Va poi richiamata l'attenzione su una circostanza che chiama il rapporto tra le fonti. Nell'architettura della PDND⁵¹, infatti, l'amministrazione che intende *fruire* dei dati messi a disposizione da una amministrazione *fornitore*, tramite API, deve possedere certi requisiti di fruizione. La formulazione di questi requisiti, da parte dell'amministrazione fornitrice, è funzionale alla verifica del titolo di legittimazione *all'uso di quei dati* in capo all'amministrazione fruitrice⁵². Dunque, nella formulazione e nella verifica del possesso dei requisiti di fruizione si scarica il controllo del nesso di strumentalità dei dati all'esercizio della funzione pubblica (come pure, del titolo di legittimazione al trattamento dei dati personali). Si tratta di un aspetto particolarmente interessante, perché comporta una *standardizzazione* – in applicazione di regole tecniche, ed a fini di automazione – *di elementi tipici della legalità sostanziale, organizzativa e procedimentale*, secondo una dinamica che appare consustanziale a processi di digitalizzazione “complessa”, *multi-agency*, e di sistema.

⁵⁰ Sul punto, cfr. E. CARLONI, *La differenziazione attesa, la differenziazione praticata: spunti su autonomie regionali e digitalizzazione pubblica*, cit.; nonché, più in generale, sulle prospettive del livello di governo regionale, anche nella relazione col tessuto delle amministrazioni territoriali, si vedano G. GARDINI, C. TUBERTINI, *L'amministrazione regionale*, Torino, Giappichelli, 2022, in part. p. 483 ss.

⁵¹ I meccanismi di fruizione dei dati, nell'ambito della PDND, sono definiti (in applicazione dell'art. 50-ter, comma 2 del CAD) «Linee Guida sull'infrastruttura tecnologica della Piattaforma Digitale Nazionale Dati per l'interoperabilità dei sistemi informativi e delle basi di dati», adottate da AGID con determinazione n. 627/2021.

⁵² Il meccanismo di verifica del possesso dei requisiti di fruizione è descritto nel par. 6 («Gestione degli Attributi degli Aderenti») delle Linee guida di cui alla nota precedente. I requisiti di fruizione sono definiti al par. 4.13 («Associati da ogni Erogatore a ciascun e-service pubblicato sul Catalogo API, [i Requisiti di Fruizione] indicano gli Attributi degli Aderenti che un Fruitore deve possedere per poter fruire dell'e-service. Gli Erogatori utilizzano gli Attributi degli Aderenti presenti nel Registro degli Attributi per definire i Requisiti di Fruizione degli e-service»).

Una standardizzazione nella quale il nesso di strumentalità che abilita (e legittima) la circolazione e l'integrazione delle banche dati è reso operativo in accordo a procedure e sistemi delineati mediante l'adozione di cd. *regole tecniche*.

Più in alto, abbiamo messo a tema lo scenario dell'amministrazione fornitore di risorse informative verso l'esterno (scenario n. 2), in un contesto che – in linea generale – privilegia la creazione di valore conoscitivo nell'ambito del mercato. Più di recente, tuttavia, si avvertono i segnali per un ritorno all'amministrazione anche come “consumatore” o “fruitore” qualificato di dati, anche di quei dati che sono *prodotti, formati e raccolti* al di fuori del sistema pubblico (e, quindi, nel mercato). Sotto questo profilo, nella proposta di regolamento cd. *Data Act*⁵³ si colgono indicazioni contrastanti. Per un verso, la proposta sembra effettivamente idonea a “riattivare” un canale (*obbligatorio*) di condivisione dei dati nella direzione opposta a quella descritta nello scenario n. 2, ossia *dal mercato verso gli enti del settore pubblico*⁵⁴. Dall'altro, il testo della proposta sembra limitare questa ipotesi ai soli casi in cui tale accesso (ai dati detenuti dalle imprese) sia giustificato da situazioni di *emergenza* o di *necessità eccezionale* degli enti pubblici⁵⁵, quasi a “confermare” che il consumatore preferenziale di dati resta il settore privato⁵⁶. Qualora il

⁵³ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (normativa sui dati), COM/2022/68 final.

⁵⁴ Come si legge nella relazione alla proposta di regolamento, «Il Parlamento europeo ha invitato la Commissione a definire le circostanze, le condizioni e gli incentivi in base a cui il settore privato dovrebbe essere obbligato a condividere i dati con il settore pubblico, per esempio in ragione della necessità di tali dati per l'organizzazione di servizi pubblici basati sui dati, e ad esaminare anche i regimi di condivisione obbligatoria di dati tra impresa e pubblica amministrazione, per esempio in casi di forza maggiore».

⁵⁵ Ai sensi dell'art. 14 della proposta formulata dalla Commissione («Obbligo di mettere a disposizione i dati sulla base di necessità eccezionali»): «Su richiesta, il titolare dei dati mette i dati a disposizione di un ente pubblico o di un'istituzione, un'agenzia o un organismo dell'Unione che dimostri la necessità eccezionale di utilizzare i dati richiesti». Il successivo art. 15 fornisce poi una elencazione (ed una definizione) delle condizioni che integrano la «necessità eccezionale di utilizzare i dati richiesti».

⁵⁶ E, in effetti, questa proposta è (soprattutto) l'esito dell'esperienza maturata durante la gestione della pandemia da Covid-19, in cui si è manifestata in diversi contesti la necessità che i poteri pubblici potessero accedere e disporre di dati personali generati e raccolti nel mercato: cfr. C. DUCUING ET AL, *White Paper on the Data Act Proposal* (October 26, 2022), <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4259428>

processo normativo giungesse a conclusione con l'approvazione definitiva di tale proposta, sarà fondamentale – innanzitutto – verificarne il testo finale per comprendere se la direzione intrapresa è effettivamente innovativa, come appare poter essere, nel senso di un ritorno in auge della categoria di informazione di interesse pubblico (*private data of general interest*)⁵⁷.

Three Scenarios of Advanced Administrative Digitisation: From Promised Interoperability to Applied Standardisation

Benedetto Ponti

Abstract: Muovendo dall'assetto costitutivamente pluralistico del sistema amministrativo, il saggio tratteggia il ruolo che i dati svolgono, come risorsa per la digitalizzazione, a seconda che questa risorsa sia posta a servizio dell'amministrazione che detiene i dati, del mercato, ovvero del sistema pubblico complessivamente inteso. I doveri connessi alla titolarità dei dati acquistano contenuti più esigenti e vincolanti per le amministrazioni, a seconda dello scenario considerato. Ciò consente di verificare la relazione che intercorre tra le condizioni di fattibilità di processi di digitalizzazione complessa e lo "spessore" dei doveri posti in capo al titolare dei dati, come nel caso – preso a modello di riferimento – del ciclo di vita integralmente digitale dei contratti pubblici, disegnato dal d.lgs. n. 36/2023. Dopo aver evidenziato l'interazione con il regime di tutela dei dati personali, il saggio si chiude con alcune considerazioni in prospettiva.

Abstract: Starting from the inherently pluralistic framework of the Italian administrative system, the essay outlines the role that data play, as an asset for digitisation, depending on whether this resource is put at the service of the administration holding the data, of the market, or the

⁵⁷ Cfr. Commissione europea, Direzione Generale Reti di comunicazione, contenuti e tecnologie *Towards a European strategy on business-to-government data sharing for the public interest: final report prepared by the High-Level Expert Group on Business-to-Government Data Sharing* (2021), ma già F. MERLONI, *Sull'emergere della funzione di informazione nelle pubbliche amministrazioni*, in Id. (a cura di), *L'informazione delle pubbliche amministrazioni*, Rimini, Maggioli, 2002, pp. 15-86.

public sector as a whole. The duties related to data ownership become more demanding and binding for public administrations, depending on the scenario considered. This conceptual framework allows to verify the relationship between the conditions of the feasibility of complex digitisation processes and the “thickness” of the duties imposed on the data owner, as in the case - taken as a reference model - of the fully digital life cycle of public contracts, designed by Legislative Decree No 36/2023. After highlighting the interaction with the personal data protection regime, the essay closes with some forward-looking comments.

Parole chiave: pluralismo amministrativo; interoperabilità; digitalizzazione; titolarità dei dati; fruibilità dei dati; standardizzazione

Keywords: Administrative Pluralism; Interoperability; Digitization; Data Ownership; Data Availability; Standardization

Note e commenti

Il concetto di servizio pubblico locale nel d.lgs. n. 201/2022 di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: una visione critica

Joaquín Tornos Mas*

1. Il concetto di servizio pubblico locale

Che cos'è un servizio pubblico e, più specificamente, che cos'è un servizio pubblico locale? Si tratta di un concetto centrale all'interno del diritto amministrativo, che negli ultimi anni si è rinnovato grazie agli apporti del diritto comunitario. Un concetto giuridico che, come ha affermato Tomas Ramon Fernandez, si è evoluto nel tempo, ma risulta ancora confuso, perché l'ampiezza di cui si vuole dotare finisce per provocare «una nebbia che non permette di distinguere i contorni della figura»¹. Più di recente, la dottrina spagnola ha affermato che «tra le maggiori carenze dell'attuale legislazione basica sugli enti locali che si ripercuotono sull'erogazione di attività e servizi pubblici c'è la mancata definizione del concetto di competenza locale e l'imprecisione della nozione stessa di servizio pubblico, che ancora oggi crea dubbi e posizioni contrastanti sulla procedura concretamente stabilita per la sua attuazione e per la modifica delle modalità di gestione»². Anche in Italia è stato recentemente affermato che «il problema relativo alla definizione del concetto di ser-

* Già Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Barcellona

¹ T.R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *Del servicio público a la liberalización, desde 1950 hasta hoy*, in *Revista de administración pública* (RAP), 150, 1999, p. 57 ss.

² E. MONTROYA MARTÍN, *Algunas reflexiones sobre los servicios públicos de iniciativa económica local: balance después de diez años de aprobación de la LRSAL*, in *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época* (REALA), 19, 2023, p. 22 ss.. Si veda anche E. MALARET GARCÍA, *Servicios públicos, funciones públicas, garantía de los derechos de los ciudadanos*, in RAP, 145, 1998, pp. 49-88. Più recentemente, N. MAGALDI, *Actividad de prestación y garantía*, nel volume collettivo, in F. VELASCO CABALLERO, M. MERCÉ DARNACULETA I GARDELLA, *Manual de derecho Administrativo*, Madrid, 2023, p. 570 afferma: «È tuttavia praticamente impossibile fornire una definizione accettata dalla maggioranza della dottrina di ciò che si deve intendere con l'espressione "servizio pubblico"». La suddetta autrice propone quindi di abbandonare questo concetto e di parlare di «attività di prestazione e garanzia».

vizio pubblico locale è strettamente connesso a quello che coinvolge la nozione stessa di servizio pubblico in generale, ed appare anch'essa tra quelle più tormentate cui la scienza del diritto amministrativo ha dedicato particolare attenzione»³.

La difficoltà di costruire una precisa nozione giuridica di servizio pubblico risiede probabilmente nella natura marcatamente politica di questo concetto, considerato che il servizio pubblico è stato legato alla finalità stessa dei poteri pubblici, in particolare dalla dottrina francese. In ogni caso, ciò che è certo è che ci troviamo di fronte a un concetto impreciso e diversificato all'interno dei Paesi europei. Tuttavia, tale imprecisione non deve indurci a rinunciare a ricercarne una definizione, in quanto si tratta di un concetto direttamente legato allo scopo dei poteri pubblici di garantire la prestazione di servizi essenziali per la vita dei cittadini e della comunità, scopo che legittima la loro esistenza, e anche l'esistenza del diritto pubblico.

La recente approvazione in Italia del decreto legislativo di Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica del 23 dicembre 2022, n. 201, in cui la nozione di servizio pubblico locale è direttamente collegata alla definizione europea di servizio di interesse economico generale (SIEG), costituisce l'occasione per confrontare questo concetto con la disciplina dei servizi pubblici locali in Spagna e per svolgere alcune considerazioni sulla scelta del legislatore italiano di utilizzare un concetto giuridico – quello di SIEG – che, a nostro avviso, pone problemi importanti se applicato alla necessaria costruzione giuridica di ciò che i servizi pubblici locali dovrebbero essere nella società odierna.

2. I servizi pubblici locali nel diritto spagnolo

L'attuale legge generale in materia di governo locale, la l. n. 7/1985 del 2 aprile 1985 (*Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, LBRL), definisce i servizi pubblici locali in modo molto ampio. Così, il primo comma dell'articolo 25 stabilisce che «il Comune, per la gestione dei propri interessi e nell'ambito delle proprie competenze, può promuovere attività ed erogare servizi pubblici che contribuiscano a soddisfare i biso-

³ M. DUGATO, *Servizi pubblici locali*, in *Enciclopedia del diritto*, I Tematici III, Torino, 2022, p. 1086.

gni e le aspirazioni della comunità locale nei termini stabiliti dal presente articolo». D'altra parte, l'articolo 85 stabilisce che «i servizi pubblici locali sono quelli prestati dagli enti locali nell'ambito delle loro competenze». Pertanto, il concetto di servizio pubblico utilizzato dalla LBRL equivale a tutte le attività che il Comune può esercitare in virtù delle proprie competenze per soddisfare i bisogni e le aspirazioni della comunità locale. In realtà, questo concetto ampio non consente di individuare un regime giuridico specifico per le varie attività che possono rientrarvi. Per questo motivo, la legge stessa e la giurisprudenza hanno cercato di costruire un concetto più preciso di cosa si debba intendere per servizio pubblico locale e delle diverse forme di erogazione dei servizi ai cittadini. Da un lato, la stessa legge stabilisce una serie di servizi obbligatori⁴. In questo modo, la legge fondamentale sul governo locale determina con precisione quali servizi devono essere forniti dai Comuni (con un regime differenziato a seconda della popolazione). Si tratta di servizi riservati

⁴ L'art. 26 stabilisce che «1. I comuni devono assicurare, in ogni caso, i seguenti servizi:

a) In tutti i comuni: illuminazione pubblica, cimitero, raccolta dei rifiuti, pulizia delle strade, erogazione di acqua potabile per uso domestico, fognature, accesso ai centri abitati e pavimentazione delle strade pubbliche.

b) Nei comuni con una popolazione superiore a 5.000 abitanti, inoltre: parco pubblico, biblioteca pubblica e trattamento dei rifiuti.

c) Nei Comuni con una popolazione superiore ai 20.000 abitanti, inoltre: protezione civile, valutazione e informazione sulle situazioni di bisogno sociale e attenzione immediata alle persone in situazione o a rischio di esclusione sociale, prevenzione ed estinzione degli incendi e impianti sportivi pubblici.

d) Nei comuni con una popolazione superiore a 50.000 abitanti, inoltre: trasporto pubblico urbano di passeggeri e ambiente urbano.

2. Nei comuni con una popolazione inferiore a 20.000 abitanti, la Giunta provinciale (l'organo di governo della Provincia) o un organo equivalente coordinerà la fornitura dei seguenti servizi:

a) Raccolta e trattamento dei rifiuti.

b) Fornitura di acqua potabile alle famiglie e smaltimento e trattamento delle acque reflue.

c) Pulizia delle strade.

d) Accesso ai centri abitati.

e) Pavimentazione delle strade urbane.

f) Illuminazione stradale».

L'articolo 86.2 stabilisce poi che «le seguenti attività o servizi essenziali sono dichiarati riservati a favore degli Enti Locali: fornitura e depurazione dell'acqua domestica; raccolta, trattamento e utilizzo dei rifiuti; trasporto pubblico di passeggeri, in conformità con le disposizioni della legislazione settoriale applicabile. Lo Stato e le Comunità autonome, nell'ambito delle rispettive competenze, possono stabilire per legge una riserva identica per altre attività e servizi.

L'effettivo svolgimento di queste attività in regime di monopolio richiede, oltre all'approvazione dell'assemblea plenaria dell'ente locale corrispondente, l'approvazione dell'organo competente della Comunità Autonoma».

agli enti locali, esclusi in linea di principio dal mercato (servizi pubblici in senso stretto). La loro prestazione è un obbligo dell'autorità locale, che ha la responsabilità di garantire che essa avvenga secondo i principi di economicità, qualità e continuità.

Pertanto, la legge crea servizi obbligatori che sono esclusi dal mercato. I cittadini possono richiedere l'effettiva prestazione di questi servizi all'autorità locale, che è titolare del servizio e responsabile della sua erogazione. L'articolo 18.1.g stabilisce che «1. I diritti e i doveri dei residenti sono: g) Richiedere la prestazione e, se del caso, l'istituzione del servizio pubblico corrispondente, nel caso in cui esso costituisca una competenza comunale di natura obbligatoria». Se il Comune non dà seguito alla richiesta del cittadino, adducendo una mancanza di fondi di bilancio, il cittadino può impugnare i successivi bilanci comunali per chiedere che vengano inseriti i fondi necessari per la erogazione del servizio richiesto. Secondo questi precetti, il servizio pubblico locale può essere identificato con il servizio pubblico soggettivo, in quanto riservato esclusivamente alla titolarità locale⁵. L'aspetto importante è che questo concetto ha due conseguenze giuridiche rilevanti. Un'attività economica è stata esclusa dal mercato e la responsabilità della sua erogazione in condizioni di economicità, continuità e qualità spetta all'autorità locale. D'altra parte, la sua forma di gestione può essere diretta o indiretta, in quest'ultimo caso, attraverso le procedure di evidenza pubblica tipiche dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione. In questo modo, l'esclusione dell'attività dal mercato consente la concorrenza attraverso il mercato. L'articolo 85 elenca poi le diverse forme di gestione dei servizi pubblici locali⁶, permettendo di distinguere tra due diversi momenti che riguar-

⁵ Nella dottrina spagnola, la nozione soggettiva, che identifica il servizio pubblico con un'attività di titolarità dell'amministrazione, è quella maggioritaria: v. J. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo I*, 2ª ed., Madrid 2009, p. 304; M. SÁNCHEZ MÓRON, *Derecho administrativo*. Parte General, 7ª ed., Madrid 2011, p. 766; G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Sistema de derecho administrativo*, 1ª ed. Cizur Menor, 2012, p. 420; J. ESTEVE PARDO, *Lecciones de derecho administrativo*, 3ª ed., Madrid, 2013. In precedenza, lo stesso concetto di servizio pubblico si trova nell'opera di F. GARRIDO FALLA, *El concepto de servicio público en el derecho español*, in *RAP*, 135, 1994, p. 21.

⁶ «1. I servizi pubblici locali sono quelli forniti dagli enti locali nell'ambito delle loro competenze.

2. I servizi pubblici di competenza locale devono essere gestiti nel modo più sostenibile ed efficiente tra quelli elencati di seguito:

A) Gestione diretta:

dano il rapporto tra il settore pubblico e quello privato: la creazione del servizio e la determinazione della sua modalità di erogazione. Da un lato, la creazione di un servizio pubblico riservato ai Comuni esclude queste attività di servizio dal mercato, ma il settore privato può accedere alla gestione di queste attività attraverso un contratto pubblico. Secondo l'attuale legislazione spagnola sugli appalti, la l. n. 9/2017, l'accesso può avvenire attraverso un contratto di concessione di servizi, se esiste un rischio operativo, o attraverso un appalto di servizi «che comportano servizi diretti al pubblico», disciplinato dall'articolo 312 (nella precedente legislazione sui contratti della pubblica amministrazione, entrambi i contratti erano inclusi nella categoria dei contratti di gestione di servizi pubblici).

L'articolo 284.2 della legge sui contratti specifica che «prima di procedere alla concessione di servizi, nei casi in cui si tratti di servizi pubblici, deve essere stato stabilito il suo regime giuridico, che stabilisce espressamente che l'attività in questione è assunta dalla rispettiva amministrazione come propria, determina l'ambito dei benefici a favore degli amministrati e regola gli aspetti di natura giuridica, economica e amministrativa relativi alla fornitura del servizio»⁷. Pertanto, le forme di gestione sono legate

- a) Gestione da parte dell'Autorità locale stessa.
- b) Ente autonomo locale.
- c) Ente pubblico economico locale.
- d) società commerciale locale, il cui capitale sociale è di proprietà pubblica.

Le forme previste alle lettere c) e d) possono essere utilizzate solo se viene dimostrato, attraverso una relazione giustificativa appositamente redatta, che esse sono più sostenibili ed efficienti rispetto alle forme previste alle lettere a) e b), a tal fine devono essere presi in considerazione i criteri di redditività economica e di recupero dell'investimento. Inoltre, la relazione che giustifica la consulenza ricevuta deve essere inclusa nel fascicolo che sarà sottoposto all'approvazione dell'Assemblea plenaria e che comprenderà le relazioni sul costo del servizio, nonché il supporto tecnico ricevuto, che dovrà essere pubblicizzato. A tal fine, si richiederà una relazione al controllore locale che valuterà la sostenibilità finanziaria delle proposte presentate, in conformità con le disposizioni dell'articolo 4 della legge organica n. 2/2012, del 27 aprile, sulla stabilità di bilancio e la sostenibilità finanziaria.

B) Gestione indiretta, attraverso le diverse forme previste per i contratti di gestione dei servizi pubblici nel testo rivisto della legge sui contratti del settore pubblico, approvata dal Regio decreto legislativo n. 3/2011, del 14 novembre».

⁷ Nello stesso senso, l'articolo 312 lo stabilisce per gli appalti di servizi che comportano servizi diretti a favore dei cittadini: «Gli appalti di servizi che comportano servizi diretti a favore dei cittadini devono soddisfare i seguenti requisiti:

a) Prima di procedere all'appalto di un servizio di questa natura, deve essere stato stabilito il suo regime giuridico, che dichiara espressamente che l'attività in questione è assunta dalla rispet-

all'esistenza di un servizio pubblico, di un'attività a titolarità amministrativa. Solo in questo caso si discute se la gestione debba essere diretta o indiretta.

In base a quanto sopra, in linea di principio, a nostro avviso, in ambito locale è possibile parlare di servizio pubblico solo con riferimento a quelle attività economiche che sono state oggetto di riserva o di pubblicizzazione. La riserva viene effettuata in virtù del legame tra l'attività di servizio e l'interesse generale, che ne giustifica l'esclusione dal mercato e la correlativa assunzione di responsabilità per la sua erogazione da parte dell'amministrazione locale⁸.

In questo processo di istituzione di servizi pubblici locali, occorre fare un'ulteriore precisazione. Una volta istituito il servizio pubblico, è necessaria una successiva decisione dell'autorità locale, in virtù della quale essa decide di assumere effettivamente la prestazione del servizio, il che significa dare attuazione alla riserva ed escludere l'iniziativa economica privata: la dottrina spagnola parla al riguardo di municipalizzazione del servizio. Pertanto, un servizio pubblico locale può esistere in virtù della sua riserva legale a favore dell'ente locale, ma quest'ultimo può non averne assunto l'effettiva fornitura perché non ha effettuato la municipalizzazione, ovvero la definitiva assunzione della garanzia di questa prestazione, escludendo la libera iniziativa economica, fatta salva la successiva decisione sulla sua forma di gestione, diretta o indiretta⁹.

In base a questa interpretazione, si può concludere che, in linea di principio, i servizi pubblici locali sono quelli dichiarati come tali dagli articoli 26 e 86 della LBRL. Tutte queste attività materiali, secondo quanto stabilito dalla legge fondamentale del governo locale, sono servizi pubblici di titolarità e responsabilità comunale.

tiva amministrazione come propria, determini l'ambito delle prestazioni a favore delle parti amministrative e regoli gli aspetti giuridici, economici e amministrativi relativi alla fornitura del servizio.

⁸ J. TORNOS MAS, *Liberalización de los servicios públicos locales y modalidades de acción local en los servicios liberalizados*, in *REALA*, 7, 2017 e I. DEL GUAYO CASTIELLA, *Nuevo régimen jurídico de los servicios públicos locales tras la ley n°27/2013 de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la Administración local*, in *REALA*, 2, 2014.

⁹ Nello stesso senso J. ORTEGA BERNARDO, *Competencias, servicios públicos y actividad económica de los municipios*, in *RAP*, 169, 2006, p. 67. Si veda anche P. MENÉNDEZ GARCÍA, *Una interpretación renovada de la reserva de servicios esenciales en favor de las entidades locales*, in *Revista española de derecho administrativo (REDA)*, 89, 1996, pp. 183-212.

Questo concetto di servizio pubblico in senso stretto implica l'adozione di una prima decisione che incide direttamente sul rapporto pubblico-privato, poiché istituendo un servizio pubblico, questa attività viene esclusa dal mercato. Tuttavia, ciò apre immediatamente un altro dibattito sul rapporto pubblico-privato, incentrato in questo caso sulle forme di gestione e sulla scelta tra gestione privata o pubblica. Questo dibattito si è evoluto nel tempo ed è stato segnato da tensioni ideologiche. La legislazione spagnola, come si è detto, prevede che la scelta della forma di gestione sia effettuata sulla base di criteri di efficacia ed efficienza; ma va sottolineato che di recente si è molto insistito per un ritorno alla gestione pubblica dei servizi pubblici locali (almeno di alcuni di essi, come l'approvvigionamento idrico). In breve, questo è ciò che si intende con la nuova parola d'ordine della "rimunicipalizzazione". Con questo concetto si vuole dare un nome al recupero della gestione diretta di molti servizi locali, attualmente erogati attraverso formule di gestione indiretta. È quindi più corretto parlare di questa pratica come "reinternalizzazione" dei servizi pubblici locali, poiché la modifica della modalità di gestione non implica in ogni caso una nuova municipalizzazione (ovvero, un atto di assunzione)¹⁰, in quanto questi servizi non hanno mai cessato di essere servizi a titolarità pubblica.

Sulla base di quanto detto, si può trarre una prima conclusione. Nel diritto spagnolo, i servizi pubblici locali sono attività che possono avere un contenuto economico e che fanno parte delle competenze materiali locali. Alcuni di questi servizi sono di titolarità locale, cioè sono riservati alle autorità locali dalla legge di base del regime locale e alle autorità locali è imposto l'obbligo di garantirne l'erogazione secondo il regime giuridico di un servizio pubblico. La riserva della titolarità non implica la riserva della loro gestione, poiché questa può essere effettuata direttamente o indirettamente.

Tuttavia, riteniamo che questa categoria giuridica, il servizio pubblico in senso stretto, quello creato dalla LBRL, non esaurisca tutta la realtà dei

¹⁰ Su questo dibattito si veda, J. TORNOS MAS, *La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales*, in *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 58-59, 2016, pp. 32-40, e H. WOLLMANN, *La experiencia de los ordenamientos europeos ¿ un retorno a las gestiones públicas municipales?*, in *Cuadernos de derecho local*, 31, 2013, pp. 70-80.

servizi economici di interesse generale in cui intervengono gli enti locali; è dunque vero che il concetto di servizio pubblico locale è più ampio. A questo proposito, va ricordato che l'articolo 25 della LBRL esprime un concetto di servizio pubblico locale genericamente legato alle competenze locali¹¹. Pertanto, nell'ambito materiale delle proprie competenze riconosciute dalla legge, l'ente locale può decidere che l'esercizio di alcune di queste competenze sia svolto come servizio pubblico, il che significa assumersi la responsabilità di garantire che questa particolare prestazione sia svolta alle condizioni di un servizio pubblico. In questi casi, l'elenco dei servizi pubblici locali viene ampliato. Oltre ai servizi obbligatori, istituiti e garantiti dalla legge, nei diversi comuni possono comparire servizi assunti volontariamente per decisione politica dell'autorità locale, se questa ritiene che un determinato servizio sia di interesse generale per la comunità locale. Oltre alla natura volontaria, questi servizi in linea di principio hanno anche la caratteristica di non essere servizi riservati esclusivamente all'ente locale. Saranno quindi erogati in collaborazione con il settore privato, ma non su base competitiva, bensì in un regime di titolarità pubblica tipico di un servizio pubblico. Anche questi servizi possono essere gestiti direttamente o indirettamente. Un esempio è il caso dei parcheggi pubblici. La competenza in materia di pianificazione del traffico può giustificare la creazione di questo servizio pubblico che, in quanto tale, coesisterà con i parcheggi privati. In questo senso, la Corte Suprema si è espressa nella sentenza del 6 maggio 1999, ricorso n. 2298/1993, relatore Lescure Martín. Per la Corte, «il concetto restrittivo di servizio pubblico su cui si basa la sua argomentazione, coincidente con il significato speciale di servizio pubblico essenziale, cioè di settori di attività riservati in linea di principio, con o senza monopolio, all'iniziativa e alla gestione dell'ente pubblico (si veda

¹¹ L'articolo 25, commi 3 e 4, stabilisce che «3. Le competenze comunali nelle materie di cui al presente articolo sono determinate dalla legge e l'adeguatezza dell'attuazione dei servizi locali è valutata in base ai principi di decentramento, efficienza, stabilità e sostenibilità finanziaria. 4. La legge di cui alla sezione precedente deve essere accompagnata da una relazione economica che rifletta l'impatto sulle risorse finanziarie delle Amministrazioni pubbliche interessate e il rispetto dei principi di stabilità, sostenibilità finanziaria ed efficienza del servizio o dell'attività. La legge deve prevedere lo stanziamento delle risorse necessarie a garantire la sufficienza finanziaria degli Enti Locali senza che ciò comporti, in nessun caso, maggiori spese da parte delle Amministrazioni Pubbliche».

l'art. 128.2 CE), non è compatibile con il concetto giuridico dell'art. 85.1 della l. n. 7/1985, del 2 aprile, che regola i fondamenti del regime locale, secondo cui «i servizi pubblici locali sono quelli che tendono a realizzare i fini indicati come di competenza degli Enti Locali», evidenziando la chiara connessione che il servizio di parcheggio pubblico mantiene con la competenza sull'«organizzazione del traffico di veicoli e persone sulle strade urbane», che l'articolo 25.2 b) della stessa legge attribuisce ai Comuni. *E ciò senza dimenticare che questo stesso precetto descrive in termini generali la competenza comunale* includendovi la fornitura di «qualsiasi servizio pubblico che contribuisca a soddisfare le esigenze e le aspirazioni della comunità di quartiere», non potendo ignorare che tra le esigenze attuali della popolazione urbana vi è la fornitura di servizi di parcheggio pubblico. Per quanto riguarda la giurisprudenza, a differenza dell'unica sentenza citata nel motivo, che allude alla nozione rigorosa di servizio pubblico di cui sopra, esiste un'abbondante giurisprudenza che qualifica specificamente come servizio pubblico comunale l'attività di parcheggio pubblico fornita da privati in regime di concessione su suolo pubblico. A questo proposito, oltre alla sentenza del 27 luglio 1983 citata dal ricorrente, possono essere citate le sentenze dell'8 novembre 1990 e dell'11 marzo e 12 giugno 1991, e quelle ivi citate.

In questo caso, secondo la Corte Suprema, un servizio pubblico è «qualsiasi servizio pubblico che contribuisca a soddisfare i bisogni e le aspirazioni della comunità locale». Se c'è un interesse generale, cioè se si tratta di soddisfare i bisogni e le aspirazioni della comunità locale, possiamo riconoscere che siamo di fronte a un servizio pubblico e possiamo applicare il regime dei servizi pubblici a questa attività.

Oltre al caso dei parcheggi, si possono citare altri servizi, come la creazione di impianti sportivi nei comuni con meno di 20.000 abitanti (in quelli con più di 20.000 abitanti è un servizio pubblico obbligatorio), scuole di lingua o di musica, asili nido, centri di assistenza sociale, case per anziani o assistenza domiciliare.

Si tratta, quindi, di veri e propri servizi pubblici assunti come tali dall'autorità locale quando ritiene che la loro fornitura sia legata a uno scopo di interesse generale. Non sono obbligatori secondo la LBRL, né escludono l'iniziativa privata, ma saranno forniti in un regime giuridico di servizio pubblico e con il sostegno materiale e finanziario dell'ente locale.

Una categoria diversa è quella dei cosiddetti servizi impropri o attività regolamentate. Si tratta di servizi di interesse generale, ma che vengono forniti all'interno del mercato in conformità a regole pubbliche riguardanti l'accesso e la forma di fornitura. Non si tratta di attività di servizio pubblico, in quanto l'amministrazione non si assume la responsabilità della fornitura, né prevede l'accesso a tali servizi mediante un contratto di servizio o di concessione di servizi. Si tratta di attività private, ma nella misura in cui incidono su finalità di interesse generale, sono intensamente regolate dall'amministrazione. Non si tratta di una concessione, ma di un'autorizzazione, che deve essere rilasciata in regime di concorrenza nel caso di autorizzazioni con un numero limitato.

Un buon esempio di questa attività regolamentata è il servizio taxi. In Spagna il servizio taxi è stato regolamentato a livello statale solo nel 1964 e fin dall'inizio è stato classificato in dottrina come un servizio di interesse generale o per il pubblico. In realtà, ci troviamo di fronte a un'attività privata fortemente regolamentata perché consiste nella fornitura di un servizio che, pur non essendo un servizio pubblico, è di interesse generale, e per questo definito anche servizio pubblico improprio (concetto italiano) o servizio pubblico virtuale (concetto francese). In questo senso, il servizio taxi può essere descritto come un'attività economica al di fuori del mercato, la cui prestazione è garantita dall'amministrazione e alla quale si può accedere solo tramite autorizzazione amministrativa¹². In questo senso, nella sentenza n. 921/2018 del 4 giugno, ric. ordinario n. 438/2017, la Corte di Cassazione ha affermato che «il settore dei taxi, di competenza delle amministrazioni autonome e locali, pur non essendo un servizio pubblico in senso tecnico-giuridico, è sempre stato considerato un servizio di interesse generale, soggetto a un'intensa regolamentazione (anche tariffaria e di contingentamento del numero di licenze) al fine

¹² Nella dottrina spagnola, cfr. R. ENTRENA CUESTA, *El servicio del taxi*, in RAP, 1958, 42 e 45; J. SOCIAS CAMACHO, *La prestación del servicio de taxi y la libertad de empresa*, in *Revista de estudios de la vida local y autonómica*, n° 284, 2000, 733 e ss. Si v. anche V.M. TENA PIAZUELO, *El transporte urbano*, in *El derecho* de J. BERMEJO VERA, *Los transportes terrestres*, Barcellona, 1999, p. 214. D'altro lato, J. BOTELLA CARRETERO, *El régimen jurídico del servicio del taxi*, Valencia 2002, pp. 409-425, descrive il servizio taxi come un'attività privata fortemente intervenuta, e M. TARRÉS VIVES, *La regulación del taxi y legislación autonómica y derecho comparado*, Barcelona, 2006, 21, afferma che il taxi è un'attività privata di interesse generale.

di garantirne la qualità e la sicurezza, con requisiti che ne rendono più onerosa la prestazione».

In ogni caso, ciò che ci interessa sottolineare è che si tratta di un'attività privata di interesse generale, soggetta a una forte regolamentazione, ma non di un servizio pubblico. Per questo motivo l'accesso a questa attività avviene tramite autorizzazione e non tramite concessione. I cittadini non hanno il diritto di richiedere questo servizio (come invece hanno il diritto di richiedere il trasporto urbano). La legislazione settoriale può regolare questo servizio e può cercare di proteggerlo dagli altri servizi di trasporto con conducente, adducendo l'esistenza di motivi imperativi di interesse generale. A questo punto, la questione è la portata dell'intervento sulle attività private dal punto di vista del diritto comunitario¹³.

Il regime giuridico generale di queste attività si trova negli articoli 84 e 84 *bis* della LBRL. L'autorità locale esercita la sua funzione di regolamentazione di queste attività, non garantisce la loro prestazione¹⁴.

¹³ Nel diritto interno, le normative settoriali devono tenere conto delle disposizioni della l. n. 20/2013 del 9 dicembre 2013 sulla garanzia dell'unità del mercato, il cui articolo 5 stabilisce che «Le autorità competenti che, nell'esercizio dei rispettivi poteri, stabiliscono limiti all'accesso a un'attività economica o al suo esercizio, o impongono il rispetto di requisiti per lo sviluppo di un'attività, devono giustificare la loro necessità di salvaguardare un motivo imperativo di interesse generale tra quelli inclusi nell'articolo 3.11 della l. 17/2009, del 23 novembre, sul libero accesso alle attività di servizi e al loro esercizio. Qualsiasi limite o requisito stabilito in conformità con il paragrafo precedente deve essere correlato al motivo imperativo di interesse generale invocato e deve essere proporzionato in modo tale che non vi siano altri mezzi meno restrittivi o distortivi per l'attività economica». Gli articoli 16 e 17 stabiliscono le garanzie di libertà di stabilimento e di circolazione.

¹⁴ Questa diversità di concetti e di regimi giuridici è stata chiaramente illustrata nella sentenza della Corte Suprema (2 marzo 1979, RJ 1979/1175), che ha stabilito una precisa delimitazione del concetto di servizio pubblico locale: «come risulta dal sistema e dal contesto della Regolamentazione dei Servizi delle Corporazioni Locali, questi Enti svolgono una triplice attività di intervento, promozione e servizio pubblico, e quest'ultimo può essere gestito direttamente dalla Corporazione o fornito tramite concessione, locazione o convenzione, ma in ogni caso, affinché un'attività possa essere considerata un servizio pubblico, non è sufficiente che fornisca un'utilità al pubblico, altrimenti il concetto verrebbe snaturato, bensì deve trattarsi di un'attività tecnica, rivolta al pubblico, fornita su base regolare e continuativa, volta a soddisfare un bisogno pubblico, e la cui titolarità è attribuita a un ente pubblico. Ciò non osta al fatto che la gestione corrisponda a un privato, tutti elementi che servono a individuare quello che non è un servizio pubblico, ma semplicemente un servizio di interesse pubblico, espressione che comprende quelle attività la cui titolarità non corrisponde a un Ente Pubblico, ma che, pur rimanendo in mano a privati, sono destinate al pubblico e in cui il pubblico è il beneficiario, sono destinate al pubblico e in cui esiste un interesse pubblico in grado di giustificare un intervento amministrativo attraverso una regolamentazione di polizia, attività, insomma, note come servizi

Un altro caso, simile al precedente, è quello dei servizi liberalizzati. In questo caso, quello che era un servizio pubblico, un'attività riservata all'autorità locale, viene restituito al mercato per essere fornito in regime di libera concorrenza. Tuttavia, poiché questa attività può mantenere il suo legame con finalità di interesse generale, l'amministrazione può regolamentare le modalità di erogazione. Questo sarebbe simile al caso dell'attività regolamentata che abbiamo appena visto. Tuttavia, la particolarità di queste attività liberalizzate è che l'autorità locale non può riconvertirle in un servizio pubblico, poiché una legge statale di base le ha poste al di fuori del regime di servizio pubblico e della competenza dell'autorità locale a riprendere questo tipo di fornitura. L'ente locale può regolamentarle, può imporre obblighi di servizio pubblico all'ente privato e può fornire questi servizi in concorrenza con il settore privato in esercizio del principio della libera iniziativa economica, su un piano di parità con le imprese private che sono entrate in questo settore, ma non può riconvertirli in servizi pubblici di proprietà locale.

Un primo esempio è il caso dei servizi funebri, che erano contemplati nell'articolo 86 della LBRL come servizi riservati a favore degli enti locali fino all'approvazione del Regio decreto l. n. 7/1996, che ha liberalizzato la fornitura di servizi funebri eliminandoli dagli articoli 26.1-c e 86.3 della LBRL¹⁵. Questo cambiamento normativo ha avuto riflesso nella regolamentazione specifica di questa attività. Così, ad esempio, la l. catalana 2/1979 sui servizi funebri è arrivata a definire questi servizi come «servizi

pubblici impropri, che non sono oggetto di un accordo attraverso una delle procedure di selezione del contraente, ma sono soggette all'ottenimento di una preventiva autorizzazione amministrativa, servizi pubblici impropri di cui all'art. 1 n. 4 del Regolamento dei Servizi. 1 n. 4 del Regolamento dei servizi (che li definisce servizi di privati destinati al pubblico) e all'art. 17 dello stesso testo normativo (dove si parla di servizi di privati destinati al pubblico). 17 dello stesso corpo normativo (dove si parla di servizi privati forniti al pubblico), chiaramente diversi, quindi, dai servizi pubblici in senso stretto, il cui affidamento deve avvenire seguendo i canali stabiliti dal Regolamento sugli Appalti degli Enti Locali, e alla luce di quanto sopra, è evidente che la semplice ed elementare attività di installazione e noleggio dell'uso di sdraio, materassini e ombrelloni non costituisce un servizio pubblico, in senso tecnico, ma semplicemente un'attività fornita da privati, di pubblica utilità, e quindi, corporativamente intervenuta».

¹⁵ A questo proposito, si veda E. PARICIO RALLO, *Los servicios fúnebres en la nueva tipología de servicios municipales*, in *Quaderns de dret local (QDL)*, 33, 2013, pp. 77-89. Anche J. TORNOS MAS, *Liberalización de servicios públicos locales y modalidades de actuación local en los sectores liberalizados*, cit., pp. 103-114.

essenziali di interesse generale», ma non più come servizi pubblici, e ha modificato il regime di accesso a questa attività per le imprese private, poiché il regime di concessione è stato cambiato in quello di autorizzazione non contingentata.

Una seconda liberalizzazione ha riguardato i mercati comunali. La l. 27/2013, LRSAL, ha eliminato il riferimento ai mercati come servizi obbligatori per i comuni con più di 5.000 abitanti, come precedentemente stabilito dall'articolo 26.1-b della LBRL¹⁶.

In questo tentativo di categorizzare i concetti giuridici relativi ai servizi di contenuto economico, possiamo menzionare anche i servizi essenziali. I servizi essenziali sono menzionati nell'articolo 28 della Costituzione quando stabilisce che «è riconosciuto il diritto di sciopero dei lavoratori per la difesa dei loro interessi. La legge che regola l'esercizio di questo diritto deve stabilire le garanzie necessarie per assicurare il mantenimento dei servizi essenziali della comunità». Il precetto costituzionale ricorre a un concetto nuovo quando si tratta di stabilire i limiti del diritto di sciopero. Di fronte al dubbio se questo concetto debba essere identificato con quello di servizio pubblico, la Corte Costituzionale ha affermato che «il servizio essenziale non deve essere confuso con il servizio pubblico, avendo il primo una maggiore rilevanza a livello costituzionale ed una propria tutela nei confronti del diritto di sciopero» (SSTC 53/1986 e 8/1992)¹⁷.

Infine, dobbiamo fare riferimento al concetto di libera iniziativa economica, come attività di servizio a contenuto economico che le amministrazioni possono fornire su base competitiva e a parità di condizioni rispetto al settore privato. Questa attività esula dal concetto di servizio pubblico e dal concetto di SIEG, poiché quando si agisce in questo regime non si possono stabilire misure a favore dell'ente pubblico che limitino o con-

¹⁶ Sui mercati comunali si veda M.A GONZÁLEZ BUSTOS, *El servicio municipal de mercado de abastos tras la ley 27/2013 de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la administración local*, in T.FONT LLOVET- J.J. Díez SÁNCHEZ (a cura di), *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*, Madrid, 2017, pp. 189-204.

¹⁷ L'articolo 10 del d.l. n. 17/1997 stabilisce che «quando viene proclamato uno sciopero nelle aziende responsabili della fornitura di qualsiasi tipo di servizio pubblico o di riconosciuta e urgente necessità e sussistono circostanze particolarmente gravi, l'autorità governativa può concordare le misure necessarie per garantire il funzionamento dei servizi. Il Governo può anche adottare misure di intervento adeguate a tali scopi».

dizionino l'esercizio della libera attività privata. La Costituzione spagnola riconosce questo diritto alla libera iniziativa economica all'articolo 128. Questa iniziativa pubblica non è soggetta al principio di sussidiarietà, ma deve essere esercitata in piena concorrenza con l'iniziativa privata. In questo senso, si deve comprendere che esiste una chiara differenza tra i servizi pubblici (in cui il diritto della concorrenza subisce importanti modulazioni) e l'iniziativa economica comunale, che è pienamente soggetta al diritto generale della concorrenza. Alcune leggi regionali sul governo locale hanno approfondito la distinzione tra servizio pubblico e iniziativa economica. È il caso della legge andalusa 5/2010, dell'11 giugno, sull'autonomia locale, che distingue chiaramente tra «servizi locali di interesse generale» (art. 26) e «iniziativa economica locale», in cui l'ente locale corrispondente agisce in regime di «libera concorrenza» (art. 45.1). Analoga è la disciplina degli articoli 93 e 96 della legge basca n. 2/2016, del 7 aprile, sulle istituzioni locali¹⁸.

Quanto detto ci permette di concludere che all'interno di un concetto ampio di servizio pubblico possiamo includere diverse categorie giuridiche, con diversi regimi giuridici. Così, i servizi pubblici soggettivi sono le attività economiche di titolarità pubblica riservate all'amministrazione locale. Questa riserva può essere stabilita per legge (approvvigionamento idrico o rifiuti) o oggetto di decisione dell'autorità locale (parcheggio pubblico, palestra). Questi servizi possono essere gestiti direttamente o indirettamente. D'altro canto, esistono attività regolamentate, che non sono riservate all'amministrazione, ma il cui esercizio può essere soggetto ad autorizzazione (servizio taxi). In terzo luogo, le attività liberalizzate che possono essere soggette a obblighi di servizio pubblico, come i servizi funebri. Infine, i servizi essenziali sono quelli la cui fornitura è garantita in caso di sciopero¹⁹.

Per specificare il contenuto di queste diverse categorie, se prendiamo ad esempio il trasporto pubblico locale, possiamo distinguere tra trasporti obbligatori e riservati per legge, la cui fornitura può essere richiesta

¹⁸ Riprendo i riferimenti delle leggi autonome dal lavoro di N. MAGALDI, *op. cit.*, p. 51.

¹⁹ Questo contenuto plurale del concetto di servizio pubblico si trova in G. FERNÁNDEZ FARRE-RES, *El concepto de servicio público y su funcionalidad en el derecho administrativo de la nueva economía*, in *Justicia Administrativa*, 18, 2003, p. 12.

dai cittadini (autobus, tram, metropolitana interurbana), trasporti che un'autorità locale decide di creare come servizio pubblico (ambulanze, trasporto scolastico), servizi che saranno forniti in linea di principio in concorrenza con il settore privato ma con un regime speciale, e attività regolamentate, come i taxi. Alcune attività di trasporto potrebbero anche essere liberalizzate. Il trasporto potrebbe anche essere classificato come servizio essenziale, al fine di poter stabilire misure per regolare gli scioperi nella fornitura di questi servizi; infine, questo servizio potrebbe essere fornito in un sistema di libera iniziativa economica in concorrenza e a parità di condizioni con il settore privato (ad esempio, l'autobus turistico)²⁰.

3. Il nuovo concetto di servizio pubblico locale nella legislazione italiana. Il decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201, recante la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica

L'ordinamento italiano ha tentato di introdurre ordine e chiarezza nella disciplina dei servizi pubblici locali di natura economica con la recente approvazione del decreto legislativo del 23 dicembre 2022, n. 201. Tra i molti aspetti di interesse offerti dalla lettura di questa riforma ci interessa in particolare analizzare la nuova nozione di servizio pubblico locale che essa introduce, chiaramente collegata alla normativa comunitaria e al suo concetto di Servizio di interesse economico generale, SIEG. A nostro avviso, questo concetto, come categoria giuridica, pone una serie di problemi derivanti dalla sua finalità e dal suo ampio contenuto materiale, quando deve essere applicato alla realtà delle attività economiche di interesse generale svolte dagli enti locali, il che lo rende meno efficace quando deve essere applicato a presupposti fattuali diversi. Per questo motivo, presteremo particolare attenzione al contenuto e alla portata di questo concetto comunitario.

²⁰ La classificazione giuridica dell'attività di autobus turistico, nel senso di trasporto *hop-on hop-off*, non è chiaramente definita. A questo proposito, vale la pena sottolineare l'ordinanza della Corte di Cassazione dell'8 giugno 2023, ricorso n. 4568/2021, che ha ammesso il ricorso contro la sentenza secondo cui questo tipo di servizio può essere un servizio riservato al Comune. L'ente privato ricorrente sostiene che si tratta di un'attività economica che deve essere erogata sulla base della libera concorrenza, se necessario soggetta a una regolamentazione basata su ragioni di uso del suolo pubblico e di mobilità urbana, citando a questo proposito la sentenza della CGUE *Yellow cab*, causa C-338/09).

Il testo attuale, in realtà, ha un immediato antecedente nel tentativo operato dalla l. 7 agosto 2015, n. 124 (cd. legge Madia), di emanare un T.U. dei servizi pubblici locali di interesse economico generale, facendo riferimento al concetto comunitario di SIEG²¹. Il d.lgs. n. 201 del 2022 è stato emanato sulla base della delega conferita al Governo dall'articolo 8 della l. 5 agosto 2022, n. 118 (la legge annuale per il mercato e la concorrenza del 2021, circostanza non priva di significato).

Dall'articolo 1, che illustra gli elementi fondamentali del nuovo testo unico, si evincono alcuni principi che vale la pena sottolineare.

A differenza della legge spagnola sul governo locale, il decreto non stabilisce l'elenco dei servizi che devono essere considerati servizi locali, ma stabilisce i principi che dovrebbero governare l'istituzione e la gestione di questi servizi. È vero che il Titolo IV, disposizioni finali, fa riferimento a servizi specifici (i servizi di trasporto locale, i servizi idrici e di smaltimento dei rifiuti, le farmacie e la distribuzione di gas ed elettricità), rimandando alla legislazione settoriale e all'applicazione del diritto comunitario. Tuttavia, a nostro avviso, ciò che è rilevante è che un decreto legislativo il cui oggetto sono i servizi pubblici locali non stabilisca un elenco minimo di questi servizi la cui titolarità e garanzia di corretta erogazione è attribuita alle autorità locali, le cui prestazioni potrebbero quindi essere oggetto di una specifica pretesa da parte dei cittadini. In questo senso, si deve sottolineare che la legge delega del 5 agosto 2022 all'art. 8 aveva richiesto che il decreto procedesse alla «individuazione delle attività di interesse generale il cui svolgimento è necessario al fine di assicurare la soddisfazione delle esigenze delle comunità locali, in condizioni di accessibilità fisica ed economica, di continuità, universalità e non discriminazione, e dei migliori livelli di qualità e sicurezza, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale e territoriale». Questo primo articolo ha anche un particolare interesse laddove prevede due regole generali relative al regime giuridico dei servizi pubblici locali. Da un lato, un principio materiale tratto dal diritto comunitario che deve governare la creazione di servizi pubblici e la loro erogazione: il rispetto del principio di libera concorrenza. Dall'altro, un principio organizzativo,

²¹ A questo proposito, si veda G. CAIA, *Servizi pubblici locali*, in AA.Vv., *Libro dell'anno del diritto 2017*, Roma, 2018, pp. 1-10.

che attribuisce allo Stato le funzioni di gestione, controllo e regolazione degli enti locali, al fine di raggiungere l'omogeneità nello sviluppo dei servizi pubblici e la coesione sociale e territoriale.

Ma senza dubbio uno degli aspetti più rilevanti del d.l. n. 201 del 2022 è la definizione dei servizi pubblici locali facendo riferimento al concetto comunitario di Servizio di interesse economico generale (SIEG). L'articolo 2, lettera c), definisce infatti il concetto di SIEG come segue: «servizi di interesse economico generale di livello locale» o «servizi pubblici locali di rilevanza economica»: i «servizi erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato, che non sarebbero svolti senza un intervento pubblico o sarebbero svolti a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, previsti dalla legge o che gli enti locali, nell'ambito delle proprie competenze, ritengono necessari per assicurare il soddisfacimento dei bisogni delle comunità locali, nonché per garantire l'uniformità dello sviluppo e la coesione sociale».

In tal modo, come si legge nel dossier del Servizio Studi del Senato della Repubblica e della Camera dei Deputati del 22 novembre 2022, il decreto identifica la nozione di «servizi pubblici locali di rilevanza economica» – espressione da tempo in uso nella legislazione italiana (si veda in tal senso il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali - TUEL), in particolare gli articoli 112 e seguenti, che sono correlativamente abrogati dalla lettera b) del comma 1 dell'articolo 36 del decreto) – con i servizi di interesse economico generale di livello locale (SIEG), di derivazione europea in quanto utilizzata nei Trattati.

Come sottolineato dalla dottrina²², nel sistema italiano era già stata rilevata la somiglianza delle due nozioni, interna e comunitaria. Così, nell'importante sentenza della Corte costituzionale del 17 novembre 2021, n. 325, era già stata affermata la sostanziale coincidenza tra la nozione comunitaria di servizi di interesse economico generale e quella interna di servizi pubblici locali di rilevanza economica. La Corte costituzionale ha affermato che le suddette nozioni, interna e comunitaria, fanno riferimento, invero, ad un servizio che: a) è reso mediante un'attività

²² M. DUGATO, *op. cit.*, p. 1091.

economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come «qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato»; b) fornisce prestazioni considerate necessarie (dirette, cioè, a realizzare anche “fini sociali”) nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini. Le due nozioni, inoltre, hanno l'identica funzione di individuare i servizi la cui gestione deve essere affidata, a tutela della concorrenza, a terzi tramite procedure competitive a evidenza pubblica. Le due nozioni, e le relative discipline, divergono, invece, nelle conclusioni della norma citata.

La Corte costituzionale riconosce la somiglianza tra la nozione comunitaria e quella nazionale, e aggiunge che entrambe mirano a proteggere la concorrenza favorendo la gestione indiretta dei servizi pubblici, ma riconosce anche le differenze tra le due nozioni.

Nel modello italiano di disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico²³, essi corrispondono quindi al concetto comunitario di SIEG. Nell'ambito del concetto generale di SIEG, tuttavia, il d.lgs. n. 210 del 2022 all'articolo 2 riconosce due possibili casi di esclusione della libera iniziativa privata: quando vengano stabiliti diritti esclusivi per svolgere l'attività di prestazione, o diritti speciali (la riserva della erogazione a favore di due o più fornitori economici). Questi interventi sono considerati eccezionali e devono essere giustificati da una maggiore efficienza economica²⁴ rispetto ad altre possibili misure normative meno dannose. L'articolo 2 riconosce quindi la categoria dei servizi pubblici riservati agli enti locali, ovvero quei casi in cui l'attività economica è al di fuori del mercato e a cui l'iniziativa privata può accedere solo attraverso un titolo autorizzatorio, un contratto di gestione di servizio pubblico.

Quando «il perseguimento dell'interesse pubblico deve essere assicurato mediante l'affidamento del servizio pubblico a un unico operatore o a

²³ Il decreto non include i servizi che, ai sensi della normativa europea, potrebbero essere inclusi nel concetto più ampio di SIG, come l'istruzione, la sanità o i servizi sociali.

²⁴ L'attribuzione di diritti speciali o esclusivi è ammessa, in conformità al diritto dell'Unione europea, solo se indispensabile all'adempimento della funzione affidata al gestore del servizio pubblico locale di rilevanza economica, in assenza di misure meno restrittive della libertà d'impresa e sulla base di un'adeguata analisi economica. L'ente locale dà conto dell'analisi e della valutazione circa la necessità di attribuire diritti speciali o esclusivi nella deliberazione di cui all'articolo 10, comma 5.

un numero limitato di operatori, che provvedono all'organizzazione del servizio mediante una delle seguenti modalità di gestione» (articolo 14), l'erogazione di tali servizi deve essere assicurata mediante una procedura che garantisca la pubblicità e la concorrenza in conformità alla normativa sugli appalti pubblici (articolo 14, paragrafo 1, lettera a), e articolo 15). In questi casi, che nell'ordinamento spagnolo sarebbero servizi pubblici in senso stretto, riservati e di titolarità locale, le forme di gestione sono quelle generalmente elencate nell'articolo 14, ossia la gestione indiretta²⁵ o la gestione diretta attraverso la creazione di una società a economia mista²⁶, ed eccezionalmente «limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete, gestione in economia o mediante aziende speciali di cui all'articolo 114 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000».

La scelta della modalità di gestione non è lasciata alla discrezione dell'autorità locale. L'articolo 14, paragrafo 2, stabilisce i criteri da prendere in considerazione, che devono essere motivati nella relativa relazione di accompagnamento. Tali criteri devono tenere conto dei requisiti stabiliti dalla legislazione comunitaria.

3.1 Alcune considerazioni derivanti dalla qualificazione del servizio pubblico locale di natura economica come SIEG

La breve sintesi del contenuto del d.lgs. n. 201 del 2022 ci ha permesso di evidenziarne alcuni elementi centrali, e in particolare l'influenza del diritto comunitario e del concetto di SIEG nella legislazione italiana.

La trasposizione della nozione comunitaria nel diritto interno richiede, a nostro avviso, una attenta valutazione del contenuto giuridico della

²⁵ Articolo 15: «Gli enti locali e gli altri enti competenti affidano i servizi di interesse economico generale di livello locale secondo la disciplina in materia di contratti pubblici, favorendo, ove possibile in relazione alle caratteristiche del servizio da erogare, il ricorso a concessioni di servizi rispetto ad appalti pubblici di servizi, in modo da assicurare l'effettivo trasferimento del rischio operativo in capo all'operatore». Oltre al riferimento al diritto contrattuale, è richiesto il ricorso ad appalti in cui l'appaltatore si assume il rischio operativo.

²⁶ Anche nel caso dell'*in house*, il decreto stabilisce la preferenza a favore della gestione indiretta: «gli enti locali e gli altri enti competenti adottano la decisione di affidare il servizio sulla base di una motivazione qualificata che tiene espressamente conto delle ragioni del mancato accesso al mercato al fine di garantire una gestione efficiente del servizio».

stessa²⁷. Come è noto²⁸, infatti, la creazione di un mercato unico con l'obiettivo di favorire la concorrenza interna e consentire la formazione di grandi imprese comunitarie ha portato all'imposizione di un processo interno di liberalizzazione dei servizi pubblici, basato sulla convinzione che in un mondo globalizzato fosse necessario favorire la creazione di grandi imprese di servizi e che il mercato potesse garantire le prestazioni di questi servizi pubblici, mentre la concorrenza ne avrebbe migliorato la qualità e il prezzo. Ciò ha portato alla liberalizzazione della telefonia, della televisione, dei servizi postali, della fornitura di gas ed elettricità, dei trasporti, dei servizi postali ed altro. Il diritto comunitario non parla di servizi alla persona (sanità, istruzione, servizi sociali), poiché questi erano forniti in regime di monopolio e non sono considerati, in un primo momento, di competenza delle istituzioni comunitarie²⁹.

La liberalizzazione, tuttavia, non significa che questi servizi perdano la loro natura di servizi di interesse generale per i consumatori e gli utenti. Per questo motivo, dopo la liberalizzazione, il diritto comunitario ha sviluppato il concetto di servizi economici di interesse generale, che può includere quelle attività economiche che hanno una natura di servizi e uno scopo di interesse generale. La legge si preoccupa di aprire il mercato e di garantire la concorrenza, ma non vuole abbandonare i cittadini quando il mercato non garantisce l'accesso ai servizi di interesse generale in condizioni di uguaglianza e di economicità. In questi casi, le regole della concorrenza possono essere modulate, in quanto sono ammessi i fallimenti del mercato. Se le finalità di interesse generale non sono garantite dal funzionamento di un mercato dominato dalle regole

²⁷ La necessità di ricorrere ai concetti comunitari senza dimenticare la singolarità dei concetti propri del diritto interno è stata difesa, tra gli altri, da D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi economici di pubblica utilità*, in *Diritto pubblico*, 1999, p. 371 ss. In tal senso anche E. BRUTI LIBERATI, *Servizi pubblici e servizi di interesse economico generale nelle riflessioni di Domenico Sorace*, in *Riv. It. dir. pubbl. com.*, 2020, pp. 533-549.

²⁸ Si veda il mio lavoro *El concepto de servicio público a la luz del derecho comunitario*, in *RAP*, 200, 2016, pp. 193-211.

²⁹ Il riferimento a questi diritti della persona compare nell'articolo 2 del Trattato sull'Unione europea: «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

della libera concorrenza, si possono stabilire delle eccezioni, che però hanno l'unico scopo di garantire tali finalità di interesse generale.

Questo è il significato dell'*ex* articolo 86 del Trattato CE e dell'attuale articolo 106 del TFUE: «le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata»³⁰.

Ciò dà origine al concetto comunitario di SIEG, costruito sulla base degli articoli 14 e 106 del TFUE. Si tratta di un concetto ampio, che comprende tutti i servizi economici la cui prestazione è legata a finalità di interesse generale. Questo legame con l'interesse generale è ciò che consente un'eccezione al regime generale di libera concorrenza, nei casi in cui questa impedisca l'adempimento della missione specifica di gestione dei servizi di interesse generale.

La CGUE ha chiarito la portata del concetto di SIEG. Da un lato, ha sottolineato che gli Stati membri hanno il potere di definire l'ambito di applicazione e l'organizzazione dei SIEG, ma tale potere non è illimitato e deve essere conforme al diritto dell'Unione. A questo proposito, la CGUE ha precisato che le deroghe alle norme del Trattato sono ammesse solo se necessarie all'esecuzione di un compito specifico affidato a un'impresa incaricata della gestione di un SIEG (sentenze del 7 novembre 2018, causa C-171/17, cdo. 52 e del 30 settembre 2020, causa C-817/18, cdo. 95 a 99). A questo proposito, ha evidenziato la necessità di specificare gli obblighi di servizio pubblico per riconoscere l'esistenza di un SIEG e, quindi, la possibilità di derogare alle regole della libera concorrenza (sentenza del 20 dicembre 2017, causa C-66/16, punti 72 e 73).

Affinché sia riconosciuta l'esistenza di un SIEG, devono quindi essere soddisfatte tre condizioni:

- 1) il servizio deve avere caratteristiche specifiche rispetto ad altre attività economiche;
- 2) il servizio deve essere prestato in adempimento di una specifica missione di servizio pubblico;

³⁰ L'attuale formulazione dell'articolo 106 del TFUE non è cambiata rispetto ai Trattati originari.

3) l'impresa deve essere incaricata di obblighi di servizio pubblico, che devono essere chiaramente definiti dal diritto nazionale.

Un esempio recente di questa dottrina si trova nella sentenza della CGUE sulla domanda di pronuncia pregiudiziale sulla conformità al diritto dell'UE di un regolamento che stabilisce misure restrittive dell'attività dei servizi di noleggio con conducente (sentenza dell'8 giugno 2023, causa C-50/21). Il conflitto tra il settore dei taxi e l'attività delle piattaforme UBER o CABIFAY, che ha dato origine alla domanda di pronuncia pregiudiziale, è sorto quando l'amministrazione ha imposto una serie di misure che limitano l'attività delle nuove piattaforme, ritenendo che un settore speciale come quello dei taxi debba essere protetto. Così, il 26 giugno 2018 l'Autorità Metropolitana di Barcellona (AMB) ha approvato un regolamento sui taxi che impone ai servizi di trasporto urbano con conducente diversi dai taxi di avere una licenza e limita il numero di queste licenze (in un rapporto di 1 a 30), oltre ad altre limitazioni sulle modalità di svolgimento dell'attività. L'AMB ha giustificato queste limitazioni sulla base della necessità di proteggere il settore dei taxi, che descrive come un servizio di interesse generale che deve essere preservato in quanto elemento importante dell'organizzazione generale del trasporto urbano nella conurbazione di Barcellona.

Nella citata sentenza, il giudice europeo si chiede se il fatto che nell'ordinamento spagnolo il servizio di taxi sia classificato come servizio di interesse generale giustifichi l'istituzione di misure restrittive alla prestazione di tale attività in conformità alla nozione di SIEG di cui all'articolo 106 del TFUE. Secondo la Corte, «non vi è alcun elemento nel fascicolo sottoposto alla Corte di giustizia che dimostri che i prestatori di servizi di taxi operanti nell'agglomerato urbano di Barcellona siano incaricati dell'esercizio di un servizio di interesse economico generale (in prosieguo: il "SIEG") ai sensi dell'articolo 106 paragrafo 2, TFUE, né che l'assenza di restrizioni alla libertà di stabilimento dei prestatori di servizi di trasporto con conducente ostacolerebbe, in diritto o in fatto, l'adempimento di una specifica missione di servizio pubblico affidata a tali prestatori di servizi di taxi»³¹. Per rafforzare la sua argomentazione, la CGUE specifica

³¹ Di particolare interesse sono le considerazioni dell'Avvocato Generale nella causa del 15 dicembre 2022, in particolare i nn. 63-66.

cosa si debba intendere per SIEG in conformità alla giurisprudenza sopra citata, e in particolare afferma che, affinché esista un SIEG, le imprese beneficiarie devono essere effettivamente incaricate dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e tali obblighi devono essere chiaramente definiti nel diritto nazionale, il che presuppone l'esistenza di uno o più atti di autorità pubblica che definiscano con sufficiente precisione almeno la natura, la durata e la portata degli obblighi di servizio pubblico che incombono alle imprese incaricate dell'adempimento di tali obblighi.

Nel caso dei taxi, la CGUE ritiene che essi non forniscano un servizio economico di interesse generale e che pertanto il TFUE 106 non possa essere applicato. La CGUE ritiene che i taxi siano un'attività fortemente regolamentata, ma a cui non è stata assegnata una specifica missione di servizio pubblico da atti dell'autorità pubblica; di conseguenza, la CGUE afferma che «per quanto riguarda, più specificamente, l'obiettivo di garantire la qualità, la sicurezza e l'accessibilità dei servizi di taxi, dal fascicolo sottoposto alla Corte di giustizia emerge, innanzitutto, che l'attività dei servizi di taxi è fortemente regolamentata, in quanto tali servizi sono soggetti, in particolare, a diritti di licenza, a tariffe regolamentate, all'obbligo di trasporto universale e all'accessibilità per le persone a mobilità ridotta. Alla luce di queste caratteristiche, il servizio di taxi è considerato, in particolare dall'AMB, un "servizio di interesse generale" che merita di essere preservato in quanto elemento importante dell'organizzazione generale del trasporto urbano nella conurbazione di Barcellona». Ma aggiunge che «la circostanza che l'attività di servizio di taxi presenti le caratteristiche indicate al punto 66 della presente sentenza e sia pertanto fortemente regolamentata non dimostra che l'interesse di tale attività presenti caratteristiche specifiche rispetto a quelle di altre attività economiche, ai sensi della giurisprudenza citata al punto 77 della presente sentenza, né che i prestatori di servizi di taxi siano stati incaricati di una specifica missione di servizio pubblico da atti dell'autorità pubblica sufficientemente precisi al riguardo» (cfr. punto 81). La CGUE ritiene che il fatto che i taxi siano soggetti a un'intensa regolamentazione per garantirne la qualità, la sicurezza e l'accessibilità non implichi di per sé che essi siano incaricati della fornitura di un servizio pubblico, poiché tale obbligo deve essere chiaramente definito nel diritto nazionale. Pertanto, per la CGUE, il taxi non è un SIEG, ma un'attività regolamen-

tata. Un SIEG può essere un servizio di ambulanza, soggetto a specifici obblighi di servizio pubblico, ma non un taxi, che opera all'interno di un quadro regolamentato ma non deve rispettare specifici obblighi di interesse generale. Questo quadro regolamentato dovrà rispettare i criteri della direttiva 123/2006, ove opportuno.

Un'altra importante manifestazione della dottrina della CGUE in materia di SIEG si trova nelle sentenze in cui essa insiste sulla necessità di applicare in modo proporzionato le misure che limitano la libera concorrenza. Tali misure devono essere giustificate e proporzionate al raggiungimento di obiettivi di interesse generale e devono essere applicate le misure meno restrittive per il libero esercizio dell'attività economica. Questa dottrina è stata recentemente ribadita nella sentenza del 18 gennaio 2023, causa C-292/21. L'oggetto del dibattito erano i corsi per il recupero dei punti persi sulla patente di guida. Le imprese che svolgono questa attività economica rispondono a uno scopo di interesse generale, sono un SIEG. Ma la Corte si chiede se il servizio debba essere fornito mediante una concessione di servizi. Al punto 67 si legge: «né si può escludere che tale obiettivo possa essere raggiunto mediante un sistema di autorizzazione amministrativa anziché mediante un servizio pubblico da fornire in concessione».

Il concetto comunitario di SIEG può quindi comprendere diverse categorie giuridiche³². In ogni caso, deve trattarsi di un'attività di servizio di natura economica, legata a uno scopo di interesse generale, il cui esercizio è stato subordinato all'imposizione di una specifica missione di servizio pubblico. Ma il modo per realizzare questa specifica missione

³² Aggiungiamo un'ultima considerazione. Il concetto di servizio di interesse generale compare anche nella direttiva 123/2006. In questo caso, tale concetto può giustificare l'istituzione di misure che limitano l'accesso alle attività economiche (autorizzazione) e il loro esercizio. Tuttavia, nella direttiva 123/2006 le misure restrittive sono giustificate dalla concomitanza di motivi imperativi di interesse generale, ossia da altre finalità concomitanti di interesse generale che devono essere tutelate, come l'ambiente, la mobilità o simili. Nel caso dei SIEG, le misure che limitano la libera iniziativa economica rispondono all'esigenza di poter realizzare la fornitura di servizi di interesse generale, che è l'obiettivo di un servizio pubblico. Pertanto, l'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 123/2006 afferma che essa non riguarda la liberalizzazione dei SIEG e l'articolo 1, paragrafo 3, afferma che essa non pregiudica la libertà degli Stati di definire i SIEG. In questo senso, nelle conclusioni dell'Avvocato generale nella causa C-50/21, pur negando che il taxi sia un SIEG, ammette che si possano stabilire limitazioni all'attività per motivi imperativi di interesse generale, come la protezione dell'ambiente urbano o la sicurezza stradale, CD. 75.

deve essere il meno oneroso per l'attività di libero mercato e, quindi, può essere l'imposizione di obblighi di servizio pubblico, l'obbligo di un'autorizzazione regolamentata per accedere al servizio o l'obbligo di un contratto di concessione poiché l'attività è stata riservata al settore pubblico.

A nostro avviso, questa ampia portata del concetto di SIEG è dovuta al fatto che la costruzione comunitaria di questa categoria giuridica non mira a costruire un concetto di servizio pubblico, stabilendo in quali casi questa categoria può essere riconosciuta quale regime giuridico è applicabile ad essa. Il suo scopo è piuttosto quello di consentire di derogare alle norme sulla concorrenza se ciò è necessario per garantire la finalità d'interesse pubblico: deroga che deve essere eccezionale e proporzionata. Il concetto di SIEG è stato concepito per consentire di derogare gradualmente e con intensità limitata a quello che è il principio generale del diritto comunitario: la libera iniziativa privata nelle attività economiche. Analogamente, l'articolo 14 del TFUE, situato all'interno delle disposizioni generali del Trattato, stabilisce che «fatti salvi l'articolo 4 del Trattato sull'Unione europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente Trattato, e tenuto conto del posto occupato dai servizi di interesse economico generale tra i valori comuni dell'Unione, e del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, nell'ambito delle rispettive competenze e nel campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, a fornire, commissionare e finanziare tali servizi».

Come abbiamo visto, le eccezioni alla libera concorrenza possono variare di intensità. Possono andare dai regimi di aiuti di Stato o dall'imposizione di obblighi di servizio pubblico alle imprese private che operano in un mercato liberalizzato, alla riserva di alcuni servizi alle autorità locali in un regime pubblico al di fuori del mercato. Questi diversi regimi giuridici rientrano nel concetto di SIEG.

Pertanto, il concetto comunitario di SIEG, di cui all'articolo 106 del TFUE, non è volto a stabilire quali attività di competenza locale siano servizi

pubblici, poiché il suo scopo è quello di difendere la libera concorrenza *in tutte le attività di contenuto economico*, pur consentendo, in via eccezionale, che se vi sono finalità di interesse generale legate a tali attività che non sono garantite dal mercato, si possano stabilire eccezioni al principio della libera concorrenza, ma sempre in modo proporzionato e cercando di garantire che le limitazioni alla libera concorrenza siano le meno intense possibili. All'interno di questo concetto di SIEG, esiste una gradazione di misure che limitano la libera concorrenza, che può dar luogo a forme quali il servizio pubblico istituito per legge e obbligatorio, il servizio facoltativo dell'ente locale, l'attività regolamentata o il servizio liberalizzato a cui sono imposti obblighi di servizio. Tutte queste forme giuridiche rientrano nel concetto di SIEG, ma ognuna di esse ha un regime giuridico diverso.

Alla luce di questa ricostruzione, l'uso di questa categoria giuridica, che a nostro avviso è estranea allo scopo e al concetto tradizionale di servizio pubblico, nel d.lgs. n. 201 del 2022, potrebbe sollevare una serie di problemi giuridici al momento della sua applicazione concreta.

Come si è detto, l'obiettivo centrale del concetto di SIEG è quello di difendere la concorrenza, in quanto le limitazioni a questa libertà, stabilendo riserve a favore dell'amministrazione o imponendo obblighi di servizio pubblico, sono eccezionali. Questo quadro normativo comunitario rimanda di fatto al legislatore interno, che dovrebbe specificare quali servizi pubblici locali istituire in conformità alle norme comunitarie. Tuttavia, il d.lgs. 201 del 2022 non è interessato a stabilire un elenco di attività economiche la cui erogazione è riservata all'amministrazione locale, e si limita a fare riferimento alla categoria dei SIEG, come categoria che può eccezionalmente giustificare una limitazione nell'accesso a determinate prestazioni o nelle modalità di erogazione. Il decreto legislativo ammette la riserva di servizi agli enti locali per legge o per assunzione da parte dell'ente locale, ma sottopone quest'ultimo potere a importanti limiti sostanziali e formali. In un testo relativo agli enti locali, l'interesse per la difesa della libera iniziativa privata sembra prevalere sul riconoscimento del ruolo degli enti locali nel garantire i diritti di accesso dei cittadini ai servizi pubblici richiesti dalla società odierna.

All'interno del concetto di SIEG possono esistere diverse realtà, che saranno soggette a diversi regimi giuridici. Così, il decreto legislativo

riconosce la categoria dei servizi riservati o di titolarità degli enti locali come servizi riservati e speciali. In questi casi, la prestazione di questi servizi da parte di un'azienda privata richiede un'autorizzazione di natura contrattuale. Tuttavia, il concetto di SIEG comprende anche i servizi liberalizzati, ovvero quei servizi che sono stati restituiti al mercato ma che, a causa del loro legame con finalità di interesse generale, sono soggetti a regolamentazione amministrativa e la cui fornitura può essere soggetta ad autorizzazione preventiva e ad obblighi di servizio pubblico. È questo il caso a cui fa riferimento l'articolo 12 del d.lgs. 201 del 2022 quando tratta dei casi in cui la prestazione del servizio può essere garantita dall'imposizione di obblighi di servizio pubblico, senza restrizioni sul numero di soggetti autorizzati. Il precetto citato afferma che: «nei casi in cui, in esito alla verifica di cui all'articolo 10, comma 4, risulti necessaria l'istituzione di un servizio pubblico per garantire le esigenze delle comunità locali, l'ente locale verifica se la prestazione del servizio possa essere assicurata attraverso l'imposizione di obblighi di servizio pubblico a carico di uno o più operatori, senza restrizioni del numero di soggetti abilitati a operare sul mercato, dandone adeguatamente conto nella deliberazione di cui all'articolo 10, comma 5, in quella sono indicate le eventuali compensazioni economiche»³³.

Il concetto di SIEG, che di fatto si concentra sul suo interesse a difendere il mercato, trascura in parte la posizione centrale della comunità locale e gli interessi dei cittadini e degli utenti in quanto destinatari di questi servizi di interesse generale. Così, il decreto legislativo non riconosce l'accesso a questi servizi di titolarità locale come un diritto pubblico soggettivo, oggetto di una pretesa dinnanzi all'autorità locale nel caso di un servizio di titolarità locale, per il quale essa si assume la responsabilità, come avviene in Spagna, come spiegato sopra. Un diritto che può essere tutelato in sede giurisdizionale, se l'autorità locale non esegue la prestazione richiesta alle condizioni di un servizio pubblico.

Dal punto di vista del cittadino o dell'utente, la sua posizione è diversa a seconda che il servizio sia fornito da un concessionario di servizi pubblici o da un'impresa soggetta a obblighi di servizio pubblico. Nel primo caso,

³³ L'articolo 11, che riguarda gli utilizzatori di prestazioni, è una questione diversa.

infatti, gli obblighi del prestatore del servizio sono stabiliti nel contratto e l'utente può chiedere che il servizio venga erogato dall'amministrazione responsabile del servizio, che può agire contro il concessionario esercitando le proprie prerogative contrattuali o le disposizioni del contratto, a seconda dei casi. Nel caso di servizi liberalizzati di interesse generale, il cittadino può richiedere il rispetto degli obblighi di servizio pubblico, ma in conformità con le norme di tutela dei consumatori (direttiva 2013/11/UE del 21 maggio). Così, ad esempio, le aziende liberalizzate che operano nel mercato dell'energia possono essere obbligate a garantire l'accesso alla fornitura di elettricità alle persone in situazione di povertà energetica. La direttiva 2009/72/CE afferma nel considerando 50: «Gli obblighi di servizio pubblico, compreso il servizio universale, e le relative norme minime comuni dovrebbero essere rafforzati per garantire che tutti i consumatori, in particolare quelli vulnerabili, possano beneficiare della concorrenza e di prezzi equi. Gli obblighi di servizio pubblico a livello nazionale dovrebbero essere definiti tenendo conto delle circostanze nazionali, nel rispetto del diritto comunitario da parte degli Stati membri. I cittadini dell'Unione e, laddove gli Stati membri lo ritengano opportuno, le piccole imprese dovrebbero poter beneficiare degli obblighi di servizio pubblico, in particolare per quanto riguarda la 06/112L N sicurezza dell'approvvigionamento e prezzi ragionevoli». Il decreto 201 del 2022 si limita a ricordare l'obbligo di redigere carte dei servizi (art. 25), il cui contenuto è legato al contratto di gestione del servizio, e la possibilità per l'utente di promuovere la risoluzione extragiudiziale delle controversie (art. 29).

Come abbiamo detto, il concetto di SIEG mira a consentire alle autorità pubbliche di effettuare una scala di intervento sui servizi di contenuto economico, da un'intensità minore a una maggiore, al fine di realizzare oggetti di interesse generale legati a determinati servizi economici quando il mercato non garantisce il raggiungimento di tali fini.

Ma la realtà è che il decreto legislativo non si concentra sulla determinazione dei servizi pubblici a titolarità locale, bensì sulla regolamentazione delle forme di gestione dei servizi pubblici che possono essere istituiti, in particolare quelli in cui l'attività di erogazione del servizio è al di fuori del mercato, ma che possono essere gestiti indirettamente attraverso un contratto di diritto pubblico. Si tratta dei servizi di diritto esclusivo o

di diritto speciale (articolo 2, paragrafo 1, lettere e) ed f)). Ciò emerge chiaramente dall'articolo 14, che nel disciplinare le possibili forme di gestione dei servizi stabilisce che «tenuto conto del principio di autonomia nell'organizzazione dei servizi e dei principi di cui all'articolo 3, l'ente locale e gli altri enti competenti, nelle ipotesi in cui ritengono che il perseguimento dell'interesse pubblico debba essere assicurato affidando il servizio pubblico a un singolo operatore o a un numero limitato di operatori, provvedono all'organizzazione del servizio mediante una delle seguenti modalità di gestione». È in questi casi che il Decreto Legislativo stabilisce le possibili modalità di gestione di un servizio riservato, che possono essere la gestione diretta (società a economia mista, *in house* o azienda speciale) o la gestione indiretta tramite concessione o appalto di servizi, favorendo la prima (articolo 15). Nel contratto di servizio di cui all'articolo 24 devono essere stabiliti gli obblighi di servizio pubblico, deve essere garantito l'equilibrio economico e finanziario e deve essere imposto il progressivo miglioramento delle condizioni del servizio.

Oltre a questi casi, come abbiamo detto, in cui si intende che la salvaguardia dell'interesse pubblico debba essere assicurata mediante l'affidamento del servizio pubblico ad un unico operatore o ad un numero limitato di operatori tramite un contratto, è possibile che lo scopo di interesse generale legato ad un'attività economica non richieda un intervento così intenso come l'istituzione di un servizio pubblico in senso stretto e sia sufficiente regolare il settore e imporre obblighi di servizio pubblico³⁴. Ciò è previsto dall'articolo 12 nei seguenti termini: «nei casi in cui, in esito alla verifica di cui all'articolo 10, comma 4, risulti necessaria l'istituzione di un servizio pubblico per garantire le esigenze delle comunità locali, l'ente locale verifica se la prestazione del servizio possa essere assicurata attraverso l'imposizione di obblighi di servizio pubblico a carico di uno o più operatori, senza restrizioni del numero di soggetti abilitati a operare sul mercato, dandone adeguatamente conto nella deliberazione di cui all'articolo 10, comma 5, in cui sono indicate le eventuali compensazioni economiche».

³⁴ Sugli obblighi di servizio pubblico si veda. M. DUGATO, *op. cit.*, p. 1110.

Dopo aver stabilito le possibili forme di gestione nel caso dei servizi pubblici in senso stretto, l'articolo 14 del decreto legislativo è particolarmente interessato a determinare la preferenza per le forme di gestione indiretta. Tale finalità si basa sul principio di sussidiarietà orizzontale³⁵ che svolge un ruolo importante nella dialettica pubblico-privato a favore del settore privato³⁶. La preferenza per la gestione privata è quindi imposta nella legislazione settoriale sui servizi pubblici e anche nel d.lgs. n. 201 del 2022. All'articolo 14, la scelta della modalità di gestione è legata a criteri di efficacia ed efficienza e di sostenibilità economica delle finanze locali (comma 2). Ma all'articolo 17, dove si fa riferimento alla gestione diretta in forma di società *in house*, si stabilisce che per ricorrere a questa modalità di gestione deve esserci una qualificata motivazione che dia espressamente conto della ragione del mancato ricorso al mercato ai fini di un'efficiente gestione del servizio. Nella stessa ottica, l'articolo 18 favorisce i partenariati con gli enti del terzo settore.

Infine, vorremmo sottolineare che il decreto legislativo incide anche sull'organizzazione dei servizi pubblici locali in una prospettiva territoriale, ricorrendo in questo caso al principio di sussidiarietà verticale. Questo principio ha imposto una riflessione sull'opportunità o meno di mantenere la proprietà e la gestione dei servizi pubblici a livello locale, tenendo conto di criteri quali la disponibilità delle migliori risorse e l'efficienza della fornitura di tali servizi. Sulla base di questi approcci, il potere di organizzazione è stato portato a livelli territoriali superiori a quello dei Comuni e il potere di regolazione è stato affidato ad Autorità di regolazione indipendenti, separate dal potere territoriale³⁷.

In applicazione di questo principio, si era già cercato di promuovere forme associative pluricomunali, di rafforzare i poteri del livello provin-

³⁵ Questo principio è espressamente richiamato nell'articolo 3, all'interno del riferimento ai principi generali del servizio pubblico locale. Tale principio è richiamato anche all'articolo 10.2: «ai fini del soddisfacimento dei bisogni delle comunità locali, gli enti locali favoriscono, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, e delle imprese, anche con apposite agevolazioni e semplificazioni».

³⁶ V.N. AICARDI, *La sussidiarietà nella funzione di organizzazione dei servizi pubblici locali tra norma generale e di settore*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile*, Vol. I, *Studi introduttivi*, Bologna, 2018, pp. 69-93.

³⁷ N. AICARDI, *op. cit.*, p. 79 ss.

ciale, di creare ambiti territoriali ottimali in base alle diverse realtà di ogni servizio e di dare maggiori poteri normativi alle Autorità di regolazione³⁸. Anche il decreto legislativo è in linea con questi approcci. L'articolo 5 stabilisce meccanismi di incentivazione dei raggruppamenti, con particolare riferimento al ruolo delle città metropolitane e dei raggruppamenti volontari, al fine di realizzare economie di scala o di scopo idonee a massimizzare l'efficienza del servizio. Lo stesso articolo richiama il ruolo che la Provincia può svolgere nell'esercizio delle sue funzioni di supporto e coordinamento rispetto ai Comuni³⁹ nonché la possibilità e la convenienza di creare ambiti territoriali ottimali nelle norme di settore.

4. *Considerazioni conclusive*

La costruzione giuridica del concetto di servizio pubblico è stata strettamente legata, come in tutto il diritto pubblico in generale, alla relazione tra gli obiettivi dello Stato e della società. Per questo motivo questo concetto, come abbiamo già detto, è difficile da definire.

Le origini dei servizi pubblici possono essere fatte risalire alla fine del XIX secolo e all'inizio del XX secolo, come diretta conseguenza dei processi di industrializzazione derivanti dalla Rivoluzione industriale e della conseguente emigrazione dalle campagne alle città⁴⁰. Gli enti locali divennero i laboratori della vita collettiva e si fecero carico della fornitura di servizi considerati di prima necessità. I postulati astensionisti dello

³⁸ L'attribuzione di poteri regolatori alle Autorità indipendenti non è priva di problemi quando la loro attività si proietta non su settori liberalizzati, in modo da agire su soggetti privati, ma su settori che rimangono servizi pubblici a titolarità locale. In questo secondo caso, l'autorità di regolamentazione si impone su organismi amministrativi che sono restii a perdere i propri poteri. È il caso degli enti regolatori del ciclo dell'acqua. Le autorità locali si appellano alla loro autonomia per opporsi alla creazione di questi enti regolatori (nel caso di Spagna e Francia).

³⁹ L'articolo 9.1 ribadisce il possibile ruolo della Provincia: «Gli enti locali e le altre istituzioni pubbliche competenti collaborano per la migliore qualità dei servizi pubblici locali. Le Province svolgono le funzioni di raccolta ed elaborazione dati e assistenza tecnica ed amministrativa agli enti locali del territorio, in attuazione dell'articolo 1, comma 85, lettera d) della legge 7 aprile 2014, n. 56».

⁴⁰ Su questo punto rimando al lavoro di N. MAGALDI MENDAÑA, *Los orígenes de la municipalización de servicios en España*, Madrid, 2012; Id., *La legge sulla municipalizzazione dei servizi pubblici del 1903 en el origen de la municipalización de los servicios en España*, in *RAP*, 190, 2013, p. 405 ss. e *El debate sobre la municipalización de servicios en la Italia del SXX: hacia la ampliación de los fines del Estado*, in *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 2014, p. 115 ss.

Stato liberale vennero superati e le amministrazioni locali iniziarono ad assumere la responsabilità e l'esercizio diretto di alcuni servizi (approvvigionamento idrico, rifiuti, illuminazione pubblica, mercati, ecc.) e la fornitura di beni di prima necessità.

Lo sviluppo dello Stato moderno, con la necessaria costruzione di grandi infrastrutture (ferrovie, telefonia, elettricità, gas) porterà anche al coinvolgimento dello Stato nella costruzione e nella gestione di questi grandi servizi economici. A causa dei problemi di finanziamento, sia a livello statale che locale, il settore privato sarà chiamato a fornire questi servizi, che continueranno a essere forniti dallo Stato o dalle autorità locali. Allo stesso tempo, si impone il criterio della maggiore efficienza del settore privato nella gestione delle attività economiche.

Il diritto comunitario ha determinato un nuovo cambiamento, imponendo la liberalizzazione dei grandi servizi economici per realizzare un mercato unico. D'altra parte, i cambiamenti nella produzione di beni e servizi hanno fatto sì che alcune attività abbiano perso il loro *status* di servizi pubblici (oggi, ad esempio, le fabbriche e le vendite di ghiaccio non sono più incluse tra i servizi pubblici locali).

La liberalizzazione non significa che questi servizi cessino di essere di interesse generale, ma piuttosto che si ritiene che il mercato sia in grado di far fronte a queste esigenze e che le carenze del mercato saranno compensate dal potere normativo delle autorità pubbliche e, se del caso, dall'imposizione di obblighi di servizio pubblico. Il potere normativo può essere affidato ad autorità di regolamentazione indipendenti. Il concetto di servizio pubblico viene ampliato per includere qualsiasi attività economica di interesse generale, indipendentemente da chi la possiede e la svolge, se è soggetta a programmi e controlli che la orientino verso finalità di interesse generale.

Negli ultimi anni si è assistito a una ripresa del dibattito a favore della riserva di alcuni servizi all'amministrazione locale⁴¹, nonché della loro gestione diretta, chiedendone, come detto, la "rimunicipalizzazione".

La ricostruzione dell'evoluzione storica dei servizi pubblici ha evidenziato la progressiva riduzione dei servizi pubblici di titolarità pubblica

⁴¹ In questo senso E. MONTAYA, *op. cit.*

(liberalizzazione), a cui si è aggiunta la opzione a favore della gestione indiretta dei servizi rimasti in mano pubblica. In ambito locale, pochi servizi pubblici sono mantenuti di titolarità locale nella legislazione generale sul governo locale, una legislazione generale che cerca anche di limitare l'istituzione di nuovi servizi pubblici da parte delle stesse autorità locali. A nostro parere, è oggi è importante ricordare e riaffermare che il concetto di servizio pubblico affonda le sue radici nella legittimazione ad agire dell'amministrazione a garanzia dei diritti dei cittadini. Nel complesso e mutevole rapporto Stato-Mercato, i servizi pubblici devono essere visti innanzitutto come un valore da tutelare per assicurare l'accesso dei cittadini a servizi universali o di interesse generale che contribuiscono agli obiettivi di solidarietà e uguaglianza⁴².

È in questo quadro generale di riferimento che va collocato il d.lgs. n. 201 del 2022. Il suo contenuto è fortemente influenzato dal diritto comunitario, come mostrano tre aspetti essenziali.

In primo luogo, il ricorso al concetto comunitario di SIEG per definire la nozione di servizio pubblico locale di interesse economico. Un concetto comunitario che, come abbiamo spiegato, non ha lo scopo di definire cosa siano i servizi pubblici, ma piuttosto di consentire un'eccezione al regime di libera concorrenza nelle attività di contenuto economico, qualora vi siano ragioni di interesse generale nella loro prestazione che non sono soddisfatte dal mercato. L'intervento pubblico può essere di intensità variabile, e la norma comunitaria richiede che venga utilizzata la minore intensità possibile a favore della libera concorrenza. Pertanto, a nostro avviso, all'interno di ciò che la norma comunitaria definisce SIEG, vi sono vari tipi di intervento, dalla creazione di servizi pubblici di titolarità pubblica alla semplice regolamentazione dei servizi liberalizzati con l'imposizione di obblighi di servizio pubblico, ove opportuno. E ciascuna di queste modalità comporta diversi regimi giuridici di intervento. In secondo luogo, il decreto legislativo mostra una chiara volontà di limitare la creazione di servizi riservati agli enti locali (il decreto legislativo non li crea direttamente e impone limiti alla loro creazione da parte degli enti locali) e d'altra parte di favorire la gestione indiretta di

⁴² In questo senso E. MALARET GARCÍA, *op. cit.*, pp. 49-52.

quelli eventualmente esistenti. La preoccupazione per il mercato si impone sull'interesse a riconoscere ai cittadini ed agli utenti una situazione giuridica qualificata tale da consentire loro di richiedere servizi che rispondano ai principi di economicità, qualità e continuità.

Infine, nonostante il decreto legislativo si occupi dei servizi pubblici locali, il ruolo delle autorità locali è indebolito. Non è garantita loro né la proprietà né la gestione di servizi specifici, e la istituzione di servizi pubblici da parte dell'ente locale stesso è sottoposta a numerosi limiti e condizioni. Come già detto, la dimensione politico-rappresentativa del servizio pubblico sembra essere stata abbandonata a favore della logica della preferenza del mercato. Questa perdita della dimensione politico-rappresentativa, basata sul ruolo centrale degli enti locali, si manifesta nei limiti imposti loro per quanto riguarda la scelta della modalità di gestione, il trasferimento delle funzioni di regolazione alle autorità indipendenti e la sostituzione del livello comunale con gli ambiti territoriali ottimali⁴³.

Questa nuova realtà ci porta a formulare alcune considerazioni finali, tornando alle idee che hanno portato alla istituzione dei servizi pubblici alla fine del XIX secolo. Se allora le difficili condizioni di vita nelle città spinsero i comuni a istituire servizi essenziali per la collettività, riteniamo che le autorità locali debbano recuperare questo ruolo di guida per rispondere ai nuovi bisogni collettivi. Gli enti locali devono essere in grado di assumere nuovi servizi di cui non si fanno carico altre amministrazioni in modo da sottoporre tali attività ai principi propri dei servizi pubblici (prezzo accessibile, qualità, continuità, universalità). Alcuni di questi servizi possono avere un contenuto economico, in quanto possono essere erogati a pagamento, ma il mercato non garantisce la loro fornitura universale come servizio pubblico. Le autorità locali, per la loro stessa natura differenziata, sono quelle che meglio conoscono i bisogni e le richieste della loro popolazione, nonché le possibilità di soddisfarli. Tuttavia, di fronte a queste esigenze, pare che il d.lgs. n. 210 del 2022, che si occupa dei servizi pubblici locali, concentri il suo interesse su quelli di natura economica con l'obiettivo di imporre i principi comu-

⁴³ V.F. CAPORALE, *Politica e amministrazione nei servizi pubblici locali: in cerca di un equilibrio tra rappresentatività ed efficienza economica*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile, Vol. III, Problemi e Prospettive*, Bologna, 2020, p. 421 ss.

nitari di libera concorrenza, il che lo porta a limitare la creazione di nuovi servizi pubblici e a imporre, se del caso, la gestione indiretta di questi servizi, facendo ricorso al concetto di SIEG. Il ruolo delle autorità locali è sostanzialmente ridotto, se si considera che il loro compito di difesa degli interessi dei cittadini e della democrazia è essenziale, come lo era alla fine del XIX secolo. È necessario, in altre parole, tornare al concetto politico di servizio pubblico come definito da Duguit, inteso come «qualsiasi attività il cui svolgimento deve essere regolato, assicurato e controllato da chi detiene il potere, in quanto lo svolgimento di tale attività è indispensabile per la realizzazione e lo sviluppo dell'interdipendenza sociale e di natura tale da non poter essere pienamente garantito se non con l'intervento della forza di governo», e riconoscere agli enti locali, nell'esercizio della loro autonomia politica, un maggior spazio per istituire servizi pubblici di contenuto economico, determinarne la forma di gestione e regolare l'erogazione di servizi liberalizzati di interesse generale, nel rispetto dei principi comunitari.

The Concept of Local Public Service in the Legislative Decree No 201/2022 of Reorganization of the Discipline of Local Public Services of Economic Importance: a Critical Vision

Joaquín Tornos Mas

Abstract: La nozione di servizio pubblico negli ultimi anni ha subito una forte evoluzione in conseguenza degli apporti del diritto dell'Unione europea, che ha influito sulla ricostruzione del concetto da parte della dottrina e della giurisprudenza, sia spagnola, sia italiana, in forza del principio di apertura di tali servizi al mercato. Tuttavia, mentre nell'ordinamento spagnolo è il legislatore ad avere individuato il perimetro dei servizi pubblici locali obbligatori, il riferimento operato dal legislatore italiano nel d.lgs. n. 201/2022 al concetto di "servizi di interesse economico generale (SIEG)", in assenza di una chiara individuazione delle attività che per esigenze di tutela degli utenti devono restare entro il regime giuridico dei servizi pubblici, e non entrare in quello delle attività private regolamentate, mostra una chiara volontà di limitare la creazio-

ne di servizi riservati agli enti locali e d'altra parte di favorire la gestione indiretta di quelli eventualmente esistenti.

Abstract: The notion of public service has substantially evolved in recent years due to the influence of the European Union (EU) law. The EU law has induced Spanish and Italian legal scholarship and case law to accept the principle of outsourcing public services to private businesses. However, while in Spanish legal order, it is the legislature that has identified the perimeter of compulsory local public services, the reference made by the Italian legislature in Legislative Decree No 201/2022 to the concept of 'services of general economic interest (SGEI)' - in the absence of a clear identification of the activities that for the protection of users must remain within the legal regime of public services and not enter into that of regulated private activities - shows a clear desire to limit the creation of services reserved for local authorities and on the other hand to favour the outsourcing of those that may exist.

Parole chiave: attività privata regolamentata; servizio di interesse economico generale; servizio pubblico; servizio pubblico locale; tutela degli utenti

Keywords: Regulated Private Activity; Service of General Economic Interest; Public Service; Local Public Service; User Protection

La sorte degli accessori del credito nel dissesto degli enti locali: la Corte non ci ripensa (ma i problemi rimangono irrisolti)

*Lio Sambucci**

1. *I termini della questione*

La sentenza 24 ottobre 2022, n. 219 della Corte costituzionale è una sentenza diligente, nel senso che è logicamente motivata, corretta anche sotto il profilo sostanziale (vi sono riportati principi di fonte giurisprudenziale pertinenti ai temi di interesse), coerente con i precedenti giurisprudenziali ivi richiamati e tutto quanto si possa dire di positivo di una sentenza. Senonché, non ha risolto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 248, comma quarto, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (recante, come noto, il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), rilevata dal Consiglio di Stato in relazione agli artt. 3, 5, 81, 97, 114 e 118 Cost.; ovvero la questione è stata dichiarata infondata (e normalmente basterebbe, e, anzi, dovrebbe bastare), e, tuttavia, come accennato, sono rimasti irrisolti i temi problematici prospettati nell'ordinanza di rimessione.

La questione, dal punto di vista sostanziale, attiene alla definizione della procedura di dissesto finanziario degli enti locali, e, segnatamente, alla produzione degli interessi (e agli altri accessori) sul credito accertato nel corso della procedura di liquidazione. Sulla quale, in verità, si è formato un dato stabile nell'ordinamento materiale: la procedura di dissesto finanziario – e, nello specifico, la disposizione di cui al quarto comma del citato art. 248 t.u.e.¹ – («in coerenza con le caratteristiche di una procedura concorsuale») «non implica la “estinzione” dei crediti non am-

* Ricercatore e docente di Contabilità di Stato presso l'Università la Sapienza di Roma

¹ Al quarto comma del citato art. 248 si stabilisce testualmente (anche) che «dalla data della deliberazione di dissesto e sino all'approvazione del rendiconto di cui all'art. 256 i debiti insoluti a tale data e le somme dovute per anticipazioni di cassa già erogate non producono più interessi né sono soggetti a rivalutazione monetaria».

messi o residui, i quali, conclusa la procedura di liquidazione, potranno essere fatti valere nei confronti dell'ente risanato»: Corte cost. 17 luglio 1998, n. 269, la quale, nello specifico, ha ribadito come (il principio secondo cui) «la disposizione denunciata non escludesse il maturare sia della rivalutazione che degli interessi anche dopo che la procedura di liquidazione collettiva era stata iniziata»².

Il tema problematico è stato riproposto dal Consiglio di Stato, il quale (con una ordinanza di rimessione molto articolata: Cons. St., V, ord., 21 luglio 2021, n. 5502³), pur senza trascurare gli approdi stabili (sul punto specifico) della elaborazione della giurisprudenza costituzionale, dubita della compatibilità della disposizione legislativa oggetto dei rilievi in relazione ai “nuovi” (alla nuova lettura dei) principi costituzionali del sistema di pubblica

² La giurisprudenza citata (a sua volta) richiama Corte cost. 16 giugno 1994, n. 242, ove si rileva che la disposizione esaminata si limitasse ad escludere che gli accessori del credito sorti successivamente alla dichiarazione di dissesto fossero opponibili alla procedura stessa venendo ammessi alla massa passiva, mentre rimaneva integra la facoltà per i creditori di azionare tali diritti nei confronti dell'ente pubblico una volta cessato lo stato di dissesto ed esaurita la procedura di gestione straordinaria. In sostanza, Corte cost. n. 219/2022 richiama (per la definizione della questione) principi risalenti di trent'anni, riferiti ad una disposizione legislativa abrogata e diversamente riformulata (vedi *infra sub* nota 46); e ciò avviene in un contesto costituzionale profondamente innovato, sia in relazione al sistema delle autonomie sia in relazione al sistema finanziario (entrambi direttamente rilevanti con riferimento all'incidente di costituzionalità prospettato).

³ Nell'ordinanza, peraltro, si rivela una spiccata sensibilità in ordine al ruolo delle autonomie locali nel “nuovo” sistema di pubblica amministrazione: un profilo che, pur costituzionalmente definito (art. 118 Cost. in relazione all'art. 97 Cost.), rimane ancora molto scarsamente percepito dall'ordinamento materiale. Come noto, all'art. 118, comma primo, Cost. è stabilito che le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni (e sono collocate – mediante conferimento – agli altri livelli istituzionali ove se ne renda necessario l'esercizio unitario, sulla base dei criteri di sussidiarietà, differenziazioni, adeguatezza). Si tratta di un dato – di impatto tendenziale (ovvero anche, secondo un'opzione interpretativa più radicale, e non del tutto implausibile, di natura genetica) – che deve essere valutato nella sua funzionalità rispetto al principio di buon andamento di cui all'art. 97, comma secondo, Cost.: significa che il legislatore costituzionale ha ritenuto che la suddetta collocazione delle funzioni amministrative – peraltro, coerente con il processo di riforma degli scorsi anni Novanta - (non è certo fine a se stessa, ma) è funzionale al buon andamento della pubblica amministrazione, e, quindi, alla garanzia di (migliore) osservanza dei criteri di efficienza e di efficacia e di economicità (i quali, come noto, oggi costituiscono l'essenza del suddetto principio e del nuovo modello di pubblica amministrazione): e ciò, in massima sintesi, in considerazione della prossimità dei suddetti enti (e, in particolare, dei Comuni) rispetto alla comunità territoriale: prossimità (del livello istituzionale) che viene elevata a valore costituzionale, quale elemento fondamentale in funzione dell'appropriatezza delle scelte (la qual cosa presuppone l'effettività del sistema autonomistico definito in Costituzione). Significa che la considerazione recessiva del valore autonomistico impatta negativamente anche sul principio di buon andamento (con implicazioni negative anche rispetto al principio di equilibrio di bilancio ovvero, più in generale, di stabilità della finanza pubblica).

amministrazione (artt. 97 e 118 Cost.) e ai nuovi principi della Costituzione finanziaria (artt. 81, 97, comma primo, e 119 Cost.)⁴. E, d'altra parte, è quello che ha fatto la Corte, la quale, in seguito alle riforme introdotte dalla legge cost. 20 aprile 2012, n. 1 (che, come noto, ha riguardato principalmente l'art. 81 Cost, ma anche gli artt. 97, 117 e 119 Cost.)⁵, proprio alla luce dei nuovi principi costituzionali, ha definito (all'esito di ampia elaborazione giurisprudenziale della stessa Corte) un sistema costituzionale che fa stato della centralità del principio di equilibrio di bilancio, e, più in generale, del principio di stabilità della finanza pubblica⁶, e (in funzione della nuova

⁴ Il citato giudice *a quo* rileva introduttivamente che il riportato principio affermato da Corte cost. n. 269/1998 «possa essere rivalutato, quanto meno sotto il profilo della sua perdurante conformità alla Carta fondamentale, alla luce della successiva riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione, approvata con legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3» e dei successivi interventi legislativi (anche di rango costituzionale: peraltro espressamente evocati nell'ordinanza stessa quale parametro di legittimità costituzionale: in particolare, il principio di equilibrio di bilancio di cui agli artt. 81, comma primo, e 97, comma primo, Cost.).

⁵ Si osserva, per quanto qui rileva, che lo «spostamento» (modificando l'art. 117 Cost., nei sensi disposti dall'art. 3 legge cost. n. 1/2012) della «armonizzazione dei bilanci pubblica» dalle materie a legislazione concorrente in quelle a legislazione esclusiva dello Stato ha indotto, nel legislatore statale e nella giurisprudenza costituzionale (pur con qualche elemento di contraddizione), la convinzione che la potestà legislativa dello Stato si estendesse alla disciplina di ogni aspetto della contabilità delle regioni, oltre che della contabilità degli enti locali. Dal punto di vista ordinamentale, il precipitato principale di siffatta impostazione della elaborazione giurisprudenziale è stato quello di considerare il (le disposizioni - e finanche gli allegati - del) d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118 (come profondamente modificato dal d.lgs. 10 agosto 2014, n. 126) parametro interposto di legittimità costituzionale, quale presidio di garanzia del suddetto valore costituzionale (la armonizzazione dei bilanci pubblici). Sul tema, in termini problematici, vedi L. SAMBUCCI, *Corte costituzionale e armonizzazione dei bilanci pubblici: il difficile bilanciamento dei principi di autonomia e delle esigenze di unitarietà della finanza pubblica*, in *nomos-legalitàdel diritto.it*, 2017.

⁶ Sui principi di cui all'art. 81 Cost., come riformato da legge cost. n. 1/2012, si è formata ampia letteratura scientifica, che ne ha indagato i contenuti intrinseci e i diversi profili di rilevanza (il rapporto con i diritti fondamentali; l'impatto sul sistema di pubblica amministrazione e sul sistema delle autonomie). In proposito, senza pretesa di esaustività, vedi: A. BRANCASI, *Il principio del pareggio di bilancio in Costituzione*, in *osservatoriosullefonti.it*, 2012; Id., *Bilancio (equilibrio di)*, in *Enc. dir., Ann.*, VII, 2014; F. BILANCIA, *Note critiche sul c.d. "pareggio di bilancio"*, in *rivistaaic.it*, 2012; T.F. GIUPPONI, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *Quad. cost.*, 2014, p. 51 ss.; M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012* (atti del seminario svoltosi in Roma il 22 novembre 2013), 2014, Milano, p. 8 ss.; A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *rivistaaic.it*, 2014; Id., *Verso un'amministrazione democratica. Sui principi di imparzialità, buon andamento e pareggio di bilancio*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 381 ss.; G. BOTTINO, *Il nuovo articolo 97 della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, p. 693 ss.; G. RIVOSECCI, *L'equilibrio di bilancio: dalla riforma costituzionale alla giustiziabilità*, in *rivistaaic.it*, 2016; G. SCACCIA, *La giustiziabilità*

lettura della Costituzione finanziaria) della rilevanza (dei documenti) della decisione di bilancio quale strumento di governo delle politiche finanziarie e di bilancio e di presidio dei nuovi assetti costituzionali⁷: una elaborazione evolutiva (quella della Corte), che, tuttavia, trova i suoi elementi di problematicità nelle asimmetrie giustiziali dei suddetti principi e nella recessività del principio autonomistico (il quale rimane esposto a compressione ovvero a svalutazione, non solo in relazione ai profili strettamente finanziari e contabili); nel rischio di trasformare i suddetti principi, concepiti a garanzia, preventiva e astratta (ovvero generale), di equilibrio *inter* valoriale, in valori di prevalenza o anche di supremazia⁸.

I richiamati profili di evoluzione del dato costituzionale vengono evocati (dal giudice *a quo*) anche in relazione ai principi di uguaglianza e di ragionevolezza, nel senso che proprio la nuova configurazione costituzionale del sistema di pubblica amministrazione e del sistema finanziario (oltre a presentare autonoma rilevanza) accresce i dubbi riguardanti la legittimità costituzionale della riproduzione (secondo la stabile ricostruzione della giurisprudenza, anche costituzionale; ma, in verità, più apparente che sostanziale, come si dirà *infra sub* 2.4) a livello pubblicistico – ma solo con negli enti locali (come visto, art. 248, comma quarto, d.lgs. n. 267/2000) – della disciplina privatistica stabilita (all’art. 55 r.d. 16 marzo 1942, n. 267, esattamente riprodotto all’art. 154 d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14⁹) in relazione alla sorte del credito e degli accessori del credito (interessi, rivalutazione), con riferimento alle situazioni di

della regola del pareggio di bilancio, in *rivistaaic.it*, 2012. Per una ricostruzione del sistema costituzionale di bilancio, vedi G. Ladu, *I principi costituzionali e la finanza pubblica*, in AA.VV., *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, Torino, 2018, p. 28 ss.; A. MORRONE (a cura di), *La Costituzione finanziaria. La decisione di bilancio dello Stato costituzionale europeo*, Torino, 2015.

⁷ Determinando, peraltro, all’esito del rinnovato sistema costituzionale, una evoluzione della funzione di controllo della Corte dei conti. Su tali profili, vedi Corte cost. nn. 39 e 40 del 2014; in dottrina, vedi, *ex multis*: C. BUZZACCHI, *Autonomie e Corte dei conti: la valenza democratica del controllo di legalità finanziaria*, in *costituzionalismo.it*, 2020; E. D’ALTERIO, *Come le attività della Corte dei conti incidono sulle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, p. 55 ss; L. SAMBUCCI, *Corte costituzionale e giurisdizionalizzazione dei controlli della Corte dei conti: le insidie del centralismo finanziario e contabile*, in *Forum quad. cost.*, 2022.

⁸ Sul tema, vedi L. SAMBUCCI, *La nuova evoluzione della legge di bilancio e le asimmetrie giustiziali del principio di equilibrio*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, p. 4605 ss.

⁹ Al primo comma del citato art. 154 si stabilisce, per quanto qui rileva, che «la dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale sospende il corso degli interessi convenzionali o le

crisi economica delle imprese private. Si tratta, peraltro, di un dato ricostruttivo che la Corte, nel citato precedente del 1998, non aveva potuto considerare in quanto sopravvenuto (come noto, in seguito a legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3 ed a legge cost. 20 aprile 2012, n. 1)¹⁰.

2. Le statuizioni della Corte

La ricostruzione proposta dal Consiglio di Stato si basa sulla rilevazione (stabilmente acquisita all'ordinamento materiale) della riproduzione sul piano pubblicistico della richiamata disciplina privatistica in materia di crisi d'impresa: un dato su cui converge anche la Corte, la quale, tutta-

gali, agli effetti del concorso, fino alla chiusura della procedura ovvero fino all'archiviazione di-
sposta ai sensi dell'art. 234, comma 7».

¹⁰ La vicenda che dà origine alla questione pervenuta all'esame della Corte attiene ad un episodio di grave patologia finanziaria e gestionale. Un piccolo Comune, nel 2003, si avventura in una procedura di concessione per finanza di progetto, dando luogo ad un contenzioso che trova definizione in sede arbitrale, con la pronuncia di un lodo (depositato il 4 ottobre 2011) che condanna il Comune al pagamento della somma di Euro 4.318405,00 in linea capitale, oltre rivalutazione monetaria ed interessi. A causa dell'insostenibilità per il bilancio comunale della somma liquidata in sede arbitrale, il Comune, nel 2013, dichiara il proprio dissesto finanziario ai sensi degli artt. 244 ss. d.lgs. n. 267/2000. Attivata la procedura di dissesto, la Commissione straordinaria di liquidazione ammette al passivo della procedura stessa il credito accertato in favore della società (originaria) concessionaria e provvede al pagamento integrale (nel mese di gennaio 2018) della somma dovuta a titolo di capitale e delle somme dovute per interessi maturati fino alla data della dichiarazione di dissesto. Successivamente al suddetto pagamento, la società creditrice chiede al Comune (tornato *in bonis* con la chiusura della procedura di dissesto) il pagamento delle somme dovute per interessi moratori maturati successivamente alla dichiarazione di dissesto: somme determinate, infine, nella misura Euro 1812677,50. Il Comune rifiuta il pagamento, ritenendo che il credito fosse interamente pagato e nessun altro importo fosse dovuto. Di qui, l'iniziativa in ottemperanza della società creditrice, che ha dato luogo alla sentenza di TAR Lazio, Roma, II bis, 8 agosto 2020, n. 9250, pervenuta all'esame del Consiglio di Stato in seguito all'appello del Comune (il quale rileva, tra l'altro, che gli oneri derivanti dagli interessi maturati sul credito in linea capitale dopo la dichiarazione di dissesto è insostenibile per il proprio bilancio, rendendo inevitabile una nuova dichiarazione di dissesto). I riportati (in sintesi) termini della vicenda portano in evidenza alcuni dati di sicura rilevanza, i quali attestano alla gravità della patologia finanziaria e gestionale che caratterizza la vicenda stessa; e alla ingente lievitazione (fino a raggiungere quasi la metà dell'importo capitale) degli interessi (moratori e convenzionali), riconducibile (oltre che alla consistenza del debito) alla durata della procedura di dissesto finanziario (e del compimento dei relativi adempimenti), la quale dipende da un organismo distinto, autonomo e indipendente dall'ente di cui viene dichiarato il dissesto (vedi artt. 252 ss. d.lgs. n. 267/2000), il quale organo si occuperà della gestione del debito pregresso e della sua estinzione (mentre il Comune si occuperà della gestione corrente: con ripristino della fisiologia finanziaria e amministrativa). Per una esauriente ricostruzione della disciplina del dissesto finanziario degli enti locali, vedi, da ultimo, A. CRISMANI, *Il dissesto finanziario degli enti locali tra tutela dei creditori, "diritto a un tribunale" a tutela della finanza pubblica (nota a Cons. Stato, Adunanza Plenaria n. 1/2022)*, in *Giust. ins.*, 2022.

via, in relazione alla sorte degli accessori del credito, esclude di poter ravvisare elementi di irragionevolezza nella suddetta equiparazione degli assetti normativi né ritiene sussistere gli altri profili di dubbia costituzionalità rilevati dal giudice *a quo*. Il quale prospetta le perplessità rilevate (in relazione ai diversi parametri di valutazione) con riferimento a tre elementi: uno attiene alle diverse finalità ordinamentali perseguite dalle disposizioni normative poste a comparazione; un altro (che interessa diversi profili di dubbio rilevati nell'ordinanza di rimessione) viene rinvenuto nel rischio di «dissesti in successione». Il terzo elemento consiste nella rilevazione che, in base alle discipline comparate, il creditore degli enti locali trova nella disposizione legislativa censurata certezza assoluta in ordine al pieno adempimento dell'obbligo debitorio (e, anzi, vi trova una certa remuneratività del relativo credito)¹¹.

2.1 La differenza ontologica tra (disciplina del) dissesto dell'ente locale e (disciplina della) crisi dell'impresa

Con riferimento al primo elemento, il Consiglio di Stato rimettente richiama un dato di facile rilevazione, il quale attiene alla circostanza che le disposizioni di cui all'art. 248, comma quarto, d.lgs. n. 267/2000 sono concepite in funzione di garanzia del buon funzionamento dell'ente pubblico, in quanto volte ad assicurare lo stabile risanamento finanziario dell'ente locale al fine di garantire lo svolgimento delle funzioni e dei servizi pubblici che l'ordinamento gli attribuisce¹²: oggetto dell'attenzione legislativa è la "sorte" del debitore, non in quanto tale ma in

¹¹ L'interesse di Corte cost. n. 219/2022 non è sfuggito all'indagine scientifica che rivolge maggiore attenzione ai temi finanziari e della contabilità pubblica: vedi L. MINERVINI, *Il bilanciamento tra l'interesse al risanamento dell'ente locale nella procedura di dissesto. Prime osservazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale 24 ottobre 2022, n. 219*, in *Riv. Corte conti*, 2022, p. 218 ss.

¹² Nell'ordinanza di rimessione, il Consiglio di Stato rileva (anche) che «l'obiettivo del dissesto finanziario degli enti locali è in particolare quello di raggiungere il loro stabile riequilibrio, e dunque che questi siano posti in via definitiva in condizioni di esercitare le funzioni ed i servizi pubblici ad essi attribuiti». È la stessa Corte esaminata, peraltro, a rilevare tra le esigenze considerate dalla disciplina del dissesto quella «di ripristinare sia la continuità di esercizio dell'ente locale incapace di assolvere alle funzioni, sia i servizi indispensabili per la comunità locale». Si tratta, in effetti, di un dato teleologico stabilmente acquisito all'ordinamento: vedi Cons. St., ad plen., 5 agosto 2020, n. 15; vedi anche, da ultimo, Cons. St., ad plen., 12 gennaio 2022, n. 1.

quanto soggetto esponenziale della comunità territoriale¹³ destinato a soddisfare le esigenze funzionali primarie (vedi *sub* nota 3)¹⁴, e, quindi, soggetto necessario del sistema delle istituzioni territoriali¹⁵. Le disposizioni della disciplina della crisi d'impresa, invece, hanno quale scopo principale il soddisfacimento del creditore dell'impresa (che trova nella liquidazione giudiziale lo strumento operativo), con definizione di un sistema nel quale la sorte del soggetto inadempiente – ovvero la sua “sopravvivenza” rispetto alla procedura di liquidazione giudiziale - rimane sostanzialmente indifferente per l'ordinamento. Si tratta di un elemento di differenza ontologica¹⁶, su cui converge anche la Corte esaminata, la

¹³ Ciò che rileva per l'ordinamento è proprio la circostanza che il debitore sia un ente pubblico (e, nello specifico, un ente locale), e ritiene importante – in considerazione delle funzioni e dei servizi essenziali che quell'ente è destinato ad assicurare – disciplinare la situazione finanziaria che divenga insostenibile, affinché sia ripristinata la stabilità finanziaria dell'ente stesso quale condizione irrinunciabile per l'assolvimento dei bisogni primari della comunità rappresentata: principio (di stabilità finanziaria) che (con la riforma costituzionale del 2012), trova positivamente oltre che nelle disposizioni di cui agli artt. 81 e 97, comma primo, Cost. (evocate nell'ordinanza di rimessione), anche in quelle di cui all'art. 119 Cost. (fissative dell'autonomia finanziaria delle regioni e degli enti locali). Rispetto al rinnovato (sopravvenuto, anche rispetto alla già rilevante riforma costituzionale del 2001) assetto della Costituzione finanziaria risulta poco coerente una norma (quale quella esaminata criticamente) che, aggravando gli oneri finanziari passivi a carico dell'ente, rende più problematico il risanamento finanziario dell'ente stesso e il ripristino degli equilibri finanziari ovvero della fisiologia finanziaria (la cui profonda alterazione rende obbligatoria la dichiarazione di dissesto), con impatto molto critico – per riconoscimento dello stesso ordinamento - sullo svolgimento delle funzioni e dei servizi fondamentali dell'ente e sull'assolvimento dei bisogni primari della comunità territoriale: un precipitato che (a sua volta) risulta poco coerente con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione (vedi *sub* nota 3). E tutto ciò indipendentemente dalla nuova dichiarazione di dissesto ovvero dal pericolo di «dissesti in successione».

¹⁴ Va rilevato che, ai sensi dell'art. 244 d.lgs. n. 267/2000, «si ha stato di dissesto finanziario se l'ente non può garantire l'assolvimento delle funzioni e dei servizi indispensabili» («ovvero esistono nei confronti dell'ente locale crediti liquidi ed esigibili di terzi cui non si possa fare validamente fronte con le modalità di cui all'art. 193, nonché con le modalità di cui all'art. 194 per le fattispecie ivi previste»). Sussistendo le suddette condizioni, la dichiarazione di dissesto costituisce un obbligo per l'organo consiliare, il cui mancato assolvimento comporta lo scioglimento del Consiglio dell'ente (e la nomina di un commissario *ad acta* per la dichiarazione di dissesto).

¹⁵ Il Consiglio di Stato rimettente riconduce il carattere necessario della esistenza dell'ente locale alla «inesauribilità delle funzioni e dei servizi pubblici a loro attribuiti quale livello di governo “di prossimità” rispetto alle collettività rappresentate, espressivo dei loro bisogni primari»: da cui deriva «il loro ritorno *in bonis*» quale «dissesti in successione» conseguenza costituzionalmente vincolata». Una rilevanza, peraltro, come accennato, rinforzata all'esito della riforma costituzionale introdotta dalla citata legge cost. n. 3/20011.

¹⁶ Un elemento di distinzione che trova ulteriore riscontro nella circostanza che solo in relazione al dissesto degli enti locali l'ordinamento prevede un intervento finanziario, sia pure non

quale rileva (tra l'altro) che l'ente locale «deve continuare ad esistere», pur osservando (al fine di escludere le perplessità rilevate in relazione al principio di eguaglianza, ed anche a quello di ragionevolezza) che «l'esigenza che le disposizioni poste a raffronto mirano a soddisfare afferisce specificamente alla condizione dei creditori – tanto dell'ente locale, quanto dell'imprenditore – di essere tutelati in modo analogo». In sostanza, la Corte, al fine di escludere la fondatezza delle perplessità rilevate dal giudice *a quo*, richiama proprio il rilievo che ha dato luogo all'incidente di costituzionalità¹⁷; e, quindi, (nella migliore delle ipotesi) dà una risposta perplessa ovvero contraddittoria: in verità, lascia irrisolta la questione.

Si tratta di un elemento di rilevante debolezza della sentenza, la quale non riesce ad essere neutralizzata dall'osservazione con cui la Corte rileva che la disciplina del dissesto finanziario assicura che «il comune continui a esistere e operare (in quanto ente necessario), con un bilancio autonomo», «finalizzato [non solo] a gestire gli affari correnti, connessi soprattutto ai servizi essenziali, ma pure ad accantonare risorse per il pagamento di eventuali debiti o accessori che dovessero generarsi in pendenza della gestione liquidatoria». Anche in questo caso, si tratta di una considerazione che conferma come l'attenzione della disciplina del dissesto sia concentrata (anche finalisticamente) sulla “sorte” del debitore, sul suo “recupero” finanziario (della sua stabilità finanziaria), per gli scopi primari (essenziali) già richiamati: l'ente locale «deve continuare ad esistere» (utilizzando le parole della Corte); e (da altro lato) conferma la differenza ontologica tra i soggetti debitori posti a comparazione - l'ente locale e l'impresa privata (e le relative discipline) – rilevata nell'ordinanza

illimitato, e, tuttavia, risolutivo (in quanto rende possibile la contrazione del mutuo in favore dell'ente per l'estinzione integrale delle passività finanziarie); mentre nessun intervento è previsto, in via ordinaria, nella disciplina della crisi di impresa. Si tratta di un dato rilevato nell'ordinanza di rimessione, nella quale si ravvisa nel caso specifico una forma espressiva della funzione tipica dello Stato quale “pagatore di ultima istanza” all'interno del sistema di finanza pubblica; non ravvisabile nel regime dei debiti commerciali. (Si tratta di elementi di valutazione ripresi, da ultimo, anche da Cons. St., ad. plen., n. 1/2022, cit.). Un dato che, pur percepito dalla Corte, è rimasto privo di considerazione.

¹⁷ Posto che il rimettente dubita proprio della ragionevolezza della analoga disciplina legislativa (in ordine agli accessori del credito) stabilita a fronte di posizioni e di istituti ontologicamente diversi. Una disciplina che (vedi *infra sub* 2.3) si rivela squilibrata in favore del creditore dell'ente locale (e a discapito della collettività).

di rimessione quale elemento determinativo di perplessità, in termini di eguaglianza e di ragionevolezza, dell'analogia (ovvero dell'omologazione) legislativa criticata¹⁸.

Oltre a non poter essere risolutive, rimangono lacunose le valutazioni della Corte nella parte in cui omette di considerare l'incidenza dei nuovi valori costituzionali (introdotti da legge cost. n. 3/2001 e da legge cost. n. 1/2012) sugli assetti di sistema in precedenza esaminati dalla giurisprudenza costituzionale. Che costituisce il (secondo) vero tema proposto dall'ordinanza di rimessione (per il primo ovvero per l'altro, vedi *infra sub* 2.2): la (richiamata) ricostruzione definita da Corte cost. n. 269/1998 (e stabilmente acquisita all'ordinamento) riesce a resistere ai nuovi assetti costituzionali delle autonomie e della finanza pubblica? A questa domanda, la Corte non riesce a dare una risposta convincente¹⁹.

2.2 *L'aggravamento degli oneri passivi*

Il secondo elemento è quello che, in sostanza, è suscettibile – secondo la ricostruzione del giudice *a quo* - di determinare la violazione dei parametri costituzionali evocati nell'ordinanza di rimessione, nella quale si rileva che la riproduzione sul piano pubblicistico (art. 248, comma quarto, d.lgs. n. 267/2000) della disposizione di matrice civilistica relativa agli accessori del credito espone l'ente locale al rischio di persistenza della sofferenza finanziaria e (quindi) di dissesti in successione, e, dunque, è suscettibile di compromettere in radice il necessario processo di risanamento finanziario e di ripristino della funzionalità "ordinaria" (in funzione dell'assolvimento dei bisogni primari della comunità rappresentata) ovvero anche (nella efficace sintesi della Corte) «il raggiungimento dell'equilibrio di bilancio

¹⁸ L'inciso riportato tra parentesi (quadra) conferma le perplessità indotte dalla ricostruzione della Corte, la quale mostra di equiparare, (anche) in termini finalistici, l'assolvimento dei bisogni primari della comunità territoriale («servizi essenziali»), che (come visto) costituisce il portato teleologico dell'istituto, e la sorte degli accessori del credito maturati in seguito alla dichiarazione di dissesto, la cui entità – determinata dalla durata della procedura di liquidazione – peraltro, è totalmente sottratta alla disponibilità dell'ente locale (vedi anche *infra sub* nota 22) ed è suscettibile di impedire ovvero anche solo di prolungare il risanamento finanziario dell'ente (quale pre-condizione per assicurare l'esercizio delle funzioni e dei servizi indispensabili).

¹⁹ Sempre che possa essere ritenuta una risposta quella di richiamare le statuizioni proprio di Corte cost. n. 269/1998, di cui il giudice *a quo* aveva motivatamente proposto una "rivisitazione"; e di motivare la decisione di infondatezza (sul punto) proprio con l'elemento che aveva suscitato le perplessità del rimettente (vedi nota 17).

e della piena funzionalità dell'ente locale, ponendosi in contrasto con il ruolo assegnato al comune dalla Costituzione».

Anche sul punto, la risposta della Corte è laconica, limitata alla osservazione che il rischio paventato dal giudice rimettente «non è la conseguenza diretta della norma, ma è attribuibile piuttosto a scelte amministrative dell'ente»: nel caso specifico, una eventuale nuova dichiarazione di dissesto «non è dunque imputabile alla norma censurata, ma rappresenta piuttosto un inconveniente di fatto, inidoneo, da solo, a fondare un profilo di legittimità costituzionale». Secondo la Corte, l'ente, «nella pendenza della procedura di dissesto», «avrebbe dovuto apprestare misure, anche contabili, idonee a garantire il più rapido ripristino dell'equilibrio finanziario (artt. 259 e seguenti t.u. enti locali)».

Anche sul punto, le valutazioni della Corte non sono convincenti. Indipendentemente dal pericolo di dissesti in successione (che, peraltro, costituisce un'ipotesi tutt'altro che remota, e, comunque, non certo trascurabile)²⁰, è un fatto che la disposizione legislativa censurata presenti un elevato grado di onerosità finanziaria²¹, aggravata dalla durata (pluriennale) delle procedure di liquidazione (rispetto alla quale rimane preclusa all'ente interessato ogni possibilità di incidenza²²) e dalle ingenti esposizioni debitorie (le quali,

²⁰ La rilevanza che il giudice rimettente attribuisce alla suddetta eventualità attiene alla rilevazione che la norma può concorrere ad impedire il risanamento finanziario dell'ente (che, come visto, costituisce l'obiettivo della disciplina legislativa del dissesto) e determinare una nuova (o la permanenza della) situazione di patologia finanziaria e amministrativa (che aveva dato luogo alla dichiarazione di dissesto), vanificando, così, l'utilità della procedura (e finanche neutralizzando l'istituto stesso ovvero le finalità per le quali è stato concepito).

²¹ Ed è un fatto che la norma esaminata se non dà luogo direttamente ad una dichiarazione di dissesto finanziario (e sarebbe irragionevole se così fosse), certo non esclude (e, anzi, può alimentare) il pericolo di dissesti in successione in quanto (per come comunemente interpretata) è suscettibile di aggravare gli oneri passivi dell'ente. Ed è un fatto che la stessa Corte riconosce la plausibilità di un nuovo dissesto, il quale, tuttavia, sarebbe conseguenza (non della norma censurata, ma) di (ulteriori, rispetto a quelle che avevano determinato il dissesto) inefficienze finanziarie dell'ente (che non avrebbe apprestato, nel corso della procedura, le misure finanziarie necessarie per fare fronte agli oneri per interessi passivi maturati durante la procedura stessa).

²² La durata della procedura di liquidazione dipende unicamente dall'organo straordinario di liquidazione: per cui l'ente locale e la comunità rappresentata si troveranno a sostenere oneri finanziari per interessi passivi per un tempo che non dipende da loro e rispetto al quale non possono incidere in alcun modo. Si tratta di un (altro) dato – prodotto dalla disposizione censurata – molto impattante, il quale è stato colto nella sua rilevanza da TAR Lazio, Roma, n. 9250/2020,

peraltro, comunemente, sono riconducibili a gestioni molto risalenti nel tempo)²³. Si tratta di un dato molto impattante dal punto di vista finanziario, perché significa che saranno applicati tassi di interesse nella misura moratoria (ovvero anche convenzionale) per molti anni su debiti di entità molto importante. Si tratta di “costi” (molto ingenti) che complicano (fino anche ad escludere) il ripristino degli equilibri finanziari e il risanamento dell’ente, e che rimangono scaricati sulla collettività territoriale²⁴, ove l’ente locale riesca a farvi fronte; ovvero anche sulla finanza pubblica, nel caso in cui si dia luogo ad una successiva dichiarazione di dissesto²⁵: i quali (costi) sono generati direttamente proprio dalla norma denunciata; i quali (costi), ove dovessero rivelarsi insostenibili, determinerebbero la persistenza di

cit., pur ritenendolo insuscettibile di rimuovere l’obbligo conformativo rinvenuto a carico dell’ente locale, senza, tuttavia, che ne sia stata esaminata l’incidenza in termini di tenuta costituzionale.

²³ Con impatto di grave criticità anche con riferimento a quelle esigenze di equità intergenerazionale rispetto alle quali la Corte manifesta massima attenzione: è del tutto indiscutibile, infatti, che i “costi” determinati dalla disposizione censurata – generati da scelte finanziarie di cui hanno beneficiato precedenti generazioni – si scaricheranno per intero sull’attuale e sulle future generazioni.

²⁴ Va rilevato che, ai sensi dell’art. 251 d.lgs. n. 267/2000, la prima conseguenza della dichiarazione di dissesto finanziario è costituita dall’obbligo di fissare, per imposte e tasse locali di spettanza dell’ente dissestato (diverse dalla tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani, in relazione alla quale si devono applicare tariffe che assicurino la copertura integrale dei costi di gestione del servizio) le aliquote e le tariffe di base nella misura massima consentita; e dall’analogo obbligo riferito alle imposte e tasse locali di istituzione successiva alla deliberazione del dissesto e riferito ai servizi produttivi ed ai canoni patrimoniali (per i quali devono essere applicate le tariffe nella misura massima consentita dalle disposizioni vigenti). (Limitazione stringenti sono stabilite anche dal punto di vista gestionale: vedi artt. 249 e 250 d.lgs. n. 267/2000).

²⁵ Si evidenzia che il risanamento dell’ente locale (in seguito alla dichiarazione di dissesto) avviene con il contributo dello Stato, nei limiti stabiliti all’art. 255 d.lgs. n. 267/2000. Una ulteriore forma di contributo statale si rinviene nella previsione di cui all’art. 256, comma dodicesimo, d.lgs. n. 267/2000, ove si stabilisce che, nel caso in cui l’insufficienza della massa attiva, non diversamente rimediabile, sia «tale da compromettere il risanamento dell’ente, il Ministro dell’interno, su proposta della Commissione per la finanza e gli organici degli enti locali, può stabilire misure straordinarie per il pagamento integrale della massa passiva della liquidazione, anche in deroga alle norme vigenti»: ora, se è vero che la disposizione ultima citata precisa che l’eventualità ivi prevista può avvenire «senza oneri a carico dello Stato»; è vero anche che (nella stessa norma, successivamente modificata) è richiamata, quale misura straordinaria per il pagamento, la possibilità dell’ente di aderire alla procedura di riequilibrio finanziario pluriennale prevista dall’art. 243 *bis* d.lgs. n. 267/2000, in relazione alla quale è ammessa una anticipazione a valere sul Fondo di rotazione per assicurare la stabilità finanziaria degli enti locali (previsto dallo Stato, ai sensi del successivo art. 243 *ter*).

una situazione di grave criticità finanziaria e darebbero luogo ad una nuova dichiarazione di dissesto²⁶.

Si trattava, quindi, di verificare – al fine di valutare la tenuta costituzionale della disposizione censurata - se il sacrificio imposto alla comunità territoriale interessata ovvero alla finanza pubblica risultasse compromissivo dei valori costituzionali evocati dal giudice rimettente. Rispetto a tale verifica, l'elemento richiamato dalla Corte rimane (oltre che poco convincente, nei sensi osservati²⁷) scarsamente rilevante, e certo si rivela insuscettibile di esaurire il compito valutativo, se si considera che le (situazioni di grave patologia finanziaria che danno luogo alle) dichiarazioni di dissesto degli enti locali sono conseguenza di scelte finanziarie avventate ovvero anche inconsapevoli (che non è un'attenuante), di inadempimenti ovvero irregolarità gestionali e contabili: il punto problematico – che ha indotto l'ordinamento ad occuparsi della disciplina di siffatte evenienze patologiche – è che le conseguenze negative, in termini finanziari (con grave dispersione di risorse) e amministrativi (con gravi disfunzioni e inefficienze nello svolgimento delle funzioni e dei

²⁶ La problematicità della norma è stata segnalata anche dall'Osservatorio sulla finanza e la contabilità degli enti locali (presso il Ministero dell'interno), il quale, nel rapporto «Criticità finanziarie degli enti locali. Cause e spunti di riflessione per una riforma delle procedure di prevenzione e risanamento» (pubblicato il 12 luglio 2019), ha indicato tra gli elementi di criticità la facoltà dei creditori di chiedere all'ente tornato *in bonis* eventuali interessi maturati nel corso della procedura (con «inevitabili pesanti conseguenze finanziarie sul bilancio riequilibrato»). Si tratta di un dato che conferma la gravosità finanziaria della norma e la stabilità (ne esclude l'episodicità) delle conseguenze critiche rilevate; ed indebolisce l'osservazione della Corte che ravvisa un mero «inconveniente di fatto» insuscettibile di determinare, da solo, una vulnerazione della legittimità costituzionale.

²⁷ Va rilevato che dai precedenti giurisprudenziali citati dalla Corte non riesce a venire ausilio allo sforzo di ricondurre la vicenda esaminata nell'ambito degli «inconvenienti di fatto» insuscettibili, da soli, di «fondare un profilo di legittimità costituzionale». In effetti, in un caso, l'elemento (del tutto ipotetico) che, secondo il rimettente, dava luogo ai dubbi di legittimità costituzionale riguardava un eventuale aggravio del contenzioso giurisdizionale (cui avrebbe potuto dar luogo la norma). In un altro caso, sempre del tutto ipoteticamente, la disposizione censurata avrebbe potuto dar luogo ad una dilatazione dei tempi di pagamento (ipotesi ragionevolmente esclusa da Corte cost. 5 dicembre 2018, n. 225). È già stato rilevato come, invece, nel caso esaminato, i maggiori (e gravosi) oneri finanziari per interessi passivi siano oggettivi e derivino direttamente (nel senso che sono previsti) dalla norma censurata, e, in caso di insostenibilità, possano anche concorrere a dare luogo a (ovvero determinare, anche da soli) una nuova dichiarazione di dissesto. Una eventualità, quest'ultima, che rafforza la criticità della disposizione ma non ne esaurisce la potenzialità vulnerativa (della legittimità costituzionale), la quale andava specificamente verificata in relazione ai parametri evocati dal giudice *a quo*.

servizi), si scaricano sulla collettività. In ogni caso, si ripete, il tema non è questo. Fermo restando che è la stessa Corte esaminata a riconoscere l'impatto della disposizione censurata, nella parte relativa alla sorte degli accessori del credito, sugli equilibri di bilancio, quando richiama la posizione giurisprudenziale che, in relazione al ritardo nel pagamento dei debiti scaduti della pubblica amministrazione, rileva che «l'equilibrio finanziario dei bilanci pubblici [il quale] viene intrinsecamente minato dalla presenza di situazioni debitorie non onorate tempestivamente»²⁸.

Irrilevanti (nel senso che non vi danno risposta) rispetto al tema di verifica rilevato si rivelano anche le osservazioni della Corte relative agli strumenti perequativi di cui all'art. 119 Cost. e agli strumenti di controllo previsti dagli artt. 1 e 3 d.l. n. 174/2012 (vedi *sub* nota 36).

Ciò posto, deve pure essere aggiunto che, fermo restando che né gli strumenti di perequazione di cui al terzo comma del citato art. 119 Cost. né quelli di cui al successivo comma quinto²⁹ si rivelano (teleologicamente) idonei a fare fronte alle contingenze urgenti quali sono quelle che rendono necessarie misure di ripristino degli equilibri finanziari del

²⁸ Corte cost. 24 aprile 2020, n. 78, ove si precisa (a giustificazione dell'impatto sugli equilibri di bilancio) che «va infatti considerato anche il rilevante tema dell'esposizione debitoria per interessi passivi per ritardati pagamenti che, in considerazione anche del loro specifico e oneroso criterio di calcolo, riduce le effettive risorse da destinare alle finalità istituzionali». Ciò posto (dalla stessa giurisprudenza costituzionale), restavano da chiarire quali fossero le ragioni per le quali, a proposito della norma censurata, si debba (invece) ritenere giustificata l'alterazione degli equilibri di bilancio determinata dalla maturazione (nel corso della obbligatoria procedura di liquidazione) di onerosi interessi passivi ovvero (anche) quali fossero le ragioni per le quali l'omologazione delle discipline richiamate comparativamente giustifichi la suddetta alterazione ovvero, peggio, la persistenza degli squilibri. Si tratta di temi di verifica che sono rimasti trascurati dalla Corte esaminata.

²⁹ Si tratta di strumenti perequativi che, peraltro, hanno finalità diversa: il fondo perequativo senza vincolo di destinazione per i territori con minore capacità fiscale per abitante (di cui al terzo comma del citato art. 119) è volto a porre rimedio (ovvero a riportare nei limiti della fisiologia costituzionale) le disegualianze determinate dalle fonti di entrata di cui al secondo comma, e, in particolare, dalle «partecipazioni al gettito di tributi erariali riferibile al territorio. I rimedi perequativi di cui al successivo quinto comma sono volti a creare le condizioni (promuovendo lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale) affinché le disegualianze finanziarie territoriali (non si determinino ovvero) rimangano nei limiti della fisiologia. (Il riferimento alla rimozione degli «squilibri economici e sociali» riguarda connotazioni strutturali della comunità interessata, e non è certo riferibile a contingenze finanziarie derivanti da scelte errate ovvero irregolarità finanziarie e gestionali). Sul punto, vedi A. BRANCASI, *Uguaglianze e disegualianze nell'assetto finanziario di una repubblica federale*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 909 ss.; vedi anche F. COVINO, *La perequazione finanziaria nella Costituzione*, Napoli, 2008.

singolo ente³⁰, proprio la loro evocazione da parte della Corte conferma come l'impatto problematico della disposizione cesurata non rimanga circoscritto al livello (dell'ente) locale ma si estenda alla finanza pubblica; e come, da altro lato, coinvolga il parametro (di legittimità costituzionale) di cui al richiamato art. 119 Cost., il quale, pur non espressamente evocato dal giudice rimettente, può ritenersi assorbito (ovvero ricompreso) nel generale richiamo dei principi di equilibrio di bilancio e di stabilità finanziaria positivizzati (oltre che agli artt. 81 e 97, comma secondo, Cost.) non solo (come detto) al primo comma dell'art. 119 Cost, ma anche al successivo sesto comma³¹. Il richiamo dei suddetti principi anche all'art. 119 implica non solo l'obbligo per le regioni e per gli enti locali di assicurarne l'osservanza, ma anche il "diritto" delle suddette istituzioni territoriali a vedere presidiati i rispettivi assetti finanziari rispetto ad interferenze (ovvero, come nel caso specifico, a disposizioni legislative) suscettibili non solo di alterare equilibri (e fisiologia amministrativa) faticosamente (ri)acquisiti³² ma anche di orientare (e anche di imporre) scelte finanziarie.

³⁰ È la stessa Corte a rilevare che «tutte le disfunzioni devono essere rimosse e non possono essere computate nell'attivazione dei meccanismi di solidarietà previsti dal terzo, quarto e quinto comma dell'art. 119 Cost. È in ordine al deficit strutturale imputabile alle caratteristiche socio-economiche della collettività e del territorio, e non alle patologie organizzative, che deve essere rivolto l'intervento diretto dello Stato»: Corte cost. 23 giugno 2020, n. 115 (ove, sul punto, si richiamano i principi stabiliti da Corte cost. 28 gennaio 2020, n. 4).

³¹ Va ricordato, in estrema sintesi, che uno dei profili di rilevanza dei principi di cui all'art. 119 Cost. risiede (oltre che nell'estensione dell'autonomia finanziaria anche agli enti locali) nel fatto che vengono poste le basi per il superamento del carattere derivato della finanza delle autonomie (con impatto positivo anche sul principio di buon andamento); e solo la sostanziale inattuazione dei principi di cui al citato art. 119, nonostante la legge 5 maggio 2009, n. 42 (e i decreti delegati che ne sono seguiti), ha determinato la persistenza del suddetto carattere. Si tratta, tuttavia, di temi che richiedono separato esame. Sulla rilevanza evolutiva dell'art. 119 Cost., vedi A. BRANCASI, *L'autonomia finanziaria degli enti territoriali: note esegetiche sul nuovo art. 119 Cost.*, in *Reg.*, 2003, p. 41 ss.; sull'impatto limitativo delle disposizioni della legge cost. n. 1/2012, vedi A. BRANCASI, *L'autonomia finanziaria degli enti territoriali di fronte ai vincoli europei ed alla riforma costituzionale sul pareggio di bilancio*, in *Reg.* 2014, p. 49 ss. G.C. DE MARTIN, *Il disegno autonomistico disatteso tra contraddizioni e nuovi scenari problematici*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 2014, p. 6 ss, osserva che la prospettiva di riordino dell'autonomia finanziaria regionale e locale è stata «travolta dal neocentralismo della "legislazione della crisi"».

³² Equilibri che, nel caso del dissesto finanziario, devono risultare (ripristinati e) cristallizzati nell'ipotesi di bilancio di previsione stabilmente riequilibrato che va presentato (dall'organo consiliare dell'ente locale) al Ministero dell'interno, ai sensi dell'art. 259 d.lgs. n. 267/2000.

Ne deriva che la norma censurata è suscettibile di risultare compromissiva dell'autonomia finanziaria (nel caso specifico) degli enti locali³³, i quali si vedono obbligati a destinare al pagamento di interessi moratori (ovvero anche convenzionali) maturati nel corso della procedura di liquidazione risorse finanziarie che avrebbero potuto utilizzare per altre finalità³⁴. Nell'ipotesi ricostruttiva ribadita dalla Corte, gli equilibri finanziari e l'autonomia finanziaria degli enti locali rimangono sacrificati ovvero, comunque, vengono ritenuti recessivi, rispetto al confermato obbligo di pagamento degli accessori del credito maturati successivamente alla dichiarazione di dissesto e nel corso della procedura di liquidazione: obbligo che la Corte riconduce all'esigenza di tutelare i creditori, che è ritenuta alla base della sicurezza dei traffici commerciali (correlata all'art. 41 Cost³⁵.) e prevalente (ovvero preferibile) e, comunque, non compromissiva dei (ovvero non irragionevole nel bilanciamento tra i) valori costituzionali richiamati comparativamente dal giudice rimettente³⁶.

³³ Rimane, così, rilevabile un ulteriore profilo di asimmetria nell'applicazione del principio di equilibrio di bilancio, il quale conosce un'applicazione rigoristica nei confronti degli enti locali - e, più in generale, delle autonomie territoriali - (non solo rispetto a quanto avviene per lo Stato: vedi *sub* nota 6; ma anche) quando si richiede loro la massima attenzione conformativa al suddetto principio nel compimento delle scelte finanziarie e gestionali; mentre i rigori dell'ordinamento si fanno meno rigidi quando si tratta di presidiare gli equilibri dei bilanci degli enti locali rispetto alle (possibili) interferenze esterne. Di sicuro interesse, in proposito, Corte cost. 26 novembre 2021, n. 220, ove si ritiene che gli interventi di ridimensionamento, nella misura complessiva di quaranta milioni di euro (da 340 a 300 milioni di euro), del contributo ristorativo a carico dello Stato in favore dei Comuni «non sono tali da incidere significativamente sul livello dei servizi fondamentali»: e ciò viene ritenuto «pur in assenza della definizione dei Livelli essenziali delle prestazioni (LEP)».

³⁴ Anche in questo caso, è la stessa Corte esaminata a ricordare che l'oneroso criterio di calcolo degli interessi «riduce le effettive risorse da destinare alle finalità istituzionali (sentenza n. 78/2020)» (nel caso specifico, addirittura, di quelle da destinare, come visto, al ripristino degli equilibri di bilancio e al risanamento finanziario dell'ente, in funzione di garanzia dell'assolvimento dei bisogni primari della collettività).

³⁵ Fermo restando le perplessità rilevate, può essere osservato - a conferma della caducità delle riportate valutazioni giurisprudenziali - che la ricostruzione proposta dalla Corte si presenta scarsamente coerente (per quanto rilevato in ordine alla onerosità della norma censurata: vedi anche *infra sub* 2.3) con i principi formulati al secondo comma (proprio) della disposizione costituzionale evocata dalla stessa Corte, ove, come noto, si stabilisce (tra l'altro) che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale.

³⁶ Come detto, nessuna rilevanza rispetto al tema di verifica rilevato presenta il richiamo ai «nuovi» controlli di tipo legalistico introdotti dal d.l. n. 174/2012, e, in particolare, dall'art. 3, le cui disposizioni riguardano gli enti locali: un richiamo che, anzi, conferma il riconoscimento da parte della Corte del carattere oneroso della norma censurata, rispetto al quale (è il ragio-

2.3 *L'eccesso protezionistico*

Ma non è solo per gli elementi rilevati che l'equiparazione della "sorte" del debitore pubblico a quella del debitore privato, in caso di insolvenza patologica (che dà luogo al dissesto, nel primo caso; e alla crisi d'impresa, nel secondo) – quale ulteriore profilo di verifica proposto con l'ordinanza di rimessione - non "regge" alla comparazione con i parametri di valutazione evocati dal giudice rimettente.

Si è accennato, infatti, a come il creditore degli enti locali, per effetto della disposizione legislativa censurata (nell'ambito della generale disciplina del dissesto), trovi certezza assoluta in ordine al pieno adempimento dell'obbligo debitorio, e, anzi, vi trovi una certa remuneratività rispetto al relativo credito. Infatti, nel sistema definito dal legislatore del dissesto finanziario, l'ente locale interessato dalla procedura è tenuto ad attivare un mutuo (con la Cassa depositi e prestiti) per l'estinzione integrale delle passività finanziarie, i cui oneri (del mutuo) sono in parte finanziati dallo Stato³⁷. Si tratta di garanzie che non si rinvergono nel sistema privatisti-

namiento della Corte stessa) l'ordinamento appresta strumenti di garanzia ovvero di ripristino del equilibri finanziari compromessi (nel caso specifico, dagli accessori del credito). Rilevata la scarsa incidenza impeditiva dei controlli (attribuiti alle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti) previsti all'art. 148 *bis* d.lgs. n. 267/2000 (introdotto dall'art. 3, comma primo, lett. e, d.l. n. 174/2012), se si considera che il bilancio di previsione degli enti locali viene approvato (nella migliore delle ipotesi, ormai) a metà esercizio (per dare l'idea, il termine per l'approvazione del bilancio di previsione degli enti locali per il 2023 è stato differito da 15 settembre 2023): significa che molto difficilmente il controllo (delle sezioni regionali) della Corte dei conti riuscirà ad essere ultimato prima della conclusione dell'esercizio finanziario di riferimento e che ancor più difficilmente potrà produrre effetti impeditivi; la previsione degli effetti conformativi del suddetto controllo (che, invece, sono destinati a prodursi anche con riferimento alle regioni: art. 1 d.l. n. 174/2012) conferma l'onerosità della norma esaminata, con impatto anche sull'autonomia finanziaria dell'ente.

Né alcuna rilevanza riesce a presentare (rispetto al tema di verifica osservato) l'evocazione (da parte della Corte) del «principio della sostenibilità economica della spesa», posto che proprio la mancata attenzione da parte del Comune in relazione alla onerosità finanziaria dell'iniziativa intrapresa ha dato luogo alla grave situazione di patologia finanziaria che ha determinato il dissesto dell'ente (quello dichiarato, e non quello evocato).

³⁷ All'art. 255, comma secondo, d.lgs. n. 267/2000 è disposto che per il risanamento dell'ente locale dissestato lo Stato finanzia (nei limiti fissati al successivo quarto comma) gli oneri di un mutuo, assunto dall'organo straordinario di liquidazione (in nome e per conto dell'ente) con la Cassa depositi e prestiti, al tasso vigente e ammortizzato in venti anni, con pagamento diretto di ogni onere finanziario da parte del Ministero dell'interno (per ulteriori forme di contribuzione a carico della finanza pubblica, vedi *sub* nota 25). La massa attiva (accertata dall'organo straordinario di liquidazione) destinata alla estinzione delle passività, è costituita dal (suddetto) contributo dello Stato, da residui da riscuotere, da ratei di mutuo disponibili in quanto non

co, nel quale, non solo, come detto, non esiste (in termini di principio ovvero in via ordinaria) alcun intervento finanziario dello Stato, ma la stessa “soddisfazione” del credito dipende unicamente (ed è limitata) dalla consistenza delle disponibilità attive (del – ovvero riconducibili al - debitore) acquisite dall’organo della procedura. Con la conseguenza che, nella maggior parte dei casi, il soddisfacimento dei crediti rimane solo (molto) parziale (ovvero anche, non di rado, del tutto inesistente). A fronte delle suddette garanzie (peraltro, ragionevoli, in considerazione della connotazione pubblicistica e della natura necessaria del debitore), la disposizione di cui all’art. 248, comma quarto, d.lgs. n. 267/2000 si espone a rilievi di eccessività “protezionistica” ovvero di sbilanciamento garantistico (in favore del creditore dell’ente locale)³⁸, i quali si rinven- gono (non solo nella eliminazione di ogni alea in ordine all’esatto adempimento delle prestazioni, che pure costituisce un elemento di valutazione di impresa nelle transazioni commerciali privatistiche; ma anche) nella circostanza che la lievitazione, nella misura moratoria ovvero anche convenzionale, degli accessori del credito (rischia di) assume(re) le caratteristiche di un vero e proprio “investimento” del creditore (peraltro, garantito dall’ordinamento); e, non meno criticamente, è suscettibile di neutralizzare del tutto – non solo a discapito della parte pubblica, ma anche in contraddizione rispetto al dato normativo - la possibilità di portare a definizione transattiva la liquidazione del credito³⁹. Si tratta di esigenze (che l’ordinamento stesso ha ritenuto meritevoli di attenzione),

utilizzati dall’ente, da altre entrate e, se necessari, da proventi derivanti da alienazione di beni del patrimonio disponibile.

³⁸ Le quali sembrano costituire forme condizionate, “istintive”, di reazione opposta dell’ordinamento rispetto all’obiezione corrente, che (in massima sintesi) rinviene forme diffuse di privilegio in favore del sistema pubblicistico (e, così, per finalità neutralizzative, si rischia di incorrere nell’eccesso opposto).

³⁹ All’art. 258, comma terzo, d.lgs. n. 267/2000 è stabilito che l’organo straordinario di liquidazione, effettuata una sommaria delibazione sulla fondatezza del credito vantato, può definire transattivamente le pretese dei relativi creditori (ivi compreso l’Erario), offrendo il pagamento di una somma variabile tra il quaranta e il sessanta per cento del debito (anche in relazione all’anzianità dello stesso), con rinuncia ad ogni altra pretesa e con liquidazione obbligatoria entro trenta giorni dalla conoscenza dell’accettazione della transazione. È evidente come la possibilità prevista dalla norma citata rischi di essere neutralizzata dalla consapevolezza del creditore in ordine alla soddisfazione dell’intero credito e al pieno pagamento degli accessori maturati durante la procedura.

le quali, tuttavia, non possono giustificare la relegazione in posizione recessiva dei valori costituzionali evocati dal giudice rimettente.

Rispetto ai profili rilevati, pure percepibili nell'ordinanza di rimessione⁴⁰, nessuna indicazione si coglie nella sentenza esaminata; né riescono a presentare specifico interesse le osservazioni della Corte riferite alle criticità che il ritardo nel pagamento dei debiti scaduti della pubblica amministrazione determina nella situazione economica dei soggetti creditori: le quali, in verità, confermano come la posizione del soggetto privato (nei rapporti commerciali con le amministrazioni pubbliche) trovi ampia garanzia mediante la prescrizione di tempistiche rigorose (e onerose) per il pagamento dei debiti della pubblica amministrazione⁴¹.

2.4 *Il dato testuale sacrificato*

L'omologazione alla (richiamata) disciplina privatistica (in materia di crisi d'impresa) del dato normativo relativo alla sorte degli accessori del credito in materia di dissesto finanziario degli enti locali costituisce (anche se le perplessità espresse dal Consiglio di Stato rimettente sembrano autorizzare a parlare al passato⁴²) un approdo stabile dell'ordinamento

⁴⁰ È la stessa Corte a richiamare (per escluderne la fondatezza), con efficace sintesi, «l'assunto del giudice rimettente, secondo cui la vigente disciplina sugli accessori del credito attribuirebbe ai creditori degli enti locali in dissesto una tutela eccessiva a scapito della collettività di cui l'ente locale è esponenziale».

⁴¹ La qual cosa rinforza il rilievo di eccesso protezionistico, se si considera (tra l'altro) che alla pubblica amministrazione sono estese le conseguenze per ritardato pagamento previste nel sistema nel sistema commerciale di matrice privatistica. Un rilievo che trova un riscontro in Cons. St., ad. plen., n. 1/2022, cit., ove, pur confermandosi il processo di omologazione della disciplina del dissesto degli enti locali a quella privatistica del fallimento (ora crisi d'impresa), si rileva (tra l'altro) che «se lo scopo delle norme sullo stato di dissesto è quello di salvaguardare le funzioni fondamentali dell'ente in stato di insolvenza, permettendogli di recuperare una situazione finanziaria di riequilibrio e, quindi, di normalità gestionale e di capienza finanziaria, che altrimenti sarebbe compromessa dai debiti sorti nel periodo precedente, è evidente che tale interesse pubblico risulta prevalente in base ad un bilanciamento e di razionalità, rispetto agli interessi individuali e patrimoniali dei privati ancorché accertati con provvedimenti giurisdizionali». In tale prospettiva, che riconduce ad un ragionevole bilanciamento le esigenze venute a comparazione (di garanzia del ripristino degli equilibri finanziari e del risanamento dell'ente locale e di tutela del creditore), il suddetto interesse pubblico è insuscettibile di essere relegato in posizione recessiva in relazione agli accessori del credito. Sul sicuro impatto degli interessi maturati a causa del ritardo nei pagamenti sull'equilibrio di bilancio, vedi *subb* note 28 e 30.

⁴² Nel senso che l'ordinanza di rimessione, pur confermando il percorso di omologazione della disciplina del dissesto finanziario degli enti locali a quella (di matrice privatistica) della crisi d'impresa, ne propone una ricostruzione in chiave rivisitata, escludendone la riproduzione

materiale, all'esito della (vista) ricostruzione della giurisprudenza costituzionale e di quella amministrativa⁴³: le quali risentono della concomitanza di due elementi: l'eccesso garantistico (in favore del soggetto privato) e la debolezza istituzionale dell'interlocutore pubblico interessato⁴⁴.

Il suddetto elemento, tuttavia, non può esonerare dal rilevare come l'opzione interpretativa corrente si emancipi dal dato testuale. Deve essere osservato, infatti, che il citato legislatore (della disciplina) del dissesto finanziario degli enti locali, con riferimento agli accessori del credito, precisa (come visto, *sub* nota 1) che i debiti insoluti «non producono più interessi né sono soggetti a rivalutazione monetaria» («dalla data della deliberazione di dissesto e sino all'approvazione del rendiconto di cui all'art. 256»⁴⁵). Si tratta di una formula a carattere perentoriamente preclusivo, come dimostra l'utilizzo dell'avverbio «più», che (nel caso specifico) definisce lo spazio di operatività del verbo produrre, e (vuole) escludere in via definitiva che nel periodo specificato possano prodursi interessi: una soluzione interpretativa, strettamente aderente al dato testuale, che esclude i profili problematici rilevati in relazione all'aggravamento degli oneri per interessi passivi (e alla onerosità finanziaria della disposizione censurata)⁴⁶, i quali hanno dato luogo (non da oggi) ai dubbi di costi-

meramente meccanicistica e imponendo (invece) la ricerca del punto di ragionevole combinazione delle esigenze che vengono in rilievo (vedi anche *sub* nota 43).

⁴³ Per una esauriente ricostruzione della elaborazione della giurisprudenza amministrativa (sui temi qui di interesse), vedi TAR Lazio, Roma, II *bis*, n. 9250/2020 (cit.).

⁴⁴ L'ente locale è (continua ad essere) percepito quale «anello debole» del sistema delle istituzioni territoriali: e ciò, nonostante il pluralismo istituzionale paritario che ne caratterizza l'attuale configurazione costituzionale (come rimasta definita da legge cost. n. 3/2001): una connotazione che impedisce di individuare alcuna posizione di gerarchia, o comunque di preminenza tra le articolazioni del sistema istituzionale: vedi M. CAMMELLI, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Reg.*, 2001, p. 1274 ss.; e ciò, nonostante le disposizioni di cui all'art. 118 Cost.: una percezione che è suscettibile di incidere in una qualche misura nelle scelte del legislatore (e anche in quelle giurisprudenziali).

⁴⁵ Ai sensi dell'art. 256, comma undicesimo, d.lgs. n. 267/2000, l'organo straordinario di liquidazione, entro il termine di sessanta giorni dall'ultimazione delle operazioni di pagamento, è tenuto ad approvare il rendiconto della gestione ed a trasmetterlo (tra gli altri) all'organo di revisione contabile dell'ente, il quale è competente sul riscontro della liquidazione e verifica la rispondenza tra il piano di estinzione e l'effettiva liquidazione.

⁴⁶ Una soluzione interpretativa che trova ulteriore riscontro ove si presti attenzione al dato normativo originario, il quale disponeva – all'art. 6, comma quinto, lett. g), d.p.r. 24 agosto 1993, n. 378 («Regolamento recante norme sul risanamento degli enti locali dissestati») – che dal-

tuzionalità prospettati nell'ordinanza di rimessione (aggravati, nei sensi visti, dal rinnovato contesto costituzionale).

È prevalsa, invece, una interpretazione che ha trascurato ovvero ha sacrificato il rilevato dato testuale (con il quale l'ordinamento ha inteso farsi carico, preventivamente, delle esigenze osservate in termini problematici), valorizzando eccessivamente (ovvero al fine di valorizzare) il processo di omologazione della disciplina del dissesto finanziario degli enti locali a quella regolativa della crisi di impresa (e, prima, della procedura di fallimento⁴⁷), la quale, tuttavia, ha utilizzato (come anche visto, *sub* nota 9), nello specifico (e, cioè, con specifico riferimento agli accessori del credito) una formula letterale – che fa uso della espressione «sospende il corso degli interessi» - profondamente diversa e molto più elastica (“aperta”, e, comunque, non sovrapponibile) rispetto a quella di cui al quarto comma del citato art. 248 d.lgs. n. 267/2000.

Un ulteriore elemento di ordine letterale che impedisce (ovvero certo non suggerisce) la mera sovrapposizione (con finalità omologativa) dei dati normativi esaminati comparativamente si rinviene nella circostanza che solo nella disciplina della crisi d'impresa viene utilizzata l'espressione «agli effetti del concorso»: un dato che può indurre nel senso di ritenere che, nell'ambito del dissesto, l'effetto preclusivo in ordine agli accessori del credito (maturazione degli interessi, rivalutazione monetaria) si estenda anche oltre il termine di approvazione del rendiconto di cui all'art. 256 (ovvero, comunque, conferma il carattere permanente del

la massa attiva erano esclusi (tra l'altro) «interessi moratori o corrispettivi e rivalutazione monetarie maturate dopo la deliberazione del dissesto». Si tratta(va) di un dato normativo ben chiaro nel riconoscere la maturazione di interessi e rivalutazione anche successivamente alla dichiarazione di dissesto: con la conseguenza che non vi sarebbe stata ragione di modificarne la formula letterale (peraltro, con una meno chiara) ove il fine (escludere i suddetti accessori dalla massa attiva) fosse rimasto lo stesso. Si tratta di un elemento che rende preferibile l'interpretazione proposta, secondo cui il legislatore modificativo (art. 81, comma quarto, d.lgs. 25 febbraio 1995, n. 77, esattamente riprodotto all'art. 248, comma quarto, d.lgs. n. 267/2000) ha, invece, inteso rivedere integralmente la suddetta disposizione (tanto è vero che ne ha disposto l'abrogazione - con l'art. 120, comma terzo, lett. g, n. 6, d.lgs. n. 77/1995 - riformulando completamente il contenuto della disposizione stessa) proprio al fine di escludere (in relazione al periodo considerato) la produzione di («non producono più») interessi e rivalutazione.

⁴⁷ Come detto, all'art. 55, comma primo, r.d. 16 marzo 1942, n. 267 era stabilito, con identica formula letterale, che «la dichiarazione di fallimento sospende il corso degli interessi convenzionali o legali, agli effetti del concorso, fino alla chiusura del fallimento».

richiamato effetto preclusivo), in considerazione della certezza (garantita dall'ordinamento) dell'adempimento; e rinforza il postulato conclusivo dell'ordinanza di rimessione, ove si rileva che la soluzione che si impone è «quella di considerare estintivo il pagamento integrale del credito nell'ambito della procedura di dissesto, per sorte capitale ed interessi maturati al momento della sua apertura»⁴⁸.

3. *Un'osservazione conclusiva*

In aggiunta a quanto rilevato, si può osservare conclusivamente che la scelta conservativa della Corte si pone in linea di continuità con l'idea recessiva del principio autonomistico (ovvero ne è la conseguenza) che pervade l'ordinamento materiale, la quale affonda le radici in (ovvero rivela ovvero è l'inevitabile portato di) una profonda sfiducia nei confronti delle istituzioni territoriali⁴⁹, in difficile coerenza con i principi di cui all'art. 5 Cost. (oltre che con quelli di cui agli artt. 114 ss. Cost., peraltro, come noto, rinforzati da legge cost. n. 3/2001), i quali collocando il riconoscimento e la promozione delle autonomie locali tra i principi fondamentali fanno stato della rilevanza primaria che l'ordine costituzionale attribuisce alla valorizzazione dei suddetti enti territoriali (e della fiducia che in essi ripone); e che in relazione ai temi finanziari e contabili si manifesta con maggiore evidenza, assumendo le connotazioni di un commissariamento permanente⁵⁰, e che anche ove

⁴⁸ Il quale (postulato) sembra riuscire a resistere al rilievo critico che attenga alla eventualità che il creditore dell'ente non attivi il proprio diritto nell'ambito della procedura di dissesto, e, quindi (ovvero, comunque) non vi sia stato il pagamento. Deve ritenersi, infatti, che, nell'ambito della procedura di dissesto finanziario il debito dell'ente che dovesse essere rilevato dall'organo di liquidazione nell'ambito della procedura dovrà essere inserito nel piano di liquidazione (nella misura accertata dall'organo stesso) e pagato a carico della procedura stessa, indipendentemente dall'istanza del creditore (e anche a fronte di una sua persistente inerzia).

⁴⁹ La quale, pur trovando alimento nelle inefficienze (finanziarie e gestionali, oltre che meramente amministrative) che si rinvencono nelle amministrazioni territoriali, rischia – soprattutto quando è espressione di radicalizzazione di matrice ideologica – di segnare una cesura anche rispetto allo spirito costituente, e non solo rispetto a quello che ha animato la riforma del 2001, ancora integralmente trasfusa in Costituzione (sia pure con le limitazioni di ordine preminentemente finanziario aggiunte da legge cost. n. 1/2012)

⁵⁰ Al centralismo finanziario, che costituisce un dato di elementare rilevazione, comunemente acquisito all'ordinamento (giustificato con le ragioni della persistente crisi economica e con le diverse altre contingenze che di volta in volta si manifestano), comunque ben lontano dal dato costituzionale cristallizzato all'art. 119 Cost. (vedi anche *sub* nota 3) e, più in generale, difficilmente coerente con il sistema costituzionale delle autonomie; si aggiunge un vero e

rimanga una scelta di semplificazione organizzativa⁵¹ (ovvero anche una reazione di resistenza o anche di governo di istanze ritenute premature ovvero problematiche) rivela eccessi di incoerenza (che estendono le conseguenze negative) anche rispetto al principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione, il quale (come detto) risente inevitabilmente della regressiva considerazione dei valori autonomistici e delle incertezze prospettiche in ordine alla evoluzione del sistema amministrativo, esposto a sollecitazioni contraddittorie, provvisorie e (non di rado) poco chiare nella individuazione dei punti di approdo perseguiti⁵².

proprio sovranismo contabile, che, come accennato, ha indotto lo Stato a ritenersi titolare della potestà legislativa di disciplinare minuziosamente (fino alla definizione della modellistica) la contabilità delle regioni e degli enti locali: una disciplina di dettaglio (che costituisce un tipico esempio della esondazione legislativa comunemente criticata in dottrina: vedi S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, p. 5 ss.) stabilmente ritenuta (dalla giurisprudenza costituzionale) parametro interposto di legittimità costituzionale (si tratta di temi ampiamente indagati nei contributi citati *sub* nota 5). Il quadro (di sintesi) è completato da un sistema di controlli amministrativi – legalistici e gestionali – a carattere pervasivo, capillare: controlli interni (per modo di dire, visto che i revisori dei conti – che, peraltro, non esauriscono i controlli interni – sono tenuti a riferire alla Corte dei conti); controlli esterni, (dei competenti uffici) del Ministero dell'economia e delle finanze e del Ministero dell'interno, della Corte dei conti; ad effetto impeditivo ovvero, comunque conformativo (anche quelli di tipo gestionale, che pure sono concepiti con finalità collaborative). Il precipitato di una siffatta impostazione è la diffusa dereponsabilizzazione delle istituzioni territoriali, con impatto problematico sul principio di buon andamento di cui all'art. 97, comma secondo, Cost. (in relazione a diversi profili, i quali non possono certo essere esaminati nel presente contributo), senza che sia risultato percepibile alcun contributo migliorativo in termini "macro": il debito pubblico cresce, la spesa pubblica cresce, le inefficienze persistono (aggravate dalle difficoltà finanziarie: con sofferenza delle comunità rappresentate). Con ciò non si vogliono trascurare le lacune di cui si è già preso atto (pure rimaste, come detto, pressoché invariate, se non aggravate nell'impatto sulle collettività); si intende segnalare che si rendono necessarie soluzioni di sistema di segno diverso, le quali implicano una effettiva collaborazione fiduciaria tra i diversi livelli istituzionali e la ricerca di un punto di equilibrio tra le diverse esigenze che vengono in rilievo. È un compito (molto) impegnativo (è certo più semplice prescrivere, anche con qualche esuberanza, e controllare, ma i problemi rimangono sostanzialmente irrisolti), che, peraltro, richiede tempi (anche di concepimento) che oggi non sono concessi alla politica: deve essere per questo che nessuno sembra volersene fare carico.

⁵¹ La definizione statale della disciplina normativa della contabilità delle regioni e degli enti locali potrà produrre vantaggi in termini di semplificazione nella rilevazione dei dati e di monitoraggio dei flussi finanziari e altri benefici di tipo tecnico-amministrativo (senza, peraltro, che sia sufficientemente considerato l'impatto delle conseguenze negative). E, tuttavia, la Costituzione parla (non certo a caso) di «armonizzazione dei bilanci pubblici» (art. 117, comma secondo, lett. e, Cost.): una locuzione che esprime un concetto ben diverso dalla (e non riconducibile alla) uniformazione.

⁵² Le quali sono indicative, non solo della mancanza di un progetto organico di riforma della pubblica amministrazione, ma di incertezza anche in ordine ad una condivisa individuazione

Si tratta di temi che richiedono separato approfondimento e che nel presente contributo possono rimanere solo evocati, anche al fine di rilevare che sì, le statuizioni di Corte cost. n. 219/2022 risultano coerenti e rimangono in continuità con le posizioni stabili della giurisprudenza costituzionale, in relazione al tema specifico (la sorte degli accessori del credito in sede di dissesto finanziario degli enti locali) ed a quello di carattere più generale (la considerazione recessiva dell'assetto costituzionale delle autonomie), e, tuttavia, (come detto) le questioni poste con l'ordinanza di rimessione sono rimaste irrisolte⁵³ (e, con loro, rimangono irrisolti i profili problematici rilevati). Sarà (si confida) per un'altra volta.

The Fate of Interest on Loans in Financial Distress Procedures of Local Authorities: The Court Does Not Change Its Mind (But Problems Remain Unresolved)

Lio Sambucci

Abstract: L'articolo si sofferma problematicamente sulle statuizioni della sentenza 24 ottobre 2022, n. 219 della Corte costituzionale, le quali attengono (in generale) alla disciplina del dissesto finanziario degli enti locali, e, nello specifico, alla questione relativa alla produzione degli interessi (e di altri accessori) sul credito accertato nel corso della procedura di liquidazione. Sulla questione specifica, la Corte, con la sentenza esaminata, rimane sulle proprie (precedenti) posizioni, sia pure piuttosto risalenti: le quali, quindi, riescono a resistere al (sopravvenuto: legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3) profondamente rinnovato assetto dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali e ai nuovi (sopravvenuti: legge

dei settori di intervento e degli obiettivi da conseguire. Elementi di criticità che trovano (recente) testimonianza nelle disposizioni (di cui all'art. 1, comma 12 *quinquies*, d.l. 22 aprile 2023, n. 44, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 giugno 2023, n. 74) che hanno prolungato (fino al 30 giugno 2024) la limitazione della responsabilità erariale per colpa grave (temporaneamente circoscritta solo alle condotte omissive) e hanno escluso il PNRR dal controllo concomitante della Corte dei conti.

⁵³ Come non di rado accade, anche nel caso esaminato, (pure) a fronte della rilevazione di un elemento di problematicità, il contributo della Corte si esaurisce nella sollecitazione monitoria formulata conclusivamente. Vedi anche, a proposito dei ritardi dello Stato nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, Corte cost. n. 220/2021, cit. (ove si richiamano, Corte cost. 8 luglio 2021, n. 142 e Corte cost. 10 aprile 2020, n. 62).

cost. 20 aprile 2012, n. 1) principi della Costituzione finanziaria. Osservato che le statuizioni della Corte non riescono (nella sostanza) ad essere risolutive rispetto ai temi problematici rilevati dal rimettente, rimane sullo sfondo un'idea recessiva del sistema costituzionale delle autonomie, la quale si manifesta con maggiore evidenza in relazione ai profili finanziari e contabili ed è suscettibile di incidere criticamente anche sul principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

Abstract: The article focuses on the ruling of the Italian Constitutional Court - judgment no 219 of October 24, 2022. Against the backdrop of the dire financial situation of many Italian local authorities, the sentence deals specifically with the issue of the accrual of interest (and other credit accessories) on the credit ascertained during the liquidation procedure. On the specific question, the sentence of the Court confirms its previous position, despite intervening legislation - constitutional statute no. 3 of October 18, 2001 - which profoundly renewed the financial autonomy of local authorities and the constitutional statute no 1 of April 24, 2012, on the principles of the so-called financial constitution. The Court's ruling does not resolve the problematic issues raised by the referring judge, i.e., the stressed financial conditions of local authorities, which critically impact the principle of autonomy of local authorities and the efficiency and efficacy of public administration.

Parole chiave: Sistema costituzionale delle autonomie territoriali; autonomia finanziaria; dissesto finanziario; sistema finanziario; Costituzione finanziaria

Keywords: Constitutional System of Local Authorities; Financial Autonomy; Financial Distress; Financial System; Financial Constitution

Osservatorio regionale

Vicende costituzionali dell'artigianato

*Cesare Pinelli**

1. L'artigianato nei lavori della Costituente

Paragonata alle altre disposizioni costituzionali dedicate ad attività produttive – da quelle generali dettate dall'art. 41, alle altre dedicate all'agricoltura (art. 44) o alla cooperazione (art. 45, primo comma) –, l'art. 45, secondo comma, appare formulato più semplicemente, limitandosi a statuire che «la legge provvede alla tutela e allo sviluppo dell'artigianato». Alla Costituente, del resto, il dibattito si incentrò solo sul se menzionare l'artigianato fra le attività produttive meritevoli di riconoscimento costituzionale.

Le ragioni a favore furono ampiamente esposte dall'on. Gortani nel proporre un emendamento aggiuntivo al testo dell'art. 43 del progetto di Costituzione (dedicato alla partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese)¹. A suo avviso «l'artigianato, antica gloria d'Italia, è insidiato dal prepotere della macchina, e dalla invadente e prepotente organizzazione industriale moderna», pur avendo invece «una sua vitale ragione di persistere e di riaffermarsi», per essere «troppo legato alla nostra storia, alla nostra possibilità di lavoro e di produzione, alla nostra economia individuale e nazionale», nonché «per ragioni etiche (...) perché l'artigianato consente all'operaio, più che ogni altra forma di lavoro industriale, di conservare e sviluppare la propria personalità»². Da cui la conclusione che «l'artigianato ha bisogno di essere aiutato: 1° nella produzione; 2° nella organizzazione economica e commerciale; 3° nella libera espansione»³.

* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università la Sapienza di Roma

¹ L'emendamento era così formulato: «Apposite provvidenze legislative assicurano la tutela e lo sviluppo dell'artigianato». La formulazione era più restrittiva di quella poi approvata, poiché il termine «provvidenze» poteva intendersi riferito solo all'erogazione di benefici economici.

² Atti Assemblea Costituente, 14 maggio 1947, pp. 4014-1415.

³ *Ibidem*.

Terminata l'esposizione di questo ed altri emendamenti all'art. 43 da parte dei proponenti, il Presidente Terracini chiedeva alla terza Sottocommissione della Commissione dei 75, nella persona del Presidente Ghidini, di esprimere il proprio parere in proposito. E Ghidini si pronunciava negativamente su quello Gortani, avvertendo che «l'artigianato è una figura tipica di piccola impresa individualistica, la quale sopravvive o fiorisce, perisce oppure decade, in virtù di fattori che generalmente sono al di fuori delle provvidenze legislative», e che comunque «si tratta di una particolare forma o specie dell'economia, e questo scendere nei particolari non ci sembra giustificato, perché dovremmo, allo stesso titolo, occuparci anche del piccolo commercio e così via: ed è evidente che allora non finiremmo più»⁴.

Era stato appena approvato il codice civile, il cui art. 2083 stabilisce che «sono piccoli imprenditori i coltivatori diretti del fondo, gli artigiani, i piccoli commercianti e coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia».

L'inserimento così stabilito degli artigiani nella categoria dei piccoli imprenditori spiega in parte la posizione di Ghidini, e consente di notare come la scelta dei Costituenti sul punto si sia limitata a un prendere o lasciare, in base a visioni molto nette circa il futuro dell'artigianato nella prospettiva, che tutti davano per certa, di un'estesa industrializzazione del Paese. Da una parte l'idea di un'«antica gloria d'Italia» da tutelare in un mondo dominato «dal prepotere della macchina»⁵, dall'altra la riconduzione dell'artigianato all'ambito delle piccole imprese anche dal punto di vista giuridico, con la conseguenza di non rinvenire una specifica ragione per il relativo riconoscimento costituzionale.

La prima posizione prevalse nettamente. Ottenuta l'adesione di tutti i gruppi, l'emendamento Gortani venne approvato seduta stante.

Il che avrebbe inevitabilmente spostato i termini della questione. La stessa preordinazione della riserva di legge «alla tutela e allo sviluppo dell'artigianato» era infatti destinata a ricomporre le opposte visioni della

⁴ Atti Assemblea Costituente, 14 maggio 1947, pp. 4018-4019.

⁵ Atti Assemblea Costituente, 14 maggio 1947, p. 4014.

funzione dell'artigianato emerse nel corso dei lavori preparatori. Se nel concetto di "tutela" prevale una finalità conservativa, quello di "sviluppo" evoca piuttosto una dinamica da promuovere, sempre con riguardo allo stesso settore di attività economica. Ma la loro combinazione era indicativa di una tendenza che si poteva seguire senza contrasti.

2. Riparto di competenze e principio di collaborazione Stato-Regioni in materia di artigianato

Quando l'art. 9 della Costituzione assegna alla Repubblica il compito da un lato di «promuove[re] lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica», dall'altro di «tutela[re] il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione», riferisce differenti azioni da compiere a differenti oggetti. Cultura e ricerca scientifica non hanno bisogno di essere "tutelate", ma "sviluppate", mentre l'inverso è detto per il paesaggio e il patrimonio storico e artistico. L'artigianato ha invece bisogno di essere tanto "tutelato" quanto "sviluppato".

Nel Titolo V, seconda Parte, nella versione approvata con l. cost. n. 3/2001, riscontriamo un passaggio che interessa sempre l'artigianato, anche se da altro punto di vista. La materia dei beni culturali è vista sotto i distinti profili della «tutela», oggetto di legislazione statale esclusiva (art. 117, secondo comma, lett.s)), e della «valorizzazione dei beni culturali (...) e promozione e organizzazione di attività culturali», oggetto di legislazione concorrente fra Stato e Regioni (art. 117, terzo comma), ed è poi menzionata quando, in ordine al riparto di funzioni fra pubbliche amministrazioni, si riserva alla legge statale la disciplina di «forme di intesa e coordinamento [fra Stato e Regioni] nella materia dei beni culturali» (art. 118, terzo comma).

Il richiamo ci interessa perché la caratterizzazione dei prodotti artigianali come beni culturali costituisce una delle acquisizioni più significative degli ultimi decenni, senza smentire la perdurante natura polivalente dell'attività artigianale. Nello stesso tempo il richiamo dimostra come la materia dei beni culturali, in quanto non più esauribile nel momento conservativo della tutela come un tempo era il paesaggio, ma proiettata anche nella dimensione della promozione e dello sviluppo, si presti a una distribuzione di competenze più articolata, nella quale le Regioni guadagnano un posto di rilievo.

A maggior ragione l'affermazione vale per un settore come l'artigianato, che proprio il nuovo Titolo V ha consegnato alla legislazione regionale esclusiva (o residuale), pur se con temperamenti espressamente indicati dalla Corte costituzionale.

Con sent. n. 162/2005, la Corte doveva dirimere una questione relativa al rifinanziamento di un fondo statale agevolativo dei processi di internazionalizzazione dei programmi di penetrazione commerciale promossi dalle imprese artigiane e dai consorzi di esportazione a queste collegati. L'esclusiva spettanza regionale della materia non esclude secondo la Corte la possibilità di rifinanziare un fondo già istituito, giustificabile in via provvisoria in base al principio di continuità. E tuttavia, ha soggiunto, «l'articolazione della normativa esige forme di cooperazione con le Regioni e di incisivo coinvolgimento delle stesse, essendo evidente che l'intervento dello Stato debba rispettare la sfera di competenza spettante alle Regioni in via residuale»⁶. Vista la mancanza di tali forme, la disposizione è stata dichiarata incostituzionale «nella parte in cui non prevede che il decreto del Ministro delle attività produttive sia emanato previa intesa con la Conferenza Stato-Regioni»⁷.

Nella giurisprudenza costituzionale il richiamo al principio di collaborazione va ben oltre lo scarno accenno che ne fa la Costituzione all'art. 118. Ma è certo significativo che esso sia stato impiegato nel campo dell'artigianato, là dove il provvisorio rifinanziamento di un fondo statale può giustificarsi solo se stabilito previa intesa con la Conferenza Stato-Regioni. L'intreccio di competenze dello Stato e delle Regioni appare come è noto inevitabile ogni volta che la disciplina impugnata riveli il concorrere di materie oggetto di differenti ripartizioni fra enti territoriali alla stregua dei commi da 2 a 4 dell'art. 117, e ciò anche al di là della possibile interazione con materie di competenza trasversale, come la concorrenza, l'ambiente, i beni culturali ed altre, che per definizione oltrepassano tali ripartizioni. A questa constatazione di ordine generale, occorre aggiungere considerazioni che investono specificamente l'artigianato, e che si rivelano di

⁶ Corte Cost., 21 aprile 2005, n. 162, punto 4.

⁷ Corte Cost., 21 aprile 2005, n. 162.

particolare interesse in vista di quella riforma del settore già oggetto di un disegno di legge nella passata legislatura.

Allo scopo dobbiamo tornare sull'endiadi tutela-sviluppo presupposta dal testo costituzionale come condizione di crescita del settore, e suscettibile di varie combinazioni sulla base dell'evoluzione socio-economica e culturale.

3. Le esigenze unitarie alla luce dell'evoluzione delle funzioni in materia

Già la Relazione illustrativa della legge n. 860/1956, la prima organica disciplina della materia dell'epoca repubblicana, guardava a un artigiano «liberato dagli inutili impacci che lo mortificano» come a «un mezzo importantissimo di assorbimento di manodopera» e a «un campo sperimentale molto efficace per lo sviluppo e la selezione di nuove intraprese industriali». Ci allontaniamo così decisamente dalla visione dell'impresa artigiana «come forma arcaica, pre-industriale, o comunque arretrata, di produzione»⁸.

Non a caso, risalgono a quella legge il riconoscimento della qualifica di impresa artigiana, l'istituzione dell'Albo, cui si iscrive di diritto il titolare dell'impresa avente i requisiti prescritti per la qualifica, nonché del Comitato centrale dell'artigianato con compiti di coordinamento e propulsione dell'attività artigiana in campo amministrativo⁹. La modernizzazione del settore si combina insomma con una strutturazione di tipo pubblicistico, che comunque prende congedo da ogni incrostazione corporativa, come dimostra la non necessità dell'iscrizione all'Albo ai fini dell'esercizio dell'attività.

Essendo allora inattuato il Titolo V, Seconda Parte, l'impianto organizzativo disegnato dalla legge restava completamente in ambito statale. Sarà solo la prima regionalizzazione a porre l'esigenza di identificare le esigenze unitarie la cui disciplina doveva ritenersi mantenuta in capo alla legge statale. Anzitutto l'individuazione della nozione di impresa artigiana che doveva formare oggetto di una norma quadro perché, come osservò

⁸ A. NIGRO, *Art. 45*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Art. 45-47. Rapporti economici*, Tomo III, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro italiano, 1993, p. 63.

⁹ F. FUSILLO, voce *Artigianato (diritto pubblico)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, p. 137 ss.

Massimo Severo Giannini, alla luce del principio costituzionale di eguaglianza formale «la determinazione di ciò che è da intendere per impresa artigiana costituisce determinazione di base, nell'ordinamento positivo, e se ogni regione procedesse a determinazioni proprie, si avrebbe diseguaglianza ordinamentale oggettiva»¹⁰. Per la stessa ragione avrebbero dovuto ritenersi oggetto di legge quadro, fra le altre, «la funzione ordinale per ciò che attiene allo strumento base di certezza pubblica, che è oggi l'albo delle imprese artigiane»¹¹, la conseguente individuazione dell'autorità della funzione ordinale, e il divieto per le Regioni di limitare il diritto degli artigiani di altre regioni ai fini del diritto di stabilimento e di esercizio dell'attività imprenditoriale¹². Tale divieto evoca peraltro quello disposto dall'art. 120 Cost. in capo alle Regioni di «limitare l'esercizio del diritto al lavoro in qualsivoglia parte del territorio nazionale», nella misura in cui può rilevare per l'impresa artigiana.

La legge quadro sull'artigianato n. 443/1985, tuttora vigente, si è ispirata a questi criteri, a partire dalla distinta definizione di imprenditore artigiano (art. 2) e di impresa artigiana (art. 3), e dalla diffusa disciplina negli articoli seguenti della funzione ordinale. Si tratta di una delle poche leggi quadro approvate dal Parlamento nelle materie oggetto di competenza concorrente, sia prima che dopo l'approvazione della riforma del 2001. E il giudizio sulla sua tenuta è complessivamente positivo, visto che la legislazione regionale, destinata prevalentemente a fornire contributi finanziari, si è uniformata a quanto ivi disposto.

L'ulteriore riforma proposta nella passata legislatura col d.d.l. n. 2117, recante «Misure per la tutela e lo sviluppo dell'artigianato nella sua espressione territoriale, artistica e tradizionale», fa solo parzialmente i conti con l'intervenuto passaggio della materia alla legislazione regionale residuale. Particolarmente maldestro appare in questo senso l'art. 1, per il quale «ai sensi dell'articolo 45, secondo comma, della Costituzione, e conformemente alla legge 8 agosto 1985, n. 443, le Regioni adottano provvedimenti diretti alla tutela, alla valorizzazione e allo sviluppo dell'impresa artigiana».

¹⁰ M.S. GIANNINI, *Per una legge quadro sull'artigianato* (1975), in *Scritti*, VI, Milano, Giuffrè, 2005, p. 916.

¹¹ M.S. GIANNINI, *Per una legge quadro*, cit., p. 916.

¹² M.S. GIANNINI, *Per una legge quadro*, cit., p. 916-918.

na che, nella sua espressione territoriale, artistica e tradizionale, ha per scopo prevalente lo svolgimento di un'attività diretta alla produzione di beni, anche semilavorati, i quali, in ragione del processo di lavorazione manuale applicato, presentano particolare valore creativo ed estetico». In realtà non vi è alcun bisogno di citare l'art. 45 Cost. in una legge, mentre appare errato presentare i nuovi compiti affidati alle Regioni in ordine all'impresa artigiana artistico-tradizionale "conformemente" a una legge, come quella del 1985, risalente a un riparto costituzionale di competenze anteriore a quello vigente a partire dalla l. cost. n. 3/2001. Non vi è dubbio che le esigenze che il nuovo testo mira a soddisfare siano a carattere unitario, sopravvenute all'epoca dell'approvazione della legge quadro. La definizione di bottega storica e artigiana (art. 2), la disciplina del trattamento fiscale (artt. 3, 7 e 8), quella di taluni aspetti della formazione professionale (artt. 4-6), l'attribuzione al Ministero dello sviluppo economico del potere di denominazione «di origine e qualità» ai prodotti artigiani «in grado di esibire determinate caratteristiche in termini di valore creativo ed estetico», previa intesa con la Conferenza Stato-Regioni (art. 9), l'individuazione dei principi fondamentali destinati a indirizzare la disciplina regionale della figura dell'«hobbista», qualificato come chi solo saltuariamente e occasionalmente esponga merci di modico valore in eventi fieristici, onde evitare di confonderlo con l'artigiano professionista (art. 10).

4. L'articolazione delle competenze fra "tutela" e "sviluppo"

Occorre riconoscere che simili esigenze possono essere soddisfatte solo in sede nazionale. Ma non si può per ciò stesso ignorare che la materia dell'artigianato è ormai di competenza legislativa regionale. Ed è possibile non ignorarlo, a condizione di considerare che la disciplina statale non si riferisce a principi fondamentali che le regioni dovranno poi attuare, come se si trattasse appunto di mantenere la competenza concorrente Stato/Regioni, ma a limiti posti alla legge regionale a salvaguardia del principio costituzionale di eguaglianza.

D'altra parte, le stesse istanze di salvaguardia dell'eguaglianza di fronte alla legge rivelano una non casuale prevalenza del momento della tutela su quello dello sviluppo. Fermo restando che, come ogni altra attività produttiva, l'attività artigianale richiede profili di disciplina omogenea

sul territorio nazionale là dove, in caso contrario, comporterebbe differenziazioni costituzionalmente inaccettabili, per il resto, soprattutto anche se non esclusivamente in termini di sviluppo, essa esige invece una valorizzazione adeguata di attitudini diverse in ragione dei territori, da lasciare integralmente alle leggi di enti come le Regioni, più in grado del potere centrale di apprezzare le potenzialità delle imprese artigiane anche in riferimento ai singoli contesti locali. Uno spazio di regolamentazione, quest'ultimo, tutt'altro che esiguo, a condizione di saperlo utilizzare al meglio.

A ciò occorre aggiungere, in linea con quanto affermato dalla Corte costituzionale, l'applicazione del principio di leale cooperazione ogni volta che si passi dall'attribuzione di potestà legislative a quella di poteri amministrativi, come nel caso della denominazione a prodotti artigiani «di origine e qualità». Ad ulteriore dimostrazione che, specialmente in sede di amministrazione, le combinazioni più opportune fra tutela e sviluppo possono richiedere momenti di composizione preventiva fra gli enti territoriali.

Constitutional Events of the Craftsmanship

Cesare Pinelli

Abstract: L'articolo si propone di esaminare la vicenda costituzionale dell'artigianato, partendo dalla scelta dei Costituenti di richiamare tale attività nel testo, per poi prendere in considerazione la questione, tuttora in parte aperta, della ripartizione delle competenze fra Stato e Regioni, prima e dopo l'entrata in vigore della legge di revisione del Titolo V, Seconda Parte, n. 3 del 2001. In proposito l'A. suggerisce di distinguere le funzioni di "tutela" da quelle relative allo "sviluppo" dell'artigianato, anche tenendo conto delle nuove esigenze rilevabili negli ultimi anni.

Abstract: The article aims at examining the constitutional developments regarding craftsmanship, departing from the Constituents' choice of mentioning such activity in the text. The article gives an overview of the still open question of the division of law-making competences between State and Regions before and after the entry into force of constitutional law no 3 of 2001, amending Title V of the Second Part of the Consti-

tution. At this respect the Author suggests to distinguish the functions of “protection” and of “development” of craftsmanship, taking into account inter alia of the new needs emerging in the last years in the field.

Parole chiave: Costituzione; artigianato; Titolo V; potestà legislativa esclusiva regionale

Keywords: Constitution; Crafts; Title V of the Constitution; Exclusive Regional Legislative Power

— Criteri 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.

EDITORIALE

Alle soglie dell'autonomia regionale differenziata: i capisaldi dell'unità nazionale

Claudia Tubertini

SAGGI E ARTICOLI

Il modello regionale italiano e la prospettiva del regionalismo differenziato

Luca Castelli

Il fondamento costituzionale del regionalismo differenziato. Omogeneità e differenziazione

Paolo Giovarruscio

Intergovernmental financial relations as a paradigm of hyper-executive federalism: insights from the case of equalization mechanisms

Francisco Javier Romero Caro, Alice Valdesalici

La *Kommunalverwaltung* nell'ordinamento tedesco: un quadro di sintesi di un modello differenziato

Pier Marco Rosa Salva

Navigating the constitutional path to English Devolution: How not to crack an old chestnut in a disunited Kingdom?

Peter Leyland

Tre scenari di digitalizzazione amministrativa "complessa": dalla interoperabilità predicata alla standardizzazione praticata

Benedetto Ponti

NOTE E COMMENTI

Il concetto di servizio pubblico locale nel d.lgs. n. 201/2022 di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: una visione critica

Joaquín Tornos Mas

La sorte degli accessori del credito nel dissesto degli enti locali: la Corte non ci ripensa (ma i problemi rimangono irrisolti)

Lio Sambucci

OSSERVATORIO REGIONALE

Vicende costituzionali dell'artigianato

Cesare Pinelli