

**ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITA' DI BOLOGNA**

**Corso dottorato di ricerca in
Diritto costituzionale XIX ciclo
IUS/08**

Tesi di Dottorato di ricerca

**PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETA'
E SISTEMA DELLE FONTI**

Relatore
Prof. Aljs Vignudelli

Dottoranda
Lisa Cervone

Coordinatore
Prof. Augusto Barbera

Anno Accademico 2005-2006

INDICE

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

BREVE PREMESSA METODOLOGICA: FINALITÀ E CONTENUTO DELLA RICERCA	1
STRUTTURA DELLA RICERCA	6

SEZIONE PRIMA

IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ COME PRINCIPIO FILOSOFICO-POLITICO	14
1 LE RADICI STORICO-FILOSOFICHE DEL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ	15
2 L'IDEA MODERNA DELLA SUSSIDIARIETÀ NELLA DOTTRINA SOCIALE DELLA CHIESA	29
3 IL CORPORATIVISMO COME DEGENERAZIONE DELLA DOTTRINA SOCIALE DELLA CHIESA	41
4 DIVERSI SIGNIFICATI DELLA SUSSIDIARIETÀ: SUSSIDIARIETÀ VERTICALE E ORIZZONTALE, NEGATIVA E POSITIVA, SOSTANZIALE E PROCEDURALE, STATICA E DINAMICA	44
5 IL NUCLEO ESSENZIALE DEL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ: SUSSIDIARIETÀ E DEMOCRAZIA; SUSSIDIARIETÀ E SOLIDARIETÀ; SUSSIDIARIETÀ E PLURALISMO; SUSSIDIARIETÀ E LEGALITÀ	50
6 CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.	56

SEZIONE SECONDA

LA SUSSIDIARIETÀ COME NORMA GIURIDICA: LA COSTITUZIONE FEDERALE STATUNITENSE, LA LEGGE FONDAMENTALE TEDESCA			59
ED IL TRATTATO SULL'UNIONE EUROPEA			
1	LA SUSSIDIARIETÀ NELL'ESPERIENZA COSTITUZIONALE STATUNITENSE		61
	IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ NELLA GIURISPRUDENZA DELLA		
1.1.	CORTE SUPREMA: L'INTERPRETAZIONE DELLA C.D. COMMERCE CLAUSE E DELLA C.D. NECESSARY AND PROPTER CLAUSE		63
2	LA LEGGE FONDAMENTALE TEDESCA		69
2.1.	LA SUSSIDIARIETÀ NELL'ORDINAMENTO TEDESCO: PROFILI STORICI		69
2.2.	LA RIPARTIZIONE DELL'ATTIVITÀ LEGISLATIVA E AMMINISTRATIVA FRA BUND E LANDER		74
2.3.	IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ COME CRITERIO DI ESERCIZIO DELLE COMPETENZE CONCORRENTI		79
2.4.	PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ E PROCESSO DI INTEGRAZIONE EUROPEA		89
2.5.	PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ ED ESERCIZIO DELLE FUNZIONI ESECUTIVE		91
3	IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ NELL'UNIONE EUROPEA		95
	LE PRIME MANIFESTAZIONI DEL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ NELLA		
3.1.	PRASSI COMUNITARIA: IL RAPPORTO TINDEMAN, RAPPORTO MCDUGAL" ED IL PROGETTO DI TRATTATO SPINELLI		95
3.2.	LE ENUNCIAZIONI NORMATIVE "IMPLICITE" DELLA SUSSIDIARIETÀ		105

3.3.	I RIFERIMENTI INDIRETTI AL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ	113
3.4.	L'ENUNCIAZIONE ESPLICITA DEL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ: L'ARTICOLO 3 B DEL TRATTATO DI MAASTRICHT	124
3.5.	AMBITO DI APPLICAZIONE, PRESUPPOSTI E GIUSTIZIABILITÀ DEL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ	133
3.6.	CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE SUL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ IN AMBITO COMUNITARIO	148

SEZIONE TERZA

	IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ VERTICALE NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO	158
1	IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ A LIVELLO DI LEGISLAZIONE ORDINARIA	160
1.1.	IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ NELLA LEGGE N. 142 DEL 1990	161
1.2.	IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ SECONDO LA LEGGE 15 MARZO 1997, N. 59	163
1.3.	IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ NEI LAVORI DELLA COMMISSIONE BICAMERALE PER LE RIFORME COSTITUZIONALI ISTITUITA NELLA XIII LEGISLATURA	172
2	IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ NEL NUOVO TITOLO V DELLA PARTE II DELLA COSTITUZIONE	179
2.1.	LA COMPOSIZIONE DELLA REPUBBLICA: ART. 114 COST.	180
2.2.	LA RIPARTIZIONE DELLE COMPETENZE LEGISLATIVE FRA STATO E REGIONI: ART. 117 COST.	183

	2.3.	IL POTERE SOSTITUTIVO: L'ARTICOLO 120 DELLA COSTITUZIONE	199
		I PARTICOLARI LIMITI ALLA POTESTÀ LEGISLATIVA STATALE E REGIONALE: IL LIMITE DEL RISPETTO DELLA COSTITUZIONE, I	
	2.4.	VINCOLI DERIVANTI DAGLI OBBLIGHI INTERNAZIONALI E DALL'ORDINAMENTO COMUNITARIO, LA "SCOMPARSA" DEL LIMITE DELL'INTERESSE NAZIONALE	204
	2.5.	LA FUNZIONE DI INDIRIZZO E COORDINAMENTO	209
		L'ARTICOLO 118 DELLA COSTITUZIONE: L'ALLOCAZIONE DELLE	
	2.6.	FUNZIONI AMMINISTRATIVE SECONDO IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ	213
	2.7.	GIUSTIZIABILITÀ DEL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ	239
	2.8.	IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ NELLA COSTITUZIONE ITALIANA E NELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO E TEDESCO	244
3		IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ SECONDO L'INTERPRETAZIONE DELLA CORTE COSTITUZIONALE: LA SENTENZA N. 303 DEL 2003	250
4		LA COMPETENZA COME CRITERIO ORDINATORE DEL SISTEMA DELLE FONTI	268
	4.1.	L'EMERGERE DELLA COMPETENZA IN REGIME DI COSTITUZIONE FLESSIBILE: IL GUIDO ZANOBINI	270
	4.2.	LA COMPETENZA IN REGIME DI COSTITUZIONE RIGIDA: IL PENSIERO DI VEZIO CRISAFULLI, DI CARLO ESPOSITO E DI FRANCO MODUGNO	285
	4.3.	DIVERSI SIGNIFICATI DEL CONCETTO DI COMPETENZA	309
	4.4.	COMPETENZA COME RAPPORTO FRA NORME	313
5		OSSERVAZIONI CONCLUSIVE	317
	5.1.	DIFFERENZE STRUTTURALI E SOSTANZIALI FRA PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ E CRITERIO DI COMPETENZA	319

CRITICA ALLA SENTENZA N. 303 DEL 2003 DELLA CORTE
5.2. COSTITUZIONALE: IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ E DI RIGIDITÀ DELLA 330
COSTITUZIONE

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

Breve premessa metodologica: finalità e contenuto della ricerca.

La sussidiarietà è un tema che desta da sempre molto interesse nei giuristi, filosofi, sociologi, politologi. Già in Aristotele troviamo, anche se implicitamente, l'idea di supplenza della *polis* greca nei confronti del cittadino non autosufficiente. Idea che, come vedremo più specificamente in seguito, sarà poi ripresa e sviluppata nel corso della storia fino ad arrivare alla concezione moderna della sussidiarietà della dottrina sociale della Chiesa con l'enciclica *Quadragesimo anno* del 1931 di papa Pio XI. Autori come Althusius, Locke, Proudhon, Stuart Mill ed altri ancora, nel descrivere la società politica del loro tempo, utilizzano il principio di sussidiarietà come criterio di definizione dei rapporti fra i diversi livelli di governo e fra il Pubblico ed il Privato.

A seconda, poi, del significato attribuito all'idea di supplenza, cambiano gli spazi riservati all'autonomia individuale e, di conseguenza, anche quelli dell'intervento pubblico. Un esempio spiegherà meglio. Nel pensiero liberale di Locke, la supplenza è concepita in senso strettamente negativo, ossia come dovere dell'Autorità pubblica di non ingerirsi negli affari privati così da impedire alla singola persona di realizzare le proprie capacità. La società, dunque, per il filosofo inglese, non deve sostituirsi all'uomo, se non in caso di conclamata necessità. Ciò che, infatti, costituisce la felicità nella visione

lockiana non è tanto il risultato, ma l'azione. È il *fieri* che rende veramente felice l'uomo, non il *factum*.

Al contrario Hegel, movendo da una concezione organicista, per cui l'uomo non può nulla al di fuori e senza lo Stato, considera la sussidiarietà in senso esclusivamente positivo ed esalta l'avvento di uno Stato forte ed accentratore in cui la persona possa finalmente trovare la felicità annullandosi completamente in esso.

Si tratta della dialettica fra *libertà* da una parte ed *autorità* dall'altra. Dialettica che la sussidiarietà risolve a favore di uno o dell'altro termine secondo la diversa impostazione ideologica sottesa.

Immaginiamo una linea retta con due punti: L che rappresenta la libertà d'azione ed A che raffigura, invece, l'Autorità pubblica. Immaginiamo un altro punto tra "L" ed "A" che chiamiamo "S".

La parte di retta "L"- "S" costituisce lo spazio dell'autonomia individuale, mentre quella "S"- "A" rappresenta l'ampiezza riservata all'ingerenza pubblica. A seconda, poi, che il punto "S" sia spostato più verso "L" o più verso "A", gli spazi di libertà ed autorità aumentano o diminuiscono di conseguenza.

I criteri in base ai quali il punto "S" è mosso in una direzione piuttosto che in un'altra sono, per lo più, determinati da motivazioni contingenti, politiche e mutevoli. Essi costituiscono, infatti, giudizi di valore suscettibili di variazioni a causa delle circostanze concrete. Non è un caso che Hegel e Tocquievile, i quali vivono nello stesso periodo storico, giungono a conclusioni decisamente opposte: l'uno (Hegel) esalta lo Stato e

mortifica l'individuo; l'altro (Tocquivielle), invece, esalta l'individuo e mortifica lo Stato.

La dialettica *libertà e autonomia* non riguarda solo il Privato ed il Pubblico, ma altresì le relazioni intercorrenti fra *societates maiores* e *societates minores*. In altre parole, la necessità di garantire spazi di autonomia concerne anche i diversi livelli di governo fra cui è verticalmente ripartito l'esercizio del potere. Di tale problematica si sono occupati autori come Althusius e Proudhon. Questi, infatti, come vedremo, concepiscono la società formata da gruppi intermedi (gilde, corporazioni, città) in base a patti sociali. Ogni gruppo ha un proprio ambito di espressione. Di conseguenza, il gruppo maggiore può intervenire ad esercitare le funzioni di quello immediatamente inferiore solo in caso di vero bisogno.

Lo stesso Stuart Mill, conformemente alla sua impostazione federale, ritiene che la sovranità debba essere suddivisa fra autorità centrale ed autorità periferiche e che queste debbano essere preferite in quanto più vicine ai bisogni dei cittadini.

Da quanto sopra esposto emerge che la sussidiarietà è, innanzitutto, un concetto di *relazione* fra due o più soggetti pubblici o privati. Essa riguarda, infatti, sia i rapporti intercorrenti fra il cittadino da una parte e lo Stato dall'altra, e più in generale, fra il Pubblico ed il Privato (sussidiarietà orizzontale), sia quelli fra il potere centrale ed il potere periferico (sussidiarietà verticale).

Tanto premesso, titolo della presente tesi di dottorato è "*Il principio di sussidiarietà ed il sistema delle fonti*". Esso è esemplificativo della problematica giuridica di diritto positivo

che andremo ad affrontare nella stesura della ricerca *de qua* e che riguarda essenzialmente l'attitudine del principio di sussidiarietà ad incidere sul sistema delle fonti fino stabilito dall'ordinamento italiano, al punto di *scavalcare* l'ordine di riparto delle competenze legislative definito dall'articolo 117 Cost. Più semplicemente, il rapporto fra *sussidiarietà* da una parte e *competenza* dall'altra.

Com'è noto, in seguito alla riforma del Titolo V della Costituzione operata con la l. Cost. 18 ottobre 2001, n. 3, il nuovo articolo 118 Cost. prevede espressamente il principio di sussidiarietà come criterio di allocazione delle funzioni amministrative. L'Ente titolare delle funzioni amministrative è, in via principale, il Comune, in quanto è più vicino alle esigenze dei cittadini che rappresenta. Dette funzioni, possono, tuttavia, essere attratte ai livelli di governo sopra comunali (Province, Regioni ed, infine, Stato) solo in ipotesi di inadeguatezza e per motivi di unitarietà.

La Costituzione sembrerebbe, pertanto, aver accolto un significato *statico* della sussidiarietà, vale a dire di fondamento dell'ordine di competenze stabilito dall'articolo 117 Cost.

Il problema della sussidiarietà rispetto al sistema delle fonti si pone quando ad essere attratte sono funzioni amministrative relative a materie oggetto di competenza legislativa concorrente o, addirittura, esclusiva residuale. In questo caso, la Corte costituzionale e gran parte della dottrina ritengono che, per il rispetto del principio di legalità, l'Ente che esercita la funzione amministrativa, dovrebbe anche svolgere la *corrispondente* potestà legislativa, con la conseguenza che l'ordine di ripartizione delle competenze, definito *a priori* dall'articolo 117

Cost., sarebbe modificato dalla sussidiarietà stessa. Materie, infatti, di competenza delle Regioni sarebbero “trasferite” alla competenza dello Stato, senza ricorrere alla procedura di cui all’art. 138 Cost.

Si tenterà, dunque, di dimostrare in questa sede che il principio di sussidiarietà non ha affatto, nel nostro ordinamento giuridico, un significato dinamico, bensì meramente *statico*, e che, di conseguenza, non è possibile derogare all’ordine di competenze stabilito dall’articolo 117 Cost. facendo semplicemente riferimento al principio *de quo*. Viceversa, qualsiasi modifica al testo costituzionale richiede il rispetto della procedura prevista dall’art. 138 Cost. Occorre, infatti, distinguere il campo del “Diritto” da quello della “Politica”: il sistema delle fonti appartiene al primo, la sussidiarietà, invece, al secondo. Dire, quindi, che in forza della sussidiarietà si possa modificare la ripartizione delle competenze, così come delineata dalla Costituzione, significherebbe ammettere che la *politica* sia più forte del *diritto*. Risultato: il tramonto della legalità e, peggio ancora, della *legalità costituzionale*.

La presente ricerca seguirà il *modello normativista*, nel senso che utilizzeremo un approccio di *carattere formale*. In tale prospettiva, analizzeremo il significato e la portata del principio di sussidiarietà così come risultano dal testo costituzionale senza fare riferimento a concetti metagiuridici o politici, o ad interpretazioni evolutive e giurisprudenziali. In altre parole, tenteremo di spiegare la dinamica della sussidiarietà in base al tenore delle disposizioni costituzionali che espressamente la prevedono ed, in particolare, in base all’articolo 118 Cost. Le

pronunce della Corte Costituzionale a questo riguardo verranno, pertanto, prese in considerazione *cum grano salis*, vale a dire che ci si riferirà a queste ultime (ed in particolare alla famosa sentenza 1 ottobre 2003, n. 303) in modo critico senza ritenerle fonti del diritto *tout court*.

Struttura della ricerca

Una precisazione preliminare: l'oggetto della presente ricerca riguarderà esclusivamente il principio di sussidiarietà nella sua dimensione verticale e non anche orizzontale. In altre parole, prenderò in esame la sussidiarietà come criterio di ripartizione delle funzioni amministrative fra i diversi livelli di governo e non anche tra Pubblico da una parte e Privato dall'altra.

Il lavoro sarà, pertanto, suddiviso in tre sezioni, ognuna delle quali sarà, a sua volta, ripartita in capitoli.

1) La prima sezione riguarderà la *sussidiarietà come principio filosofico-politico*. Essa sarà, infatti, dedicata all'individuazione delle radici storico-filosofiche del principio di sussidiarietà, le quali sono rinvenibili nel pensiero dell'antichità classica, in quello liberale ed infine nelle riflessioni sul federalismo. Particolare attenzione sarà dedicata alla dottrina sociale della Chiesa la quale, secondo il parere della dottrina oggi dominante, è espressiva dell'idea moderna di sussidiarietà.

Saranno, poi, brevemente definiti i concetti di sussidiarietà positiva e negativa, verticale e orizzontale, costituzionale e amministrativa, statica e dinamica.

2) La seconda sezione avrà ad oggetto il *recepimento della sussidiarietà a livello di diritto positivo* e sarà divisa in tre capitoli principali.

Il primo capitolo considererà l'emergere della sussidiarietà nella giurisprudenza costituzionale statunitense; il secondo, invece, prenderà in esame la sussidiarietà nella Legge Fondamentale tedesca (*Grundgesetz*). Esamineremo, dunque, l'articolo 30, relativo al riparto delle competenze fra Stato centrale e i *Länder*; l'articolo 72, concernente le competenze legislative concorrenti, e l'articolo 73 sulle materie oggetto di competenza esclusiva del *Bund*.

Il terzo capitolo verterà, infine, sullo studio della sussidiarietà a livello di diritto comunitario. In proposito, in un primo momento, prenderemo in considerazione le enunciazioni implicite della sussidiarietà nelle disposizioni dei relativi trattati istitutivi (fra le altre, articolo 5 del Trattato CECA, 100 del Trattato Ce, articolo 235 del Trattato Ce, articolo 189 del Trattato)

In un secondo momento, ripercorreremo la storia dell'emersione del principio di sussidiarietà in ambito comunitario e, per la precisazione, esamineremo: il Rapporto della Commissione sull'Unione Europea del 1975, il rapporto McDougall del 1977 sulle prospettive di sviluppo del bilancio comunitario, il progetto del Trattato dell'Unione europea del 1984.

Ci soffermeremo, infine, sul Trattato di Maastricht sull'Unione europea del 1992 ed, in particolare, sull'articolo 3B (ora 5B), il quale si riferisce esplicitamente alla sussidiarietà come criterio di ripartizione delle competenze legislative non esclusive fra la Comunità e i singoli Stati.

Analizzeremo, in seguito, le diverse problematiche relative al rapporto fra sussidiarietà e proporzionalità, sussidiarietà e cooperazione, sussidiarietà e giustiziabilità.

3) La terza sezione sarà, infine, dedicata all'affermazione del *principio di sussidiarietà all'interno del nostro ordinamento giuridico*. A tale scopo, ci soffermeremo, brevemente sulla legge n. 142 del 1990, e, poi, sul recepimento del principio in questione, prima a livello di diritto amministrativo con la Legge Bassanini n. 59 del 1997 (capitolo 1), e, successivamente a livello di diritto costituzionale in seguito alla legge costituzionale 18 ottobre n. 3 del 2001 di riforma del Titolo V, parte II, della Costituzione (capitolo 2).

Prenderemo in esame alcuni degli aspetti della riforma *de qua* più innovativi e più utili ai fini della presente analisi. Tratterremo, in primo luogo, della nuova composizione della Repubblica di cui all'art. 114 Cost. la quale, nel testo così riformato, non si identifica più *tout court* con lo Stato, ma si presenta come un'entità astratta e come la risultante dell'interazione di diversi enti tra cui non intercorre nessuna relazione di tipo gerarchico, né di preminenza o di continenza, ma di equiordinazione.

Esamineremo, poi, l'articolo 117 Cost. relativo alla ripartizione delle competenze legislative fra Stato e Regione. Per la precisione, ci soffermeremo sui seguenti aspetti:

-il limite del rispetto della Costituzione e degli obblighi comunitari ed internazionali cui la legge statale e la legge regionale sono sottoposti;

-il nuovo criterio di ripartizione delle competenze fra Stato e Regione di ispirazione federale, in base al quale solo le materie oggetto di competenza esclusiva statale e concorrente sono elencate in Costituzione, mentre le restanti sono conferite in via residuale alle Regioni;

-il rapporto fra legge statale e legge regionale in seguito alla riforma *de qua*;

-il dibattito (dottrinale e giurisprudenziale) concernente le materie c.d. trasversali o materie scopo o valore.

Particolare attenzione sarà, anche, dedicata alla questione della "scomparsa" del limite dell'interesse nazionale.

Prenderemo, inoltre, in esame l'articolo 120 Cost. relativo al potere sostitutivo statale, ed affronteremo la problematica inerente alla natura normativa o amministrativa di tale potere. A questo riguardo richiameremo brevemente l'orientamento minoritario a favore della natura normativa e quello maggioritario che propende, invece, nel senso di quella amministrativa.

Infine, ci soffermeremo sull'articolo 118 Cost. il quale enuncia espressamente il principio di sussidiarietà nella dimensione verticale (1 comma) ed orizzontale (2 comma). Più precisamente, secondo il tenore di questa disposizione, la sussidiarietà si

presenta come principio *regolatore fondamentale dei rapporti fra Stato, Regioni, Province e Comuni*, vale a dire come criterio-guida utilizzato dal legislatore nell'allocazione delle funzioni amministrative tra soggetti pubblici da una parte (c.d. sussidiarietà verticale), e tra soggetti pubblici e soggetti privati dall'altra (sussidiarietà orizzontale), nel senso che i soggetti pubblici devono favorire i cittadini e le relative associazioni qualora essi siano in grado di svolgere determinate funzioni di interesse nazionale (art. 118, ult. comma, Cost.). Tra i soggetti pubblici, la preferenza va, poi, attribuita all'ente che, per caratteristiche ontologiche, è più prossimo ai cittadini, ossia il Comune, e solo se esso si rivela inadeguato, potrà intervenire l'ente immediatamente superiore: Provincia, Regione, Stato fino ad arrivare all'Unione Europea.

Metteremo, poi, a confronto il principio di sussidiarietà, secondo il tenore testuale dell'articolo 118 Cost. con la sussidiarietà di cui all'art. 3B (ora 5B) del trattato sull'Unione Europea, in modo da individuarne differenze di significato e di ambiti di applicazione.

Dopo avere analizzato il significato del principio sussidiarietà nel nostro ordinamento giuridico (prima a livello di diritto amministrativo, e poi, di diritto costituzionale) il terzo capitolo della sezione in esame riguarderà la portata del principio in questione secondo l'orientamento interpretativo inaugurato dalla Corte Costituzionale con la famosa sentenza del 1 ottobre 2003, n. 303.

Senza volere fare alcuna anticipazione in merito, la Consulta, in questa sua pronuncia, recepisce una concezione *dinamica ed ascensionale* della sussidiarietà che finisce per incidere anche

sull'ordine di riparto delle competenze legislative stabilito dall'articolo 117 Cost. Più precisamente, secondo la Corte, quando lo Stato attrae a sé compiti amministrativi per il soddisfacimento di esigenze unitarie, queste, in forza del principio di legalità, devono anche essere disciplinate dallo Stato stesso, con la conseguenza che materie, spettanti alla competenza concorrente o residuale delle Regioni, sarebbero *trasferite* a quella statale in base al mero principio di sussidiarietà verticale e senza seguire la procedura di cui all'articolo 138 Cost.

È ovvio che la sussidiarietà, così come interpretata dalla giurisprudenza costituzionale, finisce per collidere con il criterio di competenza, con il principio di legalità e con la rigidità della Costituzione. Pertanto, il quarto capitolo della sezione *de qua* prenderà in considerazione il criterio della competenza, concepito quale criterio di risoluzione delle antinomie fra diverse fonti normative.

Analizzeremo la competenza prima in regime di costituzione flessibile e, poi, in regime di Costituzione rigida, ricordando le motivazioni (storiche e giuridiche) che hanno portato all'emersione di questo nuovo criterio ordinatore del sistema delle fonti del diritto (l'avvento della Costituzione repubblicana del 1948, la previsione della Corte Costituzionale, quale organo deputato al controllo del rispetto della costituzione stessa, la crisi del principio di separazione dei poteri e della legge quale atto a competenza illimitata, l'insufficienza del criterio "gerarchico" ad ordinare l'attuale sistema costituzionale fondato sulla equiordinazione e separazione di diversi centri di potere, la pluralità ed eterogeneità delle fonti). In merito,

ripercorreremo brevemente il dibattito dottrinale sulla competenza rifacendomi al pensiero di studiosi come Zanobini, Crisafulli, Esposito e Modugno.

Riporteremo, infine, i diversi significati della competenza: competenza-separazione, competenza-concorso libero e competenza -concorso vincolato.

Il capitolo conclusivo (Capitolo 5) tenterà di dare una risposta alla questione che ci siamo posti all'inizio del presente lavoro, vale a dire se l'introduzione della sussidiarietà possa influire sul nostro sistema delle fonti interno ed, in particolare, modificare il riparto delle competenze stabilito dall'articolo 117 Cost. In altre parole, se il principio di sussidiarietà possa porsi *oltre* la competenza stessa.

A tale scopo, utilizzando il materiale (normativo e giurisprudenziale) raccolto nei capitoli precedenti, porremo, innanzitutto, a confronto la sussidiarietà e la competenza, così da enucleare le rispettive differenze di significato e di struttura.

Qui basterà antipare che la sussidiarietà è un concetto di valore (tant'è che lo troviamo accostato a termini come "efficienza", "proporzionalità", "economicità"); la competenza è, invece, un criterio formale legato al problema della validità/invalidità delle norme. Essa, infatti, presuppone una scelta unica e tendenzialmente statica dell'unico livello di potere ritenuto competente in base alle norme sulla competenza, mentre la sussidiarietà è un principio di ordine costituzionale e presuppone la contitolarità delle competenze in capo a soggetti diversi. Inoltre, come vedremo nello specifico, sussidiarietà e competenza si differenziano anche per struttura: negli enunciati

normativi della sussidiarietà non è rintracciabile la struttura “norma sulla produzione-norma prodotto”, tipica delle relazioni di competenza.

Precisate le differenze intercorrenti fra sussidiarietà e competenza, per cui la prima non può essere considerata un criterio ordinatore del sistema delle fonti alla stregua della seconda, l'ultima parte del capitolo *de quo* individuerà nel principio di legalità e nella rigidità della Costituzione le ulteriori ragioni che non consentono – a nostra avviso - l'accoglimento nel nostro ordinamento giuridico di una concezione dinamica ed ascensionale della sussidiarietà secondo l'interpretazione delineata dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 303 del 2003.

-SEZIONE PRIMA-

IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ COME PRINCIPIO FILOSOFICO-
POLITICO

Sommario: 1. Le radici storico-filosofiche del principio di sussidiarietà; 2. L'idea moderna della sussidiarietà nella dottrina sociale della chiesa; 3. Il corporativismo come degenerazione della dottrina sociale della chiesa; 4. Diversi significati della sussidiarietà: Sussidiarietà verticale e orizzontale, negativa e positiva, sostanziale e procedurale, statica e dinamica; 5. Il nucleo essenziale del principio di sussidiarietà: sussidiarietà e democrazia; sussidiarietà e solidarietà; sussidiarietà e pluralismo; sussidiarietà e legalità; 6. Considerazioni conclusive.

-CAPITOLO 1-

LE RADICI STORICO-FILOSOFICHE DEL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ

La sussidiarietà come norma giuridica è una conquista piuttosto recente. Essa compare, infatti, per la prima volta, nella costituzione federale tedesca a seguito della recente revisione di quest'ultima, approvata in concomitanza con la ratifica del trattato di Maastricht. L'introduzione, invece, *expressis verbis* del principio in questione nell'ordinamento italiano risale alla legge c.d. Bassanini sul federalismo amministrativo.

Tuttavia, la sussidiarietà come idea filosofico-politica, secondo cui solo quando l'individuo non è in grado di svolgere in maniera adeguata determinate funzioni allora gli organismi di grado superiore possono intervenire, è presente da molti secoli nel pensiero di diversi autori e trova il proprio fondamento in una specifica concezione antropologica che privilegia l'azione rispetto al risultato¹.

¹ CHANTAL MILLON-DELSON, *Il principio di sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2003, 1-4.

Secondo la c.d. filosofia dell'azione, l'uomo è padrone del proprio destino (*homo fater ipsius suae fortunae*). Più precisamente, *non è lo scopo dell'azione che rende grande l'attore, ma l'azione stessa*. La dignità dell'uomo, ovvero la sua grandezza, non consiste tanto in ciò che egli possiede o riceve, ma in quello che egli, in quanto essere umano, *fa* o è capace di *fare*. Di conseguenza, nella società politica non bisogna impedire all'uomo di compiere l'azione che desidera sostituendosi a quest'ultimo, ma occorre lasciarlo libero di agire, intervenendo solamente in caso di necessità. Alla base dell'idea di sussidiarietà, si possono rinvenire una molteplicità di valori tra cui: il valore del primato della persona di matrice cattolica; i

La dottrina prevalente² è solita individuare le radici culturali del principio in questione nei seguenti tre filoni storico-filosofici:

- a) la dottrina sociale della Chiesa, la quale fonda la sussidiarietà sulla dignità dell'uomo e sulla *strumentalità dello Stato* rispetto alle sue necessità;
- b) il pensiero di tradizione liberale, ispirato ad una *concezione meramente negativa della sussidiarietà*;
- c) le riflessioni sul federalismo, che mettono, invece, in evidenza la *funzione garantista e pedagogica* svolta dalla sussidiarietà.

Ognuna, poi, di queste diverse correnti di pensiero ha propri antecedenti remoti. La dottrina sociale della Chiesa si richiama ad Aristotele³ ed a Tommaso D'Aquino⁴. Dalla tradizione

valori della libertà individuale e del mercato di tradizione liberale; i valori caratterizzanti gli assetti federali della democrazia, della tutela dell'autonomia delle minoranze, del pluralismo, e così via.

Le riflessioni in ordine a tale principio sorgono, infatti, come risposta alla necessità di limitare l'ingerenza statale in ambiti di spettanza individuale e di garantire, dunque, la libertà di iniziativa privata. Di conseguenza, la sussidiarietà sarebbe pensabile soltanto all'interno di un ordinamento statale *personalista*, che anteponga l'individuo alla società e che consideri quest'ultima al servizio della realizzazione dell'individuo stesso.

² MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, Cedam, Padova, 2003, 14 ss.

³ L'idea della sussidiarietà è presente fin dall'Antica Grecia. Essa è enunciata per la prima volta da Aristotele in termini meramente positivi, per cui la città ateniese deve intervenire solo in funzione del bene individuale

Più precisamente, lo Stagirita considera la *polis* un intero organico composto di diverse parti, ognuno delle quali può svolgere solamente determinate e specifiche funzioni): la famiglia svolge le mansioni domestiche; il villaggio si occupa dei compiti inerenti alla vita quotidiana *latu sensus*. Tuttavia, solo la città, in quanto organismo *perfetto*, è pienamente autosufficiente ed in grado di bastare a se stessa. Ogni *individuo*, per potere raggiungere l'autarchia, ha, innanzitutto, bisogno del *gruppo familiare*. Questo, a sua volta, necessita del villaggio per potere soddisfare tutte le esigenze non strettamente legate alla vita ordinaria. Il *villaggio*, però, non è in grado di garantire la felicità completa, per cui interviene la *città* (BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Bari, 1996, 44).

Nell'impianto della filosofia aristotelica i singoli gruppi sociali si presentano come organismi *capaci* ed *incapaci* allo stesso tempo: capaci, per quanto riguarda le funzioni loro proprie; incapaci, per quanto concerne, invece, i compiti che a loro non competono. Questa ambivalenza spinge, pertanto, i singoli individui ad unirsi in *societates* sempre maggiori e più complesse, per cui si passa dalla famiglia al villaggio fino ad arrivare alla città.

Le funzioni svolte da ciascun gruppo non coincidono affatto fra loro, ma si *sovrappongono*. Nessuna parte può svolgere i compiti che non le appartengono *per natura*, con la conseguenza che la famiglia si deve occupare esclusivamente dei bisogni strettamente quotidiani, mentre il villaggio di quelli più generali. Nessun gruppo invade la sfera di competenza dell'altro. Al contrario, ogni organismo ha ambiti di azione diversi, ben definiti e *necessari*, per cui il livello di governo superiore può intervenire soltanto per rispondere ai bisogni lasciati insoddisfatti da quello immediatamente *inferiore* (DURER, *La sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Giuffrè, Milano, 2004, 5-6).

La comunità di Aristotele svolge un ruolo di *supplenza*, nel senso che essa può intervenire solo *quando, e fin dove*, i singoli individui e gruppi sociali non sono in grado di provvedervi.

Tuttavia, la società civile non è un'associazione meramente utilitaristica. Gli uomini non si uniscono soltanto per conseguire ciò che da soli non sarebbero in grado di ottenere, ma per raggiungere *qualcosa di più*: la felicità completa. La città ateniese non ha, infatti, fini propri: unico suo scopo è quello di garantire il *bene comune*. Questo, a sua volta, non corrisponde ad una mera somma aritmetica dei beni particolari, ma consiste nella completa realizzazione individuale la quale è, pertanto, possibile solo all'interno della *polis*.

Invero, la città (e prima ancora il villaggio e la famiglia), nel momento in cui interviene non si limita a coprire le carenze e le lacune delle *societates minores*, ma vi apporta un *accrescimento* in termini qualitativi. Supplenza dunque, secondo lo Stagirita, non significa *insufficienza*, bensì *perfezionamento*. Essa racchiude in sé l'idea di *sviluppo* e di *completamento* (CHANTAL MILLON-DELSON, *Il principio di sussidiarietà*, cit., 7-9).

⁴La stessa idea di società "olista" ed "organicista", presente nella filosofia aristotelica, la ritroviamo anche nel pensiero di Tommaso D'Aquino. Questi riprende, infatti, diversi aspetti della filosofia aristotelica secondo, però, un'impostazione teologica. Per prima cosa, l'Aquinate sostituisce all'idea di uomo come cittadino libero, quella moderna di "persona" (MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit., 15).

Più precisamente, Tommaso D'Aquino considera la persona come un "mondo contenente atti e fini con desiderio e capacità d'indipendenza" (DURER, *La sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, cit., 7). Detti atti, come evidenziato da un'autorevole opinione dottrinale, non sono esterni all'essere, ma inerenti al suo stesso sviluppo, con la conseguenza che privare l'uomo di una sua azione significherebbe impedire all'individuo di realizzare se stesso.

Secondo la filosofia cristiana l'uomo non appartiene completamente alla comunità. Egli è, prima di tutto, una *creatura divina* e, poi, un essere *politico*. Ogni individuo è portatore di una propria sfera di autonomia e di libertà. Autonomia e libertà che si esprimono nella capacità di agire

aristotelico-tomista discende una nozione di sussidiarietà di tipo “positivo” e “solidaristico”. Essa esprime l’esigenza che la *societas maior* intervenga solo nel caso in cui le *societates minores* e, in primo luogo, l’individuo, non siano in grado di svolgere adeguatamente determinati compiti. L’uomo, infatti, per potere raggiungere la perfezione, abbisogna dell’aiuto (*subsidium*) e dell’intervento positivo da parte dell’autorità pubblica in tutti quei settori in cui egli è insufficiente a se stesso⁵. L’esigenza di realizzare se stessi comporta che ogni essere umano possa riuscire effettivamente a conseguire la felicità solo all’interno della società stessa, la quale è posta al servizio dell’uomo, e deve intervenire solo in caso di necessità⁶.

Concepita in questi termini, la sussidiarietà presenta un indubbio contenuto ideologico ed etico destinato a confluire, come vedremo più nello specifico, nell’insegnamento ecclesiastico. Aiuto e sostegno rappresentano, infatti, gli apporti che la società moderna deve ai gruppi minori ed all’uomo, affinché questi possano raggiungere la piena felicità e la realizzazione di se stessi⁷.

Le componenti culturali laiche del principio di sussidiarietà, che influenzeranno il liberalismo tedesco ottocentesco, sono

secondo le proprie capacità ed in base alle proprie aspirazioni (DURER, *La sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, cit., 7).

Si tratta di una concezione personalista che anticipa l’individualismo moderno e che trova la propria giustificazione nel rapporto diretto tra l’uomo e Dio. Il fine ultimo di ogni essere umano consiste, secondo Tommaso D’Aquino, nel ricongiungimento con il Creatore. La persona è, pertanto, “parte” di un “tutto” perfetto, ossia sostanza perfetta ed imperfetta allo stesso tempo. Perfetta, in quanto si tratta di un soggetto intelligente e, quindi, dotato di volontà e di capacità di scelta. Imperfetta, invece, poiché non è in grado di realizzare da sola la felicità cui tende.

⁵ MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 15.

⁶ CHANTAL MILLON-DELSON, *Il principio di sussidiarietà*, cit. 9-10.

⁷ MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 15.

rinvenibili nel pensiero di Altusio ⁸ e di Locke⁹. Questi pongono alla base delle proprie riflessioni filosofiche la necessità di

⁸ Nel pensiero altusiano, la società è ancora quella organica medievale, per cui l'individuo non è pensabile individualisticamente, ossia separato dai legami sociali in cui nasce e cresce, bensì solo all'interno del gruppo di appartenenza. L'Autorità pubblica non deve, dunque, limitarsi a difendere la libertà dei singoli consociati, bensì intervenire attivamente per soddisfare le richieste ed i bisogni dei gruppi e dei cittadini. Altusio riprende l'idea aristotelica dell'uomo come <<animale sociale>> naturalmente spinto ad instaurare relazioni con gli altri individui. Ciò dipende dalla circostanza che l'uomo, pur essendo libero ed autonomo, non è, tuttavia, autosufficiente, per cui ha bisogno di unirsi insieme con altre persone al fine di potere soddisfare completamente i propri bisogni e trovare la felicità (DONATI E COLOZZI (a cura di), *La sussidiarietà: che cosa è e come funziona*, Carocci, Roma, 2004, 18 ss).

⁹ Locke parte dal concetto di *stato di natura*, quale dimensione primordiale in cui l'uomo è veramente libero e autosufficiente. Tuttavia, esso è, secondo il filosofo inglese, uno stato precario, incerto ed instabile, per cui gli uomini decidono di abbandonarlo e di entrare in società per godere al meglio, ed in più sicurezza, di quegli stessi diritti "naturali" (vita, libertà e proprietà) di cui disponevano nello stato di natura. Col passaggio, dunque, da questa condizione primordiale di insicurezza e di sopraffazione al vivere in società, l'uomo intende salvaguardare il godimento della propria libertà la quale è, infatti, nello stato di natura esposta alla violazione da parte degli altri (BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, cit., 174).

Di conseguenza, le stesse leggi dello Stato non sono altro che la positivizzazione della legge naturale su cui si fondono gli stessi diritti soggettivi *de quibus*. Il sovrano, inoltre, nel momento in cui è investito del potere di comando, contrae nei confronti degli uomini che lo hanno investito dei veri e propri obblighi giuridici (tra cui quello fondamentale di tutelare e garantire i c.d. diritti naturali) di cui deve rendere conto.

Lo Stato di Locke è, infatti, uno *Stato di diritto* nel senso di *Stato limitato dal diritto* dei cittadini di vedere rispettati i propri diritti fondamentali, (vita, proprietà e libertà) ed organizzato secondo il criterio della *divisione dei poteri*, per cui la funzione legislativa deve competere al Parlamento, mentre quella esecutiva al Re (nulla dice riguardo alla funzione giurisdizionale), cosicché ognuno di questi organi controlla l'altro.

Esso deve limitare i propri interventi unicamente allo scopo di tutelare e proteggere la libertà, la vita e la proprietà dei consociati. Il suo unico compito è, pertanto, come evidenziato da un'autorevole dottrina, il consolidamento della precarietà della libertà individuale. Libertà che significa, per il filosofo inglese, innanzitutto, capacità di agire. Si tratta di una concezione *negativa* della sussidiarietà, in quanto il cittadino non "pretende" qualcosa dallo Stato, ma si "difende" da esso ponendo limiti ben precisi alla sua autorità.

Il fine del potere politico è, infatti, solo la difesa dei diritti individuali, con la conseguenza che, qualora lo Stato infrangesse tali vincoli, i singoli associati sarebbero legittimati a sciogliere definitivamente il contratto

tutela della libertà dell'individuo, e la priorità di quest'ultimo rispetto ad ogni organizzazione sociale¹⁰.

In particolare, in Altusio troviamo una prima applicazione del principio di sussidiarietà verticale (federalismo altusiano) e orizzontale (ruolo di congiuntura svolto dalle associazioni corporative fra pubblico e privato), la quale avrà una rilevante influenza nel pensiero di J. Stuart Mill, Alexis de Tocqueville, Proudhon e di Marc¹¹.

La società altusiana si costituisce, infatti, in virtù di *patti sociali* intercorrenti fra individui, i quali decidono di non vivere isolati, ma di unirsi per raggiungere l'autarchia. Essa presenta un'organizzazione sociale gerarchica, formata da associazioni di diversa grandezza esercitanti separate funzioni, con preferenza per i gruppi inferiori rispetto a quelli superiori in quanto più rispondenti alle esigenze delle comunità che rappresentano¹².

sociale, facendo ricorso al c.d. diritto di resistenza (MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 17-19).

L'ingerenza statale deve, pertanto, limitarsi per essere "utile" ai soli casi di stretta necessità. Lo stesso Bentham definisce l'assistenza sociale come un *invito alla pigrizia* (D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'Unione Europea*, cit. 10).

¹⁰ MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 16.

¹¹ D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'Unione Europea*, cit. 10.

¹² DONATI E COLOZZI (a cura di), *La sussidiarietà: che cosa è e come funziona*, Carocci, Roma, 2004, 37 ss. A tale riguardo, si è opportunamente osservato che (Chantall-Dillon) i patti attraverso i quali si costituisce la società altusiana non hanno nulla in comune col contratto sociale di Hobbes o di Locke. Per il filosofo tedesco la società esiste per natura e non in virtù di un atto di volontà.

I patti politici rappresentano un'alleanza (*foedus*) fra gli individui stessi e fra le associazioni al fine di preservare la propria sfera di autonomia reclamata; ed infatti, se da una parte i singoli organismi (corporazioni, famiglia, città, province) richiedono l'intervento delle sfere superiori per esercitare determinati compiti, dall'altra essi avvertono anche la necessità di tutelarsi nei confronti di queste ultime. Diritti e doveri sono, pertanto, stabiliti *a priori* nei patti sociali regolanti i rapporti fra *societates maiores et minores*. Una tutela che andasse al di là del *necessario* comporterebbe la dissoluzione dei gruppi, i quali esistono finché viene loro garantito un determinato ambito di autonomia, ossia di capacità di scelta e di azione. (CHANTAL MILLON-DELSON, *Il principio di sussidiarietà*, cit., 11-12).

Locke è portatore, invece, di una nozione negativa della sussidiarietà. Conformemente alla sua concezione di *Stato di diritto*, vale a dire di Stato *limitato* dal diritto, il filosofo inglese ritiene che l'autorità pubblica possa lecitamente intervenire solo per proteggere e tutelare l'incolumità dei diritti dei singoli individui: vita, libertà e proprietà privata.

Infatti, diversamente dalla tradizione aristotelico-tomista, il cittadino lockiano non "pretende" qualcosa dallo Stato, ma si "difende" da esso ponendo dei vincoli ben precisi alla sua autorità. L'ingerenza statale deve, pertanto, limitarsi per essere "utile" ai soli casi di stretta necessità. In caso contrario, si tratterebbe di un abuso che legittimerebbe i cittadini stessi a sciogliere il patto sociale.¹³

¹³ MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 18-19.

Nell'evolversi del pensiero liberale, la fiducia nelle capacità umane acquista sempre maggiore pregnanza, con la conseguenza che l'azione statale diviene assai sporadica e provvisoria. Esemplificativo di ciò è senz'altro, come rilevato da un'autorevole dottrina, il pensiero di Wilhem von Humboldt (DURER, 2004). Questi, infatti, ritiene che il progresso della società possa essere possibile solo se gli individui siano lasciati liberi di agire e di esplicare le proprie capacità.

In particolare, egli rileva che il crescente aumento dell'interventismo statale, sotto forma di regolamentazione burocratico-amministrativa, implica l'affievolimento dell'iniziativa individuale e, di conseguenza, la *deresponsabilizzazione* della persona, la quale viene, per così dire, disabituata a pensare e a scegliere autonomamente. Da questa constatazione discende, per Humboldt, l'idea che lo Stato sia un *male necessario*. Necessario, in quanto gli individui per convivere insieme abbisognano di determinate regole di comportamento da osservare (*ubi societas, ibi ius*); male, poiché un'eccessiva ingerenza da parte del potere politico ha come conseguenza quella di comprimere l'autonomia individuale impedendo, pertanto, all'uomo stesso di realizzarsi. Conseguentemente, l'Autorità pubblica, secondo l'Autore, ha il mero compito di aiutare lo sviluppo delle energie dei singoli individui. Essa dovrebbe, dunque, circoscrivere i propri interventi al conseguimento di ciò che gli stessi non riescono, da soli, a procurarsi. La profonda fiducia del liberalismo nelle capacità individuali si traduce, infine, nel rifiuto della c.d. concezione paternalistica del potere politico. Questa si fonda sul presupposto che i sudditi non sono soggetti intelligenti e, quindi, in grado di effettuare, autonomamente e con cognizione di causa, le proprie scelte. Di conseguenza, essi devono essere guidati dall'Autorità pubblica nelle

La dottrina dominante riconduce, infine, la componente federale della sussidiarietà al pensiero di Stuart Mill¹⁴ e, prima ancora, di Proudhon.

Il primo considera la libertà elemento di benessere e fattore di progresso sociale, per cui l'uomo deve essere lasciato libero di agire come desidera e di soddisfare i propri desideri cui tende. Egli, dunque, non deve essere ostacolato dai propri simili e dalla società qualora le proprie azioni non siano nocive. Solo

proprie azioni e decisioni. Lo Stato deve avere nei confronti dei propri sudditi la stessa attenzione e premura che ha un padre verso i propri figli minorenni ed incapaci di provvedere a loro stessi.

È chiaro che questo modo di concepire il potere politico si pone in pieno contrasto con l'idea liberale dello Stato minimo e *gerdame* tipico dell'800. Considerare, infatti, lo Stato come un padre ed i suoi sudditi come figli *eternamente minorenni*, significa fare della *supplenza statale non più l'eccezione*, come nella visione liberale, *ma la regola* dell'agire politico. In altri termini, l'uomo non è capace di raggiungere determinati risultati da solo, ma ha bisogno dell'aiuto dello Stato il quale è, dunque, chiamato ad intervenire in qualsiasi settore che lo riguardi sia pubblico sia privato. Lo stesso Kant definisce un governo di questo genere come "la più grande forma di dispotismo pensabile". Uno stato, *invero*, come quello prussiano ai tempi del filosofo tedesco, *eccessivamente burocratico e regolatore* di ogni aspetto della vita dei propri sudditi, anche privata, impedisce alla persona di potersi sviluppare intellettualmente, di seguire le direzioni che ha scelto e di realizzare finalmente i progetti della propria esistenza (DURER, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, cit. 9-15).

Detta concezione paternalistica del potere politico finirà, infatti, per influenzare tutte le più grandi dittature del 900.

¹⁴Mill individua, infatti, il principio fondamentale regolante i rapporti fra la singola persona e la società stessa nel seguente: *il principio è che l'umanità, individualmente o collettivamente, è giustificata ad interferire con la libertà d'azione di alcuni suoi membri soltanto al fine di proteggersi; che il solo scopo, per cui si può esercitare legittimamente un potere su qualche membro di una comunità civilizzata, contro il suo volere, è quello di evitare il danno altrui*" (BELLINI, *Sulla libertà*, Armando Editore, Roma, 1996, 21 ss.).

Da tale enunciazione deriva che: "L'individuo non deve rendere conto alla società delle proprie azioni nella misura in cui esse riguardano soltanto i propri interessi (...) l'individuo è responsabile delle azioni che pregiudicano gli interessi altrui e può essere sottoposto alla punizione sociale e legale, a seconda che la società ritenga l'una o l'altra necessaria per proteggersi. "

In altre parole, l'unico limite alla libertà d'azione individuale è, pertanto, rappresentato dal dovere di non recare danno agli altri. Rispettato tale limite, l'uomo può agire liberamente per realizzare i propri desideri senza ingerenza alcuna.

in questo caso, la società può legittimamente intervenire per difendersi¹⁵.

Mill si occupa, anche, dei rapporti fra i diversi livelli di governo e, secondo, un'autorevole opinione dottrinale, egli è il primo ad individuare una definizione di sussidiarietà verticale¹⁶. Nella sua opera, *Rappresentative government*, il filosofo inglese sostiene che la sovranità debba essere divisa fra autorità centrale ed autorità periferiche e che i compiti siano meglio svolti generalmente da queste ultime perché più vicine alle esigenze dei cittadini stessi. Conformemente a tale impostazione, Mill ritiene che l'autorità centrale debba esercitare solo quelle funzioni che possono essere effettivamente più adeguatamente soddisfatte dai livelli superiori, con la conseguenza che egli considera la sussidiarietà in senso negativo.

Proudhon, invece, pone in evidenza lo stretto legame che lega la sussidiarietà al federalismo¹⁷. Più precisamente, secondo il

¹⁵ BELLINI, *Sulla libertà*, cit. 91 ss.

¹⁶ D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'Unione europea*, cit. 12.

¹⁷ Proudhon considera *la reciprocità* un valore fondamentale della vita sociale, e su questo principio basilare costruisce il suo progetto politico di tipo *mutualistico e federalistico*. Il sistema economico, sostiene il filosofo Besançon, deve essere cooperativo, fondato sul lavoro e sullo scambio fra produttori, ovvero sulla reciprocità che consiste esattamente nel *bisogno* e nell'*aiuto* che ciascuno dà e riceve.

Anche Proudhon parla di contratto sociale, nel senso di strumento per regolare i rapporti fra le comunità e lo Stato. Tuttavia, il contratto proudhoniano è completamente diverso da quello di un Locke, o, addirittura, di un Rousseau. Esso, infatti, non è una mera finzione, ma una realtà concreta, in quanto reali e concreti sono i relativi contraenti: famiglie, Comuni, Cantoni, Province e Stato. Questi decidono di stipulare un contratto fra loro al solo fine di tutelare le rispettive sfere di autonomia e di stabilire che lo Stato stesso, come ogni comunità intermedia, può intervenire solo in caso di stretta necessità ed al fine di aiutare le *societates minores*.

In Proudhon, dunque, come rilevato da un'autorevole dottrina (CHANTALL-MILLON-DELSON, *Il principio di sussidiarietà*, cit. 19), la difesa dell'idea di supplenza diventa difesa del sistema federale. Il federalismo è, infatti, l'unica organizzazione in grado di conciliare libertà ed autorità, gruppi intermedi e Stato, individuo e comunità.

filosofo di Besançon, libertà ed autorità sembrano trovare finalmente un punto di equilibrio nell'idea di supplenza. Questa, infatti, viene concepita da Proudhon in senso sia negativo sia positivo. Negativo, in quanto lo Stato non deve ingerirsi nei settori lasciati all'autonomia delle singole organizzazioni sociali; positivo, dal momento che ogni autorità intermedia è chiamata a soccorrere le autorità inferiori qualora queste ultime non siano in grado di assolvere determinati compiti.

Diversamente da quanto sostenuto da alcuni autori in dottrina, il socialista di Besançon non rifiuta l'idea di Stato. Al contrario, egli lo considera necessario¹⁸. Tuttavia, Proudhon ritiene che esso non debba governare la società, bensì rispettare il pluralismo sociale, porsi come strumento e non come fine della società ed il modo per realizzare uno "Stato minimo", capace di coordinare e sollecitare le autonomie locali senza sostituirsi a queste, è il federalismo: una federazione economica di piccoli e medi produttori che si opponga alla centralizzazione operata sia dal capitalismo liberale e monopolista, sia dallo statalismo comunista. Una federazione che deve essere, inoltre, anche sociale, idonea a valorizzare il "pluralismo familiare, religioso e pedagogico"; una federazione, infine, che sia soprattutto politica ed in grado di stimolare la competizione fra le forze sociali, per impedire la naturale tendenza dello Stato "all'assorbimento burocratico"¹⁹.

Alexander Marc approfondisce e sviluppa la filosofia di Proudhon. Come il filosofo di Besançon, Marc muove dal presupposto necessario di superare lo Stato concepito come

¹⁸ CHANTAL-MILLON-DELSON, *Il principio di sussidiarietà*, cit. 18.

¹⁹ MORRA, *Breve storia del pensiero federalista*, Milano, Giuffrè, 1993, 31-33.

espropriatore di quella società civile che è costitutiva della società. Egli considera il federalismo l'unico modello organizzativo statale in grado di coordinare e di rispettare il pluralismo sociale. Esso deve, perciò, essere applicato all'intera società a partire dalle comunità di base e dai gruppi intermedi²⁰.

Hamilton, infine, considera l'organizzazione federale l'unica forma possibile in grado di coniugare le esigenze di *unità* da una parte e di *libertà* dall'altra²¹.

²⁰DONATI E COLOZZI, *La sussidiarietà: che cosa è e come funziona*, cit. 42.

La dottrina definisce il federalismo di Marc *integrale*, il quale presenta i seguenti quattro caratteri: autonomia territoriale, cooperazione, sussidiarietà e partecipazione.

In estrema sintesi, nella visione marciana, uno Stato federale deve basarsi, innanzitutto, sulla piena *autonomia territoriale* degli Stati membri, in modo da permettere che la maggior parte delle decisioni siano prese a livello più vicino alla persona e siano, quindi, più rispondenti ai bisogni dei cittadini che rappresentano.

È inoltre, necessaria una *cooperazione* fra i diversi livelli federati e all'interno degli stessi, così da potere risolvere determinati problemi comuni. Secondo Marc, la decisione deve essere assunta dall'organo direttamente interessato, con la conseguenza che lo Stato può intervenire solo, quando i livelli inferiori non sono in grado di prendere decisioni. Nell'opzione del federalismo integrale si deve, pertanto, applicare la *sussidiarietà*, nel senso che nessuna autorità superiore può ingerirsi in ambiti di competenza dell'autorità inferiore se non quando quest'ultima è insufficiente (DONATI E COLOZZI, *La sussidiarietà: che cosa è e come funziona*, cit. 43 ss).

²¹Hamilton scrive il *Federalist* con Jay e Madison, in seguito alla stesura della Costituzione federale statunitense approvata, nel testo originale, dalla Convenzione di Philadelphia il 17 settembre 1787, al fine di sollecitarne la ratifica da parte delle singole *ex* colonie-americane. Queste, infatti, erano riunite in una Confederazione fondata sugli *Articles of Confederation*, approvati il 10 giugno 1776 e presentavano, dunque, una struttura confederale priva del potere di stabilire imposte e di regolare il commercio.

Come si ricorda, alla Convenzione di del 1787 si scontrarono i federalisti, e anti-federalisti. I primi (federalisti) aspiravano ad accentrare tutto il potere in capo al Congresso e conferire a quest'ultimo anche la facoltà di compiere tutto ciò che era necessario al fine di adempiere le proprie funzioni. I secondi (anti-federalisti), al contrario, volevano mantenere le competenze enumerate a livello centrale e quelle residuali ai singoli Stati membri.

La Convenzione rappresenta, pertanto, un compromesso fra queste due soluzioni opposte: le competenze dello Stato centrale sono enumerate,

Come rilevato in dottrina, le diversità che intercorrono fra il federalismo liberale di Hamilton, quello socialista di Proudhon ed, infine, quello integrale di Marc sono dettate, per lo più, da motivazioni contingenti e di ordine storico-politico.

Più precisamente, Hamilton scrive il *Federalist* durante il *processo di accentramento di più Stati* (Stati federati) *in un unico Stato* (federazione). Infatti, in seguito alla stesura della Convenzione di Filadelfia del 1787, le *ex* colonie britanniche passarono da un'organizzazione confederale ad una, invece, federale caratterizzata dall'esistenza di uno Stato centrale competente in determinati ambiti di rilevanza sovranazionale e dal riconoscimento dell'autonomia dei singoli stati membri.

Diversamente, il federalismo di Proudhon sorge in opposizione al processo di centralizzazione verificatosi in seguito alla Rivoluzione francese. Da qui, l'attenzione particolare del filosofo di Besançon per le singole comunità a cominciare da quelle più prossime ai cittadini, come il Comune.

A sua volta, Marc sviluppa la propria teoria del federalismo integrale a partire dagli anni quaranta del secolo scorso durante il processo di integrazione europea.

Scenari storici, dunque, diversi che conducono a riflessioni differenti. Tuttavia, il filo conduttore, per dirla con Morra, che da Hamilton arriva a Marc, è rinvenibile nella *sussidiarietà*, vale a dire nella necessità avvertita da questi autori di limitare l'intervento statale²². A tale proposito, si è rilevato che il principio di sussidiarietà nella sua accezione verticale, ossia come allocazione delle funzioni fra i diversi livelli di governo,

come richiesto dagli anti-federalisti, mentre è prevista nel testo costituzionale la c.d. clausola dei poteri impliciti secondo la volontà dei federalisti (D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'Unione europea*, cit. 26-27).

²² MORRA, *Breve storia del pensiero federalista*, cit. 129 ss.

riprodurrebbe la dimensione federale propria dello Stato, la quale considera la ripartizione del potere stesso fra le articolazioni territoriali di diversa dimensione un elemento essenziale al fine di garantire quella vicinanza fra governanti e governati caratterizzante le organizzazioni democratiche contemporanee.

Anzi, si è anche osservato che la sussidiarietà aggiungerebbe al principio federale un ulteriore elemento costituito dalla necessità che i livelli di governo superiori *giustificano* il loro intervento in sostituzione di quelli inferiori sulla base dell'inadeguatezza di questi ultimi²³.

Il pensiero federalista è, inoltre, strettamente legato al valore della persona, dell'autonomia individuale e del pluralismo. Valori che ritroviamo nella stessa idea di sussidiarietà. Unità e pluralismo sembrerebbero, infatti, trovare nella elaborazione federale un loro equilibrio. Il potere è necessario, ma solo per tutelare l'autonomia delle singole persone e delle comunità costitutive dello Stato complessivamente inteso. Di conseguenza, lo Stato federale non esautora la sfera di autonomia delle comunità stesse, bensì le lascia libere di agire ed effettuare le proprie scelte politiche. Esso interviene soltanto quando gli individui o le *societates minores* non sono in grado di assumere determinate decisioni. In altre parole, lo Stato federale è al servizio delle comunità intermedie ed è a queste ultime subordinato.

L'approccio del pensiero federalista nei confronti dello Stato può, dunque, essere sintetizzato nel *concetto di sussidiarietà*. Sussidiarietà significa che è riconosciuta la preferenza alle

²³ VITTADINI, (a cura di) *Sussidiarietà: la riforma possibile*, Etas libri, Milano, 1998, 57.

comunità territoriali più piccole, le quali possono agire liberamente in tutti gli ambiti in cui sono in grado. Rispetto, invece, a quei settori in cui la loro azione non è sufficientemente efficace, interviene lo Stato il quale esercita, pertanto, *un ruolo meramente sussidiario e di aiuto* nei confronti degli stati federati²⁴.

²⁴ ALBERTONI, *Il federalismo nel pensiero politico e nelle istituzioni*, Eured, Milano, 1995, 41 ss.

-CAPITOLO 2-

L'IDEA MODERNA DELLA SUSSIDIARIETÀ NELLA DOTTRINA SOCIALE DELLA CHIESA

L'idea moderna di sussidiarietà si sviluppa a partire dalla fine dell'800 proprio come reazione alla concezione liberale dello Stato astensionista e minimo²⁵.

Un'elaborazione più complessa del principio di sussidiarietà si trova già nell'opera di Tocquville, *La democrazia in America*. Questi, muovendo dal postulato che il decentramento e l'autonomia sono elementi fondamentali per l'organizzazione attuale dello Stato, configura la sussidiarietà come principio di organizzazione della struttura: le collettività di livello superiore devono assumere esclusivamente le competenze che possono essere esercitate in modo più soddisfacente di quanto possano le collettività di livello inferiore²⁶.

Tuttavia, la teorizzazione più compiuta del principio di sussidiarietà in senso filosofico-politico è rinvenibile nella dottrina sociale della Chiesa cattolica e specificatamente in alcune encicliche papali²⁷.

²⁵ CHANTAL-MILLON-DELSON, *Il principio di sussidiarietà*, cit. 20.

²⁶ DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2000, 14-15.

²⁷ VIPIANA, *Il principio di sussidiarietà verticale*, Milano, Giuffrè, 2002, 2.

In ordine al concetto "dottrina sociale della Chiesa", si è rilevato che esso significa "magistero", "insegnamento", e consiste in un patrimonio di idee, di concetti, di riflessioni accumulati nel corso della storia e organizzati in sistema grazie al prestigio intellettuale di uomini di cultura, di filosofi, di teologi.

Riprendendo le parole di Papa Giovanni Paolo II: "La dottrina sociale della Chiesa trova la sua sorgente nella sacra scrittura a cominciare dal libro della Genesi, e, in particolare, nel vangelo e negli scritti apostolici. Essa appartiene fin dall'inizio all'insegnamento della chiesa stessa, alla sua

A tale riguardo, la dottrina concorda nel ritenere che si possa parlare di dottrina sociale della Chiesa in senso proprio solo col pontificato di Leone XIII il quale, con la sua tanto celebre *Rerum Novarum*, nel sollecitare l'intervento statale in aiuto della classe operaia, conferisce all'intero insegnamento cattolico la forma di sistema. Prima di tale periodo abbiamo, infatti, un insieme di precetti e di principi privi, tuttavia, di una propria organizzazione sistematica e logica²⁸.

In particolare, così scrive papa Leone XIII:

“sopresse nel secolo scorso le corporazioni di arti e mestieri, senza nulla sostituire al loro posto, mentre le istituzioni e le leggi venivano allontanandosi dallo spirito cristiano, a poco a poco le circostanze hanno consegnato gli operai soli e indifesi alla disumanità dei padroni e alla sfrenata cupidigia della concorrenza. Accrebbe il male un'usura divoratrice, che (...) continua (...) ad opera di ingordi speculatori.

A tutto ciò si aggiunga il monopolio della produzione e del commercio, attuatosi nelle mani di pochi, al punto che pochissimi ricchi e straricchi hanno imposto un giogo quasi servile all'infinita moltitudine dei proletari”²⁹.

concezione dell'uomo e della vita sociale e, specialmente, alla morale sociale secondo le necessità delle varie epoche (*Laborem Exercens*, 3).

In questo senso, la dottrina sociale rappresenta non un'ideologia, ma solo un aspetto della teologia il cui unico scopo è quello di proclamare la verità su Dio. Essa, invero, non propone programmi politici o sistemi economici (VECCHIO, *La dottrina sociale della Chiesa*, In *Dialogo cooperativa culturale*, Milano, 1992 17-19).

²⁸ VECCHIO, *La dottrina sociale della Chiesa*, cit. 21.

²⁹ VECCHIO, *La dottrina sociale della Chiesa*, cit. 21.

Papa Leone XIII non fa esplicitamente riferimento al principio di sussidiarietà³⁰. Tuttavia, dalla lettura del *Rerum novarum* si evince chiaramente che il principio *de quo* connota l'intera struttura sociale così come ideata dal papa nella sua opera. Alla base di tale organizzazione vi è, infatti, la legge naturale ed i diritti inalienabili dell'uomo, i quali vengono prima dello Stato e della società civile.

Lo Stato ha, dunque, il compito di tutelare i diritti naturali della persona e, poi, in ordine crescente, della famiglia e delle formazioni sociali intermedie. In altre parole, per Leone XIII lo Stato non può intervenire a suo arbitrio. Esso deve solo rimediare alle gravi insufficienze o indigenze in cui si trovano a versare le singole persone e le famiglie:

“in caso di gravi violazioni dei diritti reciproci tra i membri di una famiglia, *intervenga* lo Stato e renda a ciascuno il suo diritto, poiché questo non è usurpare i diritti dei cittadini, ma assicurarli e tutelarli secondo la retta giustizia. Qui deve però *arrestarsi* lo Stato: la natura non gli consente di andare oltre”.

Leone XIII propone, dunque, un'organizzazione sociale che, senza sfociare nel socialismo, pone dei limiti alla degenerazione del capitalismo. Essa è così strutturata: alla base vi sono i diritti “naturali” delle persone e dei corpi sociali intermedi, i quali sono inalienabile ed anteriori alla società stessa; lo Stato svolge, dunque, una funzione di garante della conservazione e della promozione di tali diritti.

³⁰ DONATI e COLOZZI (a cura di), *La sussidiarietà che cos'è e come funziona*, cit. 60.

Il bene comune consiste nell'insieme delle condizioni sociali che permettono alla persona e alle formazioni sociali di sviluppare a pieno le proprie capacità. Il criterio che deve, quindi, guidare l'azione pubblica è quello della *sussidiarietà*. Questa, a sua volta, non può essere separato dalla *solidarietà*. Sussidiarietà e solidarietà limitano, infatti, rispettivamente lo statalismo e l'individualismo³¹.

Si ritiene comunemente che foriero di questa nuova ideologia sia stato il Vescovo W.E. von Ketteler che lo stesso Leone XIII indica come suo predecessore³².

Attento alle richieste di giustizia sociale avanzate dalla classe operaia di quel tempo (aumento del salario, diminuzione delle ore di lavoro in fabbrica per le donne), il Vescovo di Magonza critica aspramente l'ideologia liberale capitalistica dello Stato astensionista. Secondo il teologo, infatti, bisogna andare *oltre* la libertà dei liberali che finisce per disinteressarsi dei bisogni delle classi sociali più disagiate.

Questo, però, non significa accettazione dell'idea socialista di uguaglianza la quale ha, invece, come risultato l'eliminazione di ogni diversità all'interno della società stessa e, quindi, il mancato rispetto della dignità umana. In altri termini, il Vescovo Von Ketteler si fa propugnatore di una riforma della società che tenga in considerazione, allo stesso tempo, sia il valore fondamentale della *libertà individuale*, sia l'esigenza di *solidarietà*, la quale vuole che lo Stato si faccia *anche* carico di determinati problemi sociali.

³¹ *Idem*, 60.

³² DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, cit. 22.

Troviamo in Ketteler sia la difesa per la libertà e, quindi, per la dignità dell'uomo, sia l'interesse rivolto ai bisogni delle classi sociali dei meno abbienti.

In questo quadro, l'intervento statale, come evidenziato da un'autorevole opinione dottrinale³³, viene per la prima volta definito in termini di diritto sussidiario: la sussidiarietà viene posta al servizio della dignità, con la conseguenza che l'ingerenza statale si giustifica unicamente quando l'individuo non è in grado di provvedere a se stesso.

L'intervento statale è, infatti, legittimo solo quando è salvaguardata la libertà stessa.

Di conseguenza, l'autorità pubblica non si sostituisce *tout court* alla persona, ma soccorre l'uomo solo, quando quest'ultimo ne ha strettamente bisogno.

Il conflitto, dunque, fra *libertà* ed *autorità* è risolto in nome del diritto di sussidiarietà che, secondo Ketteler, consiste nel diritto-dovere di intervento dell'istanza pubblica limitato dal valore fondamentale del rispetto della libertà individuale³⁴.

La formulazione esplicita del principio di sussidiarietà è, però, da ricondursi al pontificato di Papa Pio XI. Questi così scrive nella sua opera *Quadragesimo anno* del 1931, di fronte all'ascesa del fascismo³⁵:

“è vero certamente e ben dimostrato dalla storia che, per la mutazione delle circostanze molte cose non si possono compiere

³³ *Ibidem.*

³⁴ *Ibidem.*

³⁵ MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 21.

se non da grandi associazioni, laddove prima si eseguivano anche dalle piccole.

Ma deve tuttavia restare saldo il principio importantissimo della filosofia sociale (*gravissimum illud principium quod neque moveri neque mutari potest*): che come è illecito togliere agli individui ciò che essi possono compiere con le forze e l'industria propria per affidarlo alla comunità, così è ingiusto rimettere ad una maggiore e più alla società quello che dalle minori ed inferiori comunità si può fare.

Ed è questo insieme un grave danno e uno sconvolgimento del retto ordine della società; perché l'oggetto naturale di qualsiasi intervento della società stessa è quello di aiutare in maniera suppletiva le membra di un corpo sociale, non già di distruggerle ed assorbirle".

Viene così enunciato il principio fondamentale secondo il quale "ciò che gli uomini possono fare da sé e con le proprie forze non può essere loro tolto e rimesso alla società". La sussidiarietà, secondo l'insegnamento ecclesiastico, presenta, dunque, una portata generale riferibile all'intera vita sociale ed applicabile ai rapporti intercorrenti sia fra la società ed i suoi componenti, e fra le stesse società (minori e maggiori) ³⁶.

Si tratta, in altri termini, di un principio che non è solo riferibile al piano della filosofia e dell'etica, ma anche a quello del *diritto*, atteso che tenta di risolvere la questione fondamentale relativa al rapporto fra enti maggiori ed enti

³⁶ TOSATO, *Persona, società intermedie e Stato*, Giuffrè, Milano, 1989, 93.

minori. Questione che non può non porsi, come rilevato dal Tosato, in termini di diritti e di doveri reciproci.³⁷

L'uomo, infatti, sebbene ha bisogno di vivere in società per integrare le proprie capacità, conserva i propri diritti, il quali, essendo originari e primari e, quindi, non derivati dalla società stessa, possono essere *sacrificati* solo ove sia strettamente indispensabile³⁸.

È stato rilevato da alcuni autori³⁹ che dalla lettura di questo passo sembrerebbe che Papa Pio XI si riferisca unicamente al significato negativo del principio di sussidiarietà.

In particolare, si è detto che il continuo richiamo ai limiti dell'azione statale nei confronti dell'individuo e delle società minori parrebbe comportare la scomparsa dell'aspetto positivo del principio in questione. Tuttavia, l'affermazione secondo cui *lo scopo naturale di ogni intervento in materia sociale è quello di aiutare (subsidium afferre) i membri del corpo sociale e non di distruggerli o di assorbirli*, implica, secondo la prevalente dottrina, l'accoglimento anche della valenza positiva della sussidiarietà⁴⁰.

Infatti, il termine *subsidium* richiama la componente positiva del principio *de quo* ed esprime l'esigenza di solidarietà e di *auxilium* nei confronti dei bisognosi i quali, pertanto, non devono essere abbandonati a loro stessi, bensì aiutati e soccorsi dall'autorità pubblica in caso di necessità.

³⁷ *Idem*, 89.

³⁸ DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, cit. 37.

³⁹ *Idem*, 22-24.

⁴⁰ *Idem*, 24.

A partire, dunque, dalla *Quadragesimo anno*, ritroviamo il concetto di *subsidium* in diversi scritti, encicliche e discorsi del Magistero ecclesiastico. In via meramente esemplificativa, si possono ricordare le encicliche *Mater e Magistra* del 1962 e *Populorum Progressio* del 1967. Nella prima, il papa afferma che l'azione dei pubblici poteri "che ha carattere d'orientamento, di stimolo, di coordinamento, di supplenza e di integrazione, deve ispirarsi al principio di sussidiarietà"⁴¹. Nella seconda il papa applica tale principio al mondo del lavoro, ritenendo che una compartecipazione del lavoratore all'impresa comporterebbe sicuramente un aumento della relativa produttività.

Nello scritto *Pacem in Terris*, Giovanni XXIII stabilisce l'operatività del principio della sussidiarietà anche ai rapporti fra lo Stato e le Comunità regionali in ambito internazionale:

"Come i rapporti tra individui, famiglie, corpi intermedi, e i Poteri pubblici delle rispettive Comunità politiche, nell'interno delle medesime, vanno regolati secondo il principio di sussidiarietà, così nella luce dello stesso principio vanno regolati pure i rapporti fra i Poteri pubblici delle singole Comunità politiche e i Poteri pubblici della Comunità mondiale".

42

⁴¹ In particolare, nella enciclica si legge che: sebbene tale principio fosse un elemento perturbatore dell'ordine sociale per il trasferimento delle competenze che possono essere esercitate da ogni livello più basso, e dunque sussidiario, verso un livello più alto di una vasta collettività, è pur vero che l'intervento delle autorità pubbliche, che incoraggia, stimola, regola, aggiunge e completa, è basato proprio su tale principio (DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità Europea*, Editoriale Scientifica, cit. 17).

⁴¹ D'AGNOLO, *La Sussidiarietà nell'Unione europea*, cit. 45.

⁴² VIPIANA, *Il principio di sussidiarietà verticale*, cit. 3.

Il principio di sussidiarietà è stato, infine, recentemente riconosciuto dal Giovanni Paolo II, il quale, nell'enciclica "*Centesimus Annus*" (1 maggio 1991), così scrive:

"Disfunzioni e difetti dello Stato assistenziale derivano da un'inadeguata comprensione dei compiti propri dello Stato. Anche in questo ambito deve essere rispettato il principio di sussidiarietà: una società di ordine superiore non deve interferire nella vita interna di una società di ordine inferiore, privandola delle sue competenze, ma deve piuttosto sostenerle in caso di necessità ed aiutarla a coordinare la sua azione con quella delle altre componenti sociali, in vista del bene comune".⁴³

⁴³ *Idem*, 4.

Dal tenore letterale di tutti questi scritti emerge che la dottrina sociale della Chiesa considera la supplenza pubblica secondo un'accezione sia negativa sia positiva. Negativa, come rispetto della autonomia-capacità individuale da parte dello Stato; positiva, come aiuto pubblico stesso in caso di stretta necessità.

Ciò non significa, tuttavia, accettazione di una concezione organistica della società. La relazione, come rilevato dal Tosato (TOSATO, *Persona, società intermedie e Stato*, cit. 89-93), intercorrente fra gli individui e la comunità è molto diversa rispetto a quella esistente fra le parti e il tutto nell'organismo fisico.

L'individuo non è assorbito nella società, ma continua a mantenere i propri diritti. Esso non è solo anteriore alla società, ma è anche superiore a questa per il suo destino, nel senso che *civitas propter cives, non cives propter civitatem*. La società, infatti, non è che un semplice mezzo o strumento posto al servizio della realizzazione dei singoli individui.

In altri termini, non è la società (e, *in primis*, l'individuo) ad essere sussidiaria rispetto allo Stato, ma quest'ultimo nei confronti della prima.

Conseguenza di questa impostazione è, come rilevato anche dal Duret, il ribaltamento di tutta l'impalcatura sociale ideata da Friedrich Hegel ed il rifiuto della concezione di matrice hegeliana dello Stato-providenza e della dialettica del superamento (DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, cit. 25-26).

La dottrina ecclesiastica continua, infatti, a porre al centro del proprio pensiero il concetto di persona, così come ereditato dalla tradizione aristotelico-tomista, per cui l'uomo è sostanza perfetta dotata di volontà e di intelletto.

Secondo la dottrina cattolica l'uomo esiste *prima* della società e dello Stato. Esso sarebbe il fine della società stessa, la quale, invece, sarebbe un mero mezzo o strumento posto al servizio dell'individuo. Compito, dunque, dello Stato è quello di promuovere e di valorizzare le capacità creative individuali. Per fare ciò, esso deve potere intervenire al fine di *aiutare* e *soccorrere* l'uomo (MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 18-22).

La Chiesa, dunque, si deve far carico del bene comune. Questo, però, non coincide con un ideale di giustizia trascendentale le aspirazioni dei singoli individui. Fine ultimo dello Stato non è tanto quello di offrire all'uomo una felicità preconstituita, quanto di garantire le condizioni sociali idonee affinché sia i gruppi sociali, sia gli individui riescano a realizzare veramente se stessi. In altri termini, il bene comune coincide, come rilevato anche da un'autorevole opinione dottrinale (CHANTAL-MILLON-DELSON, *Il principio di sussidiarietà*, cit. 23) con la tutela della dignità la quale, a sua volta, ingloba anche il valore fondamentale della libertà. *La posizione fondamentale primaria nella società è data*, dunque, sempre *alla persona* (TOSATO, *Persona, società intermedie e Stato*, cit. 91.)

Tuttavia, l'insegnamento ecclesiastico, diversamente da pensiero liberale, ritiene che l'uomo, non essendo in grado di provvedere a se stesso coi propri mezzi, abbisogni del sostegno e dell'appoggio materiale dell'organizzazione superiore al fine di potere realizzare completamente le proprie aspirazioni.

A tale riguardo, si è opportunamente osservato che l'aiuto statale può presentarsi sotto forma di mezzi o di risultati. La prima ipotesi è ritenuta in dottrina sicuramente preferibile in quanto è meno limitativa dell'autonomia individuale e lascia l'uomo la facoltà di esprimere al meglio le proprie capacità (CHANTAL-MILLON-DELSON, *Il principio di sussidiarietà*, cit. 21).

In conclusione, seguendo il ragionamento del Duret (DURET, *Sussidiarietà ed autoamministrazione dei privati*, cit. 26), i criteri ispiratori della dottrina sociale possono essere riassunti nei seguenti: solidarietà, autonomia, partecipazione individuale alla vita sociale e funzione meramente regolativa della autorità pubblica.

"Solidarietà", in quanto lo Stato deve *subsidium afferre*, e cioè apportare aiuto e dare sostegno ai soggetti privi di mezzi e bisognosi.

È chiaro, dunque, che la sussidiarietà, così concepita, si pone in netto contrasto con la concezione liberale dello Stato come mero "guardiano" esterno ed indifferente agli squilibri sociali ed economici. Essa, al contrario, fonda una tipologia di Stato, la quale implica la necessità dell'intervento coordinatore ed integratore del medesimo a favore della difesa e della promozione della libertà individuale (VITTADINI (a cura di), *Sussidiarietà: la riforma possibile*, cit. 58).

"Autonomia", invece, perché la sussidiarietà presuppone che i singoli individui e le società inferiori siano capaci di svolgere determinate funzioni di cui sono responsabili. La sussidiarietà nella visione della dottrina sociale della Chiesa è, infatti, espressiva di un tipo di stato basato sulla cultura della responsabilità per cui gli uomini devono potere scegliere ed agire liberamente e sono considerati responsabili della propria condotta (VITTADINI (a cura di), *Sussidiarietà: la riforma possibile*, cit. 58). Conseguentemente, i pubblici poteri devono astenersi dall'ingerirsi in tali settori di esplicazione e di espressione della libertà d'azione.

Si può, dunque, affermare che la dottrina sociale della Chiesa ricostruisce il principio di sussidiarietà in termini essenzialmente negativi, atteso che esso vieta all'autorità superiore di assumere funzioni che non le spettano. Tuttavia, si è giustamente osservato in dottrina che la portata della sussidiarietà nel pensiero cristiano-sociale presenta una valenza anche positiva che impone all'autorità superiore di intervenire, quando è necessario e/o opportuna, al fine di raggiungere il bene dell'individuo.

In altre parole, il principio di sussidiarietà fungerebbe da criterio regolatore dell'intervento dell'autorità superiore in caso di incapacità di quella inferiore⁴⁴.

Dal punto di vista giuridico, il principio di sussidiarietà è stato studiato soprattutto dalla dottrina giuspubblicistica tedesca. In questa sede basterà ricordare brevemente che lo stesso Jellinek, pur senza menzionare espressamente il principio di sussidiarietà, faceva chiaramente riferimento a questo, laddove affermava che lo Stato doveva agire nella misura in cui l'azione individuale o cooperativa non fosse in grado di

Venendo alla "partecipazione individuale", lo Stato deve assicurare e permettere agli individui di intervenire direttamente nelle decisioni e nelle attività interessanti la società in cui essi sono inevitabilmente inseriti. In tale prospettiva, lo Stato stesso deve creare le condizioni concrete e rimuovere gli ostacoli d'ordine economico e sociale, affinché i cittadini possano partecipare attivamente alla vita pubblica. Infine, "funzione regolativa" dell'ente statale significa che l'azione dei pubblici poteri deve essere volta solamente ad incoraggiare, stimolare, coordinare ed integrare l'iniziativa individuale senza, però, sostituirsi completamente ad essa.

⁴⁴ DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, cit. 17-18.

realizzare lo scopo stabilito o, comunque, di soddisfarlo meglio dell'Ente statale⁴⁵.

⁴⁵ Ovvero, "soweit die freie individuelle oder genossenschaftliche Tat unvermögend ist, den vorgesetzten Zweck zu erreichen" e "sofern der Staat mit seinen Mitteln das betreffende Interesse in besserer Weise zu fordern vermag" (JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Verlag von O. Haring, Berli, 1914, 259 e 263).

-CAPITOLO 3-

IL CORPORATIVISMO COME DEGENERAZIONE DELLA DOTTRINA SOCIALE DELLA CHIESA

Diversi studiosi hanno interpretato il corporativismo come una forma di degenerazione della “dottrina sociale”⁴⁶.

Più precisamente, la corrente corporativista muove dal presupposto che l’individuo non possa nulla al di fuori del gruppo sociale di appartenenza. Di conseguenza, secondo tale teoria non vi è spazio per la libertà individuale. Gli stessi diritti soggettivi sono una mera astrazione. Il valore fondamentale non è rappresentato dall’individuo come nello Stato liberale, bensì dalla collettività, i cui interessi sono, pertanto, considerati prevalenti rispetto a quelli dei singoli componenti⁴⁷.

Esistono solo gli interessi del gruppo. Le potenzialità individuali non sono valorizzate. Al contrario, alle capacità dei corpi intermedi si attribuisce troppa importanza. Ne consegue che non è più la società in funzione dell’individuo, ma, viceversa, è quest’ultimo al servizio della prima, ed a *fortiori*, dello Stato.

Comunemente si ritiene che il corporativismo abbia in R. de la Tour du Pin la sua origine e in Maurras il suo continuatore⁴⁸.

In particolare, secondo la visione di La Tour du Pin e dei suoi continuatori, le corporazioni corrispondono perfettamente ai bisogni degli uomini. Anzi, esse hanno anche un effetto di *moralizzazione* dell’intera società e di risanamento dei costumi.

⁴⁶ CHANTAL-MILLON-DELSON, *Il principio di sussidiarietà*, cit. 23.

⁴⁷ VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2004, 142.

⁴⁸ CHANTAL-MILLON-DELSON, *Il principio di sussidiarietà*, cit. 23.

Per tale motivo, queste forme di associazioni finiscono per regolare ed ordinare ogni ambito e settore della vita professionale e privata degli individui. Conseguentemente, gli uomini possono svolgere le proprie attività solo se fanno parte di tali corpi sociali. Questi, a loro volta, sono inseriti all'interno dell'apparato statale e costituiscono vere e proprie organizzazioni dotate di funzioni e poteri di tipo pubblicistico⁴⁹. Una sorta di *Stati nello Stato*, per dirla con Chantall Millon-Delson⁵⁰.

È chiaro, dunque, che in un sistema di questo genere ogni libertà di iniziativa economica ed imprenditoriale è soppressa. Come ogni altra forma di autonomia e di pluralismo politico-sociale.

Solo i gruppi possono agire, creare, costruire e fare. Nessuno spazio è riservato al dibattito delle opinioni. La libertà di manifestazione del pensiero è abolita. Ogni forma di pluralismo è negata ed i partiti politici, diversi dal c.d. partito unico, sono considerati illegittimi⁵¹.

Il corporativismo è, dunque, per definizione, *antidemocratico*, *antiparlamentare* e *antiliberal*. Il bene comune non è, infatti, dato dal confronto delle idee, ma consiste nella rappresentanza degli interessi di gruppo. Lo Stato corporativo sostituisce, infatti, al principio liberal-democratico della rappresentanza politica quello della rappresentanza per interessi, quale unica forma di democrazia ammessa⁵².

Inteso in questo senso il corporativismo costituisce una vera e propria forma di statalismo. Una sorta di etocrazia che

⁴⁹ D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'Unione Europea*, cit. 15.

⁵⁰ CHANTAL-MILLON-DELSON, *Il principio di sussidiarietà*, cit. 22-24.

⁵¹ VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, cit. 142.

⁵² *Idem*, 143.

ispirerà, difatti, il regime totalitario di Salazar ed, in parte, anche quello di Mussolini. Un governo di valori che comporta una forte intromissione della morale stessa nella politica a scapito dell'iniziativa individuale e della libertà personale.

In un sistema di questo genere, non si può parlare di sussidiarietà e di mera supplenza statale⁵³. La sussidiarietà è, infatti, un concetto di relazione fra la libertà di azione da una parte e l'autorità dall'altra. Più precisamente, essa indica quando e fino a che punto, l'autorità possa intervenire in settori riservati all'iniziativa individuale.

Ne deriva che qualora lo Stato non riconosca una certa autonomia all'individuo stesso, non si può parlare di supplenza statale, perché ogni ambito e settore della vita dei singoli individui è considerato di interesse pubblico e, quindi, suscettibile di ingerenza statale.

La sussidiarietà è, pertanto, pensabile solo all'interno di un sistema giuridico che si fonda sul valore fondamentale della persona e della relativa capacità di agire. Un sistema, in altri termini, personalista⁵⁴.

⁵³ CHANTAL-MILLON-DELSON, *Il principio di sussidiarietà*, cit. 24.

⁵⁴ In proposito, Chantal-Millon-Delson ha osservato che la ragione del crollo del corporativismo è da rinvenirsi, principalmente, nell'errore storico in cui esso è incorso. A tale riguardo, si è evidenziato che nel medioevo i corpi intermedi si formano spontaneamente, atteso che sono espressione del tessuto sociale e religioso di quel tempo. Al contrario, in età moderna, è necessario renderli obbligatori tramite l'intervento statale. Si tratta, secondo un'autorevole opinione dottrinale, di una vera e propria utopia che, come quella marxista, sognando un ritorno al passato, non è affatto possibile, in quanto il relativo sistema politico e sociale è profondamente diverso rispetto a quello medievale. Per tale motivo, il corporativismo porta allo "statalismo". Esso ha dovuto, infatti, imporre un'organizzazione sociale strutturata in gruppi allora non più attuale. E per raggiungere tale obiettivo, ha dovuto, come è inevitabile, fare ricorso all'uso della forza, all'arbitrio e, quindi, alla soppressione dei diritti (CHANTAL-MILLON-DELSON, *Il principio di sussidiarietà*, cit. 23-26).

-CAPITOLO 4-

DIVERSI SIGNIFICATI DELLA SUSSIDIARIETÀ: SUSSIDIARIETÀ VERTICALE E ORIZZONTALE, NEGATIVA E POSITIVA, SOSTANZIALE E PROCEDURALE, STATICA E DINAMICA

Come rilevato da un'autorevole opinione dottrinale, il termine sussidiarietà non ha un diretto antecedente in nessun vocabolo latino⁵⁵.

Nella nostra lingua madre troviamo, infatti, il sostantivo *subsidium* che significa "aiuto", "sostegno", "rimedio". Gli stessi verbi *subsidiari* e *subsiedere* significano, il primo, "l'essere di riserva", "il venire in aiuto", il secondo, invece, "mettersi a sedere", ma anche "appostarsi, stare in agguato".⁵⁶

Più precisamente, la parola *subsidium* era utilizzata nella terminologia statale classica, per indicare la "solidarietà" delle *provinciae* o dell'imperatore nei confronti del *supplex*. Nel lessico militare, tale espressione si riferiva, invece, alla "linea di riserva" che era impiegata durante il combattimento solamente in caso di necessità, ossia per soccorrere le prime schiere di battaglia quando si trovavano in difficoltà⁵⁷.

Diversamente ancora, nella terminologia ecclesiastica il concetto *de quo*, che, secondo il Karrer, è da ricondurre a G. Gundlach, esprime l'idea di "comunione", di "rapporto reciproco e relazioni umane", di "mutuo legame"⁵⁸.

⁵⁵ D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'Unione Europea*, cit. 3.

⁵⁶ *Idem*, 4.

⁵⁷ KARRER, *La chiesa del Vaticano II*, Vallecchi, Firenze, 1966, 589.

⁵⁸ *Ibidem*.

La sussidiarietà viene, però, enunciata in termini astratti come principio di organizzazione sociale solamente in tempi piuttosto recenti.

L'esigenza, infatti, di regolare i rapporti sociali in base a detto principio emerge, come vedremo in seguito, inizialmente a livello di dibattito comunitario con il meeting di Bonn nella primavera del 1988 tra il Presidente della Commissione Delors ed i rappresentanti dei *Lander* tedeschi⁵⁹.

Tuttavia, l'introduzione, *expressis verbis*, del principio in questione risale al Trattato di Maastricht.

Nel nostro ordinamento, invece, l'espressione sussidiarietà è utilizzata per prima volta dalla legge Bassanini 15 marzo 1997, n. 59, dove ci si riferisce ad essa come criterio di allocazione delle funzioni per cui *i compiti di governo debbono essere svolti da quello, tra tutti i livelli di potere astrattamente idonei, più vicino al cittadino*⁶⁰. Intesa in questo senso, la sussidiarietà implica che il livello di governo superiore possa intervenire solo nel caso di incapacità o insufficienza del livello inferiore in un determinato settore.

La sussidiarietà opera in due diverse direzioni, ossia "proiezioni geometriche" (VIPIANA, 2002), a seconda dei rapporti cui tale principio viene applicato. Si distingue, pertanto, fra sussidiarietà orizzontale (o *principio d'ordine interno*) e sussidiarietà verticale (o *principio di ordine esterno*)⁶¹.

⁵⁹ D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'unione europea*, cit. 4.

⁶⁰ *Ibidem*.

Il D'Agnolo rileva che il termine di "sussidiarietà" è comparso, per la prima volta, nei dizionari di lingua italiana solo a partire dalla metà degli anni novanta, e che da una ricerca del 1997 risulta che *Lo Zingarelli* è l'unico tra i maggiori dizionari a contenere il vocabolo "sussidiarietà".

⁶¹ VIPIANA, *Il principio di sussidiarietà verticale*, cit. 6.

Nel primo senso (“sussidiarietà orizzontale”), la sussidiarietà riguarda il rapporto intercorrente fra la *società* ed i suoi *componenti*, in base al quale la società stessa non può sostituirsi ai singoli in ciò che questi riescono a fare da soli o associandosi fra loro. Intesa, invece, come principio d’ordine esterno, la sussidiarietà regola i rapporti fra le *società maggiori* e quelle *minori*, per questo le prime non possono svolgere funzioni che le seconde sarebbero in grado di compiere sufficientemente (sussidiarietà c.d. verticale)⁶². Infatti, come le organizzazioni sociali non possono esercitare i compiti che gli uomini da soli sono capaci di fare, così le società maggiori e lo Stato non possono sostituirsi alle società minori nello svolgimento di quei compiti che queste ultime sono in grado di fare.

La sussidiarietà c.d. verticale non concerne, però, solamente il rapporto fra i pubblici poteri all’interno del medesimo ordinamento giuridico (Comune-Città Metropolitane-Province-Regioni-Stato). Essa riguarda, anche, le relazioni intercorrenti fra *Comunità* e *Stati membri* nell’ambito dell’ordinamento comunitario⁶³.

In proposito, si è rilevato che tra sussidiarietà verticale ed orizzontale intercorrerebbe una profonda differenza. La prima, spiega il Rescigno, riguarda esclusivamente i rapporti fra enti pubblici rappresentativi ed è utilizzata per distribuire fra tali soggetti determinati poteri di comando nei confronti delle rispettive comunità rappresentate. La sussidiarietà orizzontale, al contrario, non può mai concernere la distribuzione di poteri di comando fra i privati. Questi, infatti, non possono mai comandare altri privati se non in casi particolari e mediante il

⁶² TOSATO, *Persona, società intermedie e Stato*, cit. 86-87.

⁶³ D’AGNOLO, *La sussidiarietà nell’unione europea*, cit. 2.

ricorso all'uso della forza. Conseguentemente, essa si riferisce unicamente alla ripartizione fra soggetti privati e soggetti pubblici di compiti relativi alla mera erogazione di servizi⁶⁴.

Nel suo significato originario di *subsidium*, il principio di sussidiarietà presenta, poi, un aspetto *negativo* ed uno *positivo*: negativo, in quanto garantisce la libertà d'azione in diversi settori da parte dei singoli individui e delle società minori nei confronti delle *civitates maiores* ed, *a fortiori*, dello Stato, i quali, pertanto, non devono ingerirsi in tali ambiti; positivo, perché autorizza lo Stato ad intervenire quando i singoli individui e le società minori non sono in grado di svolgere adeguatamente determinate funzioni e di provvedere a loro stessi in maniera autonoma⁶⁵.

In altri termini, la sussidiarietà comporta non solo un divieto generale per i livelli c.d. superiori di intervenire in luogo di quelli c.d. inferiori in determinati ambiti, ma anche un obbligo per i primi di agire qualora i secondi non siano in grado di esercitare determinati compiti.

In dottrina si distingue, inoltre, fra principio di sussidiarietà *sostanziale* e principio di sussidiarietà *procedurale* ⁶⁶.

Nel primo caso, il soggetto competente ad esercitare una certa azione è individuato *a priori*; nel secondo, invece, è unicamente definito l'*iter* logico che si deve seguire per individuare *a posteriori*, e cioè in concreto, il soggetto cui spetta una determinata funzione. Concepito in termini meramente

⁶⁴ RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. Pubbl.* 2002, 19.

⁶⁵ TOSATO, *Persona, società intermedie e Stato*, cit. 94 -98.

⁶⁶ RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit. 14 ss.

procedurali, il principio di sussidiarietà richiede una serie di regole applicative per divenire effettivamente operativo. Regole che consistono, in estrema sintesi, nella indicazione dei soggetti legittimati ad individuare il livello di governo competente, nella definizione delle modalità della loro partecipazione e dei criteri in base ai quali essi devono motivare la loro decisione a favore del soggetto *sussidiabile* o *sussidiario*⁶⁷.

Si parla, ancora, di sussidiarietà *statica*, intesa come fondamento di un ordine prestabilito di competenze, e *dinamica*, concepita, al contrario, come fattore di flessibilità di quell'ordine in vista del soddisfacimento di esigenze unitarie.

In particolare, per quanto riguarda il nostro ordinamento, la sussidiarietà *statica* esprime l'esigenza che le funzioni amministrative siano attribuite principalmente al Comune, quale ente titolare *a titolo originario* delle funzioni amministrative, e solo in secondo momento, vale a dire, quando il Comune si rilevi inadeguato o per assicurare l'esercizio unitario di determinate funzioni, *a Province, Città Metropolitane, Regioni e Stato sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza*" (art. 118, 1 comma, Cost.).

La sussidiarietà non sarebbe, pertanto, una *norma sulle fonti*, e cioè sull'*attribuzione automatica e diretta* delle competenze amministrative, ma sulle regole e sui principi per la loro allocazione fra i diversi livelli di governo, e perciò non potrebbe essere utilizzata per introdurre deroghe all'art. 117 Cost. relativo, invece, alla ripartizione delle potestà legislative⁶⁸.

⁶⁷ *Idem*, 14-16.

⁶⁸ CORPACI, *Revisione del titolo V e sistema amministrativo*, in *Le Regioni*, Bologna, n. 6 del 2001, 1312 ss.

Concepita, invece, in senso dinamico, la sussidiarietà implica che le funzioni amministrative, assunte dallo Stato in caso di inadeguatezza del livello inferiore o per esigenze unitarie, siano anche regolate ed organizzate dalla legge statale nel rispetto del principio di legalità, così da modificare l'ordine di riparto delle competenze come stabilito all'art. 117, Cost.

Secondo una certa dottrina, la sussidiarietà può essere, anche, utilizzata in un dato ordinamento giuridico come criterio di attribuzione di competenze ad un centro di potere piuttosto che ad un altro, o come criterio per l'esercizio di funzioni cui concorrono diversi centri di poteri tutti competenti⁶⁹.

Esempi di applicazioni della sussidiarietà nel primo senso sono rinvenibili, nella Convenzione di Herrenchiemsee del 1949, con riferimento alla Costituzione tedesca, nella Convenzione di Philadelphia del 1787, per quanto riguarda la Costituzione statunitense e nel Rapporto della Commissione sull'Unione europea del 1975 e nel Progetto di Trattato sull'Unione europea del 1984, in ordine al diritto europeo.

La sussidiarietà, infine, può essere anche utilizzata come principio regolante l'esercizio di competenze concorrenti, come previsto dall'art. 3 B (ora 5), comma 2, del Trattato di Maastricht, e dall'articolo 72 II della Costituzione federale tedesca su cui torneremo in maniera più specifica nel prosieguo della nostra analisi⁷⁰.

⁶⁹ D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'unione europea*, cit. 5.

⁷⁰ *Ibidem*.

-CAPITOLO 5-

IL NUCLEO ESSENZIALE DEL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ: SUSSIDIARIETÀ E DEMOCRAZIA, SUSSIDIARIETÀ E SOLIDARIETÀ, SUSSIDIARIETÀ E PLURALISMO, SUSSIDIARIETÀ E LEGALITÀ

Seguendo l'impostazione di una recente dottrina⁷¹, il nucleo essenziale del principio di sussidiarietà nella cultura contemporanea può essere individuato nei seguenti quattro nessi fondamentali:

- a) sussidiarietà e democrazia;
- b) sussidiarietà e solidarietà;
- c) sussidiarietà e pluralismo;
- c) sussidiarietà e legalità.

Per quanto riguarda il legame intercorrente fra *sussidiarietà* e *democrazia*, esso deriva dall'attitudine della sussidiarietà a radicare la prossimità dei governanti e delle loro decisioni ai governati. In merito, gli studiosi osservano che la sussidiarietà svolge un'importante funzione garantista delle condizioni democratiche.

Essa, infatti, esprime l'idea che, nei rapporti fra articolazioni sociali di diversa dimensione, deve essere preferito il livello di governo inferiore, in quanto più vicino ai bisogni dei cittadini della comunità che rappresenta. Di conseguenza, le entità superiori possono sostituirsi a quelle inferiori solamente in caso di inadeguatezza di queste ultime.

⁷¹ MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 29.

La sussidiarietà è, pertanto, compatibile con strutture politiche federali e democratiche, atteso che anche esse presuppongono l'allocazione del potere fra diverse comunità territoriali ed il rispetto delle minoranze. Non a caso gli stati che, per primi, hanno recepito nel loro ordinamento giuridico il principio di sussidiarietà sono paesi di tradizione federale come la Germania e la Svizzera.

L'articolo 30 della Legge Fondamentale tedesca stabilisce che "L'esercizio dei pubblici poteri e l'assolvimento dei compiti che incombono allo Stato appartengono ai *Länder*, salvo disposizioni o autorizzazioni contrarie alla presente Legge Fondamentale".

Allo stesso modo, l'articolo 3 della Costituzione federale svizzera prescrive che "I cantoni sono sovrani in quanto la loro sovranità non è limitata dalla Costituzione federale, e in quanto tali essi esercitano tutti i diritti che non sono delegati al potere federale"⁷².

Ne deriva che, in linea di principio, tutte le competenze spettano ai *Länder* ed ai cantoni. Al contrario, le attribuzioni della Federazione devono essere legittimate e la Federazione può intervenire solo in caso di insufficienza delle autonomie territoriali. In altri termini, la Federazione dispone solo di funzioni elencate ed affidate a questa per necessità. Infine, per quanto concerne le competenze concorrenti, il principio di sussidiarietà regola sia l'*ob*, e cioè il "se" una certa funzione spetti alla federazione, sia il *wie*, ovvero il "come" la Federazione stessa debba disciplinare una certa materia.

⁷² CHANTAL-MILLON-DELSON, *Il principio di sussidiarietà*, cit. 31.

Inoltre, si è evidenziato⁷³ che in un sistema federale il principio di sussidiarietà trova espressione in tutti i settori della vita sociale.

Ad esempio, per quanto concerne la politica culturale, in Svizzera la stessa devoluzione delle competenze si ispira alla sussidiarietà, così come risulta dal rapporto di Clottu da cui emerge che i Cantoni esercitano la politica culturale, tranne che la legislazione federale imponga delle limitazioni:

“se la famiglia dà, in modo discontinuo, la prima formazione culturale, spetta alla scuola svilupparla e ripararne le insufficienze; il che significa chiarire che tutta la responsabilità ricade sui cantoni e sui comuni nel rispetto delle diversità dell’interesse dei giovani per la cultura (...). Ma altro compito è quello della formazione dei creatori, degli interpreti e dei responsabili dell’animazione culturale. I cantoni, quando hanno i mezzi per prenderla in considerazione, non possono tuttavia assicurare pienamente la suddetta formazione fino a livello più alto”.

Venendo al legame tra *sussidiarietà* e *solidarietà*, esso comporta che i livelli di governo superiori, come lo Stato, possono (anzi, debbono) intervenire in settori di competenza dei livelli inferiori, qualora questi non siano in grado di svolgere determinate funzioni.

Più precisamente, le entità maggiori debbono soccorrere quelle immediatamente minori in caso di bisogno. Esse non devono, però, sostituirsi alle articolazioni inferiori, bensì

⁷³ *Idem*, 34.

cooperare con queste nell'esercizio di determinati compiti. A tale riguardo, si è rilevato in dottrina che detto contenuto solidaristico si richiama all'idea di *subsidium* secondo l'insegnamento della dottrina sociale della Chiesa. Questa, come abbiamo visto nei paragrafi precedenti, antepone il singolo individuo alla società la quale, pertanto, esiste in funzione della realizzazione dell'uomo (*societas propter socios, civitas propter cives, non autem cives propter civitatem*).

Tuttavia, il pensiero cristiano-sociale ritiene che la società stessa è costituita per la soddisfazione del bene comune dei suoi membri e che la sua attività è diretta al perfezionamento ed all'integrazione dei suoi componenti (Tosato).

Di conseguenza, l'autorità pubblica deve intervenire qualora i singoli individui abbiano bisogno. Allo stesso modo, le *societates maiores* hanno il dovere giuridico di attivarsi al fine di recare aiuto (*subsidium afferre*) alle *societates minores*.

In ordine, poi, al nesso fra *sussidiarietà* e *pluralismo*, la valorizzazione delle entità minori è insita nello stesso concetto di sussidiarietà. Questo, infatti, presuppone l'esistenza di una pluralità di articolazioni territoriali (Comune, Province, Regioni) e sociali (la famiglia, le associazioni, le organizzazioni sindacali e le confessioni religiose, ecc.) e privilegia l'intervento degli enti minori rispetto a quelli superiori.

In merito, alcuni studiosi osservano che la Costituzione italiana presenterebbe diversi dispositivi c.d. *statici* che sarebbero espressivi del pluralismo sociale e che si

risolverebbero in una vera e propria riserva di competenza a favore delle autonomie stesse⁷⁴.

Si pensi, in via meramente esemplificativa, all'articolo 2 della Costituzione secondo cui "la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (...)".

Gli stessi articoli 7 (Lo Stato e la Chiesa sono, ciascun nel proprio ordine, indipendenti e sovrani...) e 8 (Le organizzazioni religiose diverse dalla cattolica hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano ...) riconoscono l'autonomia delle confessioni religiose, anche se entro determinati limiti.

L'art. 18 Cost., invece, riconosce la libertà di associazione in via generale, mentre gli articoli 49 e 39 della Costituzione prevedono la libertà dei singoli individui di associarsi i partiti politici o di formare organizzazioni sindacali. L'articolo 5 Cost. affida, poi, alla Repubblica, una e indivisibile, il compito di promuovere le autonomie locali che riconosce e di attuare il decentramento nei servizi e nelle amministrazioni statali. E così via.

Per quanto riguarda, infine, il nesso fra *sussidiarietà* e *legalità*, si è evidenziato in dottrina⁷⁵ che il principio di sussidiarietà svolgerebbe la funzione di *Rule of law* dell'intervento dell'autorità superiore in luogo di quella inferiore.

Più precisamente, la sussidiarietà prevede che il livello superiore possa intervenire solo in caso di necessità del livello

⁷⁴ MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 33.

⁷⁵ *Ibidem*.

immediatamente inferiore ed al ricorrere di determinate condizioni. Queste costituiscono l'oggetto di un eventuale controllo giurisdizionale, il quale finisce per risolversi in un controllo sulla ragionevolezza delle leggi o degli atti aventi forza di leggi per opera della Corte costituzionale oppure sull'eccesso di potere per gli atti amministrativi⁷⁶.

A livello comunitario, come vedremo meglio in seguito, l'azione della Comunità nei settori oggetto di competenza concorrente deve rispettare una serie di regole e di procedura poste a tutela dell'autonomia degli stessi stati membri. La legalità dell'azione comunitaria si esprime, dunque, nella possibilità di ricorrere agli strumenti di controllo di tali regole predisposti dal Trattato di Maastrich.

⁷⁶ RESCIGNO, *Principio di Sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit. 48-49.

-CAPITOLO 6-

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

In questo primo capitolo, abbiamo cercato, innanzitutto, di individuare il significato filosofico del principio di sussidiarietà. A tale scopo, abbiamo ripercorso brevemente la storia dell'emersione del principio in questione dall'antichità classica fino alla dottrina sociale.

Da questa analisi abbiamo potuto evincere che l'idea moderna di sussidiarietà presenta una duplice valenza sia *negativa* sia *positiva*. In altri termini, abbiamo potuto rilevare che l'ingerenza statale, come la non-ingerenza, è un aspetto che caratterizza la sussidiarietà, la quale, pertanto, costituisce il punto di equilibrio fra i contrapposti valori dell'autonomia individuale da un parte e dell'autorità pubblica dall'altra.

Dopo avere chiarito le ascendenze storico-filosofiche del principio di sussidiarietà, abbiamo anche ritenuto opportuno porre in evidenza i nessi culturali intercorrenti tra sussidiarietà e democrazia, sussidiarietà e solidarietà, sussidiarietà e pluralismo, sussidiarietà e la legalità.

Da tali enunciazioni risulta evidente che la sussidiarietà regola un sistema di comportamenti e di azioni, assicurando che l'esercizio delle pubbliche funzioni da parte delle autorità governative siano sempre volte alla tutela e al perseguimento del *bene dell'individuo*; obiettivo, il cui raggiungimento costituisce la causa dell'ambivalenza del principio di sussidiarietà. Questo, infatti, presenta una varietà di significati, nel senso che esso può essere utilizzato sia per accentuare le

spinte *centripete*, volte ad aumentare gli interventi dei livelli di governo superiori qualora questi risultino più idonei al raggiungimento dello scopo, sia, al contrario, per valorizzare l'azione *centrifuga* dei livelli inferiori di governo nel caso in cui questi si dimostrino capaci di realizzare il bene dell'individuo in modo più soddisfacente.

L'esposizione delle ascendenze culturali del principio e dei suoi contenuti non è, tuttavia, sufficiente a conferire alla sussidiarietà una precisa valenza giuridica. Al fine, dunque, di individuare il significato giuridico del principio *de quo*, è necessario prendere in esame i dispositivi contenenti gli enunciati di sussidiarietà presenti nei diversi ordinamenti giuridici. Ci soffermeremo, pertanto, seguendo le direttrici della presente ricerca, brevemente sul principio di sussidiarietà nell'esperienza costituzionale statunitense ed in quella tedesca che, invece, analizzeremo più nello specifico per i motivi che andremo a spiegare.

In un secondo momento, prenderemo in considerazione le enunciazioni *implicite* della sussidiarietà presenti già a livello di diritto comunitario prima dell'espressa previsione nel trattato di Maastricht. Dopodiché, esamineremo la sussidiarietà così come disciplinata dall'articolo 3 B (ora 5) del trattato sull'Unione europea.

Al termine di questa disamina costituzionale, ci concentreremo sull'ordinamento italiano. Esamineremo, quindi, la sussidiarietà così come recepita a livello di diritto amministrativo e di diritto costituzionale. A questo riguardo, analizzeremo prima la legge Bassanini 15 marzo 1997, n. 59 e,

poi, il Titolo V della nostra Costituzione come novellato dalla legge costituzionale n. 3 del 2001.

-SEZIONE SECONDA-

LA SUSSIDIARIETÀ COME NORMA GIURIDICA: LA
COSTITUZIONE FEDERALE STATUNITENSE, LA LEGGE
FONDAMENTALE TEDESCA ED IL TRATTATO SULL'UNIONE
EUROPEA

Sommario: 1. La sussidiarietà nell'esperienza costituzionale statunitense: (segue) 1.1. Il principio di sussidiarietà nella giurisprudenza della Corte Suprema: l'interpretazione della c.d. commerce clause e della c.d. necessary and proper clause; 2. La legge Fondamentale tedesca: (segue) 2.1 La sussidiarietà nell'ordinamento tedesco: profili storici; (segue) 2.2. La ripartizione dell'attività legislativa e amministrativa fra Bund e Lander; (segue) 2.3. Il principio di sussidiarietà come criterio di esercizio delle competenze concorrenti; (segue) 2.4 Principio di sussidiarietà e processo di integrazione europea; (segue) 2.5. Principio di sussidiarietà ed esercizio delle funzioni esecutive; 3. Il principio di sussidiarietà nell'Unione europea: (segue) 3.1. Le prime manifestazioni del principio di sussidiarietà nella prassi comunitaria: il Rapporto Tindeman, Rapporto Mcdougal" ed il Progetto di trattato Spinelli; (segue) 3.2. Le enunciazioni normative "implicite" della sussidiarietà; (segue) 3.3. I riferimenti indiretti al principio di Sussidiarietà; (segue) 3.4. L'enunciazione esplicita del principio di sussidiarietà: l'articolo 3 B del Trattato di Maastricht; (segue) 3.5. Ambito di applicazione, presupposti e giustiziabilità del principio di

sussidiarietà; (segue) 3.6. Considerazioni conclusive sul principio di sussidiarietà in ambito comunitario.

-CAPITOLO 1-

LA SUSSIDIARIETÀ NELLA ESPERIENZA COSTITUZIONALE STATUNITENSE

Dispositivi contenenti enunciati di sussidiarietà sono rinvenibili, soprattutto, negli ordinamenti federali dove il richiamo a tale principio è stato spesso utilizzato per ampliare la sfera competenziale centrale.

Come è ben noto, negli ordinamenti federali sul modello statunitense, sono tassativamente enumerate solo le materie, oggetto di competenza esclusiva centrale, mentre le restanti sono riservate ai singoli Stati membri. Tuttavia, tra le competenze esclusive centrali e quelle riservate ai singoli Stati, esiste una zona “grigia” dove il Centro e la Periferia possono entrambi intervenire. Si tratta delle c.d. competenze concorrenti (o non esclusive). L’archetipo di questo sistema è rappresentato, dicevamo, dal federalismo statunitense, il quale ha influenzato le Costituzioni europee come quella svizzera (1848) e la Legge Fondamentale di Bonn (1949)⁷⁷.

⁷⁷ La Costituzione statunitense risale alla Convenzione di Filadelfia del 1787 e, nonostante i marginali mutamenti ad essa apportati e le trasformazioni economico-sociali verificatesi nel corso di più di duecento anni di storia, è rimasta nella sostanza inalterata. Gli Emendamenti successivi alla Costituzione sono solo XXVI, di cui i primi dieci furono approvati in blocco nel 1791 e costituiscono il *Bill of rights*, mentre il XVIII, introduttivo del Proibizionismo, ed il XIX che, invece, lo abroga, si annullano a vicenda.

Le cause di tale longevità sono da ricercarsi, in primo luogo, nella sua straordinaria capacità di adattamento (LUCIFREDI, *Appunti di diritto costituzionale comparato*, Giuffrè, Milano, 1997, 37 ss).

La Costituzione americana, infatti, nonostante sia di tipo “breve”, presenta numerose clausole generiche e polisense, grazie alle quali la Corte Suprema, ricorrendo ad un’interpretazione di tipo evolutivo, ha adattato (e continua tuttora) il testo costituzionale alle diverse condizioni storico-

Ci soffermeremo, pertanto, ad esaminare l'emersione del principio di sussidiarietà prima nell'ordinamento statunitense e poi in quello tedesco ed, infine, in quello comunitario.⁷⁸

L'ordinamento statunitense e quello tedesco destano, infatti, un particolare interesse, atteso che in questi ultimi la sussidiarietà ha avuto uno sviluppo ed una genesi molto diversa se non opposta.

Più precisamente, mentre la sussidiarietà è positivamente riconosciuta come norma giuridica nella Legge Fondamentale tedesca (art. 72, II), nessuna disposizione costituzionale statunitense ne fa espressa menzione.⁷⁹ Essa costituisce nell'ordinamento nordamericano un principio implicito; principio che ha acquistato pregnanza grazie all'attività interpretativa della Corte Suprema in merito alla c.d. *commerce clause* ed alla *necessary and propter clause* su cui è opportuno soffermarsi brevemente.

politico-sociali. Relativamente alle competenze concorrenti, il ruolo della Corte Suprema è stato determinante. Più precisamente, X emendamento prevede che tutti i poteri non espressamente attribuiti dalla Costituzione al Congresso o al Presidente spettino ai singoli Stati. Di conseguenza, sono enumerati soltanto i settori, oggetto di competenza esclusiva della Federazione o concorrente da parte dello Stato federale e dei singoli Stati federati. In ordine a tali ambiti sono sorti molteplici conflitti, la cui soluzione non è stata risolta in base al principio di sussidiarietà, nonostante che di questo fosse stata fatta menzione durante i lavori preparatori della Costituzione federale.

⁷⁸ DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, cit. 18-19.

⁷⁹ D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'Unione Europea*, cit. 19 e 27.

1.1. *Il principio di sussidiarietà nella giurisprudenza della Corte Suprema: l'interpretazione della c.d. commerce clause e della c.d. necessary and propter clause*

Come è noto la *commerce clause* attribuisce al Congresso competenza esclusiva a regolamentare il commercio tra Stati federati e Stati terzi. Ebbene, la Corte è più volte intervenuta in merito stabilendo i parametri in base ai quali decidere, quando, in una materia, oggetto di competenza concorrente, la regolamentazione statale deve essere preferita a quella federale:

- a) lo Stato deve avere un interesse legittimo ad intervenire in tale settore;
- b) l'intervento statale non deve compromettere nessun obiettivo internazionale e deve essere idoneo e proporzionale al perseguimento dello scopo prefissato (es.: tutela della moralità pubblica o della sicurezza).

L'esercizio dei poteri statali deve, dunque, essere limitato a quanto *strettamente necessario* al perseguimento dei fini costituzionali (criterio della c.d. *necessarietà*) e produrre il minor intralcio possibile all'azione della federazione o degli Stati terzi (criterio della c.d. *proporzionalità*). In altri termini, l'intervento statale deve essere stimato come *necessary and propter*. Ciò implica, come rilevato in dottrina, la presenza nella Costituzione statunitense di una gerarchia di livelli di governo: il livello superiore deve intervenire solo quando quello inferiore non è adatto ad esercitare in concreto la competenza legislativa. Si tratta di un'applicazione del principio di sussidiarietà,

nonostante che la Costituzione del 1787 non ne faccia espressa menzione⁸⁰.

La prima interpretazione da parte della Corte Suprema della *commerce clause* risale al 1824 nella causa *Gibbons v. Ogden*. Come è noto, in tale pronuncia, il Giudice Marshall estese il potere del Congresso di regolamentare il commercio ad ogni attività che avesse un *impatto interstatale*, anche se indiretto, con la conseguenza che restavano escluse solo le materie di interesse meramente interno.

L'importanza di tale interpretazione consiste nel fatto che il Giudice Marshall fu il primo ad elaborare il concetto di *externalities*, inteso come conseguenza dell'attività di un individuo che può avere un'influenza positiva ("beneficio") o negativa ("costo") sull'attività di un altro individuo. Ad esempio, i programmi di aggiornamento nell'industria erano considerati dei "benefici", in quanto aumentavano il livello culturale degli impiegati. Al contrario, l'inquinamento prodotto dall'industria era considerato un possibile "costo".

La presenza, dunque, di *externalities* giustificava l'intervento dello Stato centrale nel libero mercato nel caso in cui esse producevano "benefici", e legittimava il passaggio dei poteri decisionali dai livelli di governo più bassi a quelli più elevati⁸¹.

⁸⁰ DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, cit. 19-20.

⁸¹ Come rilevato in dottrina, la crisi economica del 1929 portò il governo a rivedere le proprie posizioni in ordine al mercato libero. Con la politica del *New Deal* di Roosevelt, si arrivò nel 1937 ad una vera e propria forma di dirigismo globale dell'economia. Il sistema del *Dual Federalism*, in base al quale, nel settore del commercio, i poteri degli stati erano contrapposti a quelli della federazione, fu sostituito con quello del *Co-operative Federalism*, che privilegiava l'intervento centrale.

Nel caso *United States v. Darby* del 1941, la Corte Suprema stabilì l'insindacabilità dei motivi perseguiti dal Governo centrale con la sua politica interventista, affermando, addirittura, la non deducibilità di limiti all'azione centrale dal X emendamento.

Per quanto riguarda la c.d. *necessary and propter clause* (art. 1, sez. 8), anche essa fu utilizzata per accrescere le competenze della Federazione.

Nel 1819 la Corte Suprema, nella causa *McCulloch v. Maryland*, pose le basi per la teoria dei c.d. poteri impliciti. In breve, il problema concerneva la possibilità per il governo centrale di istituire una banca federale tramite il richiamo alla *necessary and propter clause*. Questione che era già stata affrontata nel 1791 e che aveva visto confrontarsi Hamilton, sostenitore di un'interpretazione espansiva di tale clausola e quindi favorevole alla creazione della banca, e Jefferson, sfavorevole, invece, alla istituzione della banca centrale.

Più precisamente, per il primo, la parola "necessary" doveva essere intesa nel senso di "utile", "accessorio" ed "efficace"; il secondo, invece, interpretava tale termine in modo restrittivo come "indispensabile". Come è noto, prevalse, l'opinione di Hamilton e la banca fu istituita. Il Giudice Marshall, richiamandosi, pertanto, a questo precedente giurisprudenziale nella causa di cui sopra, ritenne competente il Congresso a creare una banca federale e giudicò incostituzionale la legge dello Stato del Maryland che imponeva il pagamento di una

Con la sentenza *United States v. Wrightwood Dairy Co.*, la Corte finì per riconoscere al Congresso il potere di regolamentare anche il commercio interno, in caso di concorrenza con il commercio interstatale.

L'aumento delle competenze commerciali federali, grazie ad una interpretazione sempre più estesa della *commerce clause*, continuò fino al 1976, quando la Corte Suprema cominciò a limitare l'intervento federale in nome del principio di sovranità dei singoli Stati. Da questo momento in poi si assistette ad una sorta di inversione di tendenza.

Il Congresso, infatti, iniziò a devolvere la maggior parte delle proprie competenze in ambito economico e sociale ai livelli inferiori di governo ricorrendo a forme di *deregulation*. Si trattava di vere e proprie applicazioni del principio di sussidiarietà verticale (D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'Unione Europea*, cit. 32-35.).

tassa a tutte le banche che emettevano banconote non autorizzate da quello Stato⁸².

Egli pervenne a tale decisione, adottando, appunto, un'interpretazione espansiva della clausola *de qua*. In particolare, il Giudice Marshall sosteneva che se era vero che tra i poteri attribuiti al Congresso dalla Costituzione non vi era quello di creare una banca centrale, tuttavia, nella Costituzione non vi era nessuna disposizione che escludeva tale *potere implicito*. La Costituzione, infatti, spiegava Marshall, stabiliva soltanto dei poteri, ma non pretendeva di enumerare tutti i mezzi per il raggiungimento dei fini previsti.

Una corretta interpretazione della Costituzione doveva, pertanto, permettere al Congresso di scegliere i mezzi che gli consentivano di esercitare i poteri attribuiti nel modo più soddisfacente e vantaggioso per il popolo. In definitiva, secondo Marshall, il ricorso ai poteri impliciti doveva essere limitato alla sussistenza di due condizioni:

- a) il fine doveva essere legittimo, vale a dire previsto dalla Costituzione;
- b) i mezzi dovevano essere adeguati al raggiungimento di tale fine e non vietati dalla Costituzione stessa⁸³.

Dall'analisi delle pronunce *de quibus*, risulta che la sussidiarietà nell'ordinamento statunitense non costituisce un criterio di ripartizione delle competenze concorrenti come, invece, nell'ordinamento tedesco e comunitario. Al contrario, essa regola l'esercizio dei poteri attribuiti dalla Costituzione al Governo centrale, limitandoli o accrescendoli, secondo

⁸²D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'Unione Europea*, cit. 28-31.

⁸³ *Ibidem*.

l'interpretazione che la Corte Suprema conferisce alla *necessary and proper clause* (clausola dei c.d. poteri impliciti).

Parte della dottrina suole, infatti, dedurre da tale clausola il principio di sussidiarietà. Tuttavia, come è stato opportunamente osservato dal Vandelli, occorre distinguere il funzionamento del principio di sussidiarietà rispetto a quello del criterio contiguo dei poteri impliciti, in base al quale un soggetto, a competenze enumerate, può estendere la propria azione al di fuori di queste in forza del *legame funzionale* (o strumentale) tra l'ambito di intervento e le attribuzioni specifiche.

Di tale questione ci occuperemo più da vicino nel capitolo dedicato all'Unione Europea. In questa sede sarà, pertanto, sufficiente evidenziare che la principale differenza tra il principio di sussidiarietà, inteso secondo la formulazione di cui all'art. 3 B del Trattato di Maastricht, e la clausola dei poteri impliciti, secondo la formulazione contenuta nell'art. 1, sez. VIII, della Costituzione americana, consiste nella circostanza che, mentre nel primo caso è la dimensione degli interessi coinvolti che comporta l'estensione delle competenze, nel secondo, invece, essa è irrilevante. Ai sensi, infatti, della clausola dei poteri impliciti, ciò che è determinante al fine dell'ampliamento delle competenze enumerate di un certo soggetto (in questo caso, della Federazione degli Stati Uniti) è il rapporto di *strumentalità* (*rectius*, di connessione teleologica) intercorrente fra le materie espressamente previste e l'intervento intrapreso.

In altri termini, l'*Iter* argomentativo seguito ai sensi dell'art. 1, sez. VIII, della Costituzione americana, presenta

caratteri chiari che distinguono la clausola dei poteri impliciti *de qua* dal principio di sussidiarietà enunciato nell'art. 3 B del trattato di Maastricht. Tuttavia, nel funzionamento concreto questi due processi appaiono non dissimili, con la conseguenza che essi finiscono molto spesso per essere sovrapposti o, addirittura, scambiati⁸⁴.

⁸⁴ VANDELLI, *Il principio di sussidiarietà nel riparto di competenze tra diversi livelli territoriali: a proposito dell'art. 3 B del trattato sull'Unione europea*, in *Riv.Ital.Dir.Pubbl.Com.* n. 3 del 1993, 381-382.

-CAPITOLO 2-

LA LEGGE FONDAMENTALE TEDESCA

2.1. *La sussidiarietà nell'ordinamento tedesco: profili storici.*

La scelta di trattare l'emersione del principio di sussidiarietà prima nell'ambito dell'ordinamento tedesco e, poi, in quello dell'Unione europea si spiega in base alla circostanza che la storia del costituzionalismo tedesco è affine e parallela al processo costituente europeo⁸⁵.

La Repubblica federale tedesca ha svolto un ruolo fondamentale non solo nella formazione dell'Unione europea, ma anche nel recepimento normativo del principio di sussidiarietà. Il legame tra processo costituente europeo e ordinamento federale tedesco è tale che diversi autori ritengono

⁸⁵ Per quanto riguarda la partecipazione della Germania al processo di integrazione europea, ai sensi dell'art. 24 del *Grundgesetz*, il *Bund* ha trasferito alle istituzioni comunitarie i diritti di sovranità spettanti, in base alla ripartizione delle competenze, ai *Länder*, i quali vedono, pertanto, limitati i propri poteri. Per fronteggiare tali restrizioni, sono state adottate misure idonee ad assicurare una partecipazione più diretta dei *Länder* all'attività della Comunità.

In primo luogo, la Repubblica federale tedesca vede integrata la propria rappresentanza presso la Comunità da un *Beobachter* dei *Länder*, il quale assiste alle sedute del Consiglio. Si tratta di una persona che non ha diritto di voto o di parola (persona c.d. muta), ma che ha il compito di riferire ai governi dei *Länder* le informazioni diffuse durante le sedute stesse. Inoltre, dal 1987 è in vigore la legge di ratifica dell'atto unico europeo, la quale prevede la partecipazione dei *Länder*, tramite il *Bundesrat*, alla definizione della posizione che il *Bund* deve assumere nei confronti della Comunità. A tale scopo, i *Länder* devono essere informati su tutto quanto avviene all'interno della Comunità. Ogni restrizione nei confronti delle competenze esclusive dei *Länder* deve essere giustificata da motivi di politica estera e di integrazione.

In ultimo, un rappresentante dei *Länder* può essere autorizzato a prendere parte ai negoziati con gli organi delle istituzioni comunitarie (DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, cit. 23).

che “i problemi europei siano in qualche modo dominati interamente dall’influenza tedesca, almeno sotto il profilo della forma di Governo, e che gli altri Stati membri (...) non abbiano svolto un ruolo altrettanto forte nella formazione dell’ordinamento dell’Unione europea”⁸⁶.

Non a caso, il principio di sussidiarietà è enunciato per la prima volta proprio nel costituzionalismo tedesco⁸⁷ e di ciò la

⁸⁶ MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 36 ss.

⁸⁷ Come evidenziato da un’autorevole dottrina, diverse Costituzioni presentano richiami impliciti al principio di sussidiarietà: si pensi, ad esempio, alla formulazione dell’articolo 2 della Costituzione Spagnola del 1978, volto a coniugare il valore dell’unità della Nazione spagnola con il pluralismo delle *Comunidades* o alle disposizioni (art. 143 e art. 151) che disciplinano l’accesso all’autogoverno delle singole Comunità autonome (MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 36 ss).

Per quanto riguarda il primo aspetto, l’articolo 2 recita testualmente che: “La Costituzione si basa sulla indissolubile unità della Nazione spagnola, patria comune ed indivisibile di tutti gli spagnoli, e riconosce e garantisce il diritto all’autonomia delle nazionalità e delle regioni che la compongono e la solidarietà fra esse”.

In ordine, invece, al secondo aspetto, l’articolo 143 disciplina un procedimento normale e generale per la creazione di Comunità autonome definite di secondo grado, mentre la disposizione di cui all’articolo 151 disciplina una procedura speciale o aggravata per l’istituzione di Collettività autonome definite di primo grado (CALIFANO, *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, Giuffrè, Milano, 1988, 14 ss.).

Dispositivi contenenti enunciati impliciti della sussidiarietà sono rinvenibile, anche, nell’ordinamento federale svizzero, in quello austriaco e portoghese.

Nella Costituzione portoghese è stato dapprima introdotto nel 1992, in seguito alla ratifica del Trattato di Maastricht, il principio di sussidiarietà come criterio regolatore dell’esercizio in comune dei poteri necessari alla formazione dell’Unione (art. 7, n. 6). Nel 1997, un’ulteriore revisione della Costituzione (art. 6, n1) ha introdotto il seguente principio: “Lo Stato è unitario e rispetta nella sua organizzazione e funzionamento il regime autonomo insulare e i principi di sussidiarietà, di autonomia delle autarchie locali e di decentramento democratico dell’amministrazione pubblica”.

Diversa è l’accoglienza del principio di sussidiarietà nell’ordinamento austriaco ispirato ad un modello di ripartizione delle competenze di tipo federale cooperativo, come quello belga. Anzi, dall’esame della forma di ripartizione delle materie tra Federazione e *Länder* emerge una posizione sicuramente di maggior rilievo del *Bund* rispetto ai *Länder* nel sistema costituzionale austriaco. In Austria, infatti, accanto alla competenza esclusiva federale e provinciale esiste un’unica tipologia di norme alla cui formazione partecipano sia il livello federale sia quello provinciale. Si

dottrina (MOSCARINI, 2003) indica diverse ragioni (politiche, culturali ed anche religiose) sintetizzabili nelle seguenti⁸⁸:

a) *la componente federale*, fatta propria dalla Costituzione fin dall'Impero tedesco del 1871. Il federalismo tedesco presenta, a sua volta, tre radici sostanziali: la tradizione riconducibile al tempo dell'antico romano impero della Nazione tedesca; l'invito manifestato dalle potenze alleate occidentali durante la Conferenza riunitasi per varare la Costituzione, affinché fosse adottata una "Costituzione democratica, che creasse per i Lander coinvolti una forma di governo di tipo federalistico; l'orientamento dei partiti rappresentati nel Consiglio parlamentare, a favore di una forma di stato non unitaria⁸⁹.

b) *La situazione politica delle varie regioni tedesche*, le quali costituiscono realtà molto diverse fra loro. La Germania Unita esiste, infatti, solo dal 1871. Prima di tale data, essa era un insieme di piccoli Stati. Attualmente si possono enucleare tre sistemi: quello bavarese, quello renano e quello prussiano. Ogni sistema presenta condizioni economiche e sociali differenti, e componenti religiose specifiche. In particolare, la Prussia è a

tratta della legislazione di principio (art. 12 B-VG), la quale si differenzia dalla legislazione-quadro del sistema tedesco (art. 75GG), in quanto essa non è *self executing*, avendo come destinatari non i cittadini ma i legislatori provinciali (PALERMO, *Germania ed Austria: modelli federali a confronto*, Università degli Studi, Trento, 1997, 202).

Nelle Costituzioni del Tirolo e del Vorarlberg il principio di sussidiarietà è accolto nella sua dimensione orizzontale, come strumento di promozione dello sviluppo della personalità individuale e della solidarietà (MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 35-44)

⁸⁸ MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 2003, 37.

⁸⁹DIANA-URANIA GALETTA E DETLEV KROGER, *Giustiziabilità del principio di sussidiarietà nell'ordinamento costituzionale tedesco e concetto di "necessità" ai sensi del principio di proporzionalità tedesco e comunitario*, in *Riv.It.Dir.Pubbl.Com.* n. 2 del 1998, 907-908.

maggioranza protestante, la Baviera quasi totalmente cattolica, mentre la Renania – Vestfalia metà cattolica e metà protestante⁹⁰.

c) *Il pensiero di Robert von Mohl e G. Jellinek*, i quali affermavano l'esigenza di limitare l'azione statale alle sole iniziative che gli individui non erano in grado di svolgere.

Il federalismo tedesco rappresenta, dunque, un modello per le organizzazioni politiche ispirate al principio di sussidiarietà. Esso costituisce uno strumento che da una parte promuove la gara tra i singoli Stati membri al fine di creare migliori condizioni di vita per i cittadini stessi, dall'altra riconduce l'azione dello Stato ad una dimensione verticale, ossia più vicino al cittadino⁹¹.

Come rilevato dal De Pasquale, se si volge lo sguardo verso l'Europa, la Repubblica federale tedesca rappresenta l'unico vero Stato di antica tradizione federale della Comunità europea. Essa occupa una posizione intermedia fra le diversità e le autonomie particolarmente accentuate degli stati membri della Svizzera e le modeste competenze di cui sono titolari i *Länder* austriaci e che fanno dell'Austria un caso limite di sistema federale.⁹²

Inoltre, la stessa cultura giuridica tedesca, secondo cui lo Stato dovrebbe intervenire solo quando gli individui e le società intermedie non siano in grado di soddisfare adeguatamente i propri bisogni, ha senz'altro favorito l'emersione del principio di sussidiarietà. Alla base, infatti, del costituzionalismo tedesco,

⁹⁰ BARBIERI, *Germania 4 Italia 0, federalismo, governabilità, finanza, informazione: soluzioni tedesche*, Baldini & Castoldi, Milano, 1996, 30-31.

⁹¹ DEGNI M. E IOVINELLA G. (a cura di) *Federalismo modello Germania*, Riccardo Terzi, Roma, 1995, 94.

⁹² DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, cit. 21.

vi è l'idea, connessa con quella della sussidiarietà, della esistenza di diritti individuali inalienabili allo Stato ed alle altre comunità in quanto *naturali* alla condizione umana, con la conseguenza che *il valore fondamentale della persona umana deve essere posto al centro di ogni scelta politica*⁹³.

Fatte queste necessarie precisazioni, la situazione politica che caratterizzava lo Stato tedesco alla fine della seconda guerra mondiale era la seguente: ogni *Lander* era dotato di una propria Assemblea, di un proprio Governo ed, in alcuni casi, di una propria Carta Costituzionale. In tale contesto, la sussidiarietà rappresentò la confluenza in un unico principio delle due più forti tradizioni del diritto pubblico tedesco precedenti il Terzo Reich: il federalismo ed il liberalismo⁹⁴.

Le forze alleate, al fine di rispettare dette caratteristiche politiche, imposero, durante la Conferenza di Londra del 1948, allo Stato tedesco sconfitto l'adozione della forma di Stato federale; soluzione che fu, poi, recepita dall'art. 20 della *Grundgesetz*⁹⁵.

Alla Conferenza costituzionale di Herrenchiemsee, alcuni sostenitori del principio di sussidiarietà ne proposero l'inserimento esplicito nella Carta Costituzionale. Prevalse, tuttavia, un differente orientamento di pensiero. La clausola della sussidiarietà non fu espressamente recepita nella Legge Fondamentale tedesca di Bonn del 1949. Nondimeno, essa fu ritenuta dalla dottrina dominante criterio implicito regolatore

⁹³ MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 37-38.

⁹⁴ D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'Unione europea*, cit. 20.

⁹⁵ *Idem*, 19.

dei rapporti tra *Bund* e *Länder*⁹⁶. All'epoca, infatti, della redazione della Carta Costituzionale il riferimento al principio di sussidiarietà costituì la *ratio* di numerose disposizioni: essa era ritenuta implicitamente sottesa agli articoli 23 e 30, e soprattutto, all'art. 72, relativo all'esercizio delle competenze concorrenti⁹⁷.

2.2. La ripartizione delle competenze legislative fra *Bund* e *Länder*.

In base alla Legge Fondamentale tedesca⁹⁸, secondo il modello di ripartizione delle competenze tipico dei sistemi

⁹⁶ MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 38.

⁹⁷ D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'Unione europea*, cit. 20.

⁹⁸ Contrariamente alla Costituzione italiana (la quale, al primo articolo, recita "L'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione"), il primo articolo della Legge Fondamentale tedesca afferma: "La dignità dell'uomo è intoccabile. Rispettarla e garantirla è dovere di potere statale. Il popolo tedesco riconosce i diritti inviolabili e inalienabili come fondamento di ogni comunità umana, della pace e della giustizia nel mondo. I diritti fondamentali che seguono vincolano la legislazione, il potere esecutivo e la giurisdizione come diritto immediatamente vigente".

Seguendo l'impostazione del Barbieri, i primi 19 articoli sono dedicati ai "diritti fondamentali". Non si tratta di un mero caso, ma di una risposta agli orrori dell'epoca nazista. Solo nella seconda parte, sotto il titolo "Der Bund und die Länder" (La federazione e gli Stati regionali), è stabilita la struttura della nuova Germania. L'articolo 20, dal titolo "Fondamenti dell'ordinamento statale, diritto di resistenza", si compone di quattro commi. Il primo identifica la forma di stato tedesca nel seguente modo: "La Repubblica federale di Germania è uno Stato Federale, democratico e sociale". Il secondo dichiara che: "Ogni potere dello Stato deriva dal popolo. Esso è esercitato in elezioni e votazioni e attraverso specifici organi della legislazione, del potere esecutivo e della giurisdizione". Il terzo comma stabilisce, invece, che: "La legislazione è vincolata all'ordinamento costituzionale, il potere esecutivo e la giurisdizione alla legge e al diritto". In ultimo, il quarto comma recita che: "Contro chiunque tenti di abolire questo ordinamento, tutti i tedeschi hanno il diritto di resistenza, se non è possibile altro rimedio" (BARBIERI, *Germania 4 Italia 0: federalismo, governabilità, finanza, informazione: le soluzioni tedesche*, cit. 29-30).

federali, l'autorità centrale (*Bund*) dispone delle sole competenze che le sono specificatamente attribuite, mentre le autorità periferiche (*Lander*) hanno una competenza generale e residuale in tutti i settori restanti (artt. 30, 70, co. 1, e 83 e 92 GG)⁹⁹.

Segnatamente, l'articolo 30 GG recita testualmente che: *“L'esercizio dei poteri statali e l'adempimento delle relative competenze appartengono ai Lander, a meno che la presente Legge fondamentale non disponga o consenta altrimenti”*.

A sua volta, l'articolo 31 GG aggiunge che: *“Il diritto federale prevale sul diritto dei Lander”*.

La dottrina è concorde nel ritenere che l'esercizio della funzione legislativa in Germania ruoti attorno a queste due disposizioni (Barbieri, 1996)¹⁰⁰. Ne deriva che ai *Lander* spetta l'esercizio delle competenze legislative *non nominate* e *concorrenti* con la Federazione; la competenza legislativa attribuita, invece, al *Bund* può essere di tre tipi: esclusiva, concorrente o di principio. In quest'ultimo caso, essa assume la forma delle c.d. leggi cornice¹⁰¹.

L'elenco analitico delle materie ripartite fra *Bund* e *Lander* è contenuto nel settimo capitolo, recante il titolo *“Die Gesetzgebung des Bundes”* (“La legislazione della federazione), e, per la precisione, negli articoli dal 70 al 75 compreso.

⁹⁹ PALERMO, *Germania ed Austria: modelli federali a confronto*, Università degli Studi, Trento, 1997, 167.

¹⁰⁰ BARBIERI, *Germania 4 Italia 0: federalismo, governabilità, finanza, informazione: le soluzioni tedesche*, cit. 42.

¹⁰¹ In proposito, la dottrina osserva che detta tripartizione legislativa del *Bund* (esclusiva, concorrente o di principio) caratterizzava la Germania già al tempo della Costituzione di Weimar (LUCIFREDI, *Appunti di diritto Costituzionale comparato*, - 4. *Il sistema tedesco (la repubblica federale)*, Milano, Giuffrè, 1990, 29).

In particolare, l'articolo 70 prevede due norme generali: la prima dispone che i Länder hanno il diritto di legiferare in tutti i settori con esclusione di quelli riservati espressamente dal testo costituzionale alla federazione; la seconda stabilisce, invece i principi relativi alla legislazione esclusiva ed a quella in concorso. Gli articoli 71 e 72 spiegano, poi, i concetti di legislazione in concorso e concorrente¹⁰².

L'articolo 73 elenca i settori di esclusiva competenza legislativa del Bund dove, pertanto, i singoli Stati membri possono intervenire solamente in base ad un'espressa previsione federale, così come richiesto dall'articolo 71 G.G. Si tratta di ambiti relativi all'unità dello Stato, quali ad esempio: affari esteri, difesa, cittadinanza federale, politica monetaria e doganale, servizi postali e di telecomunicazione, disciplina della libertà di circolazione, passaporti, immigrazione ed emigrazione, estradizione, pesi e misure, determinazione del tempo, trattati di commercio e navigazione, diritti d'autore, ed altre ancora (art. 73 GG)¹⁰³.

L'articolo 74 prevede, invece, un lungo elenco di materie dove la legislazione avviene in concorso fra Federazione e Stati membri: si passa dal diritto civile e penale all'uso della energia atomica; dal diritto di associazione e di riunione alla protezione ambientale, e così via¹⁰⁴. In tali ambiti, i *Länder* possono

¹⁰² BARBIERI, *Germania 4 Italia 0: federalismo, governabilità, finanza, informazione: le soluzioni tedesche*, cit. 42-43.

¹⁰³ PALERMO, *Germania ed Austria: modelli federali a confronto*, cit. 167.

¹⁰⁴ MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 38-39.

Le materie, oggetto di competenza concorrente comprendono, fra le altre: il diritto civile, penale e processuale e l'ordinamento giudiziario (n. 1), lo stato civile (n. 2), il diritto di associazione di riunione (n. 3), il diritto di soggiorno e di dimora degli stranieri (n. 4), la regolamentazione in materia di armi e di esplosivi (n. 4°), la previdenza sociale (n. 7), il diritto del lavoro (n. 129), il diritto pubblico economico dall'industria all'energia, dal

intervenire solamente e nella misura in cui la Federazione stessa non eserciti il suo *diritto prioritario* a legiferare, così come dispone il comma 1 dell'articolo 72 GG, secondo cui "*i Lander hanno competenza legislativa solo quando e nella misura in cui il Bund non faccia uso del suo diritto a legiferare*".

L'articolo 75 individua, infine, sei settori in cui il Bund può emanare unicamente determinazioni programmatiche: rapporti giuridici dei dipendenti pubblici dei Lander e dei Comuni, principi generali per l'università, rapporti giuridici relativi alla stampa e al cinema, caccia, protezione naturale e del paesaggio, suddivisione e pianificazione territoriale e gestione delle acque, anagrafe e documenti d'identità¹⁰⁵.

L'intervento del *Bund* nei settori di cui all'art. 75, differisce da quello previsto dall'articolo 72 per l'intensità dell'intervento stesso; quest'ultimo è, infatti, limitato negli ambiti previsti dall'articolo 75 alla sola normazione di mero principio¹⁰⁶.

commercio all'assetto bancario ed assicurativo (n. 11 e 11°), la ricerca (n. 13), la disciplina delle espropriazioni (n. 14), il diritto agrario e dell'edilizia (n. 18), la tutela dell'ambiente (n. 20 e 24), il traffico stradale (n. 22), ferroviario locale (n. 23) e fluviale (n. 21).

La riforma del 1994 ha tolto dall'elenco la materia della cittadinanza nei *Lander* (n. 8). In sostanza, le materie che rimangono nella competenza esclusiva dei *Lander* federali sono: i servizi di polizia, i servizi di protezione civile (vigili del fuoco, soccorso e servizio catastrofi), l'assistenza sanitaria (ospedali), la scuola e la cultura, l'emittenza televisiva.

Tali elenchi hanno, comunque, come opportunamente rilevato in dottrina, subito nel tempo degli aggiornamenti. Al Bund, ad esempio, è stata attribuita la competenza anche nei seguenti settori: regolamentazione dei sussidi per l'istruzione e la promozione della ricerca scientifica (art. 73, n. 13); consolidamento economico degli ospedali (articolo 74, n. 19°); smaltimento dei rifiuti, lotta contro l'inquinamento atmosferico e acustico (articolo 74, n. 24); trattamento economico e previdenziale dei dipendenti dei *Lander* federali (articolo 74°); fondamenti generali del sistema universitario (DEGNI M. E IOVINELLA G. (a cura di), *Federalismo modello Germania*, cit. 96-97).

¹⁰⁵ BARBIERI, *Germania 4 Italia 0: federalismo, governabilità, finanza, informazione: le soluzioni tedesche*, cit. 42-45.

¹⁰⁶ D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'Unione europea*, cit. 23.

È, inoltre, prevista una legislazione federale di principio in diversi settori quali: il bilancio e di pianificazione finanziaria (art. 109 co. 3 GG), adempimento di progetti di interesse comune (art. 91 a c. 2 GG), disciplina in materia di libertà religiosa (art. 140 GG). La legislazione di principio differisce da quella di cornice in quanto la prima ha come destinatari gli organi esecutivi dei *Länder* e del *Bund*, mentre la seconda contiene disposizioni immediatamente vincolanti per i cittadini.

Vi sono, infine, materie che il legislatore costituzionale attribuisce alla competenza legislativa del *Bund*, anche se esse non rientrano nello schema generale della ripartizione delle competenze legislative di cui agli artt. 70 ss. Si tratta, ad esempio, delle riserve legislative previste dal Costituente in capo al *Bund* al fine di dare attuazione nel dettaglio ai principi costituzionali o di determinare l'organizzazione ed il procedimento che i *Länder* devono adottare nell'adempimento delle loro funzioni. Inoltre, il mantenimento delle relazioni con l'estero e la conclusione dei trattati internazionali spettano al legislatore federale¹⁰⁷.

In definitiva, le materie che rimangono nella potestà esclusiva dei *Länder* federali sono: i servizi di polizia, i servizi di protezione civile (vigili del fuoco, soccorso e servizio catastrofi), l'assistenza sanitaria (ospedali), la scuola e la cultura, l'emittenza televisiva¹⁰⁸.

¹⁰⁷ PALERMO, *Germania ed Austria: modelli federali a confronto*, cit. 170-171.

¹⁰⁸ DEGNI M. e IOVINELLA G. (a cura di), *Federalismo modello Germania*, cit. 96.

2.3. Il principio di sussidiarietà come criterio di esercizio delle competenze concorrenti.

Relativamente all'esercizio delle funzioni, oggetto di competenza concorrente, l'articolo 72, comma 2, stabilisce che:

“ Il Bund ha in questo ambito diritto di legiferare, se e nella misura in cui una realizzazione sia resa *necessaria* allo scopo di creare *condizioni di vita equivalenti* sul territorio federale o di garantire *l'unità giuridica* o *l'unità economica* nell'interesse unitario dello Stato”.

Nella versione precedente, la norma in esame prevedeva che:

“Il Bund ha in questo ambito il potere di legiferare nel caso sussista il *bisogno* di una disciplina legislativa federale, se: 1) una questione non può essere efficacemente regolata dalla legislazione dei singoli Lander, o 2) la regolamentazione di una questione mediante la legge di un Land potrebbe nuocere agli interessi di altri Lander o della collettività, o 3) lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica, ed in particolar modo la tutela dell'*uniformità* delle condizioni di vita, prescindendo dai confini territoriali di ogni singolo Land”¹⁰⁹.

In definitiva, prima della riforma del 1994, l'intervento legislativo federale nelle materie oggetto di competenza concorrente, era limitato alle seguenti ipotesi:

a) una questione non può essere efficacemente regolata dalla legislazione dei singoli *Lander* (c.d. *clausola dell'efficacia*);

¹⁰⁹ MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 39.

b) la disciplina di una questione mediante legge potrebbe nuocere agli interessi degli altri *Lander* o della collettività (c.d. *clausola del danno*);

c) lo esiga la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica, ed in particolare la tutela dell'uniformità delle condizioni di vita, prescindendo dai confini territoriali di ogni singolo Land" (c.c. *clausola della salvaguardia dell'unità*)¹¹⁰.

Confrontando la vecchia e la nuova formulazione dell'articolo 72 GG emerge che il legislatore del 1994 ha preferito al *criterio dell'uniformità* delle condizioni di vita quello dell'*equivalenza*, concetto sicuramente più difficile da realizzare da un'azione condotta a livello dei *Lander*¹¹¹.

La modifica costituzionale del 1994¹¹² sostituisce, infatti, alla c.d. *clausola del bisogno* quella della *necessità dell'azione federale*.

¹¹⁰ D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'Unione europea*, cit. 22.

¹¹² Nel 1970 il Bundestag aveva istituito una commissione di inchiesta per la riforma costituzionale con la funzione di formulare proposte di riforma della Legge Fondamentale tedesca che tenessero in considerazione le esigenze concrete e di autonomia dei singoli *Lander*. Nel 1976, detta commissione presentò una serie di ipotesi di riforme raggruppate in sedici capitoli, le quali riguardavano, soprattutto, il riparto delle competenze legislative ed esecutive fra Bund e i *Lander*, l'attività di progettazione comune fra i diversi livelli ed i rapporti internazionali.

Per quanto riguardava la divisione delle competenze, la commissione propose l'unificazione degli istituti di competenza legislativa concorrente e federale di cornice e la modifica della c.d. *clausola del bisogno* con quella della *necessità*. Questa era, infatti, considerata come uno strumento di eccessiva discrezionalità per il Bund. Se ne proponeva, pertanto, un'interpretazione più restrittiva che tenesse in considerazione la necessità concreta dell'intervento federale e che prevedesse la possibilità di un controllo da parte del Tribunale Federale. Dopo numerosi dibattiti, la riforma del 1994 ha modificato l'art. 72, co. 2, sostituendo la *clausola del bisogno* con quella, più stringente, della *necessità dell'azione federale* (PALERMO, *Germania e Austria: modelli federali a confronto*, cit. 435-437).

La necessità di modificare l'articolo 72 era sorta come risposta al fenomeno della c.d. doppia erosione delle competenze dei *Lander*. Più precisamente, la prima "erosione" era data dalla attività del tribunale costituzionale tedesco, il quale non prendeva posizioni nette in merito alla c.d. *clausola*

Si tratta di un principio più rigoroso rispetto a quello precedente. Nel sistema originario, il legislatore federale poteva intervenire ogniqualvolta si presentasse una mera situazione di bisogno. Attualmente, invece, le competenze federali hanno un ruolo residuale, se confrontate con quelle regionali, e di ausilio, di mantenimento di condizioni di vita equivalenti sul territorio nazionale. Il loro *intervento* deve essere *giustificato e dimostrato* dalla *effettiva necessità di mantenere l'unità economica e giuridica della federazione e di garantire a tutti i cittadini le medesime condizioni di vita*¹¹³.

Come rilevato in dottrina, l'importanza di questo cambiamento terminologico consiste nell'accettazione della disparità tra i *Lander* occidentali ed orientali e nella volontà del legislatore costituzionale di non opprimere le diversità intercorrenti fra le regioni stesse¹¹⁴.

In altri termini, la *ratio* sottesa alla regolamentazione prevista dall'articolo 72, comma 2, GG è di contenere la componente discrezionale della Federazione nel valutare l'opportunità di un suo intervento e di consentire ai *Lander* una maggiore sfera d'azione nelle materie, oggetto di potestà legislativa concorrente.

del bisogno; la seconda "erosione" derivava, invece, dall'uso ingiustificato del potere sostitutivo da parte del Bund nell'adempimento degli obblighi comunitari imposti ai *Lander* nel processo di integrazione europea.

Questa situazione aveva provocato una forte insoddisfazione a livello locale sfociante, poi, nella riforma della Carta Costituzionale e, per la precisazione, nell'articolo 72, cpv 2, e nell'articolo 23 GG. A tale riguardo, vedi MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 42-43.

¹¹³ MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 40.

¹¹⁴ PALERMO, *Germania ed Austria: modelli federali a confronto*, cit. 439.

J. Schwarze sottolinea che la precedente versione dell'art. 72, II, il cui scopo originario era quello di garantire l'autonomia dei *Lander* nei confronti del *Bund*, sia stato, al contrario, utilizzato come strumento del *Bund* per aumentare i propri poteri a detrimento di quelli dei *Lander* (J. SCHWARZE, *The distribution of legislative powers and the principle of subsidiarity: the case of federal States*, in RIDPC, 1995, 722-724).

Analizzando nello specifico la nuova formulazione letterale della disposizione *de qua*, emerge un'ulteriore considerazione certamente non di poco conto. Il comma 1 dell'articolo 72 risulta essere modificato nel seguente modo: non più "*i Lander hanno competenza legislativa solo quando e nella misura in cui il **Bund non faccia uso del suo diritto a legiferare***", ma "*i Lander hanno competenza legislativa solo nella misura in cui il **Bund non abbia fatto uso del suo diritto di legiferare***". L'uso del tempo verbale al passato implica che l'esclusione della competenza dei *Lander* in una materia soggetta alla potestà legislativa concorrente possa attualmente avvenire solo in virtù di una legge federale approvata. Non risulta, pertanto, più sufficiente la semplice iniziativa legislativa ad impedire l'attivazione del legislatore regionale come, invece, nel sistema costituzionale precedente¹¹⁵.

La riforma *de qua* ha, inoltre, introdotto un terzo comma all'art. 72, il quale dispone che un provvedimento federale, legittimamente emanato ai sensi del secondo comma dell'articolo in questione, perda di validità qualora vengano meno i presupposti che hanno legittimato la precedente azione federale (c.d. clausola di ritorno)¹¹⁶.

Infine, la novella costituzionale del 1994 ha attribuito anche al *Bundesrat* ed al Parlamento di ogni singolo *Land* la legittimazione a proporre azione avanti alla Corte Federale Costituzionale in caso di discordia sulla necessità dell'intervento legislativo da parte del *Bund* a scapito di quello dei *Lander*. Diversamente, nel sistema precedente tale facoltà era

¹¹⁵ PALERMO, *Germania e Austria: modelli federali a confronto*, cit. 43.

¹¹⁶ D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'Unione europea*, cit. 22.

concessa esclusivamente ai governi ed ai parlamentari federali ed agli esecutivi dei *Lander*.

Secondo la dottrina prevalente, l'articolo 72 presenta forti assonanze con il principio di sussidiarietà di cui all'art. 3 B (ora 5) del Trattato Ce¹¹⁷. Tuttavia, la giurisprudenza del Tribunale costituzionale ha evitato di prendere posizioni chiare e precise relativamente all'applicazione del principio in questione fin dalla versione della disposizione *de qua* precedente alla riforma del 1994.

In particolare, la Corte costituzionale tedesca ha sempre interpretato la c.d. clausola del bisogno in modo restrittivo, cercando, così, di evitare interferenze fra aree di competenza del *Bund* e dei *Lander*. Non esistendo un concetto unitario di bisogno di rango costituzionale, che potesse essere utilizzato per interpretare l'art. 72, cpv. 2 G, il Tribunale costituzionale tedesco ha considerato il bisogno di una normativa federale come una questione rientrante nella discrezionalità del legislatore e, quindi, per sua natura non giustiziabile.

In questa prospettiva, il Tribunale costituzionale tedesco ha individuato una c.d. zona grigia (settore "cuscinetto") dove gli interventi delle due parti (*Bund* e *Lander*) sono regolati dal "principio del buon comportamento federale", in modo da evitare i possibili conflitti fra i due livelli di competenza. Inoltre, lo stesso Tribunale ha in più occasioni evitato di pronunciarsi a tale proposito, adducendo a giustificazione l'insindacabilità delle scelte politiche del legislatore relativamente alla sussistenza dei presupposti dell'articolo 72,

¹¹⁷ *Ibidem*.

comma II¹¹⁸. Ciò si evince chiaramente dal tenore di diverse pronunce del *Bundesrverwaltungsgericht*. Questi, ad esempio, con la pronuncia Bverw GE 23, 304, 306 del 1966 ha espressamente negato il valore costituzionale del principio di sussidiarietà. Con la pronuncia BverfGE 13, 230, 233 f, la Corte Federale Tedesca è, invece, riuscita a “sorvolare” su tale questione in base all’argomentazione della insindacabilità della scelta politica operata dal legislatore federale relativamente alla ricorrenza in concreto delle condizioni di bisogno richieste dalla disposizione *de qua*. Di conseguenza, i controlli giurisprudenziali sono stati limitati alle sole ipotesi di eccesso di potere¹¹⁹.

Come rilevato¹²⁰, in seguito alla novella del 1994, i motivi di necessarietà previsti dall’articolo 72, cpv 2 G, hanno acquisito una maggiore concretezza.

La nuova clausola della necessità svolge, infatti, due importanti funzioni: la prima di garantire l’autonomia legislativa dei *Lander* nei confronti dell’iniziativa del *Bund*; la seconda di assicurare una maggiore giustiziabilità tramite la previsione di un preciso obbligo di motivazione a carico del legislatore federale in merito alla necessità di adottare una normativa federale.

Al fine, dunque, di stabilire se una normativa del *Bund* soddisfi o no il requisito della necessarietà, occorre,

¹¹⁸ CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell’ordinamento comunitario e dell’ordinamento nazionale*, in *Quad.Cost.* n. 1 del 1993, 7.

¹¹⁹ MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 40.

¹²⁰DIANA-URANIA GALETTA E DETLEV KROGER, *Giustiziabilità del principio di sussidiarietà nell’ordinamento costituzionale tedesco e concetto di necessarietà ai sensi del principio di proporzionalità tedesco e comunitario*, cit. 912.

innanzitutto, precisare i motivi di necessarietà previsti dal nuovo articolo 72. Questi, seguendo l'impostazione del Groger, presentano il seguente contenuto normativo:

a) *Creazione di condizioni di vita equivalenti nel territorio federale.* Con la nuova disciplina si è passati dalla "garanzia di condizioni di vita unitarie" alla "creazione di condizioni di vita equivalenti". "Le condizioni di vita unitarie" erano state interpretate dal Tribunale nel senso di *standards* sociali omogenei, con la conseguenza che differenze in ordine alle condizioni di lavoro, alla qualità scolastica o al costo della vita non potevano essere considerate in contrasto con il principio di sussidiarietà. Questo ha, come è facile intuire, favorito un'espansione dell'intervento normativo del Bund. Al contrario, l'attuale requisito della "equivalenza" richiede un livello di intervento uniforme inferiore, permettendo la sussistenza di discipline differenti.

b) *Unità giuridica nell'interesse globale dello Stato.* L'unità giuridica consiste in un insieme di norme giuridiche uguali, o sostanzialmente conformi, relativamente alle medesime situazioni presenti nei *Lander*. Inoltre, l'unità giuridica deve essere orientata nell'interesse generale dello Stato. Solo in questo caso, essa può giustificare l'intervento del *Bund* in base al principio di sussidiarietà.

c) *Unità economica nell'interesse globale dello Stato.* Unità economica indica la sussistenza dei medesimi presupposti e delle medesime condizioni per l'esercizio dell'attività economica sull'intero territorio federale. Anche in questo caso, l'iniziativa del *Bund* è subordinata all'interesse globale statale¹²¹.

¹²¹ *Idem*, 910 – 916.

Tuttavia, non è sufficiente che l'intervento del Bund risulti giustificato in base ai tre criteri sopra esaminati. Occorre, altresì, che esso sia conforme al canone della *necessarietà*, il quale, secondo la dottrina, si coniuga con il *principio di proporzionalità*¹²². Proporzionalità che significa essenzialmente che gli obiettivi previsti dall'articolo 72, cpv 2, GG devono essere soddisfatti con il *mezzo più mite*. A questo riguardo, la giurisprudenza ritiene che un mezzo abbia la medesima efficacia rispetto ad un altro soltanto qualora esso permetta di raggiungere lo scopo previsto con la medesima *intensità* da valutarsi in concreto in base al *grado di interferenza* nella sfera del destinatario del mezzo¹²³.

Da quanto sopra esposto emerge che i motivi (condizioni di vita equivalente, unità giuridica ed economica nell'interesse generale dello Stato) che integrano la nuova versione dell'articolo 72, comma 2, hanno sicuramente un contenuto più

¹²² In particolare, il principio di proporzionalità, il quale è considerato dalla dottrina come generale principio di rango costituzionale, è costituito dai tre seguenti parametri: idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto. Il principio di proporzionalità si applica, innanzitutto, ai diritti fondamentali al fine di limitare gli interventi dei pubblici poteri nelle sfere riservate a detti diritti. A questo riguardo, la dottrina parla di "limiti alle limitazioni dei diritti", o "limiti dei limiti", nel senso che scopo del principio di proporzionalità sarebbe quello di trovare un giusto equilibrio fra interessi del singolo da una parte ed interessi della comunità dall'altra. Lo stesso discorso può essere applicato ai rapporti fra *Länder* da un lato e *Bund* dall'altro, relativamente ai quali il principio *de quo* fungerebbe da strumento giuridico di bilanciamento fra interessi configgenti. In entrambe le ipotesi, dunque, il requisito della necessità costituirebbe il mezzo di riequilibrio fra i due termini in conflitto, atteso che esso conferirebbe contenuto giuridico al principio generale secondo cui deve essere garantita la compatibilità dell'intervento, rispettivamente, dei pubblici poteri per quanto riguarda i diritti fondamentali, e del *Bund* in ordine alle competenze dei *Länder*, rispetto al criterio del temperamento fra gli interessi configgenti (DIANA-URANIA GALETTA E DETLEV KROGER, *Giustiziabilità del principio di sussidiarietà nell'ordinamento costituzionale tedesco e concetto di necessità ai sensi del principio di proporzionalità tedesco e comunitario*, cit. 921-923.).

¹²³ *Idem*, 921-929.

circoscritto che permette un loro maggiore controllo. Pertanto, affinché il principio di sussidiarietà sia giustiziabile occorre che il Tribunale Costituzionale ricorra a tali criteri, così come definiti e precisati, nell'interpretazione e nel controllo giurisdizionale sulla corretta applicazione della sussidiarietà. In altre parole, anche il Bund dispone ancora di un ampio margine di scelta, questo è connesso a esigenze più concrete che limitano la discrezionalità del legislatore statale¹²⁴.

Dall'analisi sopra esposta emergono le seguenti considerazioni conclusive.

L'articolo 72, II comma, si presenta, innanzitutto, come norma a contenuto *teleologico*. Esso individua, infatti, i diversi *fini* che devono essere perseguiti e realizzati sull'intero territorio della Repubblica Federale Tedesca: l'equivalenza delle condizioni di vita da garantire a tutti i cittadini e l'unitarietà economica e giuridica nell'interesse dello Stato.

La sussidiarietà funge, dunque, da criterio legittimante l'intervento del livello di governo superiore in materie riservate alla competenza dei livelli inferiori, quando si verificano determinati presupposti espressivi del c.d interesse federale che deve essere tutelato sia che esso riguardi la necessaria

¹²⁴ *Idem*, 917-919.

In merito al problema della giustiziabilità del canone della necessità è stato rilevato che esso si ricollega alla disputa dottrinale tedesca sulla sindacabilità dell'interpretazione dei concetti giuridici indefiniti. A questo riguardo, si è sottolineato che sembrerebbe essere prevalso l'orientamento favorevole alla sindacabilità, da parte del giudice, dell'interpretazione di tali concetti giuridici. In particolare, si osserva che, in ordine alla nozione di necessità, la dottrina in questione abbia ritenuto che l'unico possibile margine di scelta discrezionale riguardi l'opzione per un mezzo tra diversi di uguale intensità, ossia caratterizzato dal medesimo grado di interferenza nella sfera giuridica del soggetto destinatario (DIANA-URANIA GALETTA E DETLEV KROGER, *op.ult.cit.* 926).

uniformità di disciplina di un certo settore rilevante, sia che attenga all'inadeguatezza dei livelli inferiori al perseguimento dei *fini de quibus*.

In definitiva, la sussidiarietà nell'ordinamento tedesco opera come principio regolatore della ripartizione delle competenze legislative fra *Bund* (Autorità centrale) e singoli *Länder* (Autonomie locali); ripartizione che deve garantire il rispetto delle suddette finalità.

L'intervento federale nei settori di non sua esclusiva competenza deve, pertanto, trovare il proprio fondamento giustificativo nella necessità di aiutare e di soccorrere i singoli *Länder*. Diversamente, esso sarebbe non solo inutile, bensì contrario al testo costituzionale e per la precisione al tenore dell'articolo 30, il quale enuncia il principio generale secondo cui ai *Länder* spettano tutte le funzioni non espressamente attribuite dalla Carta Costituzionale tedesca alla competenza esclusiva della Federazione (Moscarini, 2003)¹²⁵.

Intesa in questi termini, la sussidiarietà si pone come elemento di flessibilità, la cui attivazione dipende da valutazioni in ordine alla sussistenza di criteri che, per essere giustiziabili, necessitano di essere concretizzati e definiti.

2.4. Principio di sussidiarietà e processo di integrazione europea

Il principio di sussidiarietà riguarda anche il processo di integrazione europea.

¹²⁵ MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 38.

In particolare, l'articolo 23 GG, secondo la nuova formulazione del 1992¹²⁶, prevede che:

“per la realizzazione di una Europa unita, la Repubblica federale tedesca collabora allo sviluppo dell’Unione europea che deve osservare il principio democratico, dello stato di diritto sociale e federativo e il principio di sussidiarietà e deve assicurare una tutela dei diritti fondamentali essenzialmente paragonabile a quella della presente Legge Fondamentale. Il Bund può a questo scopo trasferire diritti di sovranità”.

Tale disposizione introduce una regola di sussidiarietà nel processo di integrazione europea coinvolgente anche la Germania. Processo che deve realizzarsi senza che siano alterate le principali competenze dei *Länder*.

Infatti, l'articolo 23 GG da una parte esprime l'importanza che il processo di integrazione europea riveste per la Germania, dall'altra indica le “condizioni” nel rispetto delle quali l'ordinamento tedesco può trasferire porzioni di sovranità all'ordinamento comunitario; condizioni che sono state appositamente ricordate nella famosa sentenza c.d. “Maastricht” del Tribunale costituzionale, oltre che nelle sentenze “Solange” nella parte dedicata ai diritti fondamentali. Esse consistono nell'osservanza dei principi dello Stato democratico, federale, sociale e di diritto e di quelli comunitari, quali la sussidiarietà ed il rispetto dei diritti fondamentali alla stregua della Legge Fondamentale tedesca.

In altri termini, in seguito alla riforma costituzionale, la sussidiarietà costituisce il principio regolante il processo di integrazione europea, il quale non deve, però, alterare le

competenze dei Lander¹²⁷. Detto diversamente, con la riforma *de qua*, la sussidiarietà è sia *regola* che *limite* del processo di integrazione europea, tant'è che dalla formulazione dell'articolo 23 G.G. sembrerebbe che Germania possa decidere di non volere fare più parte dell'ordinamento comunitario nel caso in cui fossero violate le condizioni previste dall'art. 23 GG¹²⁸.

2.5. Principio di sussidiarietà ed esercizio delle funzioni esecutive

Il principio di sussidiarietà ispira non soltanto il riparto delle competenze legislative fra *Bund* e *Lander* e il processo di integrazione europea, bensì anche l'esercizio delle funzioni esecutive.

Più precisamente, per quanto riguarda l'attuazione delle leggi federali il potere esecutivo spetta *in generale* agli organi amministrativi regionali e soltanto *eccezionalmente* al Governo federale. Questo, a sua volta, detiene soltanto un potere di mero controllo in ordine alla legalità dell'esercizio di tali funzioni, ma non ha alcun potere di indirizzo il quale, infatti, gli può essere conferito solo in base ad un'apposita legge federale (art. 84, comma 3-5 GG).

¹²⁷ *Idem*, 42-43. Interessante è rilevare come la riforma costituzionale tedesca sia, ancora una volta, concomitante con l'avanzare del processo di integrazione europea. Circostanza, questa, ulteriormente indicativa della correlazione esistente fra diritto costituzionale tedesco federale e processo costituente europeo, ed anche esemplificativa della scelta di trattare, nello svolgimento della presente ricerca, la sussidiarietà, prima, nell'ordinamento tedesco e, poi, in quello comunitario.

¹²⁸ PALERMO, *Germania ed Austria: modelli federali a confronto*, cit. 450 ss.

La Legge Fondamentale prevede, inoltre, che i *Lander* possano esercitare funzioni esecutive “su incarico del Bund” (art. 83 GG). In questi casi il Governo federale detiene un potere generale di indirizzo, cui devono sottostare non soltanto i Governi, ma anche gli altri organi amministrativi dei *Lander*, ed un potere di controllo non limitato alla legalità ma esteso anche al merito (art. 85, comma 4 GG).

Infine, l’attività esecutiva può essere esercitata anche dalla Federazione in una serie di settori espressamente previsti dal Costituente sia direttamente da organi dell’amministrazione federale, sia indirettamente da organi estranei all’organizzazione del *Bund*, ma a questa collegati (aziende, enti autonomi)¹²⁹. In tali casi il Governo Federale emana direttive amministrative e stabilisce l’organizzazione degli organi (art. 86 GG).

In definitiva, in Germania i *Lander* possono dare attuazione alle leggi federali in due modi: come competenza propria o su incarico del *Bund*. La prima forma è la regola, la seconda rappresenta, invece, l’eccezione. Ciò conferma il ruolo di preminenza che i *Lander* rivestono nell’ordinamento tedesco nell’esecuzione delle leggi e l’intenzione del Costituente di rispettare la sfera di autonomia delle regioni tedesche.

La cooperazione fra Federazione e *Lander* in ambito amministrativo è particolarmente accentuata nel settore dell’adempimento dei progetti di comune interesse. Si tratta di settori che comprendono funzioni sovraregionali e che, pertanto, hanno bisogno di programmazioni e finanziamenti comuni come, ad esempio, la costruzione di scuole superiori specializzate ed il

¹²⁹ *Idem*, 169-173.

miglioramento della struttura economica dei *Lander*. A tale scopo, le leggi sono approvate dal *Bundsrat*, mentre la Federazione sostiene una parte dei relativi costi¹³⁰.

Ciò nondimeno, occorre rilevare che la stessa struttura relativa al riparto delle competenze fra Federazione e *Lander* è esemplificativa della circostanza che il sistema federale tedesco è fondato sulla "cooperazione" tra i livelli. A tale riguardo, la dottrina sottolinea il carattere multiforme dell'impianto costituzionale della *Bundesstaatlichkeit* tedesca dove si possono rinvenire aspetti del "separative federalism", del federalismo cooperativo e del federalismo fiduciario¹³¹.

Concludendo, la sussidiarietà nella Legge fondamentale tedesca riguarda, innanzitutto, le competenze legislative concorrenti: essa non si applica alle competenze legislative esclusive del *Bund* o a quelle residuali dei *Lander*.

La sussidiarietà costituisce, inoltre, una *regola dinamica*, vale a dire un criterio flessibile di esercizio delle competenze stesse. Essa realizza, infatti, un assetto mobile di competenze, in quanto la preferenza nei confronti delle entità istituzionali inferiori è condizionata all'intervento dei livelli superiori in caso di inadeguatezza delle prime. A tale proposito va rilevato, però, che la clausola della necessità relativa "alla tutela della uniformità delle condizioni di vita" è stata più volte utilizzata

¹³⁰ *Idem*, 174.

Come rilevato in dottrina, l'istituto dei c.d. "compiti comuni" è stato messo fortemente in discussione dai sostenitori del c.d. "federalismo della concorrenza" per le seguenti ragioni. Innanzitutto perché l'istituto in questione limita fortemente l'autonomia delle regioni e finisce per "destituire" politicamente l'importanza rivestita dal potere parlamentare del livello regionale. Inoltre, l'eccessiva burocratizzazione comporta una paralisi del funzionamento del sistema.

¹³¹ *Idem*, 443.

per aumentare le competenze del Bund, il quale ha visto, pertanto, accresciuto il proprio peso. In altri termini, essa è servita più da *acceleratore che da freno all'espansione delle competenze fedele*¹³².

La sussidiarietà, infine, presenta un *contenuto teleologico*, atteso che l'intervento dell'autorità centrale in luogo di quelle periferiche avviene al fine di tutelare l'unità economica e giuridica del paese e di garantire l'uniformità di condizioni di vita a tutti i cittadini¹³³.

Applicazioni della sussidiarietà sono rinvenibili, come abbiamo visto, anche nel processo di integrazione europea coinvolgente la Germania di cui all'articolo 23 GG seconda la nuova formulazione del 1992, e nell'esercizio delle funzioni esecutive, il quale sembrerebbe ispirarsi ad un modello federalismo cooperativo.

¹³² DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, cit. 22-23.

¹³³ In proposito, la dottrina opportunamente rileva che la c.d. clausola della necessità ("uniformità delle condizioni di vita") è stata utilizzata il più delle volte come strumento di espansione delle competenze federali. Al fine, infatti, di frenare tale tendenza, negli anni 60 si è sviluppato il c.d. federalismo cooperativo scaturito da diversi accordi fra i Lander in ordine all'interpretazione degli articolo 91 a e 91 b (compiti comuni). Esso rappresenta la formulazione più compiuta del principio di sussidiarietà, in quanto contribuisce ad un'equilibrata salvaguardia dei compiti statali senza condurre alla centralizzazione dei poteri stessi (DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, cit. 22-24).

-CAPITOLO 3-

IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ NELL'UNIONE EUROPEA

3.1. *Le prime manifestazioni del principio di sussidiarietà nella prassi comunitaria: il Rapporto Tindemans, Rapporto Mcdougal ed il Progetto di trattato Spinelli.*

L'esperienza costituzionale tedesca, cui si è fatto riferimento nel capitolo precedente, è un chiaro indizio della tendenza della prassi politica costituzionale degli ultimi anni. Il principio di sussidiarietà, il quale ha influenzato il riparto delle competenze negli Stati federali e regionali, ha anche ispirato importanti sviluppi del processo di integrazione europea.

L'introduzione del principio di sussidiarietà in ambito comunitario risale al testo del Trattato sull'Unione europea e, prima di questo, al progetto di Trattato approvato dal Parlamento europeo nel 1984 e all'Atto Unico europeo del 1986.

Rapporto Tindemans

È opinione comune in dottrina che l'idea della sussidiarietà abbia cominciato ad interessare il dibattito politico e la redazione dei documenti ufficiali della Comunità a partire già dagli anni 70¹³⁴.

Il Consiglio europeo, al *summit* di Parigi del 1974, incaricò la Commissione di redigere un Rapporto sull'Unione europea ("*Rapporto della Commissione sull'Unione europea*", ovvero

¹³⁴ MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 18-22.

“Rapporto Tindemans”, Boll. CE, supp.n. 5/1975, 9-10), il quale desta molto interesse per la particolare attenzione dedicata al principio di sussidiarietà.

Secondo la Commissione, la sussidiarietà avrebbe dovuto costituire criterio-guida nella ripartizione delle competenze fra *Bund* e *Länder* durante la fase costitutiva dell’Unione europea. In questo modo si sarebbe evitato la creazione di “un superstato accentrato”¹³⁵, e si sarebbero soddisfatte le esigenze di avvicinare il più possibile il potere ai cittadini e le richieste di autonomia avanzate dalle singole Regioni.

Il Rapporto della Commissione prevedeva che l’esercizio delle funzioni spettasse in linea di principio agli Stati membri e che l’Unione potesse, invece, intervenire soltanto qualora essi non fossero in grado di svolgerle adeguatamente. Tale sistema di attribuzioni poteva essere modificato seguendo una procedura di emendamento dell’atto costitutivo, la quale richiedeva la ratifica da parte di tutti gli Stati membri¹³⁶. L’intervento dell’Unione era volto ad assicurare la coesione del sistema, la quale si poneva, pertanto, come limite allo stesso principio di sussidiarietà¹³⁷.

In questo documento si prevedeva che l’Unione avrebbe avuto competenze, in minima parte, esclusive e, per il resto, concorrenti e potenziali.

¹³⁵ DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, cit. 42. Nel Rapporto Tindemans si legge che: “L’unione europea non deve portare alla creazione di un Super Stato accentratore. Di conseguenza, e d’accordo col principio di sussidiarietà, all’Unione verranno delegati soltanto quei compiti che gli Stati membri non saranno più in grado di assolvere efficacemente”.

¹³⁶D’AGNOLO, *La Sussidiarietà nell’Unione europea*, cit. 39.

¹³⁷*Ibidem*.

Per quanto riguarda le competenze del primo tipo (*id est*, esclusive), il Rapporto non escludeva *a priori* che potessero esservi dei particolari settori in cui l'intervento degli Stati membri non era completamente precluso. Vi potevano essere, infatti, materie che non giustificavano l'intervento della Comunità con poteri propri, ma che, al contrario, richiedevano forme di cooperazione con gli Stati membri. Inoltre, l'utilizzo dello strumento della direttiva doveva, comunque, essere preferito a quello dei regolamenti.

Più precisamente, così si legge nel Rapporto della Commissione europea in ordine alla considerazione che la necessità di coesione del sistema doveva ritenersi prevalente sul principio di sussidiarietà:

“l'esistenza di un settore di cooperazione organizzata nel quadro dell'Unione non deve condurre ad attenuare le caratteristiche e le finalità di quest'ultima. L'originalità dell'Unione (...) consiste nell'attribuzione e nell'esercizio di poteri propri. È importante quindi che la natura e l'ampiezza di tali poteri siano sufficienti ad assicurare il dinamismo dell'insieme”¹³⁸.

In ordine, invece, alle competenze concorrenti occorre subito rilevare che esse non prevedevano l'intervento concomitante della Comunità e degli Stati membri. Al contrario, il primo escludeva il secondo. A tale riguardo, il Rapporto stabiliva che “l'Unione sarebbe intervenuta solamente in funzione della necessità”. Come opportunamente rilevato da un'autorevole opinione dottrinale, in questa espressione era già implicito il

¹³⁸Rapporto della Commissione europea, in *Boll.Ce*, supp. n. 5 del 1975, 13.

principio di sussidiarietà nella sua accezione di criterio regolatore dell'esercizio delle funzioni.

Secondo il Rapporto del 1975, la sussidiarietà doveva, infatti, ispirare il passaggio di competenze da concorrenti ad esclusive in base all'effettivo esercizio delle medesime da parte della Comunità. Questa, a sua volta, poteva attivarsi in tal senso solo al fine di soddisfare gli obiettivi comunitari meglio di quanto i singoli Stati membri avrebbero potuto¹³⁹.

Inoltre, la Comunità poteva intervenire nelle materie concorrenti ricorrendo all'adozione della legge organica, la quale richiedeva la maggioranza qualificata al Parlamento e al Consiglio. In altre parole, l'operatività del principio di sussidiarietà imponeva da una parte la verifica in concreto della necessità dell'azione comunitaria in luogo di quella nazionale (requisito sostanziale), dall'altra il rispetto della forma della legge organica (requisito formale)¹⁴⁰.

Infine, le competenze potenziali consistevano in attribuzioni che, trascorso un certo termine, erano destinate a divenire proprie dell'Unione.¹⁴¹

Il Rapporto, inoltre, elencava una serie di materie attribuite alla competenza dell'Unione: la politica monetaria, il miglioramento delle strutture e l'eliminazione degli squilibri economici, la politica sociale e la politica estera. Non è questa la sede per analizzare nel dettaglio tali competenze. Ci si limiterà, pertanto, ad osservare che queste costituirono, secondo il tenore del rapporto *de quo*, applicazioni specifiche del principio di sussidiarietà. Ad esempio: in ordine alla materia *eliminazione*

¹³⁹MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 58-59.

¹⁴⁰*Ibidem*.

¹⁴¹D'AGNOLO, *La Sussidiarietà nell'Unione europea*, cit. 40-41.

degli squilibri economici, l'Unione sarebbe potuta intervenire solo in funzione della necessità come per le competenze concorrenti. Più precisamente, l'Unione poteva intervenire qualora il ricorso ad una legislazione nazionale sarebbe stato impossibile o si trattasse di affrontare problemi nuovi e, quindi, privi di una soluzione a livello nazionale, o di attuare una politica comunitaria.

Relativamente, poi, al settore della *politica sociale*, l'Unione doveva svolgere un ruolo di mero impulso e di armonizzazione, con la conseguenza che solo eccezionalmente avrebbe potuto agire direttamente. Per quanto riguardava, invece, l'ambito della *politica estera*, la sussidiarietà operava quale criterio per l'attribuzione delle competenze per la regolamentazione del loro esercizio¹⁴².

In definitiva, nel documento in questione la sussidiarietà era espressamente recepita sia come *regola di carattere generale dell'azione della Comunità* (paragrafo 9 del preambolo), sia come *regola di esercizio delle singole competenze concorrenti* (art. 12, par. 2).

Rapporto Mcdougall

Nei medesimi anni, la Commissione della Comunità europea incaricò un comitato di economisti di redigere un documento sulle prospettive di sviluppo del bilancio comunitario. Compito di tale gruppo di studio era di analizzare il funzionamento dei sistemi federali sotto il profilo della compatibilità finanziaria, con particolare riferimento al riparto delle competenze fra Comunità e Stati membri.

¹⁴² *Idem*, 41.

Tale Rapporto fu pubblicato nel 1977 come “Report of the Study Group on the Role of Public Finance in European Integration”, o, più semplicemente, “Rapporto McDougall”, dal nome del presidente del comitato. Esso riguardava principalmente il federalismo fiscale. In particolare, nel documento *de quo* si prevedeva che una determinata politica dovesse essere assegnata al livello comunitario o al livello statale secondo l’intensità degli effetti (*esternalità*) transfrontalieri che essa poteva produrre (c.d. *spillover test*). Utilizzando, pertanto, tali criteri, le misure macroeconomiche erano attribuite alla Comunità, mentre i servizi sociali, l’istruzione, la sanità pubblica rimanevano alla competenza dei singoli Stati membri¹⁴³.

In definitiva, in tale studio si dimostrava che, nella fase di integrazione *prefederale*, in cui allora si trovava la Comunità, la sussidiarietà fosse l’unico criterio utile per la suddivisione verticale dei poteri tra i diversi livelli di governo. La (re)distribuzione della ricchezza poteva, infatti, essere realizzata in maniera più efficace attraverso trasferimenti interstatali piuttosto che mediante un sistema fiscale comunitario centralizzato¹⁴⁴.

Progetto Spinelli

Nel 1983, i capi di stato e di governo dei paesi membri delle Comunità europee adottarono a Stoccarda una dichiarazione solenne, la quale fu alla base dell’elaborazione da parte del Parlamento europeo del progetto di Trattato-Costituzione sull’Unione del 1984 (c.d. progetto Spinelli).

¹⁴³ MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 56-57.

¹⁴⁴ DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, cit. 43.

Nel preambolo¹⁴⁵ di tale progetto si trovava un esplicito riferimento al principio di sussidiarietà come “criterio da seguire nell’attribuzione delle competenze alle istituzioni comunitarie”. Secondo il tenore del progetto in questione le competenze dovevano essere individuate in base al principio di sussidiarietà. L’Unione doveva, pertanto, assumere solo quei compiti che riteneva di potere svolgere più efficacemente dei singoli Stati¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Il Progetto Spinelli individuava i compiti dell’Unione nei seguenti: a) “sviluppare l’economia dei suoi popoli nella stabilità – senza discriminazioni tra i cittadini e tra le imprese degli Stati membri – rafforzando la capacità dei suoi Stati membri, dei suoi cittadini e delle loro imprese di adeguare le loro strutture e le loro attività alle mutazioni economiche contemporanee; b) elaborare e attuare le politiche strutturali e congiunturali dell’Unione in modo da ottenere, insieme con un’espansione equilibrata di tutta l’Unione, la progressiva eliminazione degli squilibri esistenti fra le sue diverse aree e regioni; c) rendere gli stati membri capaci di rispondere congiuntamente e solidamente alle nuove sfide di ordine tecnologico, finanziario, monetario e di altro tipo alle quali tutti si trovano confrontati; d) promuovere uno sviluppo umano e armonico della società, cercando di raggiungere la piena occupazione, condizioni di vita approssimativamente comparabili in tutte le regioni e un alto livello di giustizia sociale, di realizzare uno stile di vita che garantisca stabilmente una superiore qualità dell’ambiente e il rispetto degli equilibri ecologici, di sostenere e rafforzare lo sviluppo scientifico e culturale dei suoi popoli; e) sviluppo armonico e giusto di tutti i popoli del mondo per permettere loro di uscire dal sottosviluppo e dalla fame e di esercitare pienamente i propri diritti politici, economici e sociali; f) promuovere, con la sua azione internazionale, la sicurezza, la pace, la cooperazione, il disarmo e la libera circolazione delle persone e delle idee; g) permettere la partecipazione, secondo forme appropriate, delle collettività locali e regionali alla costruzione europea; h) prendere le misure necessarie alla creazione e allo sviluppo di uno spirito civico europeo” (DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, cit., 43-44).

¹⁴⁶ In particolare nel Preambolo si affermava che le Parti si sarebbero impegnate ad “affidare a istituzioni comuni, conformemente al principio di sussidiarietà, soltanto le competenze necessarie per assolvere i compiti che esse potranno realizzare in modo più soddisfacente che non gli stati isolatamente”. Inoltre, l’art. 12, co. 2, del progetto prevedeva che: “Quando il presente Trattato attribuisce una competenza concorrente all’Unione, l’azione degli Stati membri si esercita nei casi in cui l’Unione non è intervenuta. L’Unione agisce esclusivamente per svolgere i compiti che in comune possono essere svolti più efficacemente che non dai singoli Stati membri separatamente, in particolare quelli la cui realizzazione richiede l’azione dell’Unione giacché le loro dimensioni o i loro effetti oltrepassano

Inoltre, il punto 9 del preambolo affermava la volontà degli Stati contraenti di conferire alle istituzioni comunitarie, “conformemente al principio di sussidiarietà, soltanto le competenze necessarie ad assolvere i compiti che esse avrebbero potuto realizzare in modo più soddisfacente che non gli Stati isolatamente”. A sua volta, il punto 7 esprimeva la necessità “di permettere la partecipazione degli Enti locali e regionali alla costruzione europea”¹⁴⁷.

Gli obiettivi previsti dal punto 9 di tale progetto potevano essere realizzati tramite gli strumenti dell’azione comune e della cooperazione fra gli Stati. L’azione comune consisteva nell’insieme degli atti (...) normativi, amministrativi, finanziari e giudiziari, nonché i programmi e le raccomandazioni dell’Unione”. La cooperazione, invece, indicava “gli impegni che gli stati membri prendono nel quadro del Consiglio”. L’adozione di tali strumenti doveva avvenire nell’ambito di settori specificatamente individuati dal Trattato stesso (punto 10)¹⁴⁸.

Il progetto menzionava solamente le sole competenze esclusive e concorrenti che dovevano essere attribuite all’Unione; nessun riferimento, invece, alle competenze potenziali diversamente dai Rapporti del 1975 e del 1977 sopra esaminati¹⁴⁹.

Relativamente alle competenze esclusive, il Progetto dichiarava che: “Le autorità nazionali non possono intervenire se non per quanto previsto dalla legge sull’Unione”. Mentre, in merito alle competenze concorrenti il documento *de quo* richiama

i confini nazionali (...)” (DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, cit. 44).

¹⁴⁷ D’AGNOLO, *La Sussidiarietà nell’Unione europea*, cit. 45.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

nuovamente il principio di sussidiarietà nell'accezione di criterio di esercizio (e, quindi, *non* di attribuzione) delle medesime. Segnatamente, l'art. 12, comma 2, stabiliva che: "L'unione agisce esclusivamente per svolgere i compiti che in comune possono essere svolti più efficacemente che non dai singoli Stati membri separatamente, in particolare quelli la cui realizzazione richiede l'azione dell'Unione giacché le loro dimensioni e i loro effetti oltrepassano i confini nazionali".

È chiaro, dunque, il riferimento al c.d. *spillover test* utilizzato nel rapporto del 1977 quale criterio per giustificare l'azione comunitaria.

L'esercizio delle competenze da parte dell'Unione era, inoltre, sottoposto a due condizioni che dovevano entrambe sussistere contemporaneamente:

a) gli obiettivi dovevano potere essere realizzati più efficacemente a livello superiore;

b) doveva essere dimostrata in concreto la migliore capacità dell'Unione nel perseguimento dei medesimi¹⁵⁰.

Infine, occorre rilevare che il progetto *de quo* indicava nella legge lo strumento normativo adottabile dall'Unione per intervenire in settori, oggetto di competenza concorrente. La *ratio* di tale scelta normativa si basava sulla circostanza evidente che lo strumento legislativo presentava (e presenta tuttora) caratteristiche simili alla direttiva. La legge era, infatti,

¹⁵⁰ In proposito si è osservato in dottrina che la sussidiarietà, nel rapporto Spinelli, si inseriva in un sistema federale compiuto, vale a dire definito dai seguenti elementi: il riconoscimento della preminenza del diritto dell'Unione sul diritto dei singoli Stati membri; la partecipazione effettiva dei cittadini dell'Unione e dei singoli Stati membri alla formazione delle decisioni; la previsione in una c.d. lista rigida delle competenze esclusive e concorrenti (DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità Europea*, cit. 43-45).

sicuramente meno vincolante e più rispettosa della sfera di autonomia dei Governi nazionali del regolamento e, quindi, più conforme al principio di sussidiarietà¹⁵¹.

L'intervento comunitario era disciplinato in maniera da non invadere le competenze nazionali. A tale scopo, l'Unione aveva, ad esempio, il compito di *coordinare* il ricorso al mercato dei capitali (art. 51), di *orientare e coordinare* le azioni degli Stati membri nel campo industriale e della politica della ricerca e dello sviluppo (art. 53), di *incoraggiare* le azioni nell'ambito della politica di difesa dei consumatori (art. 57) e dell'ambiente (art. 59). Un ruolo, poi, di cooperazione dell'Unione era previsto in ambito della ricerca scientifica (art. 60), della politica culturale (art. 61) e della politica dell'informazione (art. 62) in ordine alla quale era previsto che l'Unione "incoraggiasse" la cooperazione tra società radiofoniche e televisive¹⁵².

Infine, come rilevato da un'autorevole dottrina, nel Progetto Spinelli la sussidiarietà si inseriva accanto ad altri elementi su cui si sarebbe dovuta basare l'Unione, e cioè: l'adozione di un sistema federale, il riconoscimento della preminenza del diritto dell'Unione sul diritto degli Stati membri, la partecipazione dei cittadini dell'Unione e dei singoli stati membri alla formazione delle decisioni, l'attribuzione all'Unione di strumenti idonei allo svolgimento dei suoi compiti, la predisposizione di procedure particolari per avviare l'azione dell'Unione ed, infine, la definizione nel trattato, mediante una "lista grigia" delle funzioni esclusive o concorrenti¹⁵³.

¹⁵¹ D'AGNOLO, *La Sussidiarietà nell'Unione europea*, cit. 45.

¹⁵² DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, cit. 45.

¹⁵³ *Ibidem*.

Come è noto, il Progetto di Trattato *de quo* non superò il processo di ratifica da parte di alcuni Stati membri, sebbene avesse avuto il consenso di molti altri Stati membri. Diverse furono le motivazioni del suo fallimento. Una di queste era sicuramente il timore, avvertito dalla Gran Bretagna, che l'inserimento del principio di sussidiarietà nell'ordinamento comunitario avrebbe favorito la creazione di un Super Stato accentratore ed espropriatore delle funzioni delle singole nazioni¹⁵⁴.

3.2. Le enunciazioni normative "implicite" della sussidiarietà.

È opinione diffusa in dottrina che il *principio di sussidiarietà sia da tempo presente nel tessuto normativo dei Trattati e corollario logico indefettibile del principio delle competenze di attribuzione* (MOSCARINI, 2003)¹⁵⁵.

Seguendo l'impostazione del D'Agnolo, riferimenti impliciti al principio di sussidiarietà si possono rinvenire nell'articolo 5 del Trattato Ceca e negli articoli 100, 235 e 189 del Trattato Ce. Ciò è senz'altro esemplificativo della presenza risalente nel tempo del principio in questione anche a livello normativo, e non solo storico-filosofico. Ci soffermeremo, pertanto, pur se brevemente, sulle disposizioni *de quibus*, prima di analizzare il significato del principio di sussidiarietà secondo l'attuale formulazione dell'art. 3 B (ora 5) del Trattato Ce, e successive modifiche.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 45.

Articolo 5 del Trattato Ceca

L'articolo 5 del Trattato Ceca dispone che: "La Comunità compie la sua missione, alle condizioni previste dal presente Trattato, con interventi limitati. A tale fine essa (...) assicura la costituzione, il mantenimento ed il rispetto delle condizioni normali di concorrenza ed esercita un'azione diretta sulla produzione e sul mercato solo quando le circostanze lo richiedano (...) Le istituzioni della Comunità esercitano queste attività con un apparato amministrativo ridotto, in cooperazione stretta con gli interessati".

Dal tenore di questa disposizione emerge che la Comunità può intervenire in tale settore mediante azioni non dirette ma *soft*, volte, cioè, al "coordinamento" ed alla "informazione". Ciò trova conferma nell'articolo 46, il quale, nello specificare i poteri attribuiti all'Alta Autorità dall'art. 5, stabilisce che: *"L'Alta autorità può, in ogni momento, consultare i governi, i diversi interessati (imprese, lavoratori, consumatori, commercianti) e le loro associazioni, e parimenti qualunque perito. Le imprese, i lavoratori, le associazioni, i commercianti, e le loro associazioni hanno facoltà di presentare all'Alta Autorità ogni suggerimento od osservazione sui problemi che li riguardano".*

La Comunità svolge, pertanto, nell'ambito del mercato e della concorrenza una funzione di mero coordinamento, di indirizzo e di consultazione con i governi, i soggetti coinvolti e le loro associazioni, in modo da garantire e preservare la libertà di iniziativa economica.

Al contrario, l'intervento dei pubblici poteri in tale settore può verificarsi solo *sussidiariamente*, vale a dire qualora gli obiettivi stabiliti dal Trattato stesso (espansione economica, incremento dell'occupazione, miglioramento del tenore di vita degli stati membri, e così via) non siano raggiungibili in modo

adeguato dai privati. Solo in questo caso, le istituzioni comunitarie possono intervenire direttamente sulla produzione e sul mercato così da ristabilire l'equilibrio turbato.¹⁵⁶

In conclusione, come rilevato in dottrina, il Trattato sembrerebbe prefigurare un sistema economico *misto*, il quale rappresenterebbe un compromesso fra la tesi liberale e quella interventista. La preferenza assoluta è per l'iniziativa privata. L'intervento dei pubblici poteri può, dunque, avvenire solo se gli obiettivi stabiliti dal trattato non possono essere realizzati del tutto o in modo sufficiente dai privati. In questo caso, la Comunità acquista "poteri esclusivi", i quali, possono, però, essere esercitati dall'Alta Autorità solo se sono indispensabili al raggiungimento dei fini stabiliti nel Trattato¹⁵⁷.

Articolo 100 del Trattato Ce

L'articolo 100 del Trattato si riferisce al ravvicinamento delle disposizioni legislative, amministrative e regolamentari degli Stati membri per opera dell'azione della Comunità. Più precisamente, esso dispone che: " *Il Consiglio, deliberando all'unanimità, su proposta della Commissione, stabilisce le direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative che abbiano un'incidenza sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune*".

Si tratta di uno strumento di armonizzazione delle normative nazionali qualora sussistano nei singoli Stati differenziazioni tali da mettere in pericolo la realizzazione dei presupposti della concorrenza.

¹⁵⁶ D'AGNOLO, *La Sussidiarietà nell'Unione europea*, cit. 52-53.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

L'articolo in questione presenta forti assonanze con la sussidiarietà. Esso può, infatti, essere utilizzato unicamente quando le disparità esistenti fra le disposizioni sopra citate siano tali da incidere negativamente sull'instaurazione e sul funzionamento del mercato comune. Pertanto, solo in queste ipotesi le istituzioni comunitarie possono legittimamente attivarsi sostituendosi agli Stati membri, in modo da eliminare gli squilibri che l'azione separata di questi ultimi produce in ambito economico¹⁵⁸.

Per quanto riguarda i mezzi utilizzabili a tale scopo, si ritiene comunemente che la "direttiva" sia preferibile agli altri strumenti normativi, in quanto conforme allo spirito del Trattato Ce di rispettare la sfera di autonomia delle nazioni della Comunità. Essa, infatti, vincola i relativi destinatari solo nei fini da raggiungere. Questi, d'altra parte, sono liberi di scegliere le modalità che ritengono più opportune per adempiervi adeguatamente.

È, inoltre, previsto che l'uso della direttiva deve, comunque, rispettare il *principio della proporzionalità* di cui all'art. 3, lett. h) del Trattato Ce, il quale, come rilevato in dottrina, presenta forti somiglianze con la formulazione di cui all'art. 3 B, comma 3, del trattato di Maastricht.

Più precisamente, l'articolo 3 h stabilisce che il ravvicinamento delle normative nazionali "deve avvenire nella misura *necessaria* al funzionamento del mercato comune". Infine, la richiesta dell'unanimità del Consiglio per la sua adozione costituisce indubbiamente una forma di garanzia procedimentale

¹⁵⁸ D'AGNOLO, *La Sussidiarietà nell'Unione europea*, cit. 54.

volta, cioè, ad evitare intromissioni arbitrarie delle istituzioni comunitarie in ambiti statali¹⁵⁹.

Articolo 235 del Trattato Ce

L'articolo 235 del Trattato Ce prevede che, nel caso in cui il Trattato non attribuisca alla Comunità le competenze necessarie al conseguimento degli obiettivi fissati dal trattato nel settore della creazione del mercato comune, il Consiglio "deliberando all'unanimità, su proposta della Commissione, e dopo avere consultato il Parlamento Europeo, prende le disposizioni del caso".

Trattasi di competenze c.d. sussidiarie o implicite, che svolgono la funzione di colmare i vuoti normativi fra scopi stabiliti nel trattato e poteri effettivamente attribuiti alle istituzioni comunitarie.

Una certa dottrina parla, al riguardo, di "sussidiarietà di secondo grado" o di "sussidiarietà nella sussidiarietà", dal momento che considera sussidiarie le competenze comunitarie rispetto a quelle statali e le competenze ex art. 235 come sussidiarie rispetto a quelle attribuite alla comunità dal trattato stesso¹⁶⁰. Ciò nonostante, l'articolo 235 è diretto a supplire all'assenza di poteri di azione, attribuiti espressamente o implicitamente alle istituzioni comunitarie da specifiche disposizioni del trattato, nell'ipotesi in cui tali poteri siano necessari affinché la Comunità possa portare a compimento gli obiettivi fissati dall'accordo *de quo*.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

L'Autore sottolinea che garanzie di questo tipo erano, comunque, previste sia nel Progetto Spinelli, sia dall'art. 130 R § 4 dell'Atto Unico.

¹⁶⁰ CONSTATINESCO, *La distribution des pouvoirs entre la Communauté et ses Etats membres: l'équilibre mouvant de la compétence législative et le principe de subsidiarité*, in AA.VV., *The Institutions of the European Community*, 14.

Presupposto per il ricorso alla procedura ex art. 235 è la *necessità* dell'azione comunitaria al fine di colmare lo iato esistente fra scopi previsti e strumenti messi a disposizione dal trattato stesso per il raggiungimento dei medesimi. Inoltre, l'azione comunitaria deve risultare *funzionale e proporzionale* all'obiettivo da raggiungere, con la conseguenza che devono essere preferite le misure meno intrusive rispetto a quelle, invece, più invadenti e lesive dell'autonomia delle nazioni¹⁶¹.

In definitiva i presupposti per l'adozione dei poteri c.d. impliciti ai sensi dell'art. 235 sono:

- a) la necessarietà dell'azione rispetto alla esigenza di colmare il divario esistente fra scopi previsti e poteri attribuiti al raggiungimento dei medesimi;
- b) il collegamento dell'azione con uno scopo fissato dal Trattato in base ad un nesso teleologico e funzionale.
- c) la proporzionalità dell'azione intrapresa rispetto all'obiettivo da raggiungere¹⁶².

L'accertamento della ricorrenza di tali presupposti (necessarietà, nesso teleologico e proporzionalità) è affidata, *in primis*, al Consiglio che ha l'iniziativa, e, in seconda battuta, alla Commissione in sede di approvazione. La Corte di giustizia può, invece, sindacare tale giudizio solo in caso di "*clear abuse*" da parte del Consiglio del potere decisionale di cui si dispone nel valutare la necessarietà dell'azione comunitaria.¹⁶³ Al di fuori, infatti, di questa ipotesi, la scelta del Consiglio sarebbe

¹⁶¹ MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 52.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ D'AGNOLO, *La Sussidiarietà nell'Unione europea*, cit. 56.

incensurabile, in quanto appartenente alla sua sfera discrezionale¹⁶⁴.

Tuttavia, l'esigenza avvertita a partire dagli anni 70 di estendere la sfera delle competenze comunitarie ha giustificato l'ampio utilizzo di questa norma in ulteriori settori, come quello del commercio, o nell'ambito delle competenze c.d. esterne, concernenti i rapporti della Comunità con Paesi Terzi. Detta estensione è stata, anche, resa possibile dalla Giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, la quale ha sempre interpretato la clausola dei c.d. poteri impliciti in senso estensivo dilatando, in questo modo, le competenze comunitarie.

Con l'adozione dell'Atto unico europeo e, soprattutto, in seguito all'introduzione del principio di sussidiarietà, la Corte ha cambiato il proprio orientamento. Essa ha, infatti, iniziato ad interpretare tale norma in modo più restrittivo, limitando, pertanto, la sua applicazione alle sole ipotesi in cui non vi fossero altre disposizioni nel trattato che conferissero alla Comunità i poteri necessari al perseguimento degli obiettivi comunitari¹⁶⁵.

Articolo 189 del Trattato Ce

In ultima analisi, l'articolo 189 del Trattato Ce, nell'elencare gli atti normativi comunitari, si riferisce alla direttiva in questi termini: "La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la

¹⁶⁴ *Idem*, 55-56.

¹⁶⁵ MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 52-53. È interessante evidenziare, come fa una certa dottrina, la somiglianza intercorrente fra i presupposti individuati dall'articolo 235, e le condizioni poste alla base della propria decisione dal Giudice Marshall in merito all'utilizzo dei c.d. poteri impliciti da parte del Governo federale: v. supra, capitolo 1-sezione 2.

competenza degli organi nazionali in merito alla forma ed ai mezzi”.

In merito alla natura della direttiva, la dottrina è divisa in due orientamenti contrapposti.

Il primo, minoritario, ritiene che la struttura della direttiva non sia affatto riconducibile alla sussidiarietà.

Più precisamente, secondo questo orientamento di pensiero, la sussidiarietà regolerebbe soltanto l'*an* dell'intervento comunitario, e non anche il *quantum*, per cui sarebbe impossibile ricomprendere nel concetto in esame anche quello di direttiva. Infatti, in caso di ricorso a tale atto normativo comunitario, la questione concernente l'*an*, ossia della necessità o meno dell'azione comunitaria, non si porrebbe. Anzi, essa sarebbe risolta positivamente.

Per converso, una seconda posizione di pensiero, sostenuta dalla dottrina maggioritaria, è dell'avviso che le caratteristiche della direttiva si conformino pienamente alla *ratio* del principio della sussidiarietà. Alcuni autori arrivano, addirittura, ad affermare che tale strumento costituisca l'archetipo della sussidiarietà in ambito comunitario.

In particolare, secondo quest'ultimo orientamento, la sussidiarietà disciplinerebbe non solo l'*an*, ma anche il *quantum*, vale a dire l'intensità dell'azione comunitaria, con la conseguenza che la struttura della direttiva (*quantum*) può essere ricondotta a quella della sussidiarietà (*an* e *quantum*)¹⁶⁶.

A conferma di ciò, il testo del Protocollo sulla sussidiarietà, allegato al Trattato di Amsterdam, prevede espressamente che le

¹⁶⁶ D'AGNOLO, *La Sussidiarietà nell'Unione europea*, cit. 57.

“direttive dovrebbero essere preferite ai regolamenti, e le direttive-quadro alle misure dettagliate”¹⁶⁷.

Le due posizioni sopra riportate arrivano a conclusioni opposte, atteso che esse muovono da una diversa concezione della sussidiarietà che è più ampia per la seconda e più restrittiva, invece, per la prima. Questa, infatti, rifacendosi alla formulazione dell’articolo 3 B, ritiene che i due concetti (sussidiarietà e direttiva) siano inconciliabili, dal momento che il problema legato alla sussidiarietà riguarderebbe solamente la necessità o meno di un intervento a livello comunitario (*id est, an*), e non anche l’intensità del medesimo (*id est, quantum*).

Al contrario, l’orientamento maggioritario, considerando la sussidiarietà sotto il profilo sia della necessità (*id est, an*) sia dell’intensità dell’azione comunitaria (*id est, quantum*), la ritiene comprensiva anche del concetto di proporzionalità di cui all’art. 3 B, comma 3, alla cui *ratio* suole ricondurre lo strumento giuridico della direttiva¹⁶⁸.

3.3. I riferimenti diretti ed indiretti al principio di Sussidiarietà

Nel paragrafo precedente abbiamo esaminato le enunciazioni “implicite” della sussidiarietà. A questo punto, prima di soffermarci sull’art. 3 B (ora 5) del Trattato di Maastricht, andiamo ad analizzare i riferimenti diretti ed indiretti alla sussidiarietà.

¹⁶⁷ *Idem*, 56-58.

¹⁶⁸ Come evidenziato dal D’Agnolo, nella prassi le direttive hanno assunto caratteri sempre più dettagliati tali da eliminare qualsiasi spazio di decisione lasciato all’autonomia degli stati membri (D’AGNOLO, *La Sussidiarietà nell’Unione europea*, cit. 57)

Prenderemo, pertanto, in considerazione le seguenti disposizioni: l'art.130 R (ora art. 174), relativo alla distribuzione delle competenze fra Comunità e Stati membri in materia ambientale; art. 130 S del Trattato Ce (divenuto art. 175 Ce) concernente la procedura da seguire per l'adozione di un atto comunitario in materia ambientale; gli artt. 130 B, 130 F e 130 G, in materia di coesione economico-sociale e di sviluppo tecnologico.

Espressioni indirette della sussidiarietà sono rinvenibili, altresì, negli articoli: 130 T, del trattato Ce, introdotto dall'Atto Unico Europeo sempre in materia ambientale, 118 A § 3, in materia di protezione delle condizioni lavoro, e 100 A § in tema di armonizzazione delle normative comunitarie.

Materia ambientale

La dottrina concorda nel ritenere che l'Atto Unico Europeo del 1986 contenga il primo riferimento esplicito al principio di sussidiarietà limitatamente alla materia dell'ambiente.

L'introduzione, infatti, dell'articolo 130 R (ora art. 174), relativamente alla distribuzione delle competenze fra Comunità e Stati membri in materia ambientale, rappresenta la prima enunciazione espressa del principio in questione, anche se in termini vaghi e generici, e, dunque, tali da non potere costituire un vincolo per la politica comunitaria. Essa costituisce, piuttosto, un'occasione per verificare la portata di tale principio in una materia dove la necessità di un intervento comunitario, avvertita ormai da tempo, fu affermata dalla giurisprudenza

della Corte di Giustizia in base all'interpretazione sistematica degli articoli 100 e 235 (ora, 94 e 308) ¹⁶⁹.

L'articolo 130 R, comma 1, del Trattato Ce recita testualmente che: "L'azione della Comunità in materia ambientale ha l'obiettivo: di salvaguardare, proteggere e migliorare la qualità dell'ambiente; di contribuire alla protezione della salute umana; di garantire un'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali". Tale disposizione aggiunge, poi, al comma 4, che: "La Comunità agisce in materia ambientale *nella misura* in cui gli obiettivi di cui al paragrafo 1 possono essere meglio realizzati a livello comunitario piuttosto che a livello dei singoli Stati membri".

Il primo comma, dunque, della disposizione in esame fissa gli *obiettivi* che la Comunità deve realizzare in materia di ambiente. Il quarto comma stabilisce, invece, il *criterio* in base al quale la Comunità può intervenire. Si tratta del principio di sussidiarietà. La competenza comunitaria in tale settore è, infatti, subordinata (*id est*, sussidiaria) all'accertamento dell'insufficienza del livello nazionale a soddisfare gli scopi fissati in modo adeguato¹⁷⁰.

L'articolo 130 S del Trattato Ce (divenuto art. 175 Ce) stabilisce, poi, la procedura da seguire per l'adozione di un atto

¹⁶⁹ MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 61.

¹⁷⁰ *Idem*, 61-62.

In merito alla formulazione dell'articolo 130 R, parte della dottrina ha giustamente rilevato che la disposizione *de qua* non individua in maniera netta le competenze comunitarie e quelle nazionali. Essa non favorisce neanche l'interpretazione per cui in materia ambientale alle nazioni spetterebbe una competenza generale, mentre alla Comunità soltanto residuale e sussidiarietà.

Tuttavia, occorre sottolineare che l'articolo 130 R costituisce sicuramente un progresso nel sistema giuridico comunitario grazie alla formulazione del 4 comma in grado di richiamare i concetti di sussidiarietà e di residualità dell'azione comunitaria.

comunitario in materia ambientale. Esso prevede che il Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, debba decidere all'unanimità. La richiesta della unanimità costituisce, pertanto, una garanzia procedimentale del rispetto della "sussidiarietà" e, quindi, dell'autonomia dei singoli Stati. Tuttavia, il secondo comma della disposizione in esame consente al Consiglio di decidere che determinate decisioni possano essere assunte con la maggioranza qualificata, anziché all'unanimità¹⁷¹.

Un richiamo meno diretto alla sussidiarietà, sempre in materia ambientale, è rinvenibile nell'articolo 130 T del Trattato Ce, anche esso introdotto dall'Atto Unico. Tale disposizione prevede che: "I provvedimenti di protezione adottati in comune in virtù dell'articolo 130 S" costituiscono un limite nei confronti degli Stati membri i quali, a loro volta, sono liberi di adottare "provvedimenti, compatibili col presente Trattato, per una protezione ancora maggiore".

In altri termini, secondo il tenore di questa disposizione, la Comunità non deve spingersi oltre a quanto è necessario per il perseguimento dei propri obiettivi. Una volta raggiunti i propri scopi istituzionali, la Comunità deve, per così dire, *ritirarsi* e lasciare lo spazio agli Stati.

Come opportunamente osservato in dottrina, gli articoli 130 R e 130 T del Trattato Ce (divenuti artt.174-176 CE), introdotti dall'Atto Unico Europeo, raffigurano la *materia "ambiente" come un settore tipicamente sussidiario*. Dette disposizioni costituiscono, infatti, la *positivizzazione* dell'azione comunitaria

¹⁷¹ DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, cit. 47.

in tale ambito; azione che è, però, legittimata solo qualora ricorra il *presupposto che gli obiettivi fissati in materia ambientale dal Trattato siano meglio realizzati a livello comunitario*.

Tuttavia, come rilevato dal De Pasquale, le disposizioni citate non delineano con precisione i parametri cui fare riferimento al fine di valutare la necessità o meno dell'intervento comunitario. Di conseguenza, l'opportunità di un'azione comunitaria deve essere valutata *caso per caso* e secondo un *criterio meramente negativo* che faccia riferimento all'*impossibilità* delle nazioni di assicurare un'adeguata protezione dell'ambiente alla stregua della Comunità¹⁷². In conclusione, nel settore *de quo* bisogna di volta in volta individuare il livello di governo più adeguato (locale, regionale, nazionale, comunitario), in base alle esigenze concrete da soddisfare. Per tale motivo, nell'Atto Unico Europeo si è preferito ripartire le competenze non in modo formale ed aprioristico, ma secondo un criterio flessibile (sussidiarietà) che rispondesse maggiormente alle necessità oggettive del caso¹⁷³.

Materia di coesione economico-sociale

Un riferimento al principio della sussidiarietà si trova anche in materia di coesione economica e sociale, e di sviluppo

¹⁷² *Idem*, 46-47.

A tale riguardo, si possono ricordare alcune pronunce della Corte di Giustizia. Ad esempio, nella causa 300/89, relativa alla base giuridica della direttiva sui residui di Biossido di titanio, l'Avvocato generale Tesaro sottolinea che "nel settore ambiente la competenza della Comunità va esercitata se gli obiettivi di tutela ambientale non possono essere meglio garantiti dall'azione delle singole nazioni". Da tale affermazione si evince che la Comunità deve, in primo luogo, dimostrare l'insufficienza dell'azione degli Stati per potere intervenire. Inoltre, si profila anche la possibilità di un controllo giurisdizionale sul rispetto del principio di sussidiarietà da parte della Comunità.

¹⁷³ *Idem*, 48.

tecnologico. In merito al settore di coesione sociale, la ripartizione delle competenze fra Comunità e Stati membri segue il criterio della sussidiarietà, combinato con quello del c.d. paternariato, vale a dire della collaborazione fra i diversi livelli amministrativi.

A tale riguardo, l'articolo 130 B dispone che: "La Comunità appoggia la realizzazione degli obiettivi posti dagli articoli 130 A e 130 C, con l'azione che essa svolge attraverso *Fondi a finalità strutturale* (...), la Banca europea per gli investimenti e gli altri strumenti finanziari esistenti".

Il perseguimento da parte della Comunità dell'obiettivo della coesione economico-sociale avviene essenzialmente sia utilizzando Fondi a finalità strutturata sia tramite iniziative dirette a migliorare le condizioni di vita dei lavoratori stessi. A tale proposito, l'art. 130 A trattato CE sancisce che: "Per promuovere uno sviluppo armonioso dell'insieme della Comunità, questa sviluppa e prosegue la propria azione intesa a realizzare il rafforzamento della sua coesione economico-sociale. In particolare, la Comunità mira a ridurre il divario tra le diverse regioni ed il ritardo delle regioni meno favorite (...)"¹⁷⁴.

In concreto, tale *modus operandi* si è tradotto nell'attribuzione alla Comunità di poteri di indirizzo, di coordinamento e di controllo delle politiche economiche nazionali: scambio di informazioni, consultazioni, suddivisione dei compiti e concentrazione delle risorse¹⁷⁵.

¹⁷⁴ *Idem*, 57.

¹⁷⁵ *Idem*, 53-54.

Materia di ricerca e sviluppo tecnologico

L'articolo 130 F stabilisce che la Comunità, al fine di “rafforzare le basi scientifiche e tecnologiche dell'industria europea e di favorire lo sviluppo della sua competitività internazionale, *incoraggia* le imprese (...) nei loro sforzi di ricerca e di sviluppo tecnologico; essa sostiene i loro sforzi di cooperazione”.

L'articolo 130 G precisa, inoltre, che: “Le azioni che la Comunità svolge in questa materia *integrano* quelle intraprese dagli Stati membri”¹⁷⁶.

Le disposizioni citate disciplinano l'intervento comunitario in materia di ricerca e di sviluppo. Esse non fanno riferimento diretto al principio di sussidiarietà, il quale, però, si deduce dalla circostanza che la Comunità può intervenire solamente, quando con la sua azione gli obiettivi comunitari possono essere realizzati meglio che a livello nazionale¹⁷⁷.

In merito, la dottrina ha osservato che detta disciplina delinea un *riparto di competenze più chiaro e definito* di quello tracciato in tema di tutela dell'ambiente per i seguenti motivi: in primo luogo, perché, non essendo stato richiamato il principio di sussidiarietà, la Comunità non è obbligata a verificare *a priori* l'efficacia e la necessità della propria azione; inoltre, perché gli

¹⁷⁶ D'AGNOLO, *La Sussidiarietà nell'Unione europea*, cit. 60-61.

Specificatamente, l'art. 130 G del Trattato CE (divenuto art. 164 CE) recita testualmente che: “Nel perseguire tali obiettivi, la Comunità svolge le azioni seguenti, che integrano quelle intraprese dagli Stati membri: a) attuazione di programmi di ricerca, sviluppo tecnologico e dimostrazione, promuovendo la cooperazione tra le imprese, i centri di ricerca e le università; b) promozione della cooperazione in materia di ricerca e di sviluppo tecnologico e di dimostrazione comunitari con i paesi terzi e le organizzazioni internazionali; c) diffusione e valorizzazione dei risultati delle attività in materia di ricerca, sviluppo tecnologico e di dimostrazione comunitari; d) impulso alla formazione e alla mobilità dei ricercatori comunitari”.

¹⁷⁷ DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, cit. 51.

Stati possono, comunque, adottare misure di promozione, valorizzazione e di sfruttamento della ricerca, essendo semplicemente vincolati al rispetto degli impegni assunti in sede di programmazione.

L'azione comunitaria si giustifica, inoltre, in tale settore qualora gli obiettivi siano riconducibili al buon funzionamento del mercato interno. In tal senso è stata interpretata l'espressione "integrazione" di cui all'art. 130 G, come condizione per l'intervento dell'azione comunitaria. In conclusione, l'attività comunitaria in materia di ricerca e sviluppo tecnologico presenta i seguenti due caratteri:

- a) sussidiarietà sul piano strutturale procedurale;
- b) precompetitività nel merito.

Il primo (sussidiarietà sul piano strutturale procedimentale) giustifica un'azione comunitaria solo se questa nel breve o nel medio o nel lungo periodo, comporti notevoli vantaggi di carattere finanziario o tecnico – scientifico.

Il secondo (precompetitività nel merito) esige che la Comunità partecipi allo svolgimento delle fasi che precedono lo sfruttamento industriale delle scoperte e delle invenzioni. In altre parole, l'intervento comunitario deve avvenire nel passaggio dalla fase della ricerca di base a quella applicata alla produzione. Tuttavia, l'azione comunitaria non si spinge mai fino al punto di spogliare gli Stati della competenza di adottare tutte le misure utili al fine di promuovere lo sviluppo tecnologico dell'industria nazionale e di proiettarla nei mercati internazionali. Essa si arresta sempre alla fase precedente conformemente al rispetto del principio di sussidiarietà ¹⁷⁸.

¹⁷⁸ *Idem*, 53-54.

Ulteriori espressioni, anche se meno dirette, del principio di sussidiarietà possono essere rinvenute negli articoli 130 T, 118 A § 3 e nell'articolo 100 A § 4. Dell'articolo 130 T abbiamo già parlato. Brevemente, per quanto riguarda il settore della politica sociale, l'articolo 118 A § 3 prevede la medesima disciplina delineata dall'articolo 130 T in materia ambientale, relativamente all'adozione di misure più severe in materia di protezione delle condizioni lavoro. Una disposizione simile è stata, poi, introdotta dal Trattato di Maastricht in relazione alla protezione dei consumatori (art. 129 A §3).

In senso, invece, più generale, per quanto riguarda l'armonizzazione delle legislazioni nazionali, l'articolo 100 A § 4 dispone che: "Allorché, dopo l'azione di una misura di armonizzazione da parte del Consiglio a maggioranza qualificata, uno Stato membro ritenga necessario applicare disposizioni nazionali giustificate da esigenze importanti previste dall'art. 36 o relative alla protezione dell'ambiente di lavoro o dell'ambiente, esso notifica tali disposizioni alla Commissione".

Inoltre, un'applicazione implicita del principio di sussidiarietà è rinvenibile anche nell'art. 100 B, relativamente all'esercizio dei poteri di attuazione. Detta disposizione pone il principio del mutuo riconoscimento delle legislazioni nazionali per la realizzazione degli obiettivi del mercato interno. In questo modo, è lasciata ampia autonomia agli Stati membri nel

mantenere o nell'emanare la propria specifica disciplina, nel rispetto dei principi generali di diritto comunitario¹⁷⁹.

Riferimenti al principio di sussidiarietà sono, infine, ravvisabili anche in diverse risoluzioni del Parlamento europeo.

In particolare, il Parlamento europeo, nella risoluzione sul principio di sussidiarietà del 12 luglio 1990, pone in evidenza l'importanza di questo principio (di cui auspica la formulazione esplicita nel futuro Trattato sull'Unione europea) come "guida politica" per stabilire l'ambito delle competenze concorrenti e legittimarne il relativo trasferimento sotto il controllo del Parlamento stesso.

Nella successiva risoluzione del 21 novembre 1990 è espressa l'esigenza che il principio di sussidiarietà svolga la funzione di mantenere nella sfera degli Stati membri il maggior numero di competenze possibili. In questa prospettiva, l'intervento della Comunità in settori di competenza concorrente dovrebbe avvenire solo qualora la realizzazione di determinati obiettivi renda necessaria l'azione comunitaria sulla base di due criteri alternativi:

a) il criterio delle dimensioni (gli effetti degli obiettivi oltrepassano le frontiere degli Stati);

b) il criterio della efficienza (la comunità può conseguire gli obiettivi prestabiliti in maniera più efficace di quanto potrebbero le singole nazioni.)¹⁸⁰.

¹⁷⁹ STROZZI, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione europea*, in *Riv.It.Dir.Pubbl.Com.* n. 1 del 1993, 66.

¹⁸⁰ *Idem*, 66-67.

Le disposizioni citate evidenziano come l'importanza dell'obiettivo da raggiungere finisca inevitabilmente per incidere sulla ripartizione delle competenze fra Comunità e Stati. Questi ultimi, infatti, al fine di raggiungere gli obiettivi di salvaguardia dell'ambiente di lavoro e di protezione dell'ambiente, possono adottare misure comportanti distorsioni all'interno del mercato. In altri termini, la prevalenza - come rilevato da un'autorevole opinione dottrinale - di questi obiettivi su quelli del "mercato" conferisce agli Stati stessi spazi di manovra maggiori in ambiti (come questo del mercato) tradizionalmente riservati alla competenza esclusiva della Comunità¹⁸¹.

Dalla lettura di queste disposizioni emerge, inoltre, che il principio di sussidiarietà, pur non essendo esplicitamente richiamato, era, comunque, sotteso alla politica in materia di ambiente, di coesione socio-economica, di sviluppo tecnologico e di ricerca. Esso si esprimeva nella necessità che l'intervento comunitario trovasse la propria giustificazione nella possibilità di realizzare meglio gli scopi comunitari rispetto a quanto avrebbero potuto fare i singoli Stati membri.

Di conseguenza, la ripartizione delle competenze in questi settori non era fatta a *priori*, ma a *posteriori*, vale a dire in seguito ad un'accurata valutazione che aveva ad oggetto l'adeguatezza dei mezzi a disposizione degli Stati membri al raggiungimento degli scopi fissati e che teneva in considerazione le esigenze del caso. Da qui la flessibilità della distribuzione delle funzioni in materia di ambiente, di coesione socio-economica, di sviluppo tecnologico e di ricerca.

¹⁸¹ D'AGNOLO, *La Sussidiarietà nell'Unione europea*, cit. 62.

A questo punto, dopo avere esaminato i riferimenti impliciti ed indiretti al principio di sussidiarietà, andiamo ad analizzare l'art. 3 B (ora 5) del Trattato di Maastrich, il quale contiene la prima esplicitazione del concetto in questione.

3.4. L'enunciazione esplicita del principio di sussidiarietà: l'articolo 3 B del Trattato di Maastricht.

Come è ben noto, con la sottoscrizione del Trattato di Maastricht è stata formalmente avviata la fondazione costituzionale dell'Unione europea.

Una delle motivazioni, che stanno alla base della stesura del Trattato *de quo*, era la preoccupazione, avvertita da diversi Stati, di una forte centralizzazione del potere decisionale in capo alla Comunità a scapito dell'autonomia delle singole Nazioni. Da qui la scelta di prevedere finalmente in maniera esplicita la sussidiarietà, quale principio generale dell'intero ordinamento comunitario.

Prima, infatti, di tale momento, la sussidiarietà, nonostante che fosse presente sotto diverse forme (artt. 100 A § 4, 130 T e 118 A §), non costituiva un principio generale di diritto comunitario, alla luce del quale sindacare la legittimità degli atti comunitari. Al contrario, esso è ora inserito nell'articolo 3 B, nella Parte Prima del Titolo II del Trattato Cee, recante il Titolo "I Principi"¹⁸².

¹⁸² Durante i negoziati che precedettero la firma e la ratifica del Trattato di Maastricht furono date al principio di sussidiarietà due diverse interpretazioni. La Commissione considerava la sussidiarietà come un principio di legittimazione politica, il Parlamento europeo, invece, come un principio operativo.

Riferimenti espressi al principio di sussidiarietà sono, anche, rinvenibili nel preambolo del Trattato e nell'articolo B, comma 2. Questo, infatti, prevede che: *“Gli obiettivi dell’Unione saranno perseguiti conformemente alle disposizioni del presente Trattato, alle condizioni e secondo il ritmo ivi fissati, nel rispetto del **principio di sussidiarietà definito dall’art. 3 B** del Trattato che istituisce la Comunità europea”*. In proposito, l'articolo A 2 aggiunge che: *“Il presente Trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di un’unione sempre più stretta tra i popoli dell’Europa, in cui le decisioni siano prese **il più vicino possibile ai cittadini**”*.

Infine, come rilevato da un'autorevole dottrina, le disposizioni relative alle nuove materie attribuite alla competenza della Comunità assegnano a quest'ultima un ruolo sussidiario rispetto a quello dei singoli Stati¹⁸³.

Più precisamente, la Commissione considerava il principio di sussidiarietà come parametro di valutazione dell'opportunità di un'azione comune, e come criterio generale di indirizzo, la cui applicazione doveva tenere in considerazione le circostanze concrete, con la conseguenza che esso poteva condurre a soluzioni diverse sul piano della delimitazione delle competenze.

La definizione parlamentare della sussidiarietà come principio operativo si trova, invece, nella relazione presentata dal Presidente Valéry Giscard d'Estaing al Parlamento europeo il 5 aprile 1990. Secondo tale relazione, la sussidiarietà avrebbe operato sia sulla definizione delle competenze (contenuto dell'azione da intraprendere) sia sull'esercizio delle competenze stesse (definizione del livello più idoneo all'attuazione). In altre parole, la sussidiarietà avrebbe condizionato la Comunità a svolgere solo quei compiti che, in base alle loro dimensioni ed ai loro effetti, sarebbero stati realizzati in modo più soddisfacente dalle istituzioni comunitarie che dai singoli Stati membri. Di conseguenza, lo Stato membro avrebbe trasferito alla Comunità esclusivamente quelle funzioni che non avrebbe potuto esercitare adeguatamente.

La relazione dell'On. Giscard d'Estaing ha ispirato i successivi lavori del Parlamento europeo. La sussidiarietà venne, poi, intesa come criterio in grado di definire il grado di accentramento/decentramento delle decisioni in determinato settore, privilegiano, a parità di efficacia, il livello inferiore, in modo da contenere la capacità espansiva della Comunità stessa (DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, cit. 63-71).

¹⁸³ D'AGNOLO, *La Sussidiarietà nell'Unione europea*, cit. 62-64.

Tanto premesso, venendo al testo dell'art. 3 B (ora art. 5), esso recita che: *“La comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal Trattato (c.d. principio di attribuzione).*

Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possano essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, possano essere

Le disposizioni del trattato che vanno dal Titolo VII al Titolo XVII riguardano le nuove materie attribuite alla competenza concorrente della Comunità e dei Singoli Stati. L'intervento della Comunità in tali settori è improntato al principio di sussidiarietà. Ciò si evince dalla formulazione delle stesse disposizioni. Ad esempio, l'art. 126 dispone che: *“La Comunità contribuisce allo sviluppo dell'istruzione di qualità incentivando la cooperazione tra gli Stati membri”*. Esso aggiunge che *“se necessario”*, la Comunità interverrà *“sostenendo ed integrando l'azione”* degli Stati membri. Ancora, l'art. 128 stabilisce in ambito culturale che: *“L'azione della Comunità è intesa ad incoraggiare la cooperazione tra gli Stati membri”*. Nello stesso senso, si esprime l'articolo 129, relativo alla sanità pubblica. Infine, l'articolo 130 U dispone che: *“La politica della Comunità nel settore della cooperazione allo sviluppo (...) integra quelle svolte dagli Stati membri”*.

Il Titolo V ed il Titolo VI del Trattato di Maastricht sono relativi al processo di integrazione europea. Essi disciplinano alcune materie che presentano un forte legame con il concetto di sovranità statale, quali la politica estera e la sicurezza comune (Titolo V), la giustizia e gli affari interni (Titolo VI).

Il D'Agnolo osserva che le discipline contenute in questi due Titoli presentano delle diversità. Più precisamente, egli sottolinea che il livello di integrazione richiesto in materia di politica estera e di sicurezza comune sia maggiore rispetto a quello voluto, invece, nel settore della giustizia e degli affari interni. A conferma di ciò, sono riportate le seguenti disposizioni: l'art. J, il quale si riferisce alla *“politica estera e di sicurezza comune”*, e l'art. K relativo alla *“cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni”*. L'articolo K1 recita che: *“Ai fini della realizzazione degli obiettivi dell'Unione, in particolare della libera circolazione delle persone, fatte salve le competenze della Comunità, gli stati membri considerano questioni di interesse comune i settori seguenti (...).* Le espressioni *“incentivare”*, *“incoraggiare”*, *“sostenere”* ed *“integrare”* sono esemplificative, secondo il D'Agnolo, del ruolo sussidiario della Comunità in questi nuovi settori rispetto all'iniziativa dei singoli Stati. A questo proposito, vedi D'AGNOLO, *La Sussidiarietà nell'Unione europea*, cit. 64-71.

realizzati meglio a livello comunitario (c.d. principio di sussidiarietà).

L'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente Trattato" (c.d. principio di proporzionalità).

Seguendo l'impostazione del De Pasquale, i commi dell'articolo in esame individuano tre principi:

- a) il principio di attribuzione (1° comma);
- b) il principio di sussidiarietà (2° comma);
- c) il principio di proporzionalità (3° comma).

Andiamo, ora, ad analizzare nello specifico i suesposti tre principi.

Il principio di attribuzione

Il principio di attribuzione implica che la Comunità possa agire soltanto nei settori a questa specificatamente riservati nel Trattato. Ne deriva che il suo *ambito d'azione* non è illimitato, bensì *circoscritto* ai settori definiti dal trattato stesso e che la legalità dell'intervento comunitario dipende dal rispetto di tali ambiti.

Il primo comma dell'articolo *de quo* opera, dunque, come norma di rinvio simultaneo a tutte le competenze che il trattato attribuisce espressamente o implicitamente alla Comunità. Più precisamente. L'azione comunitaria può trovare legittimazione o *nell'espressa previsione normativa* o *nell'articolo 235 del trattato Ce*, il quale subordina l'intervento comunitario a due condizioni: la prima che l'azione comunitaria sia *necessaria* al fine di realizzare

gli scopi comunitari; la seconda che i relativi poteri non risultino esplicitamente da alcuna disposizione¹⁸⁴.

L'articolo 3 B, diversamente dal precedente art. 130 R (ora art. 174), presenta un significato sicuramente più restrittivo.

Secondo, infatti, la formulazione dell'articolo 130 R, l'intervento della Comunità era subordinato alla valutazione discrezionale del *miglior uso* del livello comunitario rispetto a quello nazionale; viceversa, l'articolo 3 B (ora 5) circoscrive l'azione comunitaria alle sole ipotesi in cui gli scopi previsti dal Trattato non possano essere sufficientemente realizzati dai singoli Stati membri. A tale riguardo, parte della dottrina ritiene che mentre la norma 130 R conteneva una presunzione della generalità dell'intervento del livello comunitario, quella 3 B affermerebbe, invece, la *primarietà* dell'azione statale e la *secondarietà* (*rectius*: sussidiarietà) di quella centrale¹⁸⁵.

Principio di sussidiarietà

L'inserimento del principio di sussidiarietà dopo il principio di attribuzione, conferma la volontà di fare della sussidiarietà stessa un criterio mobile e flessibile attraverso cui l'esercizio (e *non* la titolarità) di determinate competenze (concorrenti e non esclusive) viene spostato dal livello statale a quello comunitario. Inteso in questi termini, il principio di sussidiarietà non è utilizzato per alterare il formale riparto delle competenze determinato *a priori* nel Trattato, atteso che esso può solamente incidere sull'esercizio delle medesime al fine di soddisfare determinati obiettivi prestabiliti.

¹⁸⁴ DE PASQUALE, *Il principio di Sussidiarietà nella Comunità Europea*, cit. 72-74.

¹⁸⁵ MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 66.

Più precisamente, secondo il tenore di cui al 2 comma dell'art. 3 B (ora 5), l'intervento della Comunità si giustifica solamente in termini negativi e qualora ricorrano due condizioni:

- a) l'azione della Comunità risulti più efficace, in relazione alle sue dimensioni e agli effetti, rispetto a quella statale;
- b) gli obiettivi comunitari non possono essere realizzati adeguatamente dai singoli Stati membri.

Le due condizioni devono assolutamente ricorrere entrambe; atteso che non è sufficiente che l'azione comunitaria sia più *idonea*, occorrendo anche dimostrare che essa sia *indispensabile* al perseguimento di un determinato scopo il quale non potrebbe essere, altrimenti, soddisfatto¹⁸⁶.

Pertanto, se ricorrono i due suesposti presupposti, una competenza può essere esercitata dalla Comunità nei limiti di merito, di forma e di tempo inseriti nell'obiettivo prefissato, con la conseguenza che gli Stati membri continuerebbero a conservare la piena titolarità per i poteri residui¹⁸⁷.

In questa prospettiva, il principio di sussidiarietà nell'ordinamento comunitario opererebbe sia come criterio per l'attribuzione al livello superiore dell'esercizio di determinate competenze, sia come limite all'espansione delle competenze comunitarie. Infatti, il principio *de quo*, riferendosi alle sole competenze concorrenti, non può essere utilizzato per estendere le funzioni comunitarie al di là delle materie espressamente attribuite alla Comunità dal Trattato. Anzi, la dottrina ha

¹⁸⁶ DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità Europea*, cit. 74-76.

¹⁸⁷ *Idem*, 75-76.

rilevato che il principio di sussidiarietà dovrebbe orientare anche l'applicazione dell'art. 235 del Trattato CE¹⁸⁸.

In definitiva, il comma 2 dell'articolo 3B del trattato Ce può essere classificato come un *principio-guida* che deve ispirare ogni decisione delle istituzioni comunitarie relativa a settori di interesse comune.

Tuttavia, è stato opportunamente osservato in dottrina che tale norma non stabilisce i criteri da utilizzare al fine di scegliere il livello di governo (comunitario o nazionale) più idoneo all'esercizio di una determinata competenza. Per tale motivo si sono resi necessari specifici interventi al fine di definire *a priori* le regole da seguire per l'attuazione del principio *de quo* (c.d. procedimentalizzazione)¹⁸⁹.

Principio di proporzionalità

Per quanto riguarda, infine, il *principio della proporzionalità* di cui al 3 comma dell'articolo 3 B Ce (ora 5), la dottrina è concorde nel ritenere che esso sia subordinato al principio di sussidiarietà, nel senso che l'esercizio di una competenza concorrente che non rispetti le condizioni della sussidiarietà è, per definizione, *non congrua*, anche se sussiste un rapporto di corrispondenza fra mezzi e fine¹⁹⁰.

¹⁸⁸ *Idem*, 75-77.

¹⁸⁹ *Idem*, 74-76.

¹⁹⁰ Come opportunamente osservato in dottrina, De Pasquale, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità Europea*, cit. 78, il principio di proporzionalità di cui all'art. 3 B (ora 5), comma 3, del Trattato di Maastricht, è stato mutuato dalla Legge Fondamentale Tedesca come scelta del mezzo più mite fra quelli ugualmente idonei a raggiungere gli obiettivi. Il principio di proporzionalità è stato, poi, utilizzato dalla stessa Corte di Giustizia secondo tre diverse accezioni: 1) come parametro di validità degli atti di diritto comunitario derivato. In questo caso il principio di sussidiarietà opera come limite all'esercizio del potere normativo discrezionale (a titolo meramente esemplificativo, in materia di libera circolazione delle merci

Il principio di proporzionalità si applica a tutte le azioni comunitarie, concorrenti ed esclusive.

Infatti, lo stesso principio di sussidiarietà di cui al 2° comma presuppone il rispetto di quello di proporzionalità previsto dal comma successivo, anche se limitatamente ai rapporti fra Comunità e Stati membri. Esso riguarda, infatti, sia l'*an* dell'azione comunitaria sia l'intensità della stessa (*quantum*). Più precisamente, la sussidiarietà giustifica l'azione comunitaria solo nel caso in cui questa sia necessaria ed appropriata, vale a dire non eccessiva in vista della realizzazione dello scopo da perseguire, previa verifica dell'impossibilità dei singoli Stati membri di conseguire detti risultati.

A sua volta, il principio di proporzionalità, previsto al 3 comma del cit. articolo, al fine di orientare le scelte delle istituzioni comunitarie, esprime l'esigenza che l'azione astrattamente esercitabile dalla Comunità sia compatibile con l'obiettivo da raggiungere. Sembrerebbe, pertanto, che le disposizioni - di cui al 2 e 3 comma del cit. articolo - siano tra loro collegate da un *nesso di interdipendenza*, con la conseguenza che le azioni, eventualmente non assoggettabili al controllo di

vedi le seguenti sentenze: 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Racc.*, pag. 649 ss; 20 settembre 1988, causa 302/86, *Racc.*, pag. 4607 ss. Relativamente al settore agricolo, vedi le seguenti sentenze: 24 ottobre 1973, causa 5/73, *Racc.*, pag. 1091 ss; 20 ottobre 1977, causa 27/77, *Racc.* pag. 1834 ss; 24 settembre 1985, causa 181/84, *Racc.*, pag. 2889; 27 novembre 1991, causa C199/90, *Racc.*, pag. I-5545 SS; 19 marzo 1992, causa C-311/90, *Racc.* pag. I-2061 ss. In materia di concorrenza si segnalano le seguenti sentenze: 13 luglio 1966, causa 56 e 58/64, *Racc.*, pag. 429 ss; 8 giugno 1982, causa 258/78, *Racc.* 2015 ss; 9 luglio 1992, causa T-66/89, *Racc.* pag. II-1995 ss); 2) come criterio di valutazione della legittimità della condotta di uno stato membro nell'adozione di misure applicative della sussidiarietà (in tal senso vedi, a d esempio, la sentenza del 28 ottobre 1975, causa 36/75, *Racc.* pag. 1219 ss); 3) come criterio per valutare la legittimità del potere repressivo esercitato dagli Stati membri al proprio interno nei confronti delle imprese o degli agenti della Comunità. A questo riguardo vedi, ad esempio, la sentenza del 2 luglio 1962, causa 6/61, *Racc.*, pag. 547 ss.

sussidiarietà di cui al 2° comma, possano essere, al contrario, sottoposte a quello più generale di cui al 3° comma¹⁹¹.

Il rispetto del principio di proporzionalità implica che l'esercizio di una determinata competenza debba rispondere a tre requisiti sostanziali:

- a) utilità;
- b) sostituibilità;
- c) causalità.

Il primo requisito (criterio di utilità) prevede che l'azione comunitaria debba essere utile e pertinente al raggiungimento dell'obiettivo stabilito *a priori*. Qualora per il raggiungimento di tale scopo possano essere impiegati diversi mezzi, si deve fare ricorso a quello meno vincolante e pregiudizievole (criterio di sostituibilità). Infine, verificato il rispetto di tali condizioni, occorrerà valutare la sussistenza del nesso *eziologico* fra l'azione posta in essere e l'obiettivo da raggiungere (criterio della causalità).

Si tratta, in altri termini, di scegliere un'azione che sia *idonea* alla realizzazione dell'obiettivo da perseguire (corrispondenza fra mezzo e fine), ma allo stesso tempo, *non eccessiva*, ossia inutile e dannosa.

L'azione comunitaria deve essere, pertanto, limitata a quanto strettamente necessario per integrare l'azione degli Stati membri e per raggiungere gli obiettivi prestabiliti ¹⁹². Ne deriva che qualora gli Stati componenti l'Unione non siano completamente in grado (perché inidonei o impossibilitati) di perseguire quel fine, l'intervento comunitario sarà totale. Viceversa, nell'ipotesi

¹⁹¹ DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità Europea*, cit. 77-81.

¹⁹² *Idem*, 79-80.

in cui le nazioni possano agire in tal senso, anche se solo parzialmente, la Comunità dovrà intervenire soltanto al fine di *perfezionare* l'azione degli Stati membri senza sostituirsi completamente a questi ultimi.

Inoltre, l'azione comunitaria non dovrà, sempre e comunque, tradursi sul piano sostanziale in un'unificazione normativa se non in caso di stretta necessità. Essa dovrà, infine, tenere conto delle diversità presenti nelle varie nazioni ed essere, quindi, impiegata solo nei confronti degli Stati effettivamente bisognosi. In questo senso, il principio di proporzionalità si coniuga perfettamente con quello di uguaglianza¹⁹³.

3.5. Ambito di applicazione, presupposti e giustiziabilità del principio di sussidiarietà.

Seguendo l'impostazione del Rinella, il concetto di sussidiarietà di cui all'art. 3 B, comma 2, presenta tre aspetti problematici su cui occorre soffermarsi:

- a) ambito di applicazione;
- b) individuazione delle condizioni e dei limiti di applicazione;
- c) giustiziabilità (vale a dire l'individuazione del soggetto che controlla la corretta applicazione del principio stesso)¹⁹⁴.

Ambito di applicazione

Il principio di sussidiarietà deve intendersi come *principio generale, regolatore dell'esercizio delle competenze tra Comunità e*

¹⁹³*Ibidem.*

¹⁹⁴ RINELLA, *Osservazioni in ordine alla ripartizione delle competenze tra Comunità europea e Stati membri alla luce del principio di sussidiarietà*, in *Quad. Cost.* n. 3 del 1994, 433.

Stati membri e non di attribuzione (Rinella). Dalla lettura dell'art. 3 B (ora art. 5), comma 2, si evince che la sussidiarietà riguarda unicamente le materie, oggetto di competenza concorrente. Al contrario, essa non si riferisce agli ambiti spettanti alla competenza esclusiva della Comunità¹⁹⁵. In merito a questa ultima trova, infatti, applicazione il principio di proporzionalità di cui all'articolo 3 B, comma 3 (L'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente Trattato), il quale, come abbiamo visto nel paragrafo precedente, esprime l'esigenza che l'azione comunitaria, in tali settori, sia tale da non risultare eccessiva rispetto allo scopo perseguito. Di conseguenza, si dovranno preferire gli strumenti normativi meno intrusivi rispetto a quelli più vincolanti: misure di sostegno rispetto ai provvedimenti normativi, raccomandazioni rispetto alle direttive, direttive

¹⁹⁵ MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 67. Seguendo l'impostazione del Manzella, le competenze concorrenti o di cooperazione dell'Unione e degli Stati membri sono rinvenibili nei ventidue Titoli in cui le politiche dell'Unione sono ripartite: 1) politica estera e di sicurezza comune (artt. 11 ss TUE); 2) cooperazione di polizia e giudiziaria (art. 29 ss TUE); 3) politica economica e monetaria (art. 98 ss TCE); 4) concorrenza, fiscalità (art. 81 ss TCE); 5) coesione economica e sociale (art. 158 ss TCE); 6) libera circolazione delle persone, dei servizi, dei capitali (art. 39 ss TCE); 7) libera circolazione delle merci (art. 23 ss TCE); 8) occupazione (art. 125 ss TCE); 9) politica sociale, istruzione, formazione professionale e gioventù (art. 136 ss. TCE); 10) sanità pubblica (art. 152 TCE); 11) protezione dei consumatori (art. 153 TCE); 12) ricerca e sviluppo tecnologico (art. 163 ss. TCE); 13) ambiente (art. 174 ss. TCE); 14) agricoltura (art. 32 ss. TCE); 15) trasporti (art. 70 ss. TCE); 16) industria (art. 157 TCE); 17) reti transeuropee (art. 154 ss. TCE); 18) visto, asilo, immigrazione (art. 61 ss. TCE); 19) cultura (art. 151 TCE); 20) politica commerciale comune (art. 131 ss. TCE); 21) cooperazione doganale (art. 135 TCE); 22) cooperazione allo sviluppo (art. 117 ss. TCE) (MANZELLA, *La ripartizione delle competenze tra Unione europea e Stati membri*, in *Quad. Cost.* n. 3 del 2000, 539-540).

rispetto ai regolamenti, direttiva-quadro rispetto alla direttiva dettagliata, e così via¹⁹⁶.

Il problema che, dunque, si pone subito è quello di distinguere fra competenze concorrenti e competenze esclusive comunitarie. A tale riguardo occorre, innanzitutto, rilevare che i confini esistenti fra questi due tipi di potestà normative non sono nitidi e ben definiti, ma labili e flessibili. Ciò corrisponde ad una precisa scelta politica di integrazione degli estensori del trattato, i quali suddivisero le competenze in due blocchi (esclusive e concorrenti) senza, però, definire il rispettivo contenuto. Questo non solo ha procurato delle difficoltà di applicazione del principio di sussidiarietà, ma ha anche determinato l'ampliamento della potestà normativa comunitaria, fenomeno cui stiamo tuttora assistendo.

In seguito, infatti, all'intervento normativo comunitario, settori, oggetto di competenza concorrente, hanno acquistato progressivamente carattere esclusivo, con la conseguenza che gli Stati membri hanno visto, a poco a poco, restringersi la propria sfera di autonomia a vantaggio di quella comunitaria.

Ciò nonostante, la dottrina è solita ricorrere al c.d. criterio residuale al fine di distinguere le competenze concorrenti da quelle esclusive. Pertanto: le competenze c.d. esclusive sarebbero le potestà che il Trattato espressamente attribuisce alla Comunità; le competenze c.d. concorrenti si identificherebbero, invece, con tutte le restanti funzioni non

¹⁹⁶ RINELLA, *Osservazioni in ordine alla ripartizione delle competenze tra Comunità europea e Stati membri alla luce del principio di sussidiarietà*, cit. 439.

rientranti nella sfera di attribuzione esclusiva della Comunità o degli Stati membri¹⁹⁷.

Più precisamente: le competenze esclusive comunitarie sono tassativamente previste dal Trattato ed escludono l'intervento degli Stati membri se non nelle ipotesi specificatamente autorizzate¹⁹⁸.

La dottrina suole, infatti, considerare la Comunità, quale titolare di "competenze di attribuzione", ossia di funzioni non generali ma specificatamente conferite da puntuali previsioni normative indicative di obiettivi da perseguire, di azioni da realizzare e di poteri da esercitare¹⁹⁹. In altri termini, il Trattato avrebbe dato luogo ad un sistema definito dalla dottrina di "purpose-oriented" (c.d. principio teleologico) e di "purpose-bounds" (c.d. principio funzionalista) nel senso che le competenze attribuite sono strettamente collegate ai poteri d'azione ed agli obiettivi che la Comunità deve perseguire²⁰⁰.

Anche in caso di funzioni esercitate *ex art.* 235, il limite generale degli obiettivi rimane fermo. Qualora, infatti, i poteri

¹⁹⁷ Diversamente da questa impostazione, il Caretti ritiene che, in mancanza di un'apposita elencazione nel TUE, concorrenti siano "tutte le materie ad oggi rientranti nell'ambito delle competenze statali" (CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, cit. 13.).

¹⁹⁸ Nel documento Commissione CE, Comunicazione al Consiglio ed al Parlamento europeo, 27 ottobre 1992, SEC (92) 1990, in "Boll.CE, n. 10 del 1992, I, 2 b), si osserva che il concetto di competenza esclusiva si è sviluppato attorno all'obiettivo di realizzare il "mercato comune", con la conseguenza che il nucleo delle competenze esclusive ruota intorno alle quattro libertà fondamentali ed ad alcune delle politiche comunitarie indispensabili alla realizzazione del mercato comune: la soppressione degli ostacoli alla libertà di circolazione; la politica commerciale comune; le regole generali di concorrenza; l'organizzazione comune dei mercati agricoli; la conservazione delle risorse della pesca, gli elementi essenziali della politica dei trasporti; politica monetaria e di cambio unica, e così via.

¹⁹⁹ MENGOZZI, *Il diritto della Comunità europea*, Cedam, Padova, 1990, 63.

²⁰⁰ RINELLA, *Osservazioni in ordine alla ripartizione delle competenze tra Comunità europea e Stati membri alla luce del principio di sussidiarietà*, cit. 435.

conferiti dal Trattato non siano sufficienti a realizzare gli obiettivi comunitari, il Consiglio può adottare, nel rispetto di una rigorosa procedura, le disposizioni del caso.

Diversamente, le competenze concorrenti prevedono il concorso della Comunità e dei singoli Stati sul medesimo oggetto. Dette funzioni non riguardano, però, la titolarità di una potestà normativa in una determinata materia, che spetta alla Comunità, ma solo l'esercizio di essa. Le competenze comunitarie sarebbero, dunque, in linea di principio esclusive, ammettendosi una disciplina nazionale solamente in caso di carenza di quella comunitaria, così da evitare lacune normative in ambiti affidati alla Comunità stessa²⁰¹.

Il concetto di competenza concorrente in ambito comunitario deve, inoltre, essere tenuto distinto da quello usato dall'articolo 117, comma 3, della Costituzione italiana. Secondo questa disposizione, la *competenza concorrente* è una *competenza ripartita* fra lo Stato, cui spetta la disciplina di principio, e la Regione, cui spetta, invece, quella di mero dettaglio.

Viceversa, nell'ordinamento comunitario, le competenze concorrenti prevedono la possibilità della Comunità e dei singoli Stati di intervenire nei medesimi settori. Esse costituiscono, in altri termini, un *fenomeno di co-esercizio transitorio di potestà normative, da parte della Comunità e degli Stati membri, sul medesimo oggetto*²⁰².

²⁰¹ RINELLA, *Osservazioni in ordine alla ripartizione delle competenze tra Comunità europea e Stati membri alla luce del principio di sussidiarietà*, cit. 436.

²⁰² *Idem*, 437.

Presupposti e limiti di applicazione del principio di sussidiarietà

L'intervento della Comunità nelle materie di competenza concorrente è costruito in termini negativi ed è vincolato alla presenza di due precisi presupposti:

a) necessarietà dell'azione comunitaria (art. 3 B, comma 2);

b) proporzionalità dell'intervento agli obiettivi perseguiti – tenuto conto della preferenza che il TUE riconosce alle decisioni adottate al livello di governo più vicino ai cittadini, così come prevede l'art. A, comma 2 - (art. 3 B, comma 3).

La *necessarietà* dell'azione comunitaria si verifica nelle ipotesi in cui gli obiettivi previsti dal trattato non possono essere *sufficientemente* ed *adeguatamente* realizzati dai singoli Stati membri a causa della *dimensione* o degli *effetti* della medesima²⁰³.

L'insufficienza dei singoli Stati membri per raggiungere gli scopi fissati deve, inoltre, essere motivata. In altri termini, le istituzioni comunitarie hanno l'onere di dimostrare la fondatezza della propria azione sulla base dei criteri della dimensione e degli effetti dell'azione stessa, i quali presentano un contenuto che non è ben definito, ma che si presta a valutazioni di mero merito. Di conseguenza, la capacità di azione degli Stati membri di svolgere in maniera sufficiente un determinato compito deve essere valutata caso per caso, vale a dire attraverso l'esame dei mezzi a loro disposizione: legislazione nazionale, regionale o locale, strumenti amministrativi e finanziari, gli eventuali accordi²⁰⁴.

Come osservato in dottrina²⁰⁵, il *test* della c.d. necessità presenta caratteristiche diverse rispetto a quelle previste nel

²⁰³ *Idem*, 440.

²⁰⁴ D'AGNOLO, *La Sussidiarietà nell'Unione europea*, cit. 76.

²⁰⁵ *Ibidem*.

Progetto Spinelli, nell'articolo 130 R § 4 dell'Atto Unico e nel progetto di Trattato sull'Unione europea del 4 dicembre 1991.

In primo luogo, diverso è il concetto stesso di "insufficienza" degli Stati membri nel perseguire gli obiettivi prefissati dal Trattato.

Secondo il tenore dell'art. 3 B (ora 5), l'insufficienza è *conditio sine qua non* dell'intervento comunitario. Al contrario, nei citati tre documenti, la Comunità poteva intervenire anche al fine di realizzare *meglio* gli scopi previsti di quanto avrebbero potuto fare le nazioni stesse. Inoltre, mentre nel progetto Spinelli, nell'articolo 130 r § 4 dell'Atto Unico e nel progetto di Trattato sull'Unione europea del 4 dicembre 1991, i soggetti, la cui capacità di azione deve essere confrontata con quella della Comunità, sono i singoli Stati, nell'attuale formulazione dell'art. 3 B ci si riferisce a tutti gli Stati complessivamente considerati. La Comunità, dunque, prima di intervenire, deve prendere in considerazione anche la possibilità di *cooperazione* degli Stati membri per il raggiungimento o meno dello scopo considerato²⁰⁶.

Una volta dimostrata l'incapacità degli Stati di perseguire l'obiettivo considerato, l'azione comunitaria deve essere sottoposta all'ulteriore test del c.d. *valore aggiunto* attraverso cui

²⁰⁶ *Idem*, 78.

Si ricorda che l'articolo 12 del Progetto Spinelli dispone che "l'Unione agisce esclusivamente per svolgere i compiti che in comune possono essere svolti *più efficacemente* che non dai *singoli Stati* membri separatamente". L'articolo 130 R § 4 dell'Atto Unico, a sua volta, recita: "La Comunità agisce nella misura in cui gli obiettivi di cui al paragrafo 1 possano essere *meglio* realizzati a livello comunitario piuttosto che a livello dei *singoli Stati membri*". Il testo, infine, dell'art. 3 B enunciato nel Progetto di Trattato sull'Unione europea del 4 dicembre 1991 stabiliva che: "La Comunità interviene secondo il principio di sussidiarietà soltanto se e in quanto detti obiettivi possono essere realizzati *meglio* a livello comunitario che a livello dei singoli Stati membri che operano *isolatamente*".

verificare la reale e più vantaggiosa efficacia dell'azione comunitaria.

In altre parole, occorre provare che l'intervento della Comunità avrebbe risultati "meno insufficienti" di quelli dei singoli Stati. A questo riguardo, l'art. 3 B detta precise condizioni consistenti nelle *dimensioni* o negli *effetti* transfrontalieri dell'azione considerata²⁰⁷.

Verificata, dunque, la necessità dell'intervento comunitario, occorre che esso sia, infine, *proporzionale* al risultato da perseguire.

È noto che il principio della proporzionalità non costituisce una novità nell'ordinamento comunitario. Sul piano dell'attuazione pratica, esso opera come limite generale all'azione normativa comunitaria nei settori oggetto sia di competenza esclusiva che concorrente.

Infatti, come rilevato da un autorevole Autore²⁰⁸, la *ratio* di tale principio va ricercata nell'intento di trovare un giusto *equilibrio* fra l'*interesse* alla *maggior efficacia possibile dell'azione comunitaria* e quello della *minor intensità* della stessa.

Più precisamente, il criterio della proporzionalità comporta che, a parità di efficacia, la Comunità deve scegliere l'azione meno vincolante; laddove sia indispensabile un intervento di natura vincolante, il suo contenuto non deve tradursi in un eccesso di normativizzazione. In altri termini, il ricorso alle misure normative vincolanti deve essere giustificato e motivato

²⁰⁷ In proposito è interessante osservare che l'utilizzo di tali criteri era già presente, anche se in termini diversi, nel Rapporto della Commissione del 1975, nel rapporto McDougall e nel Progetto Spinelli. Criteri simili sono, poi, rintracciabili in ordinamenti federali come quello tedesco e statunitense (D'AGNOLO, *La Sussidiarietà nell'Unione europea*, cit. 78-79).

²⁰⁸ CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, cit. 14.

dalla necessità di uniformità della disciplina e/o dal grado di complessità tecnica della materia. Per il resto, le azioni comunitarie, in conformità con il principio di sussidiarietà, dovrebbero svolgersi attraverso atti non vincolanti che permettano la partecipazione delle strutture e degli organi il più vicini possibile ai cittadini degli Stati membri²⁰⁹.

Giustiziabilità del principio di sussidiarietà

Oltre al controllo *ex ante* del rispetto del principio di sussidiarietà, esercitato dalla Commissione (fase della c.d. iniziativa), dal Consiglio e dal Parlamento, gli atti della Comunità europea, che costituiscono applicazione di tale principio, sono, poi, sottoposti al controllo da parte della Corte di Giustizia europea nella misura in cui essa è competente a garantire “il rispetto del diritto nell’interpretazione e nell’applicazione del Trattato”. Trattasi di un giudizio *ex post* che può essere attivato solo dai soggetti legittimati a ricorrere dinanzi all’organo di giustizia comunitaria e secondo le procedure previste per il controllo di legittimità degli atti comunitari e per il ricorso in carenza, non essendo prevista nel Trattato una procedura *ad hoc*²¹⁰.

Per quanto concerne l’individuazione del soggetto eventualmente legittimato a ricorrere alla Corte di Giustizia, secondo il Rossi²¹¹, poiché il principio di sussidiarietà favorisce

²⁰⁹ RINELLA, *Osservazioni in ordine alla ripartizione delle competenze tra Comunità europea e Stati membri alla luce del principio di sussidiarietà*, cit. 443.

²¹⁰ DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, cit. 102-103.

²¹¹ ROSSI, “Costituzionalizzazione” dell’UE e dei diritti fondamentali, in *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell’Unione europea*, a cura di L.S. Rossi, Milano, 2002, 262 ss.

l'autonomia degli Stati membri, sarebbe difficile pensare che la Commissione (promotrice dell'atto) o il Parlamento europeo o i privati possano impugnare un determinato atto. Allo stesso modo, sarebbe altrettanto difficile immaginare che gli stessi Stati, che hanno approvato all'unanimità quell'atto, decidano, poi, di impugnarlo.

Comunque, relativamente ai *giudizi di annullamento*, in caso di violazione del principio di sussidiarietà, la dottrina maggioritaria ritiene legittimati i soggetti che possono proporre ricorso di annullamento ai sensi dell'art. 230 CE (ad.es.: il Parlamento) con esclusione, quindi, degli enti locali²¹².

Come è noto, gli enti locali sono legittimati a ricorrere solamente quando un atto comunitario li riguardi direttamente o indirettamente. Può, pertanto, verificarsi l'ipotesi che un atto comunitario emanato in violazione del principio di sussidiarietà riguardi le autorità locali. Tuttavia, un ricorso dinnanzi all'autorità giurisdizionale comunitaria sarebbe inammissibile, atteso che nei rapporti fra Stato ed Enti locali, l'applicazione del principio di sussidiarietà avviene nell'ambito del diritto nazionale e non locale. Un'eventuale tutela dovrebbe essere, pertanto, ricercata nell'ordinamento statale²¹³.

Oltre al controllo diretto attraverso l'azione di annullamento, vi è anche il *rinvio pregiudiziale*. Questo offre al singolo soggetto la possibilità di tutelare i propri diritti nei confronti degli atti posti in essere dalle istituzioni comunitarie in violazione

²¹² DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, cit. 103-105.

²¹³ *Ibidem*. Secondo il De Pasquale, il Comitato delle regioni sarebbe legittimato a proporre ricorso per annullamento contro un atto per la cui formazione non sia stato consultato. Infatti, spiega l'Autore, tale Comitato è stato istituito proprio al fine di diffondere le riflessioni delle collettività che rappresenta in merito a questioni interessanti le loro competenze.

dell'art. 5 CE. In tale prospettiva, potrebbe ritenersi impugnabile un atto che non sia stato adottato al livello più vicino dei cittadini²¹⁴.

In ordine, poi, all'ampiezza del controllo di legittimità ai sensi dell'art. 5 CE, occorre, innanzitutto, precisare che tale norma costituisce parametro di invalidità degli atti comunitari. In altri termini, il principio di sussidiarietà, quale regola di rango superiore disciplinante i rapporti fra Stati membri e Comunità, può essere invocato per valutare la legittimità o meno degli atti comunitari.

Detto controllo sul rispetto del principio di sussidiarietà di cui all'art. 5 CE ha, tuttavia, come conseguenza un giudizio sulla opportunità dell'atto stesso, il quale non si basa su parametri oggettivi ma finisce per riguardare scelte più propriamente politiche²¹⁵. Infatti, la capacità di uno Stato membro di perseguire un dato obiettivo in maniera adeguata deve essere valutata secondo parametri concreti che tengano in considerazione il contesto tecnico, sociale, economico e politico.

A questo riguardo, il Protocollo n. 30 sull'applicazione del principio di sussidiarietà e di proporzionalità ha fornito alla Corte di Giustizia europea criteri oggettivi (quantitativi e qualitativi) per valutare la legittimità o meno dell'azione

²¹⁴ *Idem*, 105.

²¹⁵ DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, cit. 106. La questione, infatti, del "se" attivare la procedura di cui all'art. 3 B (ora 5) del Trattato è di natura politica, con la conseguenza che essa non potrebbe essere sottoposta al vaglio della Corte di giustizia. A questo proposito, la dottrina ha suggerito di spostare il giudizio sull'applicazione di tale principio dall'ambito giurisdizionale a quello più propriamente politico ed istituzionale, mediante procedure di autotutela. In particolare, alcuni autori hanno proposto la costituzione di un organo autonomo, formato da rappresentanti dei Parlamenti nazionali, preposto alla vigilanza sull'applicazione del principio *de quo* (ROSSI, "Costituzionalizzazione" dell'UE e dei diritti fondamentali, in *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, a cura di L.S. Rossi, Milano, 2002, 263).

comunitaria. Si tratta di una vera e propria procedimentalizzazione dell'azione comunitaria, la quale è, infatti, vincolata al rispetto di precisi *steps* quantitativi e qualitativi.

Più precisamente, in base a tale allegato, la *motivazione* svolge un ruolo essenziale nel controllo giurisdizionale del principio di sussidiarietà. La Comunità può, infatti, essere sanzionata non solo per errore di fatto o di diritto, o per errore manifesto di valutazione, ma anche per *difetto di motivazione*. Questa, a sua volta, deve indicare in maniera precisa, chiara ed esauriente le ragioni per cui un determinato atto doveva essere adottato a livello comunitario, invece che statale²¹⁶.

Sollezata, dunque, un'eccezione relativa alla pretesa violazione del principio di sussidiarietà, la Corte di Giustizia dovrebbe, innanzitutto, accertare che l'iniziativa sia stata assunta nell'ambito delle materie oggetto di competenza non esclusiva.

Una volta effettuata tale preliminare verifica, la Corte dovrebbe, poi, valutare la sussistenza dei presupposti dell'*insufficienza* del livello nazionale e della *necessità* dell'intervento comunitario. A tale scopo l'organo di giustizia dovrebbe svolgere un *controllo in ordine alla motivazione* dell'atto

²¹⁶ *Idem*, 106-107.

È opportuno ricordare che la Comunità, nella comunicazione del 20 dicembre 1990, affermò il principio secondo il quale il sindacato sulla sussidiarietà avrebbe dovuto svolgersi nelle stesse forme di quello sul principio di proporzionalità, ma nei limiti dell'errore manifesto. Secondo parte della dottrina, si tratterebbe di un sindacato giurisdizionale *a posteriori*, e non *a priori*, successivo e non preventivo e che, pertanto, non avrebbe nulla di particolare rispetto alle iniziative giurisdizionali del ricorso annullamento, di una questione pregiudiziale, di un'eccezione di illegalità, promuovibili da una delle istituzioni comunitarie, da uno Stato membro o da un privato cittadino (MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 89).

comunitario in base alla presunzione della competenza nazionale e dell'obbligo dell'espressa motivazione da parte delle istituzioni comunitarie che agiscono in luogo degli organi dei singoli Stati membri²¹⁷.

La Corte di Giustizia dovrebbe, poi, effettuare un'istruttoria in ordine alla necessità dell'azione comunitaria utilizzando gli *steps* quantitativi e qualitativi indicati all'art. 4 del Protocollo in questione.²¹⁸

Terminata la fase della istruttoria, il Giudice dovrebbe essere in grado di stabilire se l'azione della Comunità sia stata assunta in modo conforme al principio di sussidiarietà e di proporzionalità. In altri termini, egli dovrebbe giudicare se l'intervento comunitario risulti giustificato oppure eccessivo, sia dal punto di vista dell'impegno economico, sia da quello dell'efficienza.

In dottrina, si discute sulla natura e sul tipo di parametro di cui la Corte di Giustizia si serve per valutare la legittimità o meno dell'iniziativa comunitaria.

Alcuni Autori parlano di *eccesso di potere* nella forma dell'*errore manifesto*.

Altri si riferiscono al *vizio di incompetenza*.

Secondo, invece, altri Autori ancora il vizio dell'atto normativo comunitario, assunto in violazione al principio di sussidiarietà, non potrebbe essere considerato espressivo della illegittimità dell'atto, ma dovrebbe rappresentare il risultato di un *sindacato di irragionevolezza* in grado di consentire alla Corte di giustizia di valutare caso per caso l'azione nazionale in termini di insufficienza e inadeguatezza ovvero di sufficienza

²¹⁷ MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 89-90.

²¹⁸ *Ibidem*.

del livello nazionale e, quindi, di illegittimità dell'intervento comunitario.

Tuttavia, la dottrina maggioritaria ritiene che si debba fare riferimento alla figura dello *sviamento del potere* o dell'*eccesso di potere* sulla base dei parametri indicati dal citato Protocollo n. 30. Secondo, infatti, tale orientamento dottrinale si tratterebbe di veri e propri parametri normativi funzionali a disciplinare l'esercizio della discrezionalità, con la conseguenza che la deviazione dell'iniziativa legislativa anche da uno solo di tali parametri dovrebbe comportare l'illegittimità dell'azione stessa per sviamento dallo scopo²¹⁹.

Il ricorso alla Corte di Giustizia sembra, dunque, costituire l'unica garanzia nei confronti del principio di sussidiarietà. L'enunciazione di tale principio nell'articolo 3 B non sarebbe, infatti, accompagnata da ulteriori forme di controllo.

In particolare, non è prevista la *votazione all'unanimità come regola generale* per decidere l'intervento della comunità sulla base del principio *de quo*: in alcuni casi è previsto che il Consiglio deliberi all'unanimità ("cultura" *ex art. 128*); altre volte è richiesta la semplice maggioranza (industria *ex art. 130*; Fondo di sviluppo regionale *ex art. 130 D*; ricerca, per l'adozione di quadri pluriennali *ex art. 130 I*; per diverse misure in materia ambientale *ex art. 130 S*; giustizia e affari interni *ex art. K 3*; politica estera e sicurezza comune *ex art. J*); in altri casi ancora è stabilita la maggioranza qualificata (raccomandazioni in materia di sanità pubblica *ex art. 129*; programmi specifici di ricerca scientifica *ex art. 130 I*; giustizia, affari interni e politica estera e

²¹⁹ *Idem*, 95-96.

sicurezza comune quando a decidere è il consiglio *ex art. J 3, K 3*).

Inoltre, l'esercizio dell'azione comunitaria in questi settori a volte richiede la procedura di cooperazione (es.: formazione professionale *ex art. 127*; politica sociale e istruzione *ex art. 118 A*; ambiente *ex art. 130 S*), talora quella di codecisione (es.: cultura *ex art. 128*; formazione professionale *ex art. 126*; protezione dei consumatori *ex art. 129 A*), o il concorso del Parlamento.

Tuttavia, l'unanimità in seno al Consiglio, anche quando è prescritta, e la procedura di codecisione o di cooperazione non costituiscono idonee garanzie in merito ad una corretta applicazione del principio di sussidiarietà. Infatti, i governi possono decidere di affidare all'Unione l'azione in una determinata materia ricorrendo al principio di sussidiarietà al solo fine di scavalcare le competenze dei singoli stati vanificando, così, la *ratio* del principio in questione consistente nella volontà di realizzare una democratizzazione del processo decisionale comunitario²²⁰.

In conclusione, nel testo del Trattato non sono previsti specifici meccanismi procedurali per verificare il rispetto del principio di sussidiarietà diversi dal ricorso alla Corte di giustizia. A tale riguardo, sono state avanzate diverse proposte in tale senso che, però, non sono mai state accolte. In particolare, il Parlamento aveva chiesto, nelle sue risoluzioni, che fosse garantito sul piano giurisdizionale il rispetto del principio di sussidiarietà, dotando la Corte di giustizia di poteri

²²⁰ STROZZI, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione europea*, cit. 80-81.

adeguati e permettendo al Parlamento e agli Stati membri di ricorrere alla Corte per fare valere l'osservanza del principio *de quo*. Si chiedeva, inoltre, che tale ricorso fosse esperibile in tempo utile o a titolo consultivo in occasione della proposta della Commissione, o prima dell'entrata in vigore dell'atto, oppure che fosse assicurata la possibilità di un ricorso sospensivo, nell'eventualità che l'atto stesso fosse già vigente.

È ovvio che la garanzia più efficace sarebbe quella di chiedere un controllo alla Corte, sotto forma di parere, in merito alla corretta applicazione del principio di sussidiarietà, *prima* dell'entrata in vigore dell'atto, analogamente a quanto previsto dall'art. 228 CEE per gli accordi esterni della Comunità. Un parere preventivo sarebbe, infatti, più agevole rispetto ad un giudizio di legittimità *a posteriori*, che potrebbe comportare l'annullamento di un atto delle istituzioni comunitarie. Tuttavia, esso non risolverebbe, comunque, la questione della competenza della Corte di sindacare valutazioni di merito politico²²¹.

3.6. Considerazioni conclusive sul principio di sussidiarietà in ambito comunitario.

Le considerazioni svolte nei paragrafi precedenti, alla luce del significato del principio di sussidiarietà, introdotto dall'art. 3 B del TUE, possono riassumersi nel seguente modo:

a) La sussidiarietà presenta sicuramente degli elementi di continuità con la tendenza già da tempo sviluppatasi all'interno del sistema comunitario: si pensi al c.d. Rapporto Tindeman, o

²²¹ *Ibidem*.

al c.d. Rapporto Mcdougal”, al Progetto di trattato Spinelli. Per non parlare, poi, delle enunciazioni implicite del principio in questione o dei riferimenti diretti ed indiretti al medesimo (art. 5 del Trattato Ceca, articoli 100, 235 e 189 del Trattato Ce, artt. 130 T e R, introdotti dall’Atto Unico Europeo, ed articoli 130 G, 130 F, 130 S, 130 A e così via.

b) La formulazione del 1° (principio di attribuzione) e 2° comma (principio di sussidiarietà) dell’articolo 3 B, introdotto dal Trattato di Maastricht (ora 5 del Trattato istitutivo dell’Unione europea), confermano la tesi secondo la quale la Comunità europea sarebbe un’istituzione a competenze definite e limitate e non generali come, invece, il Parlamento nazionale. Il che è comprensibile per il fatto che la Comunità europea, a differenza di un ordinamento statale, non persegue l’universalità dei fini. L’istituzione comunitaria non può, infatti, darsi carico di soddisfare qualsiasi necessità della popolazione ivi stanziata. Essa non è neanche dotata del carattere della completezza, vale a dire della indeterminatezza delle finalità che contraddistingue, invece, gli Stati moderni²²².

c) La sussidiarietà riguarda unicamente le competenze concorrenti o di cooperazione dell’Unione e degli Stati membri. Essa, dunque, non si riferisce alle competenze esclusive dell’Unione, in merito alle quali trova, invece, applicazione il principio di proporzionalità. La distinzione fra competenze concorrenti ed esclusive segue il criterio c.d. *residuale* in base al

²²² RINELLA, *Osservazioni in ordine alla ripartizione delle competenze tra Comunità europea e Stati membri alla luce del principio di sussidiarietà*, cit. 434.

quale sono concorrenti tutte le funzioni non attribuite espressamente dal Trattato alla Comunità o ai singoli Stati membri.

d) La sussidiarietà appare contrassegnata da tre elementi: una presunzione generale di competenza a favore del livello di governo più vicino ai cittadini; l'assegnazione al livello più alto di un ambito di competenze tassativamente enumerate; la configurazione di un margine di flessibilità che consente al livello superiore di intervenire in luogo di quello inferiore sulla base di valutazioni che attengono alla dimensione degli interessi coinvolti e agli obiettivi perseguiti.

Elementi di questo tipo sono sufficienti a differenziare la sussidiarietà dal criterio contiguo dei poteri impliciti, secondo il quale un soggetto a competenze enumerate può estendere la propria azione al di fuori di queste in forza del legame funzionale (o strumentale) tra l'ambito di intervento e le attribuzioni specifiche. Nel primo caso è, infatti, la dimensione degli interessi coinvolti che comporta l'estensione delle competenze, la quale è, al contrario, irrilevante ai fini dell'applicazione della clausola dei poteri impliciti.

A criteri di questo tipo si ispira, innanzitutto, la formulazione di cui all'articolo 1, sez. VIII, della Costituzione statunitense che - enumerati i poteri della Federazione, mentre tutti gli altri spettano ai singoli Stati (X em.) - consente, in ogni caso, all'istituzione federale di fare tutte le leggi necessarie ed adatte (*necessary and proper*) per l'esercizio dei poteri di cui sopra (...).

Come abbiamo visto nel primo capitolo della presente sezione, grazie a tale clausola, gli Stati Uniti sono riusciti ad espandere le proprie attribuzioni bene oltre alle previsioni della Carta costituzionale. Alla medesima *ratio* sembrerebbe, anche, ispirarsi la formulazione dell'articolo 235 del Trattato di Roma, che consente al Consiglio, nel rispetto di una procedura molto rigorosa - essendo richiesti la proposta della Commissione, il parere del Parlamento e, soprattutto, una delibera che deve essere assunta all'unanimità - di svolgere ogni ulteriore azione che risulti necessaria per raggiungere, nell'ambito del funzionamento del mercato comune, uno degli obiettivi della comunità, qualora il Trattato non abbia previsto poteri specifici in tal senso ²²³.

e) concepita in questo senso, la sussidiarietà opera come criterio mobile e flessibile in forza del quale l'esercizio - non la titolarità - di determinate competenze non esclusive viene spostato al livello comunitario o lasciato agli Stati membri sulla base di valutazioni di merito, riservate alle stesse istituzioni comunitarie²²⁴.

Più precisamente, la sussidiarietà non funziona come criterio di attribuzione di nuove competenze alla Comunità, quanto piuttosto come principio regolatore del loro mero esercizio conformemente al carattere evolutivo dell'ordinamento

²²³ VANDELLI, *Il principio di sussidiarietà nel riparto di competenze tra diversi livelli territoriali: a proposito dell'art. 3 B del trattato sull'Unione europea*, cit. 381- 383.

²²⁴ CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, cit. 11-12.

comunitario²²⁵. Essa non è stata, infatti, pensata al fine di alterare la ripartizione formale delle competenze fra singoli Stati membri e Comunità e, quindi, di restringere o di ampliare la sovranità delle nazioni o delle istituzioni comunitarie.

In altre parole, il principio in esame non incide sulla titolarità delle competenze, ma esclusivamente sul loro esercizio concreto in vista del perseguimento di obiettivi prestabiliti. Conseguentemente, la sussidiarietà integra il principio di attribuzione di cui al primo comma dell'articolo *de quo*, quando si versi in materie di competenza concorrente. Viceversa, in ambiti di competenza esclusiva, la legittimazione dell'azione comunitaria si presume, con la conseguenza che le istituzioni comunitarie non devono motivare affatto il proprio intervento²²⁶.

f) Sulla base di questa interpretazione del principio di sussidiarietà, ciò che sembrerebbe profilarsi all'orizzonte, per dirla con il Caretti, è *un sistema di concorrenza generalizzata, nel quale la titolarità formale di determinate competenze non è più garanzia di un loro esercizio esclusivo*. Tale esercizio sarà, infatti, sempre destinato a confrontarsi con il possibile intervento nelle stesse materie di diversi livelli di governo, e ciò non sulla base di formali attribuzioni di competenza, ma sulla base del principio (flessibile) di sussidiarietà.

g) Intesa in questo senso, la sussidiarietà opera sia come criterio per l'attribuzione di determinate funzioni al livello

²²⁵ RINELLA, *Osservazioni in ordine alla ripartizione delle competenze tra Comunità europea e Stati membri alla luce del principio di sussidiarietà*, cit. 432.

²²⁶ DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, cit. 74-75.

superiore - il quale diviene, appunto, ausiliario (*id est*, sussidiario) di quello inferiore - sia come limite all'ampliamento delle competenze comunitarie. Tale ambivalenza di significati comporta, però, che la sussidiarietà possa operare *sia* come elemento di accentuazione delle spinte centripete, dirette ad ampliare l'ambito di competenza del livello superiore di governo, *sia* come fattore di valorizzazione delle spinte centrifughe, volte a rivalutare le capacità dei livelli inferiori. Ciò trova conferma nell'esperienza degli ordinamenti statuali nei quali ormai da tempo sono applicati istituti simili alla sussidiarietà (si pensi alla Germania federale, all'esperienza costituzionale statunitense e a quella italiana non solo dopo la legge costituzionale n. 3 del 2001, ma anche prima della riforma del titolo V).

h) La sussidiarietà è chiamata ad operare alla presenza di due specifici presupposti: il primo che l'azione della Comunità risulti più efficace di quella svolta a livello statale in relazione alla sua dimensione o ai suoi effetti; il secondo che gli obiettivi comunitari non possano essere realizzati sufficientemente dall'azione statale. Ricorrendo, pertanto, entrambi questi due presupposti l'azione comunitaria può considerarsi legittima. Si tratta, tuttavia, di due condizioni implicanti valutazioni di merito da parte delle istituzioni comunitarie che, in quanto tali, sono difficilmente sindacabili.

i) La procedimentalizzazione della sussidiarietà, attuata col Protocollo *ad hoc*, allegato al Trattato di Amsterdam del 1997²²⁷,

²²⁷ Seguendo l'impostazione della De Pasquale, la costruzione in senso procedimentale del principio di sussidiarietà ha avuto un percorso che è iniziato con la Comunicazione al Consiglio ed al Parlamento del 27 ottobre 1992 e che è terminato col Protocollo allegato al trattato di Amsterdam del 1997.

Più precisamente, secondo la Comunicazione della Commissione del 27 ottobre 1997 il rispetto del principio di sussidiarietà implica l'agire secondo il buon senso, ossia che nell'esercizio delle sue competenze la Comunità è tenuta a svolgere soltanto quelle funzioni che possono essere realizzate meglio al suo livello. Ogni istituzione deve, inoltre, dare prova sia della *necessità* del suo intervento sia dell'*opportunità* dell'utilizzo di certi mezzi rispetto ad altri meno intensi. In altre parole, la scelta del livello più appropriato deve essere valutata in base al c.d. test dell'efficacia comparativa con riferimento alle dimensioni ed agli effetti dell'azione comunitaria. Solo in seguito a tale delicato procedimento estimativo è, pertanto, possibile verificare se l'azione comunitaria apporti un valore aggiunto rispetto ad un'analogia azione nazionale e che tale valore aggiunto sia il risultato della migliore efficacia, ossia della possibilità di addivenire al risultato stabilito con il minore sforzo. Ne deriva che qualora gli stati possano realizzare in maniera sufficiente gli obiettivi previsti, l'intervento comunitario è escluso.

Le indicazioni della Commissione sono state riprese nel corso dei lavori del Consiglio europeo di Edimburgo. In "*Impostazione generale dell'applicazione, da parte del Consiglio, del principio di sussidiarietà e dell'articolo 3B del Trattato sull'Unione europea*" vengono definiti con precisione i meccanismi di applicazione di tale principio. Tale documento può essere suddiviso in tre parti. La prima, (*Principi fondamentali*), inserisce la sussidiarietà tra i principi giuridici dell'Unione europea.

La seconda (*Orientamenti*) stabilisce alcuni criteri-guida al fine di una corretta applicazione dell'articolo 3 B del Trattato Ce. In particolare, il primo comma stabilisce che è necessario verificare a priori che la proposta dell'atto normativo rientri fra le competenze conferite dal trattato. Il secondo comma prevede che l'azione comunitaria debba soddisfare entrambi gli aspetti del principio di sussidiarietà, vale a dire che gli obiettivi dell'azione non possano essere soddisfatti sufficientemente dagli Stati membri, mentre il terzo comma stabilisce che gli oneri finanziari ed amministrativi gravanti sulla Comunità o sugli stati membri devono essere minimi e, comunque, proporzionati allo scopo.

La parte terza del documento de quo (Procedure e prassi) fissa in maniera rigida e tassativa le regole che devono essere seguite dall'azione comunitaria alla luce del principio di sussidiarietà (es.: obbligo della Commissione di procedere ad ampie consultazioni con gli Stati membri prima di presentare proposte; valutazione da parte del Consiglio della conformità di ogni proposta della commissione con il principio di sussidiarietà; informazione del Parlamento nel corso della procedura di co-decisione e di cooperazione del rispetto di tale principio).

L'Accordo Interistituzionale concluso tra il Parlamento e la Commissione il 25 ottobre 1993 attribuisce obblighi e responsabilità alle tre istituzioni

ha reso possibile la giustiziabilità (anche se entro certi limiti) dell'azione comunitaria. La Corte di Giustizia può, infatti, attualmente disporre di parametri oggettivi in base ai quali confrontare la legittimità dell'azione stessa, atteso che il protocollo *de quo* prevede e definisce i criteri, le modalità e le procedure (c.d. *steps* qualitativi e quantitativi) che la Comunità è obbligata a rispettare ed ad osservare qualora decida di intervenire, in via sussidiaria, in settori di competenza concorrente.

1) Infine, il ricorso alla sussidiarietà significa, come evidenziato da un'autorevole opinione dottrinale²²⁸, porre al centro del sistema il cittadino. Ciò si evincerebbe ponendo a confronto il testo letterale dell'articolo 3 B e quello previsto al secondo comma dell'articolo A del preambolo del Trattato di Maastricht. Infatti, in base all'articolo 3 B la sussidiarietà è concepita quale criterio di ripartizione delle competenze tra i diversi livelli di governo.

La disposizione A, stabilendo, al secondo comma, che "il presente Trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese il più vicino possibile

(Commissione, Consiglio e Parlamento) tenuti a garantire il rispetto del principio di sussidiarietà.

Infine, il Protocollo n. 30, allegato al Trattato di Amsterdam sull'applicazione del principio di sussidiarietà e di proporzionalità definisce in maniera chiara i meccanismi relativi all'attuazione del principio de quo. In particolare, tale documento sottopone gli interventi comunitari alla soddisfazione dei seguenti criteri-guida: aspetti transnazionali; necessità di correggere distorsioni della concorrenza; favorire la coesione socio-economica; vantaggi per le dimensioni e per gli effetti rispetto all'azione dei singoli Stati (DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, cit. 88 ss).

²²⁸ PIZZETTI, *Il nuovo ordinamento italiano fra riforme amministrative e riforme costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2002, 99 ss.

ai cittadini”, individua, invece, un nuovo significato della sussidiarietà intesa come principio fondante lo scopo dell’ordinamento dell’Unione ²²⁹.

A tale riguardo, si è rilevato che senza l’articolo A, la disposizione di cui all’art. 3 B si limiterebbe ad introdurre a livello comunitario un mero principio di buona amministrazione in base al quale la Comunità sarebbe legittimata ad intervenire qualora la sua azione sia utile per realizzare meglio, e cioè in modo più efficace di quanto gli Stati membri potrebbero assicurare, gli obiettivi dell’Unione.

In altre parole, seguendo il ragionamento del Pizzetti, l’introduzione del principio di sussidiarietà nel trattato di Maastricht, quale risulta dalla combinazione delle citate due disposizioni, ha voluto trovare una soluzione al dibattito inerente alla natura dell’Unione, soggetto né federale (dove la Federazione è considerata quale soggetto che, a prescindere dalla rigida ripartizione delle competenze, è chiamata ad intervenire per la tutela di interessi comuni), né confederale (dove le competenze assegnate alla Confederazione non possono essere ampliate e non possono esistere interessi comuni al di fuori degli scopo previsti), bensì *tertium genus*²³⁰.

La sussidiarietà sarebbe, pertanto, tesa a garantire il migliore esercizio possibile delle funzioni nell’interesse del cittadino considerato quale destinatario ultimo di ogni intervento. Essa non si risolverebbe, pertanto, nella mera formulazione del principio di efficienza e di efficacia, atteso che

²²⁹ L’articolo A, comma 2, del Trattato di Maastricht recita che: “Il presente Trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di un’unione sempre più stretta tra i popoli dell’Europa, in cui le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini”.

²³⁰ PIZZETTI, *Il nuovo ordinamento italiano fra riforme amministrative e riforme costituzionali*, cit. 103.

ogni decisione deve essere presa secondo modalità e con i contenuti idonei a rispondere ai bisogni e alle necessità dei cittadini nel rispetto delle loro libertà e della loro autonomia.

Intesa in questo senso, la sussidiarietà presenta forti legami con il concetto stesso di democrazia e diviene il principio ordinatore di un sistema che, ponendo al centro il cittadino nella sua dimensione singola ed associata, organizza la distribuzione delle competenze in tal senso²³¹.

²³¹ *Idem*, 107.

-SEZIONE TERZA-

IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ VERTICALE
NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

Sommario: **1.** Il principio di sussidiarietà a livello di legislazione ordinaria: (segue) 1.1. Il principio di sussidiarietà nella legge n. 142 del 1990; (segue) 1.2. Il principio di sussidiarietà secondo la legge 15 marzo 1997, n. 59; (segue) 1.3. Il principio di sussidiarietà nei lavori della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali istituita nella XIII legislatura; **2.** Il principio di sussidiarietà nel nuovo Titolo V della parte II della Costituzione: (segue) 2.1. La Composizione della Repubblica: art. 114 Cost.; (segue) 2.2. La ripartizione delle competenze legislative fra Stato e Regioni: art. 117 Cost.; (segue) 2.3. . Il potere sostitutivo: l'articolo 120 della Costituzione; (segue) 2.4. I particolari limiti alla potestà legislativa statale e regionale: il limite del rispetto della Costituzione, i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali e dall'ordinamento comunitario, la "scomparsa" del limite dell'interesse nazionale; (segue) 2.5. La funzione di indirizzo e coordinamento; (segue) 2.6. Il principio di sussidiarietà: l'articolo 118 della Costituzione; (segue) 2.7. Giustiziabilità del principio di sussidiarietà; 2.8. (segue) Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana e nell'ordinamento comunitario e tedesco; **3.** Il principio di sussidiarietà secondo l'interpretazione della Corte Costituzionale: la sentenza n. 303 del 2003; **4.** La competenza come criterio ordinatore del sistema delle fonti: (segue) 4. 1. L'emergere della competenza in regime di costituzione flessibile: il Guido Zanobini; (segue) 4. 2. La competenza in regime di Costituzione rigida: il pensiero di Vezio Crisafulli, di Carlo Esposito e di Franco Modugno; (segue) 4. 3. Diversi significati del concetto di competenza; (segue) 4. 4. Competenza come rapporto fra norme; **5.** Osservazioni conclusive: (segue) 5.1. Differenze strutturali e sostanziali fra

principio di sussidiarietà e criterio di competenza; (segue) 5.2. Critica alla sentenza n. 303 del 2003 della Corte costituzionale: il principio di legalità e di rigidità della Costituzione.

-CAPITOLO 1-

IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ A LIVELLO DI LEGISLAZIONE ORDINARIA

Nella sezione precedente abbiamo analizzato il significato della sussidiarietà nell'ordinamento statunitense, tedesco e comunitario. A tale scopo abbiamo preso in considerazione l'articolo 1, sez. VIII della Costituzione statunitense, l'articolo 72 della Legge Federale tedesca e l'articolo 3 B del Trattato di Maastricht (ora 5). Da questa analisi abbiamo potuto appurare che la sussidiarietà, sia nell'ordinamento tedesco che in quello comunitario, si attegga quale regola flessibile e dinamica di esercizio delle competenze legislative concorrenti (*rectius*, non esclusive).

Diversamente, nell'ordinamento statunitense, il principio di sussidiarietà disciplina l'esercizio di poteri che la Costituzione attribuisce al Governo centrale, limitandoli o accrescendoli, secondo l'interpretazione che la Corte Suprema conferisce alla *necessary and propter clause* da cui parte della dottrina deduce implicitamente tale principio.

Giunti a questo punto della nostra ricerca, prenderemo in esame la sussidiarietà all'interno dell'ordinamento italiano. In particolare, ci riferiremo alla legge 142 del 1990, alla legge Bassanini n. 59 del 1997, al progetto di riforma della Costituzione della Bicamerale D'Alema ed, infine, alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 che ha modificato il Titolo V, parte II, della nostra Costituzione.

1.1. Il principio di sussidiarietà nella Legge 142 del 1990

Un primo riferimento al principio di sussidiarietà è rinvenibile nella legge n. 142 del 1990, la quale definisce il ruolo che le Regioni devono svolgere nella ripartizione delle attribuzioni tra gli Enti locali.

Più precisamente, la legge 142 del 1990 attribuisce alla competenza legislativa delle Regioni il compito di regolare – nel rispetto dei principi stabiliti dalla legge statale – le funzioni delle Province e dei Comuni, riservando alle Regioni stesse “le funzioni che attengano ad esigenze di carattere unitario nei rispettivi territori” ed “identificando (...) gli interessi comunali e provinciali in rapporto alle caratteristiche della popolazione e del territorio” (art. 3).

Detta norma deve, però, essere letta in combinazione con altre disposizioni della legge *de qua* e, per la precisione con:

- l'articolo 14, il quale elenca i settori riservati alle funzioni delle Province, come l'articolo 17 per le Aree metropolitane;

- l'articolo 19, il quale indica i criteri direttivi per la concreta determinazione, in tali ambiti, delle funzioni provinciali e metropolitane ed affida alle Regioni il compito di conferire le funzioni a tali livelli intermedi;

- gli articoli 9 e 19, che riservano ai Comuni le funzioni non attribuite specificatamente ad altri soggetti.

Alla luce di queste disposizioni emerge che le Regioni devono individuare le funzioni da attribuire alle Province in base non al carattere unitario dell'interesse nei rispettivi territori, ma alla sua localizzabilità a livello provinciale. Il principio di sussidiarietà opera, dunque, sia a favore del Comune nei

confronti della Provincia, sia a favore della Provincia nei confronti della Regione, la quale può riservarsi le sole funzioni di carattere unitario nel proprio territorio. In altre parole, la sussidiarietà funzionerebbe, in questo contesto, quale *parametro per il legislatore regionale competente a ritagliare, all'interno delle materie stabilite dal legislatore nazionale, le funzioni di spettanza locale.*

Tuttavia, la legge 142/90 non conteneva un'enunciazione espressa del principio di sussidiarietà. Al contrario, l'operatività di tale principio, come abbiamo potuto vedere, era sottesa implicitamente alla formulazione delle disposizioni sopra brevemente esaminate. Solamente in seguito alla l. 3 agosto 1999, n. 265, recante "Disposizioni in materia di autonomia e ordinamento degli enti locali, nonché modifiche alla legge 8 giugno 1990, n. 142", il principio di sussidiarietà è stato formalmente previsto come criterio che le Regioni devono seguire nell'allocazione delle funzioni amministrative fra Comuni e Province. In particolare, l'art. 2, nel sostituire il precedente articolo 2 della legge 142/1990, stabilisce al comma 5 che: "I comuni e le province sono titolari di funzioni proprie e di quelle conferite loro con legge dello Stato e della regione, secondo il *principio di sussidiarietà*. I comuni e le province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali".

Il principio di sussidiarietà è ulteriormente previsto, indirettamente, nella Legge 30 dicembre 1989, n. 439 di recepimento della Carta europea delle autonomie locali, il cui articolo 4, par. 3 contemplava detto principio, e direttamente

nella legge 30 novembre 1998, n. 419, recante “Delega al Governo per la razionalizzazione del Servizio sanitario nazionale e per l’adozione di un testo unico in materia di organizzazione e funzionamento del Servizio Sanitario nazionale”, il cui articolo 2, comma 1, lett. b), menziona il “*principio di sussidiarietà istituzionale*”.

Nondimeno, la prima vera enunciazione del principio di sussidiarietà si trova nella l. 15 marzo 1997, n. 59, recante “Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione della azione amministrativa”, su cui, pertanto, occorre soffermarsi prima di analizzare la Riforma del Titolo V della Costituzione.

1.2. Il principio di sussidiarietà secondo la Legge Bassanini n. 59 del 1997

Da quanto esposto nel paragrafo precedente emerge che il principio di sussidiarietà, il quale, come è ben noto, ha fatto ingresso nella Costituzione italiana con la Legge di revisione costituzionale dell’ottobre 2001, era, tuttavia, già previsto a livello legislativo in diversi testi normativi, tra cui, il più importante è senz’altro la Legge Bassanini n. 59 del 1997²³².

²³² VIPIANA, *Il principio di sussidiarietà verticale*, cit. 203 e ss.

In merito, parte della dottrina sostiene che il principio di sussidiarietà fosse operante nel nostro testo costituzionale anche prima della riforma del titolo V con la legge 18 ottobre 2001 n. 3. Più precisamente, si ritiene da parte di alcuni autori che la sussidiarietà fosse da qualificarsi quale principio costituzionale implicito essendo desumibile dai seguenti principi stabiliti nei primi articoli della costituzione. Principio democratico (art. 1 Cost.), personalista e solidarista (art. 2 Cost.), ed autonomista (art. 5 Cost.). Infatti, il principio democratico manifesterebbe l’esigenza che le

Le “riforme Bassanini” (legge 15 marzo 1997, n. 59; legge 15 maggio 1997, n. 112; legge 16 giugno 1998, n. 191) e i successivi decreti delegati e regolamenti, si sono presentati fin dall’inizio come il tentativo di introdurre *il massimo federalismo possibile “a Costituzione invariata”*, ovvero come la naturale continuazione di una lunga vicenda di trasformazione in atto da tempo nell’ordinamento italiano. Una sorta di “terza fase dopo quella del 1970 con le prime elezioni regionali e quella contraddistinta dal D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616.

Più precisamente, le “riforme Bassanini” si proponevano tre obiettivi importanti e connessi fra loro:

a) quello della trasformazione della Pubblica Amministrazione, statale e centralizzata, in un’amministrazione articolata in vari livelli regionali e locali coesistenti con un’attività statale di indirizzo e di coordinamento;

b) quello di riforma degli apparati amministrativi centrali e periferici dello Stato;

c) e quello, infine, di un’ampia opera di semplificazione e delegificazione.

L’aspetto che a noi più interessa è il primo. Esso, infatti, prevedeva il compimento del trasferimento del maggior numero

funzioni pubbliche siano svolte il più vicino possibile ai cittadini. Il principio personalista di cui all’art. 2 cost. esprimerebbe, invece, mettendo al centro dell’ordinamento la persona umana, la necessità che “le decisioni da assumere per la soddisfazione dei beni comuni spettino alle istituzioni più vicine ai cittadini, mentre alle istituzioni maggiori spetti solo ciò che non può essere fatto adeguatamente dalle istituzioni minori”. Il principio di solidarietà legittimerebbe, invece, l’azione di sostegno (sussidiaria) nei confronti delle collettività più deboli da parte di quelle, per così dire, più forti. Infine, il principio di autonomia di cui all’art. 5 Cost. esprime il valore politico-costituzionale di riconoscimento e di garanzia delle autonomie territoriali da cui sarebbe, pertanto, desumibile il principio di sussidiarietà il quale stabilisce che, nei rapporti fra Stato ed autonomie locali, occorre riconoscere il più possibile il ruolo delle istituzioni più prossime ai cittadini (VIPIANA, *Il principio di sussidiarietà verticale*, cit. 207-211).

di materie e di funzioni dallo Stato alle Regioni e alle Autonomie locali per *“costruire un sistema di amministrazioni pubbliche articolato su di una “rete”, costituita dallo Stato centrale e dai “soggetti periferici”, secondo un disegno formalmente rispettoso della Costituzione vigente, ma essenzialmente coerente con il superamento di questa”* ²³³.

In particolare, l'articolo 1 delegava il Governo *“ad emanare, entro il 31 marzo 1998, uno o più decreti volti a conferire alle Regioni ed agli Enti locali, ai sensi degli articoli 5, 118 e 120 della Costituzione, funzioni o compiti amministrativi nel rispetto dei principi e dei criteri contenuti nella presente legge”*, e aggiungeva, al comma 2, che *“erano anche conferite alle Regioni e agli enti locali, nell'osservanza del principio di sussidiarietà di cui all'art. 4, comma 3, lett. a)...tutte le funzioni e i compiti amministrativi relativi alla cura degli interessi e alla promozione dello sviluppo delle rispettive comunità, nonché tutte le funzioni e i compiti amministrativi localizzabili nei rispettivi territori in atto esercitati da qualunque organo o amministratore dello Stato, centrali o periferici, ovvero tramite enti o altri soggetti pubblici”*(art. 1, comma 1 e 2, l. 15 marzo 1997, n. 59). Il 3 comma del cit. articolo elencava, infine, le materie tassativamente riservate allo Stato.

La prima novità della legge 59 del 1997 era rappresentata dal nuovo criterio di ripartizione delle funzioni amministrative, criterio che è stato, poi, ripreso, come è noto, dalla l. cost. 3 del 2001 relativamente alle funzioni legislative. Più precisamente, l'elenco tassativo non riguardava più le materie o le funzioni che *passavano* alle Regioni o alle Autonomie locali, ma – viceversa – quelle che restavano allo Stato. In questo senso

²³³ PIZZETTI, *Federalismo, regionalismo e riforma dello Stato*, Giappichelli, Torino, 1998, 156-160.

doveva essere inteso il termine “conferimento”, il quale includeva sia il concetto di *trasferimento* o di *attribuzione* alle Regioni delle funzioni relative alle materie previste dal precedente articolo 117 Cost, sia quello di *delega ex art. 118 Cost.* quando si trattava di funzioni che erano, invece, *fuori* del vecchio art. 117 Cost.

La seconda novità consisteva nel definitivo superamento del *principio del parallelismo fra potestà legislative e potestà amministrativa*, grazie ad un’interpretazione estensiva dell’articolo 118 Cost. condotta, allora, anche sulla base del principio di sussidiarietà introdotto dall’art. 4 della legge *de qua*²³⁴.

Il legislatore ordinario individuava nel principio di sussidiarietà uno dei criteri fondamentali cui le Regioni, nelle materie in cui avevano competenza legislativa ai sensi del precedente articolo 117 Cost. ed il legislatore delegato, per le materie ed i compiti di cui all’articolo 1 della legge *de qua*, dovevano attenersi al fine del conferimento delle funzioni. Secondo l’articolo 4, comma 3, lett.a), il trasferimento delle medesime doveva avvenire “*con l’attribuzione della generalità dei compiti e delle funzioni amministrative ai Comuni, alle Province e alle Comunità montane, secondo le rispettive dimensioni territoriali,*

²³⁴ *Idem*, 167-169.

In base alla legge 59 del 1997, hanno, poi, assunto rilievo anche le “autonomie funzionali” ed in particolare le Università, le Camere di Commercio. L’articolo 1, terso comma, escludeva, infatti, dal conferimento “i compiti esercitati localmente in regime di autonomia funzionale dalla Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura e dalle Università degli Studi”. Inoltre, in virtù del comma *2bis* dell’articolo 2, come modificato dalla legge n. 191 del 1998, le Camere di Commercio hanno assunto una piena autonomia regolamentare in ordine alla disciplina delle materie e l’esercizio delle competenze ad esse assegnate e per l’attuazione dei propri statuti, e ciò conformemente al nuovo disegno delle “autonomie funzionali” delineato dalla legge Bassanini n. 1 (PIZZETTI, *Federalismo, regionalismo e riforma dello Stato*, cit. 169).

*associative e organizzative, con l'esclusione delle sole funzioni incompatibili con le dimensioni medesime, attribuendo le responsabilità pubbliche anche al fine di favorire l'assolvimento di funzioni e di compiti di rilevanza sociale da parte delle famiglie, associazioni e comunità, alle autorità territorialmente e funzionalmente più vicine ai cittadini interessati"*²³⁵.

²³⁵ In merito al principio di sussidiarietà, si rileva che esso operava non solo nei rapporti tra Stato e soggetti periferici, ma anche tra le Regioni stesse e gli altri enti territoriali minori. In tale senso l'art. 4, comma 1, disponeva che le Regioni conferivano alle Autonomie locali *"tutte le funzioni che non"* richiedevano *"l'unitario esercizio a livello regionale"*.

Il Legislatore si proponeva, inoltre, di individuare un unico soggetto *"ricevente"* delle attribuzioni conferite con il relativo decreto, il quale, dotato delle ulteriori funzioni complementari e strumentali, fosse anche responsabile del proprio operato davanti ai cittadini secondo il *principio di unicità e di responsabilità della amministrazione*. Oltre a ciò, si dovevano aggiungere anche i criteri *di completezza, d'efficienza ed economicità, di omogeneità, di adeguatezza, di differenziazione, di copertura finanziaria, di autonomia organizzativa e di cooperazione tra Stato, Regioni ed Enti territoriali* (art. 4. 3).

In sostanza, la riforma in esame intendeva *rovesciare lo Stato amministrativo, facendo delle Regioni, delle Autonomie locali l'asse portante del sistema*. Ma non si trattava solo di questo: la l. n. 59 del 1997 si proponeva anche di rafforzare le strutture di concertazione tra il Governo statale, le Regioni ed i Governi locali mediante l'istituzione della *"Conferenza Stato- città- autonomie locali"* e *"la Conferenza Unificata"* (art. 9 della l. n. 59 del 1997) in cui confluivano, per tutte le materie d'interesse comune, sia la *"Conferenza Stato- Regioni"* e sia la *"Conferenza Stato- città- autonomie locali"*. Inoltre, per quanto riguardava i rapporti tra Governo e Parlamento in ordine al processo d'attuazione delle deleghe, la legge in questione prevedeva anche l'istituzione di una nuova *"Commissione Bicamerale"* (art. 5 l. n. 59 del 1997) cui aspettava esercitare il controllo permanente del Parlamento e dell'attività del Governo.

In particolare, la *"Commissione Bicamerale per l'attuazione della riforma amministrativa"* era un organismo *creato ad hoc* con il compito di esprimere pareri non vincolanti sugli schemi di decreti legislativi preparati dal Governo e di assicurare una verifica periodica dello stato di attuazione della riforma. La *"Commissione Parlamentare per le questioni regionali"*, invece, era già prevista dall'art. 126 della Costituzione ed assumeva, in base art. 6 l. n. 59 del 1997, anche essa la facoltà di manifestare il proprio parere sugli schemi di decreti legislativi. Il Legislatore prevedeva pure sedi di concertazione tra il Governo centrale e i Governi dei *"soggetti periferici"*. Gli artt. 6 e 7, infatti, stabilivano che il Governo dovesse acquisire il parere della *"Conferenza Stato- Regioni"* e *"Stato- Città- Autonomie locali"* sempre in relazioni ai decreti di trasferimento delle funzioni così da consentire anche agli organi rappresentativi degli enti locali di dialogare direttamente con il Governo Centrale. Altrettanto

In altri termini, il principio di sussidiarietà appariva nella legge Bassanini n. 1, “quale criterio correttivo del principio di generalità delle attribuzioni alle regioni e agli Enti locali, e quale principio-motore del ruolo delle società intermedie nell’assolvimento di funzioni e di compiti di rilevanza sociale, in un processo di avvicinamento delle sedi di esercizio delle responsabilità pubbliche ai cittadini interessati”²³⁶.

Si trattava, però, di un’idea di sussidiarietà destinata ad operare sul piano del decentramento istituzionale piuttosto che politico delle funzioni e coerente con il solidarismo di matrice cattolica recepito in molte parti della nostra Costituzione²³⁷.

significativa era, inoltre, la “Conferenza Unificata” quale terza sede di raccordo tra il Governo centrale e tutti i “soggetti periferici” (art. 9, comma 1. del 1997, n. 59).

Se, dunque, da una parte la “Bassanini” esprimeva la necessità di una certa *differenziazione* tra i soggetti periferici, allocando le relative funzioni in considerazione delle diverse caratteristiche degli Enti locali, dall’altra intendeva evolvere il sistema amministrativo ed il governo complessivo verso una forma di *federalismo partecipativo* mediante un nuovo sistema di “raccordi” tra Governo e Parlamento e tra “governo centrale” e “Governi regionali e locali”.

Tuttavia, uno dei limiti della “riforma Bassanini” consisteva nel fatto che, per cambiare veramente la *Forma di Stato* e raggiungere gli scopi che si era proposta, non bastava solamente incidere sull’organizzazione del Governo nazionale e dei soggetti periferici o modificare la struttura amministrativa statale, ma era necessario fare un passo ulteriore e “più coraggioso”: *reformare la Costituzione* mediante il *procedimento di revisione previsto dall’art. 138 Cost.* (PIZZETTI, *Federalismo, regionalismo e riforma dello Stato*, cit. 156-180)

²³⁶ MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 112.

²³⁷ *Ibidem*.

In seguito alla entrata in vigore della legge delega n. 59 del 1997 e ai relativi decreti legislativi attuativi, sorse un dibattito dottrinale fra i giuristi in merito alla proposta di conferire una copertura costituzionale al principio di sussidiarietà e, più in generale, alle riforme Bassanini, le cui disposizioni finivano inevitabilmente per incidere sul piano delle funzioni legislative previste dal vecchio art. 117 Cost. La stessa Corte costituzionale, infatti, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di alcune norme della legge n. 59 applicative del principio di sussidiarietà, con la sentenza 408/1998 definisce il principio di sussidiarietà come uno dei principi e criteri più importanti previsti dalla legge delega (Corte cost. n. 408 del 1998, in *Giur.Cost.* 1998, 3493).

Secondo il Pizzetti, la formulazione del citato articolo 4, comma 3, lett. a) nel testo approvato dal Parlamento in via definitiva è profondamente diversa da quella presentata dal Governo in sede di progetto di legge.

Più precisamente, nella versione del governo, il trasferimento delle funzioni statali doveva essere preceduto dalla verifica della individuazione dei compiti che potevano essere esercitati meglio se lasciati all'autonomia dei privati. Si prevedeva, infatti, che solo dopo tale verifica fosse possibile procedere al conferimento dei poteri stessi ai livelli di governo più vicini ai cittadini²³⁸.

Al contrario, secondo il testo definitivo dell'articolo 4, non si darebbe alcuna importanza al cittadino come soggetto titolare di domande, esigenze e bisogni propri. Il principio di sussidiarietà opererebbe unicamente come criterio di individuazione del livello territoriale di governo cui conferire le funzioni in ragione della vicinanza dell'Ente ai cittadini²³⁹. In altre parole, non vi sarebbe ora più spazio per l'operatività del principio di sussidiarietà orizzontale, ma solo per quello verticale.

Inoltre, anche nell'ipotesi in cui si debbano prendere in considerazione le esigenze dei cittadini al fine di valutare se determinate funzioni siano meglio esercitate dagli individui singoli o associati, ci si limiterebbe a considerare tale elemento solamente con riferimento alla finalità di favorire

²³⁸ PIZZETTI, *Il nuovo ordinamento italiano fra riforme amministrative e riforme costituzionali*, cit. 115 ss.

La formulazione contenuta nel progetto presentato al Governo incontrò due obiezioni. La prima da parte di coloro che attribuivano a quella norma il mero significato di difesa del mercato e dell'autonomia dei cittadini considerati come "singoli". La seconda da parte di quelli che vedevano con sfavore la circostanza che fossero sottratte al "pubblico" funzioni per attribuirle ai privati.

²³⁹ *Idem*, 117-118.

“l’assolvimento di funzioni e compiti di rilevanza sociale da parte delle famiglie, associazioni e comunità”. Ne deriva che, diversamente dal progetto presentato dal governo, il cittadino non sarebbe posto al centro della decisione statale relativa al “se” ed al “chi” assegnare determinate funzioni.

In ogni caso, anche nell’ambito di ciascun livello di governo dovrebbe essere rispettato il limite secondo cui l’attribuzione di funzioni sarebbe possibile solo se questa avvenisse a favore di soggetti che operano in forme associate e per finalità socialmente rilevanti²⁴⁰.

In conclusione, secondo la formulazione della disposizione approvata in via definitiva dal Parlamento, la sussidiarietà si presenterebbe come criterio da utilizzare per la distribuzione di funzioni e compiti fra i diversi livelli territoriali di governo, mentre l’esercizio di funzioni da parte dei privati sarebbe ritenuto un elemento eventuale e residuale da prendere in considerazione solo in via “aggiuntiva” (PIZZETTI, 2002)²⁴¹.

In seguito alla legge delega n. 59 del 1997 ed ai successivi decreti legislativi attuativi (tra cui il d. lgs. 112/1998), si è diffuso un dibattito dottrinale in merito alla necessità di introdurre nel testo costituzionale il principio di sussidiarietà in

²⁴⁰ *Ibidem*.

²⁴¹ *Ibidem*.

Secondo il Pizzetti, la disposizione di cui all’art. 4 della legge 59 del 1997, nonostante che abbia avuto il merito di introdurre nel nostro ordinamento il principio di sussidiarietà, non pone al centro il cittadino. Esso appare, piuttosto, come un criterio di ripartizione delle competenze fra i diversi livelli di governo. Criterio che, a detta dell’Autore, appare sì elastico e flessibile, ma anche “parziale e monco”, atteso che esso non tiene in considerazione la vera portata e forza innovativa del principio di sussidiarietà se applicato correttamente.

una prospettiva di generale riforma del Titolo V che conferisse una copertura costituzionale alle leggi Bassanini²⁴².

Il primo tentativo di costituzionalizzazione del principio in questione è, senz'altro, ascrivibile alla Commissione Bicamerale per le riforme costituzionali costituita con la legge costituzionale 24 gennaio 1997, n. 1, su cui occorre soffermarsi brevemente prima di prendere in esame direttamente il testo della Costituzione riformato dalla legge costituzionale n. 3 del 2001²⁴³

²⁴² MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 112-113.

²⁴³ Fra le proposte di riforme istituzionali non formalizzate in progetti di revisione costituzionale si possono ricordare in via meramente esemplificativa:

-“Carta delle regioni d’Italia”, documento approvato dalla Conferenza dei Presidenti delle regioni e delle Province autonome il 19 marzo 1993;

-“Riforma dello Stato in senso regionalista” e autonomista”, documento approvato dalla Conferenza dei Presidenti dei Consigli delle Regioni e delle Province autonome a Roma l’11 novembre 1994;

-“Le Regioni italiane verso il duemila”, documento approvato dalla Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome a Caprarola l’11 ottobre 1995;

-“Proposta di riforma federalista”, documento elaborato per conto della Regione Emilia – Romagna dai professori Bin, Cammelli, Di Pietro e Falcon e presentato a Bologna nell’aprile del 1996.

Delle proposte di riforma istituzionali formalizzate, invece, in progetti di revisione costituzionale, si possono ricordare, in via meramente esemplificativa:

-progetto di legge volto a modificare diversi aspetti della Costituzione, approvato in sede referente dalla commissione Affari costituzionali del Senato in data 11 giugno 1991 (X legislatura, p.d. l. 4887);

- progetto di legge costituzionale teso a modificare diversi aspetti della parte seconda della costituzione, approvato dalla Commissione parlamentare per le riforme istituzionali (c.d. Commissione bicamerale De Mita-Iotti, istituita con l.c. 6 agosto 1993, n. 1) e comunicato alla presidenza della Camera e a quella del Senato l’11 gennaio 1994 (XI legislatura, C 3597 e S 1789);

-progetto di legge costituzionale volto a revisionare la parte seconda della Costituzione, approvato dalla Commissione parlamentare per le riforme costituzionali (c.d. Commissione bicamerale D’Alema, prevista dalla l. c. 17 gennaio 1997, n. 1) in due diverse versioni. A tale riguardo, la dottrina è solita parlare di *duplice progetto* con riferimento al testo approvato il 30 giugno 1997 e a quello del 4 novembre 1997 (VIPIANA *Il principio di sussidiarietà verticale*, cit. 212-213).

1.3. *Il principio di sussidiarietà nei lavori della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali istituita nella XIII legislatura.*

Con l'approvazione della legge costituzionale 24 gennaio 1997, n. 1 fu istituita in seno al Parlamento un'apposita Commissione Bicamerale per le riforme costituzionali presieduta dall'On. D'Alema (la c.d. "Commissione D'Alema") col compito di modificare l'intera seconda parte della Costituzione relativa alle "Regioni, le Province e i Comuni". Si trattava, pertanto, di un processo di *manutenzione costituzionale straordinaria* perché, data l'ampiezza dell'oggetto della riforma, si richiedeva un processo di revisione diverso da quello ordinario previsto dall'articolo 138 Cost. idoneo, invece, ad effettuare modifiche settoriali di "manutenzione ordinaria"²⁴⁴.

²⁴⁴ PIZZETTI, *Federalismo, regionalismo e riforma dello Stato*, cit. 137-128.

Una delle parti del Progetto sicuramente più interessante era quella dedicata alla *forma di Stato*, in quanto espressiva di una "forte" volontà riformatrice dello Stato italiano nel senso di uno Stato di tipo federale. L'art. 55, infatti, nello stabilire che "*La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Regioni, e dallo Stato*", presentava due aspetti profondamente innovativi di cui il primo riguardava la sostanziale *parificazione* tra le Regioni, le Province e i Comuni, il secondo concerneva i rapporti tra la Regione e lo Stato. E proprio in relazione a quest'ultimo aspetto che risiedeva l'innovazione maggiore: da una parte non s'identificava più, come in passato, lo Stato con la Repubblica, mentre dall'altra lo Stato stesso e i "soggetti periferici" erano "equiparati" e considerati entrambi come elementi costitutivi della Repubblica.

Tuttavia, se lo scopo del Progetto della Bicamerale era quello di trasformare lo Stato italiano in uno federale, esso avrebbe dovuto prevedere l'istituzione di una *Camera delle Regioni* e determinare in quali termini questa Seconda Camera avrebbe potuto partecipare ai processi decisionali degli organi dello Stato centrale. Ma niente di tutto questo era presente nel testo elaborato dalla "Commissione": il Senato continuava ad "essere eletto a base regionale", come prevede tuttora la Costituzione, e manteneva il carattere di Camera rappresentativa del corpo elettorale nazionale, anziché divenire organo rappresentativo delle Regioni o delle autonomie locali. Ciò nonostante, qualche apertura alla partecipazione dei "soggetti periferici" si rinveniva nella previsione della possibilità di convocare, per l'esame di alcune leggi relative a materie d'interesse

regionale o locale, il Senato in "sessioni speciali", è cioè, integrato da "consiglieri comunali, provinciali e regionali eletti in ciascuna Regione in numero pari a quello dei relativi senatori".

Venendo al *potere statutario* (art. 57), il Progetto se da una parte manteneva la distinzione fra Regioni ad autonomia ordinaria e speciale, dall'altra innovava il sistema precedente dato che aboliva la necessità di approvare lo Statuto con una legge della Repubblica e stabiliva che lo stesso potesse disciplinare sia la *forma di governo* della Regione sia la *legge elettorale*.

Un altro aspetto di fondamentale importanza del Progetto di riforma consisteva nel *rovesciamento del criterio di ripartizione delle competenze legislative tra Stato e Regione*: allo Stato spettavano solamente le materie elencate tassativamente dall'art. 58 del Progetto, mentre la Regione acquistava quella competenza "generale e residuale" che in precedenza era riservata allo Stato stesso. Viceversa, non mutava la struttura della potestà legislativa concorrente tra Stato, competente nella legislazione di principio, e Regione, cui si attribuiva la legislazione di dettaglio. In particolare le materie, oggetto di tale potestà erano: "L'istruzione scolastica e universitaria", "l'accesso alle professioni", "la ricerca scientifica e tecnologica", "la tutela della salute e del lavoro", "la protezione civile", e "l'ordinamento sportivo".

In ordine all'*autonomia finanziaria*, l'art. 62 del Progetto sembrava delineare un modello di "federalismo fiscale" diretto a garantire ai soggetti periferici la possibilità di procacciarsi "risorse proprie", sempre in un'ottica di *cooperazione solidaristica* come si poteva dedurre dalla previsione di "istituti di perequazione e redistribuzione del gettito tributario raccolto dallo Stato".

Più in particolare, l'autonomia finanziaria concerneva: la potestà di imporre tributi propri; l'assegnazione di "una quota non inferiore alla metà del gettito complessivo" dei tributi erariali; l'istituzione di "Fondo perequativo" statale per quelle Regioni con minore "capacità fiscale"; l'assegnazione dei beni del demanio pubblico ai Comuni dove essi erano ubicati; ed, infine, la possibilità di ricorrere all'indebitamento per il finanziamento di spese d'investimento.

Profondamente innovativo si presentava il Progetto in esame, anche per ciò che riguardava l'*autonomia pattizia* delle Regioni e l'*impugnazione delle leggi innanzi alla Corte Costituzionale*. Più precisamente, l'art. 61 riconosceva alle Regioni la possibilità di stipulare "intese" tra loro e, sul piano internazionale, di concludere "accordi" con altri stati o con altri enti territoriali, fatto, comunque, salvo il potere del Governo nazionale di chiedere a queste di recedere dagli accordi stipulati.

L'art. 59, invece, nel disciplinare le modalità d'accesso alla Corte Costituzionale, da una parte eliminava la disparità tra l'impugnazione "preventiva" dello Stato e quella "successiva" delle Regioni nel senso che "tutti i soggetti periferici" potevano adire la Corte solo *successivamente*; dall'altra attribuiva anche ai Comuni e alle Province un'identica facoltà di accesso all'organo di giustizia costituzionale.

Per concludere, il Progetto della Commissione Bicamerale presieduta dall'On. D'Alema presentava, senza dubbio, forti elementi che avrebbero permesso un'evoluzione "in chiave federalistica" della nostra forma di Stato. Il riconoscimento di una più ampia autonomia finanziaria, la possibilità per le Regioni di concludere "intese" tra loro o con altri enti internazionali, l'attribuzione di una potestà legislativa generale e

In particolare, per quanto riguarda il principio di sussidiarietà, il “primo” progetto di revisione costituzionale varato dalla Commissione bicamerale D’Alema nella seduta del 30 giugno 1997 prevedeva che *“le funzioni che non possono essere più adeguatamente svolte dalla autonomia dei privati sono ripartite tra le Comunità locali, organizzate in Comuni e Province, le Regioni e lo Stato, in base al principio di sussidiarietà e di differenziazioni, nel rispetto delle autonomie funzionali, riconosciute dalla legge. La titolarità delle funzioni spetta agli enti più vicini agli interessi dei cittadini, secondo il criterio di omogeneità e di adeguatezza delle strutture organizzative rispetto alle funzioni medesime”* (articolo 56).

A tale proposito, la dottrina osserva che in questa disposizione *l’autonomia del cittadino era posta al centro*. Si stabiliva, infatti, che in primo luogo si dovessero definire le funzioni che meglio potevano essere lasciate alle autonomie dei privati e che, solo, in un secondo momento, si dovessero distribuire le restanti funzioni fra i diversi livelli di governo. Distribuzione che doveva svolgersi sia nel rispetto della autonomia dei privati (come singoli e nelle formazioni sociali) sia nel rispetto del principio della maggior vicinanza possibile

residuale, l’accoglimento del principio di sussidiarietà ed il ruolo centrale del Comune all’interno del sistema di ripartizione delle funzioni amministrative, l’autonomia regionale nello scegliere la propria forma di governo e la propria legge elettorale erano, questi, tutti elementi strettamente innovativi, ma non sufficienti per una vera riforma federale. Il Progetto, infatti, da una parte non contemplava- com’è stato fatto notare in precedenza- l’istituzione di una Camera delle Regioni, “accontentandosi” di prevedere forme di riunioni del Senato in “sessione speciali”, dall’altra non affrontava neanche il problema della composizione della Corte Costituzionale, rimanendo le Regioni escluse dalla partecipazione sia al processo legislativo statale sia a quello di revisione della Costituzione. Aspetti, questi, sicuramente non di poco conto (PIZZETTI, *Federalismo, regionalismo e riforma dello Stato*, cit. 144-153).

agli interessi dei cittadini secondo i criteri di omogeneità delle funzioni stesse e di adeguatezza delle strutture²⁴⁵.

Tuttavia, il testo presentato dalla Commissione fu oggetto di numerosi e rilevanti emendamenti.

Il progetto finale, presentato dalla Commissione il 4 novembre del 1997, vedeva un articolo 56 profondamente modificato rispetto a quello del 30 giugno 1997.

Più precisamente, l'articolo 56 del progetto finale stabiliva che *“nel rispetto delle attività che possono essere adeguatamente svolte dall'autonoma iniziativa dei cittadini, anche attraverso le formazioni sociali, le funzioni pubbliche che sono attribuite a Comuni, Province, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà e differenziazione. La titolarità delle funzioni compete rispettivamente a Comuni, Province, Regioni e Stato, secondo i criteri di omogeneità e adeguatezza. La legge garantisce le autonomie funzionali”*²⁴⁶.

²⁴⁵ PIZZETTI, *Il nuovo ordinamento italiano fra riforme amministrative e riforme costituzionali*, cit. 119-120.

²⁴⁶ Il testo dell'articolo 56, come licenziato dalla Commissione per le riforme costituzionali nel progetto del 4 novembre 1997, fu oggetto di votazione in Assemblea alla Camera dei deputati. Per quanto riguardava il principio di sussidiarietà, il testo dell'articolo 56 rimase immutato. Esso fu, invece, integrato da una nuova parte relativa alle funzioni dei diversi enti e alle loro eventuali modalità di associazione.

In definitiva, questo fu il testo approvato dall'Assemblea dei deputati: *“Nel rispetto delle attività che possono essere adeguatamente svolte dall'autonoma iniziativa dei cittadini, anche attraverso le formazioni sociali, le funzioni pubbliche sono attribuite a Comuni, Province o Città Metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà e differenziazione. La titolarità delle funzioni compete rispettivamente a Comuni, Province o Città Metropolitane, Regioni e Stato, secondo i criteri di omogeneità e adeguatezza. La legge garantisce le autonomie funzionali. Sono attribuite ai Comuni le funzioni regolamentari ed amministrative anche nelle materie di competenza legislativa dello Stato e delle Regioni. Senza duplicazioni di funzioni e con l'individuazione delle rispettive responsabilità, la legge attribuisce alle province, alle Città metropolitane, alle Regioni e allo stato le funzioni regolamentari ed amministrative che non possono essere più efficacemente svolte dai Comuni. Nelle aree metropolitane individuate dalla legge approvata dalle due Camere il*

Come rilevato dal Pizzetti,²⁴⁷ il testo licenziato dalla Commissione il 4 novembre 1997 era sicuramente “più arretrato” rispetto a quello del 30 giugno. Secondo, infatti, l’ultima formulazione dell’articolo 56, la sfera delle autonomie che potevano essere adeguatamente svolte dai cittadini (singoli e associati) diventava solo un elemento da rispettare.

Diversamente, il principio di sussidiarietà continuava ad essere visto come criterio da seguire nella individuazione delle funzioni da attribuire ai diversi livelli di governo. Le stesse autonomie funzionali non costituivano più un limite al conferimento delle funzioni, ma ne era unicamente garantita l’esistenza²⁴⁸.

Comune capoluogo e gli altri Comuni a questo uniti da rapporti di integrazione territoriale, economica, sociale, culturale possono costituirsi in Città metropolitane ad ordinamento differenziato. I Comuni con popolazione inferiore al minimo stabilito dalla legge approvata dalle due Camere, ovvero situati in zone montane, esercitano anche in parte le funzioni loro attribuite mediante forme associative, alle quali è conferita la medesima autonomia funzionale riconosciuta ai Comuni. Gli atti dei Comuni, delle Province, delle Città metropolitane e delle Regioni non sono sottoposti a controlli preventivi di legittimità o di merito”.

In merito, la dottrina osserva che questa disposizione, così come modificata in sede di approvazione definitiva, presenta diverse proposizioni normative che saranno, poi, “traslate” nel nuovo Titolo V della Costituzione della parte II della Costituzione dalla l. cost. n. 3 del 2001. Trattasi, questo, di un fenomeno, come rilevato dalla dottrina stessa, caratterizzante gran parte del testo della riforma del Titolo V, il quale, infatti, riproduce, letteralmente e sostanzialmente, diverse norme approvate dalla Commissione bicamerale.

Di conseguenza, nonostante che i lavori furono interrotti definitivamente nella seduta del 9 giugno 1998, essi non furono del tutto persi, atteso che costituirono la base su cui fu elaborata la stessa riforma del Titolo V della Costituzione approvata con la legge costituzionale n. 1 del 1999 e n. 3 del 2001 (PIZZETTI, *Il nuovo ordinamento italiano fra riforme amministrative e riforme costituzionali*, cit. 123).

²⁴⁷ *Idem*, 121-122.

²⁴⁸ In proposito il Pizzetti evidenzia che la categoria delle autonomie funzionali è entrata a far parte del nostro ordinamento in maniera rilevante solo con la l. 59 del 1997. Questa, infatti, all’articolo 1, comma 4, lett. d) ha espressamente sottratto ai conferimenti alle Regioni e agli altri enti locali “i compiti esercitati localmente in regime di autonomia funzionale dalle Camere di commercio, industria artigianato e agricoltura e

In altri termini, mentre nella prima versione l'autonomia dei privati aveva un ruolo centrale e prioritario rispetto al riparto verticale delle competenze, nella seconda versione, invece, il legislatore costituzionale si è limitato a prescrivere che le funzioni pubbliche sono attribuite a Comuni, Province, Regioni e Stato, secondo i criteri di sussidiarietà e di differenziazione, "nel rispetto delle attività che possono essere adeguatamente svolte dall'autonoma iniziativa dei cittadini anche attraverso le formazioni sociali". Il riferimento, pertanto, al rispetto dell'autonomia privata è, secondo il testo approvato dalla Commissione bicamerale il 4 novembre 1997, molto più sfumato, ed il ruolo assegnato alla sussidiarietà ridotto a mero criterio utile per la ripartizione delle funzioni fra i diversi livelli di governo²⁴⁹.

A tale riguardo, si è parlato di *principio di sussidiarietà rovesciata*, vale a dire di un principio in contrasto con la valorizzazione della persona umana considerata quale soggetto in grado di esercitare anche funzioni di rilievo pubblico e, quindi, di limitare gli stessi poteri degli enti politici, locali, regionali e nazionali²⁵⁰.

Il legislatore ordinario ha confermato, poi, la centralità del principio di sussidiarietà, sia quale strumento di articolazione verticale delle competenze, sia quale criterio di ripartizione orizzontale delle medesime, in diversi suoi interventi.

dalle università degli studi". Sempre la legge 59 del 1997 ha esteso, con l'articolo 21, anche alle istituzioni scolastiche e all'intero sistema formativo il concetto di autonomia, definendo le istituzioni scolastiche stesse come dotate di autonomie (PIZZETTI, *Il nuovo ordinamento italiano fra riforme amministrative e riforme costituzionali*, cit. 122).

²⁴⁹ MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 112-113.

²⁵⁰ VIOLINI, *Il principio di sussidiarietà*, in G. Vittadini (a cura di) *Sussidiarietà: la riforma possibile*, Etas libri, Milano, 1998, 63.

A titolo meramente esemplificativo, si possono ricordare:

- l'art. 3, comma 5, del d.lgs. 18 agosto n. 267 del 2000, *Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*, il quale recita testualmente che: *"I Comuni e le Province sono titolari di funzioni proprie e di quelle conferite loro con legge dello Stato e della Regione, secondo il principio di sussidiarietà. I Comuni e le Province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dall'autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali"*.

Da questa disposizione emerge che il principio di sussidiarietà non si riduce ad un mero criterio di distribuzione di funzioni fra diversi livelli di governo, ma esprime anche l'idea di valorizzazione dell'autonomia dei privati cui, pertanto, deve essere lasciato l'esercizio di quelle attività che possono svolgere in modo adeguato.

- l'articolo 1, comma 3, della legge 328 dell'8 novembre 2000, *Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*, il quale richiama il principio di sussidiarietà come criterio di affidamento agli enti locali, Regioni e Stato, della programmazione ed organizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali.

Ed ancora:

- il comma 5 dell'articolo 1 della legge n. 328 del 2000, sopra citata, il quale valorizza l'intervento delle organizzazioni di volontariato, delle associazioni e degli enti di promozione sociale le quali rivestono, infatti, una posizione prioritaria nella gestione dei servizi stessi²⁵¹.

²⁵¹ MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 115-116. Segnatamente, l'articolo 1, comma 3: *"La programmazione e l'organizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*

-CAPITOLO 2-

IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ NEL NUOVO TITOLO V DELLA PARTE II DELLA COSTITUZIONE.

Seguendo le direttive della presente ricerca, andiamo ora ad analizzare il principio di sussidiarietà nel nuovo Titolo V della parte II della Costituzione.

Al fine della presente analisi, appare, tuttavia, dedicare alcune considerazioni sulle principali novità introdotte dalla legge costituzionale n. 3 del 2001. In particolare, meritano attenzione le seguenti disposizioni:

- l'articolo 114 Cost. relativamente alla nuova configurazione della Repubblica;
- l'articolo 117 Cost. in ordine al rovesciamento del criterio di ripartizione delle competenze;
- l'articolo 120 Cost. per quanto concerne il potere sostitutivo;
- ed, infine, l'articolo 118 Cost. in merito all'esercizio delle funzioni amministrative.

competete agli enti locali, alle regioni, ed allo stato ai sensi del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112 e della presente legge, secondo i principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare degli enti locali.

L'art. 1, comma 5: "Alla gestione e alla offerta dei servizi provvedono soggetti pubblici nonché in qualità di soggetti attivi nella programmazione e nella realizzazione concertata degli interventi, organismi non lucrativi di utilità sociale, organismi della cooperazione, organismi di volontariato, associazioni ed enti di promozione sociale, fondazioni, enti di patronato ed altri soggetti privati. Il sistema integrato di interventi e servizi sociali ha tra gli scopi anche la promozione della solidarietà sociale, con la valorizzazione delle iniziative delle persone, dei nuclei familiari, delle forme di auto aiuto e di reciprocità e della solidarietà organizzativa".

2.1. La Composizione della Repubblica: art. 114 Cost.

In base alla nuova formulazione dell'art. 114 Cost. la Repubblica non si "riparte" più in Regioni, Province e Comuni, ma è "costituita", oltre che dagli enti citati anche dalle Città Metropolitane e dallo Stato.

Non si tratta solo di un puro e semplice cambiamento terminologico. Infatti, mentre il linguaggio adoperato dai costituenti del 1948 era espressivo di un sistema di rapporti fra Stato e Regione improntati ad un "principio di superiorità"²⁵² del primo nei confronti della seconda, il nuovo testo dell'art. 114 Cost. *parrebbe*, invece, conferire alla nostra forma di Stato un aspetto nuovo ispirato ad un *modello di relazioni centro-periferia non di tipo gerarchico o piramidale ma policentrico (multilevel constitutionalism)*²⁵³.

La formulazione dell'articolo in questione delineerebbe un sistema *interistituzionale "a rete" o a più livelli*²⁵⁴ in base al quale sia lo Stato che gli altri enti territoriali sarebbero, nell'ambito della propria autonomia organizzativa, normativa e politica, posti sullo stesso piano, ossia *equiordinati*²⁵⁵. Stato, Regioni ed enti locali darebbero, quindi, vita ad un sistema integrato di autonomie territoriali composto di una pluralità di ordinamenti giuridici autonomi ma allo stesso tempo coordinati e

²⁵² VERONESI, *I principi in materia di raccordo Stato-Regioni dopo la riforma del Titolo V*, in *Le Regioni* n. 6 del 2003, 1007 ss, ed in part. 1019.

²⁵³ ROLLA, *Relazioni fra ordinamenti e sistema delle fonti. Considerazioni alla luce della legge costituzionale n. 3 del 2001*, in *Le Regioni* n. 2-3 del 2002, 324.

²⁵⁴ *Ibidem*.

²⁵⁵ PIZZETTI, *Le nuove esperienze di governance in un sistema policentrico "esplosivo"*, in *Le Regioni*, n. 6 del 2001, 1176.

comunicanti fra loro. Ciò si ricaverebbe anche dalla circostanza che lo Stato ora non si identifica più *tout court* con la Repubblica, la quale si presenta, invece, come *un'entità astratta* e come la "risultante" dell'interazione di diversi enti tra cui non intercorrerebbe nessuna relazione di tipo gerarchico, né di preminenza o di continenza²⁵⁶.

Tuttavia, se l'art. 114 Cost. per un verso, sembra stabilire un'uguaglianza "ontologica", vale a dire strutturale tra Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, dall'altra parte introduce anche una differenziazione là dove prevede, al 2° comma, che tutti i soggetti costitutivi della Repubblica, dai Comuni fino alle Regioni, siano dotati d'autonomia e di propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione, escluso lo Stato il quale continuerebbe pertanto a rimanere *altro*²⁵⁷. A questo proposito si è inoltre osservato che tale "ipotetica parità" sarebbe messa in discussione anche dalle stesse *funzioni svolte dai singoli enti*, dal momento che solo lo Stato e le Regioni possono svolgere la funzione legislativa, mentre quella amministrativa è attribuita principalmente ai Comuni²⁵⁸.

Discorso, questo, che potrebbe condurre ad interpretare lo stesso 1° comma nel senso che il legislatore, attraverso la nuova formulazione disposizione in esame, abbia voluto solamente definire diversamente l'autonomia delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni, fondandola

²⁵⁶ VIGNUDELLI, *Diritto Costituzionale*, cit. 159-160.

²⁵⁷ PIZZETTI, *Le nuove esperienze di governance in un sistema policentrico "esplosivo"*, cit. 1176.

²⁵⁸ VERONESI, *I principi in materia di raccordo Stato-Regioni dopo la riforma del Titolo V*, cit. 1019-1021.

direttamente sulla Costituzione, senza dovere con ciò introdurre un sistema di perfetta parità con lo Stato²⁵⁹.

In sostanza, il legislatore della riforma ha volutamente rivoluzionato i rapporti fra Stato e Regioni: non più enti disposti secondo una linea gerarchica, espressione del principio di supremazia dello Stato sulle Regioni, ma “pari-ordinati” e tenuti a collaborare insieme per tutto ciò che riguarda gli interessi comuni²⁶⁰.

In altre parole, l’art. 114 Cost. segnerebbe il *passaggio da un autonomismo derivato di tipo gerarchico ad uno, invece, relazionale tra l’ordinamento (Stato) che esprime l’unità del sistema e gli altri autonomi portatori delle differenze*²⁶¹. Ed infatti, mentre il 1° comma elenca gli elementi costitutivi della Repubblica, il 2° definisce la posizione di ognuno all’interno del sistema individuando l’ente sovrano (Stato), originario ed illimitato, e quelli autonomi (Regioni, Province, Città Metropolitane e Comuni) derivati e limitati.

Ciò comporta un inevitabile cambiamento nella stessa lettura del concetto di *unità della Repubblica* di cui all’art. 5 Cost. la quale deve essere intesa non più in senso assoluto ma relativo, ossia come il risultato del bilanciamento dei diversi (ma complementari) interessi dell’*unità* e dell’*autonomia*. Tant’è che secondo alcuni, l’art. 5 andrebbe letto sostituendo il periodo “riconosce e promuove le autonomie locali” con la formulazione del primo comma dell’art. 114, Cost.: “*La repubblica, una e*

²⁵⁹ FORLENZA-TERRACCIANO, *Regioni ed Enti locali dopo la Riforma costituzionale*, il Sole 24 ore, febbraio 2002, 9-11.

²⁶⁰ BIN, *L’interesse nazionale dopo la Riforma: continuità dei problemi, discontinuità della giurisprudenza costituzionale*, in *Le regioni* n. 6 del 2001, 1219.

²⁶¹ ROLLA, *Il principio unitario nei sistemi costituzionali a più livelli*, in *Le Regioni* n. 5 del 2003, 710.

*indivisibile, è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato, attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi e i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento"*²⁶².

In questo modo si eviterebbe una *gerarchizzazione* tra gli elementi dell'*unità* e dell'*autonomia*, i quali sono così "ricomposti" in un *unico sistema coerente e ordinato*. "L'autonomia è, infatti, pensabile solo nella cornice dell'unità, presuppone l'unità stessa e tanto più può essere promossa e garantita, quanto più saldo ed internamente coerente è l'ordinamento"²⁶³.

2.2. La ripartizione delle competenze legislative fra Stato e Regioni: art. 117 Cost.

Il nuovo testo dell'art. 117 modifica radicalmente *il precedente criterio d'attribuzione delle competenze, poiché non sono più le materie spettanti alle Regioni ad essere enumerate, ma quelle attribuite allo Stato*.

Lo Stato detiene, ora, la potestà legislativa esclusiva solo nelle materie elencate all'art. 117. 2 Cost. e una propria "quota di partecipazione" alla potestà legislativa concorrente circoscritta alla definizione dei principi fondamentali (art. 117. 3 Cost), mentre alle Regioni la clausola residuale del comma 4 attribuisce tutte le restanti materie non elencate ai commi

²⁶² MERLONI, *La leale collaborazione nella repubblica delle Autonomie*, in *Dir.Pubbl.* n. 3 del 2002, 841-842.

²⁶³ VERONESI, *I principi in materia di raccordo Stato-Regioni dopo la riforma del Titolo V*, cit. 1007 ss, ed in part. 1018-1019.

precedenti (c.d. materie innominate). I rapporti fra legge statale e legge regionale sembrerebbero, pertanto, conformarsi in modo più netto al c.d. principio di competenza. I due legislatori (statale e regionale) sembrerebbero, infatti, entrambi regolati dal principio dell'assegnazione di competenze costituzionalmente definite, collegate a materie costituzionalmente indicate²⁶⁴.

La legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 ha, inoltre, eliminato i controlli preventivi sulle leggi regionali da parte del Governo della Repubblica, il quale, ora, può solamente promuovere la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte Costituzionale entro sessanta giorni dalla pubblicazione della legge regionale stessa. Si tratta, dunque, di un giudizio successivo, e non più preventivo, limitato alla sola legittimità costituzionale delle leggi regionali e non più al merito.

Tanto premesso, diversamente dal sistema costituzionale precedente, l'articolo 117 Cost. individua tre tipi di potestà legislativa: esclusiva statale, concorrente statale e regionale, residuale regionale.

Potestà legislativa concorrente

La potestà concorrente è per definizione una potestà ripartita per "modi di disciplina" e non già per "campi materiali" come avviene, al contrario, per la potestà esclusiva²⁶⁵.

²⁶⁴ PIZZETTI, *Le nuove esperienze di governance in un sistema policentrico "esplosivo"*, cit. 1170.

²⁶⁵ MARTINEZ-RUGGERI-SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, Giuffrè, Milano, 2002, 172.

In proposito, la dottrina opportunamente osserva che la competenza concorrente contemplata dall'articolo 117, comma 3, Cost. non è una vera "competenza concorrente alla tedesca", ma ripartita. Più precisamente, nella competenza ricorrente lo Stato può intervenire solo tramite una disciplina di principio, restando quella di dettaglio alle Regioni. Al

In proposito, si registrano, rispetto al vecchio testo dell'art. 117 Cost., alcuni elementi di continuità ed altri, all'opposto, innovativi: la "continuità" consiste nel fatto che lo Stato continua ad essere chiamato a fissare con legge solamente i principi fondamentali delle materie, mentre la "discontinuità" è determinata dal variare dei settori oggetto della potestà concorrente e dall'apparente "scomparsa" del limite dell'interesse nazionale in forza del quale l'autorità centrale poteva dettare norme di dettaglio immediatamente applicabili e destinate ad operare in ogni Regione.

Per quanto riguarda, invece, la possibilità o meno per le Regioni di legiferare in assenza dell'espressa previsione da parte d'apposite "leggi- cornice" dei principi fondamentali, la maggior parte della dottrina e la stessa Corte Costituzionale con una pronuncia del 2002²⁶⁶ concordano nel ritenere che questi

contrario, nella competenza concorrente l'ambito materiale spetta per intero all'uno o all'altro soggetto; sussiste, tuttavia, in questo caso una regola che esclude l'intervento di una determinata fonte a favore di un'altra (MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 273-274).

²⁶⁶ CARETTI, *L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale, alla luce del nuovo titolo V della Costituzione: aspetti problematici*, in *Le Regioni*, n. 6 del 2001, 1226.

In tale senso vedi la sentenza della Corte costituzionale n. 282 del 2002, nella parte in cui si afferma che: "La nuova formulazione dell'art. 117, comma 3, rispetto a quella precedente dell'art. 117, comma 1, esprime l'intento di una più netta distinzione fra competenza regionale a legiferare in queste materie e la competenza statale limitata alla determinazione dei principi fondamentali. Ciò non significa però che i principi possano trarsi solo da leggi statale nuove, espressamente rivolte a tale scopo... Specie nella fase della transizione dal vecchio al nuovo sistema di riparto delle competenze, la legislazione regionale concorrente dovrà svolgersi nel rispetto dei principi fondamentali comunque risultanti dalla legislazione statale già in vigore".

stessi possono essere desunti implicitamente dall'intero *corpus* legislativo statale (art. 17 legge 16 Maggio 1970, n. 281)²⁶⁷.

Inoltre, la parificazione fra legge statale e legge regionale comporterebbe che in materia di competenza concorrente lo

²⁶⁷ Secondo una certa dottrina minoritaria, l'omissione della determinazione dei principi fondamentali da parte di leggi-cornice *ad hoc* comporterebbe la "trasformazione" della competenza concorrente in competenza esclusiva. Più precisamente, mentre in base alla precedente formulazione dell'art. 117 Cost. la Regione poteva emanare "norme legislative nei limiti dei principi fondamentali stabiliti da leggi dello Stato", per cui veniva stabilito il principio del necessario rispetto dei limiti dei principi fondamentali comunque desunti (o da leggi *ad hoc* o dall'intero *corpus iuris*), il nuovo testo dell'art. 117 Cost. ("nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali riservata alla legislazione dello Stato") sembrerebbe, al contrario, lasciare alla discrezionalità del legislatore la scelta relativa all'apposizione o meno dei suddetti principi.

In altre parole, non sarebbe ora più ammessa – come in precedenza – la piena fungibilità tra principi espressi (leggi-cornice) e principi implicitamente desunti, per cui l'alternativa sarebbe tra il legiferare nel rispetto dei principi fondamentali stabiliti da apposite leggi-cornice, e il legiferare senza il rispetto di questi limiti. Ne conseguirebbe – secondo tale dottrina – che le stesse competenze legislative regionali residuali possono essere aumentate per effetto dell'inerzia statale indicativa della *non volontà da parte del legislatore statale di limitare la competenza regionale*.

A conferma di ciò sono addotte le seguenti argomentazioni: la tendenziale parificazione fra competenza legislativa statale e regionale, le quali sono entrambe sottoposte ai medesimi vincoli del rispetto della Costituzione degli obblighi comunitari e internazionali; il nuovo criterio "federale" di ripartizione delle competenze fra Stato e Regioni; l'art. 116 in base al quale, materie, oggetto di competenza concorrente, possono essere attribuite a quella residuale; parallelismo fra funzione legislativa e funzione regolamentare (art. 117, comma 6, Cost.); art. 1 della legge "La Loggia" la quale esprimerebbe la preferenza per l'emanazione di apposite leggi cornice in quanto l'alternativa fra principi espressi ed impliciti è destinata a durare un tempo limitato ("Il Governo è autorizzato ad emanare entro un anno D.Lgs. meramente ricognitivi dei principi fondamentali...nelle materie appartenenti alla legislazione concorrente le Regioni esercitano la potestà legislativa nell'ambito dei principi fondamentali espressamente determinati dallo Stato, o, in difetto, desumibili dalla legislazione vigente"). In conclusione, secondo tale impostazione si finirebbe per avere "un sistema di competenze fondato su di una residualità permanente ed istituzionale (art. 117, comma 4, Cost.), una residualità eventuale e potenzialmente permanente (art. 116 Cost.); una residualità infine eventuale e temporanea (art. 117, comma 3, Cost.)" In questo modo, anche nelle Regioni di diritto comune la competenza esclusiva tenderebbe a divenire la regola più che l'eccezione (MATTIONI, *Sull'idea di una nuova potestà concorrente della Regione*, in AA.VV., *La sanità italiana fra livelli essenziali di assistenza, tutela della salute e progetto di Devolution*, Giuffrè, Milano, 2004, 163 ss).

Stato possa intervenire esclusivamente tramite legislazione di principio. Infatti, la prassi seguita dal legislatore statale nel sistema costituzionale precedente ed avvallata, come è noto, dalla stessa Corte costituzionale, sembrerebbe oggi preclusa dal nuovo assetto di competenze statali e regionali impostato sulla *esclusività*²⁶⁸.

Potestà legislativa "residuale"

La potestà legislativa "residuale" delle Regioni è stata da alcuni definita "esclusiva" in quanto di più ampio respiro rispetto alla potestà concorrente, nonostante una simile espressione non trovi esplicita conferma nel disposto dell'art. 117 Cost. Tuttavia, al di là della nomenclatura che s'intende utilizzare, ciò che occorre maggiormente valutare è la reale portata delle attribuzioni così individuate, dal momento che un'effettiva trasformazione in senso federale si deve necessariamente accompagnare all'*attribuzione di una potestà legislativa esclusiva per un nucleo di materie qualificanti, importanti e significative*²⁶⁹.

²⁶⁸ CARETTI, *L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale, alla luce del nuovo titolo V della Costituzione: aspetti problematici*, cit. 1226-1227.

²⁶⁹ In merito alla potestà legislativa residuale, ovvero esclusiva regionale, si possono richiamare due diverse posizioni: quella del Chiappetti e quella del Torchia. Per il primo, il tentativo di ampliare la potestà legislativa regionale attraverso il rovesciamento del criterio di riparto (art. 117 Cost.) è stato vanificato "dalla successiva elencazione delle materie di competenza regionale per le quali la legge mantiene in capo allo Stato la funzione legislativa di principio", tenuto conto che in casi del genere "lo spazio dello Stato si è sempre enormemente ampliato, grazie alla giurisprudenza costituzionale, riducendosi la potestà legislativa delle Regioni quasi al livello di fonte regolamentare". Nè la situazione, oggi, sarebbe cambiata, dato che non è stata conferita alle Regioni alcuna partecipazione alla funzione legislativa nazionale, come avrebbe dovuto essere con l'istituzione del Senato delle Regioni, tanto più che, essendo l'elenco delle materie oggetto di competenza concorrente molto lungo, quelle di competenza esclusiva finiscono per essere "poche e minimali e dovranno essere ricercate con il

Si è opportunamente rilevato in dottrina che detti settori non possono essere definiti realmente “esclusivi”, in quanto incontrano i limiti derivanti dall’interferenza con altre materie di competenza esclusiva statale o concorrente (c.d. materie trasversali) di cui al comma 2 e 3 dell’art. 117 Cost (*infra*). A questi limiti di *estensione* si devono aggiungere anche quelli di *spessore* e di *profondità* consistenti: nei principi generali espressamente previsti dalla stessa Costituzione per la potestà legislativa; nei vincoli del rispetto degli obblighi comunitari ed

lanternino” (CHIAPPETTI, *Un passo indietro sulla via del regionalismo*, in *Quad.Cost.* n. 2 del 2001, 344).

Diversamente, il Torchia sostiene che la potestà legislativa residuale, nonostante siano attribuite alla competenza esclusiva statale importanti materie come l’ordinamento civile e penale e il diritto processuale, sia “*significativa e rilevante (...) e non ridotta a pochi oggetti di scarso interesse*”. Essa, infatti, si esercita in ambiti fondamentali quali i “*settori economici*” (artigianato, industria, lavori pubblici, appalti, miniere, camere di commercio, commercio, fiere e mercati, energia di interesse locale, “*la vasta area dei servizi della persona* (trasporti e viabilità, spettacolo, assistenza, assistenza scolastica, formazione professionale, politiche dell’occupazione, polizia amministrativa regionale e locale, industria alberghiera, turismo) e la *regolazione dell’uso del territorio*” (organizzazione e ordinamento regionale, urbanistica). Più precisamente, le materie di competenza regionale vengono dedotte in negativo e consistono in *acque minerali e termali; agricoltura; commercio, fiere e mercati; assistenza scolastica; camere di commercio; edilizia; energia; formazione professionale; industria; lavori pubblici e appalti; miniere, cave e torbiere; politiche dell’occupazione; ordinamento ed organizzazione regionale; polizia amministrativa regionale e locale; spettacolo; trasporti e viabilità; turismo ed industria alberghiera; urbanistica* (TORCHIA, *La potestà legislativa residuale delle Regioni*, in *Le Regioni* n. 2-3 del 2002, 343 ss.).

Si tratta di settori rilevanti che prima erano o sottoposti al limite dei principi statali, in quanto oggetto della potestà legislativa concorrente, o del tutto esclusi dall’ambito di competenza regionale. Si pensi alla materia del *commercio*: con la riforma essa è affidata completamente alla competenza delle Regioni, mentre nel sistema costituzionale precedente l’art. 117 Cost. attribuiva loro solo le *sub-materie* delle *fiere e dei mercati* (PALADIN, *Diritto regionale*, Cedam, Padova, 2000, 137-139.).

Ancora, materie come *l’urbanistica, le cave e le torbiere, la formazione professionale, l’agricoltura e l’assistenza scolastica*, che in base alla Costituzione del 1948 erano oggetto della potestà legislativa concorrente, ora sono di competenza esclusiva delle Regioni. Altri settori, invece, quali *l’industria, i trasporti, l’energia, le miniere*, vengono oggi, per la prima volta, attribuiti alla potestà legislativa regionale.

internazionali (art. 117, comma 1, Cost.); nel classico limite territoriale.

Al contrario, non valgono i tradizionali limiti delle riforme economico-sociali e dei principi generali dell'ordinamento giuridico posti dagli Statuti delle Regioni di diritto speciale alla potestà legislativa primaria. Allo stesso modo, non trovano neanche applicazione, i limiti dei principi fondamentali che lo Stato può porre nelle materie di legislazione concorrente. In ciò, infatti, si differenzia la potestà legislativa residuale da quella concorrente: che mentre la seconda è limitata alla sola normazione di dettaglio, la prima si può estendere anche a quella di principio²⁷⁰.

Potestà legislativa esclusiva statale

La potestà legislativa statale si svolge in tutte le materie appositamente elencate all'art. 117, comma 2, della Costituzione²⁷¹.

Tuttavia, il modello delle competenze statali, così come sopra delineato, si presenta, in realtà, *vischioso ed impreciso*²⁷², con la

²⁷⁰ TORCHIA, *La potestà legislativa residuale delle Regioni*, cit. 343 ss.

²⁷¹ Segnatamente: politica estera e rapporti internazionali; immigrazione; rapporti tra la Repubblica e Confessioni religiose; difesa e forze armate; sicurezza dello Stato; armi e munizioni esplosive; moneta; sistema valutario, tributario e contabile dello Stato; organi dello Stato e relative leggi elettorali; referendum statali ed elezioni del Parlamento europeo; ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale; cittadinanza; giurisdizioni e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa; determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali; norme generali sull'istruzione; previdenza sociale; legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province, e Città metropolitane; dogane, protezione dei confini nazionali; pesi, misure e determinazione del tempo; coordinamento informativo statistico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale; opere dell'ingegno; tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali (art. 117, 2 comma, Cost.).

conseguenza che non si realizza una vera e propria delimitazione delle competenze per i seguenti motivi:

1) *Mancanza di esclusività dell'oggetto*. Nel testo costituzionale si possono rinvenire "voci" che costituiscono solo una *parte* di una determinata materia e che sono assegnate ad un ambito di competenza diverso rispetto a quello della voce più *generale* ²⁷³.

2) *Competenze funzionali*. Vi sono diverse materie che a differenza di altre non consistono in oggetti, ma attribuiscono allo Stato *poteri* che attraversano più campi materiali. Ogni volta che il legislatore costituzionale utilizza i termini come "promuovere", "valorizzare", "tutelare", attribuisce un *compito*. Si parte, quindi, da un oggetto il quale, però, non è considerato nel suo aspetto statico ma *teleologico* e *dinamico* il cui svolgimento comporta una competenza dinamica e funzionale. Le attribuzioni funzionali non hanno un contenuto determinato e né determinabile sia sotto il profilo sostanziale sia sotto quello procedimentale²⁷⁴. Per queste ragioni, i poteri funzionali possono giustificare interventi del legislatore statale sia in senso generale sia in senso dettagliato con l'unico limite della *ragionevolezza*.

3) *Materie trasversali*. È opinione comune in dottrina che alcune delle voci indicate all'art. 117, comma 2, Cost. implicino *titoli di legittimazione sostanzialmente trasversali* per intervenire in ambiti diversi da quelli riservati, e che, quindi, solo una lettura

²⁷² MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Giappichelli, Torino, 2002, 120.

²⁷³ *Idem*, 126.

Esempi di materie prive esclusività dell'oggetto possono essere: "Norme generali sull'istruzione" (art. 117, comma 2, lett. n) e "istruzione" (art. 117, comma 3, Cost.); "valorizzazione dei beni culturali" (art. 117, comma 3, Cost.) e "tutela dei beni culturali" (art. 117, comma 2), e così via.

²⁷⁴ *Idem*, 127.

superficiale dell'art. 117, comma 2, Cost. potrebbe indurre alla conclusione che la potestà legislativa residuale delle Regioni sia davvero esclusiva²⁷⁵.

Pertanto, tale carattere di *trasversalità* impedirebbe di considerare le materie elencate dall'art. 117. 2 Cost. come un semplice ritaglio di competenza a favore del potere centrale, poiché la portata di molte di queste "voci" sarebbe tale da incidere anche sugli ambiti lasciati alla competenza delle Regioni, condizionandole in vario modo. Si pensi al caso della *determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili* (art. 117. 2 lett. m), che legittima lo Stato ad intervenire in qualsiasi altro settore, anche regionale²⁷⁶.

Ugualmente, lo Stato detiene il potere di determinare le *funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane* (art. 117. 2 lett. p) dettando, almeno, un "inizio di disciplina", mentre con la formula "*norme generali sull'istruzione*" (art. 117. 2 lett. n), che non indica un oggetto ben preciso, ma solamente un modo di disciplina, il Legislatore statale è in grado di condizionare le leggi regionali, sicché risulta impossibile

²⁷⁵ In merito alle materie c.d. trasversali, vedi, fra gli altri: Pizzetti, *Le nuove esperienze di "governance" in un sistema policentrico esplosivo*, cit. 1160 ss; TOSI, *La legge Costituzionale n. 3 del 2001: note sparse in tema di potestà legislativa ed amministrativa*, in *Le Regioni* n. 6 del 2001, 1233 ss; FALCON, *Il nuovo Titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni* n. 1 del 2001, n. 5 ss.

²⁷⁶ In proposito, la stessa Corte Costituzionale così si esprime: "*I livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali non sono una materia in senso stretto, ma una competenza del legislatore ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che il legislatore regionale possa limitarle o condizionarle*".

(Corte cost., **sentenza n. 282/02**, ricorso in via principale promosso dal Presidente del Consiglio dei Ministri per la dichiarazione di illegittimità costituzionale della Legge della Regione Marche n. 26 del 2001 sulla sospensione della terapia elettroconvulsonante, della lobotomia prefrontale e transorbitale ed altri simili interventi di psichirurgia)

considerare esclusiva delle Regioni la corrispondente competenza relativa all'istruzione e alla formazione del personale (art. 117. 3 Cost.). Ancora, la "tutela dell'ecosistema, dell'ambiente, e dei beni culturali" (art. 117. 2 lett. s) presenta numerose interconnessioni con altri settori lasciati alla competenza regionale quali la caccia, la pesca, le foreste, l'industria²⁷⁷.

²⁷⁷ In proposito, si possono citare le seguenti pronunce della Corte Costituzionale.

a) Sentenza n. 407 del 2002 (ricorso in via principale promosso dal Presidente del Consiglio dei Ministri per la dichiarazione di illegittimità costituzionale di alcuni articoli della legge Lombardia n. 19 del 2001 recante "Norme in materia di attività a rischio di incidenti rilevanti)", in cui si legge testualmente che: "(...) la disciplina in materia di attività a rischio rilevante ha un'incidenza su una pluralità di interessi ed oggetti, in parte di competenza esclusiva statale, ma in parte anche ...di competenza concorrente delle Regioni, i quali appunto legittimano una serie di interventi regionali nell'ambito, ovviamente, dei principi fondamentali della legislazione statale in materia, la cui violazione peraltro prospetta il ricorrente, anche se in via subordinata. La materia afferisce sia alla tutela dell'ambiente che alla sicurezza pubblica " (Sentenza 26 luglio 2002, n. 407 in *Giur.Cost.*, n. 3 del 2002, 2940 ss)

b) Sentenza n. 536 del 2002 (ricorso in via principale promosso dal Presidente del Consiglio dei Ministri per la dichiarazione di illegittimità costituzionale di alcuni articoli della legge della regione Sardegna 7 febbraio 2002, n. 5, recante "Modifica dell'art. 49 della legge regionale 29 luglio 1998, n. 23), in cui si afferma che: "La disciplina statale rivolta alla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema può incidere sulla materia della caccia, pur riservata alla potestà legislativa regionale, ove l'intento statale sia rivolto a garantire standard minimi ed uniformi di tutela della fauna, trattandosi di limiti unificanti che rispondono ad esigenze riconducibili ad ambiti riservati alla competenza esclusiva statale. In particolare, la parte in cui si afferma chiaramente che: "La delimitazione temporale del prelievo venatorio disposta dall'art. 18 della legge 157 del 1992 è rivolta ad assicurare la sopravvivenza e la riproduzione delle specie cacciabili e risponde all'esigenza di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema per il cui soddisfacimento l'art. 117, secondo comma, lett.s) ritiene necessario l'intervento in via esclusiva della potestà legislativa statale" (Sentenza 20 dicembre 2002, n. 536, in *Giur.Cost.* 4416 ss).

c) Sentenza n. 378/03 (ricorso promosso dalla Regione Emilia - Romagna per la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 52, comma 14, della legge 28 dicembre 2001, n. 448 recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria"), dove la Corte afferma che: "E' evidente la finalità ecologica delle operazioni di ricostruzione dei pneumatici usati che appunto mirano a prevenire e, nello stesso tempo, a ridurre l'inquinamento ambientale derivante dal deposito, dall'accumulo e dallo smaltimento dei pneumatici usati e proprio in ragione di ciò, il censurato art. 52, comma 14, legge

Anche la materia relativa alla “*tutela della concorrenza*” (art. 117, comma 2, lett. e)) è considerata dalla dottrina unanime²⁷⁸ come una materia “trasversale” idonea ad incidere su diversi settori produttivi spettanti alla potestà legislativa residuale regionale (industria e formazione professionale) ovvero concorrente (sostegno all’innovazione dei settori produttivi) e sullo schema di ripartizione delle funzioni amministrative e dell’autonomia finanziaria di cui agli artt. 118 e 119 Cost²⁷⁹.

448/01 (“Per finalità di tutela dell’ambiente correlata al potenziamento del settore della ricostruzione dei pneumatici usati” le amministrazioni dello Stato, delle Regioni, delle Province dei Comuni, e dei gestori dei servizi pubblici e privati riservano nell’acquisto dei pneumatici di ricambio per il loro autoveicoli una quota di pneumatici ricostruiti pari al 20% del totale) deve considerarsi esplicitazione della potestà legislativa statale esclusiva prevista dall’art. 117, 2 comma, lettera s) della Costituzione” (Sentenza 30 dicembre 2003, n. 378 del 2003, in *Giur.Cost.*, n. 3 del 2003, 3865 ss).

²⁷⁸ D’ATENA, *Materie legislative e tipologie delle competenze*, in *Quad.Cost.* n. 1 del 2003, 15 ss.

²⁷⁹ In materia di tutela della concorrenza è intervenuta la Corte Costituzionale che, con la sentenza n. 14/2004, ha dato una definizione di “concorrenza” come “funzione” non avente un ambito materiale definito poiché “*esercitabile sui più diversi oggetti*” (sentenza 13 gennaio 2004, n. 14, in *Giur.Cost.* n. 1 del 2004, 237 ss).

Più precisamente, la Corte, dopo avere rilevato che gli interventi pubblici nel mercato finiscono inevitabilmente per incidere sulla tutela della concorrenza così come si ricava dalla stessa normativa comunitaria, esclude un’aprioristica incompatibilità tra la libertà di concorrenza ed i c.d. “aiuti di stato”. A tale proposito il Giudice delle leggi si richiama alle norme del Trattato Ce (art. 2; artt. 85-87) le quali, infatti, ammettono gli interventi statali nel mercato se rivolti a promuovere lo sviluppo economico ed a realizzare una maggiore coesione sociale (“*i principi comunitari del mercato e della concorrenza ... non sono svincolati da un’idea di sviluppo economico-sociale e sarebbe errato affermare che siano estranei alle istituzioni pubbliche i compiti di intervento sul mercato*”, punto 3 del Considerato in diritto).

Ne consegue che la “concorrenza” –secondo l’interpretazione della Corte – non deve essere intesa solo in senso statico, come garanzia e salvaguardia dei principi *antitrust*, bensì anche in senso *dinamico* come “*strumento di politica economica legittimante misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali*” (punto 4 del Considerato in diritto). Pertanto, nella nozione di concorrenza rientrano anche i mezzi di intervento diretto nel mercato predisposti dal legislatore statale (che il diritto comunitario chiama “aiuti di stato”) che fanno di questa materia una “competenza funzionale”, priva di un oggetto determinato, e come tale capace di

Come è stato rilevato da un'autorevole dottrina, in ordine alla tipologia delle competenze enumerate nel nuovo articolo 117, sembrerebbe riproporsi la vecchia tesi (per riprendere un'incisiva immagine di Livio Paladin)²⁸⁰ della c.d. pagina bianca: gli elenchi costituzionali sarebbero privi di efficacia prescrittiva, con la conseguenza che dovrebbero essere (re) definiti dal legislatore stesso²⁸¹.

incidere in settori spettanti alla competenza legislativa residuale regionale o concorrente. E ciò che, secondo la Corte, giustificerebbe o no l'intervento statale in settori di non sua competenza è la *dimensione* (regionale o nazionale) *degli interessi* in gioco, ossia la sua *rilevanza macroeconomica* ("solo in tale quadro è mantenuta allo Stato la facoltà di adottare sia specifiche misure di rilevante entità, sia regimi di aiuto in ogni caso ammessi dall'ordinamento comunitario, purché sia in ogni caso idonei, quanto ad accettabilità a tutti gli operatori ed impatto complessivo, ad incidere sull'equilibrio economico generale").

²⁸⁰ PALADIN, *Corte costituzionale ed autonomie locali: gli orientamenti giurisprudenziali dell'ultimo quinquennio*, in *Le Regioni*, n. 6 del 1981, 1238 ss.

²⁸¹ D'ATENA, *Materie legislative e tipologie delle competenze*, cit. 15 ss.

In merito, occorre precisare che anche nel sistema costituzionale precedente la riforma *de qua*, le materie si presentavano, per lo più, come formule generiche, *aspecifiche*, prive del carattere di "esaustività" ed "esclusività", con la conseguenza che alcune materie erano considerate *strumentali* o *species* di altre, limitandosi il testo costituzionale ad *indicare* le singole voci di competenza regionale senza definirne il relativo contenuto in modo compiuto, organico e preciso. Era, infatti, necessario rifarsi ai vari decreti di trasferimento o di conferimento che si erano susseguiti nel tempo per dare attuazione all'ordinamento regionale e che contribuivano, in maniera rilevante, alla determinazione del contenuto delle singole attribuzioni regionali. Anche in questo caso, quindi, la definizione dei singoli oggetti non avveniva in base alla portata semantica delle espressioni linguistiche utilizzate dal Costituente, ma secondo la normativa vigente, le cui fonti consistevano: 1) nelle leggi-cornice contenenti i principi fondamentali della legislazione statale; 2) nei decreti di trasferimento delle funzioni amministrative statali (per le Regioni ordinarie) e nei decreti di attuazione degli Statuti (per le Regioni speciali). In particolare, tra i decreti di trasferimento, un'importanza notevole rivestì sicuramente il d. P. R. 24 luglio del 1977, n. 616 in quanto non si limitò ad effettuare puntuali trasferimenti aggiuntivi rispetto a quelli operati dai decreti precedenti, ma conteneva anche definizioni sintetiche delle diverse materie enumerate all'art. 117 Cost. così da precisarne il contenuto. In particolare il D. P. R. 616/ 77, che raggruppava le attribuzioni regionali in quattro settori "organici" (ordinamento ed organizzazione amministrativa,

A prescindere dalla *vexata quaestio* del riconoscimento in capo al legislatore ordinario statale della *competenza della competenza*, sembrerebbe, tuttavia, che tale tesi non sia più sostenibile alla luce della riforma del Titolo V.

Infatti, la scomparsa del limite dell'interesse nazionale, il rovesciamento del criterio di ripartizione delle competenze, il riconoscimento in capo alle Regioni della competenza residuale in tutti i settori restanti priverebbero il legislatore statale della *competenza generale* e, quindi, di *titoli specifici* per potere intervenire in tutti gli ambiti materiali al fine di definirli²⁸².

Più precisamente, per quanto riguarda le materie oggetto di competenza concorrente, lo Stato, dovendosi limitare alla mera

servizi sociali, sviluppo economico e assetto ed utilizzazione del territorio), nel definire le singole materie, finiva per ampliarne la portata, per cui alcune materie (beneficenza pubblica, assistenza sanitaria, urbanistica) subivano forti espansioni sia mediante l'attrazione di funzioni in precedenza statali, sia tramite il conferimento di nuove competenze attribuite alle Regioni nell'ambito di quelle già loro spettanti, come nel caso della tutela dell'ambiente dall'inquinamento (PALADIN, *Diritto regionale*, cit. 114-127).

Il D. P. R. 24 luglio 1977, n. 616 non costituiva, però, un punto d'arrivo nel processo di sistemazione dell'ordinamento regionale. Difatti, il D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 112 se da una parte aveva mantenuto fermi i trasferimenti effettuati in precedenza, dall'altra, però, aveva ridotto a tre i titoli dei raggruppamenti delle materie di competenza regionale ("sviluppo economico e attività produttiva", "territorio, ambiente e infrastrutture", "servizi alla persona e alla comunità"), includendovene anche di nuove, quali *l'industria, l'energia, le miniere*, ed altre.

Tuttavia, ancora una volta, le definizioni legislative risultarono vaghe per cui fu necessario ricorrere ad ulteriori provvedimenti attuativi, tenuto conto che, ignorando le Regioni l'entità delle risorse finanziarie realmente disponibili, non trovava, comunque, applicazione la prescrizione in cui si stabiliva che, "entro sei mesi" dall'emanazione del decreto stesso, la Regione avrebbe dovuto individuare le funzioni amministrative richiedenti "l'unitario esercizio a livello regionale", trasferendo le restanti agli enti locali. Infine, i rapporti tra le Regioni, i Comuni e le Province non erano ben definiti, come anche quelli tra la Regione e lo Stato, mantenendo, quest'ultimo, ampi poteri "sostitutivi" nei confronti degli enti autonomi, "in caso d'accertata inattività" e di "inadempimento agli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea o di pericolo di grave pregiudizio agli interessi nazionali"(art. 4, comma 5, legge 15 marzo 1997, n. 59).

²⁸² D'ATENA, *Materie legislative e tipologie delle competenze*, cit. 15 ss.

enunciazione dei principi fondamentali, potrebbe incidere solamente sul *modo di esercizio* e non anche sull'*oggetto* della competenza regionale. Relativamente, poi, alle materie di legislazione esclusiva statale, queste sarebbero ulteriormente circoscritte dalla competenza generale (*rectius*, residuale) riconosciuta alle Regioni.

Ciò non significa, però, che la competenza di definire le materie spetta, nel nuovo sistema costituzionale, alle Regioni, in quanto titolari della competenza generale. A tale conclusione si oppone la semplice ragione strutturale del limite territoriale di efficacia delle leggi regionali.

Fatte tali precisazioni, la definizione delle materie deve avvenire non in via di attuazione, ma in via interpretativa.²⁸³ In

²⁸³ Nel sistema costituzionale del 48, la Corte Costituzionale era intervenuta più volte al fine di chiarire il significato delle materie elencate nel vecchio articolo 117, comma 2, Cost, prendendo a riferimento una serie di criteri: 1) *oggettivo*, basato sulla natura oggettiva della funzione prevista dalla legge a prescindere dalle sue finalità; 2) *teleologico*, volto ad individuare gli scopi perseguiti dalla norma attraverso la disciplina della materia; 3) *storico*, attento a ricostruire il contenuto delle singole materie in vista del significato che le stesse avevano secondo la legislazione allora vigente; 4) *strumentale*, comprendente non solo gli oggetti rientranti nella definizione legale della materia ma anche tutte le altre funzioni accessorie, complementari e strutturalmente connesse (MANGIAMELI, *Le materie di competenza regionale*, cit. 91 ss).

E, se da una parte la Corte Costituzionale, nelle sue sentenze, mostrava una certa preferenza (*favor*) per l'adozione di un criterio interpretativo c. d. *oggettivo* che portasse ad un'*obiettiva determinazione delle voci* ed assicurasse la competenza regionale nei confronti di quella statale, dall'altra non precisava *che cosa* si dovesse intendere per "criterio oggettivo", lasciando adito a numerose incertezze e ad arbitrarietà (MANGIAMELI, *op.ult.cit.* 65), limitandosi ad asserire che: "L'identificazione dell'ambito da assegnare ad ognuna delle materie disciplinabili con legge regionale (...)" doveva "essere effettuata sulla base di una valutazione obiettiva del contenuto proprio delle medesime..." o che "...per identificare le materie sulle quali le Regioni" avevano competenza dovesse "essere seguito un criterio obiettivo tratto dal contenuto della norma e non dai fini che la norma stessa" intendesse "perseguire". (Corte costituzionale, sentenza n. 124 del 1957, in *Giur.Cost.*, 1957, 1128 ss).

Oltre al criterio *oggettivo*, l'attenzione della Corte era poi rivolta anche all'individuazione della "volontà", vale a dire lo "scopo" (*rectius*:

proposito si pone, ancora una volta, il problema dei *criteri ermeneutici* da utilizzare, tenendo conto che la scelta del criterio non è affatto neutrale, ma deve esprimere il valore rappresentato dalla rigidità della Costituzione come garanzia del riparto delle competenze stesse²⁸⁴.

In questa prospettiva, una certa dottrina, riconducibile al D'Atena, ritiene applicabile il *criterio storico-normativo*. Si tratta di un criterio strettamente collegato al principio di rigidità della Costituzione, in quanto prevede che *le definizioni legali vadano individuate per "presupposizione"*, ossia definite in base alla normazione vigente all'epoca dell'intervento del legislatore²⁸⁵.

interesse) che avrebbe storicamente determinato il costituente a adottare le norme sulla competenza e che sarebbe, quindi, stato trasfuso nell'elencazione delle singole materie (art. 117 Cost). Più precisamente, il Giudice Costituzionale, in alcune delle sue pronunce, affermava che la Regione costituiva "*un ente con fini predeterminati e inderogabilmente fissati dalla legge*" i cui limiti di competenza andavano "*ricercati, più che nella natura delle norme da emanare, nelle finalità per cui l'Ente Regione era stato creato*" (Corte Costituzionale, sent. N. 140 del 1972, in *Giur.Cost.*, 1972, 600 ss).

La decisione della Corte più significativa in tal senso è stata quella risalente al 1972 in tema di "fiere e di mercati", ove si affermava che "*la stessa ragion d'essere dell'ordinamento regionale*" sarebbe consistita "*nel fatto che la Costituzione, presupponendo l'esistenza d'interessi regionalmente localizzati*" aveva "*disposto che essi fossero affidati alla cura di enti di corrispondente estensione territoriale*" (Corte costituzionale, sentenza n. 138 del 1972, in *Giur.Cost.*, 1972, 1393 ss).

Sentenza, questa, nella quale la tendenza del Giudice Costituzionale ad imputare all'ordinamento costituzionale la volontà di conferire alle Regioni *solo* la cura di certi interessi ha determinato, sul piano ermeneutico, l'emergere del principio (costituzionale) delle due "sfere" di competenza nell'ambito della stessa materia, intesa come insieme di più "oggetti" e "funzioni" attribuibili a soggetti diversi, con l'effetto di un'ulteriore compressione dell'autonomia regionale. " (MANGIAMELI, *op.ult.cit.* 75-77).

²⁸⁴ MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, cit. 122 ss.

²⁸⁵ In altri termini, il criterio ermeneutico storico-normativo assumerebbe un carattere, per così dire, suppletivo, nel senso che il ricorso all'ordinamento vigente all'epoca della elaborazione della Carta costituzionale si avrebbe nel caso in cui nella Costituzione stessa si rinvenissero delle nozioni non definite e la cui definizione non possa ricavarsi in base all'interpretazione sistematica. Le nozioni, così definite, sarebbero, pertanto, provviste di obiettività, dal momento che queste

La stessa Corte Costituzionale sembrerebbe muoversi in tale direzione, quando, nella sentenza n. 407 del 2002, da una parte interpreta l'ambito della "sicurezza pubblica" alla luce della legge Bassanini n. 59 del 1997 (articolo 1, comma 3, lett. l)), dall'altra spiega la voce di cui alla lett. s) dell'articolo 117, comma 2, Cost. ("tutela dell'ambiente e dell'ecosistema) secondo l'evoluzione legislativa e della giurisprudenza costituzionale.

Il criterio storico-normativo si rivela, tuttavia, insufficiente, quando il legislatore costituzionale utilizzi formule "nuove" e, quindi, prive di riscontri nella nostra tradizione normativa (come, ad esempio, la materia "tutela e sicurezza del lavoro"). In questi casi, soccorre il *criterio sistematico* (art. 12, comma 1, Cod.civ.), in forza del quale le nozioni devono essere interpretate secondo il significato fatto palese dalle parole in base alla connessione delle medesime.

Anche nelle ipotesi delle materie c.d. trasversali, ovvero di materie-non materie o materie senza oggetto, costruite, cioè, in funzione del fine da raggiungere e non in base all'ambito di intervento, non può trovare applicazione il criterio storico-normativo. Esso, infatti, cristallizzando i concetti utilizzati dal legislatore, li pietrifica nel loro significato originario. Al contrario, dette materie presentano un contenuto variabile e duttile. Pertanto, esse devono essere interpretate facendo riferimento al criterio degli interessi o teleologico²⁸⁶.

sarebbero cristallizzate nel loro significato originario. In tal senso, vedi il pensiero di MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, cit. 124.

²⁸⁶ MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, cit. 2002, 116.

A questo riguardo, il Mangiameli opportunamente rileva che la struttura del riparto delle competenze prescelta dal legislatore costituzionale del 2001, non è di per sé fonte di garanzia nei confronti dell'autonomia delle Regioni. L'esperienza, infatti, degli stati federali sul modello tedesco, dimostra che l'utilizzo del criterio teleologico o *dei poteri impliciti* ha avuto, come conseguenza, l'ampliamento delle competenze del centro a

2.3. Il potere sostitutivo: l'articolo 120 della Costituzione.

Oltre alle “competenze trasversali” vi sono, poi, altri meccanismi previsti dalla Costituzione che implicano un *prolungamento* della potestà legislativa statale e che rendono, perciò, la separazione fra legislazione statale e regionale meno netta. Si pensi, in particolare, ai *poteri sostitutivi in via legislativa* (art. 117. 5 Cost.) e *amministrativa* (art. 120 Cost.), che non fanno altro che moltiplicare le occasioni d'intervento dello Stato ²⁸⁷.

Per quanto riguarda il potere sostitutivo in via legislativa, l'art. 117. 5 Cost. stabilisce che la legge dello Stato disciplina le modalità d'esercizio dello stesso nel caso d'inadempienza da parte delle Regioni nella formazione ed attuazione degli accordi internazionali e degli atti comunitari²⁸⁸.

Relativamente, invece, al secondo, la disposizione dell'art. 120 Cost. prevede un'ipotesi di surrogatoria in via amministrativa nei confronti delle Regioni da parte del Governo

scapito di quelle periferiche, le quali sono, davvero, divenute residuali rispetto a competenze generali dello Stato centrale.

²⁸⁷ TOSI, *La legge Costituzionale n. 3 del 2001: note sparse in tema di potestà legislativa ed amministrativa*, in *Le Regioni* n. 6 del 2001, 1233 ss.

Come è stato rilevato dal Mainardis la distinzione fra sostituzione in via amministrativa ed in via legislativa è una questione di grande importanza. Infatti, mentre la sostituzione in via amministrativa è una funzione giuridica, quella legislativa è, invece, una funzione politica. Più precisamente, la surrogatoria amministrativa si esprime in un potere d'intervento statale, che a sua volta si concretizza nell'adozione di un provvedimento amministrativo omesso dalla Regione, tenuto conto che un'eventuale inerzia statale determinerebbe un'ipotesi di *silenzio-inadempienza* della P. A contro il quale il destinatario dell'atto potrebbe agire in giudizio. La sostituzione legislativa, al contrario, richiederebbe un intervento legislativo da parte del Parlamento nazionale non vincolato nemmeno nell'*an* in quanto frutto di una decisione discrezionale (MAINARDIS, *Poteri Sostitutivi statali e riforme costituzionali*, in *Le Regioni*, n. 6 del 2001, 1389 ss).

²⁸⁸ MAINARDIS, *Poteri Sostitutivi statali e riforme costituzionali*, in *Le Regioni*, n. 6 del 2001, 1392.

in caso di *mancato rispetto di norme e di trattati internazionali o della normativa comunitaria, di grave pericolo per l'incolumità e la sicurezza pubblica, oppure quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o economica, e in particolare, dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali prescindendo dai confini territoriali* (art. 120. 2 Cost.). L'articolo 120 stabilisce, poi, all'ultimo comma che la legge definisce le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione.

In proposito, si è molto discusso in dottrina se si trattasse di un'ipotesi di surrogatoria in via legislativa o amministrativa. Secondo alcuni, infatti, l'inciso iniziale (il Governo "può") implicherebbe un'attività discrezionale del potere centrale, e quindi più propriamente politica.

E' stato, però, obiettato da altri che il testo si riferisce al "governo" quale soggetto legittimato ad intervenire e non allo Stato, per la semplice ragione che il potere sostitutivo in questione colpisce le inerzie amministrative delle Regioni e non legislative.

Ed a conferma di ciò sono addotte tre considerazioni: in primo luogo, la legge, nell'individuare i soggetti suscettibili di sostituzione, si riferisce non solo alle Regioni ma anche ai Comuni, alle Province e alle Città metropolitane, enti, questi, privi di potestà legislativa. Inoltre, trattandosi di una funzione statale limitativa dell'autonomia regionale, si può richiamare il principio ermeneutico dell'*ubi lex voluit, dixit*, non essendo ammessa al riguardo nessuna interpretazione estensiva. Infine, se si trattasse di un potere sostitutivo in via legislativa, l'art. 120 Cost., laddove demanda alla legge ordinaria la disciplina delle relative procedure, introdurrebbe un aggravamento del

procedimento legislativo ordinario richiedente la collaborazione dell'ente destinatario del provvedimento (vi è una riserva di legge rinforzata). E ciò significherebbe ammettere che una legge ordinaria possa derogare alle norme costituzionali e ai regolamenti parlamentari relativi al procedimento legislativo statale²⁸⁹.

L'orientamento prevalente è, infatti, concorde nel ritenere che l'art. 120 Cost. non abbia fatto altro che conferire al potere sostitutivo, già previsto, in via ordinaria, dall'art. 5 del d.lgs. 112/1998, una *copertura costituzionale*, nonostante la legge 5 giugno 2003, n. 131 parli in merito di "adozione da parte del Consiglio dei Ministri di provvedimenti necessari anche *normativi*"²⁹⁰.

²⁸⁹ *Idem*, 1389 ss.

²⁹⁰ Precisamente, la legge 5 giugno 2003, n. 131, sembrerebbe ammettere l'intervento statale mediante atti normativi, la dove questa prescrive all'art. 8 che "*Nei casi e con le modalità previste all'art. 120, secondo comma della Costituzione, il Presidente del consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro competente per materia, anche su iniziativa delle regioni o degli Enti locali, assegna all'ente interessato un congruo termine per adottare i provvedimenti dovuti o necessari; decorso inutilmente tale termine, il Consiglio dei Ministri, sentito l'organo interessato, su proposta del Ministro competente o del Presidente del Consiglio dei ministri, adotta i provvedimenti necessari, anche normativi, ovvero nomina un apposito commissario*".

Inoltre, il comma 4 della presente legge, secondo quanto già disposto precedentemente dall'art. 5 del D.Lgs. 31 marzo n. 112, stabilisce che nei casi di **assoluta urgenza**, qualora l'esercizio del potere sostitutivo non sia differibile, il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro competente, o su iniziativa delle regioni o degli enti locali, adotta subito – senza preavviso – i provvedimenti necessari che sono immediatamente comunicati alla Conferenza Stato-Regioni o alla conferenza Stato-città e autonomie locali, che possono chiedere il **riesame**.

Trattasi, dunque, di due tipologie di interventi sostitutivi: sostituzione – sanzione, e sostituzione – prevenzione. Il primo consiste nell'adozione di un atto giuridicamente dovuto e presuppone la messa in mora della regione inattiva; il secondo (sostituzione-prevenzione), invece, prescinde dall'inerzia regionale ed esige un intervento sostitutivo in prevenzione, ossia immediato salva la possibilità di richiesta di riesame.

Comunque, in entrambi i casi, il riferimento legislativo alla natura "normativa" del provvedimento adottabile implica che il relativo potere sostitutivo possa riguardare persino la normazione primaria, contrariamente al tenore dell'art. 120 Cost. Questo, infatti, nell'indicare

A questo proposito, la Corte costituzionale con la sentenza n. 43/2004 (questione di costituzionalità sollevata in ordine ad alcune disposizioni della legge regionale del Veneto 33/2002 “Testo unico delle leggi regionali in materia di turismo”) sembra sciogliere il problema relativo alla natura normativa o amministrativa del potere sostitutivo in favore della seconda soluzione, là dove afferma che *“sono legittimi i poteri sostitutivi del Governo statale disciplinati dalle leggi già in vigore, e non sono esclusi poteri sostitutivi regionali, a condizione che siano qualificati da leggi regionali”*²⁹¹.

In questo modo la Corte Costituzionale, nel definire il potere sostitutivo *“quale potere che la legge qualifichi come tale, nel rispetto del secondo comma dell’art. 120 Cost., stabilisce il principio per cui “tali poteri sostitutivi, se vengono inequivocabilmente riconosciuti come sottoposti alla legge, non possono pertanto che presentare natura amministrativa”*.

l’organo competente a adottare provvedimenti, non si riferisce allo “Stato” come, invece, l’art. 117, comma 5, Cost. ma al “Governo” il quale non può mai esercitare la funzione legislativa senza delegazione delle Camere. Più precisamente, la doppia negazione presente agli articoli 76 (*l’esercizio della funzione legislativa non può mai essere delegato al Governo*) e 77 (*Il Governo non può, senza delegazione delle Camere*) mette ben in evidenza la natura meramente “eccezionale” del relativo conferimento e comporta che il governo possa essere considerato legittimato all’adozione di atti normativi solo ed esclusivamente in espresse previsioni costituzionali in tal senso. Circostanza, questa, che non è sicuramente rinvenibile dalla lettura dell’art. 120 cost.

Tuttavia, ammesso pure che il Governo possa adottare atti con forza di legge per sopperire all’inerzia regionale, viene da chiedersi in quali forme particolari potrebbe esplicarsi la suddetta sostituzione. In base al principio del sistema chiuso delle fonti primarie, parrebbe che gli unici atti ammessi in Costituzione siano i *decreti legislativi*, di cui in questo caso specifico non ricorrono i presupposti, e i *decreti-legge* in ordine ai quali le *procedure di messa in mora*, la *fissazione di un termine per adempiere* e la *richiesta di riesame* contrasterebbero con l’assoluta urgenza del provvedere e andrebbero ad aggiungersi quali ulteriori requisiti procedurali rispetto a quelli richiesti dall’art. 77 Cost.

²⁹¹ Sentenza 27 gennaio 2004, n. 43, in *Giur.Cost.*, n. 1 del 2004, 594 ss.

Si è anche molto discusso sulla natura di tale facoltà, essendo controverso se si tratti di una surroga in senso proprio, presupponente vere e proprie inerzie regionali, o, al contrario, di una surroga in senso più generale, che prescinde dalla commissione di precisi inadempimenti, come sembra confermare il fatto che la disposizione in esame parla di “mancato rispetto”, di tutela di “livelli minimi essenziali” e “dell’unità giuridica ed economica”, di “grave incolumità”.

Vale a dire, un intervento sostitutivo del Governo parrebbe legittimato indipendentemente dalla mancata adozione di un certo atto amministrativo, e la stessa giurisprudenza costituzionale ha considerato in passato legittimi atti sostitutivi statali fondati su semplici previsioni legislative che ritagliavano, *a priori*, a favore dello Stato determinate funzioni, o che gli permettevano di intervenire prima della scadenza del termine *ex lege*, o ancora, che introducevano misure derogatorie rispetto all’ordinario riparto delle competenze, nonostante un’interpretazione del genere sia stata considerata difficilmente conciliabile con l’art. 120, il cui obiettivo sembra essere quello, come è stato detto precedentemente, di conferire al potere sostitutivo, già previsto in via ordinaria dall’art. 5 del d. l. vo n. 112/ 98, una *copertura costituzionale*²⁹².

²⁹² MAINARDIS, *Poteri Sostitutivi statali e riforme costituzionali*, cit. 1398-1399.

2.4. I particolari limiti alla potestà legislativa statale e regionale: il limite del rispetto della Costituzione, i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali e dall'ordinamento comunitario, la "scomparsa" del limite dell'interesse nazionale.

Sia la potestà legislativa statale sia quella regionale, nonostante i diversi ambiti di competenza loro assegnati, sono, entrambe, sottoposte oltre che al *limite del rispetto della Costituzione anche a quello degli obblighi internazionali e comunitari* (art. 117. 1), il cui riconoscimento era fondato in precedenza su di un'interpretazione estensiva ed evolutiva dell'art. 11 Cost. mentre ora essi trovano un espresso riconoscimento costituzionale, potendo, altresì, fungere da parametro nei giudizi di costituzionalità²⁹³.

Tale sottoposizione della potestà legislativa statale e di quella regionale ai medesimi vincoli del rispetto della Costituzione e degli obblighi comunitari e internazionali è stata interpretata come espressione della volontà del legislatore

²⁹³ TORCHIA, *I vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario*, in *Le Regioni*, n. 6 del 2001, 1203-1204.

In sostanza, con questa nuova disciplina viene per la prima volta confermato e costituzionalizzato il rapporto diretto fra Regione e diritto comunitario. Rapporto, la cui importanza si evince anche dalla circostanza che, finalmente, viene riconosciuta alle Regioni anche la facoltà di dare esecuzione agli atti dell'Unione Europea e ai trattati internazionali qualora tali atti vertano su materie affidate alla loro potestà legislativa. In particolare, spetterà alla legge dello Stato dare esecuzione agli accordi internazionali concernenti materie di sua competenza esclusiva, mentre le Regioni potranno legiferare in ambiti affidati solamente alla loro potestà. Per quanto riguarda, invece, le materie, oggetto di potestà concorrente, le Regioni potranno eseguire gli accordi vertenti su tali settori, ma dovranno, comunque, rispettare i principi fondamentali e il contenuto dell'accordo stabiliti dallo Stato. Inoltre, spetterà sempre alle Regioni dare esecuzione alle intese da queste concluse con altri Stati o con altri enti territoriali *ex art. 117, ultimo comma, Cost.* (CARETTI, *L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale alla luce del Titolo V della Costituzione: aspetti problematici*, cit. 1227).

costituzionale di tentare un'operazione di equiordinazione di elementi che prima erano disposti su piani diversi ²⁹⁴.

Tuttavia, il coinvolgimento delle Regioni nella fase "ascendente" e "discendente" del processo comunitario, è stato giudicato da una parte della dottrina, allo stesso tempo, molto generico e *favorevole* allo Stato²⁹⁵. Infatti, si è detto (PIZZETTI) che l'assenza di precise garanzie al riguardo potrebbe condurre all'adozione di soluzioni restrittive e, per così dire, "conservatrici", ritenendosi perciò opportuno adottare un'interpretazione ampia delle norme in oggetto, in modo da attribuirgli un significato coerente con il nuovo ruolo delle Regioni²⁹⁶.

Com'è noto, nel nuovo Titolo V è stato eliminato ogni riferimento "esplicito" all'interesse nazionale²⁹⁷ previsto dagli

²⁹⁴ TORCHIA, *I vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario*, cit. 1205.

²⁹⁵ PIZZETTI, *Le nuove Regioni italiane tra Unione europea e i rapporti esterni nel quadro delle riforme costituzionali della XIII legislatura. Nuovi problemi, compiti e opportunità per il potere statutario delle Regioni e per il ruolo del legislatore statale e regionale*, in *Le Regioni* n. 5 del 2001, 806-809.

²⁹⁶ In particolare, il Pizzetti sostiene che in ordine al suddetto limite occorra sostituire alla logica della separazione, basata sulla dicotomia interno/ esterno e sottesa alla decisione della Corte Costituzionale, quella dell'integrazione, che considera i valori e i principi espressi dall'ordinamento nazionale e comunitario non gerarchicamente ordinati ma posti sullo stesso piano, e quindi costitutivi di un ordinamento nel suo complesso unitario. In altri termini, l'inserimento dell'obbligo costituzionale di rispettare i vincoli comunitari costituisce un "*meccanismo di permanente apertura*" dell'ordinamento interno a quello europeo a livello costituzionale, senza dovere ricorrere ad un previo giudizio di ammissibilità in relazione ai principi e ai valori dell'ordinamento interno (PIZZETTI, *Le nuove Regioni italiane tra Unione europea e i rapporti esterni nel quadro delle riforme costituzionali della XIII legislatura. Nuovi problemi, compiti e opportunità per il potere statutario delle Regioni e per il ruolo del legislatore statale e regionale*, cit. 808-809).

²⁹⁷ Come è noto, nella normativa costituzionale del 1948, l'interesse nazionale era previsto come limite alla potestà legislativa regionale sotto due forme. In primo luogo, esso era utilizzato come criterio di individuazione all'interno di ogni materia, oggetto di competenza concorrente, di quanto era di competenza delle Regioni e di quanto, invece,

artt. 117 e 128 della Costituzione del 1948, sulla cui presunta “scomparsa” la dottrina ha assunto posizioni diverse.

Secondo il Barbera (tesi c.d. *continuatista*)²⁹⁸, il Legislatore, nel sottrarre al Parlamento sia il controllo sugli Statuti regionali (art. 123 Cost) sia il possibile controllo di merito sulle leggi regionali per contrasto con gli interessi nazionali (art. 127 Cost.), avrebbe finito per “scaricare” tutto il peso di tale controllo

dello Stato. In questi casi, l’interesse nazionale fungeva da limite di legittimità all’interno delle materie di competenza concorrente regionale. L’interesse nazionale era, inoltre, previsto nelle norme costituzionali come generale limite di “merito”, applicabile a tutti i tipi di potestà legislativa regionale. Concepito in questo senso, l’interesse nazionale fungeva da *limite negativo* di *carattere politico* per le Regioni, vale a dire come ostacolo da non superare e non come fine positivo da raggiungere. Esso era, pertanto, sindacabile solo *a posteriori* e davanti al Parlamento. È, tuttavia, altrettanto noto che l’interesse nazionale, già nel sistema precedente la riforma costituzionale, è stato interpretato dalla stessa Corte costituzionale nel senso di limite *non negativo* ma *positivo*, ossia di presupposto legittimante l’intervento statale e, quindi, sottoponibile al sindacato di legittimità costituzionale. In particolare, nella famosa sentenza n. 177 del 1988, la Corte, dopo avere dichiarato che “non si può affatto escludere che, in considerazione della rilevanza che in alcuni casi può assumere l’interesse nazionale, lo Stato possa legittimamente adottare una disciplina legislativa di dettaglio pur nell’ambito di materie attribuite in via generale alla competenza regionale”, dedicò ampio spazio all’analisi della natura dell’interesse nazionale, evidenziando, innanzitutto, che “a differenza degli altri limiti”, esso non aveva un contenuto astrattamente predeterminabile sia sotto il profilo sostanziale che procedurale. “Al contrario, si tratta di un concetto dal *contenuto elastico e relativo*, che non si può racchiudere in una definizione generale dai confini netti e chiari. Come ogni nozione dai margini incerti o mobili, che acquista un significato soltanto in relazione al caso da giudicare, l’interesse nazionale può giustificare interventi del legislatore statale di ordine tanto generale e astratto quanto dettagliato e concreto”. Tale caratteristica costituiva, però, ad avviso della Corte, il pericolo che l’interesse nazionale potesse essere utilizzato dal legislatore per ampliare arbitrariamente i propri poteri. Per evitare ciò, era necessario che esso fosse sottoposto ad uno stretto controllo, in modo da evitare eventuali abusi da parte del legislatore. Il rimedio all’uso arbitrario non poteva non consistere – ad avviso della Corte – nella sottoponibilità dell’interesse nazionale al controllo di legittimità costituzionale da parte della Corte stessa sulla base di precisi criteri di ragionevolezza (AZON, *I poteri delle regioni nella transizione dal modello originario al nuovo assetto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2002, 95-103).

²⁹⁸ BARBERA, *Chi è custode dell’interesse nazionale?* In *Quad.Cost.* n. 2 del 2001, 345 ss.

sulle spalle della Corte costituzionale. Ma ciò non comporterebbe l'abolizione del limite dell'"interesse nazionale", in quanto se con la formula in questione ci si riferisce ai fini e ai valori su cui le forze politiche egemoni fondano la decisione di considerarsi unite nella Repubblica italiana, tale esigenza non può considerarsi travolta dalla riforma, potendo, comunque, essere ricavata dall'art. 5 della Costituzione e dall'art. 120 Cost. quando si parla di "unità giuridica o economica". E, nella medesima ottica di *continuità*, vi è chi sostiene²⁹⁹ che la tutela degli interessi nazionali continuerà ad essere affidata alla *collaborazione* tra Parlamento e Corte Costituzionale, nel senso che al primo spetterà la precisazione del riparto delle funzioni tra i diversi livelli d'interesse, ed alla seconda, invece, l'introduzione di "piccole correzioni" nonché la verifica di "titoli giustificativi" dell'intervento statale".

Al contrario, altri ritengono che la Riforma rappresenti una *svolta netta* rispetto al passato per il fatto che il limite dell'interesse nazionale, da generale che era nel sistema precedente, si è ora tradotto in *specifiche riserve di competenze dello stato* (Pinelli)³⁰⁰.

Più in particolare, si sostiene che il "limite dell'interesse nazionale" sarebbe "tipizzato" ed "esemplificato"³⁰¹ dalle attribuzioni di competenza elencate agli artt.: 120, comma 2

²⁹⁹ TOSI, *A proposito dell'interesse nazionale*, in *Quad. Cost.* n. 1 del 2002, 86 ss.

³⁰⁰ PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *For. It.* n. 5 del 2001, 194 ss.

³⁰¹ AZON, *Un passo indietro verso il regionalismo "duale"*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, cit. 194, ed in part. 199, dove l'Autore sostiene che le fattispecie descritte nelle norme di cui all'art. 117, commi 2 e 3 della Costituzione, "corrispondono ad altrettante esigenze unitarie, che vengono così per la prima volta nominate individualmente e dunque circoscritte".

(poteri sostitutivi statali) e 117, commi 2 (materie oggetto di competenza esclusiva statale e materie trasversali) e 3 (principi fondamentali nelle materie di competenza concorrente). In altri termini, secondo tale teoria il limite dell'interesse nazionale non sarebbe affatto venuto meno, ma non potrebbe più valere come titolo *generale* legittimante l'intervento dello Stato in materie di non sua competenza. In sintesi, *quanto il legislatore costituzionale ha ritenuto di interesse nazionale lo ha esplicitato agli artt. 120 e 117*³⁰².

Diversamente, il Bin (tesi c.d. *eversiva*)³⁰³ sostiene che una volta "cancellato" l'ordinamento gerarchico precedente, basato sulla contrapposizione tra il "generale" il "particolare", il "variabile" livello degli interessi, non più ordinato gerarchicamente, dovrebbe ora essere valutato con riferimento al *principio di sussidiarietà*. In tal modo, l'interesse nazionale manterrebbe il suo ruolo di limite generale alla legislazione regionale, sia pure in una prospettiva di *collaborazione* fra Stato e Regione, in quanto adesso sarebbe tradotto nel principio di sussidiarietà (e adeguatezza e proporzionalità).

In altre parole, per individuare l'interesse nazionale occorrerebbe una concreta valutazione degli interessi di volta in volta in gioco attraverso la prassi della c.d. "leale collaborazione" che l'art. 118 Cost opportunamente associa alla sussidiarietà. Secondo tale impostazione, la Corte non dovrà più – come in passato – verificare se determinate norme impugnate siano espressione o meno di un effettivo interesse nazionale, ma dovrà limitarsi a valutare se quelle stesse norme siano *il frutto di*

³⁰² VERONESI, *I principi in materia di raccordo Stato-Regioni dopo la riforma del Titolo V*, cit. 1015-1016.

³⁰³ BIN, *L'interesse nazionale dopo la Riforma: continuità di problemi, discontinuità della Giurisprudenza*, cit. 1213 ss.

un procedimento di concertazione tra i diversi elementi costitutivi della Repubblica (art. 114 Cost.), tutti tenuti a collaborare insieme.

Tale teoria ha sicuramente il pregio di dare fondamento all'esistenza dei principi di raccordo, anche se numerose sono state le critiche a riguardo. La stessa Azon replica a tale impostazione che la *leale collaborazione* e la *sussidiarietà* non sono in grado né di *assicurare una generale e ordinata flessibilità del modello* (rapporti fra Stato e Regioni), né di *costituire il fondamento di un'altrettanta generale posizione di parità* tra lo Stato e le Regioni, essendo menzionati solo in alcuni casi specifici, e cioè:

- a) nell'art. 120 Cost. in cui ci si riferisce al criterio di sussidiarietà per limitare il potere sostitutivo statale;
- b) nell'art. 119 Cost. per quanto concerne il *fondo perequativo* e la necessità di *coordinamento* della finanza pubblica e tributaria;
- c) nell'art. 117, comma 5, Cost., relativamente al potere estero delle Regioni;
- d) nell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost., per la determinazione dei livelli minimi essenziali dei diritti civili e sociali da garantire su tutto il territorio nazionale³⁰⁴.

2.5. La funzione di indirizzo e coordinamento.

La Costituzione non dedica nessun accenno alla funzione statale di indirizzo e coordinamento, fatta salva la previsione del Consiglio delle autonomie *“quale organo di consultazione fra le*

³⁰⁴ AZON, *Un passo indietro verso il regionalismo “duale”*, cit.

Regioni e gli altri enti locali”), e la possibilità che la Commissione parlamentare per le questioni regionali venga integrata da rappresentanti delle Regioni secondo le previsioni dei regolamenti delle Camere e Senato).

A parte ciò, non vi è nessun riferimento al potere in questione; anzi, è stato anche abrogato l’art. 124, che conferiva al Commissario di Governo il compito di sovrintendere alle funzioni amministrative esercitate dallo Stato e di coordinarle con quelle delle Regioni, com’è stato pure eliminato il riferimento alle Province e ai Comuni quali circoscrizioni di decentramento statale e regionale, e il controllo governativo su atti regionali (art. 125 Cost. art. 127 Cost. prima della riforma *de qua*). Tale “dimenticanza” è stata dalla maggioranza della dottrina interpretata come un *silenzio significativo* poiché, mentre era comprensibile che al momento dell’emanazione della Costituzione del 1948 il problema non fosse stato preso in considerazione, lo stesso non può valere certamente oggi dopo anni d’interventi giurisprudenziali sul tema volti a riconoscere la funzione di coordinamento e d’indirizzo³⁰⁵.

Al riguardo, il Bin ricorda come la giurisprudenza costituzionale abbia fondato “il limite degli interessi nazionali e la funzione d’indirizzo e coordinamento”, che ne è il *risvolto positivo* secondo la definizione data dalla sentenza 39/1971 (“una concezione puramente negativa del limite dell’interesse nazionale sarebbe assurda perché determinerebbe una paralisi di settori di importanza nazionale preminente, inibendo tanto alle regioni quanto allo Stato di legiferare e di amministrare”), “sul principio di prevalenza delle esigenze di carattere unitario, che

³⁰⁵ FALCON, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni* n. 6 del 2001, 1261 ss.

trovano formale e solenne riconoscimento nell'art. 5 della Costituzione".

E dal momento che tale articolo non è stato modificato, egli cerca di valutare "se e come la riforma del Titolo V abbia strumentato quel principio, individuati modi nuovi per soddisfare le esigenze unitarie poste dall'art. 5", concludendo che il limite degli interessi nazionali si sarebbe semplicemente tradotto nel *principio di sussidiarietà*. Sussidiarietà la quale indica proprio "che le funzioni non sono assegnate una volta per tutte in base a criteri astratti, ma collocate al livello di governo più vicino agli amministrati, purché adeguato. Sussidiarietà e adeguatezza viaggiano insieme come le due cabine di una funivia, equilibrando i propri pesi. Essi richiedono che la scelta dove allocare le competenze sia compiuta secondo una valutazione concreta della dimensione degli interessi: le antiche distinzioni fra interessi frazionabili e interessi non frazionabili, nonché tra interesse nazionale, regionale e esclusivamente locale, sono quindi, non superate, ma riassunte nei concetti di sussidiarietà e di adeguatezza, " che agiscono in base ad una logica non più di tipo gerarchico (supremazia dello Stato nei confronti degli altri Enti territoriali), ma paritario, ossia, di *collaborazione*³⁰⁶.

Diversamente, il Corpaci rileva come, rispetto al rafforzamento della posizione d'autonomia dei soggetti dell'ordinamento ed all'allentamento dei vincoli unitari dati dalla preminenza statale, rimanga "*in ombra la parte relativa all'interconnessione e composizione dei vari segmenti in un quadro comune*". In altri termini, i raccordi tra Stato e Regioni

³⁰⁶ BIN, *L'interesse nazionale dopo la Riforma: continuità di problemi, discontinuità della Giurisprudenza*, cit. 1218 ss.

risulterebbero essere insufficienti, e tutto ciò porterebbe a chiedersi se vi sia un qualche spazio per un tipo di amministrazione integrata e se la scelta operata dal Legislatore in ordine ai rapporti tra i soggetti dell'ordinamento, propenda per il modello della separazione o dell'integrazione³⁰⁷.

Infine, il Falcon ritiene che il silenzio del nuovo Titolo V della Costituzione sulla funzione d'indirizzo e di coordinamento non debba essere interpretato come un indizio della negazione della stessa, ma come il risultato del mutamento dei rapporti fra Stato e Regioni (art. 114 Cost.), fra legge regionale e legge statale. Più specificatamente, ciò che veramente conta, per il Falcon, sono i compiti e i poteri assegnati dall'art. 117. 2 Cost. allo Stato, i quali giustificano prolungamenti non legislativi per il loro compimento: non si tratterebbe più di "una funzione generale di coordinamento e d'indirizzo, ma di possibili <<prolungamenti>> amministrativi, in attuazione dei compiti che l'art. 117. 2 comma, assegna allo Stato"³⁰⁸.

Tuttavia, secondo l'Anzon tali elementi non sono sufficienti ed addirittura costituiscono un "passo indietro verso il regionalismo duale", poiché le esigenze unitarie, non disponendo di adeguati mezzi di realizzazione, "rischiano di farsi strada dilatando oltre misura i pochi varchi di flessibilità del sistema e di imporsi anche attraverso l'uso diffuso e indiscriminato, ad ogni livello, del potere governativo di sostituzione". Infatti, il criterio di separazione-contrapposizione, al quale sembra ispirarsi la riforma, avendo già dimostrato in passato di non essere in grado di frenare la

³⁰⁷ CORPACI, *Revisione del Titolo V della parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo*, in *Le Regioni* n. 6 del 2001, 1325 ss.

³⁰⁸ FALCON, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, cit. 1262.

tendenza all'espansione del potere centrale, potrebbe convertirsi esattamente nel suo opposto se il Legislatore non mette a disposizione strumenti, diversi ed ulteriori rispetto a quelli già presenti nel nuovo Titolo V³⁰⁹.

Il Rolla³¹⁰, invece, afferma che nonostante la mancanza di una previsione specifica del principio di leale collaborazione, l'intero assetto costituzionale sembrerebbe ispirarsi ad un modello di regionalismo *cooperativo* o *relazionale* che, in quanto tale, non può non basarsi sulla collaborazione tra lo Stato e gli altri enti di cui all'art. 114 Cost. A conferma di ciò si possono richiamare le seguenti disposizioni: art. 116, comma 3, Cost.; art. 117, comma 7, Cost.; art. 118, comma 3, Cost.; ed, infine, l'art. 11 della legge costituzionale n. 3 del 2001.

Esaminati gli aspetti più innovativi della riforma *de qua*, ci soffermiamo, ora, sull'analisi del principio di sussidiarietà secondo la disposizione dell'art. 118 Cost.

2.6. L'articolo 118 della Costituzione: l'allocazione delle funzioni amministrative secondo il principio di sussidiarietà.

Il nuovo articolo 118 Cost. non dice più che la Regione ha funzioni amministrative nelle stesse materie in cui ha competenza legislativa (principio chiamato del parallelismo, ma proclama il principio in base al quale la funzione amministrativa generale spetta ai Comuni, salvi i casi in cui questa funzione, secondo i principi di sussidiarietà, adeguatezza e

³⁰⁹ AZON, *Un passo indietro verso il regionalismo "duale"*, cit.

³¹⁰ ROLLA, *Il principio unitario nei sistemi costituzionali a più livelli*, cit. 719 ss.

differenziazione, è attribuita agli altri enti territoriali superiori: Province, Città metropolitane, Regioni e Stato (*“le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni, salvo che, per assicurare l’esercizio unitario, siano conferite a Province, Città Metropolitane, Regioni e Stato sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza”*).

In altre parole, la disposizione in esame individua nel principio di sussidiarietà il criterio di allocazione delle funzioni amministrative fra i diversi livelli di governo componenti la Repubblica ai sensi dell’art. 114, comma 1, Cost.

Come opportunamente osservato in dottrina, nel nuovo testo del Titolo V, il riferimento al principio di sussidiarietà è presente in diverse disposizioni costituzionali³¹¹.

Da un lato, l’art. 120 Cost. sopra esaminato, nel prevedere che una legge dello Stato disciplini le modalità di esercizio del potere sostitutivo del Governo, stabilisce che tale legge dovrà ispirarsi al principio di sussidiarietà e di leale collaborazione. In questo senso, il principio di sussidiarietà costituisce sicuramente una direttiva nei confronti del legislatore (nell’ambito di una riserva di legge rinforzata) e, quindi, un limite alla sua discrezionalità³¹².

³¹¹ Il sistema amministrativo precedente la Riforma del titolo V si articolava in base al criterio variabile della dimensione degli interessi, in base al quale alle Regioni – per il principio del parallelismo – spettavano le funzioni amministrative corrispondenti alle materie su cui avevano competenza legislativa, agli enti locali le funzioni relative agli interessi locali (previdente art. 118, comma 1, Cost.). Allo Stato spettava, invece, ogni funzione non frazionabile a livello regionale ed ogni altra funzione non specificatamente attribuita ad un altro soggetto. In altre parole, la residualità amministrativa era a favore dello Stato (URBANI, *L’allocazione delle funzioni amministrative secondo il Titolo V della Cost.: una prima lettura*, in (a cura di) Silvio Gambino, *Il Nuovo ordinamento regionale*, Giuffrè, Milano, 2003, 85 ss.).

³¹² PIZZETTI, *Il nuovo ordinamento italiano fra riforme amministrative e riforme costituzionali*, cit. 124-125.

Da un altro lato, la sussidiarietà è menzionata dal primo ed ultimo comma del citato articolo 118 Cost. Più precisamente i primi quattro commi dell'articolo 118 Cost. così recitano:

- "Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città Metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza" (c.d. sussidiarietà verticale);

- I Comuni, le Province e le Città Metropolitane sono titolari di funzioni amministrative *proprie* e di quelle *conferite* con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze;

- La legge statale disciplina forme di coordinamento fra Stato e Regioni nelle materie di cui alle lettere b) e h) del secondo comma dell'articolo 117, e disciplina inoltre forme di intesa e di coordinamento nella materia di tutela dei beni culturali;

- "Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà" (c.d. sussidiarietà orizzontale).

I quattro commi del citato articolo definiscono esplicitamente il riparto delle competenze amministrative tra le diverse "figure soggettive" che compongono la Repubblica ai sensi dell'art. 114 Cost: Comune, Città metropolitane, Province, Regioni e Stato.

In sintesi:

Più precisamente, secondo il Pizzetti il principio di sussidiarietà di cui all'articolo 120 Cost. si presenta quale elemento caratterizzante l'ordinamento giuridico, non tanto per la sua funzione di criterio di distribuzione delle competenze fra i diversi livelli di governo, quanto perché individua i ruoli dello Stato da una parte, e delle Regioni, delle Province e degli Enti locali dall'altra.

a) L'articolo 118, 1 comma stabilisce il principio che le funzioni amministrative *debbano* spettare ai Comuni *salvo* quelle che siano (*rectius*, debbano essere), conferite alle Province, alle Città metropolitane, alle Regioni ed infine allo Stato per motivi attinenti "l'esercizio unitario" e, comunque, sulla base dei principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione. In altri termini, l'ente responsabile delle funzioni amministrative è, in via generale, il Comune, il quale è titolare di attribuzioni proprie (art. 118. 2 Cost.) e di ulteriori funzioni in base al principio di sussidiarietà (art. 118. 1 Cost.). Il Comune è, dunque, per un verso ente titolare *a titolo originario* di competenze amministrative, e dall'altro è anche il soggetto di "naturale approdo" di tutte le funzioni conferite dallo Stato e dalle Regioni.

b) Il secondo comma del medesimo articolo stabilisce che i Comuni, le Province e le Città Metropolitane sono enti titolari di "funzioni amministrative proprie" (si direbbe quelle date dallo Stato nell'ambito della competenza di cui all'art. 117, comma 2, lett. p)) e di funzioni "conferite" con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze.

c) Stato e Regioni, infine, sono titolari di funzioni amministrative solo quando sia necessario assicurarne l'esercizio unitario.

Il significato di queste disposizioni sembrerebbe, a prima vista, chiaro.

Innanzitutto, esse stabiliscono i criteri di attribuzione delle funzioni amministrative, i quali sarebbero uguali per tutti i diversi livelli di governo, prevedendo a favore del Comune un

principio generale di attribuzione di competenza; principio che, secondo parte della dottrina sarebbe derogabile, per altri, invece, meramente residuale.

In secondo luogo, le disposizioni *de quibus* prevedono che Comuni, Province e Città Metropolitane hanno funzioni fondamentali proprie individuate con legge statale secondo l'articolo 117, comma 2, lett. *p*). Infine, queste norme stabiliscono che a tali enti (Comuni, Città metropolitane, Province, Regioni e Stato), possono (*rectius*, debbono) essere conferite funzioni ulteriori con legge statale e regionale e che il legislatore (statale e regionale) deve svolgere tale compito per proprio conto e nell'ambito delle proprie competenze³¹³.

Tuttavia, un'attenta lettura delle disposizioni in esame porta a riflettere su diverse questioni interpretative dell'articolo 118 Cost.

In primo luogo, come abbiamo visto, il testo costituzionale con riferimento a Comuni, Province e Città metropolitane parla, da una parte, di funzioni "fondamentali" (art. 117, comma 2, lett. *p*)), e dall'altra, di funzioni "proprie" e "conferite" (art. 118, comma 2, cost.). Sembra cioè che siano stati ipotizzate ipotizzare tre tipologie di funzioni: fondamentali, proprie e conferite. Tuttavia, secondo la dottrina prevalente, non vi sarebbe differenza fra le funzioni "proprie" e quelle "conferite", a meno che non si volesse includere nella categoria delle *funzioni conferite* anche l'istituto della delega, così come disponeva l'art. 1 della legge 59 del 1997.

Si tratta, però, di una conclusione non convincente essenzialmente per due ragioni: innanzitutto, perché il testo

³¹³ PIZZETTI, *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico esploso*, cit. 1178- 1179.

costituzionale non può essere interpretato ricorrendo alla legislazione ordinaria (che, in questo caso specifico, sarebbe la legge Bassanini n. 1); inoltre, perché anche per le funzioni proprie il testo costituzionale parla di *titolarità*, e quindi sembrerebbe esclusa la possibilità di ricorrere all'istituto della delega, come accadeva in precedenza, trattandosi di un'attribuzione in senso proprio e non del semplice trasferimento di determinate attività.

Sembrerebbe, dunque, preferibile seguire l'orientamento dottrinale che distingue le funzioni di cui all'art. 118, Cost. in due categorie soltanto: le conferite e le proprie.

Secondo quest'ultimo orientamento dottrinario, dovrebbero ritenersi "fondamentali" soltanto quelle funzioni essenziali e caratterizzanti un certo soggetto. Lo stesso significato dovrebbe attribuirsi alle funzioni c.d. proprie, nel senso di funzioni intrinseche al nucleo essenziale della condizione di autonomia costituzionalmente garantita ad un certo soggetto pubblico. La coincidenza fra *funzioni fondamentali* e *funzioni proprie* spiega, inoltre, perché il comma 2 del citato articolo non menzioni la relativa fonte normativa, in quanto già individuata dalla precedente disposizione (art. 117, comma 2, lett. p)) nella legge statale.

In proposito, la "Legge La Loggia" dedica uno spazio particolare in ordine alle modalità di attuazione delle funzioni c.d. fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane, e della loro potestà normativa, statutaria (art. 114, comma 2, Cost.) e regolamentare (art. 117, comma 6, Cost.). In tal modo la confusione terminologica relativa alle funzioni di questi enti – definite "proprie" (art. 114, comma 2, ed art. 118, comma 2,

Cost.), “conferite” con legge statale e regionale ed, infine, “fondamentali” (art. 117, comma 2, lett. *p*)), sembra ridursi alla distinzione fra funzioni “proprie” (comprehensive di funzioni amministrative fondamentali e potestà normative) e funzioni “conferite” secondo il meccanismo mobile della sussidiarietà³¹⁴.

³¹⁴ L’art. 2 della legge “La Loggia” delega il Governo al fine di individuare le funzioni “fondamentali” degli enti locali minori e per la revisione delle disposizioni relative agli enti locali. Secondo tale disposizione, le funzioni fondamentali sono indicate in modo generico come “quelle necessarie per il funzionamento” degli enti e per “il soddisfacimento di bisogni primari delle comunità di riferimento”. I relativi decreti delegati devono, poi, essere adottati dal governo previo parere della Conferenza unificata e delle Commissioni parlamentari competenti. Più precisamente l’articolo 2 della legge La Loggia recita testualmente: “Il Governo è delegato a adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, su proposta del Ministro dell’interno, di concerto con i Ministri per gli affari regionali, per le riforme istituzionali e la devoluzione e dell’economia e delle finanze, uno o più decreti legislativi diretti alla individuazione delle funzioni fondamentali, ai sensi dell’articolo 117, secondo comma, lettera *p*), della Costituzione, essenziali per il funzionamento di Comuni, Province e Città metropolitane nonché per il soddisfacimento di bisogni primari delle comunità di riferimento. Con i decreti legislativi di cui al comma 1, si provvede, altresì, nell’ambito della competenza legislativa dello Stato, alla revisione delle disposizioni in materia di enti locali, per adeguarle alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

Gli schemi dei decreti legislativi di cui al comma 1, dopo l’acquisizione dei pareri del Consiglio di Stato e della Conferenza unificata di cui all’articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, di seguito denominata «Conferenza unificata», da rendere entro trenta giorni dalla trasmissione degli schemi medesimi, sono trasmessi alle Camere per l’acquisizione del parere da parte delle competenti Commissioni parlamentari, da rendere entro quarantacinque giorni dall’assegnazione alle Commissioni medesime. Acquisiti tali pareri, il Governo ritrasmette i testi, con le proprie osservazioni e con le eventuali modificazioni, alla Conferenza unificata e alle Camere per il parere definitivo, da rendere, rispettivamente, entro trenta e quarantacinque giorni dalla trasmissione dei testi medesimi.

Nell’attuazione della delega di cui ai commi 1 e 2, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi; *a*) garantire il rispetto delle competenze legislative dello Stato e delle Regioni, l’autonomia e le competenze costituzionali degli enti territoriali ai sensi degli articoli 114, 117 e 118 della Costituzione, nonché la valorizzazione della potestà statutaria e regolamentare dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane; *b*) individuare le funzioni fondamentali dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane in modo da prevedere, anche al fine della tenuta e della coesione dell’ordinamento della Repubblica, per ciascun livello di governo locale, la titolarità di funzioni connaturate alle caratteristiche proprie di ciascun tipo di ente, essenziali e imprescindibili per il funzionamento dell’ente e per il soddisfacimento di bisogni primari

delle comunità di riferimento, tenuto conto, in via prioritaria, per Comuni e Province, delle funzioni storicamente svolte; *c)* valorizzare i principi di sussidiarietà, di adeguatezza e di differenziazione nella allocazione delle funzioni fondamentali in modo da assicurarne l'esercizio da parte del livello di ente locale che, per le caratteristiche dimensionali e strutturali, ne garantisca l'ottimale gestione anche mediante l'indicazione dei criteri per la gestione associata tra i Comuni; *d)* prevedere strumenti che garantiscano il rispetto del principio di leale collaborazione tra i diversi livelli di governo locale nello svolgimento delle funzioni fondamentali che richiedono per il loro esercizio la partecipazione di più enti, allo scopo individuando specifiche forme di consultazione e di raccordo tra enti locali, Regioni e Stato; *e)* attribuire all'autonomia statutaria degli enti locali la potestà di individuare sistemi di controllo interno, al fine di garantire il funzionamento dell'ente, secondo criteri di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa, nonché forme e modalità di intervento, secondo criteri di neutralità, di sussidiarietà e di adeguatezza, nei casi previsti dagli articoli 141, commi 2 e 8, 193, comma 4, 243, comma 6, lettera *b)*, 247 e 251 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267; *f)* prevedere una disciplina di principi fondamentali idonea a garantire un ordinamento finanziario e contabile degli enti locali che consenta, sulla base di parametri obiettivi e uniformi, la rilevazione delle situazioni economiche e finanziarie degli enti locali ai fini della attivazione degli interventi previsti dall'articolo 119, terzo e quinto comma, della Costituzione, anche tenendo conto delle indicazioni dell'Alta Commissione di studio di cui all'articolo 3, comma 1, lettera *b)*, della legge 27 dicembre 2002, n. 289; *g)* procedere alla revisione delle disposizioni legislative sugli enti locali, comprese quelle contenute nel testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, limitatamente alle norme che contrastano con il sistema costituzionale degli enti locali definito dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, attraverso la modificazione, l'integrazione, la soppressione e il coordinamento formale delle disposizioni vigenti, anche al fine di assicurare la coerenza sistematica della normativa, l'aggiornamento e la semplificazione del linguaggio normativo; *h)* adeguare i procedimenti di istituzione della Città metropolitana al disposto dell'articolo 114 della Costituzione, fermo restando il principio di partecipazione degli enti e delle popolazioni interessati; *i)* individuare e disciplinare gli organi di governo delle Città metropolitane e il relativo sistema elettorale, secondo criteri di rappresentatività e democraticità che favoriscano la formazione di maggioranze stabili e assicurino la rappresentanza delle minoranze, anche tenendo conto di quanto stabilito per i Comuni e le Province; *l)* definire la disciplina dei casi di ineleggibilità, di incompatibilità alle cariche elettive delle Città metropolitane anche tenendo conto di quanto stabilito in materia per gli amministratori di Comuni e Province; *m)* mantenere ferme le disposizioni in vigore relative al controllo sugli organi degli enti locali, alla vigilanza sui servizi di competenza statale attribuiti al sindaco quale ufficiale del Governo, nonché, fatta salva la polizia amministrativa locale, ai procedimenti preordinati alla tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica nonché le disposizioni volte ad assicurare la conformità dell'attività amministrativa alla legge, allo statuto e ai regolamenti; *n)* valorizzare le forme associative anche per la gestione dei

In secondo luogo, ci si chiede se la legge statale di competenza esclusiva di cui all'articolo 117, comma 2, lett. p), Cost. debba individuare le funzioni proprie degli enti territoriali solo nell'ambito delle materie riservate allo Stato (come avviene per le funzioni "conferite" ex art. 118, comma 2, Cost.), o possa, invece, individuare tali funzioni anche all'interno delle competenze legislative regionali (concorrenti e residuali). A questa domanda, la dottrina risponde affermativamente in base alla circostanza che la potestà di cui all'art. 117, comma 2, lett. p), Cost. costituisce una materia c.d. trasversale che, in quanto tale, legittimerebbe il legislatore statale ad indicare le funzioni fondamentali anche all'interno delle materie spettanti alla competenza legislativa regionale.

Un ulteriore problema riguarda la questione se Stato e Regione debbano avere competenze amministrative esclusivamente nelle materie in cui hanno competenze legislative proprie. Se si ritenessero – come parte della dottrina ritiene - lo Stato e le Regioni competenti ad esercitare funzioni amministrative anche in ambiti riservati alla competenza dell'altro legislatore, sorgerebbe l'ulteriore questione di quale

servizi di competenza statale affidati ai comuni; o) garantire il rispetto delle attribuzioni degli enti di autonomia funzionale; p) indicare espressamente sia le norme implicitamente abrogate per effetto dell'entrata in vigore della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, sia quelle anche implicitamente abrogate da successive disposizioni; q) rispettare i principi desumibili dalla giurisprudenza costituzionale e fare salve le competenze spettanti alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e di Bolzano (CORTESE, *Le competenze amministrative nel nuovo ordinamento della repubblica. Sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza come criteri allocativi*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 4 del 2003, 852 ss).

debba essere il *soggetto* competente ad emanare l'atto e quale *forma* dovrebbe rivestire tale atto.

La risposta a questi quesiti non potrebbe che essere la seguente: l'atto dovrebbe rivestire la forma di legge, ed il soggetto legittimato ad emanarlo dovrebbe essere il legislatore (statale o regionale) competente per materia (statale o regionale o statale-regionale). Una soluzione diversa sarebbe, infatti, contraria al principio di legalità³¹⁵.

Infine, ci si chiede se gli enti territoriali privi del potere legislativo possano o no, conferire funzioni (proprie o conferite) ad altri soggetti pubblici. Il testo dell'articolo 118, comma 2, sembrerebbe attribuire tale potere solo alle leggi regionali e statali e, quindi, solo al legislatore regionale e statale, con la conseguenza che gli enti territoriali *de quibus* non potrebbero conferire funzioni amministrative agli altri livelli di governo³¹⁶.

³¹⁵ PIZZETTI, *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico esploso*, cit. 1179-1181.

In merito a questa conclusione, il Pizzetti rileva che nessun problema pone il caso in cui sia lo Stato con propria legge e nelle materie riservate alla sua esclusiva competenza, a conferire funzioni amministrative alle Regioni. Diversamente, il caso in cui sia la Regione con propria legge, adottata nelle materie di propria competenza legislativa, a conferire funzioni amministrative allo Stato, pone diversi problemi applicativi. Più precisamente, in questo secondo caso si potrebbero verificare decisioni diverse da Regione a Regione, con la conseguenza che il conferimento delle funzioni amministrative dalle Regioni allo Stato verrebbe, come dice il Pizzetti, a "pelle di leopardo". Questo confermerebbe la necessità di strumenti di raccordo sul piano delle attribuzioni amministrative al fine di superare i problemi derivanti dalle diversità intercorrenti fra le Regioni stesse (di carattere finanziario, economico, istituzionale e così via).

³¹⁶ *Idem*, 1182.

In proposito, il Pizzetti rileva che una tale conclusione non varrebbe quando si tratta di applicare il principio di sussidiarietà orizzontale. In questo caso, infatti, la norma assegnerebbe tale capacità a tutti i soggetti di cui all'articolo 114, 1 comma, nessun escluso. Di conseguenza, sembrerebbe che anche gli enti locali non dotati di potestà legislativa, possano operare tale conferimento di funzioni ai soggetti di cui al quarto comma dell'articolo in esame (*Idem*, 1182-1183).

Dunque, dalla formulazione dell'articolo 118 Cost. emerge che il dato di partenza per ogni scelta distributiva è la generale attribuzione delle funzioni amministrative al Comune secondo una prospettiva, però, opposta a quella precedente e con una sorta di "inversione dell'onere della prova": il legislatore, mentre nel sistema anteriore alla riforma del titolo V, doveva stabilire (e provare) ciò che era *decentrato*, ora è tenuto ad indicare (e provare) ciò che deve essere, al contrario, *accentrato*.

Infatti, la legge 59 del 1997 prevedeva l'attuazione del c.d. federalismo amministrativo attraverso strumenti di trasferimento e di delega delle funzioni (*id est*, conferimento) dall'*alto* verso il *basso*. Viceversa, il nuovo articolo 118 Cost. delinea un meccanismo di distribuzione delle competenze amministrative completamente diverso, ossia dal *basso* verso l'*alto*³¹⁷.

In altri termini, la differenza tra la previsione del legislatore ordinario ed il testo della Costituzione consiste nella *direzione* che assume il principio di sussidiarietà inteso in senso verticale: nel sistema delineato dalla legge 59/1997, la sussidiarietà spingeva verso il decentramento a favore degli enti locali; diversamente, nell'attuale contesto costituzionale così come definito dall'art. 118 Cost. il quale afferma la centralità del Comune nell'esercizio delle funzioni amministrative, la sussidiarietà costituisce lo strumento che legittima lo Stato a *sottrarre* competenze ai Comuni a favore dei livelli di governo superiori³¹⁸.

³¹⁷ CORTESE, *Le competenze amministrative nel nuovo ordinamento della repubblica. Sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza come criteri allocativi*, cit. 853.

³¹⁸ ROLLA, *Relazioni tra ordinamenti e sistema delle fonti. Considerazioni alla luce della legge costituzionale n. 3 del 2001*, cit. 340-341.

Più precisamente, secondo il meccanismo del principio di sussidiarietà le funzioni amministrative sono attribuite principalmente al Comune, quale ente titolare *a titolo originario* delle funzioni amministrative, e solo in un secondo momento, vale a dire quando il Comune si riveli inadeguato o per assicurare l'esercizio unitario di dette funzioni, queste possono essere attratte in sussidiarietà alla competenza delle *Province*, delle *Città Metropolitane*, delle *Regioni* ed, infine dello *Stato* (art. 118, comma 1, Cost.). Si parte, dunque, dal Comune e si passa all'ente immediatamente superiore (Provincia e Regione) e si arriva, in ultima istanza, allo Stato.

Ne consegue un sistema amministrativo di tipo "policentrico" imperniato primariamente sui Comuni, dove Stato e Regioni sono esattamente sullo stesso piano delle Città Metropolitane e delle Province. In altri termini, Stato e Regioni possono essere definiti come enti titolari di funzioni amministrative solo nei casi in cui ciò sia indispensabile per l'esercizio unitario delle stesse, e sempre che i livelli "sopracomunali intermedi" delle Province e delle Città Metropolitane non siano considerati inadeguati. Tutto ciò in piena coerenza con quanto previsto dall'art. 114 Cost. e con i principi di sussidiarietà, di differenziazione e d'adeguatezza esplicitamente richiamati nel 1° comma dell'art. 118 Cost³¹⁹.

E' comune affermazione che l'introduzione del principio di sussidiarietà, come criterio d'allocazione delle funzioni amministrative, abbia comportato il venir meno del principio del parallelismo tra potestà legislativa e potestà amministrativa poiché la seconda non si determina più a partire dalla prima,

³¹⁹ PIZZETTI, *Le nuove esperienze di governance in un sistema policentrico esplosivo*, cit. 1161-1169.

come nel vecchio articolo 118 Cost. (*“spettano alle Regioni le funzioni amministrative per le materie elencate nel precedente articolo...”*), ma sulla base di un meccanismo flessibile ed elastico che vede, in via generale, l’attribuzione delle funzioni amministrative al gradino più basso della piramide politico-istituzionale, quello comunale, sempre che non vi siano ragioni valide per chiamarne in causa uno più elevato³²⁰.

In particolare, la definizione delle competenze amministrative si determina ancora in virtù della corrispondente potestà legislativa almeno per quanto riguarda l’individuazione del pubblico potere (statale e regionale) chiamato all’attivazione del meccanismo allocativo delle funzioni amministrative. Ciò che, invece, risulta completamente mutato è, per dirla con il Cortese, il “principio metodologico” in base al quale le funzioni amministrative sono distribuite fra i diversi livelli territoriali di governo. Esso, infatti, non dipende più dalla definizione delle

³²⁰ Tuttavia, vi è chi sostiene (Bin) che il Principio di sussidiarietà e quello del parallelismo non siano fra loro in antitesi, osservando come essi *“non stiano necessariamente in posizione di contrasto o d’incompatibilità”*, non essendo *“affatto complanari”*, ma *“collocandosi su piani diversi e differenziandosi per origine, per funzione, per ambito e per valore protetto”*. Più precisamente, il principio del parallelismo sarebbe stato enucleato dalla Corte Costituzionale sulla base dei precedenti artt. 117 e 118 Cost. con lo scopo di (ri)definire le funzioni legislative delle regioni ed estenderle anche a quelle materie relativamente alle quali lo Stato delegava alle stesse solo attribuzioni amministrative. Di conseguenza, esso riguarderebbe solo le Regioni e non gli Enti locali.

Al contrario, il principio di sussidiarietà sarebbe, secondo la tesi del Bin, un principio di politica legislativa, rivolto sia al legislatore statale sia a quello regionale, il cui contenuto consisterebbe nell’indicare *una generica preferenza per il conferimento legislativo delle funzioni amministrative al livello più basso possibile (Il Comune)*, e la cui applicazione si estenderebbe a tutti gli ambiti territoriali di governo ed anche ai rapporti tra quest’ultimi e i singoli cittadini (sussidiarietà orizzontale), nell’ottica di trovare un equilibrio tra il principio d’autodeterminazione ed il principio d’efficienza o *“adeguatezza”*. Non vi sarebbero, dunque, motivi per ritenere che i due principi (sussidiarietà e parallelismo) siano fra loro inconciliabili, atteso che la stessa Corte Costituzionale, giudicando la c. d. *“legge Bassanini I”*, ha considerato compatibili il *“vecchio”* principio del parallelismo con il *“nuovo”* principio di sussidiarietà.

materie come nel sistema precedente, ma si ispira al principio di sussidiarietà³²¹.

Una certa dottrina definisce il principio di sussidiarietà come il criterio che pone “l’obiettivo della massima vicinanza tra i destinatari delle funzioni pubbliche e delle organizzazioni che ne sono titolari, nel senso che le istituzioni di livello via via più elevato (e dunque più lontano) hanno un ruolo sussidiario, limitato a ciò che il livello meno elevato (e dunque più vicino) non può adeguatamente svolgere”³²².

La genericità di tale definizione dipende dal fatto che il contenuto del concetto di sussidiarietà non è precisato in Costituzione e neanche a livello di legislazione ordinaria. Le soluzioni in merito possono essere, pertanto, molto diverse. Si può, infatti, fare ricorso ad un criterio storico-normativo, teso ad identificare nella sussidiarietà costituzionalmente espressa un *continuum* concettuale con l’omologa nozione presente nella legge Bassanini n. 59 del 1997. Oppure, ci si può richiamare al significato più tradizionale e classico della sussidiarietà, come

³²¹ CORTESE *Le competenze amministrative nel nuovo ordinamento della repubblica. Sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza come criteri allocativi*, cit. 846 ss.

Secondo il Cortese, l’autore del conferimento amministrativo deve essere uno dei soggetti forniti della potestà legislativa ex art. 117. Pertanto, una volta definito “in parallelo” il soggetto competente ad effettuare le scelte distributive, il soggetto conferitario è, al contrario, individuabile non *a priori* in base alla titolarità costituzionale (regionale o statale) delle funzioni amministrative, ma secondo il principio di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza

³²² BARTOLE-FALCON-TOSI, *Diritto regionale. Dopo le riforme*, Bologna, Il Mulino, 2003, 174.

principio politico, o, addirittura, a quello accolto in ambito comunitario, come criterio di esercizio di competenze³²³.

La Costituzione, comunque, ci dice soltanto che è possibile derogare al principio di sussidiarietà, secondo cui le funzioni amministrative spettano in linea di principio all'Ente territoriale più vicino ai cittadini (*id est*, il Comune). Tuttavia, essa non specifica il significato dell'espressione "esercizio unitario" in virtù del quale è consentito allocare determinate competenze amministrative al livello sopra comunale. Nulla dice, poi, in merito ai criteri o ai parametri da utilizzare. Gli unici riferimenti in tal senso sono rappresentati dai due principi della differenziazione e della adeguatezza, i quali finiscono per risolversi in meri criteri applicativi della stessa sussidiarietà³²⁴.

In particolare, "l'adeguatezza" è intesa come "efficienza ed efficacia della distribuzione territoriale della titolarità della funzione in quanto strumentale alla migliore soddisfazione degli interessi delle persone che ne sono destinatarie"; la "differenziazione" costituisce, invece, "l'applicazione negativa del principio di uguaglianza in sede di individuazione della titolarità della funzione in quanto destinata a rispondere ad esigenze e bisogni di realtà territoriali di volta in volta diverse"³²⁵.

L'*adeguatezza* implica, dunque, un giudizio socio-economico che coinvolge tre elementi:

³²³ CORTESE, *Le competenze amministrative nel nuovo ordinamento della repubblica. Sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza come criteri allocativi*, cit. 855-858 ss.

³²⁴ URBANI, *L'allocazione delle funzioni amministrative secondo il Titolo V della Costituzione: una prima lettura*, cit. 89-90.

³²⁵ CORTESE, *Le competenze amministrative nel nuovo ordinamento della repubblica. Sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza come criteri allocativi*, cit. 858 ss;

- a) la categoria dei soggetti preposti alla cura degli interessi pubblici;
- b) i destinatari della funzione (ossia, la collettività rappresentata dal soggetto pubblico agente);
- c) l'ambito spaziale relativo alla competenza dell'ente stesso.

La *differenziazione* comporta, invece, che la questione dell'allocazione delle funzioni amministrative sia esaminata sotto il profilo dell'efficienza e dell'efficacia della funzione stessa³²⁶.

In definitiva:

- a) la sussidiarietà impone l'allocazione delle funzioni al livello organizzativo più vicino al cittadino;
- b) la differenziazione richiede che, al fine di procedere alla allocazione delle funzioni stesse, si tenga conto delle diverse caratteristiche (associative, demografiche, territoriali e strutturali) degli enti destinatari;
- c) l'adeguatezza esige che sia previamente valutata l'idoneità organizzativa dell'amministrazione nello svolgimento delle competenze attribuite³²⁷.

Trattasi, dunque, di un modello organizzativo – questo delineato dall'articolo 118 Cost. - duttile ed in grado di adattarsi alle particolarità delle situazioni concrete³²⁸.

³²⁶ URBANI, *L'allocazione delle funzioni amministrative secondo il Titolo V della Costituzione: una prima lettura*, cit. 89-90.

³²⁷ VERONESI, *I principi in materia di raccordo Stato-Regioni dopo la riforma del Titolo V*, cit. 1031-1033.

³²⁸ *Idem*, 1033.

Secondo il Veronesi la stessa distribuzione delle competenze legislative stabilita dall'art. 117 Cost. rispecchierebbe il tenore del principio di sussidiarietà, anche se di esso non se ne fa menzione esplicita. In questa prospettiva, lo Stato sarebbe concepito quale ente naturale di approdo della funzione legislativa esclusiva e della determinazione dei soli principi fondamentali nelle materie, oggetto di competenza concorrente. La Regione, invece, sarebbe identificata come l'Ente (più vicino ai cittadini) in

Adeguatezza e differenziazione conferiscono, infatti, alla dimensione della sussidiarietà un particolare aspetto di flessibilità ed elasticità, con la conseguenza che le scelte allocative non sono univoche, bensì variabili secondo la dimensione dell'interesse pubblico da preservare³²⁹. Questo, a sua volta, implica un triplice riferimento³³⁰:

a) alla dimensione spazio-territoriale dell'interesse *de quo*;

grado di svolgere la funzione legislativa residuale. In altre parole, sarebbe individuato in questa disposizione ciò che dovrebbe essere riservato all'Ente più "distante" dai cittadini (Stato) e ciò che, al contrario, dovrebbe essere lasciato all'altro ente (Regione), in quanto più vicino ai cittadini stessi. Anche in questo caso, la sussidiarietà sarebbe applicata in senso statico.

In merito alla potestà amministrativa, l'Autore sottolinea, inoltre, che i principi di cui all'art. 118 Cost. (sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza) sono solo criteri di esercizio cui dovrà conformarsi la futura attività legislativa di conferimento delle stesse funzioni amministrative. Detta attività normativa è, infatti, prevista dall'art. 7 della legge "la Loggia" (attuazione dell'art. 118 Cost.), il quale prevede, al secondo comma, la necessità di accordi con le Regioni interessate per le finalità di cui al primo comma: "Lo Stato e le Regioni, secondo le rispettive competenze, provvedono a conferire le funzioni amministrative da loro esercitate alla data di entrata in vigore della presente legge, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, attribuendo a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato soltanto quelle di cui occorra assicurare l'unitarietà di esercizio, per motivi di buon andamento, efficienza o efficacia dell'azione amministrativa ovvero per motivi funzionali o economici o per esigenze di programmazione o di omogeneità territoriale, nel rispetto, anche ai fini dell'assegnazione di ulteriori funzioni, delle attribuzioni degli enti di autonomia funzionale, anche nei settori di promozione dello sviluppo economico e della gestione dei servizi. Stato, Regioni, Città metropolitane, Province, Comuni e Comunità montane favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà. In ogni caso, quando sono impiegate risorse pubbliche, si applica l'art. 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Tutte le altre funzioni amministrative non diversamente attribuite spettano ai Comuni, che le esercitano in forma singola o associata, anche mediante le Comunità Montane e le unioni dei Comuni".

³²⁹ CORTESE, *Le competenze amministrative nel nuovo ordinamento della repubblica. Sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza come criteri allocativi*, cit. 858-859;

³³⁰ URBANI, *L'allocazione delle funzioni amministrative secondo il Titolo V della Costituzione: una prima lettura*, cit. 88.

- b) alla rilevanza della funzione da svolgere nei confronti di una determinata collettività (locale o nazionale);
- c) al costo economico (in termini di personale, di risorse finanziarie, di uffici a disposizione).

La sussidiarietà si presenta, dunque, quale “criterio in base al quale un tipo di azione spetta prioritariamente ad un determinato soggetto di livello inferiore rispetto ad un altro e può essere svolto in tutto o in parte da un altro soggetto, al posto o ad integrazione del primo, *se, solo se*, il risultato di tale sostituzione è migliore (o si prevede migliore) di quello che si avrebbe oppure si è avuto senza tale sostituzione”³³¹.

In altri termini, la sussidiarietà opererebbe come “criterio-guida” fondamentale per il legislatore nel ripartire le funzioni amministrative tra *soggetti pubblici* (c.d. *sussidiarietà verticale*) e *tra i pubblici poteri ed i soggetti privati* (c.d. *sussidiarietà orizzontale*), nel senso che gli stessi soggetti pubblici non possono sostituirsi ai singoli cittadini se questi sono capaci di svolgere attività d’interesse generale senza danni per gli altri (art. 118, ult. comma, Cost.); in caso contrario, saranno da preferirsi le *forme associate private*, e solo se anche queste risultino inadeguate potranno intervenire i pubblici poteri. Tra questi, poi, la preferenza sarà accordata all’ente *più prossimo* ai cittadini, ossia al Comune, e solo se il suo intervento risulti *insufficiente*, potrà intervenire *l’ente immediatamente superiore* (nell’ordine: Provincia, Regione e stato, fino all’Unione

³³¹ RESCIGNO G.U., *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir.Publ.* n. 1 del 2002, 14.

Europea) e così via sino all'individuazione, *caso per caso*, del soggetto in grado di garantire l'intervento adeguato", 2004)³³².

A tale riguardo, si è osservato in dottrina che la Costituzione sembrerebbe accogliere un significato non *sostanziale*, bensì *procedurale* di sussidiarietà. Non è possibile, infatti, *dire* una volta per tutte a chi spetta una determinata funzione, ma è solo possibile predisporre le regole necessarie all'individuazione del soggetto competente³³³.

Più precisamente, l'articolo 118, comma 1, Cost. si riferisce alla sussidiarietà in termini di "principio". Come è noto, un *principio* per divenire operativo abbisogna di regole che lo applichino nei diversi rapporti della vita concreta. Le enunciazioni di principio non sono, infatti, autoapplicative (*self-executing*) ma per produrre il risultato cui tendono, devono essere specificate in norme di dettaglio (*self-executing*). Di conseguenza, la prescrittività di un principio dipende dalle relative disposizioni specificative da cui è possibile desumere regole di comportamento ben definite³³⁴.

Nondimeno, il legislatore costituzionale non solo non definisce la sussidiarietà, ma neanche indica le relative regole applicative. Non sono, infatti, rinvenibili nel testo costituzionale

³³² VIGNUDELLI, *Diritto Costituzionale*, Giappichelli, Torino, III ed., 2004, 161.

³³³ RESCIGNO G.U., *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit. 14-15.

³³⁴ *Idem*, 14-17.

In altre parole, regole di comportamento sono necessarie affinché il principio di sussidiarietà non rimanga senza effetto. Al fine, infatti, di dare attuazione al principio in questione, occorre, innanzitutto, individuare il soggetto o i soggetti che decidono il caso controverso. Inoltre, devono essere formulati i criteri in base ai quali il giudizio va condotto ed occorre che il soggetto decidente definisca, alla luce di tali criteri prestabiliti, le argomentazioni e le valutazioni che conducono alla decisione secondo il principio di sussidiarietà. A tale riguardo risulta necessario che l'atto sia adeguatamente motivato e che vi sia un organo addetto al relativo controllo.

disposizioni che indichino i parametri in base ai quali deve essere condotta, per dirla col Rescigno, la comparazione fra *sussidiabile* e *sussidiario*, i criteri per cui si deve preferire un soggetto per l'esercizio di una determinata azione invece che un altro: perché ha costi minori, perché crea meno pericoli per l'ordine pubblico perché rispetta il pluralismo, perché tutela una minoranza che va tutelata, e così via³³⁵.

Di conseguenza, la sussidiarietà non può essere ritenuta un principio immediatamente prescrivibile. E ciò per due ragioni essenziali:

- 1) per la tecnica normativa utilizzata (si tratta di un principio procedurale, il quale esige norme di attuazione per divenire applicativo);
- 2) per l'assenza in Costituzione di norme di dettaglio in grado di rendere effettivo tale principio procedurale³³⁶.

³³⁵ *Idem*, 15.

³³⁶ RIVIEZZO, *Associazionismo economico nei rapporti coi soggetti pubblici*, in *Riv.Giur.Mezogiorno*, n. 2-3/2007.

In questa sede si accoglie l'impostazione di una determinata dottrina secondo la quale il grado di efficacia giuridica e politica dei principi dipenderebbe, in primo luogo, dalla tecnica normativa utilizzata dal legislatore costituzionale. In tale prospettiva, si distingue fra:

a) principi espressi, i quali, non essendo meramente enunciati, presentano un'efficacia giuridica piena, con la conseguenza che essi sono subiti applicabili:

b) principi inespressi, vale a dire ricavati in via interpretativa dall'esame sistematico di diverse disposizioni costituzionali, i quali ricavano la loro forza giuridica e/o politica dagli argomenti da cui sono dedotti (es.: principio di separazione dei poteri);

c) principi meramente enunciati, i quali hanno efficacia politica, nel senso che possono fungere da mera direttiva nei confronti del legislatore, in quanto possono orientare la lettura di altre disposizioni costituzionali.

In base a tale distinzione, risulterebbe confermato il carattere non autoapplicativo della sussidiarietà, in quanto *principio soltanto enunciato* e non definito.

Diversamente, se si seguisse l'impostazione del D'Atena, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad.Cost.* n. 1 del 2001, 13 ss, la sussidiarietà sarebbe attuabile anche tramite i c.d. dispositivi statici. Più precisamente, l'Autore distingue fra dispositivi statici, nei quali la preferenza accordata al livello minore trova espressione in una riserva di competenza in suo

La sussidiarietà, inoltre, costituisce un *principio costituzionale*. Tale enunciazione è, infatti, contenuta in una disposizione costituzionale (art. 118 Cost.), con la conseguenza che la sussidiarietà deve ritenersi subordinata alla Costituzione stessa ed, *a fortiori*, alle leggi di revisione costituzionale. Su questo aspetto torneremo più avanti ed in modo più preciso. Al momento basterà rilevare che il rispetto del principio di rigidità della Costituzione esige che le regole, in base alle quali una determinata competenza è attribuita dalla Carta costituzionale ad un certo soggetto, possono essere modificate soltanto attraverso l'*iter* di cui all'art. 138 Cost. e non facendo semplicemente riferimento al principio in oggetto.

In altre parole, la ripartizione delle competenze di cui all'articolo 117 Cost. non può essere novellata ricorrendo al principio di sussidiarietà, ma richiede il passaggio obbligato di cui all'art. 138 Cost.

Conclusione, questa, che trova conferma nella circostanza che il nostro ordinamento ha accolto un significato *statico* della sussidiarietà, intesa come *fondamento di un ordine prestabilito di competenze*. Infatti, sia il legislatore ordinario (art.1, lett *a*) legge 59/1997) sia quello costituzionale (art. 118 Cost.) hanno individuato la sussidiarietà nell'attribuzione della generalità delle funzioni amministrative al Comune, quale ente più vicino

favore (art. 8 della Costituzione italiana) e dispositivi dinamici, che disciplinano la concorrenza fra diverse competenze, enunciando come regola la competenza del livello inferiore, e prevedendo le condizioni al verificarsi delle quali, è condizionato l'intervento di quello superiore (es.: art. 71, comma 2, della Legge federale tedesca o art. 3 B del Trattato di Maastricht).

Un altro modo ancora è rappresentato da quelle norme che non regolano la concorrenza delle competenze in un certo settore, ma si limitano ad enunciare un principio (es.: l'art. A, comma 2 del Trattato di Maastricht, ora art. 1, comma 2, trattato sull'Unione europea; art. 118, comma 1, Cost.).

ai bisogni dei cittadini, con esclusione di quelle sole funzioni che, per motivi di esercizio unitario, devono essere svolte da enti di livello superiore³³⁷.

Formule dinamiche sono, invece, rinvenibili, come abbiamo visto nei capitoli della sezione precedente, nella Legge Fondamentale tedesca – il cui art. 72, comma 2, Cost. afferma che la Federazione può legiferare in luogo dei *Länder* se e nella misura in cui l'instaurazione di condizioni di vita equivalenti nel territorio federale e la garanzia dell'unità del diritto e dell'economia nell'interesse dello Stato nel suo complesso rendono necessaria una disciplina legislativa federale – o nel Trattato di Maastricht – il cui art. 3 B dispone, invece, che la Commissione europea può intervenire “nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati”.

Al contrario, secondo la versione accolta nella Costituzione, la sussidiarietà rappresenta un criterio fondamentale di distribuzione legale delle sole funzioni amministrative fra lo Stato e gli altri enti territoriali senza potere incidere sulla ripartizione delle potestà legislative di cui all'art. 117 cost.

A tale riguardo, la maggior parte della dottrina ritiene che l'art. 118, comma 1, Cost. non sia una *norma sulle fonti*, vale a dire, sull'*attribuzione automatica e diretta* delle competenze, ma sulle regole e sui principi per la loro allocazione fra i diversi livelli di governo, e perciò non può essere utilizzata per introdurre deroghe all'art. 117 Cost relativo alla ripartizione delle potestà legislative³³⁸.

³³⁷ ROLLA, *Relazioni fra ordinamenti e sistema delle fonti. Considerazioni alla luce della legge costituzionale n. 3 del 2001*, cit. 340.

³³⁸ CORPACI, *Revisione del Titolo V e sistema amministrativo*, cit. 1312 ss.

Una volta, dunque, stabilito che una certa materia rientra nelle competenze del legislatore statale o regionale, il principio di sussidiarietà può essere applicato dal legislatore stesso soltanto al fine di distribuire le funzioni o i compiti meramente amministrativi. In definitiva, il principio di sussidiarietà, secondo la formulazione di cui all'art. 118 del testo costituzionale, opererebbe solamente all'interno della *competenza* e non al di fuori di questa³³⁹.

Alla luce di quanto sopra esposto, si possono trarre le seguenti considerazioni in ordine alla formulazione dell'articolo 118 Cost.:

1) Per quanto riguarda le c.d. "funzioni fondamentali", di cui all'art. 117, comma 2, lett. p)), queste non si aggiungono alle "proprie" e alle "conferite" ex art. 118. 2 Cost. ma coincidono con le prime, tenuto conto che i termini "fondamentale" e "proprio" esprimono, entrambi, l'idea che una certa funzione sia *"un'implicazione necessaria dei caratteri essenziali e connotativi di un certo soggetto"*.

2) L'amministrazione pubblica è essenzialmente amministrazione comunale (c.d. principio di attribuzione), con la conseguenza che l'allocazione delle funzioni presso altri livelli di governo sovra comunali ha natura "derogatoria" (o residuale per alcuni autori).

3) Lo scorporo di funzioni dal livello di governo comunale e la relativa attribuzione agli altri enti territoriali (Province, Città

³³⁹ RESCIGNO G.U., *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit. 20-22.

metropolitane, Regioni e Stato) avvengono in ragione del principio di sussidiarietà, di adeguatezza e di differenziazione.

4) L'amministrazione pubblica, oltre ad essere essenzialmente comunale, è anche differenziata e differenziabile. Il principio di sussidiarietà è, infatti, associato a quello di adeguatezza e di differenziazione. Questo, come abbiamo visto, implica che le scelte allocative devono tenere in considerazione le diverse condizioni istituzionali e socio-economiche del contesto cui si riferiscono le stesse funzioni amministrative.

5) La sussidiarietà, secondo la formulazione dell'articolo 118 Cost. si manifesta, innanzitutto, come *principio d'ordine costituzionale* che, in quanto tale, deve rispettare la Costituzione stessa. Di conseguenza, il riparto delle competenze legislative definite dall'art. 117 Cost. non può essere modificato semplicemente in base alla sussidiarietà, ma occorre seguire la procedura prevista dall'art. 138 Cost. vale a dire utilizzare una legge di revisione costituzionale cui la sussidiarietà stessa è subordinata.

6) L'articolo 118 Cost. sembrerebbe accogliere un significato meramente *procedurale* della sussidiarietà, e non sostanziale. La Costituzione non definisce con precisione cosa sia esattamente la sussidiarietà. Ciò spiega l'ambivalenza di tale concetto, il quale si presta a diverse definizioni. Al contrario, la Costituzione si riferisce alla sussidiarietà unicamente in termini di *criterio metodologico* da seguire per derogare alla presunzione di

generale attribuzione delle funzioni amministrative all'ente (Comune) più vicino ai cittadini.

7) Da una lettura del 1° comma dell'articolo 118, Cost. emerge che il principio di attribuzione ("debbano"), secondo cui le funzioni amministrative spettano in linea di principio al Comune, ossia all'ente più vicino ai cittadini, è integrato (e corretto) dal successivo principio di sussidiarietà ("salvo").

Il primo comma dell'articolo 118 Cost. potrebbe, infatti, essere scomposto, a sua volta, in due proposizioni (o commi) indipendenti. La prima espressiva del principio di attribuzione (Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni); l'altra esemplificativa, invece, del principio di sussidiarietà ("Al fine di assicurare l'esercizio unitario di determinate funzioni, queste sono conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato). Anzi, non sarebbe neanche necessario menzionare esplicitamente il principio di sussidiarietà. Lo stesso per i principi di differenziazione e di adeguatezza già nominati nella legge 59 del 1997, relativa alla collocazione delle funzioni amministrative.

8) La sussidiarietà si presenta come mera enunciazione di *principio procedurale non immediatamente prescrivibile*. Abbiamo visto che un principio per essere applicativo deve trovare seguito in specifiche norme di dettaglio. Ebbene, nel testo costituzionale non sono rinvenibili disposizioni analitiche ed applicative della sussidiarietà. Il legislatore costituzionale non indica neanche i criteri ed i parametri in base ai quali *procedere* all'allocazione delle funzioni amministrative tra i diversi livelli

di governo territoriali. Unici riferimenti costituzionali sono l'adeguatezza e la differenziazione, i quali presentano, a loro una volta, un contenuto indeterminato e variabile in considerazione della dimensione e della tipologia degli interessi coinvolti.

9) Sulla base dell'interpretazione sopra esposta, la sussidiarietà costituisce un *principio politico* piuttosto che giuridico. Infatti, le valutazioni da compiere (la funzione X può essere esercitata in maniera adeguata dal Comune, oppure è necessario l'intervento di livelli di governo superiori? E se sì, quali fra questi livelli deve essere preferito? La Provincia, la Regione o lo Stato? Quali sono gli *standards* di adeguatezza? In cosa esattamente consiste l'esigenza di unitarietà?) sono ampiamente discrezionali. Non a caso la dottrina si riferisce al principio di sussidiarietà in termini di *criterio*, ossia di *valore* che deve orientare le scelte del legislatore nell'allocazione delle funzioni stesse. Conclusione, questa, che pone rilevanti problemi in ordine alla giustiziabilità del principio in questione su cui occorre soffermarsi³⁴⁰.

³⁴⁰ Si accoglie in questa sede la concezione secondo la quale i *principi* sarebbero *regole giuridiche*, ovvero strutture prescrittive assimilabili a *norme*. Essi presenterebbero un *contenuto ampio, generale e non specifico* e necessiterebbero di norme di dettaglio per avere applicazione. In altre parole i principi costituirebbero una classe particolare di norme giuridiche e si differenzierebbero da quelle di dettaglio per i seguenti caratteri: 1) il principio non è formulato, come la norma, ma solo menzionato (si dà, pertanto, per presupposto il contenuto, in quanto si ritiene che una qualsiasi definizione finirebbe per restringerne il contenuto); 2) i principi sono, per lo più, regole *tendenzialmente incondizionate* o a *condizionalità diffusa* (la norma è, invece, una regola strutturata sulla previsione di un evento e sulla prescrizione di un'azione condizionata alla verifica dell'evento stesso); 3) il principio si atteggia, infine, come norma fondante le altre norme senza dovere, a sua volta, essere giustificata (*i principi costituzionali* possono, infatti, essere intesi sia come norme che danno fondamento ad altre norme sia come norme *autoreferenziali*).

I principi possono essere: espressi o *espliciti*, vale a dire formulati in un'apposita disposizione (es.: principio di eguaglianza di cui all'art. 3

2.7. Giustiziabilità del principio di sussidiarietà.

Il problema della giustiziabilità del principio di sussidiarietà è strettamente connesso alla struttura “nomologica” del principio in questione, vale a dire alla sua capacità di tradursi in precetti giuridici immediatamente vincolanti ed in parametri *sufficienti*, in grado di orientare le decisioni del giudice. A tale riguardo, la dottrina distingue, innanzitutto, la sussidiarietà verticale da quella orizzontale, dal momento che le valutazioni della giurisdizione sono di diversa ampiezza a seconda che una questione sia riconducibile al primo o all’ultimo comma dell’articolo 118 Cost.

Più precisamente, nel caso della sussidiarietà orizzontale, secondo una certa dottrina, “non essendo in gioco la distribuzione del potere fra diversi livelli di governo, ma il rapporto tra l’apparato istituzionale pubblico e i soggetti privati, i meccanismi di applicazione e di verifica della sussidiarietà, attinenti più al piano dei diritti che a quello dei rapporti politici, si semplificano fino a diventare più facilmente riconducibili nell’ambito valutativo della giurisdizione³⁴¹.

Cost. o di sussidiarietà di cui all’art. 118 Cost.); inespressi o *impliciti*, non formulati in un’apposita disposizione ma ricavati in via ermeneutica dagli interpreti sulla base di norme di dettaglio (es. : principio di divisione dei poteri che emerge dalla denominazione dei titoli della parte seconda della Costituzione: Parlamento (titolo I), Governo (titolo II), Magistratura (titolo III), e così via). In conclusione, i principi sarebbero strutture giuridiche prescrittive, mentre i valori, riguardando la sfera etico-politica, costituirebbero meri criteri per orientare i comportamenti umani indipendentemente dalla loro rilevanza giuridica (VIGNUDELLI, *Diritto Costituzionale*, cit. 38-77).

³⁴¹ ANTONINI, *Sulla Giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Quad. Cost.* n. 3 del 2003, 635 ss. A tale proposito, l’Autore cita un parere del Consiglio di Stato (sez. n. 1354/2002 del 01.07.02) reso su un

Diversamente, sul versante della sussidiarietà verticale, nonostante i tentativi operati a vari livelli per rendere effettivo tale principio, non si sono ancora avute importanti pronunce. La “timidezza” del Giudice costituzionale si spiega in base alla circostanza che l’ambito del valutativo della sussidiarietà verticale presenta aspetti di così rilevante *complessità*, i quali finiscono per sconfinare nel giudizio di ordine politico e per riguardare la discrezionalità delle scelte del legislatore.

Infatti, la giurisdizione costituzionale di uno Stato quando si trova di fronte all’applicazione di disposizioni come quella prevista dall’art. 118 cost, comma 1 - che ammette l’intervento dello Stato nell’esercizio di funzioni amministrative per *esigenze di unitarietà* - o come quella di cui all’art. 72, cpv 2, GG - che prevede l’intervento della Federazione a certe condizioni tra cui la *garanzia dell’unità del diritto e dell’economia* nell’interesse dello Stato nel suo complesso - o come quella, infine, dell’art. 3 B del Trattato di Maastricht - che legittima la Comunità ad intervenire nella misura in cui gli *obiettivi non possano essere realizzati sufficientemente dagli Stati* - corre il rischio di dovere operare *valutazioni non strettamente giuridiche* che finiscono per eccedere nel merito legislativo³⁴². Eventualità che è stata sempre alla base del c.d *self restraint* del Tribunale Costituzionale Federale e che, allo stesso modo, disorienta anche la Corte costituzionale italiana.

problematico regolamento ministeriale relativo alle fondazioni bancarie sulla base del principio di sussidiarietà orizzontale.

³⁴² ANTONINI, *Sulla Giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale*, cit. 635 ss.

Tanto premesso, il dibattito in ordine alla giustiziabilità del principio di sussidiarietà può essere sintetizzato nelle seguenti due linee di pensiero³⁴³.

La prima impostazione considera la sussidiarietà come un “principio di ordine politico e non anche un’entità normativa da cui discendono precetti giuridicamente vincolanti ed immediatamente giustiziabili”. Conseguentemente, la sussidiarietà non sarebbe mai giustiziabile, ma solo convertibile nel principio giuridico di “leale cooperazione”³⁴⁴.

Il secondo orientamento ritiene, invece, ammissibile la giustiziabilità della sussidiarietà, ma la subordina ad una “procedimentalizzazione” della medesima in diverse fasi operative sindacabili da parte dell’autorità giurisdizionale: istruzione, motivazione dell’intervento sussidiario, creazione di procedure di consultazione dei soggetti interessati, meccanismi di confronto e di controllo, e così via.

In altre parole, in base a quest’ultima impostazione la sussidiarietà sarebbe giustiziabile solo in quanto procedimentalizzata. In caso contrario, essa costituirebbe un parametro “insufficiente”, che “eccede le risorse valutative della giurisdizione”³⁴⁵.

³⁴³ Relativamente alle due impostazioni richiamate nel testo, si veda il saggio di O. CHESSA, *La sussidiarietà (verticale) come “precetto di ottimizzazione” e come criterio ordinatore*, in *Dir.Publ.Com.Eur.* n. 4 del 2002, 1445-1446.

³⁴⁴ In tal senso le tesi di R. BIN, *Le potestà legislative regionali, dalla Bassanini ad oggi*, in A. Ruggeri, G. Silvestri (a cura di), *Le fonti del diritto regionale alla ricerca di una nuova identità*, Giuffrè, Milano, 2001, 138, secondo cui “la sussidiarietà è un concetto di scarso significato giuridico, ma di grande peso politico”, che “diventa giuridicamente rilevante nel momento in cui il programma politico si trasforma in regole ed istituzioni della co-decisione”.

³⁴⁵ L’espressione è di D’Atena, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, cit. 21.

Secondo il Chessa il problema della giustiziabilità o meno della sussidiarietà può essere risolto qualora si intenda tale concetto come “precetto di ottimizzazione”, ossia come una “norma-principio” che, in quanto tale, può essere oggetto di un giudizio di ragionevolezza³⁴⁶.

Secondo il D’Atena il problema della giustiziabilità della sussidiarietà è strettamente connesso “all’articolazione tipologica delle tecniche giuridiche impiegabili per tradurre in termini positivi il principio di sussidiarietà”. Esso riguarda, per la precisione, la questione se “l’articolo 3 B del Trattato di Maastricht possa considerarsi un parametro sufficiente, un parametro in grado di orientare adeguatamente la decisione del giudice” (D’ATENA, *op.ult.cit.* 22).

In particolare l’Autore, riferendosi al caso dell’Unione Europea, ritiene che la c.d. procedimentalizzazione dell’azione comunitaria operata dal protocollo sulla sussidiarietà, allegato al Trattato di Amsterdam, possa dischiudere spazi rilevanti al sindacato giurisdizionale sui vizi formali e, per la precisazione, sull’osservanza o meno da parte della Commissione delle seguenti previsioni: procedere a consultazioni, da cui si può prescindere solo in caso di urgenza e riservatezza; verificare la sussistenza dei presupposti dell’intervento comunitario alla luce dei criteri quantitativi e qualitativi definiti nel Protocollo; obbligo di motivare la decisione nel senso della preferenza dell’intervento comunitario in luogo di quello nazionale. Tuttavia, la procedimentalizzazione può anche consentire il sindacato sui vizi sostanziali, vale a dire sull’esattezza dei dati oggettivi posti alla base della decisione comunitaria, sulla congruenza della decisione finale in relazione agli elementi emersi nell’istruttoria, e così via.

³⁴⁶ Si tratta della Teoria di R. Alexy, il quale, rielaborando un concetto centrale nel pensiero di Ronald Dworkin, così scrive: “I principi sono norme che prescrivono che qualcosa sia realizzato in misura possibilmente elevata in relazione con le possibilità di fatto e di diritto. Ne consegue che i principi sono dei precetti di ottimizzazione. In quanto tali, essi possono essere realizzati in grado differente. La misura prescrittiva di realizzazione dipende dalle possibilità non soltanto di fatto ma anche di diritto. Queste sono determinate mediante regole, ma anche e in modo sostanziale mediante principi opposti (...) Il procedimento che mira alla soluzione di collisioni di principi è il bilanciamento. Principi e bilanciamenti sono due aspetti della stessa cosa. L’uno è di carattere teorico normativo, l’altro di carattere metodologico. Chi opera dei bilanciamenti nell’ambito del diritto presuppone che le norme che sono oggetto di bilanciamento abbiano struttura di principi, e colui che assume le norme come principi deve pervenire a dei bilanciamenti. La disputa relativa alla teoria dei principi, quindi, è sostanzialmente una disputa riguardante il bilanciamento.

Molto diversa si presenta la questione delle regole. Regole sono norme che sempre e soltanto possono essere o adempite o non adempite. Se una regola è in vigore è obbligatorio fare precisamente quanto questa richiede, né di più né di meno. Le regole quindi contengono delle norme nell’ambito

Infatti, solo intendendo la sussidiarietà in questo senso è possibile sfuggire all'alternativa netta fra *sussidiarietà non giustiziabile*, ma solo istituzionalizzabile, e *sussidiarietà giustiziabile in quanto procedimentalizzata*, e ritagliare attorno al principio di sussidiarietà "un'operatività immediata e una giustiziabilità minima che non ha bisogno di essere assorbita da una successiva istituzionalizzazione o tradotta in pratiche da una conseguente procedimentalizzazione".

del possibile tanto di fatto tanto di diritto. Pertanto, esse rappresentano dei precetti definitivi. La forma applicativa delle regole non è il bilanciamento, bensì la sossunzione" (ALEXY, *Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali*, in M. LA TORRE – A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2002, 37-38.).

In merito, poi, al sindacato di ragionevolezza, così scrive l'Autore: "Alcuni considerano il bilanciamento un procedimento soggettivo, irrazionale e incontrollabile. Ma non è così. Esistono delle strutture di bilanciamento razionali. Come ho tentato di illustrare, esse si possono cogliere attraverso i tre principi parziali che compongono il principio di proporzionalità, quindi mediante i principi della idoneità, della necessità e della proporzionalità in senso stretto. Se si procede ad un'analisi sufficientemente avanzata, vengono alla luce precise strutture formali. Il carattere formale di dette strutture implica, a dir il vero, che con il loro aiuto le questioni sostanziali possono risultare razionalmente strutturate, ma non decise meccanicamente.

Io sostengo che la tesi della *ragionevolezza*, nel suo significato più stretto di diritto costituzionale, si identifichi con il principio di proporzionalità. Se questa tesi risultasse giusta, ne deriverebbero due vantaggi: il primo consisterebbe nella possibilità di associare all'idea della ragionevolezza, insieme con i tre principi parziali del principio della proporzionalità, dei chiari criteri di carattere formale. Il secondo consisterebbe nella possibilità di distinguere detti criteri dagli argomenti sostanziali molto differenziati che sono da addursi nel discorso diritto costituzionale nel quadro dell'applicazione del principio di proporzionalità. Il concetto più stretto di diritto costituzionale della ragionevolezza, di conseguenza, non starebbe ad indicare né niente né tutto. Inoltre, sarebbe fattibile metterlo in relazione in modo comodo e trasparente con l'ampio concetto di ragionevolezza, precedentemente abbozzato, concetto che abbraccia tutto ciò che è ragionevole, cosa che lo fa diventare attraente come generale idea guida, ma privo di interesse come strumento di dogmatica giuridica (ALEXY, *Ragionevolezza nel Diritto costituzionale. Otto osservazioni sulla discussione*, in M. LA TORRE – A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2002, 146-157.).

Si tratta di un ambito che, secondo l'Autore, comprenderebbe i seguenti oneri argomentativi:

- a) l'esistenza di un'obiettiva *esigenza unitaria*;
- b) l'*idoneità* dell'intervento derogatorio e sussidiario;
- c) la *necessità* e, di conseguenza, la *non eccessività* dell'intervento rispetto all'obiettivo da raggiungere.

Questo rappresenterebbe, dunque, il "contenuto minimo prescrittivo" del principio di sussidiarietà. Il che non escluderebbe, tuttavia, che possano aggiungersi ulteriori *steps* procedurali che vadano a dilatare i margini di giustiziabilità di tale principio come, ad esempio, la richiesta del consenso dell'ente inferiore secondo una prospettiva di leale collaborazione³⁴⁷.

2.8. Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana e nell'ordinamento comunitario e tedesco.

Giunti a questo punto della nostra ricerca, poniamo a confronto il principio di sussidiarietà previsto dall'articolo 3B del Trattato di Maastrich (c.d. sussidiarietà esterna) e dall'art. 118 Cost. (c.d. sussidiarietà interna).

Come abbiamo visto nella sezione seconda, la sussidiarietà comunitaria prescrive che: "Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene (...) soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono, dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti, dell'azione in

³⁴⁷ CHESSA, *La sussidiarietà (verticale) come "precetto di ottimizzazione" e come criterio ordinatore*, in *Dir.Pubbl.Com.Eur.* n. 4 del 2002, 1446-1447.

questione, essere realizzati meglio a livello comunitario” e che “l’azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente Trattato”.

La sussidiarietà secondo la formulazione dell’articolo 118 Cost. prevede che “le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l’esercizio unitario, siano conferite a Province, Città Metropolitane, regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza”. Dalla lettura di queste due disposizioni emergono le seguenti differenze.

La sussidiarietà c.d. esterna (*id est*, comunitaria) si basa su ciò che il *livello superiore può fare* rispetto a quello inferiore. La sussidiarietà, invece, c.d. interna si fonda su ciò che *spetta al livello inferiore* rispetto a quelli superiori.

Inoltre, secondo la proposizione di cui all’art. 3 B del Trattato di Maastrich il *soggetto agente* è la *Comunità*, ossia il *livello superiore*. Viceversa, in base all’art. 118 Cost. il soggetto della frase è il *Comune*, ovvero il *livello inferiore*.

L’art. 3 B si riferisce, poi, ai poteri attribuiti al livello più alto di governo (la Comunità); l’art. 118 Cost. parla, invece, delle funzioni attribuite al livello più basso di governo (il Comune).

Più precisamente, la Comunità Europea in tanto può svolgere i poteri indicati dall’art. 3 B, in luogo degli Stati membri, in quanto questi ultimi non siano in grado di realizzarli in modo sufficiente; il Comune, a sua volta, in tanto può esercitare funzioni amministrative conferite dall’art. 118 Cost., in quanto i livelli superiori non possano farlo in maniera più adeguata.

La sussidiarietà c.d. esterna e quella c.d. interna sembrerebbero, pertanto, descrivere lo stesso meccanismo da prospettive diverse³⁴⁸. In entrambi i casi, la sussidiarietà si presenta, infatti, come *criterio relazionale* concernente il rapporto fra due o più soggetti.

Più precisamente, nell'ordinamento comunitario la sussidiarietà riguarda il rapporto intercorrente fra la Comunità e i singoli Stati membri; nel nostro ordinamento, l'analogo principio concerne ora i rapporti tra Comuni, Province, Città Metropolitane, Regioni e Stato (c.d. sussidiarietà verticale), ora, invece, i rapporti fra pubblici poteri da una parte e le iniziative dei privati singoli o associati dall'altra (c.d. sussidiarietà orizzontale).

Inoltre, la sussidiarietà c.d. esterna concerne esclusivamente le materie, oggetto di funzione legislativa, mentre quella c.d. interna si riferisce all'allocazione delle sole funzioni amministrative.

La prima presenta una valenza procedimentale, nel senso che la sua applicazione impone il rispetto dei criteri stabiliti dall'Allegato n. 30 al trattato di Amsterdam. Essa non opera come criterio di attribuzione di competenze, ma come principio regolatore del loro mero esercizio³⁴⁹, con la conseguenza che non è possibile invocare il principio di sussidiarietà al fine di alterare la ripartizione formale delle competenze fra singoli Stati membri e Comunità e, quindi, di restringere o di ampliare la sovranità delle nazioni o delle istituzioni comunitarie.

³⁴⁸ CHESSA, *La sussidiarietà (verticale) come "precetto di ottimizzazione" e come criterio ordinatore*, cit. 1442-1443.

³⁴⁹ RINELLA, *Osservazioni in ordine alla ripartizione delle competenze tra Comunità europea e Stati membri alla luce del principio di sussidiarietà*, cit. 432.

La violazione del principio di sussidiarietà c.d. esterna è, infine, soggetto al sindacato di legittimità della Corte di giustizia europea, la quale controlla il rispetto di tale principio tramite le regole applicative, prescritte dall'Allegato *de quo* e facendo, altresì, ricorso alla motivazione dell'atto normativo.

La sussidiarietà c.d. interna costituisce un *principio d'ordine costituzionale*, atteso che essa è prevista dall'art. 118 Cost., primo e ultimo comma.

Come è noto un principio per divenire operativo necessita di regole applicative. Letteralmente la parola principio significa "cominciamento", "inizio". Esso si caratterizza, dunque, per essere dotato di una *portata prescrittiva ampia, generale e non specifica*, la quale trova sviluppo in una successiva normazione di dettaglio³⁵⁰.

Al fine, dunque, di dare attuazione al principio di sussidiarietà, occorrerebbe:

a) individuare il soggetto competente a decidere sulle controversie, quando è invocato il principio *de quo*, confermando o modificando la situazione esistente;

b) indicare i criteri in base ai quali valutare la scelta a favore del soggetto sussidiabile o subsidiario;

c) che il soggetto decidente sviluppasse esaurientemente le proprie argomentazioni su cui fonda la propria decisione in merito al principio di sussidiarietà;

d) che l'atto conclusivo presentasse un'adeguata motivazione scritta in modo da rendere chiaro il percorso argomentativo seguito;

e) che sussista una qualche forma di controllo.

³⁵⁰ VIGNUDELLI, *Diritto Costituzionale*, cit. 67.

Tuttavia, nell'ordinamento nazionale, diversamente da quello comunitario, è assente una disciplina organica che, come quella stabilita nel citato Protocollo, fissi le regole da seguire al fine di valutare se una determinata azione possa essere attratta in sussidiarietà a livello sopra comunale. Conseguenza di ciò è la difficoltà di sottoporre ad un sindacato di stretta costituzionalità dette decisioni, in quanto, non essendo possibile rinvenire, in nessuna normativa, criteri procedurali precisi, cui potere fare riferimento, il pericolo sarebbe quello di eccedere nelle scelte di mera opportunità politica.

Infine, il principio di sussidiarietà, sia nell'ordinamento costituzionale italiano sia in quello tedesco, integra il principio di attribuzione.

Più precisamente: l'articolo 72, comma I, della Legge fondamentale tedesca enuncia il principio secondo cui la Comunità ha competenza legislativa esclusiva solo in determinate materie, con la conseguenza che essa non ha una competenza legislativa generale ma limitata a specifici ambiti stabiliti dalla Costituzione. Il secondo comma di tale disposizione indica, poi, nel principio di sussidiarietà il criterio in base al quale, nelle materie di competenza concorrente, l'esercizio di una determinata competenza può essere spostato dal livello statale a quello comunitario, rendendo, pertanto, il riparto delle competenze stesse meno rigido e più flessibile.

L'articolo 118, comma 1, della Costituzione italiana, allo stesso modo enuncia due principi: il principio di attribuzione, per cui le funzioni amministrative sono attribuite in via generale dalla Costituzione stessa al Comune; ed il principio di

sussidiarietà, il quale, derogando al principio di attribuzione, rende il riparto delle funzioni amministrative più flessibile.

-CAPITOLO 3-

IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ SECONDO L'INTERPRETAZIONE DELLA CORTE COSTITUZIONALE: LA SENTENZA N. 303 DEL 2003

Nei capitoli precedenti abbiamo preso in esame la sussidiarietà come norma giuridica nell'ordinamento statunitense, tedesco, ed, infine, europeo. Relativamente all'ordinamento tedesco ed europeo si è sottolineato che la sussidiarietà si presenta come criterio di esercizio (e non di attribuzione della titolarità) delle competenze legislative non esclusive o concorrenti.

Nella presente sezione abbiamo, poi, analizzato il principio di sussidiarietà secondo la formulazione di cui all'art. 118 Cost. Da tale analisi è emerso che, nell'ordinamento italiano diversamente da quelli stranieri, la sussidiarietà è concepita come criterio di allocazione delle sole funzioni amministrative tra diversi livelli di governo da una parte (c.d. sussidiarietà verticale) e tra il Pubblico ed il privato dall'altra (c.d. sussidiarietà orizzontale). Infatti, il primo comma del citato articolo fa riferimento alla sussidiarietà verticale, secondo cui le funzioni pubbliche devono essere affidate alle istituzioni più prossime ai cittadini; l'ultimo comma si riferisce, viceversa, alla sussidiarietà c.d. orizzontale, in base alla quale la Repubblica deve favorire la libertà di iniziativa dei singoli privati o associati nello svolgimento di funzioni di interesse generale.

In seguito, si è proceduto al confronto fra la sussidiarietà c.d. *interna* e quella c.d. *esterna*, evidenziando le rispettive diversità ed elementi comuni.

A questo punto ci sembra interessante riportare la sentenza della Corte Costituzionale del 1 ottobre 2003, n. 303, la quale offre, infatti, un'interpretazione della sussidiarietà c.d. verticale che si discosta dal significato *statico* di cui all'articolo 118 della nostra Costituzione.

Prima di passare ad analizzare i passaggi più significativi di tale pronuncia, appare opportuno richiamare brevemente l'oggetto del contendere.

La Corte Costituzionale, nella sentenza *de qua*, è chiamata a pronunciarsi sul riparto delle competenze legislative fra Stato e Regioni in materia di *lavori pubblici*. In particolare, essa deve giudicare sulla legittimità costituzionale dell'articolo, impugnato in più commi, della legge 21 dicembre 2001, n. 443 di delega al Governo in materia di infrastruttura, insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive, dell'art. 13 della successiva legge 1 agosto 2002, n. 166, recante alcune modifiche alla legge 443 del 2001, di varie disposizioni del decreto legislativo di attuazione, 20 agosto 2002 n. 190, e dell'intero testo del decreto legislativo 4 settembre 2002, n. 198 pure di attuazione³⁵¹.

³⁵¹ Sentenza della Corte Costituzionale 1 ottobre 2003, n. 303 relativa ai giudizi di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma da 1 a 12 e 14, della legge 21 dicembre 2001, n. 443 (Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive); art. 13, commi 1, 3, 4, 5, 6 e 11, della legge 1 agosto 2002, n. 166, (Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti); degli articoli da 1 a 11, 13 e da 15 a 20 del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190 (Attuazione delle legge 21 dicembre 2001, n. 443, per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale); del decreto legislativo 4 settembre 2002, n. 198 (Disposizioni volte ad accelerare la realizzazione delle infrastrutture di telecomunicazioni strategiche per la modernizzazione e lo sviluppo del Paese, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 21 dicembre 2001, n. 443) ed allegati A, B, C, e D dello stesso decreto legislativo n. 198 del 2002; promossi con ricorsi: della Regione Marche, notificati il 22 febbraio, il 25 ottobre e il 12 novembre 2002, depositati il 28 febbraio, il 31 ottobre e il 18

Il complesso delle suddette disposizioni desumibili dalla legge obiettivo configura l'*iter* procedimentale definito dal legislatore statale per l'individuazione, la localizzazione e la realizzazione delle infrastrutture pubbliche e private e degli insediamenti strategici produttivi di interesse nazionale. L'iniziativa e la conclusione dell'intero procedimento sono affidati al Governo, il quale deve sentire le Regioni al fine di addivenire con queste ad un'*intesa* su tutti gli aspetti più importanti relativi al progetto ed alla realizzazione delle opere stesse³⁵².

Secondo le Regioni ricorrenti, detta normativa deve considerarsi incostituzionale, in quanto viola l'articolo 117 Cost. Di fronte, infatti, alla scomparsa negli elenchi di cui al citato articolo, della materia *viabilità, acquedotti e lavori pubblici di interesse regionale*, la materia dei *lavori pubblici* dovrebbe

novembre 2002, rispettivamente iscritti ai numeri 9, 81 e 86 del registro ricorsi 2002; della Regione Toscana, notificati il 22 febbraio, il 1 e il 24 ottobre, e l'11 novembre 2002, depositati il 1 marzo, il 9 e il 30 ottobre, e il 16 novembre 2002, rispettivamente iscritti ai numeri 11, 68, 79 e 85 del registro ricorsi 2002, della Regione Umbria, notificati il 22 febbraio e l'11 novembre 2002, depositati il 4 marzo e il 19 novembre 2002, rispettivamente iscritti ai numeri 13 e 89 del registro ricorsi 2002; della Provincia autonoma di Trento, notificati il 22 febbraio e il 25 ottobre 2002, depositati il 4 marzo e il 5 novembre 2002, rispettivamente iscritti ai numeri 14 e 83 del registro ricorsi 2002; della Regione Emilia-Romagna, notificati il 23 febbraio e il 12 novembre 2002, depositati il 5 marzo e il 19 novembre 2002, rispettivamente iscritti ai numeri 15 e 88 del registro ricorsi 2002; della Provincia autonoma di Bolzano, notificato il 25 ottobre 2002, depositato il 31 successivo ed iscritto al n. 80 del registro ricorsi del 2002; della regione Campagna, notificato il 12 novembre 2002, depositato il 16 successivo ed iscritto al n. 84 del registro ricorsi del 2002; della regione Basilicata, notificato il 12 novembre 2002, depositato il 19 successivo ed iscritto al n. 87 del registro ricorsi 2002; della regione Lombardia, notificato il 12 novembre 2002, depositato il 21 successivo ed iscritto al n. 90 del registro ricorsi 2002; e del comune di Vercelli, notificato il 12 novembre 2002, depositato il 21 successivo ed iscritto al n. 91 del registro ricorsi 2002.

³⁵² MOSCARINI, *Sussidiarietà e Supremacy Clause sono davvero perfettamente equivalenti?* (Nota a C. Cost. 1 ottobre 2003, n. 303), in *Giur.Cost.* 2003, 2791 ss.

ritenersi di competenza residuale regionale. A questo riguardo, la Consulta ribatte affermando che la materia *lavori pubblici*, nel quadro delineato nel nuovo Titolo V, si trova ad interferire sia con materie, oggetto di potestà legislativa regionale concorrente (governo del territorio, porti, aeroporti civili, grandi reti di trasporto e di navigazione, produzione e trasporto di energia) sia con materie di competenza statale esclusiva (tutela dell'ambiente, concorrenza, ordinamento civile, giurisdizione e norme processuali), con la conseguenza che essa non può ritenersi di competenza residuale regionale³⁵³.

In tale pronuncia, il Giudice delle leggi osserva, inoltre, che, sebbene il nuovo Titolo V abbia definito un netto riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni, non è possibile escludere *a priori* l'esistenza di una clausola di flessibilità di detto riparto alla strega della c.d. *Supremacy clause* dell'ordinamento nordamericano o della c.d. *Konkurriende Gesetzgebung* dell'ordinamento tedesco. Clausola che, secondo la Corte, sarebbe rinvenibile non più nel limite dell'interesse nazionale, non menzionato nel nuovo testo costituzionale, ma nel principio di sussidiarietà³⁵⁴, il quale, infatti, pur riguardando l'allocazione delle funzioni amministrative, finisce inevitabilmente per incidere anche sulla distribuzione delle competenze legislative³⁵⁵.

³⁵³ *Idem*, 2791 ss.

³⁵⁴ DE MARCO (a cura di), *Problemi attuali della sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2005, 51-52.

³⁵⁵ cfr.: punto 2.1. del considerato in diritto: " (...) il nuovo articolo 117 Cost. distribuisce le competenze legislative in base ad uno schema imperniato sulla enumerazione delle competenze statale; con un rovesciamento completo della previdente tecnica del riparto sono ora affidate alle Regioni, oltre alle funzioni concorrenti, le funzioni legislative residuali.

Più precisamente, la Consulta osserva che nel nuovo Titolo V della Costituzione non sussiste più il principio di parallelismo fra funzione amministrativa e funzione legislativa, nel senso che la prima non si determina a partire dalla seconda, ma in base al meccanismo flessibile della sussidiarietà, specificato dai principi di adeguatezza e di differenziazione.

Alla luce di quanto sopra esposto, il Giudice delle leggi arriva alla conclusione che lo spostamento dell'esercizio di determinate funzioni amministrative dalla Regione allo Stato, operato in base ai principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione, comporta che, in forza del *principio di legalità*, anche la relativa disciplina legislativa sia dettata dalla legislazione nazionale e non regionale, e ciò a prescindere

In questo quadro, limitare l'attività unificante dello Stato alle sole materie espressamente attribuitegli in potestà esclusiva o alla determinazione dei principi nelle materie di potestà concorrente, come postulato le ricorrenti, significherebbe bensì circondare le competenze legislative di garanzie ferree, ma vorrebbe anche dire svalutare oltremisura istanze unitarie che pure in assetti costituzionali fortemente pervasi dal pluralismo istituzionale giustificano, a determinate condizioni, una deroga alla normale ripartizione delle competenze (basti pensare al riguardo alla legislazione concorrente dell'ordinamento costituzionale tedesco - *konkurrierende Gesetzgebung* - o alla clausola di supremazia nel sistema federale statunitense - *Supremacy Clause* -).

Anche nel nostro ordinamento sono presenti congegni volti a rendere più flessibile un disegno che, in ambiti nei quali coesistono, intrecciate, attribuzioni e funzioni diverse, rischierebbe di vanificare, per l'ampia articolazione delle competenze, istanze di unificazione presenti nei più svariati contesti di vita, le quali sul piano dei principi giuridici, trovano sostegno nella proclamazione di unità e indivisibilità della Repubblica. Un elemento di flessibilità è indubbiamente contenuto nell'art. 118, primo comma, Cost. il quale si riferisce esplicitamente alle funzioni amministrative, ma introduce per queste un meccanismo dinamico che finisce per rendere meno rigida la stessa distribuzione delle competenze legislative, là dove prevede che le funzioni amministrative, generalmente attribuite ai Comuni, possano essere allocate ad un livello di governo diverso, per assicurarne l'esercizio unitario, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza (...) ma se è comprovata una attitudine ascensionale deve allora concludersi che, quando l'istanza di esercizio trascende anche l'ambito regionale, la funzione amministrativa può essere esercitata dallo stato. Ciò non può restare senza conseguenze sull'esercizio delle funzioni legislative (...).

dall'ordine di riparto delle competenze così come delineato dall'articolo 117 Cost³⁵⁶.

Dal tenore di tale decisione non è chiaro se lo "spostamento" di competenza possa riguardare soltanto le materie, oggetto di potestà legislativa concorrente o, anche, quelle residuali regionali. In proposito, il D'Atena ritiene che le funzioni amministrative non potrebbero essere attinte da materie rientranti nella competenza residuale delle Regioni. In questi settori, infatti, la Costituzione, non solo esclude la sussistenza di interessi non frazionabili ed unitari, ma priva anche lo Stato dello strumento per influire sulla potestà legislativa regionale:

³⁵⁶ DE MARCO (a cura di), *Problemi attuali della sussidiarietà*, cit. 51-52.

Sul punto cfr. punto 2. 1 del *considerato in diritto*: (...) il principio di legalità, il quale impone che anche le funzioni assunte per sussidiarietà siano organizzate e regolate dalla legge, conduce logicamente ad escludere che le singole Regioni, con discipline differenziate, possano organizzare e regolare funzioni amministrative attratte a livello nazionale e ad affermare che solo la legge statale possa attendere a un compito siffatto".

Cfr. anche il punto 16 del *considerato in diritto*: "Non può negarsi che l'inversione della tecnica di riparto delle potestà legislative e l'enumerazione tassativa delle competenze dello Stato dovrebbe portare ad escludere la possibilità di dettare norme suppletive statali in materie di legislazione concorrente, e tuttavia una simile lettura dell'art. 117 svaluterebbe la portata precettiva dell'art. 118, comma primo, che consente l'attrazione allo Stato, per sussidiarietà e adeguatezza, delle funzioni amministrative e delle correlative funzioni legislative, come si è già avuto modo di precisare. La disciplina statale di dettaglio a carattere suppletivo determina una temporanea compressione della competenza legislativa regionale che deve ritenersi non irragionevole, finalizzata com'è ad assicurare l'immediato svolgersi di funzioni amministrative che lo Stato ha attratto per soddisfare esigenze unitarie e che non possono essere sottoposte al rischio della ineffettività.

Del resto il principio di cedevolezza affermato dall'impugnato art. 1, comma 5, opera a condizione che tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome interessate sia stata raggiunta l'intesa di cui al comma 1, nella quale si siano concordemente qualificate le opere in cui l'interesse regionale concorre con il preminente interesse nazionale e si sia stabilito in che termini e secondo quali modalità le Regioni e le Province autonome partecipano alle attività di progettazione, affidamento dei lavori e monitoraggio. Si aggiunga che, a ulteriore rafforzamento delle garanzie poste a favore delle Regioni, l'intesa non può essere in contrasto con le normative vigenti, anche regionali, o con le eventuali leggi regionali emanate allo scopo".

la normazione di principio. Diverso sarebbe, invece, il discorso per le materie oggetto di competenza concorrente, in ordine alle quali la sussistenza di interessi unitari è espressamente prevista in Costituzione³⁵⁷.

La Consulta, dunque, nella sentenza *de qua*, attribuisce alla sussidiarietà un significato *dinamico* oltre che *statico*. La sussidiarietà, infatti, secondo l'interpretazione della Corte costituzionale, costituisce un *fattore di flessibilità* che, riguardando l'allocazione delle funzioni amministrative, finisce per rendere il riparto delle competenze stabilito all'art. 117 Cost. meno rigido e, quindi, variabile.

Tuttavia, il principio di sussidiarietà non opera in astratto come aprioristica distribuzione delle competenze legislative, ma come allocazione delle funzioni al livello più adeguato in seguito ad una *valutazione concreta degli interessi* in gioco realizzabile tramite il *meccanismo procedurale dell'intesa* tra lo Stato e le Regioni, in forza del quale la deroga alla Costituzione può essere giustificata (obbligatoria in materia di infrastrutture di cui alla legge delega 21 dicembre 2001, n. 443) sia nella fase dell'individuazione delle opere sia in quella della definizione delle priorità di realizzazione con riferimento alle risorse disponibili³⁵⁸.

³⁵⁷ D'ATENA, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte Costituzionale (Nota a C. Cost. 1 ottobre 2003, n. 303)*, in *Giur.Cost.* 2003, 2778.

³⁵⁸ Cfr. punto 2.2. del *Considerato in diritto*: "Una volta stabilito che, nelle materie di competenza statale e esclusiva o concorrente, in virtù dell'art. 118, comma 1, la legge può attribuire allo Stato funzioni amministrative e riconosciuto che, in ossequio ai canoni fondanti dello Stato di diritto, essa è anche abilitata a organizzarle e regolarle, al fine di renderne l'esercizio permanentemente raffrontabile a un parametro legale, resta da chiarire che i principi di sussidiarietà e di adeguatezza convivono con il normale riparto delle competenze legislative contenuto nel Titolo V e possono giustificare una deroga solo se la valutazione dell'interesse pubblico

In definitiva, il ragionamento della Corte costituzionale può essere sintetizzato nei seguenti passaggi logici³⁵⁹:

a) l'allocazione delle funzioni amministrative a livello statale non è limitata alle materie di competenza esclusiva dello Stato, ma può avere ad oggetto anche materie di competenza concorrente;

sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza alla stregua di uno stretto scrutinio di costituzionalità e sia oggetto di un accordo stipulato con la Regione interessata"

Che dal congiunto disposto degli artt. 117 e 118, comma 1 della Costituzione sia desumibile anche il principio dell'intesa consegue alla peculiare funzione attribuita alla sussidiarietà che si discosta in parte da quella già conosciuta nel nostro diritto di fonte legale. Enunciato nella legge 15 marzo 1997, n. 59 come criterio ispiratore della distribuzione legale delle funzioni amministrative fra lo Stato e gli altri enti territoriali e quindi già operante nella sua dimensione meramente statica, come fondamento di un ordine prestabilito di competenze, quel principio, con la sua incorporazione nel testo della Costituzione, ha visto mutare il proprio significato. Accanto alla primitiva dimensione statica, che si fa evidente nella tendenziale attribuzione della generalità delle funzioni amministrative ai Comuni, è resa, infatti, attiva una vocazione dinamica della sussidiarietà, che consente a questa di operare non più come ratio ispiratrice e fondamento di un ordine di attribuzioni stabilite e predeterminate, ma come fattore di flessibilità di quell'ordine in vista del soddisfacimento di esigenze unitarie.

Ecco dunque dove si fonda una concezione procedimentale e consensuale della sussidiarietà (...) Ciò impone di annettere ai principi di sussidiarietà e adeguatezza una valenza squisitamente procedimentale, poiché l'esigenza di esercizio unitario che consente di attrarre, insieme alla funzione amministrativa, anche quella legislativa, può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo alla presenza di una disciplina che prefiguri un iter in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovvero sia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà".

Ed ancora, cfr. punto 4.1. del *considerato in diritto*: "(...) per giudicare se una legge statale che occupi questo spazio sia invasiva delle attribuzioni regionali o non costituisca invece applicazione dei principi di sussidiarietà e adeguatezza diviene elemento valutativo essenziale la previsione di un'intesa fra lo Stato e le Regioni interessate, alla quale sia subordinata l'operatività della disciplina (...) Chiarito che la Costituzione impone, a salvaguardia delle competenze regionali, che una intesa vi sia, va altresì soggiunto che non è rilevante se essa preceda l'individuazione delle infrastrutture ovvero sia successiva ad una unilaterale attività del Governo. Se dunque tale attività sia stata già posta in essere, essa non vincola la Regione fin quando l'intesa non venga raggiunta".

³⁵⁹ D'ATENA, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte Costituzionale*, cit. 2778.

b) l'assunzione di funzioni amministrative a livello statale comporta l'attrazione della corrispondente potestà legislativa.

c) il principio di sussidiarietà, così come costituzionalizzato all'art. 118 Cost. presenta una valenza dinamica e procedimentale;

d) la valenza procedimentale della sussidiarietà contiene il principio della intesa, in forza del quale l'esercizio di determinate funzioni deve essere oggetto di un accordo fra lo Stato e la Regione interessata.

Da ciò deriverebbe:

a) *Il ripristino del principio del parallelismo fra funzione amministrativa e funzione legislativa, per così dire, "rovesciato".*

L'attrazione a livello statale dell'esercizio di funzioni amministrative per esigenze di carattere unitario "non può restare senza conseguenze sull'esercizio della funzione legislativa" (punto 2.1.). Il rispetto del principio di legalità esige che lo Stato, nel momento in cui attrae a sé una funzione amministrativa, acquisti anche la corrispondente competenza legislativa nella medesima materia anche se quest'ultima spetterebbe alla Regione secondo l'art. 117 Cost.

2) *La giustiziabilità della sussidiarietà.* La valenza procedimentale, riconosciuta alla sussidiarietà, ha come conseguenza quella di ridurre drasticamente l'arbitrarietà nelle decisioni del giudice, mettendo quest'ultimo nella condizione di potere decidere sulla base di parametri e criteri stabiliti. Ad esempio, il ricorso (prescritto dal legislatore e più volte affermato dalla stessa Corte costituzionale in questa sua pronuncia) all'*intesa* fra Stato e Regione, in merito alla necessità che determinate funzioni amministrative (e legislative) siano attratte alla competenza statale, costituisce un elemento valutativo essenziale di cui la

Corte si deve servire per giudicare se una legge statale sia invasiva delle attribuzioni regionali oppure costituisca una mera applicazione del principio di sussidiarietà e di adeguatezza ³⁶⁰.

³⁶⁰ D'ATENA, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte Costituzionale*, cit. 2776 ss.

In merito alla valenza procedimentale della sussidiarietà, il D'Atena osserva che la Corte, in questa sua pronuncia, oscilla tra due configurazioni diverse della procedimentalizzazione: tra una configurazione *dispositiva*, ed una, invece, *sintomatica*. La prima implicherebbe l'emersione di momenti di convenzionalità, vale a dire di "aggiustamenti di tipo transattivo tra lo Stato e le Regioni. La seconda, al contrario, fornirebbe al giudice elementi di valutazione di cui altrimenti egli sarebbe sprovvisto.

Alla *configurazione dispositiva* sarebbe riconducibile il *principio dell'intesa*, secondo cui le decisioni in merito all'attrazione di funzioni amministrative (e legislative) a livello statale dovrebbero essere oggetto di un accordo fra i diversi livelli di governo coinvolti. A tale riguardo, l'Autore cita il punto 2.2. del *considerato in diritto* (nella parte in cui la Corte afferma che deroghe all'ordine costituzionale delle competenze legislative si giustificano solamente se "la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità, e sia oggetto di un accordo stipulato con la regione interessata", essendo il principio dell'intesa desumibile da congiunto disposto degli artt. 117 e 118, comma 1) ed il punto 4.1. del *considerato di diritto* (dove la Corte afferma che "la costituzione impone, a salvaguardia delle competenze regionali, che un'intesa via sia").

Alla *configurazione, invece, sintomatica* sarebbero riconducibili le ripetute affermazioni da parte della Corte del proprio potere di sottoporre al proprio sindacato le allocazioni delle funzioni amministrative operate dal legislatore. In questa prospettiva, l'intesa assumerebbe il ruolo di elemento valutativo essenziale di cui la Corte si deve servire per giudicare se una legge statale sia invasiva delle attribuzioni regionali oppure costituisca una mera applicazione del principio di sussidiarietà e adeguatezza (vedi punto 4.1. del *considerato in diritto* dove si afferma che può verificarsi che: "nell'articolarsi del procedimento, al riscontro concreto delle caratteristiche oggettive dell'opera e dell'organizzazione di persone e mezzi che essa richiede per essere realizzata, la pretesa statale di attrarre in sussidiarietà le funzioni amministrative ad essa relative risulti vanificata, perchè l'interesse sottostante, quale che ne sia la dimensione, possa essere interamente soddisfatto dalla regione, al quale, nel contraddittorio, ispirato al canone di leale collaborazione, che deve instaurarsi con lo Stato non solo allegghi, ma argomenti e dimostri la propria adeguatezza e la propria capacità di svolgere in tutto o in parte la funzione").

Secondo l'Autore, la configurazione sintomatica andrebbe preferita a quella dinamica per due ragioni. Innanzitutto, la sussidiarietà non può essere automaticamente risolta nell'intesa. A tale riguardo non vi sono disposizioni nel testo costituzionale che dimostrino e confermino il

3) *Il superamento del limite della materia.* Alla nozione di materia-oggetto, delineata secondo il modello tradizionale della competenza, la novella costituzionale, ad avviso della Corte, sostituisce quella di materia-non materia, vale a dire di materia come valore o scopo.

Si tratterebbe di veri e propri valori costituzionali, il cui perseguimento inciderebbe su diversi oggetti costituzionali e richiederebbe l'attivazione congiunta di più livelli di potere. In altre parole, le materie elencate all'art. 117 Cost. non costituirebbero un limite oggettivo alla competenza di un soggetto rispetto ad un altro, ma presenterebbero un'efficacia trasversale così da ricomprendere una pluralità di oggetti e di coinvolgere una pluralità di soggetti³⁶¹.

contrario; in secondo luogo, la lettura sintomatica del procedimento costituirebbe uno strumento efficace per rendere la sussidiarietà giustiziabile.

³⁶¹ A tale riguardo cfr. punto 2.2. del considerato in diritto; "La disciplina contenuta nella legge n. 443 del 2001, come quella recata dal decreto legislativo n. 190 del 2002, investe solo materie di potestà statale esclusiva o concorrente ed è quindi estranea alla materia del contendere la questione se i principi di sussidiarietà e adeguatezza permettano di attrarre allo Stato anche competenze legislative residuali delle Regioni. Ed è opportuno chiarire fin d'ora, anche per rendere più agevole il successivo argomentare della presente sentenza, che la mancata inclusione dei "lavori pubblici" nella elencazione dell'art. 117 Cost., diversamente da quanto sostenuto in numerosi ricorsi, non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni. Al contrario, si tratta di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano secondo l'oggetto al quale afferiscono e pertanto possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti".

In merito al superamento del limite della materia vedi anche le sentenze nr. 282 e 407 del 2002, dove la Corte definisce determinate materie ("determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti sull'intero territorio nazionale" e "tutela dell'ambiente") non in senso tecnico, ma come "valori" costituzionalmente protetti che presentano una valenza trasversale in grado di ricomprendere una pluralità di oggetti e di coinvolgere diversi livelli di governo. Si legge espressamente nella motivazione della sentenza n. 407 del 2002 che la materia dell'ambiente costituisce una sorta di materia "trasversale" *in ordine alla quale si*

4) *L'indebolimento del principio della separazione delle competenze statali e regionali.* La presenza di materie finalisticamente orientate (c.d. trasversali) rende i confini fra le competenze, così come ripartite all'art. 117, commi 2 e 3, Cost. sicuramente più flessibili e labili³⁶².

5) *Il superamento del vincolo dell'interesse nazionale.* Come è ben noto, nel sistema precedente, la vecchia clausola del limite dell'interesse nazionale costituiva un presupposto legittimante l'ingresso del legislatore statale in settori di competenza regionale. Per tale motivo la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 177 del 1988, al fine di contenere la capacità espansiva insita in tale clausola, aveva cercato di indicare alcuni criteri di giudizio che avrebbero consentito uno "scrutinio stretto" delle sue ipotesi applicative. Criteri che non differivano sostanzialmente da quelli ora enunciati per lo strumento della sussidiarietà e che consistevano nella:

- ragionevolezza della valutazione dei presupposti (esigenza unitaria e non frazionabile);
- proporzionalità dell'intervento rispetto allo scopo da perseguire.

Tanto premesso, nel sistema costituzionale attuale, constatata la sostanziale identità dei presupposti alla base dei due

manifestano competenze diverse che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale (...).

³⁶² A tale riguardo, il D'Atena rileva che Corte sembrerebbe aderire all'opinione secondo cui, attraverso la previsione di materie trasversali, la "Costituzione non evocherebbe un oggetto sottoposto alla legislazione esclusiva, ma un tipo di competenza distinto dai due espressamente accolti dalla novella costituzionale: la competenza detta esclusiva e la competenza detta concorrente. Un tipo di competenza che (...) potrebbe ritenersi provvisto di non trascurabili punti di contatto con la *Konkurrierende Gesetzgebung* della tradizione federale mitteleuropea (D'ATENA, *La Consulta parla...e la riforma del titolo V entra in vigore (Nota a C. Cost. 26 giugno 2002, n. 282)*, in *Giur.Cost.* n. 2 del 2002, 2027 ss).

strumenti in questione (esigenza unitaria e non frazionabile), non vi sono differenze fra il meccanismo dell'interesse nazionale e quello del principio di sussidiarietà, con la conseguenza che il primo, non più menzionato nel nuovo Titolo V, sarebbe, per così dire, *superato* dal secondo. Infatti, l'unica possibile differenza fra il sistema costituzionale precedente e quello odierno è rappresentata dalla *valenza procedimentale e consensuale* caratterizzante la sussidiarietà³⁶³.

6) *Il riconoscimento del principio della leale collaborazione*³⁶⁴. La mobilità del meccanismo in questione richiederebbe una particolare attività concertativa e collaborativa fra lo Stato e le Regioni interessate che dovrebbe concludersi nel raggiungimento di un'intesa fra i soggetti pubblici coinvolti.

³⁶³ AZON, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*, (Nota a C. Cost. 1 ottobre 2003, n. 303), in *Giur.Cost.* n. 3 del 2003, 2783 ss.

³⁶⁴ In proposito, alcuni studiosi hanno addirittura parlato di "costituzionalizzazione" del principio di leale collaborazione (MOSCARINI, *Sussidiarietà e Supremacy Clause sono davvero perfettamente equivalenti?* cit. 2791 e ss.) Tuttavia, manca nel testo costituzionale qualsiasi riferimento esplicito al principio di "leale collaborazione", quale criterio generale relativo ai rapporti fra Stato e Regioni, ma solo ipotesi particolari (art. 116, comma 3, Cost.; art. 118, comma 3, Cost.; art. 120, ultimo comma, Cost., art. 119, commi 2 e 3, Cost.). La "leale collaborazione" è, infatti, un principio di creazione dottrinale (AZON, *"Leale collaborazione" fra Stato e Regioni, modalità applicative e controllo di costituzionalità*, in *Giur.Cost.*, 1998) e giurisprudenziale, definito dalla stessa Corte costituzionale fin dalle sue prime pronunce (1985) come *criterio in grado di permettere la coesistenza di poteri statali e regionali inevitabilmente connessi fra loro* (es.: sentenza 242/1997: il principio di leale collaborazione <<deve governare i rapporti tra Stato e Regioni nelle materie e in relazione alle attività in cui le rispettive competenze concorrano o si intersechino, imponendo un contemperamento dei rispettivi interessi (...) Tale regola, espressione del principio costituzionale fondamentale per cui la Repubblica, nella salvaguardia della sua unità, "riconosce e promuove la autonomie locali", alle cui esigenze "adeguа i principi e i metodi della sua legislazione" (art. 5 Cost.) va al di là del mero riparto costituzionale delle competenze per materia ed opera dunque su tutto l'arco delle relazioni istituzionali tra St. e Reg., senza che a tale proposito assumа rilievo diretto la distinzione fra competenze esclusive, ripartite o integrative, o fra competenze amministrative proprie e delegate >>).

In altre parole, ad avviso della Corte la necessità della collaborazione tra Stato e Regione sarebbe, per così dire, insita nello stesso concetto di sussidiarietà, inteso come criterio di flessibilità dell'ordine di competenze al fine di tutelare esigenze unitarie e non frazionabili (In questa ottica, la Corte non considera incostituzionale la disciplina del procedimento di individuazione delle "grandi opere" da inserire nel programma governativo - art. 1, comma 1, l. 442 del 2001 e succ.mod.- nonché delle opere di preminente interesse nazionale in cui l'interesse regionale è concorrente e di quelle di interesse interregionale o internazionale di cui all'art. 1, comma 1, D.Lgs. n. 190 del 2002. Il consenso delle singole Regioni è, poi, richiesto anche per l'approvazione dei progetti preliminari e definitivi delle opere da ottenere in sede CIPE integrato dai Presidenti delle Regioni, i quali devono gestire la realizzazione delle "grandi opere".)³⁶⁵.

Per quanto riguarda l'intesa, si è opportunamente osservato in dottrina³⁶⁶ che la Corte Costituzionale nella sentenza *de qua* non sempre la considera indispensabile, tant'è che in alcune ipotesi la Consulta ammette anche la semplice "audizione" della Regione interessata³⁶⁷. Inoltre, non sempre l'intesa presenta la

³⁶⁵ AZON, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborative tra Stato e Regioni*, cit. 2782 ss.

³⁶⁶ *Ibidem*.

³⁶⁷ Cfr. punto 20 del considerato in diritto: Le Regioni Toscana e Marche impugnano l'art. 2, comma 5, il quale prevede che per la nomina di commissari straordinari incaricati di seguire l'andamento delle opere aventi carattere interregionale o internazionale debbano essere sentiti i Presidenti delle regioni interessate. Le ricorrenti lamentano la violazione degli artt. 117 e 118 Cost. e del principio di leale collaborazione, che, a loro giudizio, imporrebbe il coinvolgimento della regione nella forma della intesa.

La questione non è fondata.

La disposizione impugnata, infatti, prevede una forma di vigilanza sull'esercizio di funzioni che, in quanto assunte per sussidiarietà, sono

medesima "forza", nel senso che in alcuni casi la sua mancanza comporta l'inefficacia del programma della Regione interessata (c.d. intesa forte o fortissima), in altri, invece, il dissenso della Regione stessa è, comunque, superabile tramite particolari procedimenti (c.d. intesa in senso debole).

Il principio dell'intesa invocato dalla Consulta appare, dunque, sicuramente molto più problematico di quanto potrebbe sembrare in un primo momento. Allo stesso modo, emergono molte incertezze in ordine al rapporto fra principio di sussidiarietà e principio di leale collaborazione.

Più precisamente, la Corte costituzionale sembrerebbe in diverse parti della propria pronuncia considerare il principio della collaborazione come necessaria implicazione di quello di sussidiarietà inteso in senso procedurale. Anzi, nei punti 2.2 e 4.1 della sentenza *de qua*, il Giudice delle Leggi richiede la *codecisione* a pena di inefficacia della disciplina statale sulle funzioni assunte in sussidiarietà³⁶⁸. A tale riguardo, la dottrina

qualificabili come statali, e non vi è alcuna prescrizione costituzionale dalla quale possa desumersi che il livello di collaborazione regionale debba consistere in una vera e propria intesa, anziché, come previsto per le opere interregionali e internazionali, nella audizione dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome in sede di nomina del commissario straordinario.

³⁶⁸ Cfr. punto 2.1 del *considerato in diritto*, "(...) Ciò impone di annettere ai principi di sussidiarietà e adeguatezza una valenza squisitamente procedimentale, poiché l'esigenza di esercizio unitario che consente di attrarre, insieme alla funzione amministrativa, anche quella legislativa, può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un iter in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovvero sia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà".

Cfr. punto 4.1 del *considerato in diritto*: "(...) per giudicare se una legge statale che occupi questo spazio sia invasiva delle attribuzioni regionali o non costituisca invece applicazione del principio di sussidiarietà e adeguatezza diviene elemento valutativo essenziale la previsione di una intesa fra lo Stato e le Regioni interessate, alla quale sia subordinata l'operatività della disciplina. Nella specie l'intesa è prevista ed a questa è da ritenersi che il legislatore abbia voluto subordinare l'efficacia stessa

rileva che detta corrispondenza fra principio di sussidiarietà e di collaborazione non è affatto prevista come necessaria nel nostro ordinamento. Anche nell'ordinamento comunitario, l'introduzione del principio di sussidiarietà non ha comportato alcuna *gestione concordata* di esso, ma soltanto una procedimentalizzazione delle attività delle istituzioni comunitarie. Lo stesso dicasi per l'ordinamento federale tedesco, dove il meccanismo della *Konkurrirende Gesetzgebung* non prevede assolutamente forme generalizzate di cooperazione tra *Bund* e *Länder*³⁶⁹.

della regolamentazione delle infrastrutture e degli insediamenti contenuta nel programma di cui all'impugnato comma 1 dell'art. 1. Nel congegno sottostante all'art. 118 Cost. l'attrazione allo Stato di funzioni amministrative da regolare con legge non è giustificabile solo invocando l'interesse a un esercizio centralizzato nella sua reale consistenza e quindi commisurata all'esigenza di coinvolgere i soggetti titolari delle attribuzioni attratte, salvaguardandone la posizione costituzionale. Ben può darsi che nell'articolarsi del procedimento, al riscontro concreto delle caratteristiche oggettive dell'opera e dell'organizzazione di persone e mezzi che essa richiede per essere realizzata, la pretesa statale di attrarre in sussidiarietà le funzioni amministrative ad essa relative risulti vanificata, perché l'interesse sottostante, quale che ne sia la dimensione, possa essere interamente soddisfatto dalla Regione, la quale, nel contraddittorio, ispirato al canone di leale collaborazione, che deve instaurarsi con lo Stato, non solo alleggi, ma argomenti e dimostri la propria adeguatezza e la propria capacità di svolgere in tutto o in parte la funzione.

L'esigenza costituzionale che la sussidiarietà non operi come aprioristica modificazione delle competenze regionali in astratto, ma come metodo per l'allocatione di funzioni a livello più adeguato, risulta dunque appagata dalla disposizione impugnata nella sua attuale formulazione.

Chiarito che la Costituzione impone, a salvaguardia delle competenze regionali, che un'intesa via sia, va altresì soggiunto che non è rilevante se essa preceda l'individuazione delle infrastrutture ovvero sia successiva ad un'unilaterale attività del Governo. Se dunque tale attività sia stata già posta in essere, essa non vincola la regione fin quando l'intesa non venga raggiunta (...)"

³⁶⁹ AZON, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborative tra Stato e Regioni*, cit. 2782 ss. In particolare, cfr. 2787-2788: "Il fatto che il principio di sussidiarietà nella sua vocazione "dinamica" sia quello di leale collaborazione trovino il loro presupposto in un regime di tendenziale integrazione, piuttosto che di netta separazione di competenza, non significa che essi debbano coincidere. Concettualmente nulla impedisce che dalla sede "preferita", perché più vicina ai cittadini, le

Alla luce di quanto sopra emerge che la previsione dinamica della sussidiarietà non implica che essa debba coincidere con la collaborazione. L'attrazione, infatti, di funzioni amministrative dal livello più vicino ai cittadini a quello più elevato può avvenire anche unilateralmente, ossia per scelta dei soli livelli superiori senza alcun intervento da parte dei livelli considerati inadeguati. In altri termini, il principio di leale collaborazione deve considerarsi un principio autonomo rispetto a quello di sussidiarietà.

La Corte, invece, come rilevato in dottrina, in questa sua pronuncia si limita a dedurre il principio di collaborazione da quello di sussidiarietà, e non fa alcun riferimento ad un possibile suo diverso fondamento costituzionale. Anzi, essa finisce per ridurre la valenza procedimentale del principio di sussidiarietà alla sola presenza di pratiche "concertative" e di "cooperazione orizzontale" che considera requisiti di legittimità della legge stessa³⁷⁰.

In conclusione, la Corte Costituzionale in questa sua decisione riconosce l'esistenza di una *clausola di flessibilità* del riparto delle competenze legislative stabilito dall'articolo 117 Cost. Lo Stato, infatti, nel riappropriarsi di funzioni

attribuzioni si spostino in via sussidiaria verso livelli di governo più elevati per scelta unilaterale di questi ultimi, titolari del compito di perseguire gli interessi e gli obiettivi di cui appare necessaria la gestione unitaria nell'ambito corrispondente, né che questa gestione unitaria debba essere necessariamente concordata con i titolari originari delle funzioni al livello considerato inadeguato. Insomma, il *subsidiium* può essere di per sé realizzato unilateralmente senza che per questo esso cessi di essere tale, tanto più poi, quando risulti oggetto di un compito costituzionale. Il principio di leale collaborazione dunque deve considerarsi un principio autonomo rispetto a quello di sussidiarietà e deve trovare altrove la sua fonte e la sua garanzia.

³⁷⁰ *Ibidem*.

amministrative per esigenze di tutela di interessi unitari e non frazionabili in base all'art. 118, comma 1, Cost. acquista anche la corrispondente potestà legislativa nelle medesime materie al fine di organizzare e disciplinare le funzioni *de quibus*. Appare evidente che detto *modus operandi* della sussidiarietà non può non riflettersi sulla rigidità della Costituzione e, dunque, sull'operare del criterio di competenza. Questo sarà, pertanto, l'oggetto del capitolo seguente.

-CAPITOLO 4-

LA COMPETENZA COME CRITERIO ORDINATORE DEL SISTEMA DELLE FONTI

Nel capitolo precedente abbiamo analizzato il significato del principio di sussidiarietà nel sistema costituzionale italiano.

Da tale esame abbia concluso che il nuovo titolo V della Costituzione sembrerebbe accogliere una nozione meramente *statica e procedurale* della sussidiarietà: statica, atteso che la sussidiarietà concernerebbe unicamente l'allocazione delle funzioni amministrative a livello più adeguato e non anche quelle legislative stabilite dall'art. 117 Cost. Il principio di sussidiarietà, nella versione di cui all'art. 118, comma 2, Cost. non potrebbe, quindi, essere utilizzato per modificare il riparto delle competenze legislative definito dall'articolo 117 Cost. ma solo per distribuire compiti amministrativi sottraendoli all'ente titolare, il Comune, e conferendoli al livello di governo in grado di svolgerli in maniera soddisfacente. Procedurale, perché non sono rinvenibili nel testo costituzionale disposizioni che definiscano la sussidiarietà, con la conseguenza che non sarebbe possibile *dire* una volta per tutte che cosa essa sia, ma solo predisporre delle *regole applicative*, le quali, a loro volta, non sono precisate nel nostro testo costituzionale.

Secondo, invece, l'orientamento interpretativo seguito dalla Corte Costituzionale a partire dalla sentenza "capostipite" n. 303 del 1 ottobre 2003, "accanto alla primitiva dimensione statica, che si fa evidente nella tendenziale attribuzione della

generalità delle funzioni amministrative ai Comuni (la dimensione politica della sussidiarietà) è resa, infatti, attiva una vocazione dinamica della sussidiarietà, che consente ad essa di operare non più come ratio ispiratrice e fondamento di un ordine di attribuzioni stabilite e predeterminate, ma come fattore di flessibilità di quell'ordine in vista del soddisfacimento di esigenze unitarie"³⁷¹.

In altre parole, la Corte Costituzionale parrebbe considerare la sussidiarietà come principio dinamico in grado di modificare il riparto delle competenze legislative stabilito *a priori* dall'art. 117 Cost. nel caso in cui il livello di governo statale, attraendo l'esercizio di funzioni amministrative in una determinata materia, debba anche, in ossequio al principio di legalità, dettarvi la corrispondente disciplina normativa.

In conclusione, per il legislatore costituzionale, la sussidiarietà riguarda unicamente la distribuzione delle funzioni amministrative e non potrebbe mai incidere su quelle legislative di cui all'art. 117 Cost. Viceversa, secondo la Consulta il rispetto del principio di legalità legittimerebbe lo Stato, che attrae a sé l'esercizio di funzioni amministrative relative ad un certo ambito, a dettarvi anche la disciplina legislativa, nonostante che si tratti di una materia non presente nell'elenco di cui ai commi 2 e 3 dell'articolo 117 Cost. e quindi, riservata alla potestà normativa delle Regioni.

È ovvio che, concepita in questo senso, la sussidiarietà non può non incidere in modo notevole sull'operare del criterio della competenza, inteso come principio di attribuzione di determinate funzioni in certe materie a soggetti ben individuati.

³⁷¹ Cfr. punto n. 2.2 del *considerato in diritto* della sentenza 1 ottobre 2003, n. 303.

Appare, pertanto, opportuno, al fine di dimostrare quanto ci eravamo posti in premessa, vale a dire che la sussidiarietà non può modificare il riparto delle competenze legislative stabilito dall'articolo 117 Cost. soffermarsi sull'analisi del principio di competenza.

Si procederà, pertanto nel seguente modo: si effettuerà una preliminare ricostruzione del percorso storico e teorico che ha portato alla progressiva emersione del principio di competenza, concepito *sia* come criterio di risoluzione delle antinomie e, quindi, di selezione della norma validamente applicabile al caso concreto, *sia* come principio ordinatore del sistema delle fonti alla stregua del tradizionale criterio gerarchico. In particolare, si analizzerà il pensiero di autori, come lo Zanobini, che hanno scritto in regime di Costituzione flessibile, e di studiosi, invece, come il Crisafulli, l'Esposito ed il Modugno, che si sono occupati dell'argomento in questione dopo l'avvento della Costituzione repubblicana.

Dopo avere evidenziato i diversi significati attribuibili alla competenza (competenza per separazione, concorso vincolato, concorso libero) ed i relativi aspetti strutturali, si delineeranno gli elementi di continuità e di profonda cesura intercorrenti fra principio di sussidiarietà e principio di competenza.

4. 1. L'emergere della competenza in regime di costituzione flessibile: il pensiero di Guido Zanobini

Profilo storico-politico di riferimento

La dottrina maggioritaria ritiene che la competenza sia una categoria sorta in regime di costituzione rigida, mediante

l'introduzione, nel testo costituzionale di rango super-primario di norme sulla produzione, capaci di creare autonome aree di normazione affidate a determinate fonti³⁷².

Più precisamente, si tende a ricondurre il criterio della competenza ai seguenti concetti:

- il superamento del principio settecentesco della divisione dei poteri;
- l'avvento della Costituzione rigida nel sistema delle fonti;
- l'istituzione della Corte Costituzionale, quale organo chiamato a sindacare sulla legittimità delle leggi e degli atti equiparati;
- la crisi del primato della legge, quale atto a competenza illimitata generale ed astratto;
- la storicità della *lex posterior*;
- l'assorbimento della forza nel valore di legge.

Tuttavia, la discussione intorno al criterio della competenza era già iniziata in regime di Costituzione flessibile, quando la legge era considerata la fonte creatrice o distributiva delle competenze. Appare, pertanto, opportuno ripercorrere rapidamente le riflessioni della dottrina italiana in materia di competenza e di fonti in generale; riflessioni che, come vedremo, finiscono inevitabilmente per toccare problematiche di teoria del diritto, quali il ruolo della legge, della Costituzione e del pluralismo.

È, infatti, opinione diffusa in dottrina che "pluralità" e "pluralismo" (pluralismo degli ordinamenti; pluralismo "coorporativista"; pluralismo "istituzionale", nel senso della articolazione della Repubblica in enti territoriali autonomi; pluralismo "culturale") siano le vie attraverso le quali la

³⁷² MOSCARINI, *Competenza e Sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 125-126.

competenza, come criterio o principio ordinatore del sistema delle fonti, si è formata nella nostra esperienza, tenuto conto del fatto che solo con la Costituzione repubblicana del 1948 le autonomie territoriali sono state riconosciute e che solo a partire dagli 70 si è dato avvio al primo processo di regionalizzazione³⁷³.

Prenderemo, pertanto, in esame il pensiero di autori come Zanobini, Crisafulli, Esposito e Modugno, i quali si sono dedicati allo studio dei criteri ordinatori del sistema delle fonti. Appare, tuttavia, ragionevole illustrare, prima di tutto e nel modo più breve possibile, il quadro storico-politico degli 20 e 30 del Novecento in cui devono essere inserite tali personalità. La necessità, infatti, di risalire a questo periodo nasce dal fatto che molte delle chiavi interpretative relative a tematiche fondamentali come la competenza, le modalità di rapporto fra fonti primarie e fonti secondarie, sono spiegabili solo alla luce dei rispettivi contesti in cui esse si sono sviluppate.

L'orizzonte europeo degli anni 20 e 30 del Novecento era caratterizzato dal fenomeno, allora ampiamente diffuso, della crisi dell'assetto delle fonti, dovuta principalmente ai sempre maggiori ed ampi conferimenti di potestà normative dal legislativo all'esecutivo.

Le deleghe di potere normativo dal legislativo all'esecutivo accomunavano sia paesi di lunga esperienza di parlamentarismo (come la Francia della III Repubblica), sia paesi, invece, che

³⁷³ NICCOLAI, *Delegificazione e principio di competenza*, Cedam, Padova, 2001, 70-71.

giunsero a forme di governo di questo tipo solo nel primo dopoguerra (come la Germania di Weimar)³⁷⁴.

In particolare, nella Germania di Weimar si riteneva che “le attribuzioni all’esecutivo del potere di disporre in sostituzione del legislativo” dovessero ritenersi delle deleghe legislative vere e proprie, le quali richiedevano la previa emanazione di una legge di abilitazione approvata dalla maggioranza richiesta per le leggi costituzionali. In altri termini, secondo la dottrina tedesca di quel tempo, il Parlamento per concedere “deleghe” all’esecutivo doveva utilizzare *leggi di rango costituzionale*.

In Francia, invece, le leggi attributive di poteri normativi all’esecutivo non erano considerate in contraddizione con il tradizionale impianto costituzionale basato sulla supremazia della legge stessa e sulla “esecutività” delle potestà normative del Governo, atteso che anche l’operare sulla base di una legge di attribuzione significava, in qualche modo, “eseguire” una legge³⁷⁵.

Le due ricostruzioni sopra esposte apparivano, dunque, volte a difendere l’una (quella tedesca) la legalità costituzionale,

³⁷⁴ In questo periodo trova le sue origini il fenomeno denominato “delegificazione”. Come è noto, lo stesso termine *delegalisation* indicava nella Francia della III Repubblica l’ipotesi di *decrets-loi* adottati dall’esecutivo in deroga alle leggi vigenti, sulla base di una *loi d’habilitation*.

Si precisa, inoltre, che la Francia della III Repubblica e la Germania di Weimar, pur essendo entrambe rubricate sotto la forma di Governo Parlamentare, queste rappresentavano due realtà diversissime: la prima (Francia) esprimeva l’“onnipotenza parlamentare” del parlamentarismo, la seconda (Germania), al contrario, si presentava come modello del parlamentarismo razionalizzato (NICCOLAI, *Delegificazione e principio di competenza*, cit. 74-75).

³⁷⁵ Si tratta della teoria di Carrè De Malberg, il quale di fronte al fenomeno, allora molto diffuso, di “leggi attributive di poteri normativi dell’esecutivo estesi e persino illimitati”, sosteneva che la legge potesse operare in tale senso, atteso che anche operare sulla base di una legge delega significava eseguire una legge (CARRÈ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l’Etat*, Paris, 1920, I, 581).

l'altra (quella francese) l'onnipotenza della legge³⁷⁶. Di conseguenza, mentre nella Germania di Weimar la delega di poteri all'esecutivo veniva considerata una degenerazione del potere legislativo e, quindi, costituzionalmente illegittima, in Francia, invece, la superiorità della legge veniva mantenuta in base all'argomentazione che essa poteva anche disciplinare la competenza delle altre fonti. In altri termini, prendeva forma in questo periodo una diversa concezione di legge come "norma sulla normazione", che il potere esecutivo era tenuto ad applicare. In questo modo, il legislativo manteneva "formalmente" la propria posizione di *puissance souveraine* e l'esecutivo quella di *puissance subalterne*³⁷⁷.

L'attitudine della legge a *normare* sulla normazione caratterizzava, pertanto, la cultura francese di quegli anni, secondo cui tutti gli atti normativi, ed in particolare quelli dell'esecutivo, erano dipendenti dalla legge stessa. Viceversa, in Germania vigeva la profonda convinzione che le facoltà dell'esecutivo fossero totalmente indipendenti da quelle del legislativo. L'area riservata alla legge era, infatti, costruita in termini di "competenza"³⁷⁸. In Francia, inoltre, la superiorità

³⁷⁶ Più precisamente, le deleghe al Governo iniziarono nella Germania di Weimar già nel '19. Esse, però, si accentuarono a partire dal 1930, quando, con il primo "gabinetto presidenziale" formato da Hindenburg, iniziò il declino di Weimar. Infatti, fra il 1920 e 1928 la coalizione di Weimar, con la partecipazione dei socialdemocratici, era profondamente lacerata e politicamente divisa, a causa di diversi problemi interni e di politica estera, oltre che al terrificante processo inflazionistico che caratterizzava l'economia tedesca in quegli anni.

In Francia, dopo il primo conflitto mondiale, si instaurò il Governo forte e autoritario di Clemenceau (1917), il quale limitò l'onnipotenza parlamentare e rafforzò l'autorità del Presidente della Repubblica (NICCOLAI, *Delegificazione e principio di competenza*, cit. 78-799).

³⁷⁷ NICCOLAI, *Delegificazione e principio di competenza*, cit. 78-79.

³⁷⁸ *Idem*, 80-81.

In tal senso si ricorda la ricostruzione fatta da Sergio Fois in materia di riserva di legge: "Il potere dell'esecutivo doveva ritenersi non già fondato

della legge si spiegava in base alla idea che essa era in grado di disporre sulla normazione; diversamente, in Germania detta superiorità si giustificava grazie alla *vis abrogans* che la legge stessa rivestiva nei confronti degli altri atti normativi, ed in base al proprio contenuto normativo.

L'Italia, nel torno d'anni che stiamo considerando, sperimentò anche essa il fenomeno, caratterizzante tutti i paesi occidentali dopo la seconda guerra mondiale, dell'attribuzione di sempre più poteri all'organo esecutivo; fenomeno che ebbe come conseguenza anzi il tentativo di ricercare nuovi strumenti normativi più flessibili rispetto alla legge ed in grado di rispondere più efficacemente alle esigenze dell'epoca³⁷⁹.

sulla legge, bensì soltanto limitato – ed in maniera che può considerarsi estrinseca – da questa suddetta “riserva di legge”. (...) A favore dell'esecutivo monarchico, in ragione della sua posizione preminente da un lato, e dall'altro in ragione del carattere delimitato della sfera riservata alla legge, esisteva una presunzione di competenza in forza della quale si riteneva dovessero spettare all'esecutivo, nei casi dubbi tutti, i poteri che l'ordinamento esplicitamente non gli negasse” (FOIS, *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, Giuffrè, Milano, 1963).

³⁷⁹ Così scriveva Tosato nell'introduzione del suo libro su *Le leggi di delegazione*, Padova, 1931, 1 -2: “L'esercizio della funzione legislativa sta spostandosi sempre più decisamente e accentuatamente dall'organo cui spetta come competenza normale e principale. E ciò avviene non soltanto sotto la pressione del potere esecutivo, che tenderà sempre a sostituirsi al potere legislativo, ma, anche, e ciò è molto più grave e sintomatico, per acquiescenza stessa del potere legislativo, che non solo assiste senza reazione alla penetrazione, e spesso si potrebbe dire anche, invasione del potere esecutivo nella sfera riservata alla propria competenza, ma di frequente l'asseconda mediante leggi di delegazione. Queste determinano l'estensione della potestà normativa del Governo per volontà stessa del potere legislativo. È evidente come sotto questo profilo la delegazione legislativa non possa non suscitare la più viva attenzione e, spesso, anche la più viva preoccupazione. Essa si presenta, infatti, difficilmente conciliabile con quelli che si considerano i principi fondamentali dello stato moderno: il principio della divisione dei poteri, e il principio che le leggi sono espressione della volontà di coloro che devono rispettarle, e dei loro diretti rappresentanti”.

In questa prospettiva, si cominciò a contestare il dogma secondo cui il Parlamento era l'unico titolare del potere legislativo. In particolare, si sosteneva che tale principio fosse solo una conseguenza storica dell'affermarsi della classe borghese come classe dirigente e che, in realtà, il potere esecutivo detenesse già da diverso tempo funzioni normative a prescindere da una delega specifica in tal senso. La distinzione, infatti, fra il legiferare in astratto ed il disporre in concreto concerneva solamente il diverso atteggiarsi della funzione normativa unitariamente considerata³⁸⁰.

Nella seconda metà degli anni '20, il comportamento "costituente" della legge si manifestò con l'approvazione della legge n. 100 del 1926 sulle potestà normative dell'esecutivo.

È opinione condivisa in dottrina³⁸¹ che la legge n. 100 del 1926 segnò il definitivo superamento del principio di divisione dei poteri e la dissociazione fra *forma* e *forza* degli atti normativi, vale dire fra efficacia formale ed efficacia materiale dell'atto: la legge perse progressivamente la centralità che rivestiva un tempo all'interno del sistema delle fonti a vantaggio del potere normativo dell'Esecutivo, il quale, invece, vide aumentare le proprie competenze normative in virtù di frequenti attribuzioni da parte del Parlamento stesso. La delega legislativa da strumento eccezionale divenne, dunque, normale mezzo di esercizio della funzione normativa e di integrazione e cooperazione di quella statale tipica degli ordinamenti parlamentari³⁸².

³⁸⁰ MOSCARINI, *Competenza e Sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 128.

³⁸¹ NICCOLAI, *Delegificazione e principio di competenza*, cit. 86-89.

³⁸² In merito al fenomeno del conferimento di deleghe dal Parlamento al Governo in regime di Costituzione flessibile, vedi PACE, *La causa della rigidità costituzionale*, Cedam, Padova, 1996, 14 ss.

In questo periodo si assistette, infine, ad un ulteriore fenomeno culturale che pose in crisi il classico sistema normativo: la scoperta della pluralità delle fonti dell'ordinamento giuridico positivo di cui Santi Romano fu uno dei maggiori interpreti³⁸³.

Guido Zanobini

In questo clima di profondo cambiamento si deve inserire il pensiero dello Zanobini in merito al principio di competenza quale criterio ordinatore delle fonti in concorso con quello gerarchico.

In Zanobini ritroviamo, innanzitutto, il motivo romaniano della pluralità delle fonti e della complessità dell'ordinamento giuridico: pluralità delle fonti, nel senso che la *fonte* indica una notevole varietà di atti e di fatti con proprie caratteristiche e concorrenti tutti alla formazione dell'ordinamento giuridico; complessità dell'ordinamento giuridico, in quanto ogni potestà normativa trova causa in un'*autonomia*, ossia in un'attribuzione di competenza conferita dalla legge stessa, la quale continua, pertanto, a rimanere al centro del sistema ed a svolgere una fondamentale funzione unificante del medesimo³⁸⁴.

³⁸³ Santi Romano, nella sua opera *L'ordinamento giuridico*, intende l'ordinamento giuridico in senso composito, ossia come espressione di una pluralità di centri di interesse superando, pertanto, la relativa concezione classica e liberale. Come rilevato in dottrina, l'Istituzionalismo di Santi Romano si presenta essenzialmente come antiprescrittivo. L'Autore, infatti, in conformità alla sua lettura pluralistica delle fonti ed alla sua concezione articolata della società, ritiene che il diritto non si esaurisca in quello di provenienza statale, ma che trovi anzi nella consuetudine la sua fonte principale. Egli pone, pertanto, accanto al diritto statutale la consuetudine quale fonte autonoma di diritto soggettivo, in grado di limitare l'estensione della competenza legislativa (NICCOLAI, *Delegificazione e principio di competenza*, cit. 100-101).

³⁸⁴ NICCOLAI, *Delegificazione e principio di competenza*, cit. 108-109.

L'Attenzione dell'Autore nei confronti dell'*autonomia* porta quest'ultimo a costruire il sistema delle fonti non solo in base al criterio gerarchico, ma ricorrendo anche a quello della competenza. Zanobini scompone, infatti, il sistema delle fonti in un *insieme di sottosistemi*, ognuno dei quali è retto da norme che sono primarie rispetto al proprio sottosistema, e legate, invece, da rapporti di superiorità/inferiorità con le norme degli altri sottosistemi³⁸⁵.

In particolare, secondo l'Autore i rapporti intercorrenti fra le fonti di un determinato ordinamento giuridico positivo possono essere essenzialmente di due tipi:

- a) superiorità e prevalenza di una fonte sulle altre;
- b) equiordinazione ed equivalenza³⁸⁶.

In merito, lo Zanobini così scrive in *Gerarchia e parità tra le fonti*: "Ogni potestà normativa nasce da un'autonomia; accanto alla legge, espressione unica della volontà generale e perciò della sovranità dello stato, vi sono le fonti poste da altre "istituzioni di stato", o di "altre istituzioni pubbliche" dotate di personalità, che possono limitare la loro efficacia entro l'ambito della rispettiva organizzazione (...) oppure estendere i loro effetti ai soggetti estranei, facendo parte, in tal modo, dell'ordinamento particolare dell'istituzione e di quello generale dello Stato (ZANOBINI, *Gerarchia e parità tra le fonti*, in *Studi in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1939, 301)

³⁸⁵ Zanobini preferisce usare l'espressione "superiorità" in luogo di quella di "primarietà", in quanto, mentre la "primarietà" si riferisce alla attività normativa posta in essere da una fonte, la "superiorità", invece, riguarda la capacità di una certa fonte di offrire il fondamento di validità delle altre fonti e di delimitarne il contenuto normativo. In questa prospettiva, secondo l'autore, "superiore" è la legge, ma "primario" può essere, ad esempio, il regolamento indipendente. Infatti, la legge rispetto al regolamento indipendente è superiore, ma non è primaria nell'ambito riservato quest'ultimo.

³⁸⁶ Secondo l'impostazione di una determinata dottrina, il sistema delle fonti si articola in tre tipi di rapporti: a) quello fra fonti gerarchicamente ordinate; b) quello fra fonti equivalenti; c) quello, infine, fra fonti in rapporto di gerarchia "invertito".

Il caso delle fonti gerarchicamente ordinate, il quale ricorre, quando una fonte è superiore e prevalente rispetto alle altre, caratterizza, ad esempio il rapporto intercorrente fra legge e regolamento o, per dirla con Zanobini, fra *legge formale* e *legge materiale*. La legge, infatti, può sostituire o modificare il regolamento, ma non viceversa. Esso si articola nei seguenti casi: a) il caso delle fonti gerarchicamente competenti nella stessa materia

Relativamente ai rapporti del primo tipo (superiorità o prevalenza), secondo l'Autore si possono verificare due ipotesi. Nella prima, la fonte superiore regola interamente la materia e lascia alla fonte inferiore la mera normazione di dettaglio e di esecuzione di leggi; nella seconda, si realizza una separazione di competenza fra i due livelli. Tuttavia, in quest'ultimo caso, trattandosi di un rapporto fra norma superiore e norma inferiore, mentre la norma inferiore non può superare il limite della propria competenza, quella superiore è, invece, abilitata ad invadere settori non propri.

Viceversa, in ordine ai rapporti del secondo tipo (equiordinazione ed equivalenza), occorre rifarsi ad una fonte "terza" da cui le altre fonti traevano la propria legittimazione. La fonte terza in regime di Costituzione flessibile non può non

(legge e regolamento esecutivo), per cui la fonte superiore assume il carattere di norma primaria in grado di disciplinare la materia in piena autonomia legislativa e discrezionalità; b) il caso di fonti gerarchicamente ordinate, ma competenti in materie diverse e separate (ad es.: regolamenti indipendenti e regolamenti delegati) per cui "ciascuna delle fonti può regolare la materia di rispettiva competenza con norme primarie e indipendenti", mentre ogni reciproca interferenza è esclusa. Ne deriva che la regola generale secondo cui la legge formale è superiore a quella materiale (regolamento) si specifica nel senso che essa può dare luogo a due tipi di rapporti: primarietà/secondarietà (legge e regolamento esecutivo) o primarietà/primarietà (legge e regolamento indipendente) a seconda che vi siano o no materie riservate alla competenza di una determinata fonte.

Casi, invece, di gerarchia invertita ricorrono quando atti di legislazione materiale (e cioè atti normativi non provenienti dall'organo legislativo) si trovano in una posizione di prevalenza rispetto ad atti della legislazione formale. Più precisamente, le leggi di diritto pubblico, le quali in linea di principio non possono essere sostituite da atti di autonomia privata, in certe circostanze possono essere modificate da fonti che hanno efficacia limitata, per lo spazio e per le istituzioni cui si riferiscono: gli statuti e i regolamenti particolari degli enti autonomi, i quali "possono, in alcuni casi, derogare alle leggi: ciò si verifica, quando la legge, in modo espresso, ammette tale deroga, assumendo valore di legge dispositiva, rispetto a questa autonomia pubblica degli enti minori, come spesso avviene delle leggi civili rispetto all'autonomia privata dei singoli" (NICCOLAI, *Delegificazione e principio di competenza*, cit. 110 ss).

essere che la legge ordinaria, la quale rimane il fondamento di tutti i sottosistemi ed espressione della sovranità dello Stato³⁸⁷. La legge ordinaria conferisce, infatti, valore alle norme delle altre istituzioni: leggi delegate, decreti legge emessi dal potere esecutivo ex art. 3, n. 2 l. 100/1926, bandi emanati dai comandi militari in tempi di guerra, ordinanze delle autorità civili in caso di pericolo pubblico, regolamenti indipendenti, e così via.

Infine, il concorso di più fonti sulla stessa materia non si traduce in un rapporto di separazione fra norma primaria e secondaria, ma di equiordinazione fra più fonti normative. Di

³⁸⁷ In merito alla c.d. pluralità di fonti normative, vedi ZANOBINI in *Gerarchia e parità tra fonti*, in *Studi in onore di S. Romano*, cit. 300: “è noto che la parola “fonte” nel significato più comunemente accolto, non si identifica in un’unica figura giuridica, ma comprende una notevole varietà di atti e fatti, aventi ciascuno proprie caratteristiche e concorrenti tutti alla formazione dell’ordinamento (...). Soltanto le Carte costituzionali del secolo XVIII sembrano avere voluto unificare tutte le fonti nella “legge”, espressione unica della volontà generale e perciò della sovranità dello Stato”.

Per quanto riguarda, la centralità della legge formale quale fonte “terza” da cui le altre norme traggono il loro valore, vedi ZANOBINI, *Gerarchia e parità fra fonti*, cit. 307: “Quella che dicesi legge formale rappresenta l’espressione della volontà dello Stato, come istituzione unitaria e superiore a tutte quelle particolari che lo compongono. Gli atti di queste ultime non valgono se non in quanto la legge loro lo attribuisce; mentre la legge è espressione della volontà dello Stato, le norme delle altre istituzioni rappresentano l’esercizio di una semplice autonomia, derivante dalla legge e sempre a questa subordinata”.

Lo schema concettuale elaborato dallo Zanobini nel 1939 non subisce rilevanti modifiche nell’opera successiva *La gerarchia delle fonti nel nuovo ordinamento* del 1949, fatta eccezione per qualche adattamento in seguito all’avvento della Costituzione rigida. L’Autore ribadisce, inoltre, il suo medesimo pensiero anche in altri saggi tra cui *Caratteri particolari della autonomia del 1931 e Autonomia pubblica e privata* del 1950 dove lo Zanobini evidenzia che: “Elemento in comune alle due forme di autonomia concerne i rapporti degli atti, che in base ad esse vengono formati, con la volontà della legge. L’autonomia, in ogni caso, è l’effetto di una limitazione che la legge impone a se stessa: tale limitazione può consistere o in un’astensione del legislatore dal dettar norme in una data zona, che in conseguenza può essere disciplinata, da soggetti pubblici o privati, mediante l’esercizio della loro autonomia; oppure mediante statuizione da parte del legislatore di norme puramente dispositive, di norme cioè che egli stesso consente che possano essere sostituite da norme o negozi basati sull’autonomia dei privati o delle autorità”.

conseguenza, l'eventuale conflitto fra tali fonti è risolvibile sulla base del criterio cronologico. Al contrario, in caso di separazione fra determinate fonti normative poste sullo stesso livello, qualunque sconfinamento dà luogo ad un giudizio di invalidità.

In definitiva, secondo l'Autore la competenza costituisce un criterio di risoluzione dei conflitti fra norme emanate da diverse fonti normative equiordinate, ma separate, nel senso che la legge ritaglia per ciascuna di queste il suo ambito di intervento.

Detta impostazione è esemplificativa della circostanza che lo Zanolini ritiene che la legge formale possa creare una fonte a sé equiordinata, eventualità la cui negazione costituirà, invece, come vedremo nel prosieguo, il caposaldo fondamentale dell'intera costruzione crisafulliana. La fonte superiore può recuperare il proprio spazio, solo ritirando la volontà di essere dispositiva, e non semplicemente ri-occupando la materia già lasciata ad altra fonte.

La premessa da cui muove lo Zanolini è data dall'esistenza di diversi tipi di interessi, di cui ciascuna fonte è espressione³⁸⁸. Ogni materia deve, pertanto, essere regolata dalla fonte competente, con la conseguenza che la legge formale può riservare a fonti più adatte la disciplina della materia stessa.

³⁸⁸ NICCOLAI, *Delegificazione e principio di competenza*, cit. 112.

In particolare, così scrive lo Zanolini in *Gerarchia e parità tra le fonti*: "Si potrebbe configurare il diritto come costituito da tre sfere concentriche: la prima, relativa agli interessi essenziali dello Stato, posta unicamente dallo Stato stesso nella sua funzione legislativa generale; la seconda, relativa a interessi pubblici meno essenziali, e non identici in tutto l'ordinamento, posta dalle varie istituzioni pubbliche di esso, e solo sussidiariamente dalla legislazione generale; la terza, relativa a interessi esclusivamente propri dei singoli, posta dai medesimi e solo in via sussidiaria dalla legislazione generale" (ZANOLINI, *Gerarchia e parità fra fonti*, in *Studi in onore di S. Romano*, vol. I, Padova, 1939, 316).

Alla luce di quanto sopra esposto, si evince che lo Zanobini non riconduce la stabilità delle competenze al carattere gerarchicamente superiore della norma che le attribuisce, ma alla natura degli interessi. In altri termini, l'Autore concepisce la competenza in senso sostanziale nascente da, e consistente in un legame, istituito dall'ordinamento, tra determinate categorie di soggetti, ed un ambito di questioni, rapporti, materie, che li implica.

Si tratta, dunque, di una dimensione della competenza istituzionalistica piuttosto che normativistica, in quanto per l'Autore ciò che viene in primo piano non è tanto la norma che crea la competenza, quanto il soggetto che la esercita in funzione degli interessi materiali che esso rappresentava. Ed in funzione del soggetto chiamato ad esercitare una determinata competenza, lo Zanobini distingue fra competenza sempre revocabile e competenza condizionatamente revocabile: la prima, relativa alla potestà normativa del Governo; la seconda, concernente il potere normativo delle Autonomie.

È chiaro che nel pensiero dell'Autore il concetto di competenza non coincide automaticamente con quello di riserva: vi è una competenza che non è riserva (quella del Governo) e una competenza che invece in qualche misura si atteggia come riserva. Il concetto di riserva, infatti, viene in rilievo in base non alla norma sulla competenza, ma al carattere sostanziale degli interessi coinvolti³⁸⁹.

³⁸⁹ *Idem*, 114-115.

In particolare, nello scritto *Gerarchia e parità tra le fonti*, lo Zanobini imposta una gerarchia (Costituzione e Leggi costituzionali cui tutte le altre fonti sono subordinate; legge ordinaria e atti equiparati, ossia atti legislativi e decreti legge; regolamenti statali; statuti, regolamenti, consuetudini e ogni altra manifestazione di autonomia, leggi regionali) molto labile per la presenza di fonti di autonomia.

In definitiva, Zanobini utilizza la nozione di competenza in tre diversi modi:

- a) competenza come riserva;
- b) competenza creata da una norma di rango legislativo;
- c) competenza riconosciuta a fonti di autonomia.

Il primo tipo di competenza (competenza come riserva) si ha quando una *fonte terza*, gerarchicamente superiore, ritaglia a favore di una determinata fonte un settore particolare di intervento che non poteva essere validamente violato.

La competenza creata da una norma di rango legislativo è quasi sempre revocabile tranne che si tratti di riconoscimento di fonti di autonomia. In quest'ultima ipotesi, la competenza si atteggia come riserva, nel senso che la legge impone a se stessa

In merito alla legge regionale, l'Autore così si esprime: "La subordinazione delle leggi regionali (i corsivi sono miei) è soltanto parziale, in quanto esse sono vincolate dai principi fondamentali delle leggi ordinarie, ma sono sciolte da ogni limite per la statuizione dei bisogni particolari in relazione ai bisogni delle singole regioni". Di conseguenza, la subordinazione delle leggi materiali a quelli formali ha un'estensione decrescente, nel senso che essa diminuisce passando dai regolamenti statali alle norme autonome in genere ed, infine, alle norme autonome delle Regioni.

L'Autore precisa anche che: "Fra le tre categorie delle leggi materiali non passa necessariamente rapporto di gerarchia: regolamenti statali, norme autonome e leggi regionali sono, ciascuno per proprio conto, subordinati alle leggi, ma fra loro separati ed indipendenti. La subordinazione delle norme autonome ai regolamenti statali si verifica solo per quanto riguarda i regolamenti esecutivi: dovendo tali norme non essere in contrasto con le leggi, è pure escluso che possano contrastare coi regolamenti emanati per la loro esecuzione.

Rispetto ai regolamenti indipendenti, l'autonomia non solo non incontra limitazioni, ma è giuridicamente garantita da ogni eventuale sconfinamento di quelli, e rappresenta perciò un limite alla facoltà di regolamentare del potere esecutivo. Le leggi regionali sono, rispetto ai regolamenti, assolutamente indipendenti: anzi, in quelle parti in cui esse sono vincolate alle leggi, la loro posizione risulta superiore a quella dei regolamenti, e di ogni altra legge in senso materiale" (ZANOBINI, *Gerarchia e parità fra fonti*, cit. 383-390).

dei limiti che sono vincolanti ed inviolabili (es.: statuti e regolamenti particolari)³⁹⁰.

Già in Zanobini comincia a delinarsi il concetto di competenza come limite, nonostante che l'Autore si trovi a scrivere in regime di Costituzione flessibile, ossia in un clima privo di quelle garanzie che una Carta costituzionale rigida e la presenza di un organo di giustizia offrono.

L'autonomia, infatti, costituisce una limitazione che la legge impone a se stessa, la quale può consistere: o in un'astensione del legislatore dal dettare norme in un determinato settore (il quale poteva, dunque, essere disciplinato da altri soggetti pubblici o privati mediante l'esercizio della loro autonomia), o in una statuizione da parte del legislatore di norme dispositive e, quindi, sostituibili da norme o negozi fondati sull'autonomia dei privati o delle autorità³⁹¹.

³⁹⁰ Come evidenziato da un'autorevole dottrina, la competenza creata da una norma di legge revocabile e quella riconosciuta alle autonomie sono espressione della contaminazione fra una visione istituzionalistica ed una, invece, normativistica dell'ordinamento giuridico. Più precisamente, si è rilevato che l'idea di una fonte attributiva di una competenza ad un'altra è tipica della concezione normativistica. Il riferimento, invece, alla qualità degli interessi, in base ai quali si è attribuita una certa competenza ad una determinata fonte, rientra nella visione istituzionalistica (NICCOLAI, *Delegificazione e principio di competenza*, cit. 121-122).

³⁹¹ ZANOBINI, *Autonomia pubblica e privata*, in *Studi in onore di F Carnelutti*, Padova, 1950, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1955, 393.

4. 2. *La competenza in regime di Costituzione rigida: il pensiero di Vezio Crisafulli, di Carlo Esposito e di Franco Modugno.*

Vezio Crisafulli

Come si evince chiaramente dall'analisi del pensiero dello Zanobini, la competenza era considerata, già in regime di Costituzione flessibile, quale elemento espressione del pluralismo normativo e fattore di ordine della complessità del sistema delle fonti.

La dottrina concorda nel ritenere che l'introduzione della Costituzione del 1948 conferisca a detto criterio la garanzia della rigidità, atteso che essa rese le competenze costituzionalmente attribuite non più disponibili da parte del legislatore statale ed istituì un'apposita sede istituzionale (*id est*, la Corte Costituzionale) per la risoluzione delle eventuali controversie che potevano sorgere sulla attribuzione di poteri fra Stato e Regioni.³⁹²

La legge perse, dunque, la centralità e la sovranità che aveva nel sistema precedente. Essa era, infatti, subordinata alla Costituzione stessa, la quale "ritagliava" spazi di autonomia a favore di determinati soggetti ed enti territoriali.

A tale riguardo, si è osservato che l'avvento della Costituzione rigida non significò solo l'introduzione di una norma gerarchicamente sovraordinata rispetto alle altre, ma funzionò anche e soprattutto quale "norma sulla produzione" posta in diretto contatto con ciascuna fonte "di produzione", conferitaria di un determinato ambito di competenza.

³⁹² MOSCARINI, *Competenza e Sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 138.

La concezione secondo la quale il sistema delle fonti normative sarebbe ordinato in base, non solo al criterio della gerarchia, ma anche a quello della competenza e garantito dalla rigidità della Carta costituzionale e dal controllo della Corte costituzionale, trova la sua compiuta espressione nel pensiero del Crisafulli. Questi muove dalla constatazione che l'ordinamento giuridico statale è costituito da una *molteplicità di norme, prodotte in tempi diversi da fonti diverse*.

Egli considera l'*inesauribilità* essenziale al concetto stesso di fonte, la quale rappresenta, infatti, il congegno traverso cui naturalmente si realizza il "ricambio" delle norme, in aderenza al mutarsi delle esigenze sociali. L'*inesauribilità* delle fonti implica, però, che le norme da queste prodotte possano configgere fra loro. Il Crisafulli, dunque, ritiene *possibili le antinomie* ed individua le *norme costituzionali* (esplicite o implicite) volte ad eliminarle, nei seguenti criteri: cronologico, gerarchico e di *competenza*³⁹³.

³⁹³ Così scrive Crisafulli: "L'ordinamento giuridico statale, nel suo aspetto normativo (di diritto oggettivo), risulta, dunque, costituito da una *molteplicità di norme*, prodotte in tempi diversi da fonti diverse. Pluralità di fonti esiste, d'altronde, in qualsiasi ordinamento, anche se a struttura elementarissima; esisterebbe persino in un ordinamento nel quale i fatti di produzione giuridica si riducessero – al limite – a quelli di un solo tipo, poiché la potenzialità innovativa ad essi riconosciuta è – per definizione – inesauribile e il medesimo tipo è quindi suscettibile di realizzarsi concretamente in un numero indefinito di volte. In altri termini, la *inesauribilità* è essenziale al concetto stesso di fonte, per la medesima ragione per la quale il diritto oggettivo non si risolve in uno statico complesso di norme (immutabili) fissato una volta per sempre, ma è organizzato in un continuo divenire, sintesi di *jus conditum* e *jus condendum*; e le fonti costituiscono, appunto, il congegno traverso cui "naturalmente" si realizza il ricambio delle norme, in aderenza al mutarsi delle esigenze sociali, entro l'unità dinamica dell'ordinamento normativo nella sua dimensione temporale (...). L'*inesauribilità* delle fonti implica, però, necessariamente, che *le norme da esse necessariamente prodotte possano divergere e configgere tra loro*, se non altro – per restare nell'ambito dell'ipotesi più semplice, di fonti di un solo tipo e dunque omogenee – per essere state poste in momenti diversi e in relazione a esigenze diverse. Negli ordinamenti più

Più precisamente, l'Autore intende per *atto normativo qualsiasi manifestazione di volontà giuridica*, compreso il negozio giuridico e la sentenza³⁹⁴. Tra questi atti normativi il Crisafulli distingue, poi, quelli che l'ordinamento giuridico considera fonti di produzione. Infatti, secondo l'Autore, il concetto di fonte deve essere inteso come concetto mediano fra la *norma sulla normazione* e la *norma prodotta*, vale a dire come fattispecie della norma sulla produzione.

In altre parole, non sussiste una corrispondenza totale tra norma sulla produzione e norma superiore *da un lato*, e norma - prodotto e norma inferiore *dall'altro*. L'unità del sistema non dipende esclusivamente dalla mera successione di leggi nel

complessi, dove la *molteplicità delle fonti è qualitativa* oltre che temporale (come è appunto il caso dell'attuale nostro ordinamento), la possibilità di norme configgenti diventa – ovviamente – ancora maggiore, specie se i diversi tipi di fonti abbiano idoneità a creare diritto sulle stesse materie (siano, cioè, concorrenti). Ma se *antinomie sono possibili* (ed anzi, nella evoluzione temporale dell'ordinamento, inevitabili), è pur vero d'altro lato devono essere composte e risolte, affinché l'ordinamento sia veramente tale, come la parola esprime: *ordine*, sistema regolatore coerente ed unitario, e non coacervo informe di norme tra loro contrastanti (...). Natura sostanzialmente costituzionale deve, pertanto, essere riconosciuta anche alle norme – scritte e non scritte ma desumibili dall'ordinamento positivo – rivolte a comporre ed eliminare le antinomie, designando i criteri da seguirsi a tal fine, nonché l'ordine o, per così dire, la graduatoria tra i criteri stessi. I quali, nel nostro ordinamento si riassumono nelle figure seguenti: a) criterio <<cronologico>> (lex posterior derogat priori: principio limitato, di regole, dall'altro della <<irretroattività>> delle leggi, e che risulta spesso temperato – in pratica – dalla prevalenza accordata alla norma anteriore, se <<speciale>>, nei confronti di quella successiva, <<generale>>); b) criterio <<gerarchico>> (per cui la norma di fonte superiore prevale sulla norma di fonte collocata in situazione subordinata); c) criterio della <<competenza>> (per cui non tutte le fonti hanno la medesima sfera, territoriale o materiale, di valida efficacia) (CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1984, 178-180).

³⁹⁴ CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enc.Dir.* 1959, 238 ss. In particolare, vedi pag. 251: "È inevitabile peraltro che ad una tale dilatazione della figura dell'atto normativo si accompagni una sorta di rarefazione di essa, con la conseguente necessità di fare poi oggetto specifico di indagine, entro il tipo più generale, una determinata classe di atti, i quali presentano, in diritto positivo, caratteri propri e particolari, proponendo una problematica che non potrebbe estendersi puramente e semplicemente a tutti gli atti normativi in senso ampio".

tempo e dall'applicazione del criterio gerarchico³⁹⁵. La Costituzione riconosce l'esistenza di altre fonti dotate di autonomia di rango primario e, quindi, poste sullo stesso piano della legge, con la conseguenza che è impossibile ordinare il sistema delle fonti sulla base del solo criterio gerarchico e della forza formale di legge.

Innanzitutto, non è rintracciabile nel testo costituzionale un'univoca concezione di forza formale della legge³⁹⁶. Infatti, nello schema originario la <<forza di legge>> significava: dal lato attivo, l'idoneità della legge ad innovare senza limiti al diritto oggettivo, abrogando qualunque norma anteriormente

³⁹⁵ Così si esprime il Crisafulli: "L'unità dell'ordinamento non è un <<dato>> bell'è pronto, ma una conquista sempre rinnovatasi, un risultato da conseguire all'atto dell'applicazione del diritto, al quale si perviene necessariamente, passando attraverso l'interpretazione: delle disposizioni da applicare, delle disposizioni prescriventi i modi di risoluzione delle antinomie, delle stesse disposizioni sull'interpretazione del diritto oggettivo e delle sue fonti. Se è vero, pertanto, in linea di principio, che, per ogni oggetto, la norma validamente applicabile dev'essere una sola ed avere un solo significato, è anche vero che possono aversi – in astratto – e si danno effettivamente – in pratica – diverse e discordanti ricostruzioni dell'unità dell'ordinamento, quindi diverse possibili soluzioni delle antinomie che in questo si manifestino, in funzione del diverso significato attribuibile alle varie norme (CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 182).

³⁹⁶ CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv.Trim.Dir. Pubbl.* 1960, 775 ss. in particolare 785: "L'assolutezza della formula in cui si esprime la forza formale della legge viene allora opportunamente temperata con la riserva in apparenza modesta che la capacità creativa di diritto della legge si arresta soltanto nei confronti delle fonti di ordine costituzionale. Ma è una rettifica, questa, che in realtà ha un valore decisivo sulla teoria delle fonti, rivelandosi suscettibile di dissolvere dall'interno lo stesso sistema gerarchico solitamente ripetuto ed insegnato".

Ed ancora, sempre in merito alla forza formale di legge: "La forza è forza solo formale, perché prescinde dal contenuto che di volta in volta l'atto può assumere e che è indifferentemente variabile ad arbitrio del legislatore, per riconnettersi all'atto in quanto tale, in quanto promanante da quelle autorità, anziché da altre, e attraverso quel certo procedimento e in quella forma tipica che è la forma della legge. La legge è allora l'atto che ha tanta forza, da poter abrogare qualunque altro atto e da non poter venir meno, all'inverso, se non per effetto dell'emanazione di un'altra legge, ovvero di un atto cui sia, eccezionalmente, riconosciuta la stessa forza".

prodotta; dal lato passivo, la capacità di resistere alla abrogazione da parte di norme prodotte da una fonte diversa dalla legge.

Con l'avvento della Costituzione del 1948 è stata introdotta una <<forma legale costituzionale>> distinta e superiore rispetto alla <<forma legale ordinaria>>, vale a dire un sistema a Costituzione <<rigida>>, anziché <<flessibile>>, il quale rappresenta sicuramente un *elemento di perturbazione dello schema gerarchico tradizionale*. Per prima cosa, questo si complica, in quanto si arricchisce di un grado ulteriore consistente nella *relazione tra la Costituzione e le altre leggi c.d. ordinarie*, le quali continuano a rimanere, comunque, sovraordinate rispetto alle fonti di tipo regolamentare.

Più precisamente, secondo il Crisafulli “la subordinazione della legge formale alle norme di fonte costituzionale comporta altresì la possibilità:

a) che la stessa legge formale incontri limiti (negativi) di materia, atteggiandosi in tali casi in rapporto di <<separazione>>, e non già di prevalenza, nei confronti delle fonti esclusivamente autorizzate – invece – a regolare gli oggetti che sono ad essa sottratti;

b) che l'aspetto attivo e l'aspetto passivo della forza della legge (o altre fonti) anziché corrispondere l'uno all'altro, vengano tra loro dissociati e sottoposti a regimi giuridici differenziati;

c) che l'idoneità delle fonti di un certo tipo, comprese le stesse leggi formali ordinarie, a incidere su determinate materie sia costituzionalmente subordinata a specifici e particolari

requisiti, diversi e ulteriori rispetto a quelli condizionanti, in genere, la validità delle fonti in esso rientranti”³⁹⁷.

Le ipotesi *b)* e *c)* rappresentano esempi di fonti normative c.d. atipiche, le quali costituiscono casi di divergenza tra la posizione che occupano nel sistema determinate fonti e norme e quella che sarebbe propria, del tipo generale cui esse andrebbero ricondotte³⁹⁸.

Il sistema, poi, si fa ulteriormente più complicato, quando le funzioni legislative sono ripartite fra diversi livelli di governo (Stato e Regioni), come è il caso italiano, il quale conosce, accanto alle leggi formali dello Stato, anche quelle delle Regioni e delle Province autonome di Trento e Bolzano.

In definitiva: la comune subordinazione di tutte le fonti, a cominciare dalla stessa legge formale, alla Costituzione rigida comporta – secondo il Crisafulli- che i tradizionali criteri di risoluzione delle antinomie (criterio gerarchico e criterio cronologico) siano insufficienti: il criterio gerarchico, in quanto non riesce a spiegare la sussistenza di fonti normative equiordinate e separate; il criterio cronologico a causa della presenza di fonti normative “atipiche” o “rinforzate”³⁹⁹.

³⁹⁷ CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit. 205.

³⁹⁸ *Idem*, 206-207.

³⁹⁹ Le leggi atipiche “rinforzate” o “rinforzate” sono esemplificative del fenomeno di de-tipizzazione della legge. A tale riguardo, il Crisafulli scrive che: “Nel quadro della comune impostazione, infatti, i soli principi generali che possono tenersi fermi, concernono: la subordinazione delle leggi formali, e degli atti equiparati, alla Costituzione e alle leggi costituzionali; nonché la subordinazione (della maggior parte) delle fonti regolamentari alle leggi statali e regionali. Ma questi due generalissimi criteri, rispettivamente, della <<preferenza>> di legge costituzionale e della preferenza di legge formale sono di per sé insufficienti a dirimere tutti i possibili conflitti di norme nel sistema, perché, come risulta dal panorama pur sommariamente delineato, non tutte le leggi formali sono poi autorizzate a disporre liberamente e in qualunque oggetto, né all’inverso sono tutte modificabili e abrogabili da qualsiasi altra legge

In particolare, spiega il Crisafulli, il criterio gerarchico postula che “le norme costituenti diritto oggettivo siano distribuite su piani o strati diversi, secondo una linea verticale dall’alto verso il basso, e viceversa: per modo che norme degli strati superiori prevalgono su quelle degli strati inferiori, le quali ne sono condizionate e limitate, non potendo, perciò validamente contrastarvi. E questa varia stratificazione delle norme è conseguenza, a sua volta, della maggior o minor “forza formale” riconosciuta dall’ordinamento alle loro fonti rispettive, vale a dire della diversa misura in cui può validamente esplicarsi l’efficacia ad esse propria, in ragione della loro “forma” tipica intesa, questa, in senso lato, comprensiva dei soggetti ed organi deliberanti ed emananti, del procedimento di formazione e delle modalità estrinseche prestabilite per il loro manifestarsi nell’ordinamento generale”⁴⁰⁰.

Di conseguenza, non può farsi ricorso al criterio gerarchico, quando le antinomie derivano da norme prodotte da fonti competenti in ambiti separati per volontà della Costituzione.

A sua volta, il criterio cronologico può essere adottato soltanto quando si tratti di eliminare antinomie derivanti dal succedersi nel tempo di norme poste da fonti omogenee e non eterogenee, vale a dire qualora non ricorra un rapporto di gerarchia o di separazione delle competenze. In questi casi, infatti, non si pone un problema di successione di leggi nel tempo, ma di contrapposizione fra norme valide ed invalide⁴⁰¹.

formale” (CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, cit. 797).

⁴⁰⁰ CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit. 200-201.

⁴⁰¹ *Idem*, 195-196.

In particolare, il criterio cronologico determina la prevalenza della fonte successiva e la conseguente abrogazione (*id est*, disapplicazione), in caso di contrasto, di quella precedente dello stesso grado e priva di una sfera di

Crisafulli indica, pertanto, nella *competenza un diverso criterio ordinatore del sistema delle fonti accanto a quello gerarchico e cronologico*. L'Autore non intende, tuttavia, sancire la crisi della centralità della legge e del parlamentarismo, ma della concezione unitaria della forza di legge. Egli si propone di salvaguardare l'ordinamento giuridico mediante il mantenimento della *legalità costituzionale*. A tale scopo egli

competenza riservata. Si tratta, pertanto, di uno strumento di risoluzione delle antinomie residuale, da utilizzare, cioè, qualora non si possa fare ricorso al criterio gerarchico o a quello di competenza. Esso può essere desunto indirettamente da diverse disposizioni della Costituzione: art. 75 relativo all'istituto del referendum dove si fa esplicito riferimento all'istituto dell'abrogazione; art. 138 Cost. il quale ammette che leggi successive possano anche modificare disposizioni formalmente costituzionali nel rispetto della procedura aggravata definita nell'articolo de quo; art. 25, comma 2, Cost. il quale prescrive che nessuno può essere punito "se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso". Passando dalla Costituzione ad un livello normativo inferiore, l'art. 15 delle disposizioni sulla legge in generale contenute nel codice civile stabilisce che: "Le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore". Detta disposizione prevede, dunque, tre tipi di abrogazione: l'abrogazione espressa, l'abrogazione tacita e l'abrogazione per nuova regolamentazione dell'intera materia. Nel primo caso, la fonte sopravvenuta contiene un'espressa dichiarazione abrogativa, la quale può anche essere accompagnata dalla corrispondente disciplina sostitutiva. Nella seconda, invece, non sussiste un'esplicita previsione in tale senso, ma la volontà abrogativa si ricava in via ermeneutica dall'incompatibilità tra la precedente e la nuova disciplina. Lo stesso nel terzo caso dove l'effetto abrogativo si ricava dalla circostanza che la normativa successiva disciplina nuovamente un determinato settore. Infine, il fondamento della abrogazione è ricavabile immediatamente dal carattere di inesauribilità che contraddistingue le fonti e, di conseguenza, la funzione legislativa, atteso che, come è ovvio, le possibili scelte del Parlamento non si esauriscono nel prosieguo dell'attività dell'organo legislativo.

Alla luce delle suesposte precisazioni, si possono comprendere le differenze fra abrogazione e annullamento, le quali riguardano: a) l'effetto: l'abrogazione è naturalmente "irretroattiva", mentre l'annullamento è necessariamente "retroattivo"; b) presupposti: vizio di legittimità per l'annullamento, vizio, invece, di merito in caso di abrogazione (VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, cit. 186-189.).

ricorre al concetto di competenza, il quale viene, pertanto, ad *affiancarsi* (e non a sostituirsi) al criterio della gerarchia⁴⁰².

In altre parole, l'impostazione crisafulliana non intende abbandonare la gerarchia, la quale non è assorbita completamente nella competenza. L'introduzione, infatti, della competenza se da una parte comporta la frantumazione della gerarchia (gerarchia secondo la forza formale, gerarchia logica e dei contenuti normativi), dall'altra ribadisce la centralità della funzione legislativa.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, il Crisafulli enuclea tre tipi di competenza⁴⁰³.

a) *Competenza come riserva*, la quale costituisce l'unica ipotesi di competenza vera e propria e ricorre quando a soggetti diversi sono assegnate materie differenti. Al contrario, non sussiste competenza in caso di *concorso libero fra fonti*, come tra legge e regolamento i cui rapporti sono, infatti, definiti esclusivamente dal criterio gerarchico. Tra la competenza come riserva ed il

⁴⁰² MOSCARINI, *Competenza e Sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 148.

⁴⁰³ Così scrive Crisafulli: "Il criterio della competenza si presenta nella sua forma pura e nei termini più rigorosi quando c'è diversità (formale) di fonti e corrispondente separazione di materie (per oggetti regolabili o per territorio, o per l'uno e l'altro elemento insieme). Gli esempi tipici sono dati dai casi di riserva (assoluta) di legge (formale), ed anche, come generalmente si ritiene, dal caso dei regolamenti parlamentari, i quali sono fonti formalmente differenziate, che escludono dall'ambito materiale ad esse riservato la valida incidenza di qualsiasi altra fonte, che non abbia grado costituzionale. Più spesso, però, la distinzione di competenza si fonda sopra un criterio composito, orizzontale e verticale insieme, ad integrare il quale concorrono il territorio, gli oggetti, nonché i contenuti normativi o i modi di disciplina, su tali oggetti rispettivamente consentiti od imposti a ciascun ordine di fonti. Così nei rapporti tra leggi statali e leggi regionali, almeno e sicuramente con riferimento alla legislazione regionale concorrente o bipartita, dove c'è, tra le due fonti e sulle medesime materie, concorso possibile, ed anzi necessario ma <<vincolato>>: alla legge statale spettando porre e modificare i principi, alla legge regionale dettare la restante disciplina, entro i limiti dei principi" (CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit. 205-206).

concorso libero vi sono casi intermedi: concorso vincolato tra fonti *stricto sensu* e leggi c.d atipiche.

b) *Concorso vincolato tra fonti stricto sensu* (leggi statali e leggi regionali), dove la gerarchia che residua si esprime nella assenza di riserva da una parte e nella capacità della fonte statale di condizionare la fonte autonoma dall'altra.

c) *Leggi c.d. atipiche*, identiche a qualsiasi legge formale, ma che presentano dei vincoli di contenuto o di procedimento (leggi generali, leggi di esecuzione dei patti lateranensi, leggi disciplinanti la condizione giuridica dello straniero, e così via)⁴⁰⁴.

A questi tre tipi di competenza (competenza come riserva, concorso vincolato *stricto sensu*, leggi atipiche) corrispondono tre diverse nozioni di gerarchia.

a) *Gerarchia formale*, la quale costituisce la gerarchia vera e propria e che, tuttavia, per le ragioni sopra esposte non sempre ricorre.

b) *Gerarchia dei contenuti normativi* o del *modo di disporre*, la quale si riferisce al rapporto fra legge statale e legge regionale concorrente. Essa viene, anche, definita gerarchia *potenziale* la quale, pur non essendo completamente eliminata, non è però basata esclusivamente sulla forza formale.

c) *Gerarchia logica*, la quale non si fonda sulla forza, bensì sul rapporto di *condizionalità* fra due fonti, vale a dire fra la fonte

⁴⁰⁴ Ispirandosi a Crisafulli, una recente dottrina riconducibile a Modugno ha generalizzato il fenomeno delle leggi atipiche ricostruendo l'intero sistema delle fonti normative come sistema di competenze diverse e distinte (e, quindi, atipiche) fino a dissolvere completamente la nozione tradizionale della forza della legge formale. In questo modo si è delineata una nozione di atipicità delle fonti comprensiva di ogni atto del potere legislativo che presentasse delle particolarità per il tipo di materia su cui andava ad incidere (MOSCARINI, *Competenza e Sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 161-172).

sulla produzione da una parte e la fonte di produzione dall'altra.

Le competenze sopra esaminate (esclusiva, come riserva, concorrente, fonti atipiche), nonostante le diversità, presentano un elemento in comune: *il limite alla naturale espansività della legge ordinaria* grazie alla forza frenante della Costituzione capace di vincolare l'operare di una determinata fonte su una certa materia. Per questo motivo, secondo il Crisafulli, la situazione che riassume tutte le ipotesi di competenza è quella di concorso vincolato fra fonti o norme, il quale si oppone chiaramente alla situazione gerarchica riassumibile nel concorso libero⁴⁰⁵.

In altri termini, per l'Autore la competenza è, innanzitutto, un *vincolo* che si impone alla legge per opera della Costituzione, con la conseguenza che: da una parte la gerarchia non può essere ricondotta totalmente alla competenza, la quale, infatti, non può essere disgiunta dall'idea della superiorità delle norme sulla produzione rispetto a quelle di produzione; dall'altra, la legge continua a mantenere la posizione di centralità all'interno del sistema (come nel caso della gerarchia dei contenuti normativi e di quella logica che vanno a sostituire la gerarchia secondo la forza formale)⁴⁰⁶.

Carlo Esposito

La concezione della competenza come vincolo conferisce alla teoria crisafulliana un'impronta di *staticità*.

⁴⁰⁵ NICCOLAI, *Delegificazione e principio di competenza*, cit. 126-129.

⁴⁰⁶ *Idem*, 130-131.

Infatti, come rilevato in dottrina, i diversi aspetti problematici affrontati dal Crisafulli parrebbero trovare una loro sintesi:

a) nel principio di chiusura delle fonti a livello primario;

b) nella razionalizzazione della pluralità delle fonti costruita attorno all'idea della forza formale di legge, per cui le c.d. fonti atipiche rappresenterebbero una mera eccezione alla regola⁴⁰⁷.

Al contrario, il sistema delle fonti, che emerge dalle riflessioni di Carlo Esposito, sembrerebbe essere retto da *equilibri non fissi, bensì mobili e fluidi*.

Più precisamente, la dinamica espositiana muove dalla critica alla concezione gerarchico-gradualista del diritto di Kelsen. L'Autore ritiene che l'obbligatorietà delle norme non consista tanto nella loro conformità ad un modello astratto di validità, quanto nella loro *effettività*, vale a dire nello spontaneo riconoscimento da parte dei consociati della vincolatività di determinati comportamenti.

L'Esposito, inoltre, riconduce l'effetto abrogativo alla diversa estensione della competenza normativa propria dei singoli atti. In altre parole, egli ritiene che l'abrogazione operi in conseguenza di una *clausola risolutiva implicita* all'atto abrogato, il quale, dunque, può disporre del limite temporale della propria validità⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ *Idem*, 138.

⁴⁰⁸ Segnatamente: "È da osservare che il fatto indicato non dipende dalla circostanza che gli atti di una specie abbiano una "forza maggiore" di quelli di altra specie, ma solo che "più estesa" è l'attività normativa legittimante esercitabile attraverso gli atti di una specie che non sia quella esercitabile attraverso atti di altra specie e che alcuni atti, secondo le previsioni delle disposizioni sulle fonti, possono disporre anche l'abrogazione di disposizioni sorte in virtù di atti di diversa specie e altri no" (ESPOSITO, *La consuetudine costituzionale*, 1962, ora in *Diritto costituzionale vivente*, Milano, 1992, 320 ss).

Da tale impostazione derivano le seguenti conseguenze:

a) il rifiuto della concezione secondo cui gli atti statali costituiscono i gradini di una piramide al cui supremo livello si trova la Costituzione;

b) la negazione della efficacia costitutiva della normatività degli atti in base alle norme sulla produzione normativa, per cui l'atto non conforme alle regole sulla produzione giuridica deve considerarsi invalido.

Più precisamente, l'Esposito ritiene che nei momenti di crisi spetti alla consuetudine costituzionale *validare* le disposizioni sulle fonti e non alla norma sulla produzione. In particolare, egli ritiene che la funzione della norma sulla produzione non consista nel "dare forza" agli atti normativi, ma nel *disciplinarne la forza*, nel regolarla. In altre parole, secondo l'autore la fonte sulla produzione non conferisce forza normativa, ma semplicemente la disciplina. Essa non è, quindi, *regola produttiva di diritto (id est, "fonte di produzione")*, ma *regola sulla produzione (id est, "fonte sulla produzione")*⁴⁰⁹.

Esposito sostituisce, dunque, alla tesi kelseniana della diversa forza formale degli atti in base al grado occupato nella scala gerarchica, quella della *pari forza ed efficacia di tutti gli atti normativi, i quali si distinguono solamente per i differenti ambiti di competenza rivestiti*⁴¹⁰. L'Autore ritiene, infatti, che gli atti normativi siano ordinati non in base al grado gerarchico ma secondo l'identità/diversità dell'oggetto, ossia del contenuto. In altre parole, secondo l'Esposito ogni disposizione ha un proprio oggetto, o meglio settore di intervento, al di là del quale non

⁴⁰⁹ NICCOLAI, *Delegificazione e principio di competenza*, cit. 140-141.

⁴¹⁰ MOSCARINI, *Competenza e Sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 138.

può porre delle norme. In caso contrario, tale disposizione sarebbe invalida, o, addirittura, inesistente.

La mobilità della dinamica espositiana deriva dalla concezione secondo la quale le fonti sulla produzione, disciplinanti i rapporti fra le altre fonti, sono, a loro volta, rette dal diritto c.d. vigente, ossia dal diritto in *fieri*. Più precisamente, la normatività delle fonti sulla produzione è regolata dalle consuetudini costituzionali applicative, con la conseguenza che una loro eventuale trasgressione non si risolve in un illecito od in un torto, ma nella creazione di un nuovo diritto. Per questo motivo le fonti sulla produzione sono mutevoli e variabili: la loro *validità* dipende dalla loro *effettività*, ossia dalla circostanza che siano confermate o no dalle stesse consuetudini costituzionali.

Alla luce di quanto sopra si evince che detto rapporto di validazione-invalidazione sembrerebbe non avere mai fine. *La produzione del diritto è, infatti, un processo hegelianamente triadico in cui la tesi (la norma sulla produzione) e l'antitesi (la prova dell'effettività) trovano la propria sintesi nel farsi stesso del processo giuridico, che nella sua globalità ed interezza, esso in sé, è illimitato*⁴¹¹.

Ponendo a confronto le tesi del Crisafulli e dell'Esposito emergono le seguenti differenze: per il primo la competenza non assorbe totalmente la gerarchia, la quale continua ad ordinare il sistema delle fonti; il secondo, invece, ritiene che la competenza sia l'unico criterio possibile. Inoltre, il Crisafulli, diversamente dall'Esposito, non considera le fonti un *mondo a sé* ed

⁴¹¹ NICCOLAI, *Delegificazione e principio di competenza*, cit. 143-144.

autoreferenziale, ma come un sistema che riflette l'ordine politico sottostante. Secondo l'impostazione crisafulliana, inoltre, il sistema delle fonti a livello primario è chiuso. Al contrario, nel pensiero dell'Esposito, le fonti sulla produzione sono mutevoli e dipendono dalla loro effettività. Ci troviamo di fronte, pertanto, ad un sistema aperto.

Tuttavia, sia in Crisafulli sia in Esposito ritroviamo la medesima attenzione nei confronti del carattere limitato della competenza. Più precisamente, entrambi assumono un concetto di competenza come *limite* posto a garanzia e a tutela dei valori fondamentali della legalità e del pluralismo; limite che Esposito, al contrario di Crisafulli, afferma nella misura più ampia possibile, in quanto lo estende a tutte le manifestazioni normative ed istituzionali dell'ordinamento giuridico⁴¹².

Tuttavia, affinché la competenza operi come limite alle attribuzioni normative spettanti a ciascun organo o ente sono necessarie alcune (pre)condizioni. Nel caso di Crisafulli, il quale non considera la legge fonte a competenza illimitata e superiore a tutte le altre, la condizione è che la competenza sia ripartita fra due fonti da una fonte a queste sovraordinata. Il che costituisce un vincolo soprattutto per la legge stessa la quale, infatti, non può istituire fonti ad essa concorrenziali, vale a dire primarie, ma soltanto di livello gerarchico subordinato. In altri termini, la norma sulla produzione, che attribuisce e distribuisce la competenza, deve, secondo il Crisafulli, essere in grado di istituire una riserva o un concorso vincolato⁴¹³.

In questo modo, nell'impostazione crisafulliana, basata sulla superiorità e sulla rigidità della Costituzione, la competenza

⁴¹² *Idem*, 146-149.

⁴¹³ *Idem*, 147-148.

attribuita da una fonte ad un'altra si stabilizza definitivamente, atteso che nessuna delle fonti può sottrarsi alla distruzione della competenza operata dalla fonte superiore, o, addirittura disporre di questa. Di conseguenza, il riparto delle competenze è certo e vincolante⁴¹⁴.

Nel caso di Esposito, invece, tutte le fonti nascono *competenzialmente* limitate. Anche la legge. Diversi sono, infatti, i limiti che, secondo l'Esposito, si impongono alla legge stessa. Innanzitutto, questa non può istituire fonti relativamente alle quali non ha la competenza di creare: ciò significherebbe snaturare i propri argini, vale a dire operare sostanzialmente senza limiti. Inoltre, la concezione espositiana, secondo la quale l'abrogazione è una condizione risolutiva implicita presente in ogni fonte, è dimostrativa della circostanza che una legge precedente, nel momento in cui crea una competenza, può effettivamente vincolare una legge futura. La legge ha, dunque, natura limitata⁴¹⁵.

Nonostante le differenze evidenziate, i diversi presupposti su cui Crisafulli ed Esposito fondano le proprie teorie sulla natura limitata della competenza portano al medesimo risultato: quello di assumere la competenza come principio organizzatorio delle fonti tale da assicurarne una dinamica pluralista fondata sulla reciproca limitazione delle diverse fonti, e di evitare, però, che il principio di competenza, come sarebbe ad esso inevitabile nel momento in cui lo si interpreti in chiave esclusivamente normativistica, sia invece e tutto al contrario lo strumento operativo e interpretativo legittimante l'esito cui può portare la

⁴¹⁴ *Idem*, 150.

⁴¹⁵ *Idem*, 150-151.

attitudine libera della legge a normare sulla normazione. Esito dimostrato, appunto, dal periodo fascista⁴¹⁶.

Franco Modugno

Sulla scia dell'insegnamento espositivo, il Modugno, muovendo dalla constatazione della pluralità dei tipi di efficacia delle fonti primarie e, quindi, dall'equazione forza-efficacia, perviene alla dissoluzione della legge come *unicum genus* ed alla negazione della categoria concettuale della c.d. "forza di legge".

Secondo l'Autore, "il principio di competenza è l'unico principio di organizzazione degli atti costitutivi dell'ordinamento e ripete dalla Costituzione e dalle altre norme costituzionali sostantive il suo esclusivo ed esaustivo fondamento (...), la forza di legge coincide pienamente con l'efficacia, non però con l'efficacia di un tipo o di una specie di atti, bensì con quella sempre diversa, dei singoli atti o fatti individui, rientranti nella specie, efficacia che si differenzia non solo trapassando da un singolo atto (o fatto) ad un altro, ma anche considerando lo stesso atto (o fatto) nelle sue mutazioni temporali"⁴¹⁷.

⁴¹⁶ *Ibidem*.

In merito, si è rilevato in dottrina che la concezione della competenza in senso meramente normativo, vale a dire come relazione fra fonti (la norma che attribuisce la competenza e quella cui la competenza è attribuita) non opera né come limite verso il soggetto attore (il quale, come ha attribuito una competenza a favore di un determinato soggetto, così può toglierla), né come garanzia verso il soggetto destinatario. Anzi, secondo l'Autrice, assumendo la competenza in termini nudamente normativistici, si potrebbe verificare che il processo di creazione di competenza da parte di un atto fonte sia infinito. Occorrono, dunque, delle condizioni in grado di porre dei limiti alla connaturale espansività della competenza (NICCOLAI, *Delegificazione e principio di competenza*, cit. 146-148).

⁴¹⁷ MODUGNO, *L'invalidità della legge*, II, *Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1970, 19 ss.

Da qui la considerazione del Modugno che il “valore legislativo ordinario non può non identificarsi con l’esclusiva suscettibilità (per un atto) di costituire oggetto del giudizio di legittimità costituzionale”. Più precisamente, il Modugno, distinguendo fra valore legislativo originario e derivato, ritiene che solo le leggi statali e regionali siano dotate di *valore legislativo originario*, in quanto derivato immediatamente dalla Costituzione; al contrario gli “atti aventi forza di legge possiedono *valore legislativo derivato*, atteso che essi sarebbero assimilabili alle leggi da cui traggono il proprio valore⁴¹⁸.

Ne deriva che per l’Autore, come rileva il Ruggeri, l’operatività del principio di competenza riguarderebbe esclusivamente le fonti pariordinate per valore e quelle da queste derivate così come definite dalla Costituzione stessa. Al di fuori di tali ipotesi non vi sarebbe spazio per la competenza, con la conseguenza che eventuali antinomie dovrebbero essere risolte solamente sulla base del criterio gerarchico. Il Ruggeri, inoltre, sottolinea che nella versione del Modugno permangono, comunque, alcuni spazi di azione per l’operatività del principio di gerarchia. In particolare, esso troverebbe applicazione nei rapporti intercorrenti fra:

a) Costituzione e tutte le altre fonti (queste si trovano in rapporto “condizionalità produttiva” con la Costituzione);

b) le fonti primarie di valore legislativo e gli atti privi di tale valore come i regolamenti governativi (gerarchia processuale e non sostanziale);

⁴¹⁸ *Idem*, 22-33.

c)atti con valore legislativo originario e atti con valore legislativo derivato (es.: leggi statali o regionali e atti con forza di legge) ⁴¹⁹.

Sulla base delle riflessioni del Modugno, una certa dottrina minoritaria arriva a generalizzare il fenomeno delle leggi atipiche fino a dissolvere completamente il concetto di forza di legge. Essa ricostruisce l'intero sistema delle fonti normative come un sistema di competenze distinte e "atipiche", nel senso che ogni fonte è *a-tipica* rispetto ad un'altra.

In questo modo, il concetto stesso di a-tipicità diventa onnicomprensivo, in quanto riferibile ad ogni manifestazione normativa del potere legislativo. Questo, a sua volta, è concepito non più come un *insieme di atti uniformi di grado primario, ma quale insieme eterogeneo di fonti specializzate secondo la qualità della materia su cui incidono* ⁴²⁰.

In relazione alla qualità della materia è stata, ad esempio, sottolineata l'atipicità delle leggi di riforma economico-sociale, delle leggi di coordinamento e di indirizzo, delle leggi-quadro, del pubblico impiego, delle autonomie locali, la legge comunitaria.

In merito occorre rilevare che la de-tipizzazione della legge ha una valenza meramente descrittiva della specializzazione delle norme. Essa non influisce, infatti, sulle categorie dogmatiche della forza e del valore di legge, ma esclusivamente sul piano della legittimazione a causa del particolare procedimento di formazione e del peculiare oggetto (riforme

⁴¹⁹ RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giufrè, Milano, 1977, 182-186.

⁴²⁰ MOSCARINI, *Competenza e Sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 161-162.

economico-sociali, pubblico impiego, legge comunitaria). In altri termini, soltanto in questa prospettiva si può parlare di frantumazione del tipo e di differenziazione della forza, ed, infine, di competenza specializzata della legge⁴²¹.

Conseguenza di tale impostazione è, poi, la *piena riconducibilità della gerarchia a competenza*. Infatti, secondo tale dottrina, ciascuna fonte si pone all'interno del sistema normativo come una fonte atipica rispetto alle altre, dando luogo ad una *serie indefinita di rapporti che sfuggono alla logica gerarchica*. Risultato: la scomparsa del principio gerarchico, come criterio ermeneutico ed ordinatore del sistema delle fonti, a favore di una concezione diffusa della competenza. Infatti, se ogni tipo di fonte può ritagliarsi un proprio spazio normativo determinato, ne deriva che i rapporti fra le fonti stesse sono spiegabili solo in termini di competenza⁴²².

Alla base di questa lettura espansiva della competenza vi è il fenomeno del concorso libero fra fonti proposto da Crisafulli. Tuttavia, mentre nel pensiero di questo autore il concorso libero costituisce il *limite* di operatività della competenza stessa (Crisafulli, infatti, richiama l'operatività anche del criterio gerarchico), secondo tale orientamento dottrinale esso rappresenta, al contrario, l'*archetipo* del principio di competenza.

Mi spiego. Prendiamo ad esempio il concorso fra legge costituzionale e legge ordinaria, il quale è possibile fin dove la Costituzione non riserva determinate materie a fonti particolari. L'eventuale contrasto fra queste due fonti regolanti il medesimo oggetto è risolto dal Crisafulli ricorrendo al criterio gerarchico

⁴²¹ *Idem*, 163-164

⁴²² *Idem*, 175-177.

e, quindi, a favore della legge costituzionale sovraordinata. A questa tesi, la dottrina *de qua* oppone quella dell'incompetenza secondo cui le disposizioni assunte con legge ordinaria durante la vigenza di leggi costituzionali non sarebbero efficaci in forza del principio di competenza.

In particolare, si osserva che non si tratterebbe di concorso libero, dal momento che la legge ordinaria sarebbe sempre da considerarsi invalida se contrastante con quella superiore (legge costituzionale). Al contrario, si tratterebbe di sottrazione di una sfera di competenza da parte di una fonte superiore (legge costituzionale) nei confronti di una inferiore (legge ordinaria). Detto diversamente, la fonte competenzialmente più estesa (legge costituzionale), quando interviene, sottrae competenza alle altre fonti meno estese (legge ordinaria), con la conseguenza che sarebbe più corretto parlare di "concorso potenzialmente alternativo" o di "ripartizione modale delle competenze".

Da questa impostazione dottrinarina deriva:

- a) l'assorbimento del criterio gerarchico in quello di competenza;
- b) una concezione espansiva della competenza;
- c) la ricostruzione dell'intero sistema delle fonti in termini di competenza;
- d) l'ammissibilità di lacune nel sistema giuridico;
- e) l'inidoneità del concorso fra fonti ad assolvere la funzione "conservativa di limitazione dell'area della competenza a favore della gerarchia"⁴²³.

⁴²³ *Idem*, 177-178.

In definitiva, secondo la corrente dottrinale (maggioritaria) riconducibile al Crisafulli, il criterio della competenza si accompagnerebbe a quello gerarchico: la Costituzione e le leggi costituzionali, le leggi statali ordinarie e gli atti equiparati, i regolamenti e le consuetudini si succederebbero in ordine decrescente di forza (criterio gerarchico). A queste fonti se ne aggiungerebbero, poi, delle altre dotate di competenza propria dalla stessa Carta costituzionale (regolamenti parlamentari e, dopo la riforma del Titolo V, anche le leggi regionali).

Stando, invece, all'altra corrente dottrinale sopra esposta (minoritaria) e riconducibile, fra gli altri, al Modugno, tutte le fonti sarebbero ormai sistemabili in base alla rispettiva sfera di competenza. Pertanto, al vertice del sistema normativo vi sarebbe la sola Costituzione, la quale definirebbe, direttamente o indirettamente, i settori di normazione spettanti alle altre fonti normative subordinate; queste, a loro volta, potrebbero individuare al proprio interno minori competenze normative⁴²⁴.

Ciò nonostante, l'introduzione del principio di competenza, sia esclusivamente (dottrina riconducibile a Modugno), sia sussidiariamente al criterio gerarchico (dottrina maggioritaria riconducibile al Crisafulli) rappresenta, comunque, una chiave di volta per l'interpretazione dei fenomeni normativi. La competenza dimostra, infatti, l'impossibilità ormai di mantenere la concezione, di tradizione liberale, di "forza formale" come "efficacia tipica e costante" di atti fonte riconducibili ad una determinata categoria positiva.

⁴²⁴ PALADIN, *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1995, 149-152.

Recentemente, si è riaperto il dibattito sulla capacità della legge di operare come norma sulla normazione senza, però, tralasciare l'esigenza di individuare un limite alla sua intrinseca dinamicità ora attenuando ora, addirittura, abbandonando aspetti dell'impostazione crisafulliana ed espositiana. Secondo questi nuovi sviluppi dottrinali, per l'istituzione di una competenza non sarebbe necessaria una norma di grado superiore. Potrebbe, infatti, verificarsi che una fonte di grado legislativo distribuisca le funzioni in una determinata materia tra altre due fonti di cui una sempre di livello primario (legge successiva) e l'altra di livello secondario (regolamento). In questo caso, stando all'orientamento *de quo*, la stabilità della competenza sarebbe garantita dalla superiorità logica della norma sulla normazione, la quale pone limiti precisi ed inviolabili alle altre due fonti⁴²⁵.

Tuttavia, la maggior parte degli Autori è solita ricostruire la struttura della competenza secondo uno schema c.d. triadico: una norma di rango superiore (ad. es.: norma costituzionale) distribuisce una determinata materia tra due fonti di livello inferiore, le quali coprono, pertanto, sfere distinte. Può, anche, verificarsi l'ipotesi che una disposizione costituzionale riservi un certo settore ad una determinata fonte, con esclusione di tutte le altre (es.: regolamenti parlamentari). Ne consegue che ciascuna delle due norme può intervenire soltanto nel proprio

⁴²⁵ NICCOLAI, *Delegificazione e principio di competenza*, cit. 152-153.

L'Autrice definisce questa forma di competenza come "binaria", atteso che la superiorità logica della norma sulla normazione assolve, nelle prospettazioni in cui è adoperata, alla funzione di vincolo e di limite altrimenti affidate alla superiorità gerarchica. Nelle costruzioni c.d. binarie, la legge creatrice di competenza torna ad essere al centro del sistema delle fonti e riacquista una grande elasticità ed espansività (NICCOLAI, *Delegificazione e principio di competenza*, cit. 154).

ambito materiale così definito. In caso contrario, la norma sarebbe invalida perché *incompetente*.⁴²⁶

In questo capitolo abbiamo delineato le condizioni di riconoscibilità di un rapporto competenziale, le quali, in via riassuntiva, consistono: per Zanobini, nella mera esistenza di una norma attributiva della competenza; per Crisafulli, nella esistenza di una norma attributiva della competenza capace di vincolare, per la sua superiorità gerarchica, l'operato delle altre fonti; per Esposito, nella intrinseca limitazione che caratterizza ogni fonte, la quale reca in sé, fin dall'origine, la propria condizione risolutiva implicita; per il Modugno, infine, nel carattere atipico di ogni norma⁴²⁷.

⁴²⁶ *Ibidem*.

In tal senso si sono anche espressi, fra gli altri: Ruggeri secondo cui le norme sulla normazione sono non solo logicamente sovraordinate, ma anche gerarchicamente (Ruggeri, *Fonti e norme*, 128). La distinzione fra aspetto negativo della competenza-riserva (l'atto, che l'atto fuoriesce dagli ambiti ad esso assegnati, è invalido) e componente positiva della competenza-riserva (l'atto, cui è stata assegnata una competenza, deve soddisfarla, non può ritrarsi) è bene evidenziata in BALDUZZI e SORRENTINO, *Riserva di legge* (voce), in *Enc.Dir.* Milano, 1989, 1207.

Di tipo triadico è anche l'impostazione del Guastino il quale, infatti, considera la norma attributiva della competenza come una norma gerarchicamente superiore: "i rapporti tra le due fonti sono tuttavia regolati da norme gerarchicamente superiori ad entrambe le fonti considerate, che attribuiscono a ciascuna di esse una diversa sfera materiale di competenza, talché ciascuna delle due fonti ha una competenza esclusiva a disciplinare una materia" (GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 235 ss). Guastini aggiunge, inoltre, che la riserva di competenza è vincolante solo se la relativa disposizione attributiva è sovraordinata rispetto alle altre due fonti cui è conferita la competenza. Secondo l'Autore, la sovraordinazione in grado di determinare l'invalidità delle norme poste dalla fonte sott'ordinata ed incompetente, è quella spiegabile in base sia ad una gerarchia materiale, ossia di contenuto, sia ad una gerarchia strutturale o formale intercorrente tra norme primarie e norme secondarie sulla produzione giuridica (*ibidem*, 122).

⁴²⁷ NICCOLAI, *Delegificazione e principio di competenza*, cit. 157-158.

Dall'analisi del pensiero di questi autori abbiamo, poi, potuto notare che il significato del principio di competenza richiama l'idea di limite, il quale riguarda tutte le manifestazioni normative. Limite che è espressione della scelta operata dal costituente del 48 a favore di un ordinamento pluralista, il quale segna definitivamente la rottura della concezione statualista della sovranità dello Stato⁴²⁸.

Giunti a questo punto della trattazione, delineeremo brevemente i diversi significati del principio di competenza ed analizzeremo la relativa struttura.

Dopodiché, confronteremo il principio di competenza con quello di sussidiarietà al fine di individuare cesure e differenze.

4. 3. Diversi significati del concetto di competenza

Come abbiamo visto nei paragrafi precedenti, l'avvento della Costituzione rigida e della Corte Costituzionale hanno portato a compimento un processo già in atto da diversi anni e destinato a sfociare nella crisi:

a) della legge, quale atto a competenza illimitata, dovuta alla profonda sfiducia nei confronti della generale capacità della forza della legge stessa a costituire criterio di identificazione di tutti gli atti normativi primari e al diffondersi del fenomeno della de-tipizzazione;

b) del principio di divisione dei poteri, il quale, nonostante che esso continui a svolgere nel presente regime un'importante

⁴²⁸ *Ibidem*.

In particolare, in Crisafulli l'idea di limite è connaturale alla superiorità gerarchica della norma sulla normazione; in Esposito, invece, ogni fonte nasce intrinsecamente limitata.

funzione di garanzia dei diritti dei singoli, ha sicuramente subito una rilevante trasformazione nell'ambito dello Stato costituzionale rispetto alle teorizzazioni classiche risalenti a Montesquieu ed a Locke;

c) della teoria dell'ordinamento per gradi e del connesso criterio gerarchico, ormai insufficiente ad ordinare l'intero sistema delle fonti; nel pluralismo delle fonti e dei diversi centri di interesse.

Detti fenomeni hanno, poi, contribuito all'emergere della competenza, quale misura della validità degli atti normativi e criterio ordinatore del sistema delle fonti, che si affianca a quello gerarchico ormai insufficiente data la complessità e l'eterogeneità dell'ordinamento giuridico attuale. La stessa dottrina, concorde sulla derivazione della competenza dalla crisi del principio gerarchico, suole distinguere due fattispecie:

- a) una riconducibile alla *separazione* di materie;
- b) l'altra ascrivibile alla *preferenza* della fonte.

Alla prima ipotesi, sostenuta da Crisafulli e dalla maggioranza degli Autori, sono ricondotti tutti i casi di attribuzione di una determinata materia in via esclusiva ad una specifica fonte (es.: regolamenti parlamentari nel procedimento legislativo).

Nella seconda fattispecie sono, invece, ricompresi tutti i casi diversi dall'attribuzione in via esclusiva di una materia ad una determinata fonte e, quindi, sia il caso del *concorso vincolato* fra fonti sia quello di *concorso libero*.

In proposito, la dottrina è solita distinguere⁴²⁹:

- a) competenza per separazione;

⁴²⁹ MOSCARINI, *Competenza e Sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 168 ss.

- b) concorso vincolato;
- c) concorso libero tra fonti.

Alla prima categoria (*competenza per separazione*) sono ricondotte le ipotesi di attribuzione della disciplina di determinati settori in via esclusiva a specifici soggetti (es.: regolamenti parlamentari nell'ambito del procedimento legislativo)⁴³⁰.

Si ha, invece, *concorso vincolato*, quando una determinata *fonte-terza* prevede che due fonti disciplinino aspetti diversi della medesima materia. Si tratta del caso del concorso fra legge statale di principio e legge regionale di dettaglio in ambito di competenza legislativa concorrente⁴³¹.

Infine, vi è *concorso libero*, quando manca un'apposita riserva di materia, per cui due fonti possono liberamente intervenire sulla stessa senza subire nessun vincolo di competenza. È il caso del concorso fra regolamento e legge statale nei settori non riservati alla legge, o fra legge ordinaria statale e legge costituzionale.

In merito al concorso vincolato, la dottrina ha affermato la sua riconducibilità in parte alla fattispecie della separazione di materie ed in parte a quella di preferenza. Più precisamente, secondo lo schema della separazione, una determinata fonte può dettare norme solo entro i limiti previsti dal riparto competenziale; in base, invece, alla logica della preferenza, la fonte dotata di capacità *conformativa* rispetto ad un'altra (es.: concorso fra legge statale di principio e legge regionale di

⁴³⁰ CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, cit. 804.

⁴³¹ MOSCARINI, *Competenza e Sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 148.

dettaglio) è preferita a quest'ultima e, secondo alcuni autori, addirittura, considerata gerarchicamente superiore.

Relativamente, invece, all'ipotesi di concorso libero, prospettata dallo stesso Criusafulli, da una parte si prevede la possibilità che diverse fonti intervengano nella medesima materia, dall'altra si impone, però, alla fonte di grado inferiore (es. regolamenti dell'esecutivo rispetto alla legge nelle ipotesi sottratte alla riserva di legge) di cedere di fronte alla disciplina posta dalla fonte superiore⁴³².

La differenza, poi, fra le fattispecie di separazione-riserva e di mera preferenza si esprime in *gradi diversi di invalidità*⁴³³.

Più precisamente: nel caso di separazione-riserva, la fonte incompetente non è autorizzata in nessun modo ad intervenire nel settore riservato, neppure in assenza della relativa disciplina, con la conseguente invalidità totale dell'atto viziato da incompetenza. Al contrario, nel caso di mera preferenza l'invalidità dipende dalla presenza o meno della relativa disciplina, in assenza della quale detta fonte è autorizzata ad intervenire legittimamente.

Nel primo caso il rapporto intercorrente fra fonte sulla produzione e fonte di produzione si traduce in una relazione di validità, la quale è, invece, attenuata nella seconda ipotesi dove la preferenza può tradursi semplicemente nella disapplicazione della norma non preferita.

Inoltre, al fine di spiegare il rapporto di validità occorre, innanzitutto, individuare la norma sulla produzione. Questa, secondo la dottrina maggioritaria, è la Costituzione, mentre per

⁴³² *Idem*, 168-172.

⁴³³ *Idem*, 177-178.

altri autori sarebbe anche una fonte diversa dalla Costituzione, come la legge ordinaria.

Tuttavia, è stato opportunamente osservato che l'idea della competenza per separazione, vale a dire della distribuzione dei poteri strettamente legata al rigido riparto delle materie così come definito in Costituzione, pur rimanendo, in linea teorica, indiscusso, appare, attualmente, residuale. La sua completa validità rimane relativamente ai regolamenti parlamentari nel procedimento legislativo, alla competenza degli Statuti regionali ed, infine, per quanto riguarda alcuni aspetti della competenza legislativa regionale.

Nei restanti ambiti, la competenza per separazione è marginale rispetto alla concorrenza di più fonti sulle stesse materie. Si pensi, ad esempio, alla concorrenza fra legge e regolamento parlamentare nelle materie diverse da quelle del procedimento legislativo. In questi casi, la scelta della fonte competente avviene secondo la logica della sussidiarietà la quale consiste, infatti, nella scelta della fonte più vicina alle esigenze dei cittadini. Si tratta, come vedremo, di un giudizio di preferenza e non di validità, giudizio che non è possibile effettuare nelle ipotesi di competenza – separazione⁴³⁴.

4. 4. Competenza come rapporto fra norme.

Nella concreta evoluzione dell'ordinamento, è stata sicuramente la competenza come concorrenza a trovare maggiore sviluppo rispetto a quella intesa come separazione.

⁴³⁴ *Idem*, 192.

Quest'ultima, infatti, è rimasta, per così dire, relegata ad ipotesi marginali previste in Costituzione, come il caso dei regolamenti parlamentari c.d. riservatari nell'ambito del procedimento legislativo. In particolare, si è potuto assistere nel corso di questi anni all'istituzione di fonti di autonomia locale, fonti di autonomia universitaria, fonti comunitarie, fonti delle autorità indipendenti.

Ciò ha portato sicuramente ad una rilettura qualitativa del *principio di competenza* non più come *criterio operante fra fonti, bensì fra norme*. Come già intuito da Crisafulli, il criterio di competenza è indifferente alla forma degli atti normativi (*id est*, tipicità), nel senso che il giudizio sulla forma dell'atto non sarebbe di per sé sufficiente a risolvere una questione in termini di validità competenziale. Al contrario, occorre guardare al contenuto dell'atto stesso al fine di valutare se esso copre settori in cui è competente⁴³⁵.

Come rilevato in dottrina, la principale differenza fra gerarchia e competenza consiste nel fatto che mentre alla stregua del criterio gerarchico tutte le norme prodotte da una determinata fonte hanno la stessa forza formale, ossia vedono risolti allo stesso modo (prevalendo o soccombendo) tutti i loro rapporti con le norme poste dalle altre fonti, non si giunge alle medesime conclusioni utilizzando, invece, il criterio di competenza. Infatti, secondo il criterio della competenza può accadere che alcune norme poste da un certo atto-fonte siano valide perché rientranti nella competenza del medesimo, altre, invece, invalide perché non rientranti nella sfera riservata all'atto, con la conseguenza che tali norme soccomberanno o

⁴³⁵ NICCOLAI, *Delegificazione e principio di competenza*, cit. 160-162.

prevarranno nei rapporti con le norme poste da altre fonti a prescindere dalla forza che caratterizza l'atto-fonte⁴³⁶.

L'insufficienza del mero riferimento alla forma dell'atto per risolvere una questione di validità in chiave di competenza, si evince chiaramente nelle seguenti tre ipotesi esemplificative.

Il regolamento parlamentare può avere solo un certo contenuto. Di conseguenza, per valutare la validità di quell'atto è insufficiente il mero riferimento alla forma (regolamento parlamentare), dovendosi valutare il concreto contenuto.

La legge che dispone in materia di culti acattolici richiede la previa intesa coi rappresentanti dei culti stessi. Da un punto di vista formale, essa appartiene al tipo "legge". Tuttavia, essa presenta alcune peculiarità procedurali le quali, però, non sono tali da creare un nuovo tipo di legge diverso e a sé stante rispetto al *genus* di appartenenza (c.d. leggi atipiche o rinforzate). Si tratta, in altri termini, di una fonte che, da un punto di vista formale, è mero sottotipo della legge, con la conseguenza che per accertarne la validità occorre fare riferimento al relativo contenuto dispositivo.

Infine, la legge statale è valida solo se disciplina certi settori tassativamente definiti in Costituzione (art. 117, comma 2, Cost.) o qualora detti solo norme di principio nelle materie di cui all'art. 117, comma 3, Cost. Essa diventa, invece, invalida, quando interviene nelle materie riservate in via residuale alla competenza delle Regioni (art. 117, comma 4, Cost.) o qualora detti norme anche di dettaglio negli ambiti oggetto di competenza concorrente. Detta validità-invalidità è del tutto indipendente dalla forma dell'atto che è sempre la legge. Al

⁴³⁶ *Ibidem.*

fine, infatti, di accertare se la legge statale è valida o no occorre guardare al suo contenuto concreto e non, quindi, alla sua forma.

In particolare, per quanto concerne la competenza legislativa concorrente statale-regionale, le disposizioni statali che pongono i principi fondamentali sono al tempo stesso norme sulla produzione che vanno ad integrare le materie di cui all'art. 117, comma 3, Cost, e norme di produzione cui la legge regionale deve conformarsi.

Si è sempre discusso in merito al rapporto fra legge statale di principio e legge regionale di dettaglio. Alcuni Autori spiegano la prevalenza delle norme di principio statale in termini di superiorità gerarchica. Tuttavia, la dottrina maggioritaria è concorde nel ritenere che nella prevalenza della legge statale di principio nei confronti di quella regionale di dettaglio non si esprime la superiorità gerarchica della prima nei confronti della seconda, ma una "qualità", ossia un modo di disporre della medesima legge statale che condiziona la corrispondente legge regionale. Questa condizionalità sarebbe, appunto, secondo tale orientamento dottrinale, caratteristica tipica della competenza e non della gerarchia, perché deriverebbe dal *modus operandi*, e non dalla forza formale di cui la legge statale sarebbe dotata⁴³⁷.

⁴³⁷ *Idem*, 164-166.

-CAPITOLO 5-

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Siamo giunti a conclusione della presente ricerca che, muovendo dall'esegesi del principio di sussidiarietà, esaminato, prima, nel suo significato storico e filosofico e poi come recepito a livello di diritto positivo negli ordinamenti stranieri (Costituzione statunitense, Trattato di Maastricht, Legge fondamentale tedesca ed, infine) ed in quello italiano, deve, ora, affrontare la questione dell'incidenza del principio de quo all'interno del nostro sistema delle fonti.

La sussidiarietà, fin dal suo inserimento nel diritto comunitario, si è presentata quale criterio che prescinde dalla titolarità delle competenze e privilegia il livello di azione più adeguato allo scopo.

La costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà in Italia e, quindi, il suo inserimento nel sistema delle fonti interno, è il risultato da una parte della pressione sempre più crescente derivante dal processo di integrazione europea, dall'altra della trasformazione in senso federale della nostra forma di Stato.

Recepito nella sua versione verticale dall'art. 118 Cost. il principio di sussidiarietà ha riscritto interamente il sistema delle competenze amministrative. Questo, infatti, appare non più ispirato al vecchio criterio del parallelismo fra potestà legislativa e potestà amministrativa, ma ad un criterio flessibile che lega la competenza al fine, al raggiungimento di uno scopo,

la cui realizzazione chiama in causa il livello di potere più adeguato.

Abbiamo visto nel capitolo dedicato all'interpretazione della Corte Costituzionale del principio in esame, che la ripartizione delle competenze legislative delineate nel testo costituzionale potrebbe essere modificata nel caso in cui il legislatore statale, attraendo a sé una funzione amministrativa in una materia oggetto, di competenza concorrente, debba anche, in ossequio al principio di legalità, disciplinarne il relativo contenuto normativo. In questo modo, secondo la Consulta, una materia, attribuita dalla Costituzione al concorso fra Stato e Regione, diventerebbe di competenza esclusiva statale indipendentemente dal procedimento di cui all'art. 138 Cost. In altri termini, a detta della Corte costituzionale si verificherebbe uno *spostamento* di competenze dalle *Regioni* allo *Stato* (e viceversa).

Constatata, dunque, l'incidenza del principio di sussidiarietà, così come interpretato dalla Corte stessa, sulla portata del criterio della competenza, abbiamo ritenuto opportuno soffermarci su quest'ultimo. Abbiamo, quindi, analizzato il criterio della competenza sia nei suoi presupposti teorici che nelle sue applicazioni pratiche. In particolare, abbiamo ripercorso brevemente l'evoluzione del pensiero intorno all'emergere del concetto in questione da Zanobini fino a Crisafulli, rilevando le diversità e gli aspetti di continuità presenti in questi Autori.

A questo punto spiegheremo le motivazioni in forza delle quali, a nostro avviso, si dovrebbe propendere per l'accoglimento, nel nostro ordinamento, di una concezione

statica e non dinamica della sussidiarietà, e perché quest'ultima, secondo la versione accolta nel nostro testo costituzionale, non possa spingersi oltre la competenza e, quindi, apportare modifiche al riparto delle funzioni legislative così come definite dall'art. 117 Cost. A tale scopo, individueremo, innanzitutto, le principali differenze (strutturali ed applicative) che intercorrono fra la *sussidiarietà* da una parte e la *competenza* dall'altra: la prima intesa come mero principio costituzionale e procedurale di natura statica; la seconda, invece, come criterio ordinatore del sistema delle fonti.

Ci richiameremo, poi, al principio di legalità e di rigidità della Costituzione (*rectius*, legalità costituzionale) al fine di dimostrare l'inesattezza del ragionamento seguito dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 303 del 2003, evocativa di una dimensione dinamica della sussidiarietà.

5.1. Differenze sostanziali e strutturali fra principio di sussidiarietà e criterio di competenza.

Riprendendo brevemente quanto già ampiamente illustrato nei capitoli precedenti, competenza e sussidiarietà presentano le seguenti *differenze sostanziali e strutturali*:

a) la sussidiarietà nell'ordinamento italiano è, innanzitutto, un *concetto di relazione*. Essa concerne il rapporto fra due o più soggetti ugualmente competenti ad intervenire in un determinato ambito, con la conseguenza che se una disposizione stabilisce che un certo potere appartiene soltanto ad un determinato soggetto, il principio di sussidiarietà è, per definizione, escluso. La sussidiarietà è, quindi, incompatibile

con qualsiasi forma di riserva. L'una esclude l'altra, e così viceversa.

La competenza presenta, invece, una *struttura di tipo triadico*: una norma di rango superiore (disposizione costituzionale) distribuisce una determinata materia tra due fonti di livello inferiore, le quali coprono, pertanto, sfere distinte. Può, anche, verificarsi l'ipotesi che una disposizione costituzionale *riservi* esclusivamente un certo settore ad una determinata fonte, (es.: regolamenti parlamentari), con la conseguenza che qualsiasi *altra fonte normativa* che intervenga in tale ambito riservato sarebbe *invalida* perchè *incompetente*.

Il criterio della competenza, diversamente dalla sussidiarietà, è, infatti, compatibile con l'istituto della riserva (riserva di legge statale, riserva di legge regionale, riserva di regolamento). Anzi, l'idea della riserva richiama il concetto stesso di limite caratterizzante la competenza.

Più precisamente, una riserva di legge (ad esempio), nel suo aspetto negativo pone una norma sulla competenza normativa, la quale assume un ambito più o meno ampio, a seconda del modo con cui essa viene stabilita. Concepire, inoltre, la riserva di legge come riserva di competenza comporta l'applicabilità del trattamento giuridico che il nostro ordinamento prescrive per le norme sulla competenza, come il principio della inderogabilità delle competenze. Questo, a sua volta, implica che neanche la legge possa delegare ad un'altra fonte la disciplina della materia riservata, a meno che la legge stessa, qualora si tratti di riserva effettuata da disposizioni

legislative o da norme costituzionali in regime di costituzione flessibile, non possa derogare alla fonte della riserva *de qua*⁴³⁸.

b) La sussidiarietà costituisce “un criterio in base al quale un tipo di azione spetta prioritariamente ad un determinato soggetto di livello inferiore rispetto ad un altro e può essere svolto in tutto o in parte da un altro soggetto, al posto o ad integrazione del primo, se solo se il risultato di tale sostituzione è migliore (o si prevede migliore) di quello che si avrebbe o si è avuto senza tale sostituzione”⁴³⁹.

Così concepita, la sussidiarietà si presenta, innanzitutto, come un *principio (rectius, criterio)* di natura *non sostanziale* ma *procedurale*. Essa, infatti, *non* dice una volta per tutte a chi spetta una determinata funzione, bensì quale ragionamento bisogna fare per individuare il soggetto competente⁴⁴⁰.

Tuttavia, come è facile dedurre da una mera lettura del testo costituzionale, non sono rinvenibili in Costituzione le regole applicative del principio in questione e neanche i parametri o gli

⁴³⁸ BALDUZZI-SORRENTINO, *Riserva di legge* (voce), in *Enc.Dir.* 1207 ss. Vedi in part. pag. 1209: “(...) la riserva di legge, nel suo aspetto negativo pone una norma sulla competenza normativa (...) concepire la riserva di legge come riserva di competenza comporta poi tutte le conseguenze che discendono dal mero trattamento giuridico che l’ordinamento dà alle norme sulla competenza. Nel nostro ordinamento, per quanto qui interessa, vengono in considerazione il principio di inderogabilità delle competenze e quello secondo cui l’osservanza delle norme di competenza va valutata con riferimento al momento in cui l’atto viene emanato e non a quello successivo in cui esso dispiega (e continua a dispiegare) i propri effetti (*tempus regit actum*). Ne deriva allora, quanto al primo punto, che nemmeno la legge, destinataria della riserva, non può demandare ad altre fonti la disciplina della materia riservata, a meno che essa non abbia, vuoi perché è posta da fonte legislativa, vuoi perché è posta bensì da disposizioni costituzionali, ma in regime di costituzione flessibile, il potere di derogare alla disposizione che pone la riserva di legge”.

⁴³⁹ RESCIGNO G.U., *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit. 14-17.

⁴⁴⁰ *Ibidem*.

elementi in base ai quali un determinato soggetto deve essere preferito al posto di un altro ugualmente competente⁴⁴¹.

L'articolo 118 Cost. si limita, infatti, ad enunciare il principio di sussidiarietà in maniera generica e senza definirlo, rimandando ad una legge successiva l'allocazione delle funzioni amministrative da effettuare nel rispetto del principio di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione. Allo stesso modo, l'articolo 120 Cost. stabilisce, all'ultimo comma, che "(...) la legge definisce le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione". A sua volta, l'articolo 7, commi 1 e 2, della Legge La Loggia, attuativa del titolo V della Costituzionale, nell'indicare i criteri da seguire nella distribuzione delle funzioni amministrative, si riferisce genericamente alle *esigenze di unitarietà, di buon andamento, di efficienza o efficacia dell'azione amministrativa, a motivi funzionali ed economici, territoriali*, e così via.

La sussidiarietà è, dunque, un concetto non definito, la cui indeterminatezza si riverbera, come è ovvio, sulla sua effettività e sulla sua giustiziabilità. In particolare, essa costituisce un *principio d'ordine costituzionale*, la cui previsione è rinvenibile nell'articolo 118 Cost. Conseguentemente, la sussidiarietà deve ritenersi subordinata alla Costituzione ed, *a fortiori*, alle leggi di revisione costituzionale di cui all'articolo 138 Cost. Ne deriva che le regole, in base alle quali una determinata competenza è attribuita dalla Costituzione stessa ad un certo soggetto, possono essere modificate soltanto attraverso l'*iter* previsto e

⁴⁴¹ *Ibidem*.

disciplinato dalla disposizione in questione, e non facendo semplicemente riferimento al principio di sussidiarietà.

La competenza costituisce, invece, *misura di validità* degli atti normativi e *criterio formale ordinatore del sistema delle fonti*, che si affianca (e non si sostituisce) a quello gerarchico ormai insufficiente, data la varietà di tipologie di fonti normative introdotte con l'avvento della Costituzione Repubblicana e non previste dall'articolo 1 delle Disposizioni sulla legge in generale del 1942.

Più precisamente, come abbiamo già specificato nel precedente capitolo, l'adozione di una Costituzione rigida, in luogo di quella flessibile dello Statuto albertino, ha, innanzitutto, ridimensionato fortemente l'idea, fondante dello Stato di diritto, dell'onnipotenza della legge parlamentare. Questa è, infatti, assoggettata alle norme costituzionali ed ai limiti (negativi) di materia, ponendosi in rapporto di separazione, e non di prevalenza come nelle relazioni gerarchiche, nei confronti delle fonti autorizzate dalla Costituzione stessa a disciplinare in modo esclusivo gli oggetti rientranti in quegli ambiti che le sono stati sottratti⁴⁴².

In estrema sintesi, il criterio della competenza si applica, quando si verificano le seguenti tre condizioni:

-vi è un conflitto tra norme provenienti da fonti diverse;

⁴⁴² Più precisamente, È possibile rinvenire a livello primario più atti normativi, le cui relazioni non si traducono in casi di sovra o sott'ordinazione, ma di separazione, atteso che ogni fonte è competente in un determinato ambito soltanto e viene considerata invalida (e quindi annullata) qualora invada settori ad essa non riservati. L'impostazione accolta, pertanto, nella presente ricerca è quella secondo la quale il criterio della competenza integra quello della gerarchia senza, però, assorbirlo completamente. Detto diversamente, la gerarchia continua a mantenere un ruolo fondamentale come criterio di risoluzione delle antinomie e di strutturazione dell'ordinamento (VIGNUDELLI, *Diritto Costituzionale*, cit. 185-186).

-tra le fonti *de quibus* non sussiste nessuna relazione di tipo gerarchico, in quanto si trovano sullo stesso piano nella gerarchia delle fonti;

-i rapporti tra le due fonti sono, tuttavia, disciplinati da una norma gerarchicamente superiore, che attribuisce ad ognuna di queste la propria sfera di competenza, cosicché è possibile stabilire *a priori* quale fonte sia competente.

c) Il criterio della competenza è strettamente legato al problema della validità/invalidità delle norme dell'ordinamento giuridico. Attraverso, infatti, i meccanismi procedurali di formazione del diritto è possibile sapere, con relativa certezza, quali norme possono essere considerate valide e quali, al contrario, sono state emanate in assenza dei presupposti costituzionali di validità.

Diversamente, i dispositivi di sussidiarietà non danno luogo a vizi di invalidità. La scelta per un livello competenziale, giudicato più adeguato ed efficiente rispetto ad un altro ugualmente competente, non comporta l'invalidità di quest'ultimo, ma solo la *non-preferenza* per quel livello. Più precisamente, entrambi i soggetti sono costituzionalmente titolari della medesima competenza ad intervenire nello stesso settore; tuttavia, uno dei due è considerato, in base alle circostanze concrete, più adatto al perseguimento dell'azione⁴⁴³.

Ad esempio, gli effetti transfrontalieri possono giustificare in una materia, oggetto di competenza concorrente, il ricorso all'azione comunitaria in luogo di quella nazionale. Si tratta di un'applicazione del principio di sussidiarietà che, però, non

⁴⁴³ MOSCARINI, *Competenza e Sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit. 332 ss.

incide sulla titolarità della relativa competenza a produrre norme ed assumere decisioni amministrative, la quale rimane riservata al singolo Stato ogni volta che detti effetti transfrontalieri non si verificano. La scelta, inoltre, per il livello comunitario dell'azione, diversamente da quella ispirata al principio di competenza, deve essere *motivata e giustificata* e non esclude affatto la competenza dell'altro livello.

In altri termini, la *competenza* presuppone una scelta univoca e tendenzialmente statica a favore dell'unico livello di governo ritenuto competente in base alle norme sulla produzione. Essa non necessita di nessun obbligo motivazionale. Al contrario, la sussidiarietà ammette la contitolarità delle competenze in capo a soggetti diversi ed è indifferente alle norme sulla produzione. La preferenza per un livello di governo invece che un altro alla stregua della sussidiarietà deve, pertanto, rispondere ad un *obbligo di motivazione* e di giustificazione⁴⁴⁴.

Ed ancora:

d) I dispositivi di competenza si richiamano ad una norma sulla produzione. Questa crea uno schema di comportamento, il quale disciplina una procedura che definisce le condizioni di validità della norma. Viceversa, negli enunciati della sussidiarietà non è possibile rinvenire la struttura "norma sulla produzione-norma prodotto". I dispositivi di sussidiarietà non presuppongono, infatti, una procedura formale, ma una mera *direttiva* di comportamento consistente nella scelta per il mezzo più adeguato allo scopo.

⁴⁴⁴ *Ibidem.*

e) I dispositivi di competenza sono caratterizzati da un'attitudine *monodirezionale*, nel senso che operano a favore di un'unica norma ritenuta competente. Diversamente, i dispositivi di sussidiarietà possono preferire il livello più vicino al cittadino come, all'inverso, promuovere l'azione centrale. Essi operano, dunque, secondo una prospettiva *pluri o multidirezionale*. Il primo comma dell'articolo 118 Cost. nell'allocare, infatti, le funzioni amministrative, chiama in causa diversi livelli di governo territoriali, tutti ugualmente competenti: il Comune, la Provincia, la Città metropolitana, la Regione ed, infine, lo Stato.

Al contrario, il 2° e 4° comma dell'art. 117 Cost. si riferiscono, rispettivamente, al legislatore statale (2° comma) ed al legislatore regionale (4° comma), come gli unici soggetti competenti a disciplinare le materie loro attribuite dalla Costituzione. Allo stesso modo, il comma 3 del citato articolo riparte le materie, oggetto di competenza concorrente, fra questi due soggetti, attribuendo al primo (legislatore statale) la disciplina di principio, ed al secondo (legislatore regionale), la disciplina di dettaglio. Di conseguenza, il legislatore statale e quello regionale sarebbero competenti ad intervenire nello stesso ambito ma in *modo diverso* (c.d. competenza legislativa concorrente o, meglio, ripartita).

f) Un'altra importante differenza consiste nel diverso contesto politico-istituzionale in cui la competenza e la sussidiarietà sono state elaborati. Più precisamente, l'emergere definitivo del criterio di competenza si attua con l'avvento della

Costituzione rigida, la quale segna la crisi della centralità e della onnipotenza della legge, del principio di separazione dei poteri e della statualità della sovranità a favore del pluralismo. La sussidiarietà appartiene, invece, al “diritto mite”, alla crisi del sistema delle fonti. Essa è, inoltre, legata alla tradizione costituzionale di tipo federale che favorisce il livello di governo locale ed il coinvolgimento e la partecipazione dei cittadini.

g) La competenza costituisce un *criterio formale*, privo di contenuti di valore; al contrario, la sussidiarietà è intrisa di contenuti di valore: quello della democrazia, del pluralismo, della solidarietà. La sussidiarietà, nella versione accolta nella Costituzione italiana, si presenta, infatti, come un *principio politico*, vale a dire come criterio o valore piuttosto che come regola giuridica immediatamente applicativa.

h) Un’ulteriore differenza riguarda il rapporto con la *legalità*. In un ordinamento ispirato al principio della competenza, la legalità dell’azione si esprime nel rispetto formale delle regole stabilite *a priori* dalle norme sulla produzione.

Più precisamente, nel sistema precedente la Costituzione repubblicana, la legalità era intesa come *legalità ordinaria*, in quanto la legge era la fonte superprimaria considerata capace di creare nuove norme e di ritagliare a favore di queste ultime precisi spazi di autonomia.

Con l’avvento dello Stato costituzionale contemporaneo, nasce una forma di legalità superiore, la *legalità costituzionale*, la quale, scontrandosi con la legalità ordinaria di tradizione

liberale, trasforma completamente i *rapporti* intercorrenti fra la *legge* e le *altre fonti*. Questi, infatti, non sono più spiegabili esclusivamente sulla base del criterio gerarchico. Occorre, al contrario, fare ricorso al diverso criterio della competenza al fine di ordinare il sistema delle fonti e di risolvere i possibili contrasti nascenti tra le norme poste da fonti diverse.

La legge perde la posizione di supremazia che aveva nel sistema precedente la Costituzione del 48, e si vede affiancata da altre fonti normative, le quali possono essere rispetto ad essa pariordinate e separate allo stesso tempo: pariordinate, perché si trovano sul medesimo gradino della scala gerarchica; separate, in quanto competenti soltanto in precisi e limitati ambiti materiali stabiliti *a priori* dalla Costituzione. Di conseguenza, ogni eventuale intrusione della legge in tali settori (e viceversa) è da ritenersi invalida e, quindi, sindacabile dalla Corte costituzionale.

Diversamente, in un ordinamento improntato alla sussidiarietà, le condizioni della legalità non sono stabilite una volta per tutte *a priori*, ma *a posteriori* in seguito a valutazioni di opportunità e di adeguatezza. In altri termini, mentre la scelta a favore del soggetto competente è effettuata sulla base del mero rispetto formale delle norme sulla produzione, con la conseguenza che essa può anche risultare non-economica o insufficiente, i dispositivi della sussidiarietà sono motivati da ragioni, attenti a valutazioni in termini di proporzionalità, di differenziazione e di adeguatezza. Differenziazione e adeguatezza sono considerati, infatti, applicazioni concrete della sussidiarietà (art. 118, comma 1, Cost.).

Riassumendo:

a) la *sussidiarietà* è principio d'ordine costituzionale non definito in Costituzione (c.d. *sussidiarietà procedurale*), in base al quale sono ripartite le competenze amministrative con preferenza per il livello comunale; la *competenza* è un criterio formale ordinatore del sistema delle fonti e di risoluzione delle antinomie normative. Essa è ben definita in Costituzione.

b) Scopo della *sussidiarietà* è di allocare le competenze amministrative al livello più adeguato; l'obiettivo della *competenza* è, invece, di eliminare le antinomie verificatesi all'interno dell'ordinamento e, quindi, di ripristinare la coerenza al suo interno.

c) La *sussidiarietà* risponde ad una logica di preferenza, la *competenza* di validità.

d) La *sussidiarietà* consiste in una scelta non univoca, effettuata *a posteriori* e che deve sempre essere concretamente motivata; la *competenza* fa, invece, riferimento ad una norma sulla produzione, la quale individua *a priori* l'unica scelta astrattamente possibile. Nessun obbligo di motivazione è richiesto.

e) La *sussidiarietà*, infine, è un concetto di relazione, in quanto esprime la preferenza nei confronti di uno dei due (o più) soggetti competenti. Essa si rivolge, innanzitutto, ai soggetti pubblici o privati; la *competenza* è, invece, un criterio composito che si riferisce direttamente alle norme individuando quella validamente applicabile.

*5.2. Critica alla sentenza n. 303 del 2003 della Corte costituzionale:
il principio di legalità e di rigidità della Costituzione*

Effettuate le suesposte considerazioni in ordine alla struttura della sussidiarietà e della competenza, ed evidenziate le rispettive differenze, occorre, ora, chiedersi se nel nostro ordinamento giuridico *la sussidiarietà sia caratterizzata da un'attitudine ascensionale tale da potere scavalcare la distribuzione delle competenze legislative definite dall'art. 117 Cost*, così come vorrebbe la Corte Costituzionale con la sentenza n. 303 del 2003.

Ripercorrendo rapidamente quanto già spiegato nel capitolo 3 della presente sezione, il ragionamento sviluppato dalla Corte può essere sintetizzato nel seguente modo: in base al principio di sussidiarietà verticale di cui all'art. 118, comma 1, Cost. possono manifestarsi esigenze di esercizio unitario di una determinata funzione amministrativa, tali da dovere collocare la relativa titolarità a livello statale. Tuttavia, non potendo tale circostanza "restare senza conseguenze sull'esercizio della funzione legislativa" (punto 2.1.), entrerebbe allora in gioco il principio di legalità (o del parallelismo rovesciato delle funzioni), il quale impone che l'esercizio di quella funzione amministrativa venga anche disciplinata con legge necessariamente statale.

Come già rilevato in precedenza, non è chiaro in questa sentenza se il meccanismo, per cui l'attrazione di funzioni amministrative a livello statale comporta anche quella delle corrispondenti competenze legislative, valga solo per le materie oggetto di competenza concorrente o anche per quelle residuali. Il ragionamento della Corte sembrerebbe, tuttavia, propendere per la seconda soluzione, atteso che essa afferma che: "Limitare

l'attività unificante dello Stato alle sole materie espressamente attribuitegli in potestà esclusiva o alla determinazione dei principi nelle materie di potestà concorrente" significherebbe "svalutare oltremisura istanze unitarie" da garantire sull'intero territorio nazionale (punto 2.1. del *Considerato in diritto*).

Al di là di tali precisazioni, secondo la Corte la sussidiarietà avrebbe un'*attitudine ascensionale*, per cui si potrebbe sempre arrivare allo Stato anche scavalcando il riparto delle competenze legislative indicato dalla Carta costituzionale. In altre parole, per la Consulta, la sussidiarietà andrebbe *oltre la competenza*, dal momento che l'attrazione delle funzioni amministrative a livello dell'ente più elevato non si arresterebbe neanche di fronte alla titolarità della funzione legislativa di cui all'art. 117 Cost.

Come opportunamente rilevato dal Gentilini, il ragionamento seguito dalla Corte costituzionale in questa sua pronuncia presenta diversi aspetti critici e problematici che vanno a collidere con il principio di⁴⁴⁵:

- a) legalità;
- b) rigidità della costituzione.

Principio di legalità

Il rapporto fra legge-amministrazione si esprime in una sorta di "*filiazione*" fra potestà legislativa e funzione amministrativa, nel senso che la seconda deriva dalla prima. Pertanto, nel caso in cui sia assunto il principio di legalità in senso sostanziale, deve essere la legge regionale, se la materia è regionale, o nazionale, se la materia è, invece, statale, a dare corpo alla corrispondente funzione amministrativa indicando contenuti,

⁴⁴⁵ In tale senso vedi GENTILINI, *Dalla sussidiarietà amministrativa alla sussidiarietà legislativa, a cavallo del principio di legalità*, cit. 2805 ss;

requisiti, estensione, compiti e finalità della stessa. Nell'ipotesi in cui il principio di legalità sia assunto in senso meramente formale, esso impone che esista almeno una legge che autorizzi l'esercizio della funzione amministrativa⁴⁴⁶.

⁴⁴⁶ Come rilevato dal Vignudelli, *Diritto costituzionale* cit., il principio di legalità costituisce la *pietra angolare* dell'intero sistema normativo. Infatti, in seguito all'instaurazione dello Stato di diritto, la fonte normativa per eccellenza era rappresentata dalla legge stessa, in quanto espressione della sovranità popolare. Tale superiorità della legge si esprimeva, appunto, già nel XIX secolo, nel principio di legalità, vale a dire nella soggezione alla volontà del Parlamento del potere giurisdizionale e di quello esecutivo. In uno Stato, dunque, che può definirsi liberal-democratico, come il nostro, il principio di legalità, *instaurando un rapporto di derivazione/condizionamento tra atti del potere legislativo ed atti dei poteri esecutivo/giurisdizionale, e facendo ciò in virtù dell'attribuzione alla legge di uno specifico valore che la rende "superiore" rispetto alle altre manifestazioni di volontà (atti) degli altri poteri (legge come manifestazione di volontà – atto – del titolare della sovranità – popolo –), tende a manifestarsi, per dirla con Carlssare, secondo il seguente meccanismo: il popolo esercita la sovranità, ponendo le regole generali cui tutti, giudici, funzionari e lo stesso Capo dello Stato dovranno conformarsi".*

Tanto premesso, il principio di legalità può assumere diversi livelli di intensità e, per la precisazione, tre. Si distingue, infatti:

a) *preferenza di legge*, la quale si limita a sancire l'invalidità degli atti subprimari in contrasto con la stessa. Concepito in questo senso, il principio di legalità si presenta quale criterio gerarchico utilizzato al fine di risolvere le antinomie c.d. reali all'interno del sistema delle fonti.

b) *Legalità in senso formale*, in forza della quale un atto, per essere valido, non deve essere semplicemente compatibile con la legge, ma deve anche essere da quest'ultima espressamente autorizzato (*an*).

c) *Legalità in senso sostanziale*, in base alla quale il legislatore non solo autorizza formalmente l'attività dei soggetti destinatari, ma ne disciplina anche il contenuto (*an e quomodo*).

Per quanto riguarda la relazione con il destinatario della legalità, occorre procedere analizzando separatamente il rapporto con il potere giurisdizionale, esecutivo/amministrativo e legislativo.

1) *Principio di legalità e potere legislativo*. Per quanto riguarda il potere legislativo è ovvio che il principio di legalità non può trovare applicazione. Il Parlamento, infatti, in quanto titolare della funzione legislativa, non può vincolare se stesso. Una soluzione diversa sarebbe, addirittura, assurda, atteso che significherebbe che la legge, l'atto per eccellenza del Parlamento ed a cui gli altri poteri sono subordinati, sia soggetta alla legge!

Il principio di legalità può trovare applicazione solo quando l'atto tipico del potere destinatario (sentenza del giudice; provvedimento amministrativo della Pubblica Amministrazione) sia diverso dall'atto verso il quale esiste l'obbligo di conformarsi, vale a dire la legge. Relativamente al potere legislativo, si può, al massimo, parlare di *principio di legalità costituzionale*, dal momento che la legge è, comunque, subordinata alla Costituzione e alle leggi costituzionali, in quanto fonti *subprimarie*. Una

Tanto premesso, nella pronuncia in esame la Corte costituzionale scinde il *disporre* (ossia la potestà legislativa ordinaria) dal *provvedere* (ossia la potestà amministrativa) nel seguente modo: affida il *disporre* su una determinata materia alla

legge, infatti, contraria alla Costituzione o alle leggi costituzionali sarebbe invalida e, quindi, sarebbe annullata dalla Corte Costituzionale in applicazione del c.d. criterio gerarchico.

II) *Principio di legalità e potere giurisdizionale*. Al potere giurisdizionale deve applicarsi il principio di legalità in senso sostanziale. La funzione giurisdizionale viene, infatti, considerata un'attività interamente vincolata alla legge, nel senso che essa non è né libera come la legislazione, né discrezionale come l'attività amministrativa. Di conseguenza, il legislatore non solo deve autorizzare l'attività del Giudice, ma deve anche disciplinarne il contenuto. A tale riguardo, l'articolo 101 Cost. stabilisce chiaramente che i giudici sono soggetti (solo) alla legge, sulla base della quale devono formulare i propri provvedimenti. Ed ancora, l'articolo 25 Cost. affermando che nessuno può essere punito se non in forza di una legge, dà luogo ad una ipotesi di riserva assoluta di legge. Si possono, dunque, trarre le seguenti considerazioni: innanzitutto, i provvedimenti dei giudici devono essere fondati su di una legge ed essere a questa conformi. In secondo luogo, i Giudici devono esclusivamente applicare la legge, nel senso che essi possono soltanto interpretare le norme giuridiche rimanendo, però, fermamente ancorati ai relativi testi legislativi, mentre non sono autorizzati a crearne di nuove.

III) *Principio di legalità e potere esecutivo*. Nei confronti del potere esecutivo, il principio di legalità si atteggia in senso meramente formale, in forza del quale gli atti della Pubblica Amministrazione devono essere previsti dalla legge, non essendo sufficiente la loro mera compatibilità con la stessa, e non essendo neanche richiesta una conformità di tipo sostanziale come per il potere giurisdizionale. Si ritiene, inoltre, che sia necessaria un'apposita autorizzazione per ogni singola manifestazione dell'attività dell'esecutivo. A tale riguardo si richiama l'art. 97 Cost. il quale stabilisce che le competenze e le attribuzioni degli uffici, vale a dire l'oggetto e la tipologia dei provvedimenti stessi, devono essere stabiliti dalla legge. Lo stesso per i ministeri di cui all'art. 95, comma 3, Cost.

A tale conclusione la dottrina è pervenuta, rinvenendo il fondamento normativo del principio di legalità nei confronti dell'Esecutivo-Amministrazione nell'articolo 101, comma 2, Cost. nella parte in cui stabilisce che il "giudice è soggetto solo alla legge, per cui "nel decidere qualunque controversia a lui sottoposta (...) potrà applicare diritto oggettivo diverso da quello legislativo solo se le regole di tale "diritto" siano ammesse o previste dalla "legge" in senso tecnico (o, più esattamente, da "atti legislativi")" (FOIS). Il Giudice, dunque, può dare applicazione agli atti del potere esecutivo soltanto se questi ultimi sono fondati sulla legge, in caso contrario egli deve negarla. Inoltre, ogni atto del potere esecutivo è soggetto al controllo giurisdizionale di legalità, atteso che l'articolo 113, comma 1, Cost, dichiara che contro ogni atto della Pubblica amministrazione lesivo di un diritto è sempre ammessa la tutela giurisdizionale (VIGNUDELLI, Diritto Costituzionale, cit. 215-223).

Regione, ed il *provvedere*, in applicazione del *principio di sussidiarietà, allo Stato; quest'ultimo, dunque, provvede*, ma, prima di *provvedere, dispone*, vale a dire legifera. Di conseguenza, lo Stato può legiferare anche su materie relativamente alle quali non ha potestà legislativa.

È chiaro che tale ricostruzione della Corte costituzionale rappresenta un *vulnus* al tradizionale rapporto legge-amministrazione, il quale è completamente capovolto: non è più la potestà amministrativa che deriva dalla legge, ma è la legge che deriva dalla potestà amministrativa.

Solo apparentemente il principio di legalità (sostanziale o formale) sembrerebbe rispettato. Ma non è così. La competenza legislativa statale scatterebbe, infatti, solo *dopo* l'acquisto da parte dello Stato della relativa funzione amministrativa in sussidiarietà. Al contrario, in un ordinamento improntato al principio di legalità (sostanziale o formale), come il nostro sistema costituzionale, *è la legge, e dev'essere la legge, in ogni materia a parlare per prima*⁴⁴⁷, con la conseguenza che *finché la legge non parla, l'attività amministrativa non esiste*⁴⁴⁸.

⁴⁴⁷ CARLASSARE, *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quad. Cost.* n. 1 del 1990, 25.

⁴⁴⁸ GENTILINI, *Dalla sussidiarietà amministrativa alla sussidiarietà legislativa, a cavallo del principio di legalità*, cit. 2811.

Il Gentilini giustamente rileva che, nel discorso svolto dalla Corte costituzionale nella pronuncia n. 303 del 2003, sembrerebbe che la funzione amministrativa in una materia regionale esista prima ed a prescindere dalla legge regionale su quella stessa materia. Ciò sarebbe riconducibile all'attitudine ascensionale propria della sussidiarietà, la quale sarebbe, per così dire, mossa dal legislatore.

A questo punto, l'Autore si chiede come possa un soggetto giuridico interessarsi a tale procedimento di "sussidiarizzazione" se nella materia in questione egli non dispone della competenza più elevata, *la competenza che autorizza a parlare*, ossia la competenza legislativa. Egli, inoltre, in merito a quanto affermato dalla Corte costituzionale nel punto 2.1. del *Considerato in diritto* ("il principio di legalità impone che anche le funzioni assunte in sussidiarietà siano organizzate e regolate dalla legge"), si pone l'ulteriore domanda di come si possano assumere funzioni amministrative senza una

Diversamente, stando al ragionamento della Corte, non sarebbe la legge a fondare la funzione legislativa, ma la competenza amministrativa, la quale, in virtù della flessibilità del meccanismo in questione, legittimerebbe l'intervento statale negli ambiti di cui ai commi 3 e 4 dell'articolo 117 della Costituzione⁴⁴⁹.

In definitiva, assunto il principio di legalità in senso sostanziale, è la legge, regionale, se si tratta di una materia di competenza delle Regioni, o statale, se si tratta, viceversa, di una materia spettante allo Stato, a dovere fondare la funzione amministrativa, indicando natura, compiti, finalità, e così via. Senza tale legge, la funzione amministrativa non esisterebbe. Alla medesima conclusione si perviene anche nell'ipotesi in cui si versi in un ordinamento ispirato ad un principio di legalità formale, dal momento che è, sempre e comunque, necessaria una legge che almeno autorizzi formalmente l'esercizio della funzione amministrativa.

previa legge, dal momento che secondo questo assunto sembrerebbe che le funzioni amministrative prima si assumano in forza del principio di sussidiarietà e poi si disciplinino con legge nel rispetto del principio di legalità (GENTILINI, *op.ult.cit.* 2811-2812).

⁴⁴⁹ Sul rovesciamento del rapporto fra legge-amministrazione cfr. punto 16 del *considerato di diritto*: "Non può negarsi che l'inversione della tecnica di riparto delle potestà legislative e l'enumerazione tassativa delle competenze dello Stato dovrebbe portare ad escludere la possibilità di dettare norme suppletive statali in materie di legislazione concorrente, e tuttavia una simile lettura dell'art. 117 Cost. svaluterebbe la portata recettiva dell'art. 118, comma primo, che consente l'attrazione allo Stato, per sussidiarietà e adeguatezza, delle funzioni amministrative e delle *correlative funzioni legislative*, come si è già avuto modo di precisare. La disciplina statale di dettaglio a carattere suppletivo determina una temporanea compressione della competenza legislativa regionale che deve ritenersi non irragionevole, finalizzata com'è ad assicurare l'immediato svolgersi di funzioni amministrative che lo stato ha attratto per soddisfare esigenze unitarie e che non possono essere esposte al rischio della ineffettività (...)"

È, pertanto, evidente che la Corte costruisce il suo ragionamento basandosi su di un presupposto, il principio di legalità, interpretato in senso contrario: la Consulta, nello scindere il *disporre* dal *provvedere*, ha erroneamente considerato il primo una derivazione del secondo, con la conseguenza che l'intera sua argomentazione ne risulta inficiata *ab origine*. Esemplificativo di ciò è il punto 16 del Considerato di diritto, dove la Corte afferma che l'art. 118, comma 1, Cost. "consentirebbe l'attrazione allo Stato, per sussidiarietà e adeguatezza, delle funzioni amministrative e delle *correlative* funzioni legislative"⁴⁵⁰. Non sarebbero, dunque, le funzioni amministrative a derivare da quelle legislative, ma queste ultime dalle prime, in quanto "correlative" rispetto alle stesse funzioni amministrative.

In altri termini, secondo la Consulta le funzioni amministrative *prima* si assumono in sussidiarietà e *poi* si disciplinano con legge⁴⁵¹. Al contrario, il principio di legalità

⁴⁵⁰ Il punto 16 del considerato in diritto è esemplificativo dell'errore condotto dal ragionamento della Corte, atteso che la Consulta riferisce il termine "correlativo" alle funzioni legislative come se fossero queste ultime a derivare dalle funzioni amministrative. Il termine "correlativo" dovrebbe, al contrario, essere posto accanto all'espressione "funzioni amministrative", dal momento queste traggono origine dalle potestà legislative. In altri termini, non "le funzioni amministrative e *correlative* funzioni legislative", bensì "le funzioni legislative e *correlative* funzioni amministrative".

⁴⁵¹ Più precisamente, il Gentilini evidenzia che, la Corte, secondo il tenore di questa sua pronuncia, affida il *disporre* su una materia alla Regione e il *provvedere*, in applicazione del principio di sussidiarietà, allo Stato, con la conseguenza che lo Stato legifera su di una materia in ordine alla quale non ha nessuna competenza legislativa. In proposito, l'Autore opportunamente rileva che se è vero che prima viene la legge statale su una materia e poi la funzione amministrativa su quella stessa materia, per cui apparentemente il principio di legalità sembrerebbe salvo, tuttavia quella legge, che non sarebbe possibile ai sensi dell'articolo 117 Cost. è giustificata dalla Corte in base proprio alla scissione fra il *disporre* ed il *provvedere* operata dalla Consulta nella pronuncia *de qua* (GENTILINI, *Dalla*

esige che le funzioni amministrative *prima* si disciplinino con legge e *poi* si assumano in sussidiarietà. La Corte, dunque, volendo “salvare” il principio in questione ha finito, invece, per negarlo. Il principio di legalità, infatti, *arriverebbe per secondo*, con la conseguenza che le funzioni amministrative esisterebbero *al di fuori ed indipendentemente* dalla stessa legge⁴⁵².

Il ragionamento andrebbe, invece, impostato correttamente nel seguente modo: il principio di legalità impone che la legge decida chi debba assumere le funzioni in sussidiarietà. La sussidiarietà sarebbe, pertanto, soltanto uno dei diversi criteri che una Costituzione rigida può imporre al legislatore di tenere in considerazione nella distribuzione delle funzioni amministrative. Una mera direttiva di comportamento. Niente di più.

In questa prospettiva, l’articolo 117 Cost. stabilisce, al secondo comma, che: “Lo Stato ha la legislazione esclusiva *nelle* seguenti materie (...). Al terzo comma, l’articolo in esame aggiunge che: “Nelle materie, oggetto di competenza concorrente, spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato (...). Infine, al quarto comma, esso dispone che: “Spetta alle Regioni la potestà legislativa con riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato”.

La Costituzione affida, pertanto, alla potestà legislativa delle Regioni la disciplina delle materie loro assegnate, con la conseguenza che in questi settori deve essere la legge regionale

sussidiarietà amministrativa alla sussidiarietà legislativa, a cavallo del principio di legalità, cit. 2809).

⁴⁵²*Idem*, 2812.

a parlare per prima. Da ciò discenderebbe che una *funzione amministrativa possa essere assunta in sussidiarietà soltanto a scendere dal livello legislativo cui è affidata la funzione legislativa, e non anche a salire*⁴⁵³. Detto diversamente, le funzioni amministrative potrebbero essere attratte in sussidiarietà fino al livello dell'ente competente a definirle ed a disciplinarle.

Principio di rigidità della Costituzione.

Il principio di legalità, di cui abbiamo già parlato ampiamente in precedenza, costituisce un limite nei confronti dell'esecutivo. Esso, come è noto, non si rivolge al legislatore.

Diversamente, il principio di rigidità della Costituzione rappresenta un limite che anche il legislatore è tenuto ad osservare e rispettare. In particolare, la rigidità della Costituzione prescrive che il legislatore (statale o regionale che sia) rispetti la distribuzione delle competenze così come definita dalla fonte *super-primaria* e che qualsiasi modifica al testo costituzionale avvenga secondo la procedura aggravata di cui all'art. 138 della Costituzione⁴⁵⁴.

A tale riguardo, l'articolo 117 Cost. esordisce dicendo che: "La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni *nel rispetto* della Costituzione (...)". Ciò significa, innanzitutto, che il legislatore statale e regionale sono competenti solo nelle materie a questi assegnati dalla Carta Costituzionale. Di conseguenza, il principio di sussidiarietà non può essere invocato al fine di modificare la distribuzione delle competenze di cui all'art. 117 Cost. Detta disposizione stabilisce chiaramente che lo Stato ha una competenza esclusiva nelle materie

⁴⁵³ *Idem*, 2811.

⁴⁵⁴ *Ibidem*.

tassativamente elencate ed una quota di competenza concorrente, limitata ai soli principi fondamentali, nelle altre materie elencate al 3 comma del citato articolo. Per il resto, è competente la Regione, la quale può, infatti, intervenire in tutti quei settori che non rientrano nell'elenco di cui al 2° e al 3° comma dell'articolo in esame.

Deriva che, salvo il caso in cui con legge di revisione costituzionale non si voglia modificare questa distribuzione, non è possibile *spostare*, facendo ricorso al principio di sussidiarietà, una competenza dello Stato a favore della Regione o, viceversa, della Regione a favore dello Stato.⁴⁵⁵

Si tratterebbe di una violazione costituzionale, dal momento che la Costituzione indica esplicitamente il soggetto competente a disporre su di una determinata materia. L'unico modo, dunque, per apportare delle modifiche all'art. 117 Cost. è ricorrere alla procedura di cui all'art. 138 Cost. ossia ad una legge di revisione costituzionale.

La stessa Corte costituzionale, nella pronuncia *de qua* dichiara di accogliere una concezione *procedimentale della sussidiarietà*. Più precisamente, essa afferma: “(...) Poiché l'esigenza di esercizio unitario che consente di attrarre, insieme alla funzione amministrativa, anche quella legislativa, può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo alla presenza di una disciplina che prefiguri un iter in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovvero sia le intese, che devono essere condotte in base al principio di legalità” (punto 2.2. del Considerato in diritto).

⁴⁵⁵ RESCIGNO G.U., *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit. 21.

Riferita all'attività amministrativa, la concezione procedimentale della sussidiarietà comporta che l'intesa, eventualmente raggiunta fra Stato e Regione a conclusione del relativo procedimento conciliativo, avrebbe rango di legge ordinaria (statale o regionale). Come è stato già più volte ripetuto, la legislazione ordinaria costituisce lo strumento normale per la collocazione delle funzioni amministrative, nel rispetto del principio di legalità e della rigidità della Costituzione.

Tuttavia, come rilevato dal Gentilini, se tale meccanismo procedurale è applicato ad un livello superiore, ossia alla funzione legislativa, lo strumento di chiusura della relativa procedura non può essere la legge, ma deve essere una fonte di rango superiore, vale a dire la Costituzione⁴⁵⁶.

⁴⁵⁶ GENTILINI, *Dalla sussidiarietà amministrativa alla sussidiarietà legislativa, a cavallo del principio di legalità*, cit. 2814.

In proposito, il Gentilini si pone il problema se posizioni immotivate possano impedire il raggiungimento di un'intesa e, quindi, di riflesso anche le esigenze di sussidiarietà.

In altri termini, l'Autore si domanda se una Regione sia veramente libera di negare l'assenso ad una richiesta statale. A questo riguardo, la Corte sembrerebbe dare una risposta negativa. Infatti, se è vero che la Regione può rifiutare l'intesa e, conseguentemente, tenersi la funzione amministrativa e la corrispondente funzione legislativa, qualora argomenti e dimostri in concreto di essere capace ed adeguata a svolgere tale funzione, è anche vero il contrario.

Più precisamente, può accadere che la Regione non provi la propria adeguatezza, con la conseguenza che una disciplina statale che entrasse in vigore senza intesa potrebbe resistere al giudizio di legittimità costituzionale.

Il Gentilini, prima di concludere il proprio intervento, pone in evidenza due ulteriori rilievi sempre relativi al problema dell'intesa. Il primo riguarda la sottoscrizione dell'intesa che dovrebbe avvenire per opera dei Presidenti delle Regioni.

L'Autore giustamente si chiede se può il Presidente decidere di privare l'ente che rappresenta della potestà legislativa su di una certa materia.

Il secondo rilievo attiene alla eventualità che il Governo non riesca ad ottenere l'intesa con le Regioni su di uno specifico programma.

In questo caso, tutto il procedimento preliminare di valutazione sarebbe vanificato e quello successivo bloccato, salvo l'eventuale decisione della

Da qui due questioni: la prima riguarda la possibilità che non si riesca ad addivenire ad una intesa; la seconda, invece, che l'intesa venga raggiunta.

Nel primo caso il procedimento sembrerebbe bloccarsi. Nel secondo, invece, l'intesa dovrebbe rivestire il rango costituzionale, con la conseguenza che *Stato e Regione diverrebbero una sorta di revisori costituzionali permanenti in ordine alla distribuzione di funzioni legislative*⁴⁵⁷.

Si tratta, come è facile intuire, di una palese violazione della Costituzione, la quale prescrive all'art. 138 Cost. una precisa e dettagliata procedura aggravata da seguire qualora si intenda modificare, cambiare, innovare, sostituire o correggere qualsiasi parte della Costituzione, compresa la distribuzione delle competenze di cui all'art. 117 Cost. Al contrario, il procedimento delineato dalla Corte in questa sua pronuncia, che dovrebbe portare, ripetiamo, all'alterazione del quadro costituzionale delle competenze legislative, si sostanzia in una fonte statale primaria. Lo Stato, pertanto, potrebbe dare corso a quanto previsto in tale disciplina solo se ottiene l'intesa con la Regione interessata. In definitiva: la decisione che porta alla modifica delle competenze spetta allo Stato; l'attuazione, invece, è

Corte, la quale, da strumento eccezionale, diverrebbe lo strumento ordinario di chiusura del procedimento.

A questo riguardo, le parole della Corte sono molto decise: "Chiarito che la Costituzione impone, a salvaguardia delle competenze regionali, che un'intesa vi sia, va altresì soggiunto che non è irrilevante se essa preceda l'individuazione delle infrastrutture ovvero sia successiva ad un'unilaterale attività del Governo. Se dunque tale attività sia stata già posta in essere, essa non vincola la Regione fin quando l'intesa non venga raggiunta" (punto 4.1. del *Considerato in diritto*).

Alla luce di queste considerazioni, il Gentilini si chiede giustamente perché la Corte non abbia imposto il raggiungimento dell'intesa già in sede di formazione della legge, piuttosto che solamente in sede di attuazione della stessa.

⁴⁵⁷ *Ibidem*.

condizionata al raggiungimento dell'intesa con la Regione stessa.

Per quanto riguarda, inoltre, la pratica dell'intesa prevista dalla legge impugnata, occorre fare alcune precisazioni.

Innanzitutto, essa non costituisce un principio generale cui Stato e Regione debbano in ogni caso pervenire, qualora si tratti di disciplinare funzioni amministrative, attratte in sussidiarietà al livello superiore. Infatti, l'intesa di cui si parla nella sentenza *de qua*, è specificatamente prevista dalla legge 21 dicembre 2001, n. 443 (di delega al Governo in materia di infrastrutture ed altri interventi per il rilancio di attività produttive) quale momento dell'*iter* procedurale che il Governo è obbligato a seguire per adottare le sue iniziative volte allo sviluppo e al rilancio delle attività produttive. Allo stesso modo, con la sentenza 88/2003 la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità del decreto ministeriale 14 giugno 2002 non perché generalmente lesivo di un principio di leale collaborazione, ma in quanto assunto senza il previo parere della Conferenza permanente per i rapporti fra Stato, Regioni, Province autonome *appositamente richiesto* dalla legge 309/1990 (T.U. in materia di disciplina degli stupefacenti).

In conclusione, in entrambi i casi esaminati dalla Corte costituzionale l'obbligo di addivenire ad un'intesa riguarda solamente ipotesi particolari specificatamente previste dalla legge da cui non è, perciò, possibile trarre nessun principio generale valevole sempre e comunque⁴⁵⁸.

⁴⁵⁸ Per quanto riguarda la sentenza 303/03 la Corte costituzionale pare cadere in contraddizione al punto 20 delle considerazioni di diritto dove dichiara manifestamente fondata la questione sollevata dalle regioni Marche e Toscana in ordine all'art. 2, comma 5 legge delega 443/02 che prevede la nomina di commissari *ad acta* incaricati di seguire di seguire le

Tuttavia, il problema non è – a mio avviso - *tanto* quello dell'esistenza o meno di clausole generali che impongano un principio di "leale collaborazione", *quanto* quello relativo alla "concreta strumentazione disponibile" nel testo costituzionale. In altri termini, ci si deve chiedere: *quali sono i sistemi di raccordo esistenti fra Stato e Regioni? Sono adeguati?* Ed ancora: *che valore ha l'intesa? Può la semplice intesa modificare la Costituzione indipendentemente dal rispetto della procedura prevista dall'articolo 138 della Costituzione?*

Per quanto riguarda il primo quesito, andiamo ora ad individuare, sinteticamente, i diversi sistemi di raccordo presenti nel nostro ordinamento.

1) Non esiste una *Camera delle Regioni*, ma è solo prevista la *Commissione parlamentare per le questioni regionali*, integrata ai sensi dell'art. 11 (legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3) la quale è, senz'altro, un meccanismo debole, concepito sul modello di partecipazione ad un potere superiore e non come raccordo paritario. Tant'è che le materie su cui la Commissione integrata è chiamata ad esprimere i propri pareri sono solo quelle di competenza concorrente e quelle concernenti le risorse finanziarie. Inoltre i pareri che detta Commissione esprime possono essere superati da una deliberazione parlamentare a maggioranza qualificata.

Ed il fatto che manchi una "Camera delle Autonomie" non deve indurre a "riplasmare" ermeneuticamente la Commissione bicamerale integrata prevista dal medesimo art. 11, poiché essa

operazioni, previo parere dei Presidenti delle regioni interessate in quanto lesivo del principio di leale collaborazione. A tale proposito la Corte dichiara che non esiste nessuna disposizione costituzionale che da cui possa desumersi che la collaborazione regionale debba consistere in una vera e propria intesa.

non è, né lo diventerà mai, *una camera o un camerino*. Infatti, si tratta più propriamente di un organo parlamentare aperto alla partecipazione di rappresentanti delle Regioni e degli enti locali, ossia di una semplice articolazione interna al Parlamento stesso, che, tra l'altro, non è stata creata *ex novo*, in quanto era già prevista all'art. 126 Cost. e in precedenti progetti di riforma ("Commissione Bozzi, "Bicamerale D'Alema", "legge Bassanini"), risultandone in questa sede soltanto potenziate le funzioni consultive e concertative e rafforzato il "peso" nel procedimento legislativo⁴⁵⁹.

⁴⁵⁹ Come rilevato da diversi autori, l'articolo 11 presenta diversi problemi interpretativi ed applicativi.

Innanzitutto, la norma in esame sembra rinviare esclusivamente ai regolamenti parlamentari per la disciplina della Commissione, ma ci si chiede se non sia, in ogni caso, possibile fare ricorso ad una *pluralità differenziata di fonti*: alla *legge* per la determinazione del numero e delle modalità di scelta dei rappresentanti delle Autonomie; al *regolamento parlamentare* per la partecipazione dei rappresentanti alla Commissione integrata. E si potrebbe ipotizzare anche l'intervento di fonti regionali, statuti o leggi, per definire le modalità secondo le quali le Giunte ed i Consigli regionali dovrebbero esercitare le competenze, attribuite loro dalla legge o dal regolamento, in relazione all'individuazione dei propri rappresentanti.

Altrettanto poco chiaro è capire perché il legislatore costituzionale non abbia determinato *di che proporzioni* debba essere la rappresentanza delle Regioni e degli Enti locali: deve essere uguale al numero dei delegati parlamentari (40), oppure, secondo quanto prevedeva la Commissione Bozzi, alla metà di questi?

Un'ulteriore questione è quella dell'individuazione dei rappresentanti delle Regioni ed egli Enti locali: se si deve optare per i Consiglieri regionali, o per i Presidenti delle Regioni, tenuto conto che essi sono eletti dalle rispettive popolazioni? E più difficile è determinare chi debbano essere i rappresentanti degli enti locali. Una soluzione possibile sarebbe quella di conferire tale scelta al Consiglio delle Autonomie locali, che le Regioni sono obbligate ad istituire. Tuttavia, si potrebbero anche adottare i criteri già utilizzati per la **Conferenza Stato- regioni- Città** (art. 8 del D. lgs. 28 agosto 1997, 281), nonostante si tratti di un organismo *non parlamentare e non elettivo*, i cui *membri sono designati da associazioni di "categoria"* (l'Anci e l'Upi).

Inoltre, è necessario definire il contenuto giuridico della partecipazione, a partire dalla premessa che la stessa può consistere in *facoltà procedurali* (proposta, iniziativa), in *diritto di voto*, e in *diritto di parola* (partecipare alla discussione).

2) *Conferenza Stato-Regioni*. La Conferenza Stato-Regione fu istituita con la legge 400/1988 (art. 12) ed è composta dai 22 Presidenti degli enti territoriali (20 delle regioni e 2 delle Province autonome) e dal Presidente del Consiglio dei Ministri (che ha delegato attualmente il Ministro degli Affari regionali). Tale conferenza decide con una varietà di tipologia di atti, quali

In particolare, l'interrogativo se ai rappresentanti delle Regioni e delle Autonomie locali spetti o no il diritto di voto non trova, come si può notare, soluzione nel testo di legge. Ma una risposta di segno negativo si potrebbe far discendere dal fatto che, *non essendo tali soggetti eletti a suffragio universale e diretto*, si violerebbero, in caso contrario, i "*principi generali della democrazia parlamentare*": il principio di rappresentanza politica generale e di maggioranza. Tuttavia, una soluzione del genere vanificherebbe le finalità del riformatore costituzionale, per il fatto che l'art. 11, anche se in via transitoria, avrebbe come scopo, secondo alcuni, quello di creare una sede di dialogo e di concertazione tra i diversi soggetti politici.

Ancora: si dovrebbe attribuire un voto per "Regioni" o per "Capita", che si presenta, sicuramente, più adeguato ad un organo parlamentare, ma non favorisce la solidarietà all'interno delle rappresentanze delle Autonomie e, dunque, la definizione di una posizione comune tra le stesse?

Un altro problema riguarda poi le "*forme di partecipazione*" della Commissione integrata. Ci si chiede se questa sia competente ad intervenire soltanto nelle ipotesi stabilite dalla disposizione transitoria (materie ex art. 117. 3 e 119 Cost.) con esclusione, quindi, delle materie, oggetto della potestà legislativa statale esclusiva e regionale residuale. E nonostante i regolamenti di Camera e Senato (art. 40, co. 9 Reg. S. e art. 102, co. 3 Reg. C.) dispongano che la CPQR (non integrata) possa esprimere pareri su tutti i progetti di legge riguardanti le materie indicate nell'art. 117 (prima della riforma), ciò non sembra sufficiente per non tenere conto del tenore letterale del testo che elenca tassativamente le possibilità d'intervento.

Più in generale, infine quali sono *gli effetti di tali pareri*? In proposito si possono prospettare due diverse soluzioni: o si è dell'opinione che il 2° comma dell'art. 11 prescriva una "riserva d'assemblea" in ordine ai disegni di legge oggetto di parere rinforzato, o, al contrario, si è dell'avviso che questa norma determini, secondo quanto è stabilito dai regolamenti parlamentari relativamente alla Commissione Affari Costituzionali e di Bilancio, "l'automatica rimessione all'assemblea" degli schemi di legge esaminati in sede deliberante qualora il parere espresso dalla Commissione integrata non sia osservato, e sempre nei casi di cui all'art. 11. Non si tratta, comunque, di *pareri vincolanti*, in quanto essi possono essere superati dall'Assemblea parlamentare mediante una deliberazione assunta a maggioranza qualificata.

pareri, intese, accordi, istituisce organi di studio e gruppi di lavoro.

a) I *pareri* sono l'espressione della sua attività di consultazione. Infatti, in base all'art. 2, comma III, del D. Lgs. n. 281/1997 *"La Conferenza Stato-Regioni è obbligatoriamente sentita in ordine ai disegni di legge e di decreto legislativo o di regolamento del Governo nelle materie di competenza delle regioni o delle Province autonome di Trento e di Bolzano che si pronuncia entro 20 giorni"* (parere obbligatorio). Inoltre, *"La Conferenza è sentita su ogni oggetto di interesse regionale che il Presidente del Consiglio dei Ministri ritiene opportuno sottoporre al suo esame"* (art. 4, parere facoltativo). La legge Comunitaria 1998 (legge n. 25/1999) ha aggiunto la disposizione secondo la quale *"decorso tale termine, i provvedimenti recanti attuazione di direttive comunitarie sono emanati anche in mancanza di questo parere"*. Tuttavia, si può prescindere dalla previa espressione del parere anche quando il Presidente del consiglio dichiara la sussistenza di ragioni che non consentano la consultazione preventiva, con la conseguenza che la Conferenza si pronuncerà successivamente e di tali pareri terrà, poi, conto il Presidente del Consiglio dei Ministri.

b) La conferenza adotta anche *intese* ai sensi dell'art. 3 del D.Lgs. n. 281/1997, le quali si perfezionano con l'assenso del Governo e dei Presidenti delle Regioni. Qualora esso non fosse raggiunto entro trenta giorni, il Consiglio dei Ministri provvede con deliberazione motivata (intesa debole).

c) Gli accordi, invece, sono adottati *"in attuazione del principio di leale collaborazione e nel perseguimento di obiettivi di funzionalità, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa"* e *"per coordinare l'esercizio delle rispettive competenze e svolgere attività di interesse comune"* (art. 4).

Infine, la Conferenza ai sensi dell'art. 6 approva *protocolli d'intesa* per lo scambio di dati e di informazione tra i vari livelli di amministrazione.

In sostanza, la Conferenza in questione si presenta per lo più come strumento di mediazione sulle scelte dell'esecutivo interessanti le Regioni, piuttosto che come strumento volto a garantire alle Regioni la partecipazione alla formazione dell'indirizzo politico del governo centrale. Essa è, infatti, un organo centrale, anche se a composizione mista, sorto principalmente in ambito amministrativo, privo di un esplicito riconoscimento in Costituzione. Le stesse intese raggiungibili in tale sede non sono forti ma *deboli* alla stregua dei semplici pareri, e gli eventuali accordi tra Stato e Regione non hanno di per sé valore normativo (come invece in Austria ex art 15 Costituzione) ma devono, comunque, essere recepiti da una fonte statale.

3) La Conferenza unificata fu istituita con il D.Lgs. 281/1997. Essa è il frutto dell'unione della Conferenza Stato-Regioni e della Conferenza Stato-città e autonomie locali (il Presidente dell'Anci, il Presidente dell'Upi, il Presidente dell'Uncem, nonché 14 sindaci scelti dall'Anci, 6 Presidenti di Provincia scelti dall'Upi e il Presidente del Consiglio dei Ministri) e si compone dei membri della Conferenza Stato-Regione e della Conferenza Stato-città, autonomie locali. La Conferenza *de qua* decide tramite *pareri* (disegno di legge finanziaria, Dpef e sugli schemi dei D.Lgs. di cui all'art. 1 legge 59/97), *intese* raggiungibili entro 30 giorni dopodiché il Consiglio dei Ministri può decidere con deliberazione motivata (in caso di urgenza si può prescindere dalle intese), o *accordi* per "coordinare l'esercizio delle rispettive competenze e svolgere in

collaborazione attività di interesse comune. Anche in questo caso, si tratta di intese deboli.

Dalla composizione delle Conferenze (Stato-Regioni, Stato-Città, Unificata) sopra descritta emerge chiaramente un dato fondamentale e che non può essere trascurato: esse non sono organi parlamentari eletti a suffragio universale e diretto ma luoghi in cui si fronteggiano e dialogano tutti i Governi (il Governo centrale e i Governi) che, a diverso titolo, concorrono a “governare” il nostro paese (la Conferenza Stato-Regioni è composta di tutti i Presidenti delle Regioni, la Conferenza Stato-città da Sindaci e Presidenti di Provincia nominati da associazioni di categoria come, rispettivamente, l’ANCI e l’UP). Più precisamente, *le Conferenze in questione non rappresentano le diverse forze politiche così come sono distribuite a livello nazionale, per cui, mentre in Parlamento il Governo si trova a dovere fronteggiare la tradizionale dialettica maggioranza-minoranza, tipica delle democrazie parlamentari pluralistiche, in tali sedi si trova a dovere, invece, operare entro la dinamica propria dei diversi livelli di governo*⁴⁶⁰.

Per quanto riguarda, invece, il funzionamento di tali Conferenze è stato opportunamente evidenziato (Pizzetti) che la prassi ormai instaurata di ricercare – ove sia possibile – l’unanimità fra le posizioni dei diversi livelli di governo all’interno delle suddette strutture determina che sia il Governo centrale sia i governi locali cerchino quasi sempre di raggiungere una posizione comune sulle diverse questioni sottoposte al loro esame da trasferire, poi, in Parlamento

⁴⁶⁰ PIZZETTI, *Il sistema delle Conferenze e la forma di governo italiana*, in *Le Regioni*, n. 3-4 del 2000, 473 ss.

ricorrendo alla *concertazione*. Si parla, in proposito, di sistema di co-decisione a “tre punte” (Mangiameli) fra il Governo centrale, i Governi locali e il Parlamento.

In realtà, l’unico vero organo di riferimento di tale meccanismo decisionale è solo il Governo centrale, il quale da una parte ha sempre fatto *pesare* in Parlamento le decisioni assunte in sede conferenziale, dall’altra si è servito delle stesse Conferenze per “costruire la legislazione” verso gli enti territoriali (Regioni, Province, Comuni) privando quest’ultimi di un’effettiva incidenza nella determinazione dell’indirizzo politico statale (“cassa di risonanza”, Mangiameli).

A questo proposito, occorre anche evidenziare che la *Conferenza Unificata si presenta come un organo composto di delegazioni rappresentative dei due livelli di governo decentrato* (Stato-Regioni e Stato-città metropolitane), piuttosto che come organo composto dai singoli enti ricompresi in delegazione. In altri termini, il vero “soggetto decisore” nella Conferenza Unificata sarebbero i (2) distinti gruppi delle autonomie e non i singoli enti, per cui la volontà del gruppo finisce sempre per prevalere su quella dei singoli componenti anche dissenzienti⁴⁶¹.

⁴⁶¹ Ciò troverebbe conferma proprio nel fatto che il D.Lgs 281/1997 non prevede nessun *quorum strutturale* per la validità delle intese potendo, queste, essere raggiunte anche in assenza della maggioranza delle Regioni nelle sedute della Conferenza de qua. Circostanza, questa, che sarebbe confermata anche dalla prassi e dalla stessa giurisprudenza della Corte costituzionale la quale, infatti, con la sentenza 507/2002 ha rigettato un ricorso sollevato dalla Reg. Veneto per conflitto di attribuzione contro un D.M. adottato sulla base di un’intesa raggiunta in sede di conferenza senza, però, la partecipazione della Regione ricorrente. In questo caso specifico erano presenti, addirittura, solo 11 Regioni, ossia meno della maggioranza assoluta, ed in altre sedute ancora meno (8)! Al contrario, per quanto riguarda il Parlamento l’art. 64 richiede ai fini della validità delle delibere, la presenza della maggioranza dei componenti delle camere (DI COSIMO, *Procedure di decisioni della Conferenza unificata fra previsione legislativa e prassi*, in *Le Regioni*, n. 4 del 2003, 633 ss).

Infine, nella Conferenza *de qua* non si applica il principio di continuità come per il Parlamento nazionale (art. 60 Cost.), in quanto essa può essere convocata solo su iniziativa del Presidente del Consiglio dei Ministri e dell'UPI, ANCI.

Infine, si tratta di intese non forti ma *deboli*, alla stregua di semplici pareri. Esse possono, infatti, essere facilmente superate dallo Stato tramite una deliberazione del Consiglio dei Ministri⁴⁶². Ciò nonostante, dette intese non possono essere ritenute in grado di modificare la Costituzione, dal momento

⁴⁶² È chiaro, dunque, che il sistema delle Conferenze, così come sopra sinteticamente delineato, non è sufficiente a garantire una reale partecipazione delle Regioni alla definizione dell'indirizzo politico generale. Si tratta, infatti, di luoghi di mera *concertazione*, ("governo integrato", Pizzetti) e di *mediazione tra gli esecutivi*, non democratici e, quindi, non rappresentativi degli enti territoriali.

Allo stesso modo, anche la Commissione integrata per le questioni regionali di cui all'art. 11 l. Cost. 3/2001, non è idonea a garantire un'effettiva partecipazione delle Regioni all'assunzione delle decisioni politiche. A tale riguardo, è stato osservato che occorrerebbero validi sistemi di raccordo fra Stato e Regione perché il regionalismo italiano possa affermarsi definitivamente. L'esperienza degli Stati federali (Stati Uniti, Germania) e regionali può sicuramente aiutarci in tal senso. Essa, infatti, mostra come non siano possibili forme di federalismo o di regionalismo avanzato senza *l'istituzione di una Camera delle Regioni che funzioni come sede di rappresentanza delle Regioni stesse e di mediazione politica secondo la logica democratica della dialettica fra maggioranza e minoranza*. Poi si potrà discutere sul *quomodo*, ossia sul *come* organizzare il Senato delle Regioni: se sia meglio seguire il modello tedesco del *Bundesrat* (composto di 60 membri nominati e sostituiti dai governi dei *Länder* secondo un criterio di assegnazione ponderato e crescente in modo inversamente proporzionale alla popolazione: i *Länder* con meno di 2 milioni di abitanti hanno 3 rappresentanti; quelli tra 2 e 6 milioni di abitanti ne hanno 4; quelli tra 6 e 7 milioni di abitanti ne hanno 5; oltre i 7 milioni hanno 6 rappresentanti) o quello statunitense basato sulla *elezione diretta* dei senatori e sul principio della rappresentanza paritaria degli Stati (negli Stati Uniti dove il Senato è composto da 100 membri eletti a suffragio universale e diretto dalla popolazione dei singoli Stati nel numero di due per ogni Stato secondo il principio della *rappresentanza paritaria*); se sia opportuno o meno eleggere *contemporaneamente* "Camera delle Regioni" e "Assemblee regionali" (in tal senso, cfr.: art. 3 del Disegno di legge costituzionale approvato in prima deliberazione dal Senato della repubblica il 25/3/2004 n. 4862).

che l'art. 138 Cost. prevede un meccanismo particolare che vede coinvolti soltanto la Camera dei Deputati ed il Senato, i quali, con due deliberazioni ad intervallo non minore di tre mesi, adottano le leggi di revisione della Costituzione, le quali sono approvate a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera nella seconda votazione. Tale disposizione non fa, pertanto, nessun riferimento alla eventualità che si possa fare ricorso a mere pratiche concertative (intese) per modificare la Costituzione. Al contrario, è prevista solamente la possibilità di addivenire ad un *Referendum* popolare qualora si verificino determinate condizioni e non venga raggiunta la maggioranza dei due terzi nella seconda votazione delle Camere. Circostanza, questa, che è esemplificativa della necessità che ogni eventuale modifica della Costituzione sia assunta da una maggioranza qualificata del Parlamento, o comunque, sostenuta dal popolo di cui il Parlamento stesso è rappresentativo.

A tale riguardo, l'articolo 116, ultimo comma, Cost. stabilisce che: "Ulteriori forme di autonomia concernenti materie di cui al terzo comma dell'articolo 117 Cost. e le materie indicate dal secondo comma del medesimo articolo alla lett. l), 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'art. 119. La legge è approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, sulla base di intesa fra lo Stato e la Regione interessata".

È chiaro, dunque, che il meccanismo previsto dalla disposizione *de qua* può essere utilizzato al fine di ampliare la sfera di autonomia legislativa soltanto delle Regioni e non anche dello Stato. Di conseguenza, non è possibile fare ricorso a tale

procedura per spostare una materia dalla competenza regionale a quella statale, ma solo per attribuire alle Regioni la competenza in un ambito di spettanza statale.

Alla luce di quanto sopra esposto si possono trarre le seguenti conclusioni.

a) Innanzitutto, la sussidiarietà non è un criterio ordinatore del sistema delle fonti alla stregua del criterio della competenza, ma una direttiva che si impone al legislatore, il quale è tenuto a collocare le funzioni amministrative a livello più adeguato. Sussidiarietà e competenza presentano, infatti, come abbiamo visto in precedenza, una struttura diversa: lo schema norma sulla produzione-norma prodotto è rinvenibile solo nei dispositivi di competenza. Questi, a loro volta, individuano a *priori*, e quindi in modo certo e definitivo, la fonte competente ad intervenire in un determinato settore.

b) La sussidiarietà è, inoltre, un principio costituzionale presente nell'articolo 118, primo ed ultimo comma della Costituzione (oltre che nell'articolo 120 Cost.). La nostra carta costituzionale, tuttavia, non definisce la sussidiarietà, la quale, pertanto, costituisce un criterio non sostanziale ma procedurale.

c) La sussidiarietà si riferisce, inoltre, nel nostro ordinamento alle sole funzioni amministrative come è dimostrato dalla circostanza che essa è enunciata per la prima volta nell'articolo 118 Cost. relativo alla potestà amministrativa e non nell'articolo 117 Cost. concernente, invece, la potestà legislativa. Riferimento alla sussidiarietà si ritrova anche nell'art. 120 Cost. il quale riguarda l'esercizio del potere

sostitutivo in via amministrativa, e nell'art. 119 Cost. sull'autonomia finanziaria delle Regioni.

d) La competenza, diversamente dalla sussidiarietà, è disciplinata in Costituzione, per cui è sempre possibile stabilire *a priori* e con assoluta certezza a quale soggetto spetta una determinata funzione. Inoltre, qualora sorga una questione in ordine alla spettanza di una certa competenza, Stato e Regioni si rivolgono alla Corte costituzionale, la quale decide in maniera definitiva (le sentenze della Corte sono, infatti, inappellabili) il soggetto competente. La sussidiarietà, invece, non risponde ad una norma sulla produzione, ma a criteri politici, i quali sono variabili ed incerti, oltre che di dubbia giustiziabilità.

e) Nel nostro ordinamento la *sussidiarietà* funziona in *senso statico e non dinamico*. Essa non può, dunque, modificare l'ordine del riparto delle competenze legislative così come definito in Costituzione (art. 117 Cost.). In quanto principio costituzionale, la sussidiarietà è subordinata alla Costituzione stessa, per cui ogni eventuale variazione del testo costituzionale deve avvenire secondo la procedura prevista dall'articolo 138 Cost⁴⁶³. Allo stesso modo, l'eventuale passaggio di una competenza legislativa dallo Stato alle Regioni, e viceversa, non può trovare giustificazione nel principio di sussidiarietà, ma necessita di una legge di revisione costituzionale. Solo così il principio di

⁴⁶³ L'articolo 138 della Costituzione costituisce il riferimento positivo basilare in tema di fonti di livello superprimario: leggi di revisione costituzionale e le altre leggi costituzionali. Le fonti di livello superprimario si caratterizzano per il fatto che da un lato sono capaci di resistere all'abrogazione da parte di una legge ordinaria successiva, dall'altro sono in grado di abrogare leggi costituzionali preesistenti e disposizioni della stessa Costituzione (VIGNUDELLI, *Diritto Costituzionale*, cit. 199-205).

legalità e la rigidità della Costituzione possono ritenersi rispettati.

Al contrario, ossia se si considerasse la sussidiarietà in senso dinamico, secondo l'interpretazione della Corte Costituzionale, non solo si attribuirebbe a quest'ultima un ruolo di (para) legislatore che non gli competerebbe, ma si assisterebbe ad un *vulnus* al principio di legalità: la sussidiarietà si attergerebbe a criterio ordinatore del sistema delle fonti, senza, però, disporre di quelle garanzie - di certezza, di legalità e di giustiziabilità - che altri criteri (gerarchia e competenza) presentano nel nostro ordinamento giuridico. Così concepita la sussidiarietà finirebbe, quindi, per porsi *al di fuori* della stessa competenza, in quanto andrebbe a modificare la distribuzione delle materie fra Stato e Regione, così come stabilita in Costituzione.

f) Infine, non è possibile giustificare, come fa la Corte nella sentenza 303 del 2003, l'eventuale modifica dell'articolo 117 in base al ricorso all'intesa, vale a dire a pratiche concertative e di collaborazione fra Stato e Regioni. Innanzitutto, perché la Costituzione prevede un'apposita procedura da seguire per revisionare la Costituzione (art. 138 Cost.). Elemento, questo, di per sé sufficiente per considerare costituzionalmente illegittima ogni possibile intesa in tale senso.

Inoltre, abbiamo visto che le sedi dove dovrebbero essere raggiunte le intese *de quibus* non sono luoghi di rappresentanza democratica come, invece, il Parlamento, bensì semplici conferenze costituite, per lo più, dalle maggioranze governative, ossia dai Presidenti delle Regioni o delle associazioni come l'Anci, l'Upi e così via. Per non parlare, poi, dello scarso valore

giuridico (e notevole valore politico) che le intese stesse presentano.

In definitiva, il principio di sussidiarietà non può *scavalcare* il riparto delle competenze legislative così come definito in Costituzione, all'articolo 117, in quanto:

a) la sussidiarietà costituisce un mero principio costituzionale di allocazione delle sole funzioni amministrative e non un criterio ordinatore del sistema delle fonti, con la conseguenza che essa può operare solo all'interno (e non oltre) della competenza definita in Costituzione;

b) il rispetto del principio di legalità impone che la funzione amministrativa trovi nella legge il proprio fondamento;

c) la rigidità della Costituzione implica che qualsiasi variazione del testo costituzionale avvenga secondo l'art. 138 Cost. il quale prevede una precisa procedura che vede coinvolte le Camere parlamentari e che prescinde dal raggiungimento di eventuali intese (Stato e Regioni). Allo stesso modo, non è possibile neanche richiamare l'art. 116, ult. comma, Cost., atteso che questo può essere utilizzato solo per ampliare l'autonomia delle Regioni e non viceversa.

Alla domanda, dunque, sottesa alla presente tesi, relativa ad un'eventuale incidenza del principio di sussidiarietà all'interno del sistema delle fonti, si deve rispondere nel senso che nessuna incidenza può essere costituzionalmente riconosciuta alla sussidiarietà nell'allocazione delle funzioni legislative. Di conseguenza, *nessuna materia* può essere *spostata* dalla competenza dello Stato a quella della Regione senza

passare attraverso l'articolo 138 Cost. Conclusione, questa, che trova conferma:

-nella diversa struttura del principio di sussidiarietà e del criterio della competenza: la sussidiarietà costituisce un criterio relazione e di preferenza, mentre la competenza è un criterio formale ordinatore del sistema delle fonti e di validità delle stesse;

-nel principio di legalità: la funzione amministrativa deve essere (almeno) autorizzata dalla legge (art. 101, art. 113 e art. 97 Cost.);

-nel rispetto della rigidità della Costituzione (*rectius*, legalità costituzionale): ogni modifica della Costituzione (e, quindi, anche del riparto competenziale di cui all'art. 117 Cost.) richiede il ricorso ad una legge di revisione della Costituzione che deve essere posta in essere, attraverso un procedimento ben individuato, dalla Camera e dal Senato con l'eventuale partecipazione del popolo mediante il *referendum*. Al contrario, l'articolo 138 Cost. non fa nessun riferimento all'intesa come strumento cui Stato e Regione potrebbero ricorrere per modificare il riparto delle competenze legislative delineato dall'articolo 117 della Costituzione. Allo stesso modo, nessun riferimento è rinvenibile nella disposizione *de qua* alle Conferenze (Conferenza Stato-Regioni o Conferenza Unificata) come possibili sedi di incontro fra i rappresentanti del Governo centrale e delle Regioni.

Riferimenti bibliografici essenziali

ALBERTONI, *Il federalismo nel pensiero politico e nelle istituzioni*, Eured, Milano, 1995.

ALEXY, *Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali*, in M. LA TORRE – A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2002, 37-38.

ANTONINI, *Sulla Giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Quad.Cost.* n. 3 del 2003.

AZON, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*, (nota a C. Cost. 1 ottobre 2003, n. 303), in *Giur.Cost.* n. 3 del 2003; ID, *I poteri delle regioni nella transizione dal modello originario al nuovo assetto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2002; ID, *Un passo indietro verso il regionalismo "duale"*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; ID, *Leale collaborazione" fra Stato e Regioni, modalità applicative e controllo di costituzionalità*, in *Giur.Cost.* 1998.

BALDUZZI e SORRENTINO, *Riserva di legge* (voce), in *Enc.Dir.*, Milano, 1989.

BARBERA, *Chi è custode dell'interesse nazionale?* In *Quad.Cost.* 2001, 345. ID, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Bari, 1996.

BARBIERI, *Germania 4 Italia 0, federalismo, governabilità, finanza, informazione: soluzioni tedesche*, Baldini & Castoldi, Milano, 1996.

BARTOLE-FALCON-TOSI, *Diritto regionale. Dopo le riforme*, Bologna, Il Mulino, 2003.

BELLINI, *Sulla libertà*, Armando Editore, Roma, 1996.

BIN, *L'interesse nazionale dopo la Riforma: continuità dei problemi, discontinuità della giurisprudenza costituzionale*, in *Le regioni* n. 6 del 2001; ID, *Le potestà legislative regionali, dalla Bassanini ad oggi*, in A. Ruggeri, G. Silvestri (a cura di), *Le fonti del diritto regionale alla ricerca di una nuova identità*, Giuffrè, Milano, 2001.

CALIFANO, *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, Giuffrè, Milano, 1988.

CARETTI, *L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale, alla luce del nuovo titolo V della Costituzione: aspetti problematici*, in *Le Regioni*, n. 6 del 2001; *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in *Quad.Cost.n. 1* del 1993.

CARLASSARE, *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quad. Cost.n. 1* del 1990.

CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, 1920.

CHANTAL MILLON-DELSON, *Il principio di sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2003.

CHESSA, *La sussidiarietà (verticale) come "precetto di ottimizzazione" e come criterio ordinatore*, in *Dir.Pubbl.Com.Eur.* n. 4 del 2002.

CHIAPPETTI, *Un passo indietro sulla via del regionalismo*, in *Quad.Cost. n. 2* del 2001.

CONSTATINESCO, *La distribution des pouvoirs entre la Communauté et ses Etats membres: l'équilibre mouvant de la compétence législative et le principe de subsidiarité*, in AA.VV., *The Institutions of the European Community*.

CORPACI, *Revisione del Titolo V della parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo*, in *Le Regioni* n. 6 del 2001.

CORPACI, *Revisione del titolo V e sistema amministrativo*, in *Le Regioni*, Bologna, n. 6 del 2001.

CORTESE, *Le competenze amministrative nel nuovo ordinamento della repubblica. Sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza come criteri allocativi*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 4 del 2003.

CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enc.Dir.*, Milano, 1959; ID, *Lezioni di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1984; ID, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv.Trim.Dir. Pubbl.*, 1960.

D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 1998.

D'ATENA, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte Costituzionale (Nota a C. Cost. 1 ottobre 2003, n. 303)*, in *Giur.Cost.* n. 3 2003; ID, *La Consulta parla...e la riforma del titolo V entra in vigore (Nota a C. Cost. 26 giugno 2002, n. 282)*, in *Giur.Cost.* n. 2 del 2002; ID, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad.Cost.* n. 1 del 2001; ID, *Il Principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv.It.Dir.Pubbl.Com.* 1997.

DE MARCO (a cura di), *Problemi attuali della sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2005.

DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2000.

DEGNI M. E IOVINELLA G. (a cura di) *Federalismo modello Germania*, Riccardo Terzi, Roma, 1995.

DI COSIMO, *Procedure di decisioni della Conferenza unificata fra previsione legislativa e prassi*, in *Le Regioni*, n. 4 del 2003.

DIANA-URANIA GALETTA E DETLEV KROGER, *Giustiziabilità del principio di sussidiarietà nell'ordinamento costituzionale tedesco e concetto di "necessità" ai sensi del principio di proporzionalità tedesco e comunitario*, in *Riv.It.Dir.Pubbl.Com.*, n. 2 del 1998.

DONATI E COLOZZI (a cura di), *La sussidiarietà: che cosa è e come funziona*, Carocci, Roma, 2004.

DURER, *La sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Giuffrè, Milano, 2004.

FALCON, *Il nuovo Titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni* n. 1 del 2001; ID, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni* n. 6 del 2001.

FOIS, , *Legalità (principio di)* voce in *Enc.Dir.*, Milano, 1989; ID *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, Giuffrè, Milano, 1963.

FORLENZA-TERRACCIANO, *Regioni ed Enti locali dopo la Riforma costituzionale*, il Sole 24 ore, febbraio 2002.

GENTILINI, *Dalla sussidiarietà amministrativa alla sussidiarietà legislativa, a cavallo del principio di legalità*, in *Giur.Cost.* 2003.

GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998.

JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Verlag von O. Haring, Berli, 1914.

KARRER, *La chiesa del Vaticano II*, Vallecchi, Firenze, 1966, 589.

LUCIFREDI, *Appunti di diritto costituzionale comparato*, Giuffrè, Milano, 1997; ID, *Appunti di diritto Costituzionale comparato, - 4. Il sistema tedesco (la repubblica federale)*, Milano, Giuffrè, 1990.

MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Giappichelli, Torino, 2002.

MANZELLA, *La ripartizione delle competenze tra Unione europea e Stati membri*, in *Quad.Cost.* n. 3 del 2000.

MARTINEZ-RUGGERI-SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, Giuffrè, Milano, 2002.

MATTIONI, *Sull'idea di una nuova potestà concorrente della Regione*, in AA.VV., *La sanità italiana fra livelli essenziali di assistenza, tutela della salute e progetto di Devolution*, Giuffrè, Milano, 2004.

MENGOZZI, *Il diritto della Comunità europea*, Cedam, Padova, 1990.

MERLONI, *La leale collaborazione nella repubblica delle Autonomie*, in *Dir.Pubbl.*n. 3 del 2002.

MODUGNO, *L'invalidità della legge, II, Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1970.

MORRA, *Breve storia del pensiero federalista*, Milano, Giuffrè, 1993.

MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, Cedam, Padova, 2003; ID, MOSCARINI, *Sussidiarietà e Supremacy Clause sono davvero perfettamente equivalenti? (Nota a C. Cost. 1 ottobre 2003, n. 303)*, in *Giur.Cost.*, n. 3 del 2003.

NICCOLAI, *Delegificazione e principio di competenza*, Cedam, Padova, 2001.

PACE, *La causa della rigidità costituzionale*, Cedam, Padova, 1996.

PALADIN, *Diritto regionale*, Cedam, Padova, 2000; ID, *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1995; ID, *Corte costituzionale ed autonomie locali: gli orientamenti giurisprudenziali dell'ultimo quinquennio*, in *Le Regioni*, n. 6 del 1981.

PALERMO, *Germania ed Austria: modelli federali a confronto*, Università degli Studi, Trento, 1997.

PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *For.It.*, n. 5 del 2001.

PIZZETTI, *Il nuovo ordinamento italiano fra riforme amministrative e riforme costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2002; ID, *Le nuove esperienze di governance in un sistema policentrico "esplosivo"*, in *Le Regioni*, n. 6 del 2001; ID, *Le nuove Regioni italiane tra Unione europea e i rapporti esterni nel quadro delle riforme costituzionali della XIII legislatura. Nuovi problemi, compiti e opportunità per il potere statutario delle Regioni e per il ruolo del legislatore statale e regionale*, in *Le Regioni* n. 5 del 2001; ID, *Il sistema delle Conferenze e la forma di governo italiana*, in *Le Regioni*, n. 3-4 del 2000; ID, *Federalismo, regionalismo e riforma dello Stato*, Giappichelli, Torino, 1998.

RESCIGNO G.U., *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir.Pubbl.*, n. 1 del 2002.

RINELLA, *Osservazioni in ordine alla ripartizione delle competenze tra Comunità europea e Stati membri alla luce del principio di sussidiarietà*, in *Quad.Cost.n.* 3 del 1994.

RIVIEZZO, *Associazionismo economico nei rapporti coi soggetti pubblici*, in *Riv.Giur.Mezzogiorno*, n. 2-3 del 2006.

ROLLA, *Il principio unitario nei sistemi costituzionali a più livelli*, in *Le Regioni* n. 5 del 2003; Id, *Relazioni fra ordinamenti e sistema delle fonti. Considerazioni alla luce della legge costituzionale n. 3 del 2001*, in *Le Regioni* n. 2-3 del 2002.

ROSSI, *“Costituzionalizzazione” dell’UE e dei diritti fondamentali*, in L.S. Rossi (a cura di) *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell’Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2002.

RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffrè, Milano, 1977.

STROZZI, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell’Unione europea*, in *Riv.It..Dir.Publ.Com.*, n. 1 del 1993.

TORCHIA, *La potestà legislativa residuale delle Regioni*, in *Le Regioni* n. 2-3 del 2002; ID, *I vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario*, in *Le Regioni* n. 6 del 2001.

TOSATO, *Persona, società intermedie e Stato*, Giuffrè, Milano, 1989.

TOSI, *A proposito dell’interesse nazionale*, in *Quad.Cost.* n. 1 del 2002; *La legge Costituzionale n. 3 del 2001: note sparse in tema di potestà legislativa ed amministrativa*, in *Le Regioni* n. 6 del 2001.

URBANI, *L’allocazione delle funzioni amministrative secondo il Titolo V della Cost.: una prima lettura*, in Silvio Gambino (a cura di) *Il Nuovo ordinamento regionale*, Giuffrè, Milano, 2003.

VANDELLI, *Il principio di sussidiarietà nel riparto di competenze tra diversi livelli territoriali: a proposito dell’art. 3 B del trattato sull’Unione europea*, in *Riv.Ital.Dir.Publ.Com.* n. 3 del 1993.

VECCHIO, *La dottrina sociale della Chiesa*, In Dialogo cooperativa culturale srl, Milano, 1992.

VERONESI, *I principi in materia di raccordo Stato-Regioni dopo la riforma del Titolo V*, in *Le Regioni* n. 6 del 2003.

VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, III ed., 2004.

VIOLINI, *Il principio di sussidiarietà*, in G. Vittadini (a cura di) *Sussidiarietà: la riforma possibile*, Etas libri, Milano, 1998.

VIPIANA, *Il principio di sussidiarietà verticale*, Milano, Giuffrè, 2002.

VITTADINI, (a cura di) *Sussidiarietà: la riforma possibile*, Etas libri, Milano, 1998.

ZANOBINI, *Autonomia pubblica e privata*, in *Studi in onore di F. Carnelutti*, vol. IV, Padova, 1950, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1955; ID, *Gerarchia e parità tra le fonti*, in *Studi in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1939; ID, *Caratteri particolari dell'autonomia*, in *Studi vari di diritto pubblico in onore di O. Ranelletti*, vol. II, Cedam, Padova, 1931.