Nuove Autonomie

RIVISTA QUADIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXIV – Nuova serie
N. 1/2015 (gennaio–aprile)

INDICE

DOTTRINA

Ines D'Argenio
El acceso a la justicia administrativa por "retardaciòn" 5

Guido Corso
Le regioni a statuto speciale nel progetto di riforma costituzionale 35

Salvatore Raimondi
La disciplina urbanistica nella regione siciliana, tra normativa regionale e normativa statale 53

Mario R. Spasiano
Riflessioni in tema di trasparenza anche alla luce del diritto di accesso civico 63

Felice Blando
Fine dell'atto politico? 81

Flavio Guella

Variazioni della pressione fiscale da parte dello Stato e conservazione del gettito tributario destinato agli enti territoriali. Le tutele per l'autonomia avverso aumenti del prelievo riservati al centro o riduzioni delle imposte non compensate 97

Fabiano Di Prima

Le trattative per le Intese con le Confessioni religiose, tra politica e diritto (osservazioni a margine dell'ordinanza n. 40 del 2015 della Corte costituzionale) 131

Josep Ramon Fuentes i Gasó y Marina Rodríguez Beas

La incidencia de la reforma del régime local en la organización territorial de Cataluña 155

GIURISPRUDENZA

Michele Russo

Dal valore di un illecito alla legalità come valore. Nuovi approdi giurisprudenziali in tema di occupazione acquisitiva 187

Dottrina

El acceso a la justicia administrativa por "retardaciòn"

di Ines D'Argenio

Il burocrate fa valere il suo potere piú quando dice no che quando dice si: e ancor di più quando tiene l'interessato col fiato sospeso tardando a decidere. Questo atteggiamento viene esaltato quando l'arroganza è associata all'ignoranza (Mario R. Spasiano "Linee evolutive del rapporto politica–amministrazione tra esigenze di continuità e tentazioni di contiguità" Nuove Autonomie, 2010,84).

Sumario: I – LA RETARDACION. A. La Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1873, reformada en 1889. B El Código de Procedimientos de lo Contencioso Administrativo de 1905. C. El Código procesal emergente de la Constitución reformada en 1994. II – DIFERENCIA SUSTANCIAL CON EL CONSENSO PARA DEMANDAR A LA NACION. A. La ley nacional 3952: el consenso para demandar a la Nación por autorización del Congreso (venia legislativa). B. Subsistencia de la demanda ordinaria en el orden nacional y el requisito de la reclamación administrativa previa (decreto ley 19.549/72). C. La distinción jurisprudencial entre la demanda ordinaria y el "contencioso administrativo": el caso Serra. III – LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. A. El ejercicio de función administrativa como materia propia de la competencia en el proceso administrativo: definitiva superación del contencioso administrativo. B. El desplazamiento del acto administrativo de autoridad como objeto del proceso y la definitiva supresión de la exigencia de un acto tácito: inexplicable permanencia de la regulación procesal del silencio administrativo. C. Omisión del ejercicio de función administrativa: la condena judicial a la efectiva gestión del derecho. IV – EL SILENCIO ADMINISTRATIVO CONSTITUYE UNA INADMISIBLE INFRACCION AL ORDENAMIENTO JURIDICO. A. La conducta ilegal de no escuchar al que peticiona. B. La manipulación del tiempo. C. La voluntad inexpresada de la administración: un "fatto patologico"

I. LA RETARDACION

A. *La Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1873, reformada en 1889*

La retardación, con ese nombre, fue incorporada al ordenamiento positivo argentino en 1889[1], a partir de la reforma a la Constitución de la Provincia de

[1]A juzgar por la fecha en que se incorpora por primera vez al ordenamiento argentino, no parece indiscutible la afirmación de algunos autores en el sentido de que la aplicación de la técnica del silencio administrativo fue instaurada por primera vez en Francia por una ley del 17 de julio de 1900 (Jaime Rodríguez – Arana Muñoz *"El silencio administrativo y los actos tácitos o presuntos" Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, Abeledo Perrot 2004, año 16). Dice Rafael Bielsa que hasta la ley de 1900 no existía en Francia un régimen de certeza para poder demandar a la Administración pública en caso de silencio prolongado y que por virtud de esta ley,

Buenos de 1873 que en su articulado ya había otorgado jurisdicción originaria a la Suprema Corte de Justicia para conocer en las causas contencioso administrativas. Aunque de naturaleza judicial, tal atribución fue de carácter revisor como si se tratara de la jurisdicción contencioso administrativa[2]. De tal modo, la Constitución de 1873 exigía para la procedencia de la demanda, la presencia de una denegatoria previa por parte de la autoridad administrativa a los derechos que se gestionan por parte interesada. La aceptación de un proceso de acceso a la justicia por retardación se vincula estrechamente a la denegatoria previa, en respuesta clara a la necesidad de contar con un acto administrativo para poder demandar en modo impugnatorio, propio del contencioso administrativo. El carácter revisor asignado a la jurisdicción originaria de la Suprema Corte[3] solo autorizaba la

que fijó a la Administración cuatro meses de plazo para pronunciarse, el silencio en ese término se tiene como denegatoria implícita (*Derecho Administrativo, Tomo V*, quinta edición Depalma 1957, página 205). Sin embargo, Tomás Hutchinson da cuenta de un decreto anterior en Francia del 28 de noviembre de 1864 y, especialmente, afirma que el instituto del silencio administrativo aparece en España antes que en Francia, aunque no con las características actuales, en un Real Decreto del 20 de setiembre de 1851 (*El silencio administrativo en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense* en obra colectiva *El nuevo proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires* Coordinador Carlos Botassi, Editora Platense, 1ª edición, 2000).

En un texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre la jurisdicción contencioso administrativa, ordenado en España en 1944, se da cuenta de la situación existente previo a la sanción, en ese país, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En ese estado de cosas, complejo y confuso que explica Pera Verdaguer, el acceso a la justicia administrativa por retardación no aparece sistematizado en el texto legal básico que el autor alude como ley de lo contencioso de 1894, pero sí en el marco de su artículo 65 que se refiere al recurso de reposición contra resoluciones de organismos provinciales y dice en el final del segundo párrafo: *Tratándose de denegaciones tácitas, el recurso habrá de presentarse dentro del mes siguiente a la expiración del plazo para resolver, después de denunciada la mora con arreglo a lo dispuesto en el art. 374 de la Ley de Régimen Local* (*De lo contencioso administrativo*, Boch, Barcelona, 1953, con cita de jurisprudencia que, por ejemplo, afirma que la teoría del silencio administrativo no debe aplicarse sin estar admitida por disposición expresa, dando cuenta que resulta de otras legislaciones dispersas que entonces se refunden; y que habla de la carga de suplicar en la demanda contra la desestimación tácita por el silencio administrativo del recurso de alzada, páginas 280 a 285). Luego, en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se incorpora de manera sistemática en el Título III "Objeto del recurso contencioso administrativo", en el capítulo de los *actos impugnables*, tratándolo con el alcance de una *denegación presunta* que se produce cuando la Administración no notificare su decisión en el plazo de tres meses y, denunciada la mora por el interesado, transcurrieren otros tres meses desde esa denuncia (Jesús González Pérez, *"Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa"* Civitas, Madrid, 1992); y en la ley 29 de 1998, se habla directamente de *actos expresos y presuntos de la Administración pública* como objeto del recurso contencioso administrativo, manteniendo el carácter revisor de la jurisdicción no obstante que en la exposición de motivos se proclama como superado.

[2] Lo estudiamos en *La Justicia Administrativa en Argentina,* FDA 2003 y 2ª edición 2006.

[3] Hemos destacado anteriormente la profunda significación de las expresiones "instancia única" y "juicio pleno" como bases constitucionales para la elaboración de un proceso distinto (*El acceso a la Justicia administrativa en la Provincia de Buenos Aires,* Revista de Derecho Público Rubinzal Culzoni 2003 –I Proceso Administrativo I) pero en definitiva, la jurisdicción se consolidó como

demanda cuando hubiere un acto y la retardación fue considerada entonces una garantía procesal a favor del interesado, para lograr la configuración de un acto tácito o presunto cuando la Administración no se expidiera por acto expreso[4]. Dice Rodríguez – Arana Muñoz[5] que el silencio administrativo surge al compás de la propia jurisdicción contencioso administrativa, configurándose como uno de los mecanismos de acceso a dicha jurisdicción para evitar que la Administración pudiera eludir el control jurisdiccional con solo permanecer inactiva. La solución es considerada por Rafael Bielsa como la única que garantiza la efectiva protección jurisdiccional de los administrados[6], claro está, en el marco de un sistema concebido entonces como exclusivamente revisor. A pesar de todos los intentos, la presencia prioritaria de la revisión permanece inexorablemente y se hace presente en las sentencias judiciales más recientes vinculadas con este modo especial de acceso a la Justicia. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha dicho, en fecha 29 de junio de 2011 (en causa *P.,P c. Provincia)*, que ante la falta de pronunciamiento expreso (o inactividad formal) de la autoridad obligada a pronunciarse en un procedimiento administrativo, *la norma legal sustituye la voluntad administrativa inexpresada*; se trata – añade el juez de primer voto, aludiendo expresamente a la *funcionalidad de la figura* – de una técnica establecida a favor del interesado para franquearle el acceso a la justicia, y constituye entonces un emergente dogmático del debido proceso adjetivo en sede administrativa (con cita del artículo 15 de la Constitución provincial). Es indudable la permanencia

revisora no solo por obra del Código aprobado por ley 2961 sino, principalmente, por la profunda ingerencia que tuvo en la jurisprudencia la doctrina de origen francés enseñada en las aulas universitarias.

[4] No compartimos una visión mas reciente de la doctrina que pretende distinguir entre los efectos negativos y los efectos positivos del silencio para reconocer la presencia de un acto tácito solo en este último caso (Juan Carlos Cassagne, *"Las vicisitudes del silencio administrativo", en Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica,* Abeledo Perrot, 2010, año 22; Juan Carlos Morón Urbina *"Una revisión desde la perspectiva constitucional de la técnica del silencio administrativo positivo",* misma Revista, 2008, año 20). El objetivo es loable porque tiende a negar la presencia de un acto tácito frente a la retardación a efectos de evitar toda posibilidad de aplicación de un plazo de caducidad para demandar, como si hubiera acto; pero un razonamiento menos tortuoso indica la necesidad de eliminar directamente la presencia de un acto administrativo para demandar a la Administración, que es lo que proponemos en este trabajo. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en contra de este absurdo que se ha hecho habitual, de conferir a la autoridad administrativa negligente el privilegio de un plazo para ser demandada contado a partir de la configuración del acto ficto. Dijo la Corte en causa *Colegio de Bioquímicos de Chaco c. Instituto de Previsión Social de la Provincia de Chaco* (4 de noviembre de 1993, Fallos 316:2477), con relación al artículo 11 de la ley 848 de esa Provincia que consagra el requisito del plazo en tales circunstancias, que la mecánica aplicación de esa normativa por el tribunal local omite valorar la puntual conducta puesta de manifiesto por la actora y premia la actitud negligente de la administración, haciendo jugar en contra del particular la figura del silencio administrativo instituido claramente en su favor.

[5] Citado en nota 1.

[6] Obra citada, p. 208.

en el tiempo de la calidad de garantía para el interesado que se brinda al silencio administrativo, en el marco de un proceso revisor que exige siempre la presencia de un acto administrativo previo para demandar, aunque sea presunto. Dice claro la sentencia que la norma legal sustituye la voluntad administrativa inexpresada, exigiendo siempre la expresión de la voluntad administrativa como requisito inamovible para demandar[7].

B. *El Código de Procedimientos de lo Contencioso Administrativo de 1905*

En la introducción al proyecto de Código elaborado por Luis V. Varela, el autor alude expresamente a la "retardación de la autoridad administrativa", destacando la importancia de la consagración constitucional del instituto al señalar que con anterioridad a él, cuando la autoridad administrativa no daba curso al asunto, el interesado se encontraba sin tener camino que seguir. Era pues indispensable, continúa, incluir en la codificación de la materia contencioso administrativa las disposiciones que obligasen al Poder Ejecutivo y demás autoridades administrativas, a expedir sus resoluciones dentro de un término fijado por la ley, vencido el cual la *retardación* se habría producido[8]. Y así lo hizo en el que en definitiva fue el artículo 7 del Código, previendo tanto el caso en que un asunto que dé lugar a la acción contencioso administrativa estuviese en estado de dictar resolución definitiva, como el que se produce cuando la administración no dicte las providencias de trámite en los plazos establecidos por los reglamentos que fijan los procedimientos. La disposición exige que el interesado solicite por escrito la resolución luego de transcurridos dos meses desde que un asunto estuviese en estado de dictar resolución definitiva y recién transcurridos otros dos meses desde la presentación de ese escrito sin producirse la resolución, se lo habilita para iniciar la acción *como si la resolución administrativa se hubiese producido* y fuese contraria a los derechos del interesado. En la práctica, la concreción de la garantía resultó de gran dificultad a raíz de la interpretación que se dio a la petición por escrito y que se denominó "pronto despacho", porque éste quedaba descalificado para producir el efecto querido por la norma, cuando la administración instaba el trámite luego del pedido. La norma que reguló el procedimiento administrativo contribuyó a esta distorsión en cuanto introduce expresamente al "pronto despacho" como requisito ineludible para que se presuma la existencia de resolución denegatoria,

[7] Del voto del Dr. Negri se desprende alguna idea distinta que no termina de concretar, en cuanto por su cuenta, señala en otros términos que la conducta de la accionada conspira contra los principios y reglas que informan el procedimiento administrativo en orden al impulso de oficio, celeridad, economía y eficacia (artículos 7, 48, 49 ley 7647/70; doctrina causa B 66.926 del 6 de julio de 2005), pareciendo querer prescindir del argumento que centra la cuestión en la existencia previa de un acto administrativo de autoridad.

[8] En el Código comentado por *Salvador Dana Montaño*, Depalma, Buenos Aires, 1955.

sumado al transcurso del tiempo (artículo 79 ley 7647)[9], y la claridad que parece emanar de su redacción en cuanto dice simplemente "transcurridos dos meses desde esta reclamación", no es auténtica en el marco de una jurisprudencia que insiste en restar eficacia al pedido de pronto despacho cuando la autoridad diera algún impulso idóneo al procedimiento como consecuencia de ese pedido[10].

C. *El Código procesal emergente de la Constitución reformada en 1994*

La ley 12.008 se sancionó en octubre de 1997 instituyendo el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo para la Provincia de Buenos Aires, y en el capítulo III del Título I referido a las pretensiones, contempla la posibilidad de acceder a la Justicia por la vía del silencio administrativo en vinculación directa con la pretensión impugnatoria que regula el inciso 1 del artículo 12. Consagra expresamente el pedido de pronto despacho[11] como requisito que se suma al transcurso del tiempo para presumir la existencia de una resolución denegatoria a efectos de dejar expedita la instancia judicial. Y al igual que el Código anterior que rigió durante todo el siglo XX, autoriza a promover la pretensión – siempre de naturaleza impugnatoria – tanto para el supuesto de vencimiento del plazo para resolver un recurso, reclamo o petición planteado en sede administrativa, como para el caso de omisión o retardo en el dictado de actos de trámite o preparatorios.

El nuevo Código en su texto original, contenía una pretensión novedosa en la materia que excedía notoriamente los límites del contencioso administrativo tradicional: *la realización de una determinada prestación, por parte de alguno de los entes*

[9] El decreto 980 del 16 de octubre de 1934 con las modificaciones introducidas por el decreto 5614 que en 1968 estableció normas de procedimiento administrativo en la Provincia, contemplaba *la demora que sufre el procedimiento o la resolución final* (art. 43) y exigía entonces *el reclamo por morosidad* que debía formalizarse después de vencidos diez días desde la fecha de entrada del asunto (en caso de resoluciones de trámite) o dos meses desde que el asunto estuviese en estado de dictar resolución definitiva, cuando el reclamo hubiese sido por retardación en el despacho final (art. 44).

[10] La Fiscalía de Estado continúa utilizando como defensa para oponerse a la procedencia formal de la demanda, la invocación de que no se cumplieron los requisitos para la retardación que consisten en efectuar un reclamo o deducir un recurso a lo que se suma un periodo de inactividad, más un pronto despacho, más otro periodo de inactividad. En aquello a que hacemos especial referencia en el principal, adujo – en causa *P. P. c. Provincia* ya citada – que luego del pedido de pronto despacho la administración impulsó el trámite requiriendo dictámenes jurídicos, con lo que el pronto despacho perdió eficacia a los fines de configurar la retardación. La sentencia de la Suprema Corte en esa oportunidad fue contraria a la defensa de la Fiscalía pero sin pronunciamiento acerca de la necesidad de superar el pedido de pronto despacho que continúa vigente (sentencia del 29 de junio de 2011).

[11] Antes de la reforma de la ley 13.101 excluía la exigencia del pronto despacho en el supuesto de que se tratare de resolver un recurso administrativo cuya decisión agotara la vía administrativa (art. 16 inc. 3 suprimido por dicha ley).

previstos en el artículo 1º del mismo Código[12] (artículo 12 inciso 6, luego derogado por la ley 13.101). Es decir, con ese solo enunciado: la admisión de la posibilidad de pedir judicialmente la gestión del derecho omitida por la administración. Sin embargo, no solo su derogación por la ley 13.101 constituyó un retroceso, sino que la misma regulación en la ley 12.008 del modo de agotar el procedimiento administrativo para habilitar la demanda, indicaba a las claras la vigencia del cerco revisor que exige siempre la presencia de un acto administrativo de autoridad para acceder a la Justicia. En efecto, el artículo 17 del Código – por supuesto también derogado – exigía para esta pretensión, con carácter previo, reclamar el cumplimiento de la prestación – a la que califica de *específica y determinada* – a la autoridad jerárquica superior con competencia resolutoria final; y si ésta no cumpliere en el plazo establecido, dejaba expedita la "instancia judicial", presumiendo la existencia de una resolución denegatoria. Siempre el acto administrativo, porque no se concibe el ejercicio de función administrativa por otra vía que no sea el dictado de actos de autoridad, a pesar de la profunda modificación que significó la reforma constitucional de 1994 en la Provincia al conferir el derecho a demandar ante la mera actuación u omisión en ejercicio de función administrativa. Lo estudiaremos especialmente más adelante porque frente a esta modificación resulta inconstitucional, además de inexplicable, que el legislador y la jurisprudencia de los tribunales persistan en la idea circunscripta siempre a la necesidad de contar con un acto administrativo para poder demandar. Como sea, a ese nivel, siempre se concluye diseñando un procedimiento para que se dicte un acto.

El esquema referido a las posibilidades de acceso a la Justicia frente al silencio administrativo se completa, en el nuevo Código con la pretensión prevista en el último inciso del artículo 12 que refiere a la posibilidad de demandar que se libre orden judicial de pronto despacho en los términos previstos en el artículo 76 del mismo Código[13]. El artículo 76, único del capítulo titulado *amparo por*

[12] También la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española de 1998 enuncia como objeto del recurso contencioso administrativo, y con especial referencia a la "actividad administrativa impugnable", el supuesto en que *la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas*, otorgando a quienes tuvieren derecho a ella la posibilidad de *reclamar el cumplimiento de dicha obligación*; y si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, *éstos pueden deducir recurso contra la inactividad administrativa* (art. 29.1 en el capítulo primero del título III). A nuestro criterio, es superior por su enunciado meramente genérico, la norma que había introducido el Código bonaerense en su texto original, aunque la regulación que de esa pretensión hacía entonces el artículo 17 distorsionaba el objeto claro de la pretensión imponiendo el agotamiento de la vía administrativa *para presumir la existencia de una resolución denegatoria o adversa para el interesado.* Siempre la necesidad del acto administrativo previo que confirma la naturaleza revisora del proceso, tornándolo inconstitucional.

[13] La legislación italiana distingue el *silenzio – inadempimento o silenzio – rifuto*, del *silenzio significativo (silenzio assenso y silenzio deniego)*. La doctrina explica que el juicio promovido sobre la base

mora, se inserta en el Título II del Código, de los procesos especiales, y confiere la pretensión *a quien fuese parte en un procedimiento administrativo.* La orden de pronto despacho, dice la norma, será procedente cuando alguno de los entes previstos en el artículo 1º hubiere dejado vencer los plazos sin emitir la resolución o el acto de trámite o preparatorio. La sentencia debe resolver acerca de la mora y, si correspondiere, librar la orden para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca según la naturaleza y complejidad del asunto. Es importante la aclaración formulada en el texto de la norma procesal, que se mantiene aún con la ley 13.101, acerca de que la configuración del silencio administrativo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16, no impide la utilización de esta vía. La Suprema Corte de Justicia afirma que se trata de una opción a favor del interesado: iniciar un proceso judicial por vía de retardación sin aguardar el acto expreso o acudir por la vía del amparo requiriendo que se condene al dictado del acto[14].

---

del silencio *significativo* tiene naturaleza impugnatoria, con la consiguiente remoción de los efectos equiparados a aquellos típicos del acto administrativo. El mecanismo del *silenzio rifuto* puede ser provocado solo cuando existe una actividad procedimental de la administración pública, porque en sentido técnico presupone una especie en la cual el privado solicita a la administración el ejercicio de una potestad pública, es decir, la adopción de un acto administrativo (*Giustizia Administrativa, a cura di Franco Gaetano Scoca* G. Ciappichelli Editore, Terza edizione, Torino, 2009, página 499). En caso de acogimiento total o parcial del recurso *avverso il silenzio*, el juez ordena a la administración proveer dentro de un término no mayor a treinta días, en un modo similar a nuestro amparo por mora. Una modificación legislativa del año 2005 autorizó al juez administrativo a expedirse sobre la procedencia o improcedencia de la pretensión del privado, emanando una sentencia declarativa que la administración está obligada a seguir. La jurisprudencia elaborada con anterioridad entiende, en cambio, que el juez solo puede ordenar proveer, más no establecer cómo. En página 188 de la misma obra (parte 4 *Statica del proceso, sezione terza, Le azioni di condanna, punto 5, Condanna a provedere*) ya se anunciaba que le es atribuida al recurrente una acción de condena a hacer un hecho específico porque puede pedir que el juez ordene a la administración proveer dentro de un término no superior a los treinta días. En cuanto al *solenzio rigetto*, está vinculado al trámite del recurso jerárquico (Parte 7 *La tutela non giurisdizionale,* capítulo 1, punto 9, página 570) y considera que, transcurrido el plazo conferido a la administración para resolver el recurso, éste se considera rechazado, autorizando el recurso ante la autoridad jurisdiccional o el recurso extraordinario ante el Presidente de la República, El transcurso infructuoso del tiempo en tal caso – se aclara – no produce efectos sustanciales sino meramente procesales por lo que no da lugar a la configuración de un acto ficto. Todas las críticas al instituto que analizamos en el ámbito de nuestro país, son aplicables naturalmente a esta serie de ficciones forzadas tendientes siempre a la impugnación de un acto, y los mismos autores italianos que escriben al respecto consideran al silencio como un ***hecho patológico*** en el desenvolvimiento de la acción administrativa.

[14] En sentencia citada en nota 10, con remisión a doctrina en causas B–64.030 *Mayer* del 26 de junio de 2002 y B – 64.202 *Leluk* del 3 de julio de 2002, entre otras.

II DIFERENCIA SUSTANCIAL CON EL CONSENSO PARA DEMANDAR A LA NACIÓN

A. *La ley nacional 3952: el consenso para demandar a la Nación por autorización del Congreso (venia legislativa)*

Armando Emilio Grau explica este tema con una profundidad de conocimiento que, de haberse considerado debidamente su explicación, no se incurriría hoy en los desvíos en que se incurre respecto de instituciones básicas[15]. En *Habilitación de la instancia contencioso administrativa* (Editora Platense, 1971) analiza los precedentes de la ley 3952 poniendo de relieve que el Congreso sancionaba leyes *con motivo de los pedidos de autorización para demandar judicialmente a la Nación* formulados por particulares que pedían se les habilite para ocurrir a la justicia nacional[16]. El fundamento de la *venia legislativa* – ya que así se llamó la autorización que otorgaba el Congreso para demandar – se expresó claramente por la Corte Suprema al poner el acento en la *soberanía*, como principio reconocido universalmente, del que deriva el atributo de que la Nación no puede ser llevada a los tribunales sin su consentimiento[17]; principalmente, en alusión a una época inicial de nuestra historia en que la Nación carecía de recursos económicos suficientes, se encontraba en peligro la unidad e integridad nacional y se vivía un proceso de consolidación de la fisonomía de nuestro país. Y el consentimiento debía brindarlo el Congreso porque siendo el único que disponía del tesoro de la Nación, era el único que po-

[15] Ya nos hemos referido – y volveremos sobre ello – al dislate de pretender aplicar un plazo de caducidad para demandar en caso de silencio cuando se trata de la reclamación administrativa previa cuyo procedimiento excluye, precisamente, la exigencia de un acto administrativo de autoridad. La confusión ha conducido también a introducir en el ámbito del contencioso administrativo dispensas de agotamiento de la vía administrativa referidas a supuestos propios de la reclamación o las habituales disposiciones procesales que aluden a las cuestiones no planteadas, o planteadas y no tratadas, etc. Dice Bartolomé Fiorini que cuando se califica a la decisión administrativa previa como una medida práctica para evitar el pleito, hay error en esta opinión porque *este motivo podría corresponder a la reclamación administrativa previa, pero ésta nada tiene que ver con el objeto o contenido de la decisión administrativa previa* (*Que es el cojntencioso,* Abeledo Perrot, 1965).

[16] Analiza la discusión para la sanción de la ley 675 que autorizó a demandar a la firma "Aguirre, Carranza y Cía" en el Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, 1873 (página 124, nota 362). También la ley 2990 por la que en 1893 se otorgó similar autorización a la empresa "Sociedad Depòsitos y Muelles de las Catalinas", en cuyo debate previo se señaló que se trataba solo de una *autorización que no tiene mayor alcance que el de habilitar a los jueces para que administren justicia.* También estudia los fallos de la Corte Suprema en tal sentido señalando que aún en 1923 el tribunal destacaba que el actor estaba *habilitado para demandar en virtud de la venia legislativa* que había obtenido (*Del Cueto Vicente c. Gobierno Nacional,* Fallos 139:315). En páginas 71 y siguientes analiza el tema a partir del caso *Bates Stokes y Cía* de 1864, especialmente *Vicente Seste y Antonio Seguich* en el que se abordó el principio de la soberanía a que aludimos en el principal.

[17] En nota 183 refiere Grau detalladamente los innumerables precedentes en que se reiteró este principio.

día consentir que vaya a los tribunales una reclamación pecuniaria: la autorización legislativa – dice Grau en página 78 – fue la expresión formal del consentimiento del Estado para ser demandado. Por eso la reclamación administrativa previa, insertada como instituto continuador en el sistema procesal respectivo, es una institución exclusiva de la Nación, de absoluta improcedencia en el ámbito de las provincias[18], y hoy definitivamente superada en su razón histórica de ser.

Cuando se sanciona en esos términos la ley 3952, consintiendo de manera genérica la demandabilidad previa autorización del Congreso, ninguna ingerencia tenía en el sistema procesal establecido el contencioso administrativo que, en simultáneo, penetraba en las provincias como tal. De tal modo que, cuando la ley 3952 – tanto en su texto originario como con la modificación operada por la ley 11.634 que puso fin a la venia legislativa generalizando el requisito de la *reclamación administrativa previa* – alude al trámite a seguir para obtener la habilitación para demandar frente al silencio de la autoridad reclamada, solo confiere efecto a éste respecto del consentimiento para ser demandada. Fuera del marco del contencioso administrativo, ningún acto administrativo de autoridad es necesario para esa habilitación: solo la configuración tácita del consenso. La resolución a que alude la ley no constituye la decisión administrativa previa propia del contencioso administrativo; y cuando en el artículo 2 se refiere a la demora en dictar esa resolución por mas de seis meses después de iniciado el reclamo – con más el requisito del pronto despacho y el transcurso de otros tres meses – la ley solo otorga efectos a esa demora diciendo que *la acción podrá ser llevada directamente ante los tribunales acreditándose el transcurso de los plazos.*

Para comprender la diferencia entre ambas instituciones, Fiorini acude – en *Que es el contencioso* Abeledo Perrot, 1965 – a la configuración acabada del recurso contencoso administrativo como único componente del contencioso administrativo nacional y dice: lo que se excluye totalmente del recurso contencioso administrativo, es la posibilidad de que pueda recurrirse contra una situación jurídica que no sea la *expresión de una previa manifestación de la administración que se destaque como una decisión* (página 85). Y por ello – añade – la teoría del silencio administrativo crea la existencia tácita de una decisión administrativa denegatoria para poder recurrir, como una ficción dispuesta por la ley para salvar la situación del particular que necesita la existencia de una decisión administrativa previa para habilitar la instancia judicial a través del recurso contencioso administrativo. Es terminante en página 89 cuando afirma que se incurre en un grave error al calificar a la decisión administrativa previa como una medida práctica

[18] Lo estudiamos en *La Justicia administrativa en Argentina,* FDA, segunda edición 2006, página 103, nota 135, con especial referencia a la inaplicabilidad del decreto ley 5875/63 de la Provincia de Buenos Aires, que pretendió instituir en su ámbito la reclamación administrativa previa, al que se consideró contrario a lo normado en el artículo 16 CN por alterar el principio de igualdad de partes en la contienda.

para evitar el pleito, porque este motivo puede corresponder a ***la reclamación administrativa previa que no tiene nada que ver con el objeto o contenido de la decisión administrativa previa***. Por eso insistimos en calificar como un absurdo la modificación introducida por la ley 25.344 al artículo 31 del decreto ley 19.549/72 amén de celebrar la inconstitucionalidad magistralmente declarada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal[19]; y en tal sentido, nos parece distorsivo el intento de algunos autores por introducir temáticas al mismo efecto, que son ajenas a la naturaleza de las cosas en el sistema institucional argentino[20].

B. *Subsistencia de la demanda ordinaria en el orden nacional y el requisito de la reclamación administrativa previa (decreto ley 19.549/72)*

El contencioso administrativo se incorpora por primera vez con alcance general al ordenamiento procesal nacional, en el año 1972. Hasta entonces, y sin perjuicio de ampliaciones producidas al amparo de la ley 3952 en interpretación jurisprudencial de su expresión "causas civiles", solo existía una profusa legislación asistemática sobre recursos judiciales directos contra actos administrativos que aún hoy subsisten a pesar de aquella incorporación. La limitación era tan arbitraria que cuando el legislador no había previsto en el marco de la actividad que regulaba, el recurso judicial directo pertinente, no se podía impugnar y excepcionalmente, se acudía a la posibilidad de deducir un recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia en los términos de la ley federal 48, contra el acto administrativo para lograr su revisión judicial[21].

Al sancionarse la denominada Ley de Procedimientos Administrativos, se introdujeron en ella normas procesales para el acceso a la Justicia bajo el título IV "Impugnación judicial de actos administrativos". El artículo 23 prevé la impugnación de actos de alcance particular con similares requisitos de admisibili-

[19] Por su Sala III en *Biosystems S.A. c. Estado Nacional – Ministerio de Salud – Hospital Posadas* de fecha 18 de abril de 2011, causa en la cual la actora había iniciado demanda para obtener el cobro de facturas impagas. La Cámara pone el acento en esta circunstancia diciendo que en supuestos como el de autos no existe acto alguno cuya estabilidad esté en juego, pues lo que se persigue es el reconocimiento de una situación jurídica (IV in fine de la sentencia en Suplemento La Ley Administrativo agosto de 2011, página 43). Y en el punto VI, aborda directamente la cuestión que nos interesa señalando la importancia de distinguir de manera precisa, las dos vías reguladas en el título IV de la LNPA, pues *se trata de dos ámbitos diversos y solo en uno surge la necesidad de sujetar la posibilidad de demandar a la administración en un lapso de tiempo determinado, por lo que el plazo de caducidad solo resulta razonable frente a la impugnación de actos administrativos,* ***lo que no sucede frente al reclamo previo***.

[20] Nos referimos a ello en nota 4.

[21] Pensemos por un momento el alcance limitado de esta revisión, a lo que se suma la procedencia excepcional del recurso extraordinario en tal caso, para advertir la lesión al debido proceso. El rol de la ley 3952 en estas circunstancias, fue muy importante.

dad de la demanda a los regulados en los procesos contencioso administrativos provinciales (acto definitivo y a cuyo respecto se hubieren agotado las instancias administrativas) y el 24, la impugnación de actos de alcance general previo reclamo, que nada tiene que ver con la reclamación administrativa previa regulada en el artículo 30. En ambos casos se contempla el acceso a la Justicia por silencio o ambigüedad de la administración con remisión al artículo 10 de la misma ley que establece similares requisitos a las restantes normas ya analizadas: transcurso de un plazo, pronto despacho y transcurso de otro plazo. El artículo 25 fija los plazos de caducidad para la impugnación judicial de los actos administrativos y el artículo 26 dice que la demanda podrá iniciarse en cualquier momento cuando el acto adquiera carácter definitivo por haber transcurrido los plazos previstos en el artículo 10 y sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción. Por ende, está expresamente excluido el plazo de caducidad para el supuesto de silencio.

No obstante la generalidad con que se instala el contencioso administrativo a través de estas normas, sobre la base de una demanda ordinaria que difiere de los recursos judiciales contra actos administrativos mantenidos en la referencia del último párrafo del artículo 25, el legislador – que pudo haber unificado el proceso – mantuvo igualmente la posibilidad de demandar a la Nación fuera del estricto marco del contencioso administrativo referido solo a la impugnación de actos administrativos de autoridad[22] Así en el artículo 30 reitera en general los términos de la ley 3952 señalando que el Estado nacional no puede ser demandado judicialmente sin previo reclamo administrativo. En este marco aparece el silencio concebido para lograr el consentimiento de la Nación a ser sometida a juicio, que ninguna vinculación guarda con la retardación propia del contencioso administrativo. El artículo 31 impone el plazo de noventa días para resolver el reclamo y luego del pronto despacho, otros cuarenta y cinco días luego de cuyo transcurso *podrá iniciarse la demanda en cualquier momento.* Nada tiene que ver en este marco la modificación introducida por la ley 25.344 en cuanto pretende imponer la exigencia de un plazo de caducidad computado a partir de la configuración de un acto tácito, porque, precisamente, ese marco es ajeno a la impugnación judicial de actos administrativos[23].

---

[22] Subsiste siempre en este tortuoso proceso de dos vías de acceso a la Justicia, la distinción clave que dio origen universal a la jurisdicción contencioso administrativa concebida como límite a la intervención del Poder Judicial. De tal modo, y con sustento en la doble personalidad del Estado, el contencioso administrativo parece reservado siempre a la Nación actuando como persona de derecho público mediante el dictado de actos administrativos de autoridad. Sin embargo, la habilitación a demandar por acción ordinaria, también abarca el ejercicio de función administrativa en todos los supuestos en que no sea imperioso impugnar el acto, con lo cual se confirma la doctrina de Fiorini acerca de que todo el ejercicio de función administrativa está regido por el derecho administrativo, aunque en la gestión respectiva no se acuda al dictado de actos de autoridad.

[23] Ya hemos citado la sentencia de Cámara en causa *Biosystems S.A* con especial énfasis en

C. La distinción jurisprudencial entre la demanda ordinaria y el "contencioso administrativo": el caso Serra

Tal vez no era 1972 el momento adecuado para advertir que el proceso judicial en materia administrativa es uno solo que comprende de manera integral el ejercicio de función administrativa; ni que, en ese esquema, el cuestionamiento judicial de un acto administrativo no transforma al proceso en un tránsito excepcional y extraordinario de revisión judicial, sino que permanece en el sistema constitucional que se refiere al conocimiento y decisión de causas sin distinción de la materia (artículo 116 de la Constitución Nacional). No obstante que, a esa fecha, ya hacía más de una década que Fiorini había advertido sobre la crisis del contencioso administrativo y su necesidad de inclusión en el proceso judicial ordinario.

Pero han transcurrido más de cuarenta años desde la incorporación general del contencioso administrativo al ordenamiento procesal nacional y los estudiosos de la materia se niegan a reflexionar acerca de su supresión definitiva como un orden natural de las cosas dentro del sistema institucional argentino. Nada indica en este ámbito que la competencia judicial se limite a conocer en la impugnación judicial de una decisión administrativa previa mediante la cual la administración ha expresado su voluntad. Mucho menos cuando no la expresa pero se pretende que media esa expresión acudiendo a la ficción del silencio administrativo. Lo inexplicable de esta permanencia en un sistema que – con algunas modificaciones – lleva mas de dos siglos de vigencia, es que se exhibe en medio de un movimiento de renovación que postula otros medios de gestión administrativa ajenos por completo al modelo centralizado organizado jerárquicamente en el que la función administrativa solo se ejerce mediante el dictado de actos admini-

---

su excelente tratamiento del tema distinguiendo las dos vías de acceso a la Justicia a que nos referimos y la exclusión del plazo de caducidad para el supuesto de la reclamación administrativa previa (Marcelo Bruno dos Santos analiza de manera integral el complejo tratamiento del tema en la Cámara y en la doctrina en *La defensa de los derechos de los particulares en la vía reclamatoria ante el silencio de la administración. Breve repaso a casi diez años de la controvertida reforma de la ley 25.344*, en Suplemento La Ley Administrativo, 9 de noviembre de 2009). La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que en fecha 11 de febrero de 2014 confirmó la sentencia de Cámara, no mantuvo la declaración de inconstitucionalidad de la norma pues consideró suficiente que en el caso correspondía habilitar la instancia judicial *por no haber acto administrativo que denegara el reclamo de la actora* (en Suplemento La Ley Administrativo junio de 2014, con nota de Gustavo Antonio Mammoni *La caducidad y el silencio administrativo en la vía reclamatoria. La Corte puso punto final a trece años de polémica)*. De todos modos, la decisión fue mas terminante que la adoptada en *Mezzafera, Francisco José y otro c. Estado Nacional (ex Tribunal de Cuentas de la Nación) s/ empleo público* del 19 de noviembre de 2013, en la que solo consideró inaplicable la norma porque los requisitos de procedencia de la acción se habían configurado con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 25.344.

strativos por parte de la autoridad que expresa la voluntad de la administración[24].

Y entonces se permanece en la encrucijada que configura la presencia de dos vías de acceso a la Justicia sin saber muy bien, no solo cuando procede una o la otra, sino para qué permanece esa diferencia en nuestro sistema procesal. El énfasis puesto por la Corte Suprema de la Nación en el caso *Serra* para definir cuando una cuestión debe transitar por el estricto cauce del contencioso administrativo, conduce a la denegación del acceso a la Justicia con la intensidad que le brinda el principio supranacional de la tutela judicial efectiva, frente a un acto administrativo de autoridad que conserva la plenitud de los caracteres de la decisión previa. La ficción del silencio administrativo, concebida inicialmente como garantía para quien pretende demandar, se transforma en un absurdo sin sentido que encierra nuevamente al demandante en la necesidad de planteos impugnatorios frente a un acto inexistente, solo forzado, para justificar que el proceso judicial se abre luego de la expresión de voluntad de la autoridad administrativa.

La cuestión es de mayor gravedad en la Provincia de Buenos Aires, cuya Constitución, con acierto, adopta como materia propia del proceso judicial administrativo, el mero *ejercicio de función administrativa*, confiriendo a la administración pública el auténtico alcance de gestora del derecho sin connotaciones propias de un poder, porque no lo constituye.

III LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

A. *El ejercicio de función administrativa como materia propia de la competencia en el proceso administrativo: definitiva superación del contencioso administrativo*

Entre las formas sustanciales consagradas en la Constitución Nacional, no se encuentra la administración pública. Destacamos como tales la supremacía de la ley (art. 31); la razonabilidad de las leyes o garantía de inalterabilidad (art. 28 que autoriza la declaración judicial de inconstitucionalidad de las leyes); la reglamentación del ejercicio de los derechos por el Congreso (arts. 14, 17: determinación del contenido del interés general por el Congreso); y todas las atingentes al Poder Judicial derivadas del principio del debido proceso.

La enunciación que hace el artículo 75 de la Constitución Nacional sobre las atribuciones del Congreso es altamente significativa, porque determina el contenido de la materia federal sobre la que dispone la Constitución. Como facultades implícitas no se permite la incorporación de materias no delegadas sino simplemente, la posibilidad de "hacer todas las leyes y reglamentaciones que sean

[24] Lo estudiamos en *La administración pública. Crisis del sistema autoritario* Librería Editora Platense, 2012.

convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes" confiada solamente al Congreso, incluso cuando se trate de poner en ejercicio otros poderes concedidos por la Constitución al Gobierno de la Nación Argentina (artículo 75 inciso 32).

A diferencia de lo que sucede en otros sistemas jurídicos, el *gobierno* no es en Argentina potestativo del Poder Ejecutivo. Por el contrario, el título primero de la segunda parte de la Constitución comprende, bajo la denominación "Gobierno Federal", a los tres poderes (sección primera "del Poder Legislativo"; sección segunda "del Poder Ejecutivo"; sección tercera "del Poder Judicial"). No hay por ende funciones administrativas que, identificadas al gobierno, sean con exclusividad potestativas del Ejecutivo como sucede en otros sistemas institucionales en que solo éste se identifica con tal función. Pero además, y esto es definitorio, en el marco del Gobierno Federal, solo el Poder Legislativo tiene atribuidas materias específicas de ejercicio potestativo. En otras palabras, no hay materias propias de la administración pública sobre las cuales ésta pueda reglamentar sin ajustarse a las leyes que sanciona el Congreso. El principio de legalidad que tanto preocupa al derecho administrativo, tiene en Argentina un prioritario contenido de constitucionalidad que exige la presencia privativa del Congreso cuando se trate de reglamentar derechos esenciales.

En efecto: la división de poderes en Argentina no responde al sistema francés que otorga preponderancia al Poder Ejecutivo en ejercicio de una función exclusiva de "gobierno", actuando como árbitro que mantiene la continuidad de la acción política ("asegura por su arbitraje el funcionamiento regular de los poderes públicos", dice el artículo 5 de la Constitución de 1958; y como "gobierno", determina y conduce la política de la Nación, disponiendo de la administración conforme artículo 20)[25]. Por el contrario, el sistema constitucional en Argentina responde a los principios liberales del derecho norteamericano – o a los principios liberales adoptados en España en la Constitución de Cádiz de 1812 – que brindan prioridad al Legislador en la determinación del interés general que ha de regir el ejercicio de función administrativa. Por eso, salvo diferencias de matices y a pesar de que el régimen administrativo francés ha penetrado con fuerza en la doctrina mayoritaria argentina, el principio de legalidad resulta concebido en el marco de la Constitución Nacional como la "reserva de la ley", en cuanto solo por ley es posible reglamentar el ejercicio de los derechos fundamentales

[25] Nadie explica concretamente en nuestro país de qué se habla cuando se alude a la "revisión judicial de *políticas públicas"*, vinculando la cuestión a los límites del juzgamiento en la contienda en materia administrativa. No existe la revisión judicial de políticas públicas – salvo por planteo de inconstitucionalidad de la ley de que se trate – sino el juzgamiento del ejercicio de función administrativa sobre la base de las normas superiores que autorizan tal ejercicio en el marco del interés público determinado por ellas, sean nacionales o supranacionales.

(artículos 14 y 28 Constitución Nacional) determinando el contenido del interés general que justifica esa reglamentación[26].

La profundidad de la reforma constitucional de 1994 en la Provincia de Buenos Aires se inserta en este desarrollo institucional del que resulta principalmente, que la administración pública no es una forma sustancial en el sistema argentino. Concebida como poder en el esquema tradicional del derecho administrativo en general, elaborado a partir del sistema francés, la administración pública resulta por completo ajena a la forma de gobierno adoptada por la Constitución de la Nación Argentina en la que la trascendencia de un poder se define solo por su calidad de garante del ejercicio de los derechos y garantías consagrados en su primera parte. No puede existir en nuestro sistema institucional un "poder" constituido que se ostente como tal, sino en su calidad de garante de los derechos esenciales que constituyen su punto de partida. Así lo enseña Bartolomé Fiorini quien censura la expresión "reservas del administrador" en cuanto se pretende con ella que cumpla idéntica función a la que corresponde a las "reservas del legislador" de secular raíz histórica en las luchas contra el absolutismo del poder político de los señores. La vigencia de la reserva de la ley – añade, en *"Inexistencia de reservas del poder administrador"* La Ley 152, 963 y en Doctrinas Esenciales Tomo II, páginas 237 a 245 – es una consecuencia necesaria del reconocimiento por

[26] Es esta una forma sustancial: *la reglamentación de los derechos por el Congreso.* Ninguna otra norma de inferior jerarquía puede asumir esa atribución que le es confiada en exclusividad por tratarse del órgano deliberativo y plural propio de la representación, y por eso en el sistema institucional argentino no tiene inclusión la expresión "políticas públicas" en cuanto pueda entenderse como regulación de materias propias por parte de la administración pública. En esta función de establecer el equilibrio necesario entre los derechos fundamentales y el interés general – llamada en el derecho público función de "policía" –, el Congreso es el único órgano que define el contenido de éste. Se trata de otra forma sustancial: *solo el Congreso determina el contenido del interés público en cuya virtud se reglamenta el ejercicio de los derechos.* Y lo hace cuidando de *no alterarlos*: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio" dice el artículo 28 de la Constitución Nacional que – sumado al artículo 31 ya citado – ha sido fuente insuperable de la atribución confiada al Poder Judicial para declarar la inconstitucionalidad de las leyes (Juan Francisco Linares *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina,* estudio sistemático de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación). Esta cláusula de la inalterabilidad, como la llama Bartolomé Fiorini, es también una forma sustancial constitutiva del ordenamiento jurídico argentino.

En fecha reciente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ratificando múltiples pronunciamientos anteriores, se ha expedido acerca del principio de reserva del Congreso en materia tributaria, calificándola como un *valladar inconmovible* que no cede en el caso de que se actúe mediante el mecanismo de delegación legislativa previsto en el artículo 76 de la Constitución Nacional. En el caso (*Camaronera Patagónica S.A c. Ministerio de Economía y otros*, del 15 de abril de 2014), se consideró que una resolución ministerial que fija derechos de exportación para consumo a determinadas mercaderías, *resulta irrita para el principio de reserva legal,* al contradecir los artículos 4, 17, 52 y 75 incisos 1 y 2; y artículo 99 inciso 3 de la Carta Magna que establecen de manera reiterada que solo el Congreso impone las contribuciones referidas en el artículo 4 citado (En el mismo sentido, entre muchas otras causas, *Kupchik* de 1998, Fallos 321:366).

parte del orden jurídico de los derechos humanos y, como tal, distingue la vigencia de una garantía de derecho público constitucional. "Puede el lenguaje jurídico expresar en forma promiscua que la reglamentación es de esencia de la función administrativa", dice en página 240 y agrega "se trata de una cuestión de palabras pues la misma Constitución destaca con jerarquía constitucional la *reglamentación* de los derechos humanos como manifestación exclusiva del legislador".

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires desplazó definitivamente al contencioso administrativo con más de dos siglos de vigencia, para consagrar un sistema judicial en el que solo la presencia de función administrativa, por actuación u omisión, configura la contienda propia de la materia (artículo 166 último párrafo). Ese ejercicio de función administrativa prescindente del dictado de actos administrativos de autoridad vinculados a la presencia de un poder, se inserta en la concepción institucional que venimos exponiendo, en la que la administración pública es solo una organización ubicada primordialmente en el seno del Poder Ejecutivo, ajena a las potestades conferidas a éste como tal, confiada al órgano Presidencia de la Nación – con el aditamento de la Jefatura de Gabinete luego de la reforma de 1994 – para la efectiva gestión del derecho que crea el Congreso de la Nación junto a las potestades colegislativas del Ejecutivo. Estas potestades nada tienen que ver con la administración pública ni, por las mismas razones, con la sanción de normas sobre materias propias del legislador por delegación o necesidad y urgencia cuyo estudio es propio del derecho constitucional. Cuando el Ejecutivo desarrolla facultades legislativas sobre materia propia del Legislativo, no existe ejercicio de función administrativa sino ejercicio esporádico, accidental y excepcional de función legislativa para cuya validez y vigencia se exigen rigurosos requisitos de excepción que no corresponde estudiar al derecho administrativo. El derecho administrativo solo se ocupa de la regulación del ejercicio de función administrativa para procurar que ésta sea efectiva gestión del derecho creado por el Congreso. En ese cometido, carece de facultades de regulación sobre materias propias, porque las únicas materias atribuidas como propias al Gobierno por la Constitución, corresponden al Congreso. De tal modo, la administración pública no es una forma sustancial en la concepción del sistema institucional argentino, sino un mero instrumento para la ejecución de la ley con la función primordial de asegurar la vigencia del derecho establecido por el único poder de gobierno que tiene atribución al efecto, con el complemento de las facultades colegislativas confiadas al Ejecutivo que, en tanto tales, nada tienen que ver con la administración pública (incisos 8 y 9 del artículo 99 CN; artículos 77, 78, 83 y concordantes CN).

La Constitución de la Nación Argentina no atribuye al Poder Ejecutivo en su carácter de encargado de la administración pública, materias de su incumbencia como lo hace la Constitución de Francia en cuyas normas se inspira el derecho administrativo adoptado en nuestro país. La enumeración de materias atribuidas

expresamente al Congreso de la Nación no implica que haya otras materias que queden otorgadas por exclusión al Poder Ejecutivo. Ninguna disposición de nuestra Constitución alude a "materias propias" de carácter reglamentario tal y como así resulta del artículo 37 de la Constitución de Francia. El Poder Ejecutivo en Argentina solo expide los reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación (artículo 99 inciso 2) en un claro proceso de gestión administrativa del derecho para la vigencia efectiva del interés general determinado por el Legislador. Y debe hacerlo cuidando especialmente de no incurrir en una *extralimitación*[27].

B. *El desplazamiento del acto administrativo de autoridad como objeto del proceso y la definitiva supresión de la exigencia de un acto tácito: inexplicable permanencia de la regulación procesal del silencio administrativo*

La regulación procesal operada por ley 12.008 y sus modificatorias, no se adecua a la profunda transformación que significó la institución constitucional en la Provincia de un proceso administrativo superador de los dogmas propios del contencioso administrativo. Y el mantenimiento del acceso a la Justicia por retardación que aquí nos ocupa es prueba evidente de ello. Aún cuando el legisla-

[27] Así lo ha dicho expresamente la Corte de la Nación en *Gentini, Jorge M. y otros v. Estado Nacional* al declarar inconstitucional un decreto reglamentario del Poder Ejecutivo que exceptuó a las licenciatarias del servicio nacional de telecomunicaciones de la obligación de emitir los bonos de participación en las ganancias para sus empleados que establece el artículo 29 de la ley 23.696. Es incuestionable – dijo la Corte en sentencia del 12 de agosto de 2008 – que por medio de esa norma el legislador ha contemplado la participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas, en términos que no se limitan a un enunciado de valores neutros para una materia determinada, sino que expresan una definición lo suficientemente precisa como para habilitar su aplicación inmediata dando lugar al nacimiento de derechos subjetivos, en tanto la referida norma legal estableció expresamente dicha participación de raigambre constitucional en el terreno de las empresas creadas como consecuencia del proceso de privatización llevado a cabo en la última década del pasado siglo en aquellos supuestos en que se decidió implementar programas de propiedad participada. Es evidente – agregó el Tribunal precisando el cometido estrictamente reglamentario de la ley que compete a la administración – que el artículo 4 del decreto 395/1992, al establecer que las licenciatarias no estaban obligadas a emitir los bonos de participación en las ganancias *desatendió la finalidad de proveer al mejor cumplimiento del mandato legal contenido en el artículo 29 de la ley 23.696 en la medida en que no solo no se subordinó a la voluntad del legislador allí expresada en forma inequívoca ni se ajustó al espíritu de la norma para constituirse en un medio que evitase su violación, sino que, por el contrario, se erigió en un obstáculo al derecho reconocido a los trabajadores, frustratorio de las legítimas expectativas que poseían como acreedores. La extralimitación de la reglamentación condujo a instaurar una regulación contraria a la claramente establecida en la norma que debía reglamentar.*

Por eso, el principio de reserva de la ley a que hicimos referencia, no implica la presencia de un principio de "reserva de la administración" desde que aquél solo es establecido en garantía de los derechos fundamentales y no como reserva de un poder (Bartolomé Fiorini citado, en La Ley Doctrinas Esenciales 1936 – 2010, Agustín Gordillo Director, II – 237); sin embargo, la doctrina argentina en general opina en contrario siguiendo los postulados del régimen administrativo francés.

dor antes de las reformas introducidas por la ley 13.101, había puesto el acento en la *omisión de ejercicio de función administrativa* para contemplar una pretensión que tuviera por objeto el cumplimiento de la prestación omitida, exigía siempre la configuración previa de un acto administrativo de autoridad como único modo de acceso a la Justicia. Y en el mismo sentido, se mantuvo la imposición al particular de provocar una resolución denegatoria presunta ante la omisión administrativa, sobre la base del viejo esquema que consideraba a esta ficción como una garantía a su favor.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires no comprendió este mandato y en cuanto a la retardación, por ejemplo, solo se ha limitado a ser un poco menos rigurosa en el procedimiento de configuración del acto ficto, principalmente en la interpretación de la exigencia del pronto despacho[28]. Pierde así la oportunidad de encarar una verdadera transformación al amparo de la norma constitucional que la autoriza, al mantener sus decisiones en el marco del

[28] Si bien en causa B–61.267 *Lunazzi, Tomás Ricardo y otros c. Provincia de Buenos Aires"* sostuvo que tanto el art. 7 de la ley 2961 como el artículo 16 de la ley 12.008, debían interpretarse *a la luz del nuevo régimen constitucional de la Provincia*, con base en *Gaineddu* del 23 de abaril de 2003, la directriz de la preponderancia del nuevo sistema constitucional no prosperó. Como la propia Corte lo expresara en *Lunazzi,* en *Gaineddu* quedó definido que *el tránsito por vías administrativas ha de tener cabida como excepción al principio de la directa demandabilidad estatal* con cita del principio de acceso irrestricto a la justicia, artículo 15 Const. Provincial. Sin embargo, en lo referente al acceso a la justicia por omisión en el ejercicio de función administrativa, no se encuentra elaborada a la fecha una doctrina judicial "a la luz del nuevo régimen constitucional de la Provincia": las decisiones caso por caso en el marco del principio pro actione – si bien celebradas por sus resultados de justicia (B 63.317 *Olmedo* 11 de junio de 2014, B 60.833 *Noriega* 8 de abril de 2005; B 59.732 *Franco* 20 de marzo de 2013, entre otras) – no constituyen la asunción plena por los jueces de las consecuencias de la profunda reforma constitucional que, con expreso reconocimiento del constituyente, superó el alcance revisor de la tradicional jurisdicción contencioso administrativa. La Corte continúa hablando de garantía frente al silencio, en el estrecho marco que supone para el particular la posibilidad de presumir ***la voluntad administrativa no expresada***. La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata, en la misma postura, ha ido mas allá en la deconstrucción del silencio administrativo, utilizando expresiones novedosas para superar los requisitos tradicionales, tales como admitir que medió en un caso un *urgimiento inequívoco frente a la inactividad administrativa que resulta idóneo a los fines invocados*, apartándose de la configuración estricta del pedido de pronto despacho (*Gramajo Carina y otro c. Ministerio de Desarrollo Humano y Trabajo* 15 de agosto de 2013, voto de Claudia Milanta), o pronunciándose sobre *la dispensa del presupuesto de agotamiento de la vía en el caso* sobre la base de que en los términos del artículo 166 quinto párrafo de la Constitución, tal requisito no constituye una regla o principio general (del mismo voto, siempre con cita del señero caso *Gaineddu* que, inexplicable y lamentablemente, la Suprema Corte de Justicia abandonó en su devenir). En el sentido que elogiamos impreso por la Cámara, citamos también *Rodríguez Julián Hernán* 23 de octubre de 2013, y principalmente *Aceituno, Nilda Susana y otros*, 28 de febrero de 2008 en el que se expresó concretamente que *la reforma constitucional permite superar los escollos rituales*, aludiendo al artículo 15 de la Constitución provincial y, nuevamente a *Gaineddu* en cuanto sostiene ***la operatividad del artículo 166 quinto párrafo*** (voto de Spacarotel con adhesión de Milanta).

contencioso administrativo tradicional. Una actitud absolutamente diferente de la asumida en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuya Justicia en la materia, aún sin norma constitucional precisa como la instalada en la Provincia, logró superar el estricto cauce del contencioso administrativo también regulado en estos términos por el legislador, para generar una magnífica doctrina que autoriza, directamente, ***la condena judicial al ejercicio de función administrativa omitida;*** respondiendo a la efectiva vigencia de normas supranacionales de aplicación operativa y principalmente, a la satisfacción de derechos sociales básicos que en el plano del contencioso administrativo devienen irrealizables si se someten al tránsito del procedimiento para la expresión de la voluntad de la administración, de manera expresa o tácita.

Estas centenarias percepciones en el ámbito de los derechos humanos – dice Ziata Drnas de Clément, con sustento en profusa doctrina que cita[29] – *han tomado impulso en los últimos veinticinco años, llevando al alejamiento en el plano internacional del voluntarismo del Estado, permitiendo vislumbrar la anunciada nueva sociedad de ciudadanía multicultural o trasnacional….La ciencia jurídica (sociología del derecho) es concebida como fenómeno social complejo, red de permanente diálogo y acomodamiento,* ***que reemplaza a la determinación autoritaria***. La autora habla de una percepción sociológica centrada en la *erosión de la estatidad* y en la legitimación de regímenes jurídicos transnacionales (con remisión a autores que cita, Oxford University Press, 2010) y del paso del derecho internacional con bases ordenativas fundadas en el acuerdo de los Estados, a un ***derecho global centrado en la persona humana*** que es fruto de la revalorización de las teorías sociológicas de fines del siglo XIX e inicios del XX. La comunidad mundial, añade, no resulta ya de la coexistencia de los Estados sino que consiste en la interpenetración de los pueblos en cuyo ámbito, el derecho es un producto de la vida social: no existe una voluntad, un poder, sino la sumisión a las necesidades solidarias del grupo humano.

Es de evidencia indiscutible que, sobre tales bases, el "silencio administrativo" no puede ya seguir repitiéndose como una garantía para el hombre. Su ficción se elaboró bajo la idea de otro hombre, el hombre sometido a la dominación del Estado para la realización colectiva del interés general. Por eso la administración pública era la función esencial del Estado para el desarrollo de sus cometidos, y el hombre debía someterse a la dominación para permitir una concreción autoritaria. El acto administrativo de autoridad concebido como único modo posible del ejercicio de función administrativa, primó así por sobre los derechos humanos que fueron insertándose por otras vías. Y hoy, la incompatibilidad de sistemas es irrebatible: no puede mantenerse la presencia de la relación subordinación–dominación como eje del derecho administrativo, sino bajo la posibilidad cierta de que el derecho administrativo, al negarse a procesar nuevos contenidos

[29] *La complejidad del principio pro homine,* en *Derecho internacional de los derechos humanos,* coordinador Rolando E. Gialdino, Jurisprudencia Argentina 2015–I, fascículo 12.

adaptados a la nueva realidad social, encuentre el fin de su historia y fenezca como disciplina enclavada en dos siglos de vigencia.

El silencio administrativo constituye una noción vetusta, innecesaria, aliada a una dogmática en decadencia, imposible de sostener como "garantía" en el marco global del acceso irrestricto a la justicia administrativa y de la vigencia operativa de la tutela judicial efectiva.

C. *Omisión del ejercicio de función administrativa: la condena judicial a la efectiva gestión del derecho*

La concepción funcional de la administración pública, enfocada fuera de toda connotación de poder constituido, pone el acento en su cometido ineludible de gestión continuada del derecho desplazando al acto administrativo como único instrumento autoritario conocido para el ejercicio de la función. El acto administrativo nace en el derecho continental europeo a semejanza de la sentencia, como expresión de un poder[30]. Su tránsito por la modernidad durante más de dos siglos, obliga hoy a reflexionar acerca de su vigencia como instrumento idóneo para la concreción del interés general concebido por el legislador, y a la necesidad de comprender a la gestión administrativa como ejercicio de la función sin acudir de manera inexorable a la exigencia de un acto administrativo[31]. Por consecuencia de ello, cae la absurda ficción del silencio administrativo que pudo ser una garantía durante la vigencia del contencioso administrativo revisor, pero que hoy se transforma en una inadmisible omisión en el ejercicio de la función administrativa que asume caracteres de delito en cuanto ningún funcionario público está autorizado a no gestionar; mucho menos, a no pronunciarse negando su deber de inter relación activa con la sociedad. Ni tampoco, naturalmente, a invocar la calidad discrecional del ejercicio de la función para no cumplir con el mandato legal. La Corte ha ordenado proveer al mejor cumplimiento del mandato legal subordinándose a la voluntad del legislador (en causa *Gentini, Jorge* del 12 de agosto de 2008 ya citada), definiendo de tal modo el único contenido posible de la función administrativa. En su seno, en el ámbito institucional argentino, las facultades propias derivadas de la discrecionalidad con que se concibe su ejercicio en otros sistemas, se relativizan, de modo tal que la discrecionalidad no es una forma del ejercicio de la función, sino un elemento secundario que carece, en absoluto, de calidad esencial.

El tema de la "discrecionalidad administrativa" con todas sus implicancias,

---

[30] Lo estudiamos en *La administración publica*…citada, Capítulo I *Origen y desarrollo del derecho administrativo. Las causas de su configuración tradicional*, con especial referencia en el aspecto que abordamos en el principal, a las enseñanzas de Otto Mayer.

[31] Ampliamos en D'Argenio, Inés A. *¿En qué consiste el ejercicio de función administrativa?* En Suplemento La Ley Administrativo, Director Agustín Gordillo, 9 de noviembre de 2009.

sigue vigente en la doctrina y la jurisprudencia en Argentina, con la proclama de su existencia y la imposición de límites derivados de la legalidad. Es habitual como postulado inicial para rechazar cualquier pretensión procesal que pretenda cuestionar el ejercicio de la función administrativa; y en igual sentido opera la idea de zona de reserva de la administración, no obstante una excelente doctrina reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación[32]. Pero lo cierto es que no hay invocación posible de facultades discrecionales para omitir el cumplimiento de mandatos legales, en el marco de una concepción del derecho administrativo superadora de aquella vigente durante más de dos siglos que consideraba a la administración pública como el ejercicio de un poder. Es otra muy distinta la realidad actual constituida a partir de normas supranacionales que *llevan al alejamiento en el plano internacional del voluntarismo del Estado,* dice Drnas de Clement, y ello debe conducir a la elaboración de un derecho administrativo que revise sus conceptos milenarios sustentados en la relación dominación – sujeción respecto de la persona humana.

La doctrina de la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la materia, ha comprendido claramente que el ejercicio de función administrativa consiste en el cumplimiento efectivo de un mandato legal; y entonces, cuando ese mandato se incumple, condena a su ejecución en el marco del proceso específico que no reviste ya caracteres del contencioso administrativo, sino que asume su plenitud constitucional como conocimiento y decisión de los hechos y el derecho planteados en la contienda. Siempre citamos como paradigma en tal sentido la causa *Comisión de Vecinos Lugano en Marcha y otros c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires* del 13 de octubre de 2005. Pero hay muchas más, principalmente vinculadas a la satisfacción operativa de derechos sociales consagrados por normas supranacionales, cuya vigencia efectiva no puede depender, en manera alguna, de la existencia previa de un acto administrativo susceptible de impugnación.

La aplicación directa de un marco constitucional local de avanzada en materia de vigencia operativa de derechos humanos consagrados por normas supranacionales, ha permitido a la justicia de la Ciudad sustanciar un proceso judicial idóneo para conocer y decidir acerca del cumplimiento efectivo de la gestión

[32] La Corte cuestiona la esencia misma de la discrecionalidad sin conformarse con la mera imposición de límites a su ejercicio: en causa *Editorial Río Negro S.A. c. Provincia del Neuquén* del 5 de setiembre de 2007 condenó a la demandada a que las publicaciones oficiales sean adjudicadas de acuerdo con un criterio distributivo, que mantenga siempre una pauta mínima para evitar desnaturalizaciones. La Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dijo de manera más categórica aún, en identidad con la doctrina que compartimos, que si una ley dispuso la construcción de un hospital en cierta zona de la Ciudad, imponiendo así el órgano legislativo un deber activo concreto al departamento ejecutivo, *la única actitud posible de la administración frente a la ley vigente es someterse a su cumplimiento* ya que *en ningún caso podría dejar de cumplir con la voluntad legislativa que representa el interés general* (en causa *Comisión de Vecinos Lugano en Marcha y otros c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires* del 13 de octubre de 2005).

administrativa encomendada por la Constitución y por las leyes, principalmente en el magno encargo de la vigencia efectiva de los derechos sociales a que se refiere permanentemente en su texto. El poder judicial de la Ciudad adoptó así una posición hasta entonces desconocida en el marco de la función judicial encomendada constitucionalmente para "el conocimiento y decisión de todas las causas" (art. 106, concordante con el art. 116 de la Constitución Nacional), que fue luego avalada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su encomiable tarea de configurar un litigio de derecho público con trascendencia institucional[33], no solo por sus fallos dictados en el mismo sentido que condenan a la efectiva gestión administrativa omitida por la administración, considerando que rige un "deber jurisdiccional" a tal efecto[34], sino por la consagración de un postulado esencial relativo a la aplicación judicial directa de la Constitución como principio excluyente de las normas de inferior jerarquía[35]. La toma de posición a la que nos referimos, condujo a los jueces de la Ciudad a condenar a la administración pública local a satisfacer de manera efectiva los derechos sociales consagrados por normas de jerarquía supranacional receptadas en las disposiciones de la Constitución Nacional y de la Constitución de la Ciudad, considerando que el goce de los mismos implica no solo un deber de no coartar acciones autónomas tendientes a su satisfacción, sino que *exige la adopción de medidas positivas por parte del Estado que hagan posible la inclusión social*[36]. Sobre tal base sometió a conocimiento y decisión

[33] Lo estudiamos en *Trascendencia institucional del litigio de derecho público*, publicado en Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, número 3, septiembre de 210. Gargarella define esta toma de posición de los jueces de la Ciudad destacando que tiende a favorecer la deliberación democrática, en tanto el Poder Judicial es la institución que recibe querellas de los que son o sienten que han sido, tratados indebidamente en el proceso político de toma de decisiones.

[34] Especialmente, *Rozniatowski, Rosa Cristina c. Estado Nacional–Secretaría de Energía de la Nación",* fallo del 3 de marzo de 2009.

[35] En la causa *Consumidores Argentinos c/Estado Nacional–PEN–decreto 558/02–ley 20.091 s/ amparo ley 16.986,* sentencia del 19 de mayo de 2010 que remite expresamente a la causa *Verrocchi*, la Corte dijo que la previsión en el texto constitucional de pautas susceptibles de ser determinadas y precisadas en cada caso concreto autoriza al Poder Judicial a verificar la compatibilidad entre las normas de inferior jerarquía y la Constitución y, en su caso, a fundar sus fallos en la Constitución con preferencia a las leyes o, en otros términos, no aplicar las leyes que les parezcan inconstitucionales. Es imposible no traer a cuenta, para corroborar esta doctrina, el fallo en causa *Itzcovich, Mabel v. Administración Nacional de la Seguridad Social* de fecha 20 de marzo de 2005, en el que, también con la expresa consigna de que se trata de un "deber jurisdiccional", la Corte afirma que cuando la aplicación de un precepto legal se pone en colisión con enunciados de jerarquía constitucional los jueces deben apartarse de tal precepto y dejar de aplicarlo a fin de asegurar la supremacía de la Constitución Federal.

[36] Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Sala I *Ortiz, Célica y otros c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires* del 28 de diciembre de 2001. También la Corte Suprema de Justicia de la Nación comenzó a postular expresamente la necesidad de que la administración pública demandada adoptara *acciones positivas* para la efectiva gestión de mandatos jurídicos

el adecuado cumplimiento en forma progresiva de los programas creados por el Gobierno de la Ciudad a efectos de tutelar el *derecho a la vivienda*, en la inteligencia de que todos los actos de la administración son susceptibles de ser confrontados con el derecho vigente para verificar su adecuación al mismo y, por consecuencia, condenó, en general, a incluir grupos familiares que se encontraban en situación de calle en programas de emergencia habitacional, con alcance cautelar o definitivo según el caso, y aunque estos grupos familiares ya hubiesen gozado de subsidio o asistencia anterior a cuya finalización aún no hubiesen revertido la situación inicial de desamparo[37]; mandó cumplir con las previsiones impuestas por la ley 350 que disponía la *construcción de una escuela* en la Villa 21[38], y ordenó al Gobierno que arbitre los medios para que cese la *omisión inconstitucional de asegurar y garantizar el acceso a la educación* de los niños de 45 días a 5 años, considerando un deber inexcusable de la Ciudad asegurar y financiar el acceso a la educación inicial[39]; hizo cesar la omisión arbitraria en que incurrió la administración local consistente en no proveer los medios conducentes para rehabilitar el funcionamiento del área de histopatología del Hospital General de Agudos Teodoro Alvarez[40]; y condenó al Gobierno de la Ciudad a llevar a cabo en el menor tiempo posible las obras necesarias para la refuncionalización del Hospital Neuropsiquiátrico Torcuato de Alvear y a designar el personal técnico y profesional necesario a fin de cubrir adecuadamente las necesidades de servicio de cada una de las áreas de ese establecimiento asistencial[41]. También condenó al cumplimiento del mandato legal que dispone la realización de una obra pública de construcción de un hospital

---

incumplidos, cuando en la contienda se encontraran comprometidos derechos fundamentales (por ejemplo, en *Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional y Provincia de Chaco*, 18 de setiembre de 2007 y en *Salas Dino y otros c. Provincia de Salta,* del 29 de diciembre de 2008).

[37] Entre muchas otras, en causa *Ortiz, Célica* citada en nota anterior; de la misma Sala *Sandez, Claudia* del 20 de junio de 2002 e *I., R.P.R. v. Ministerio de Desarrollo Social y otros s/procesos incidentales* del 13 de agosto de 2009, entre muchas otras; y de la Sala II en *Ramallo Beatriz y otros* del 12 de marzo de 2002 y *G., A.M. v. GCBA* del año 2007, entre muchas otras.

[38] Sala II, en causa *Asesoría Tutelar v. GCBA* del 1 de junio de 2001, traída por *Alejandra Petrella* en *Responsabilidad por omisión y derechos sociales en la Ciudad de Buenos Aires*, J.A. 2005–II, 1 de junio de 2005.

[39] Sala I *Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia v. Gobierno de la Ciudad* del año 2008.

[40] El caso *Asociación de Médicos Municipales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, resuelto en agosto de 2002 por la Sala II de la Cámara, lo trae *María Claudia Caputi* en un interesante trabajo en el que destaca la desidia, la ineficiencia, el manejo displicente, la inoperancia, que causan desprotección en la cobertura del derecho fundamental a la salud, explicando que en la causa en comentario se denunciaba una severa disminución de materiales y personal que ocasionaba demoras superiores a las médicamente recomendadas para obtener un diagnóstico afectándose a los enfermos graves que se atendían en ese nosocomio (*La tutela judicial de la salud y su reivindicación contra los entes estatales*, en Suplemento La Ley de Derecho Administrativo, con remisión al comentario de *Graciela Christe Los derechos sociales y su control judicial en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* en La Ley 2004–A, 626).

[41] Sala I en *Asesoría Tutelar en lo Contencioso Administrativo y Tributario c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires,* 25 de junio de 2007.

a cargo del Ejecutivo, considerando que si el órgano legislativo le impuso a éste un deber activo concreto, la única actitud posible de la administración frente a la ley vigente es someterse a su cumplimiento pues no puede dejar de cumplir con la voluntad legislativa que representa el interés general [42]; e intimó al Gobierno de la Ciudad a acompañar a una causa judicial el cronograma de reformas edilicias y contratación de personal necesario para superar las dramáticas falencias del Hospital Infanto Juvenil Carolina Tobar García, insistiendo en una medida cautelar anterior incumplida[43].

No pueden ya caber dudas acerca de que la exigencia a los particulares de configurar mediante el cumplimiento de requisitos formales un acto denegatorio ficto, no es el procedimiento idóneo para lograr que la administración pública se ejerza como función oportuna y efectiva. No es necesaria la ficción de un acto denegatorio sino la acabada comprensión de que el único cometido posible impuesto lo es a la administración y consiste en el efectivo ejercicio de la función encomendada. La ficción del silencio ya no es necesaria; más aún, es absolutamente incongruente en el marco de un proceso judicial al que se accede por la mera circunstancia de la omisión en el ejercicio de función administrativa.

IV EL SILENCIO ADMINISTRATIVO CONSTITUYE UNA INADMISIBLE INFRACCION AL ORDENAMIENTO JURIDICO

A. *La conducta ilegal de no escuchar al que peticiona*

En el sistema de derecho administrativo autoritario que impera en la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país, contra todas las normas supranacionales y constitucionales vigentes, solo la *decisión* adoptada por el poder central en el marco recoleto de una burocracia jerárquicamente organizada puede conferir derechos. Los autores no aciertan a valorar el aporte de Fiorini cuando dice que el contenido de la relación jurídica administrativa proviene de la norma, un anticipo que sorprende en la concepción actual de los derechos sociales consagrados por normas supranacionales. La cuestión adquiere ribetes inaceptables cuando la administración no escucha a los excluidos sociales, quienes deben esperar, no importa por cuanto tiempo a que los derechos de jerarquía normativa superior se concreten. Esperan que los burócratas emanen decisiones unilaterales sin saber con qué resultado y el milenario sistema del "silencio administrativo" aparece

[42] Sala II en *Comisión de Vecinos Lugano en Marcha y otros v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires,*13 de octubre de 2005.

[43] Sala II *Asociación de profesionales del arte de curar del Hospital Tobar García v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires* del 3 de abril de 2009.

entonces en su plenitud como un ***aberrante privilegio conferido a la administración pública para no ejercer la función***; una facultad de manipular el tiempo, porque en el derecho administrativo tradicional, con vulneración ostensible del derecho global centrado en la persona humana, el único tiempo que importa es el que brinda seguridad jurídica a un acto administrativo ejecutorio[44]. Hablar de "silencio" en este ámbito, con el alcance institucional que se confiere a la expresión en el sistema tradicional, es inaceptable, porque se trata de un ámbito en el que quienes peticionan al Estado no son escuchados. El silencio configura así la conducta ilegal de no escuchar al que peticiona[45].

Cuando el silencio se produce en el ámbito de la función administrativa que tiene por objeto la gestión de los derechos sociales para su efectiva vigencia, constituye un delito de lesa humanidad. Dice el sociólogo Javier Auyero en un estudio de campo al que ha denominado *"Pacientes del Estado"* (Eudeba, 2013) que en esta materia, hablar de Estado presente o ausente es una ciega simplificación, porque en la realidad, *el Estado está presente como un tentáculo invisible cuando construye su dominación haciendo esperar largas horas a los mas desposeídos por una magra ayuda.* El trámite administrativo al que son sometidos los sujetos vulnerables – añade – constituye un proceso temporal a través del cual se produce la subordinación política, una manipulación del tiempo. Las autoridades los obligan a soportar con impotencia que otros tomen decisiones. Se trata de inacciones que operan para perpetuar la dominación, dice Auyero y frente a esta concepción realista del *silencio administrativo* ninguna observación crítica se formula desde el derecho administrativo que continúa aceptándolo como una institución idónea con virtualidad jurídica.

B. *La manipulación del tiempo.*

El agotamiento de la instancia administrativa – de la cual el silencio administrativo continúa siendo trámite esencial – como requisito para poder exigir en Justicia la vigencia efectiva de los derechos sociales, ha sido severamente censurado por sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en causa "I. C., L.A. c. Anses – PEN s/amparo–medida cautelar", sentencia del 15 de mayo de 2014. En la causa, el juez federal de primera instancia de Bahía Blanca – Juzgado Nº1 – desestimo in limine un amparo promovido por el padre de dos adolescentes para obtener su inclusión en el subsistema no contributivo de la asignación

[44] La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires todavía mantiene la histórica doctrina según la cual solo la adjudicación definitiva del Instituto de la Vivienda hace nacer el derecho a la vivienda de las familias necesitadas de ella.

[45] He escrito recientemente una nota en el diario El Día de La Plata para describir la ignominia que significa el silencio, avalado como institución garantista en el derecho administrativo, frente a los reclamos desoídos de los enfermos que acuden a diario al Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires (jueves 12 de marzo de 2015, Sección Enfoque, página 10).

universal por hijo para protección social, al considerar que había mediado una decisión administrativa denegatoria que goza de presunción de legitimidad, frente a la cual, a criterio del juez, el interesado debió activar el procedimiento impugnativo específico de la ley 19.549. La Cámara de Apelaciones confirmó la sentencia destacando que el actor abandonó su reclamo administrativo frente al rechazo, cuando debió articular los recursos pertinentes en esa sede: de tal modo, la consecuente remisión del reclamo a sede administrativa se anticipa como estéril, porque el plazo para interponer tales recursos se encuentra vencido. La vigencia de los requisitos formales para habilitar el acceso a la Justicia se contrapone así de manera evidente a la posibilidad de obtener la concreción de derechos sociales insatisfechos. Una norma de derecho local como la ley de procedimiento administrativo se prioriza en su aplicación frente a normas supranacionales ignoradas por los sentenciantes. Y lo que es más grave, se juega la protección social para la que la asignación universal ha sido creada, a la suerte de un acto de la administración pública que, al quedar firme, consigue efectos denegatorios definitivos, aunque los niños para los que se reclama continúen con hambre y otras necesidades básicas insatisfechas.

La institución del agotamiento de la instancia administrativa se consagró en el marco de un esquema de relación entre particulares y el Estado, en el que los particulares invocan una situación de interés personal que debe confrontarse adecuadamente con el interés general que actúa la administración. Por eso se acepta la relación de dominación–sujeción, porque la sujeción está justificada en la necesidad de priorizar el interés general. Hoy la situación es muy distinta y este esquema queda descolocado en el seno del más elemental sentido común, aunque el derecho administrativo se resista al cambio y continúe anquilosado en el binomio autoridad – libertad que justificó su desarrollo durante más de dos siglos[46].

[46] Ni siquiera se piensa en el ámbito del contencioso administrativo en la posibilidad de que los niños que asisten a comedores escolares demanden el cumplimiento adecuado de las obligaciones prestacionales por parte de la administración, tal y como se hace en relación a obligaciones emergentes de un contrato administrativo. Un informe del Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC) da cuenta de un grave déficit en la gestión de los comedores escolares de todo el país donde cada día se alimentan 4,5 millones de alumnos (La Nación, 10 de abril de 2014, Silvina Prenat) ¿Quién demanda por ellos? Algunos abogados que han comprendido la tragedia – destaco siempre a Gonzalo Permuy – y que no son administrativistas. Los administrativistas están convencidos de que éste no es un problema del derecho administrativo, sino de la solidaridad social, del Papa Francisco o de Margarita Barrientos. Muchos colegas no se hacen cargo del problema como si fuese imputable a una entelequia ajena a su alcance: y es, en realidad, ejercicio deficiente de función administrativa u omisión en el ejercicio de función administrativa. También los abogados que trabajan en clínicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, ajenas por completo a las Cátedras cuyos programas de estudio no comprenden la materia, han demandado por los atrasos en programas bonaerenses de ayuda social: las becas para niños y adolescentes no se actualizan

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha comenzado el desarrollo de una doctrina judicial que pone en cabeza de la sociedad la defensa de su institución autónoma, un nuevo enfoque que obliga a la consideración de los marginados como objetivo inexorable para la defensa de los derechos humanos[47]. En ese contexto, son esos hombres los que constituyen el colectivo que es contenido prioritario del interés general[48] y en el cometido funcional de lograr la concreción de éste, nada tiene que hacer la "voluntad administrativa"; mucho menos, por supuesto, la *voluntad inexpresada de la administración pública.*

C. *La voluntad inexpresada de la administración: un "fatto patológico"*

La consideración de la función administrativa, dice Franco Gaetano Scoca[49], del ejercicio obligado del poder, de los caracteres de la actividad "autoritativa" de la administración pública, ha inducido a la doctrina a afirmar, con claridad, que ***el silencio es un hecho patológico*** en el desenvolvimiento de la actividad administrativa. Es patológico en cuanto trastorno que altera el funcionamiento

---

desde 2010 – dice La Nación Sociedad del 3 de marzo de 2014 – y el pago se suspende además periódicamente poniendo en riesgo la continuidad de los centros de atención; se trata de unos 225.000 niños y adolescentes de las zonas más pobres de la provincia. El conflicto se centra en el programa de Unidades de Desarrollo Infantil del Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia, que comprende los servicios de 1.597 jardines maternales, comedores infantiles, Casas del Niño, centros juveniles y centros de atención integral. Los comedores escolares se financian mediante otro programa de Desarrollo Social, el Servicio Alimentario Escolar, en cuyo ámbito el Estado mantiene una deuda de unos 500 millones de pesos con las prestadoras del servicio. El Defensor del Pueblo de la Provincia tiene en su haber un pedido de evaluación del estado nutricional de los niños que se alimentan en comedores escolares, desde hace mas de cuatro años sin resultado alguno (expediente 354/10).

[47] En causa "CIPPEC" del 26 de marzo de 2014 con nuestro comentario en Suplemento La Ley Administrativo, Director Agustín Gordillo, de junio de 2014, Nº3, bajo el título "Se desbordó el contencioso".

[48] Así lo entiende también la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social en una causa en la que se accionaba en Justicia para que el Poder Ejecutivo Nacional (en el caso, Ministerio de Trabajo) proveyera los formularios correspondientes a fin de concretar la inscripción en el Plan Jefes de Hogar. El PEN cuestionó la vía del amparo promovida, considerando además que el juez de primera instancia, en el marco del amparo, había desconocido las limitaciones presupuestarias con relación al financiamiento del Programa. La Cámara, en la misma línea que la Corte Suprema de Justicia en la causa citada en el punto 2 del principal, y con remisión a precedentes propios en el mismo sentido, decidió que el amparo era la vía idónea en el caso, a la luz de los derechos en juego de naturaleza alimentaria y preferente tutela constitucional. En lo sustancial, señaló que en esta materia no resulta aceptable tolerar discriminaciones y, en cuanto al argumento referido a la disposición de recursos presupuestarios dijo que el Estado debe arbitrar los medios suficientes para satisfacer los derechos prestacionales que consagra a través de las medidas que dicta (Sala II en causa "N., G.B. c. PEN (Ministerio de Trabajo)" del 2 de julio de 2014, con remisión a "Sales, Andrés Julio y otros" de la misma Sala).

[49] En *Giustizia Administrativa*, citada, página 276, con remisión a otros trabajos del mismo autor.

normal del sistema, porque si la administración pública está instituida como una función, solo su efectivo ejercicio concreta el objetivo que constituye su razón de ser. No es necesario que exprese su *voluntad*: en los hechos comúnmente la expresa pero la satisfacción del interés general que constituye su cometido funcional no se realiza con la *decisión* resultante de ella. Entonces ¿porqué exigir que quien pretende la condena judicial a ese efectivo ejercicio transite un procedimiento que le permita configurar esa voluntad aún cuando ella no es expresada por la administración?

La *voluntad inexpresada de la administración* como figura jurídica utilizada en las sentencias de la Suprema Corte de la Provincia que hemos visto en este trabajo, indica la presencia de una situación jurídica que obliga a quien ha formulado un reclamo administrativo a transitar un procedimiento para concluir en la ficción de que la falta de expresión de la voluntad no impide considerar que ésta existe ¿Para qué mantener tamaña incongruencia? Solo para preservar como eje central del ejercicio de función administrativa la presencia de un acto administrativo de autoridad que dice el derecho en el caso concreto, aunque precisamente nada dice cuando guarda silencio.

La patología del silencio administrativo otorga virtualidad jurídica a la "inexpresión de voluntad" adoptando una postura reñida con la esencia misma de la función administrativa que consiste en su ejercicio. Quien no expresa la voluntad y guarda silencio, omite el ejercicio de función administrativa y a la sociedad no le interesa obligar a que la administración se exprese, sino lograr el efectivo ejercicio de la función omitida: la construcción de un centro de salud, la reparación adecuada de una ruta, la designación de médicos anestesistas en hospitales públicos, la construcción de rampas para discapacitados, la prevención del delito, la provisión de alimentos adecuados a las necesidades nutricionales de menores en los comedores escolares, la construcción de cloacas, el cese de la autorización para tala de árboles en Salta, la atención a los reclamos de los aborígenes en Chaco, la restitución al dominio público de los bosques templados de la Patagonia vendidos ilegalmente – y a precio vil – a las familias gobernantes del sur argentino. Ninguna expresión de voluntad satisface la vigencia del interés general vulnerado por el desvío o la omisión del ejercicio genuino de la función en tales casos. Mucho menos, la "inexpresión de voluntad" que exige, en la doctrina del silencio administrativo, el tránsito de un procedimiento para obtener que se transforme en una voluntad tácitamente expresada.

La *omisión de ejercicio de función administrativa* consagrada en la Constitución provincial como base para demandar la efectiva gestión del derecho, exige una profunda reflexión acerca del significativo cambio que impone y que destierra por completo la presencia de un instituto surgido en el marco del contencioso administrativo revisor. El silencio administrativo es hoy, claramente, una grave infracción al ordenamiento jurídico.

L'ACCESSO ALLA TUTELA AVVERSO IL SILENZIO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

di Ines D'Argenio

Il silenzio amministrativo costituisce un fattore patologico, di negazione della stessa ragion d'essere dell'amministrazione. Il cittadino non può restare in balia del mancato esercizio del potere amministrativo. In questa prospettiva, lo scritto analizza l'evoluzione del silenzio nell'ambito della disciplina normativa in Argentina e l'esigenza di un'adeguata considerazione delle conseguenze che esso è in grado di generare.

Le regioni a statuto speciale nel progetto di riforma costituzionale

di Guido Corso

1. Chi si limitasse ad una lettura superficiale del progetto di riforma costituzionale, nella parte che riguarda il titolo V, potrebbe concludere che per le regioni speciali nulla cambia. L'art. 116 Cost. rimane lì, immutato; e immutata, quindi, la regola che riconosce alle regioni speciali forme e condizioni particolari di autonomia, secondo i rispettivi statuti speciali adottati con legge costituzionale.

È stato pure prospettato[1] che la specialità non solo viene mantenuta, ma risulta anzi potenziata. Non perché sia previsto un aumento delle competenze delle regioni speciali, ma, all'opposto, perché è prevista una drastica riduzione delle competenze legislative delle regioni ordinarie. Si tratterebbe, cioè, di un potenziamento 'relativo', non 'assoluto'[2] considerato che l'art. 38 co. 11 del testo licenziato dal Senato contiene una clausola di salvaguardia per le regioni a statuto speciale e le province autonome: nel senso che la modifica prospettata del titolo V non trova applicazione nei loro riguardi "fino all'adeguamento dei rispettivi statuti sulla base di diverse intese con le medesime Regioni e Province autonome".

Riteniamo che sia l'una che l'altra lettura (mantenimento dello status quo – potenziamento delle autonomie speciali) siano errate.

La storia del regionalismo italiano ci insegna che le regioni a statuto speciale hanno subito modifiche della loro condizione nell'ordinamento complessivo non per effetto di norme che le riguardano, ma soprattutto in conseguenza di norme, come interpretate dalla Corte Costituzionale, che riguardano le regioni ordinarie[3]. Le norme costituzionali posteriori al 1948 ma anche norme di legge ordinaria, che hanno di volta in volta spostato i confini che separano i poteri delle regioni ordinarie dai poteri dello Stato, si sono ripercosse sulle regioni speciali. Il discorso potrebbe cominciare da lontano, a partire dal d.P.R. 616/1977 (il primo decreto Bassanini). Ma per semplificare si possono prendere le mosse dalla riforma costituzionale del 2001.

Con il nuovo titolo V viene intaccato il privilegio in termini di competenza (e in parte di risorse) di cui avevano fino allora goduto le regioni a statuto speciale perché sotto vari aspetti esse vengono superate o comunque appaiate dalle re-

[1] A. D'Atena, *Passato, presente…e futuro delle autonomie regionali speciali*, in *Dir. e Soc.* 2014, p. 605.

[2] A. D'Atena, *op.loco cit.*

[3] Naturalmente a partire dalla entrata in funzione delle regioni ordinarie. Per il periodo precedente, nel quale le competenze delle regioni speciali sono state compresse proprio a causa della mancata istituzione delle regini ordinarie, v. A. D'Atena, *op. cit.*, p. 686–688 e letterata nota cit.

gioni ordinarie: alle quali è assegnata una competenza "residuale" (art. 117 co. 4) la cui portata sembra molto più ampia del complesso delle competenze primarie delle regioni speciali, quali previste dai rispettivi statuti.

Per altro verso la clausola di maggior favore contenuta nell'art. 10 della legge costituzionale n. 3/2001 sembra destinata ad estendere alle regioni speciali i più ampi spazi di autonomia che sono riconosciuti alle regioni speciali. Le disposizioni del nuovo titolo V si applicano alle Regioni speciali "per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite".

Sicché la riduzione delle differenze fra regioni ordinarie e regioni speciali, che sembra nuocere alle seconde, risulta compensata dai poteri ulteriori che le regioni speciali dovrebbero ricevere grazie all'aggancio con le consorelle ordinarie. Sono costrette ad un "inseguimento" per raggiungere, come in una gara ciclistica, il gruppo di testa (le regioni ordinarie): ma una volta effettuato il ricongiungimento, le regioni speciali hanno più di quanto avevano prima del 2001.

Questo è ciò che risulta dalla interpretazione letterale della legge di riforma. Ma come vedremo, le cose sono andate in modo radicalmente diverso.

"Forme di autonomia più ampie" di quelle delle regioni speciali sono riconosciute alle regioni ordinarie sotto diversi aspetti. Già con la legge costituzionale n. 1 del 1999 era stata attribuita alle regioni ordinarie una potestà statutaria autonoma, non più soggetta alla approvazione con legge dello Stato (così il nuovo art. 123): mentre una legge costituzionale, e quindi un intervento del parlamento, nelle forme di cui all'art. 138 Cost., continua ad essere richiesto per la modifica degli statuti speciali (a parte la decostituzionalizzazione della forma di governo regionale della quale possono avvalersi, e si sono concretamente avvalse, le regioni speciali). La legge costituzionale n. 3/2001 ha poi soppresso il controllo statale sugli atti amministrativi della Regione e abrogato l'art. 125 co. 1 Cost. Ha, ancora, sostituito il controllo preventivo di costituzionalità delle leggi regionali, già previsto dal vecchio art. 127 Cost., con un potere di impugnazione che lo Stato può esercitare davanti la Corte Costituzionale, ma solo dopo che la legge è entrata in vigore. Ha, infine, tolto alle regioni speciali il privilegio di una competenza legislativa esclusiva, assegnando alle regioni ordinarie una competenza residuale (art. 117 co. 4) nelle materie non espressamente riservate alla legislazione dello Stato. Una competenza che, secondo la Corte costituzionale, è più ampia della competenza legislativa primaria delle regioni speciali: mentre questa, secondo gli statuti speciali, è sottoposta al limite del rispetto delle norme fondamentali economico–sociali della Repubblica (ossia a norme di legge ordinaria), la competenza residuale delle regioni ordinarie soggiace ai soli limiti stabiliti dall'art. 117 co. 1 Cost., ossia al rispetto della Costituzione nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali (C. Cost. sent. n. 274/2003, par. 3.2.).

La clausola di maggior favore, contenuta nell'art. 10 della L. cost. n. 3/2001, è una specie di norma transitoria, destinata ad operare "sino all'adeguamento dei

rispettivi statuti". Il criterio non è diverso di quello a suo tempo enunciato dalla Corte costituzionale per regolare la successione nel tempo di leggi statali e leggi regionali delle regioni speciali nelle materi riservate alla competenza primaria di queste ultime. Le leggi statali vigono anche nel territorio della regione a statuto speciale se questa non ha disciplinato con proprie leggi la materia e continuerà a vigere sin quando questa non avrà legiferato: un criterio che ha risolto molti problemi, ma non tutti perché di volta in volta richiede un confronto fra norme e fattispecie per stabilire se l'area occupata dalla legge statale sia già coperta, o non lo sia, dalla legge regionale.

Nonostante l'automatismo previsto dall'art. 10 – l'estensione automatica alle regioni speciali delle "forme di autonomia più ampie" riconosciute dal nuovo titolo V alle regioni ordinarie – non mancano incertezze sulla sua applicazione: dal momento che, come rilevò G. Silvestri dieci anni fa[4], esso innesca un "processo di abrogazione tacita e indeterminata di norme di rango costituzionale". Nel senso che richiede un confronto fra le norme statutarie, ivi comprese quelle che attribuiscono una competenza primaria, e le norme che le regioni ordinarie possono adottare soprattutto nell'esercizio della loro competenza residuale, per stabilire se le seconde siano espressioni, o non lo siano, di una forma più ampia di autonomia.

L'incertezza è inerente alla necessaria comparazione tra la nuova normativa introdotta dalla riforma costituzionale del 2001 e le singole previsioni degli statuti speciali: una comparazione necessaria per stabilire quando "le forme di autonomia previste dagli statuti sono meno ampie di quelle garantite alle regioni ordinarie del nuovo titolo V" (C. Cost. sent. n. 255/2014, punto n. 2).

Espressione di questa incertezza è la vicenda relativa al controllo sulle leggi della regione siciliana. In una prima fase la Corte ritenne che i due sistemi, previsti rispettivamente, dall'art. 127 Cost. e dagli artt. 27–29 dello statuto siciliano – fossero così eterogenei che non era possibile stabilire se quello previsto dall'art. 127 fosse più autonomistico o no (sent. n. 314/2003). Con la sentenza n. 255/2014, estensore Sergio Mattarella, a cui è dovuta anche l'ordinanza con la quale la Corte aveva sollevato davanti a se stessa la questione di legittimità di una disposizione della legge La Loggia (art. 9 co. 1 L. 131/2003) che aveva confermato la competenza del Commissario dello Stato, il sistema regionale siciliano è stato travolto. Esso prevede, infatti, un controllo preventivo che garantisce una minore autonomia rispetto a quella assicurata dall'art. 127 Cost. Con la leva dell'art. 10 L. cost. n. 3/2001 sono così saltati ("non trovano più applicazione", punto 5) gli articoli 29, 29 e 30 dello statuto speciale.

L'estensione alle regioni speciali di garanzie e di competenze per il tramite dell'art. 10 è stata molto più ridotta di quanto ci si potesse attendere.

[4] Le Regioni speciali tra i limiti di modello e limiti di sistema, in Le Regioni 2004, 1118 ss., spec. 1125.

È vero che su alcune nuove materie è stata riconosciuta alle regioni speciali una competenza "residuale" (e quindi esclusiva) per effetto congiunto dell'art. 117 co. 4 Cost. e dell'art. 10 cit.: come lo "stato giuridico ed economico del personale" (sent. n. 274/2004), le "politiche sociali e l'edilizia residenziale pubblica" (sent. n. 118/2006), la "formazione professionale" (sent. n. 328/2006), la "polizia amministrativa locale" (sent. n. 167/2010)[5]. Ma si tratta di un ampliamento esiguo rispetto a quello reclamato dalle Regioni speciali in un complesso contenzioso nel quale essa hanno invocato vanamente l'applicazione in loro favore dell'art. 10 della L. Cost. n. 3/2001.

Se si volesse fare un bilancio dei rapporti tra Stato e regioni speciali dopo la riforma del 2001, si sarebbe costretti a concludere che, ad onta della clausola di maggior favore che avrebbe dovuto ampliare le competenze delle regioni speciali, complessivamente la condizione di queste è oggi deteriore rispetto al periodo precedente[6].

In questa direzione hanno operato spinte diverse: scelte di politica del diritto, motivazioni tecnico–giuridiche, ragioni di ordine finanziario.

2. Brevemente sulle ragioni politiche, che hanno spinto la Corte costituzionale a elevare una specie di barriera per circoscrivere gli effetti di alcune irrazionali scelte ipergionalistiche che erano alla base dell'elenco di materie contenute nell'art. 117 co. 3.

Che senso ha assegnare alle Regioni, sia pure a titolo di competenza concorrente, la "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia"; o "le grandi reti di trasporto e navigazione" o l'"ordinamento della comunicazione" o "l'armonizzazione dei bilanci pubblici" o il "coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario ", o la "previdenza complementare e integrativa"?

Che senso ha prevedere "l'organizzazione di attività culturali", come competenza regionale, e non far menzione dei lavori pubblici?

Un silenzio, quest'ultimo, che ha spinto in un primo tempo le regioni a reclamare (senza successo) competenza esclusiva sulla materia dei lavori pubblici, come competenza residuale.

La Corte Costituzionale ha esercitato una apprezzabile opera di razionalizzazione che l'ha portata a dare una interpretazione restrittiva del comma 3 dell'art. 117, a dare una interpretazione estensiva della competenza esclusiva statale (art. 117 co. 2), e ad escludere che un "determinato oggetto" sia riconducibile "all'ambito di applicazione dell'art. 117 co. 4 (competenza residuale) "per il solo fatto

[5] Sulla questione, I. Ruggiu, Le "nuove" materie spettanti alle Regioni speciali in virtù dell'art. 10 legge costituzionale 3/2001, in Le Regioni, 2011, 775 ss.

[6] In questo senso, pur con opportuni distinguo, le conclusioni dell'accurata indagine di S. Parisi, *La potestà primaria alla deriva? Spunti ricostruttivi per ripensare un luogo comune,* in *Le Regioni* 2011, p. 821 ss.

che tale oggetto non sia immediatamente riferibile ad una delle materie elencate nei commi secondo e terzo dell'art. 117"[7].

Quest'opera di sbarramento posta in essere dalla Corte costituzionale è stata comunque sorretta, a mio avviso, da valide ragioni giuridiche.

L'art. 117 Cost., come novellato nel 2001, contiene un elenco di competenze legislative esclusive dello Stato. Nessuna di esse coincide con le competenze esclusive delle regioni a statuto speciale e delle province autonome: in astratto, non dovrebbe esserci collisione tra le due specie di competenze. E se ci fosse, il conflitto andrebbe risolto sulla base del criterio di specialità (lex specialis derogat legi generali), e quindi con la prevalenza della norma statutaria.

Questo discorso sarebbe plausibile se le materie di competenza legislativa fossero mutuamente esclusive e di conseguenza ogni norma rientrasse soltanto in una di queste materie. Ma così non è. Non lo era nel 1948, non lo è a maggior ragione dopo il 2001. Nell'elenco contenuto nell'art. 117 co. 2 figurano cose, come le armi, le munizioni e gli esplosivi, relazioni fra soggetti collettivi (i rapporti internazionali, i rapporti dello Stato con l'Unione europea, i rapporti tra la Repubblica e le confessioni religiose), comparti normativi (ordinamento civile e penale, giustizia amministrativa), funzioni pubbliche tradizionali (difesa, giurisdizione, politica estera, protezione dei confini nazionali), finalità generali emerse o valorizzate da pochi decenni, come la tutela della concorrenza o la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali.

L'eterogeneità fra gli oggetti elencati dipende dalla molteplicità dei criteri di classificazione in cui figurano, accanto a materie in senso stretto, finalità, istituti giuridici etc. Tale molteplicità è inevitabile, ma comporta la possibilità che una stessa norma, posta nell'esercizio della competenza legislativa, sia riconducibile a più di uno degli oggetti elencati. Per fare un esempio. Una norma che qualifica come contravvenzione la distruzione o il deturpamento di bellezze naturali (art. 734 c.p.) è ascrivibile all'ordinamento penale (art. 117 co. 2 lett. l), ma anche alla tutela dell'ambiente (art. 117 co. 2 lett. s): e nel momento in cui viene applicata dal giudice rimanda alla materia "giurisdizione e norme processuali" (ancora art. 117 co. 2 lett. l).

Si tratta del resto di un problema inerente ad ogni specie di classificazione. Le specie di un genere sono mutualmente esclusive – nel senso che nessuna entità può appartenere a più di una specie – quando il criterio di classificazione è uno solo. Il criterio, ad es., per cui il genere umano si distingue in maschi e femmine. Se però diciamo che il genere umano si distingue in maschi, femmine e bambini, se impieghiamo cioè come criterio di classificazione, oltre al sesso, il criterio dell'età, inevitabilmente ci saranno esseri umani che sono ad un tempo maschi e bambini, o femmine e bambine, esseri, cioè che appartengono a più di una classe, proprio in ragione dell'applicazione congiunta di due criteri di classificazione.

[7] Sent. n. 370/2003. Sul punto, S. Parisi, *op. cit.* p. 827.

Che uno stesso oggetto possa essere ricondotto a più materie dell'elenco delle potestà legislative statali e regionali è perciò inevitabile, tenuto conto del modo (e quindi dei criteri) con cui è stato formato l'elenco.

I problemi si moltiplicano se l'elenco contenuto nel secondo comma dell'art. 117 viene accostato all'elenco delle materie di competenza legislativa concorrente dello Stato e delle regioni contenute nel successivo co. 3; o viene accostato agli elenchi di materie di competenza legislativa primaria contenuti negli Statuti speciali.

Dilemmi sorgono soprattutto nel caso in cui tra una materia elencata nell'art. 117 co. 2 ed una materia elencato in uno statuto speciale si configura un rapporto di genere a specie o di tutto e parte; o quando la competenza esclusiva statale investe non una cosa, un ambito materiale, ma una finalità (tutela del risparmio, della concorrenza, dell'ambiente etc.). La finalità incombe sulla materia di competenza regionale (concorrente, ma anche esclusiva) quando questa è descritta appunto come materia, come ambito materiale, o come cosa o come singolo istituto giuridico (per es. espropriazione). In questi casi la competenza esclusiva dello Stato tende ad espandersi. A condizionare, limitare o assorbire la competenza regionale, anche la competenza esclusiva delle regioni a statuto speciale.

Qualche esempio tratto dalla giurisprudenza costituzionale degli anni recenti, serve a capire come opera questo meccanismo.

Una norma della regione Sardegna prevede un piano di accertamento demaniale in funzione anche della progressiva sdemanializzazione degli usi civici, materia che è oggetto di competenza legislativa esclusiva regionale (art. 3 co. 1, lett. n) dello Statuto). Su ricorso dello Stato la norma viene annullata perché le zone gravate da usi civici sono sottoposte a vincolo paesaggistico dal codice dei beni culturali (art. 142/2004); e quindi viene in rilievo la competenza esclusiva dello Stato sulla "conservazione ambientale e paesaggistica" (art. 117 co. 2 lett. s), competenza che verrebbe menomata da una disposizione che, sopprimendo l'uso civico, lascerebbe sguarnita di tutela la zona che dall'uso civico era gravata (C. Cost. sent. n.2 10/2014).

È sempre la comptenza in tema di ambiente che giustifica l'annullamento di una norma, sempre della Regione Sardegna, che prevede la proroga della autorizzazione all'esercizio di cave:la norma è illegittima perché in questo modo viene eluso l'obbligo di subordinare tale esercizio alla valutazione di impatto ambientale (C. Cost. sent. n. 199/2014). Anche in questo caso la Regione dispone di competenza esclusiva in materia di "esercizio dei diritti demaniali e patrimoniali della Regione relativi alle miniere, cave e saline" (art. 3 co. 1 lett. m) dello Statuto).

La Provincia autonoma di Bolzano prevede con propria legge il cumulo di incarichi dirigenziali presso la Provincia e i suoi enti strumentali e società controllate e consente pure il cumulo delle relative retribuzioni. La norma viene annullata dalla Corte Costituzionale (sent. n. 77/2013) con l'argomento che, a seguito

della privatizzazione del pubblico impiego, il rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici viene a ricadere nell'ordinamento civile, di competenza esclusiva dello Stato: sicché recede la competenza esclusiva della Provincia in tema di organizzazione e impiego provinciale.

La Provincia autonoma di Trento, nell'esercizio della sua competenza esclusiva sui "lavori pubblici di interesse provinciale" (art. 8 co. 1, n. 17 dello Statuto), affida a un regolamento la individuazione dei casi in cui il prezzo è stabilito a corpo o a misura o parte a corpo e parte a misura. Poiché, secondo la Corte costituzionale (sent. n. 74/2012), tale disposizione attiene alla fase di conclusione ed esecuzione del contratto, scatta la competenza esclusiva dello Stato sull'ordinamento civile, che esige in materia contrattuale (anche pubblica) uniformità di disciplina su tutto il territorio nazionale. Da qui l'annullamento.

In altra fattispecie apparentemente analoga, la Corte evoca una competenza statale diversa. Sempre la Provincia di Trento, in una legge sui lavori pubblici, prevede in via transitoria il ricorso alle tariffe professionali per la determinazione dei compensi di ingegneri e architetti. Qui l'annullamento viene giustificato in base alla competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza e alla normativa statale che, in funzione di stimolo alla concorrenza, ha soppresso il ricorso obbligatorio a tariffe fisse (sent. n. 187/2013 che richiama le sent. n. 219/2012 e 443/2007). Poiché le misure di liberalizzazione disposte con legge statale sono a loro volta applicazione dei principi di diritto europeo, sulla libertà di stabilimento e sulla libera prestazione di servizi, giocano in materia anche i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario (art. 117 co. 1: v. il par. 5.1.1 della sentenza).

La competenza esclusiva dello Stato sulla tutela della concorrenza ha inciso, amputandola, sulla competenza esclusiva delle regioni speciali in materia di commercio. Con sentenza n. 299/2012 la Corte Costituzionale ha deciso che la normativa statale che liberalizza lo svolgimento dell'attività commerciale, anche per quanto riguarda gli orari e la chiusura domenicale o festiva, rimettendoli al libero apprezzamento dell'esercente, prevale sulla competenza esclusiva delle regioni Sicilia, Sardegna e Friuli–Venezia Giulia, in materia di commercio. La legge statale contiene "misure coerenti con l'obiettivo di promuovere la concorrenza" nell'ambito della distribuzione commerciale.

I vincoli che derivano dagli obblighi internazionali (l'altro vincolo esterno previsto dall'art. 117 co. 1) vengono in rilievo in un altro giudizio di costituzionalità che riguarda una norma della Provincia di Trento sulla misura della indennità di espropriazione delle aree non edificabili. Il criterio del valore agricolo medio, previsto dalla norma impugnata, non assicura all'espropriato quella riparazione integrale che è prescritta dall'art. 1 del primo protocollo addizionale della CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo. La disposizione viene quindi annullata (sent. n. 187/2014) sebbene lo statuto del T.A.A. (art. 8 n. 22 d.P.R. n.

670/1972) assegni alle due Province competenza legislativa primaria in tema di espropriazione.

E ancora. Una norma di legge trentina sull'affidamento in concessione dell'attività di revisione dei veicoli a motore si scontra con la competenza esclusiva dello Stato in tema di sicurezza e di ambiente (art. 1178 co. 2, lett. h) e s): sent. n. 77/2013 cit., par. 7). Una norma della Provincia di Bolzano che prevede la cessione da parte degli enti locali della proprietà degli impianti e delle reti destinate al servizio di acquedotto deve fare i conti con la competenza statale in materia di ordinamento civile, e con una legislazione statale ispirata al principio generale della inalienabilità dei beni demaniali (sent. n. 114/2012, par. 6). E la stessa specie di competenza statale incide, giustificandone l'annullamento, su altra norma di legge della stessa provincia autonoma che, ai fini dell'isolamento termico degli edifici, consente una deroga alle distanze fra gli edifici: una deroga, quindi, anche alle distanze che sono stabilite dal d.m. 1444/1968 ed hanno con carattere integrativo del codice civile. Non giova alla Provincia appellarsi alla sua competenza esclusiva in materia di governo del territorio (sent. ult. cit., par. 8.8).

È ricorrente poi il richiamo ai limiti generali della competenza esclusiva delle regioni ad autonomia speciale (obblighi internazionali, norme fondamentali delle riforme economico–sociali, principi generali dell'ordinamento giuridico della Repubblica: sent.ze 187/2013, n. 74/2012, n. 114/2011.

L'effetto congiunto dei limiti posti fin dall'origine dell'autonomia speciale e delle competenze esclusive statali su oggetti tendenzialmente senza confini (ordinamento civile, tutela della concorrenza, tutela dell'ambiente e dell'ecosistema) è evidente.

Molte competenze esclusive delle regioni speciali sono compresse entro margini sempre più ristretti o addirittura inghiottite dalla competenza legislativa esclusiva statale. È significativo che nel corso degli anni la giurisprudenza costituzionale abbia fatto un uso sempre più parco dei limiti alla competenza regionale, che comunque consentono alle regioni speciali l'esercizio della potestà legislativa e fatto invece ricorso sempre più frequente alle competenze esclusive dello Stato; l'effetto delle quali non è di limitare la competenza regionale, ma di assorbirla e quindi, sostanzialmente di sopprimerla[8].

Un esempio di questa evoluzione?

Una legge trentina sulla caccia, che prevede specie cacciabili diverse e periodi venatori più ampi di quelli previsti dalla legge statale sulla protezione della fauna selvatica, viene in parte annullata nel 2003 perché violerebbe il limite del rispetto delle norme fondamentali delle riforme economico–sociali (sent. n. 2007/2003, par. 4).

Una disposizione di legge della Provincia di Bolzano dalla struttura analoga (esclude i piccioni domestici inselvatichiti dalla nozione di fauna selvatica e quindi

[8] Sul punto G. F. Ferrari, Il futuro delle specialità regionali in Giur. Cost. 2015, m 1943.

ne consente la caccia) viene annullata nel 2012 (sent. n. 278/2012) perché ritenuta lesiva della competenza esclusiva statale in materia di ambiente: competenza, dice la Corte, che si esprime in normative a carattere trasversale, con inevitabile sovrapposizione ad altri ambiti competenziali e conseguente prevalenza su di essi, considerato che la disciplina unitaria e complessiva del bene ambiente inerisce ad un interesse pubblico di valore costituzionale primario (sent. n. 151/1986) ed assoluto (sent. n. 210/1987) e deve garantire un elevato livello di tutela, come tale inderogabile da altre discipline di settore (sent. n. 278/2012 cit., part. 4)[9].

3. Gli statuti speciali attribuiscono alle rispettive regioni una condizione di privilegio dal punto di vista finanziario rispetto alle consorelle ordinarie: sia per l'entità delle risorse che vengono assegnate sia per lo strumento giuridico necessario per modificarne la composizione (e la dimensione), perché un principio pattizio sta a base delle norme di attuazione dello statuto speciale (da concordarsi tra Stato e singola regione).

Questa condizione di privilegio è stata messa in discussione dalla riforma costituzionale del 2001 e dalla Corte Costituzionale che ne ha fatto applicazione.

Da premettere che il nuovo art. 117 attribuisce alla competenza esclusiva dello Stato la "perequazione delle risorse finanziarie" (co. 2 lett. 2); e alla competenza concorrente l'armonizzazione dei bilanci pubblici e il coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario (art. 117 co. 3).

Secondo il nuovo art. 119 una legge dello Stato istituisce un fondo perequativo, senza vincoli di destinazione, per i territori con minore capacità fiscale per abitante. E ancora l'art. 117 prevede la competenza esclusiva dello Stato nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (co. 2 lett. m)..

L'istanza egualitaria (eguaglianza a realizzare anche a mezzo di una redistribuzione delle risorse: art. 119 co. 3), che ispira questo complesso di disposizioni, può essere soddisfatta solo da interventi statali estesi a tutto il territorio nazionale.

La garanzia dei livelli essenziali comporta un vincolo a carico dell'ente erogatore (il più delle volte diverso dallo Stato, che si è limitato alla "determinazione" di quei livelli). L'ente è tenuto ad approntare un certo livello di offerta delle prestazioni corrispondenti, mentre non è previsto un diritto individuale alla soddisfazione integrale della sua domanda "giacchè in tal caso i livelli essenziali dipenderebbero da bisogni espressi in misura diversa dalle varie collettività, con corrispondente diversificazione degli oneri che ciascun ente territoriale è tenuto a sopportare"; e il livello essenziale sarebbe una variabile indipendente dalle disponibilità finanziarie.

[9] Per una esposizione molto più analitica riferita a tutta la giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma del 2001, v. S. Parisi, *op. cit.* e I. Ruggiu, *op. cit.*

Da questi livelli essenziali non possono prescindere le istituzioni e anzi l'omogeneità dei livelli richiede una previa perequazione delle risorse finanziarie[10].

È per questo che è stata prospettata la incompatibilità del principio pattizio che regge la finanza delle regioni speciali col disegno egualitario che si desume dalle citate disposizioni costituzionali[11]: un disegno che sarebbe riconducibile ai "principi supremi della Costituzione". Senza affrontare un tema così complesso (che comunque non è stato prospettato nelle ordinanze di rimessione o nei ricorsi dello Stato contro leggi regionali), la Corte Costituzionale ha utilizzato soprattutto la clausola sul "coordinamento della finanza pubblica" che l'art. 117 co. 3 affida alla competenza concorrente dello Stato, ma che in realtà, per il carattere proprio della funzione di coordinamento, consiste in una vera e propria competenza esclusiva.

Tale competenza riduce oggi la portata delle norme statutarie che riservano alla regione speciale la disciplina del personale. Secondo la sentenza già citata (n. 77/2013) la norma di legge della provincia di Bolzano che consente il cumulo tra incarichi dirigenziali presso la Provincia e presso enti strumentali o società controllate non solo urta, come si è visto, con la competenza esclusiva dello Stato nella materia dell'ordinamento civile (al quale è oggi riconducibile l'impiego pubblico "privatizzato"); ma, nella parte in cui consente il cumulo delle retribuzioni, viola la normativa statale sul blocco delle retribuzioni per il triennio 2011, 2012 e 2013 (art. 9 D.L. n. 78/2010 conv. in L. 122/2010), "che è un principio fondamentale in materia di coordinamento della finanza pubblica" (punto 6 e 6.1.). Ove è evidente l'interpretazione estensiva della competenza statale perché una norma emergenziale e a carattere transitorio (blocco temporaneo delle retribuzioni dei dipendenti pubblici), viene elevata a "principio fondamentale" in ragione della sostanziale impossibilità di distinguere in questa materia le norme di principio dalle norme di dettaglio.

Lo stesso schema ritroviamo nella sentenza n. 3/2013 con cui viene bocciata una disposizione contenuta nella legge finanziaria 2013 del Friuli–Venezia–Giulia che prevede a certe condizioni la stabilizzazione di personale non dirigenziale delle province, assunto a tempo determinato. La disposizione contrasta con la legge statale (d.l. n. 78/2009 cit.) che, nel triennio 2010–2012, consente concorsi per l'assunzione a tempo indeterminato di personale precario delle amministrazioni locali per una quota non superiore al quaranta per cento dei posti messi a concorso (art. 17 co. 10). La disposizione di legge statale costituisce un "principio

[10] C. Pinelli, *Sull'assetto della finanza delle Regioni a statuto speciale*, nota a C. Cost. sent. n. 241/2012, in *giur. Cost.*, 2012, 3653; A. Brancasi, *Uguaglianze e diseguaglianze nell'assetto finanziario di una repubblica federale*, in *Dir. Pubb.* 2002, 928.

[11] Da C. Pinelli, *op. cit.*, p. 3654, nt. 6.

fondamentale di condizionamento della finanza pubblica, perché si ispira alla finalità del contenimento della spesa nello specifico settore del personale"[12].

Nella sentenza n. 175/2014 i "principi fondamentali della legislazione statale in materia di coordinamento della finanza pubblica" sono inseriti in un quadro più ampio.. "Per essere funzionali anche ad assicurare il rispetto del parametro dell'unità economica della repubblica (sent.ze n. 104/2013; n. 79/2013; n. 51/2013; n. 78/2011) e a prevenire squilibri di bilancio (sent. n. 60/2013), le norme statali sono applicabili anche alle regioni a statuto speciale e alle province autonome, in quanto necessari per "preservare l'equilibrio economico–finanziario del complesso delle amministrazioni pubbliche in riferimento a parametri costituzionali (artt. 81, 119 e 120 Cost.) e ai vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea (artt. 11 e 117 co. 1 Cost.): equilibrio e vincolo oggi ancora più pregnanti – nel quadro delineato dall'art. 2 co. 1 L. Cost. n. 1 del 2012, che nel comma premesso all'art. 97 Cost., richiama il complesso delle pubbliche amministrazioni ad assicurare, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico" (così il par. 5.2. della sentenza n. 174/2014; n. 39/2014).

Con questo argomento viene respinto il ricorso di due regioni speciali (Val d'Aosta e Provincia di Trento) contro la norma di legge statale (art. 8 co. 3 L. 183/2011) che "ai fini della tutela dell'unità economica della Repubblica", impone agli enti territoriali (ivi comprese le Regioni e le Province autonome) di ridurre l'entità del debito pubblico a decorrere dal 2013 secondo modalità di attuazione (ivi compresa la percentuale annua di riduzione del debito) da determinarsi con decreto di natura non regolamentare del ministro dell'economia e delle finanze, sentita la conferenza unificata[13].

L'autonomia di spesa delle regioni speciali viene compromessa non soltanto dalle norme di legge statale che contengono "principi fondamentali della finanza pubblica" (in realtà da tutte le norme statali che hanno questa funzione, anche se non sono qualificabili come norme di principio), ma anche dal complesso delle disposizioni costituzionali sulla contabilità e sulla spesa pubblica. Tra queste la "regola aurea" che vieta l'indebitamento per spese diverse dagli investimenti (sent. n. 188/2014, par, 3).

La regola (art. 119, co. 6), introdotta formalmente con la riforma costituzionale ddl 2001, esplicita "un vincolo – quello a ricorrere all'indebitamento solo per

[12] Nello stesso senso, sent. n. 212/2012: n. 301/2011; n. 108/2011; nn 69 e 68/2011), al cui rispetto sono tenute anche le regioni a statuto speciale (sent.ze n. 229/2011; n. 169/2007; così il punto 4.1. della sentenza n. 3/2013).

[13] Dello strumento u sato – un decreto ministeriale non regolamentare (un regolamento non sarebbe stato ammissibile alla stregua dell'art. 117 co. 6 Cost. che limita la potestà regolamentare dello Stato alle materie di competenza esclusiva) la corte Costituzionale non fa menzione: sebbene nel ricorso la contestazione investisse anche questo aspetto. Sul punto G. D'Auria, nota alle sentenze della C. Cost. n. 175/2014e n. 3/2013, in *Foro it.* 2014, I, p. 80).

spese di investimento – che già nel precedente regime costituzionale e statutario il legislatore statale ben poteva imporre anche alle regioni a statuto speciale, in attuazione del principio unitario (art. 5 della Costituzione) e dei poteri di coordinamento della finanza pubblica" (così la sentenza n. 188/2014 che richiama la sentenza n. 425/2004). Il precetto è inscindibilmente legato ad altri principi costituzionali quali il coordinamento della finanza pubblica, la tutela degli equilibri di bilancio (art. 81 Cost. sia nella precedente formulazione che in quella introdotta dalla legge costituzionale n. 1/2012), l'ordinamento civile, il vincolo comunitario. La ratio economica, secondo la Corte è evidente: "destinazioni diverse dall'investimento finiscono inevitabilmente per depauperare il patrimonio dell'ente pubblico che ricorre al credito".

Per questa ragione viene annullata la norma di legge della Provincia di Bolzano che consente l'assessore alla finanza di disporre l'assunzione di anticipazioni di cassa disposta senza limiti, avvalendosi di istituti di credito diversi dal tesoriere di procedere con contestualmente alla variazione nella partite di giro.

La norma è incostituzionale perché rimette tale facoltà alla discrezione dell'assessore senza porre alcun limite (limite mentre non è inerente alla funzione dell'istituto, di rimediare "a eccessi diacronici tra i flussi di entrata e quelli di spesa"); perché estende la possibilità di approvvigionamento finanziario a istituti di credito diversi dal tesoriere (in spregio del nesso inscindibile che lega l'anticipazione al servizio di tesoreria); perché l'anticipazione viene allocata in partite di giro, come se fosse applicabile al principio di neutralità finanziaria, mentre il relativo costo va fronteggiato in una posta di spesa. Il costo viene in questo modo occultato da una infedele rappresentazione contabile (sentenza cit., par. 4.1. 4.3).

Con analoghi ragionamenti viene annullata una legge, sempre della Provincia di Bolzano, che prevede l'allocazione di contributi per impianti ricetrasmittenti sul fondo di riserva per pese impreviste. Essa tende così ad assicurare la copertura di spese intenzionalmente pianificate dal legislatore a mezzo di un fondo che è previsto invece per fronteggiare eventi che sfuggono al suo controllo.

Anche in questo caso è una norma di legge statale (art. 17 L. 196/2009), che costituisce una mera specificazione del principio dell'equilibrio di bilancio (art. 18 co. 4 Cost.), a squalificare come costituzionalmente illegittima una disposizione contenuta nella legge di un ente ad autonomia speciale /sent. 190/2014).

A maggior ragione deve considerarsi illegittima una legge (sempre della Provincia di Bolzano) che sostanzialmente prevede nuove spese (anche se non le quantifica) senza indicare i mezzi per farvi fronte (sent. n. 224/2014).

La Corte ha, infine, chiarito che le norme degli statuti speciali e le norme per la loro attuazione non assicurano alla regione l'intangibilità delle risorse. Tributi erariali il cui gettito era devoluto alla regione possono essere abolito o ridotti anche se comportano una riduzione dell'importo spettante alla Regione: va solo rispettata la condizione che in questo modo non sia reso impossibile lo svolgi-

mento delle funzioni regionali (sente. n. 138/1999; n.241/2012: n. 97/2013). In realtà, secondo la Corte, il sistema di finanziamento non è mai stato interamente e organicamente coordinato con il riparto delle funzioni, così da far corrispondere il più possibile esercizi delle funzioni e relativi oneri finanziari.

Nella prima delle sentenze citate (n. 138/1999) la Corte ha segnalato "una certa arretratezza o insufficienza del quadro normativo costituito da norme di attuazione dell'autonomia finanziaria della Regione siciliana (fondata a sua volta su norme statutarie particolarmente generiche e laconiche) che riflettono una realtà ben diversa da quella odierna" ed ha auspicato norme di attuazione più adeguate alla situazione presente[14].

4. Come si è detto all'inizio, la compressione della potestà legislativa delle regioni speciali è e avvenuta non tanto con una interpretazione restrittiva delle norme statutarie attributive di competenza primaria, quanto nell'applicazione di norme e principi costituzionali che reggono il riparto di competenze fra lo Stato e le regioni ordinarie. È l'interpretazione estensiva delle norme che conferiscono potestà legislativa esclusiva allo Stato che ha avuto inevitabili ripercussioni sulla sfera di competenza delle regioni speciali. Le riforme costituzionale in discussione al Senato, che prevede la soppressione della competenza concorrente e il trasferimento di materie importanti attualmente di competenza concorrente alla competenza esclusiva dello Stato, è destinata a ridurre ulteriormente gli spazi di autonomia delle regioni speciali.

Transitano dal comma terzo al comma secondo dell'art. 117 – ossia dall'elenco delle materie di competenza concorrente all'elenco delle materie di competenza esclusiva – il coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, la tutela della salute, l'istruzione universitaria, il commercio con l'estero, la valorizzazione dei beni culturali, la tutela e sicurezza del lavoro, la previdenza complementare e integrativa, le attività culturali ed il turismo (disposizioni generali), l'ordinamento delle professioni, le infrastrutture strategiche, l'energia, etc. etc.

Le materie che rientrano nella competenza primaria delle regioni speciali sono destinate ad essere sempre più spesso "ingoiate" dallo Stato. Anche perché la materia statale a causa della sua formulazione, (in termini di finalità: coordinamento, tutela, valorizzazione etc. etc.) taglia i confini tra le materie (è "trasversale"), e quindi evoca un criterio di risoluzione dei conflitti di competenza che vede quasi sempre soccombente la regione (ordinaria o speciale).

Qualche ipotesi.

Col passaggio del coordinamento della finanza pubblica dalla competenza concorrente Stato–regione alla competenza esclusiva statale, la Corte costituzionale non avrà più bisogno, come in passato, di andare a cercare i "principi fondamentali della materia" (che, peraltro, teoricamente, dovrebbero vincolare le

[14] Il passo è citato da C. Pinelli, *op. cit.*, 3652.

sole regioni ordinarie). Qualunque norma statale, anche di estremo dettaglio, cui possa essere attribuita una funzione di coordinamento della finanza pubblica, finirà per imporsi anche alle regioni a statuto speciale. O ancora. Se lo Stato ha l'esclusiva competenza a disciplinare il procedimento amministrativo – un ambito che, come categoria generale, non è preso in considerazione dagli statuti speciali – lo spazio per interventi regionali in materia viene sostanzialmente cancellato. Quanto poi alla espressa previsione nel nuovo elenco della "disciplina giuridica del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche", essa avrà l'effetto di azzerare un'area di intervento che le regioni, ordinarie e speciali, amano occupare: senza che la Corte costituzionale sia più costretta a ricorrere, per limitare la competenza regionale, alla competenza esclusiva statale in tema di ordinamento civile.

Più in generale si può prevedere:

– che la moltiplicazione delle materie di competenza esclusiva dello Stato amputerà competenze delle regioni speciali quando la materia ex art. 117 co. 2 è formulata o in termini di genere, comprensivo di specie corrispondenti alle materie elencate negli statuti speciali, o in termini di fini (competenza trasversale) o in termini di ordinamento complessivo o di categoria generale (procedimento amministrativo, lavoro nelle pubbliche amministrazioni);

– che laddove le competenze delle regioni speciali non siano assorbite dalle più comprensive competenze esclusive statali, continuerà ad essere attivato il limite tradizionale delle riforme economico–sociali;

– che il passaggio alla competenza esclusiva dello Stato della funzione di coordinamento della finanza pubblica determinerà una compressione ulteriore (e in molti casi sacrosanta) dei poteri di spesa degli enti ad autonomia speciale;

– un ulteriore formidabile strumento è offerto allo Stato dalla c.d. clausola di supremazia, prevista dall'art. 26 del d.d.l. cost. n. 1429, che consente alla legge dello Stato, su proposta del Governo, di intervenire in materie o funzioni non riservate alla legislazione esclusiva quando lo richieda la tutela dell'unità giuridica o della unità economica della Repubblica o lo renda necessario la realizzazione di programmi o di riforme economico–sociali di interesse nazionale.

Anche se il successivo art. 33 stabilisce che le disposizioni di cui al capo IV della presente legge costituzionale non si applicano alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e Bolzano sino all'adeguamento dei rispettivi statuti (così l'ult. co.), è difficile pensare che interventi dichiaratamente posti a tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica della Repubblica possa escludere dal loro ambito di applicazione i territori degli enti ad autonomia speciale.

La clausola di salvaguardia appena citata costituisce un pendant dell'art. 10 della L. Cost. n. 3/2001. Come questa prevedeva l'estensione alle autonomie speciali delle più ampie forme di autonomia riconosciute alle regioni ordinarie dalla riforma del titolo V, così oggi – in presenza di una drastica riduzione delle

competenze delle regioni ordinarie – le competenze delle regioni ad autonomia speciale e delle province autonome vengono congelate.

È questa la ragione per cui D'Atena parla di "potenziamento (relativo)" delle autonomie speciali.

Riteniamo che, in ragione della incidenza dei limiti posti alle regioni ordinarie sull'ambito di autonomia delle regioni speciali, questa previsione pecchi di ottimismo. La Corte costituzionale non mancherà di attivare i meccanismi sopra indicati per ridimensionare ulteriormente gli spazi delle autonomie speciali.

5. Per le regioni ad autonomia speciale e le province autonome non vi è oggi solo un problema giuridico–costituzionale nella transizione da una disciplina costituzionale ad un'altra. Vi è anche un problema di legittimazione politica: una legittimazione messa in discussione sempre più spesso. Un problema che è comune anche alle regioni ordinarie, oggetto di attacchi sempre più frequenti per gli sprechi, le inefficienze della dirigenza politica, l'inflazione legislativa etc.; ma vi è anche un problema che è specifico alle regioni speciali e che riguarda l'assetto finanziario.

Come si giustifica oggi il privilegio delle regioni speciali rispetto alle consorelle ordinario dal punto di vista delle risorse loro attribuite? Come si giustifica – la domanda è ancor più radicale – il mantenimento della specialità quando è lontana, remota la stagione politica turbolenta che ha spinto la classe politica nazionale a riconoscere le autonomie speciali?

I difensori della specialità fanno appello alle "radici antropologico–culturali degli enti ad autonomia speciale, i quali si fondano su solide indennità collettive, di cui costituiscono la proiezione istituzionale"[15].

Ma siamo sicuri che questa identità collettiva sia una peculiarità delle popolazioni governate dagli enti ad autonomia speciale e non sia invece propria, in Italia (ma non solo), di tutte o quasi tutte le realtà regionali?

E siamo sicuri che un territorio che ha una sua identità culturale (e antropologica) abbia per ciò stesso titolo ad una propria espressione istituzionale? Ma gli Stati nazionali – e oggi diremmo l'Unione europea – non sono nati proprio per assicurare la coesistenza e la convivenza di popolazioni con identità culturali diverse?

L'argomento della peculiarità culturale è stato anche usato in termini giuridici.

La soppressione della specialità recionale non sarebbe possibile perché "così come la creazione delle Regioni a statuto speciale non è stata l'effetto di pure volizioni politiche, ma è stata un portato della storia, allo stesso modo non è possibile la loro cancellazione per pura volontà politica"[16].

---

[15] A. D'Atena, *op. cit.*, p. 685.

[16] G. Silvestri, *Le autonomie speciali: una risorsa da valorizzare*, in www.corte–costituzionale.it,

Se il tema viene affrontata non nei termini generali del rapporto tra regioni speciali e regioni ordinarie, ma sotto il profilo dell'effettività, ossia del concreto funzionamento delle regioni speciali e delle province autonome, il discorso non può più essere svolto in termini unitari.

Abbiamo da un lato le regioni tirreniche (Sicilia e Sardegna), dall'altro le regioni alpine (Val d'Aosta, Friuli–Venezia Giulia, le due province autonome di Trento e Bolzano).

La regione siciliana, nel suo concreto funzionamento, è più simile alla regione Calabria che alle consorelle speciali dell'arco alpino. Pletoricità degli apparati burocratici (la regione Sicilia ha più dipendenti del complesso delle regioni settentrionali, ordinarie e speciali), utilizzo della gran parte delle risorse per assicurare il funzionamento(?) di questo apparato, proliferazione della classe politico amministrativa (enti regionali, società a partecipazione pubblica regionale e locale), clientelismo, corruzione etc. etc.

È qui che "le radici antropologico–culturali" manifestano il loro peso: non nella forma istituzionale, ma nelle concrete modalità di funzionamento delle istituzioni in un contesto sociale e culturale nel quale contano le clientele e le parentele, il merito viene ignorato, lo spirito civico è assente o è comunque debole.

Se la questione viene esaminata da questo punto di vista, risulta ridimensionata la rilevanza di alcune chiavi di lettura del regionalismo speciali.

La specialità è una "palla al piede" o una "risorsa" inutilizzata? Per tornare al caso Sicilia: sarebbe stato meglio che la specialità non ci fosse o al contrario la specialità offre grandi opportunità per lo sviluppo del territorio che la classe politica non ha saputo sfruttare? È un dilemma ricorrente nella chiacchiera quotidiana.

Il limite, a mio avviso, consiste in ciò che il dilemma sottende: che il successo di una società dipenda esclusivamente dalle istituzioni che la governano e delle politiche che esse pongono in essere. Mentre mi pare abbastanza scontato che le istituzioni vanno in larga parte al traino della società, ne sono un riflesso più che una guida.

2014, P. 9). La specialità sarebbe in questo senso uno dei principi supremi della Costituzione che resistono alla revisione costituzionale.

CONSTITUTIONAL REFORM AND REGIONS WITH A SPECIAL STATUTE

by Guido Corso

The paper describes the history of the five regions with a special statute, born more than two decades before the ordinary regions, explaining the reasons of a continuous reduction of their prerogative.

The main argument is the following.

By opposing the claims of regions (ordinary and special) towards the State, the Constitutional Court has emphasized the State exclusive competences, delimiting the scope of the legislative matters reserved to the special regions by their own statutes.

This trend is stressed by the project of constitutional reform which parliament is now discussing.

La disciplina urbanistica nella regione siciliana tra normativa regionale e normativa statale

di Salvatore Raimondi

Come è a tutti noto, la Regione siciliana, in base all'art. 14 dello Statuto, ha competenza legislativa esclusiva nella materia della *"urbanistica"*.

Tale competenza abbraccia anche l'edilizia residenziale pubblica. Sebbene essa non sia espressamente prevista dallo Statuto, è da ritenere compresa nelle materia dell'urbanistica e dei lavori pubblici (Cort. Cost. n. 16 del 1992). Nella materia dell'urbanistica è da ritenere pure compresa la tutela del paesaggio.

È da rammentare che la competenza legislativa esclusiva, di cui all'art. 14 incontra soltanto il limite *"delle riforme agrarie ed industriali",* vale a dire delle riforme economico sociali varate dallo Stato.

Ciò detto in relazione allo Statuto, è necessario vedere le eventuali refluenze sulla competenza legislativa della Regione siciliana in materia di urbanistica, della riforma del Titolo V, parte 2°, della Costituzione, introdotta con L. Cost. n. 3 del 2001, la quale, all'art. 10, ha disposto che *"Fino all'adeguamento dei rispettivi statuti, le disposizioni della presente legge costituzionale si applicano anche alle regioni a statuto speciale ed alle province di Trento e Bolzano per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite"*.

Come è stato notato dalla dottrina l'art. 10, paradossalmente, per una sorta di eterogenesi dei fini, anziché estendere la potestà delle regioni speciali a materie o funzioni non contemplate dagli statuti, è diventato lo strumento per limitare la competenza legislativa delle regioni speciali. In tal modo viene effettuata la omogeneizzazione di queste regioni a quelle ordinarie.

Gli strumenti adoperati dalla Corte per limitare la competenza legislativa delle regioni speciali sono stati in primo luogo la trasversalità e la primazia del concetto di ambiente, considerato valore primario ed assoluto, con conseguente *"prevalenza… assegnata alla legislazione statale rispetto a quella dettata dalle Regioni o dalle Province autonome"* (Corte cost. n. 278/2012). E poi la *materia non materia* costituita dalla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, considerata non diversamente che per le Regioni ordinarie. Ed ancora la concorrenza e l'ordinamento civile.

Ciò posto, noi dobbiamo comunque vedere se, con riguardo alla materia dell'urbanistica, la riforma del Titolo V prevede per le regioni a statuto ordinario un'autonomia più ampia rispetto a quella prevista dallo statuto siciliano.

L'art. 117, 2° comma, Cost., ricomprende tra le materia di legislazione concorrente quella relativa *"al governo del territorio"*. Rammento che nelle materie di

legislazione concorrente spetta alle regioni la potestà legislativa salvo che per la determinazione dei principi fondamentali riservata alla legislazione dello Stato.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 303 del 2003, in sede di giudizio di costituzionalità sulla L. n. 443 del 2001 (c.d. legge obiettivo), ha ritenuto che la parola *"urbanistica",* sebbene non compaia nel nuovo testo dell'art. 117, deve ritenersi compresa nell'elenco del 3° comma che contempla il *"governo del territorio"*.

Al riguardo si può arrivare alla conclusione che in relazione alla competenza legislativa esclusiva della Regione siciliana in materia di urbanistica, la legge costituzionale n. 3 del 2001 non ha apportato alcuna innovazione al quadro delineato dallo statuto speciale. (Secondo Salamone la competenza esclusiva della regione siciliana riceve un ampliamento da parte della L. Cost. n. 3 del 2001, con riguardo alla disposizione di cui all'art. 10).

In concreto nella competenza legislativa esclusiva della regione siciliana si devono ritenere compresi tutti gli aspetti dell'uso del territorio, per usare l'espressione che si ritrova all'art. 34 D. Lgs. n. 80 del 1998, poi trasfuso nell'art. 7 L. n. 205 del 2000 ed infine nell'art. 133 del Codice del Processo Amministrativo.

La Regione siciliana non ha mai fatto un uso pieno della sua potestà legislativa in materia, emanando, come avrebbe potuto, un'organica disciplina urbanistica regionale che, nel rispetto del limite delle riforme economico sociali, dettasse una regolamentazione adeguata alle esigenze del proprio territorio.

Ha ritenuto preferibile, anziché sostituire totalmente le norme contenute nelle leggi dello Stato, operare in via di integrazione, sostituendole soltanto in parte ed integrandole.

Nel compiere queste operazioni di parziale sostituzione ed integrazione il legislatore siciliano ha operato attraverso due schemi, quello del rinvio statico, e quello dei rinvio dinamico.

Le leggi più importanti approvate dall'Assemblea Regionale nella materia della quale ci stiamo occupando, sono: la legge 27 dicembre 1978, n. 71, e la legge 10 agosto 1985, n. 37.

La legge n. 71/78 è stata approvata al fine di recepire le leggi statali n. 10 del 1977, cioè la legge Bucalossi sulla edificabilità dei suoli, e la legge statale n. 457 del 1978, piano decennale di edilizia residenziale pubblica. Ma in concreto ha disciplinato anche istituti contemplati dalla legge urbanistica del 1942 come modificata ed integrata dalla legge ponte n. 765 del 1967.

Al riguardo il legislatore regionale ha proceduto attraverso modifiche ed integrazioni delle leggi statali con rinvio statico: *"Sino alla emanazione di un'organica disciplina regionale, la legislazione statale e regionale in materia urbanistica si applica con le modifiche e le integrazioni della presente legge che sono dirette anche al conseguimento delle seguenti finalità: …"*. Non è il caso di fermarsi sulle finalità.

Faccio presente che con la legge n. 71 del 1978 veniva disciplinata in primo luogo la materia della pianificazione urbanistica. Al riguardo lo schema seguito è

quello della legge urbanistica del 1942 come modificata ed integrata dalla Legge Ponte n. 765 del 1967 (piano regolatore generale, piano particolareggiato, piano di lottizzazione, ecc.).

Devo dire che le modifiche introdotte con la legge regionale, rispetto alla disciplina statale, sono meritevoli di positivo apprezzamento. Per esempio, la legge regionale 78 introdusse le prescrizioni esecutive, che devono essere inserite nei Piani Regolatori Generali. Rammento a tale proposito che i Piani Particolareggiati difficilmente venivano approvati, sicché il legislatore regionale ritenne opportuno stabilire che nell'ambito dei Piani Regolatori Generali dovessero essere inserite le suddette prescrizioni esecutive, *"che costituiscono a tutti gli effetti Piani Particolareggiati di Attuazione"*.

La legge n. 78/1971 poi contiene le *"Norme regolatrici dell'attività edilizia"*. Anche a tale riguardo lo schema seguito è quello della legislazione statale. Si prevede il regime della concessione, si disciplina la convenzione tipo, si disciplinano gli oneri di urbanizzazione.

La stessa legge poi disciplina il sistema sanzionatorio. Al riguardo furono previste norme che si discostavano effettivamente dalla legislazione statale, che però successivamente sono state abrogate.

La Legge Regionale n. 37 del 1985, approvata nell'agosto di quell'anno, ha ad oggetto l'applicazione della legge statale n. 47 del 1985 con la quale fu disciplinata per la prima volta la sanatoria delle opere abusive.

La L. reg. n. 37 ha apportato sensibili innovazioni alla disciplina dell'attività edilizia introducendo tra l'altro il regime dell'autorizzazione, ed il regime della comunicazione.

È da notare che questa volta il legislatore regionale ha previsto un rinvio dinamico: *"La legge 28 febbraio 1985, n. 47, recante … e successive modifiche ed integrazioni, ad eccezione degli articoli … si applica nella regione siciliana con le sostituzioni, modifiche ed integrazioni di cui alla presente legge"*.

Con D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, è stato approvato il Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia, il quale, all'art. 2, stabilisce che le Regioni a statuto speciale esercitano la propria potestà legislativa esclusiva nel rispetto e nei limiti degli statuti di autonomia e delle relative norme di attuazione.

Si tratta di un Testo Unico prevalentemente ma non esclusivamente a natura ricognitiva, vale a dire che è in buona parte di carattere compilativo, tanto che l'articolato riporta le fonti della disciplina originaria.

Riguardo alla Regione siciliana si è posto e si pone il problema della applicabilità o meno di questa o di quella norma contenuta nel Testo Unico.

A tale riguardo bisogna tenere presente l'origine delle diverse norme. Se si tratta di norme derivanti dalla legge n. 47 del 1985, recepita in Sicilia con rinvio

dinamico con la legge n. 37 del 1985, quelle disposizioni trovano applicazione nella regione siciliana.

Se si tratta invece di disposizioni derivanti dalla Legge Bucalossi n. 10 del 77, e dalla legge sull'edilizia residenziale n. 457 del 1978, ed ancora prima se si tratta di disposizioni che traggono origine dalla legge urbanistica del 42 come integrata nel 1967 dalla legge ponte, poiché al riguardo la regione siciliana ha proceduto, con legge n. 71 del 1978 attraverso un rinvio statico, allora quelle disposizioni non trovano applicazione nella regione siciliana.

Ciò detto, come è a tutti noto, in realtà il Testo Unico ha apportato notevoli modifiche rispetto al quadro legislativo precedente. Non c'è più la concessione edilizia, c'è il permesso di costruire. Ma per quanto riguarda la Regione siciliana queste disposizioni innovative riguardanti il regime autorizzatorio non trovano applicazione.

È però da tenere presente che la Legge Regionale n. 2 del 2002 (legge finanziaria regionale) ha stabilito che trovano applicazione, nella regione siciliana, l'art. 1, commi 6, 7, 8, 9 e 10 della Legge n. 443 del 2001, disposizioni che ampliano la portata della denunzia di inizio attività (DIA) prevista e disciplinata dagli artt. 22 e seguenti del Testo Unico, sicché la denunzia di inizio attività trova applicazione, in Sicilia, nella parte in cui prevede che in alternativa alle concessioni o autorizzazione edilizie, a scelta dell'interessato possono essere realizzati in base a semplice denunzia di inizio attività ai sensi dell'art. 4 D.L. n. 398 del 1993, conv. in L. n. 493 del 1993, determinati interventi, soprattutto gli interventi edilizi minori.

Al riguardo non vi è dubbio che ci si trova di fronte, mi dispiace di dovere adoperare una espressione così forte, ad una vera e propria latitanza del legislatore regionale.

Era ed è necessario che la Regione riordini la materia, ma purtroppo la Regione siciliana ha scarso interesse per l'esercizio della funzione normativa.

Dopo la legge regionale numero 37 del 1985 non ci sono state nella regione siciliana altre leggi altrettanto significative in materia di urbanistica ed edilizia.

Sono però da rammentare:

A) la legge regionale numero 17 del 1994 con la quale è stato introdotto il silenzio assenso in materia di concessione edilizia ed in materia di abitabilità ed agibilità.

Per quanto concerne il silenzio assenso in materia di concessione edilizia, l'art. 2 stabilisce che la domanda di concessione edilizia si intende accolta qualora entro 75 giorni dal ricevimento dell'istanza non venga comunicato all'interessato il provvedimento motivato di diniego. Il titolare della concessione edilizia così assentita può iniziare i lavori dandone comunicazione al sindaco, previo pagamento degli oneri concessori, calcolati in via provvisoria. Prima dell'inizio dei lavori il progettista deve inoltrare al sindaco una perizia giurata che asseveri la conformità degli interventi da realizzare alle prescrizioni urbanistiche ed edilizie,

nonché il rispetto delle norme di sicurezza sanitarie e l'ammontare del contributo concessorio dovuto.

Gli uffici del comune devono egualmente completare l'esame delle domande di concessione edilizia entro 30 giorni dalla comunicazione dell'inizio dei lavori. Qualora venga accertata la mancanza dei requisiti per il rilascio della concessione il sindaco provvede all'annullamento o revoca della concessione assentita.

È appena il caso al riguardo fare presente che solitamente l'interessato si guarda bene all'iniziare effettivamente i lavori prima che sia trascorso il termine di 30 giorni.

Devo dire che la semplificazione proficuamente introdotta dal legislatore siciliano è però frustrata in primo luogo dalla diffusa abitudine dei comuni di intervenire ben dopo i trenta giorni con un provvedimento di diniego (che in realtà si configura come un annullamento d'ufficio) ed in secondo luogo dall'incertezza che si riscontra il giurisprudenza circa la possibilità che l'annullamento della concessione tacitamente assentita possa essere disposto anche dopo il termine di 30 giorni. Si dice che si può esercitare il potere di autotutela ma non risulta chiaro se l'annullamento è soggetto ai limiti previsti dall'art. 21 nonies L. n. 241, vale a dire entro un termine ragionevole ed in presenza di un interesse pubblico specifico all'annullamento.

A tale riguardo è però da registrare un recente orientamento del Tar Catania (sez. I, n. 75 del 2012) secondo il quale bisogna tenere conto del fatto che nel tempo decorrente dal conseguimento del titolo edilizio e l'inizio dei lavori l'interessato può avere contratto delle obbligazioni propedeutiche all'inizio dei lavori, sicché si rivela ingiusto l'annullamento motivato in relazione alla circostanza che i lavori non sono ancora iniziati.

B) la legge finanziaria 2003, n. 4 del 2003 è intervenuta in primo luogo, all'art. 17, sulla definizione delle pratiche di sanatoria edilizia prevedendo la presentazione di perizia giurata dalla cui presentazione trascorre un termine, definito perentorio di 90 giorni maturato il quale la sanatoria si intende accolta. Però gli uffici comunali devono effettuare l'esame delle perizie giurate anche successivamente all'avvenuto accoglimento e comunque entro il termine perentorio di 270 giorni dalla presentazione dell'istanza medesima, e qualora rilevino incompletezza della perizia o la mancanza dei requisiti sospendono il procedimento e sospendono la concessione o autorizzazione in sanatoria già assentita tacitamente.

In concreto il meccanismo in molti casi, si è rivelato una trappola, ragione per la quale personalmente non ho mai consigliato ai miei assistiti di farne uso.

La medesima legge regionale n. 4 prevede poi all'art. 18 il recupero a fini abitativi – e quindi a scopo residenziale – dei sottotetti, delle pertinenze, dei locali accessori, dei seminterrati degli edifici esistenti regolarmente realizzati.

Tale disciplina è da apprezzare positivamente. Gli utenti ne hanno fatto ampio uso.

C) Da rammentare è poi la legge sul piano casa n. 6 del 2010, che consente ampliamenti negli edifici esistenti a tipologia unifamiliare o bifamiliare sino al limite del 20 percento del volume esistente in deroga alle previsioni degli strumenti urbanistici. Espressamente dispone che siffatta facilitazione si applica anche agli edifici soggetti a speciali forme di vincolo, mentre non si applica alle zone di tutela naturalistica ed ad altre fattispecie sensibili come il sistema forestale e boschivo. Ovviamente occorre il nulla osta delle autorità preposte alla tutela del vincolo. Solitamente la Soprintendenza ai beni culturali e sovente l'Ispettorato Ripartimentale delle Foreste.

Per quanto concerne la Soprintendenza, come sappiamo l'art. 46 L. reg. 17/2004 prevede il silenzio assenso. Accade non infrequentemente che la Soprintendenza interviene con un provvedimento di diniego dopo che si è formato il silenzio accoglimento, ovvero con un provvedimento di annullamento. Talvolta il provvedimento è nel senso del non luogo a provvedere perché non sussisterebbero i presupposti per il rilascio del N.O. essendovi un vincolo di inedificabilità. La giurisprudenza siciliana al riguardo solitamente accoglie i ricorsi degli interessati (così Tar sic. PA, I, n. 1973/07, n. 606/11, sez. II, n. 1880/12. In senso contrario sez. I, n. 1259/13, risalente al triste periodo dagostiniano, secondo la quale l'annullamento del silenzio assenso non richiederebbe neppure una motivazione sull'interesse pubblico).

Per quanto concerne ancora la giurisprudenza amministrativa siciliana devo dire che non mi sembra condivisibile l'orientamento secondo il quale quando si tratta di ingiungere la demolizione dell'immobile abusivo non sarebbe necessario l'avviso di inizio del procedimento. Si legge al riguardo che l'ordinanza di demolizione avrebbe un contenuto rigidamente vincolato, che le norme in materia di partecipazione al procedimento non devono essere applicate meccanicamente ma solo quando la comunicazione di avvio sia suscettibile di apportare utilità all'azione amministrativa. Francamente tale posizione non mi sembra condivisibile. Ci possono essere i casi nei quali l'interessato può ritenere opportuno segnalare aspetti della questione che potrebbero indurre il comune a non ingiungere la demolizione dell'immobile.

Un profilo riguardo al quale nella giurisprudenza siciliana, in particolare del Consiglio di giustizia amministrativa si registra un orientamento davvero molto apprezzabile è quello che concerne la configurazione dei vincoli di piano aventi natura espropriativa e non conformativa.

Tale orientamento si è formato, attraverso diverse sentenze significativamente emesse con diversi collegi (Zucchelli, Virgilio, ecc.) in relazione alle norme di attuazione del PRG di Palermo, con le quali si prevedono destinazioni ad asili nido, edilizia scolastica, parcheggi, edifici religiosi, ecc.

Il Comune, facendo leva soprattutto sulle esemplificazioni contenute nella sentenza della Corte cost. n. 179 del 1999, sostiene che tali destinazioni sareb-

bero conformative e non espropriative, sicché non decadrebbero con il decorso quinquennio e non vi sarebbe l'obbligo del comune di dare alle aree una nuova destinazione.

Al riguardo posso citare le sentenze del CGA n. 113 del 2008, n.95 del 2011, n. 212 del 2012.

Di particolare rilievo è la sentenza n. 1113 del 2008, citata nella sentenza di cui *infra*, n. 95 del 2011, con la quale il Consiglio ha compiuto un notevole approfondimento della materia. Vi si legge:

"La sentenza della Corte Costituzionale n. 179 del 12 maggio 1999 ha precisato che sono fuori dello schema ablatorio i vincoli che importano una destinazione di contenuto specifico realizzabile ad iniziativa privata o promiscua (pubblico–privato) che non comportino, quindi, necessariamente espropriazioni o interventi ad esclusiva iniziativa pubblica.

"La sentenza prosegue indicando, a mo' di esempio, parcheggi, impianti sportivi, mercati ed altro.

"In disparte la considerazione che l'elencazione esemplificativa operata dalla Corte non costituisce oggetto specifico del dictum, si deve altresì osservare che la realizzabilità dell'opera o del servizio esclusivamente per opera della mano pubblica o anche del privato (cui va assimilato l'intervento misto) deve essere giudicata non con riferimento all'oggetto specifico della realizzazione (in altre parole all'opus da realizzare), ma alla destinazione di esso e quindi alla sua idoneità a soddisfare anche il diritto soggettivo di proprietà, oltre che l'interesse pubblico".

E più avanti, a proposito dei parcheggi, con riferimento ancora alla sentenza della Corte cost. n. 179/1999, si legge:

"Non contraddice la tesi la citazione dei parcheggi contenuta nella medesima motivazione or ora citata. È, infatti, evidente che la Corte intendeva riferirsi a parcheggi privati a pagamento, che determinano un interesse commerciale al loro sfruttamento. Ciò è agevolmente ricavabile proprio dalla assimilazione che di tali parcheggi la Corte ha operato alle altre opere chiaramente destinate allo sfruttamento da parte di privati (cliniche, supermercati, zone artigianali etc.).

"Ben diversa è la situazione per i parcheggi pubblici, quand'anche destinati alla concessione a tariffa "calda". In tal caso, infatti, l'erogazione del servizio pubblico è pur sempre riservata all'Ente territoriale, il quale, appunto, la esercita mediante la concessione dei propri poteri, sia pure assicurando l'introito della tariffa.

Conforme a tale orientamento è la sentenza n. 95 del 2011, nella quale si legge:

"Considerato che l'appello è infondato;

che, invero, il primo Giudice ha fatto corretta applicazione, adattandoli al caso di specie, dei principi enunciati da questo Consiglio nella decisione n. 1113 del 19 dicembre 2008, che contiene un'interpretazione evolutiva, ma coerente con i principi in più occasioni affermati dalla C.E.D.U., delle statuizioni recate nella citata sentenza della Corte costituzionale n. 179 del 12 maggio 1999 in ordine alla distinzione tra previsioni urbanistiche conformative e previsioni espropriative;

che, in tale pronuncia, questo Consiglio, ponendosi nella scia della richiamata giurispru-

denza costituzionale, ha osservato che un vincolo non può ritenersi conformativo ogniqualvolta le iniziative edilizie consentite dallo strumento urbanistico non siano suscettibili di operare in regime di libero mercato;

che, in particolare, si è affermato che qualora sia impressa a priori a un'area la destinazione alla realizzazione di opere o di servizi pubblici, a prescindere cioè dai meccanismi di mercato, individuando, senza possibilità di eccezione, il soggetto pubblico che fruirà dell'opera stessa, allora quest'ultima non può ritenersi destinata a essere posta sul mercato;

che, in presenza di un monopolio non vi è mercato;

che, pertanto, sussiste un vincolo preordinato all'espropriazione tutte le volte in cui la destinazione dell'area permetta la realizzazione di opere destinate esclusivamente alla fruizione soggettivamente pubblica;

che, nella fattispecie, la previsione del P.R.G.C., decaduta perché non tempestivamente attuata, era preordinata a vincolare l'area della Palagio a servizi pubblici e attrezzature per la scuola dell'obbligo, da realizzarsi anche ad opera di soggetti privati, proprietari e o imprenditori, previa convenzione con il Comune, al fine di assicurare l'effettiva fruizione pubblica delle opere;

che a nulla rileva invocare in contrario, da parte del Comune appellante, una precedente convenzione intervenuta tra il predetto Comu ha ne e altra società, in ordine alla realizzazione di un complesso scolastico, perché relativa ad un'area inserita in zona "F1" (e non "S2")".

Del rammarico ritengo invece di dover esprimere – ma mi riferisco non già alla giurisprudenza siciliana ma alla giurisprudenza amministrativa in generale – sulla circostanza che è stato superato ed accantonato l'orientamento secondo il quale quando si tratta di abuso edilizio molto risalente nel tempo (ad es. 20 o 30 anni) il provvedimento repressivo deve indicare le ragioni di interesse pubblico a sostegno del provvedimento.

Concludo queste brevi note con l'augurio che finalmente la Regione siciliana esca dallo stato di latitanza nel quale versa da molti anni anche nella materia dell'urbanistica e si decida finalmente ad approvare un testo completo della materia.

Non mi illudo affatto che il mio desiderio possa essere effettivamente soddisfatto.

Ed allora mi limito, in subordine, ad auspicare che quanto meno la Regione intervenga con una legge avente un obiettivo ben più limitato, quale quello di introdurre nella disciplina urbanistica regionale le semplificazioni che sono state introdotte nel testo unico sull'edilizia del 2001 in particolare con il decreto del fare (conv. in l. n. 98 del 2013) e più recentemente con il decreto sblocca Italia (conv. in l. n. 164 del 2014). Ed ancora prima con D.L. n. 4 del 2010 conv. in L. 73 del 2010.

Per fare solo alcuni esempi, secondo la legislazione statale è possibile la comunicazione di inizio lavori tardiva per l'attività edilizia soggetta al regime della comunicazione, con il pagamento di una sanzione pecuniaria. Rammento che l'art. 6 T.U. sost. dall'art. 5, comma 1 D.L. n. 40 del 2010 conv in L.n. 73 del 2010

ha sottoposto a semplice comunicazione ad es. la manutenzione straordinaria (in Sicilia soggetta ad autorizzazione). Al 7° comma dell'art. 6 si stabilisce che la mancata comunicazione di inizio lavori comporta una sanzione pecuniaria che è ridotta se effettuata spontaneamente mentre l'intervento è ancora in corso.

URBAN LAW IN SICILY BETWEEN NATIONAL AND REGIONAL LEGISLATION

by Salvatore Raimondi

The author, after having recalled the scope of the exclusive competence of the Sicilian Region on urban planning legislation, enshrined in article 14 of the Regional Statute, describes the limitations of that competence introduced by the case law of the Constitutional Court. Sicily has never made a comprehensive use of its competence, but it issued several laws, two of which are particularly significant: the regional law 71 of 1978 and the regional law 37 of 1985. The first operates a static reference to the State Law 10 of 1977, while the second set a dynamic reference to the State Law 47 of 1985. Therefore it is not easy to understand which provisions of the Consolidation Bill 380 of 2001 apply in Sicily. It would be desirable a reorganization of the Sicilian legislation on the subject.

Riflessioni in tema di trasparenza anche alla luce del diritto di accesso civico

di Mario R. Spasiano

Sommario: 1. La trasparenza principio generale dell'ordinamento giuridico. 2. La trasparenza amministrativa quale diritto del cittadino alla comprensione dell'attività amministrativa. 3. L'ondivaga evoluzione del principio di trasparenza. 4. Principio di trasparenza e atti amministrativi a carattere generale. 5. Diritto di accesso e diritto alla riservatezza. 6. La trasparenza e il diritto di accesso civico.

1. *La trasparenza principio generale dell'ordinamento giuridico*

La L. n. 241 del 1990, riformata dalla L. 15 del 2005, ha introdotto il criterio di trasparenza tra i canoni generali di esercizio dell'attività amministrativa nell'ambito dell'ordinamento italiano[1]. Più di recente, l'art. 1 del D. Lgs. n. 33 del 2013 (in attuazione della legge delega n. 190 del 2012, c.d. legge anticorruzione) ha disposto che la trasparenza va intesa in termini di *accessibilità totale* delle informazioni riguardanti sia l'organizzazione che l'attività delle pubbliche amministrazioni. Lo scopo è quello di favorire forme di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche[2].

L'accessibilità dei pubblici poteri – come esplicitato dalla norma appena ri-

[1] Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 1 aprile 2015, n. 4909, in *www.giustizia–amministrativa.it*; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 6 novembre 2014, n. 11167, in *Foro amm.*, 2014, 11, 2922; Cons. Stato, Sez. V, 30 luglio 2014, n. 4028, in *www.giustizia–amministrativa.it*; T.A.R., Lazio, Roma, Sez. II, 2 aprile 2014, n. 3611, in *www.giustizia–amministrativa.it*. In dottrina, su tale profilo, v. M. Ciammola, *La legittimazione ad accedere ai documenti amministrativi prima e dopo la legge 11 febbraio 2005, n. 15*, in *Foro amm. – TA*R, 2007, 1181 ss.; A. Simonati, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, in *Dir. amm.*, 2013, 749 ss. L'espressa codificazione del principio ha senza dubbio consentito, negli anni a seguire, un notevole innalzamento del livello generale di trasparenza dell'azione amministrativa, sebbene la dottrina avesse già da tempo riconosciuto un ruolo essenziale a tale principio nel rapporto tra cittadino e p.a. Per tutti v. R. Marrama, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in AA.VV., *L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza*, Milano 1991, 53ss.; R. Villata, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 528 ss.; R. Chieppa, *La trasparenza come regola della pubblica amministrazione*, in *Dir. econ.*, 1994, 613 ss.; G. Arena, *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. giur.*, XXXI agg., Roma, 1995.

[2] In termini cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 3 marzo 2015, n. 615, in *www.giustizia–amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. VI, 20 novembre 2013, n. 5515, in *www.giustizia–amminstrativa.it*. Per un commento della nuova disciplina anticorruzione e del ruolo del principio di trasparenza ivi individuato v. F. Patroni Griffi, *La trasparenza della Pubblica Amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *www.federalismi.it*, 2013,; P. Canaparo, *Il decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33: i nuovi confini della trasparenza pubblica e il diritto alla conoscibilità dell'azione amministrativa*, in *www.giustamm*, 2013.

chiamata – costituisce *strumento di attuazione del principio democratico e dei principi costituzionali di eguaglianza, imparzialità e buon andamento, nonché condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali.*

Una accezione sostanzialmente diversa di trasparenza emerge invece dall'art. 11 del Trattato di Lisbona (2007) laddove si prospetta un principio fondato su un modello partecipativo, in quanto tale imperniato non tanto sull'accessibilità, quanto sul dialogo e sulla consultazione preventiva, da parte degli organi dell'Unione, sia delle istituzioni pubbliche che delle forme di rappresentanza della società civile[3].

In altri termini la differenza che emerge è che mentre l'ordinamento italiano tende a collocare il principio di trasparenza a valle dell'esercizio dell'attività amministrativa, quale strumento di controllo su scelte già operate[4], l'ordinamento europeo, invece, colloca lo stesso principio a monte dell'esercizio della stessa attività, individuando nella consultazione (*auditing*) delle parti interessate il connotato precipuo della trasparenza. Quanto poi effettivamente ciò i soggetti consultati siano in grado di incidere sulle decisioni da assumere costituisce altro profilo.

La differenza tra l'ordinamento europeo e quello italiano costituisce invero espressione di una diversa concezione del potere pubblico. Nel primo, infatti, questo trova la sua fonte di legittimazione nella delega che ciascun consociato fa ai rappresentanti del potere, chiamati a rendere partecipi i cittadini delle decisioni da assumere sin dalla fase della loro elaborazione (democrazia partecipativa, di origine aristotelica)[5].

Nell'ordinamento italiano, invece, prevale ancora una visione di un potere pubblico trascendente, che si colloca al di sopra della cittadinanza, poco propen-

---

[3] In particolare, il par. 3 dell'art. 11 del TFUE stabilisce che, «al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione, la Commissione europea procede ad ampie consultazioni delle parti interessate». Nel 2012 è stato, poi, inaugurato il nuovo Portale sulla trasparenza dell'UE (*http://ec.europa.eu/transparency/index_it.htm*) finalizzato a consentire un accesso diretto ed immediato alle informazioni concernenti i processi decisionale delle istituzioni UE, anche in vista di un'eventuale partecipazione. Sul tema v. D. Ferri, *Dal libro bianco sulla governance al nuovo registro per la trasparenza: l'UE tra participatory engineering e democrazia partecipativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2012, 481 ss..

[4] Su tale profilo v. A. Romano Tassone, *Il controllo del cittadino sulla nuova amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2002, 269 ss.

[5] Cfr. Aristotele, *Politica*, trad. it., Roma–Bari, 2007. Come ci ricorda U. Allegretti nel suo *Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia*, in U. Allegretti (a cura di), *Democrazia partecipativa: esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010, 5 ss., l'idea che fosse conveniente e opportuno per il popolo informarsi e partecipare alle scelte pubbliche destinate ad avere effetti sull'intera comunità era presente anche in Tucidide, laddove affermava che «Siamo gli stessi a partecipare alle decisioni comuni ovvero a riflettere a fondo sugli affari di Stato, poiché non pensiamo che il dibattito arrechi danno all'azione; il pericolo risiede piuttosto nel non chiarirsi le idee discutendone, prima di affrontare le azioni che si impongono» (Tucidide, *La guerra del Peloponneso*, II, 40).

so dunque a fornire le ragioni del suo agire se non nei ristretti limiti della verifica successiva di legittimità delle scelte già compiute (di origine platonica).

In ogni caso, la diffusa esigenza del richiamo alla trasparenza non rappresenta una prerogativa esclusiva dell'attività amministrativa: è noto che anche in campo civilistico vi è da tempo ampia diffusione di disposizioni normative tendenti a dare applicazione a quel principio, soprattutto quando l'ordinamento si trova a disciplinare rapporti che, travalicando la sfera dell'interesse individuale, finiscono con il coinvolgere interessi di più ampie categorie di soggetti o persino della generalità dei cittadini. Le ragioni di fondo di questa esigenza sono molteplici, di ordine sociale, culturale, economico, finanziario e politico: man mano che l'ordinamento ne prende atto, nei diversi ambiti, tende a predisporre strumenti volti a soddisfare le istanze di trasparenza, almeno nei termini illustrati.

D'altronde il fenomeno è tipico in una società complessa ad elevato tasso di tecnicismo e di informatizzazione, nella quale persino l'eccesso di informazione – come si cercherà di chiarire – può finire talora col rendere poco trasparente o anche inaccessibile ai più (ai c.d. non addetti ai lavori) la sostanza delle problematiche e delle scelte politiche, giuridiche, economiche ecc. Può comunque affermarsi che, anche sulla scorta della giurisprudenza della Corte Costituzionale, la trasparenza costituisce ormai un vero e proprio valore portante dell'ordinamento, un parametro indefettibile di riferimento, caratterizzante l'azione di tutti quei soggetti – pubblici e privati – che a vario titolo sono chiamati a prendersi cura di interessi della comunità[6]. Ciò, tanto più in quanto è proprio nella carenza di trasparenza che si annidano le premesse di tutte le forme deviate dell'azione dei poteri pubblici.

2. *La trasparenza amministrativa quale diritto del cittadino alla comprensione dell'attività amministrativa*

Alla luce di quanto sin qui premesso e in considerazione della molteplicità delle accezioni giuridiche di riferimento, il termine "trasparenza" rinviene nel linguaggio comune un significato sovente non univoco, a seconda degli ambiti in cui è utilizzato. Ma ciò che connota il comune sentire é l'evocazione della trasparenza quale rimedio auspicabile, sebbene vago, ogni qual volta ci si imbatta in strutture e/o attività astrattamente preposte alla cura di interessi generali che si siano rivelate strumenti di occultamento per la soddisfazione di (indebiti) interessi personali o di parte[7].

Appare allora utile prendere le mosse dal significato etimologico del termine, per tentare di pervenire ad una definizione di trasparenza che offra almeno alcuni

[6] Cfr. Corte Cost., 5 novembre 2010, n. 310, in *Giur. cost.*, 2010, 4362; Corte Cost., 2 dicembre 2004, n. 372, in *Foro amm.–CDS*, 2005, 2446.

[7] In termini R. Marrama, *op. cit.*, 55.

univoci elementi di ordine contenutistico, utilizzabili già alla luce del vigente ordinamento anche italiano. Il termine "trasparenza" deriva dal latino *trans–parere*, vale a dire la proprietà di un oggetto di essere attraversato da un raggio di luce[8].

Se questo fattore esprime la trasparenza dal punto di vista del fenomeno fisico, sul piano contenutistico la trasparenza deve essere correlata all'intelligenza (*intus–legere)*, ossia alla capacità di guardare le cose oltre la superficie, accedendo alla loro sostanza, dunque pervenendo alla loro comprensione. Appare persino facile rilevare che solo in questi termini si regge la possibilità che la trasparenza rappresenti effettiva garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, integrando il diritto ad una buona amministrazione e concorrendo alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino (secondo il disposto del D. Lgs. n. 33/2013 cit.).

La trasparenza infatti è un principio che si oppone a significati di tipo formalistico, pretendendo piuttosto sostanzialità ed effettività di contenuti. E costituisce altresì un principio–valore che in quanto tale si oppone a veri e propri disvalori, *in primis* l'occultamento (che non é la segretezza). In questa prospettiva, il nesso di necessaria e biunivoca correlazione che connota il rapporto tra trasparenza e conoscenza (o comunque conoscibilità), nel significato attribuito ai due termini, si rivela ampiamente fondato. Oltre la superficie, l'apparenza, c'é l'essenza, ossia ciò che non necessariamente appare, ma contiene in sé il senso ontologico di quell'oggetto[9].

È ben evidente che trasparenza e conoscenza del potere pubblico risultano fondamentali nella società della comunicazione. Ma perché si possa comunicare non basta una semplice relazione tra due o più centri di riferimento in collegamento tra loro, né è sufficiente che si pongano in essere azioni connotate da un legame di reciprocità, come lo scrivere, da una parte, e il leggere, da un'altra. Occorre invece che vi sia un *linguaggio condiviso* che mette in condizioni, a chi abbia diritto o anche solo interesse ad ascoltare, di pervenire alla completa comprensione.

---

[8] È evidente il richiamo alle parole di Turati, quando affermava che «Dove un superiore pubblico interesse non imponga un segreto momentaneo la casa dell'Amministrazione dovrebbe essere di vetro», F. Turati in Atti del Parlamento Italiano, Camera dei Deputati, sess. 1904–1908, 17 giugno 1908, 22962, cit. in G. Arena, *La trasparenza amministrativa e il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in G. Arena (a cura di) *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna 1991, 17.

[9] Per una interpretazione della conoscibilità dei documenti della p.a. e, più in generale, degli elementi procedurali e sostanziali che sono alla base delle scelte pubbliche, quale perno essenziale delle forme di democrazia moderne si rinvia a G. Abbamonte, *La funzione amministrativa tra riservatezza e trasparenza. Introduzione al tema*, in AA.VV., *L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza*, Milano, 1991, 13 ss.; M. A. Sandulli, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. Dir.*, IV agg., Milano, 2000; F. Merloni, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in F. Merloni, G. Arena, G. Corso, G. Gardini, C. Marzuoli (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, 9 ss.

Se quelle richiamate sono le premesse fondanti della trasparenza, occorre chiedersi innanzitutto dove nasca il diritto–dovere dell'amministrazione pubblica di essere compresa dai suoi amministrati. La risposta è invero meno banale e scontata di quanto possa apparire. Al fine, appare necessario risalire al modello di Amministrazione di riferimento. L'amministrazione pubblica italiana si è storicamente sviluppata su un modello di tipo verticistico, centralizzato, nel quale l'investitura della titolarità della cura dell'interesse pubblico aveva luogo esclusivamente sulla base di norme di legge. In questa prospettiva, che collocava la p.a. in una condizione di sovraordinazione nell'ambito dell'ordinamento amministrativo, depositaria esclusiva dell'interesse e della funzione pubblica, la trasparenza non poteva assumere un significato rilevante in quanto alla base di quel modello vi era un assioma, ossia il riconoscimento al potere legislativo ed ai soggetti che lo esprimevano (gli organi elettivi, i partiti) della capacità di essere interpreti e tutori esclusivi di tutte le istanze sociali. In quel sistema, insomma, la distanza tra amministratori e amministrati era la regola[10].

Quando quella condizione non è più corrisposta alla realtà, ossia allorché la p.a. – sulla base di motivazioni storiche e politiche che non è qui il caso di investigare – è divenuta essa stessa soggetto compartecipe dell'azione creativa dell'ordinamento per l'incapacità della legge di ricomprendere la disciplina di tutti gli interessi pubblici meritevoli di tutela[11], essa ha dovuto – almeno a livello normativo – assumere connotati e ruolo diversi, in una prospettiva di amministrazione democratica tenuta a dar conto delle proprie scelte: la legge n. 241 del 1990, con le sue numerose modifiche, è espressione emblematica di quel passaggio. Nella ormai consapevole impossibilità di predeterminazione legislativa o anche normativa dell'interesse pubblico concreto da perseguire, questo è divenuto il portato di procedimenti amministrativi, talora molto complessi, nei quali sono stati chiamati a concorrere, secondo modelli differenziati, soggetti istituzionali e non. L'amministrazione non più mero potere esecutivo, diveniva "creatrice" del diritto nel caso concreto, pur senza avere alcuna fonte di legittimazione democratica, se

[10] Sull'originario modello verticistico e sovraordinato della pubblica amministrazione italiana si rinvia alle ricostruzioni di G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana,1861–1993*, Bologna, 1996 e L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*.

[11] «L'amministrazione è in grado di operare sul piano concreto, attraverso il filtro del buon andamento, l'individuazione e la realizzazione dell'interesse comune solo astrattamente individuato o comunque delineato dalla legge. Questo interesse sarà costituito non dalla mera somma algebrica di interessi parziali, bensì da un'equa loro considerazione e ponderazione: in siffatta prospettiva, l'astratto e sovente parziale interesse legislativamente determinato, si cala nella realtà, si arricchisce di contenuti e si perfeziona conformandosi alle esigenze concrete degli amministrati, sino a divenire "regola del caso", ossia giusto interesse» (M. R. Spasiano, *Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, II, Napoli, 2012, 1106). In termini v. anche A. Azzena, *Potere amministrativo ed atto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna 2005, II, 1203.

non in via indiretta, attraverso il superamento di un concorso pubblico (peraltro previsto di rado in certi ambiti istituzionali). Eppure funzionari pubblici, pur privi di qualsiasi mandato elettorale, dunque investitura democratica, sono divenuti soggetti artefici dell'ordinamento anche generale, muniti di poteri autopoietici. Questo passaggio tuttavia non ha comportato alcuna adeguata considerazione né conseguenza innovativa da parte dell'ordinamento.

3. *L'ondivaga evoluzione del principio di trasparenza*

Il principio di trasparenza è stato peraltro oggetto di un'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale che é proceduta in due direzioni: una di tipo quantitativo–soggettiva, l'altra qualitativo–oggettiva o, anche, contenutistica.

L'epilogo della prima prospettiva, quella quantitativa, può individuarsi nelle decisioni che hanno via via indotto ad affermare l'applicazione del principio di trasparenza oltre che alle pubbliche amministrazioni, anche a soggetti privati chiamati all'esercizio di compiti di pubblico interesse (concessionari di pubblici servizi, società ad azionariato pubblico, organismi di diritto pubblico ecc.)[12]. E sempre in questa linea, l'orientamento giurisprudenziale ha ottenuto successive conferme legislative.

Dal punto di vista qualitativo, invece, numerose pronunce hanno enfatizzato la necessaria correlazione tra trasparenza e "comprensibilità" delle ragioni poste a fondamento delle scelte pubbliche o comunque di pubblico interesse[13]: e ciò al fine di esercitare su di esse un modello partecipativo non inteso in termini di sindacato di legittimità, né di partecipazione formalistica e persino autolesionista (quale quella prefigurata dal dettato della L. n. 241 del 1990) ma che aprisse l'amministrazione alla società nelle sue differenziate componenti ed espressioni.

---

[12] È possibile registrare tale interpretazione soggettivamente estensiva del principio di trasparenza sin dalla giurisprudenza amministrativa degli anni '90 del secolo scorso. In termini cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 25 maggio 1998, n. 1119, in *Urb. e app.*, 1998, 976; T.A.R. Toscana, Sez. II, 7 novembre 2003, n. 571, in *Comuni d'Italia*, 2004, 120; Cons. Stato, ad. plen., 5 settembre 2005, n. 5, in *Foro amm.–CDS*, 2005, 2513. Da ultimo cfr. Cons. Stato, Sez. V, 26 giugno 2015, n. 3226, in *www.giustizia–amministrativa.it*, ove si afferma che «Il diritto di accesso ai documenti amministrativi, essendo strumentale al principio di trasparenza ed allo svolgimento imparziale e conforme ai canoni del buon andamento dell'attività amministrativa, si esercita in linea di principio anche nei confronti di attività svolte da soggetti privati, ed ancorché queste ultime siano sottoposte in tutto o in parte alla disciplina sostanziale del diritto privato, ove esse si concretizzino comunque nella gestione di interessi pubblici; nell'ambito di quest'ultima nozione rientrano tutte le attività oggettivamente preordinate alla cura di interessi e bisogni della collettività, perché è proprio in relazione a queste che si manifestano le esigenze di rango costituzionale di trasparenza e buon andamento».

[13] *Ex multis*, cfr. T.A.R. Torino, Sez. I, 23 maggio 2014, n. 932, in *Foro amm.*, 2014, 1532; Cons. Stato, Sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5881, in *Foro amm.–CdS*, 2003, 2928, T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 17 marzo 2014, n. 577, in *www.giustizia–amministrativa.it*.

Insomma, anche in molteplici e complesse vicende a vasta rilevanza e impatto sociali (si pensi alla TAV in Val di Susa, alla privatizzazione della risorse idriche o ai rifiuti, in Campania), si è fortemente avvertita l'istanza diffusa nelle comunità locali di una più precisa conoscenza delle ragioni poste a fondamento degli interventi realizzati dai pubblici poteri, delle finalità realmente perseguite, degli effettivi rischi ambientali, sanitari, ecc. connessi alle possibili scelte alternative, dei tempi necessari alla realizzazione degli interventi, delle loro modalità attuative, del loro costo in termini economici e finanziari, degli studi e delle analisi di varia natura sui quali gli interventi erano fondati, dei risultati e delle possibili conseguenze che si sarebbero potute determinare anche in termini di incentivazione. Sarebbe stato necessario, pertanto – a fronte di scelte così delicate e vicine alle esigenze primarie del cittadino – utilizzare modelli partecipativi non tradizionali, anche in grado di verificare l'esercizio dell'attività amministrativa. L'ordinamento si è, invece, trovato del tutto impreparato, avendo adoperato strumenti del tutto inadeguati, facendo sì che la protesta finisse talora per assumere connotati violenti o strumentali.

La stagione delle nuove speranze partecipative, di cui a fine anni '80, inizi '90, quelle stesse che, sulla scorta di tangentopoli, avevano consentito il varo della L. 241 del 1990 e della L. 142 dello stesso anno, ha ormai da tempo esaurito le sue spinte, imbrigliata nelle maglie di una pervicace e ostinata difeso di ruoli e istituzioni poco credibili: basterebbe qui pensare al fallimento di strumenti come i difensori civici, le carte dei servizi, gli statuti degli enti locali, ecc.

Non vi è dubbio che oggi numerose e persino contraddittorie appaiono le esigenze presenti nell'ordinamento: esigenze di garanzia si confrontano con sempre più avvertite esigenze di efficienza ed efficacia, istanze di trasparenza si oppongono a forme di tutela della riservatezza, spinte autonomistiche contrapposte ad esigenze di recupero dell'unità nazionale, esigenze di semplificazione ad esigenze di implementazione dell'autonomia regolamentare (con problemi di proliferazione delle fonti di riferimento giuridico). La capacità di conciliare tutte queste esigenze non è certo agevole. Ma se un elemento emerge condiviso dalla generalità, questo è che il cittadino deve poter essere finalmente partecipe e controllore dell'uso dell'autorità, da qualsiasi soggetto essa sia esercitata, imponendo così alla politica quanto all'amministrazione di rendere conto delle ragioni delle proprie scelte e delle proprie inerzie.

Questa appena delineata non vuole costituire una visione "romantica" o velleitaria della cittadinanza. Il processo di acquisizione della consapevolezza delle proprie prerogative e, in termini giuridici, dei propri diritti, da parte delle comunità che insistono nell'ordinamento, appare graduale, ma irreversibile e solo la miopia di un sistema arroccato su anacronistici modelli comportamentali potrebbe mostrarsi indifferente al riguardo[14].

[14] Sul processo evolutivo della nozione di cittadinanza si rinvia agli studi di F. Benvenuti, *Il*

In termini generali, l'ordinamento, almeno negli ultimi venti anni, ha tendenzialmente reagito a queste esigenze o con la dismissione di interessi pubblici, o con forme di privatizzazione, piuttosto che con la ricerca attenta delle cause e la predisposizione di rimedi atti ad implementare efficienza ed affidabilità dell'azione amministrativa. La comunità, peraltro, gode ormai di spazi rilevanti e si muove in una realtà che anche sul piano dei principi normativi generali – persino di rango costituzionale (si pensi al principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 Cost.) – la rendono potenziale artefice dei propri destini, tanto più laddove lo spazio di intermediazione e finanche di gestione di interessi collettivi, un tempo coperto da partiti ed associazioni sindacali, vede oggi la presenza crescente di soggettività diretta espressione di cittadini in forma organizzata, in ambiti aventi rilevanza pubblica primaria (l'ambiente, la sanità, l'energia, la cooperazione internazionale, la scuola, la formazione professionale, il lavoro, persino l'ordine pubblico, solo per fare qualche esempio)[15].

A tal fine la trasparenza quale espressione del diritto alla comprensione si erge a *conditio sine qua non* per l'elaborazione di scelte di fondo aventi ricaduta sociale, presupposto imprescindibile per l'esercizio di qualsiasi libertà individuale e sociale.

Né a diverso avviso possono indurre le armi nuove e antiche che l'amministrazione continua a brandire a tutela della sua indisponibilità a nuove forme di apertura: tecnicismo delle scelte, burocraticismo dei modelli gestionali, evocazione di prerogative di insindacabilità dell'alta amministrazione o uso di meccanismi di *spoil system* (peraltro ugualmente promossi dai governi di entrambi gli schieramenti parlamentari).

Invero, almeno quanto al tecnicismo delle scelte[16], pur talvolta necessario od opportuno, alla luce del principio di trasparenza, esso impone in capo ai soggetti che operano nella cura di interessi pubblici, un vero e proprio onere di decodificazione, ossia di semplificazione e riduzione delle scelte in messaggi comprensibili per il cittadino comune. Questi deve poter comprendere rischi e opportunità di qualsiasi scelta si vada a prospettare, basandosi peraltro su fonti di informa-

---

nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva, Venezia, 1994; E. Castorina, *Introduzione allo studio della cittadinanza. Profili ricostruttivi di un diritto*, Milano 1997; G. Cordini, *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza. Profili di diritto pubblico comparato*, Padova 1998; F. Manganaro, A. Romano Tassone (a cura di), *Persona ed amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004.

[15] G. Arena, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di G. Berti*, Napoli, 2005, 179 ss. T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 12 settembre 2013, n. 1880, in *www.giustizia–amministrativa.it*; Corte Cost. 16 luglio 2012, n. 187, in *Giur. cost.*, 2012, 2714; Corte Cost., 27 giugno 2012, n. 164, in *Foro amm. CdS*, 2012, 2757; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 5 aprile 2005, n. 1847, in *Foro amm.–TAR*, 2005, 1219.

[16] Sul ruolo dei "saperi tecnici" nella formazione delle scelte pubbliche v. C. Videtta, *L'amministrazione della tecnica*, Napoli, 2008.

zione attendibili e indipendenti, ma anche verificabili in ordine alle competenze e alle garanzie di imparzialità che offrono.

La crisi economica degli ultimi anni, la stessa che sempre più sta conducendo ad un diritto amministrativo finanziariamente condizionato anche laddove esso tocchi diritti fondamentali della persona, ormai acquisiti, pone in crisi il principio di trasparenza, tentando di impiantare su di esso un sistema di valutazione di performance che, sebbene possano in teoria risultare utili per una migliore qualità dei servizi, risultano sovente prive di oggettivi meccanismi di attendibilità e imparzialità[17]. Qui viene in causa anche l'antico rapporto politica – amministrazione che, ipocriticamente immolato negli anni '90 sull'altare della (presunta) separazione, ha finito col legittimare logiche di deresponsabilizzazione degli organi politici e di sottomissione dell'apparato dirigenziale, anche quello motivato ed efficiente, a meccanismi di sostanziale subordinazione ai primi (segretari comunali, direttori generali aa.ss.ll., ecc.)[18].

Sotto ben differente profilo, inoltre, vi è da sgombrare il campo da un evidente equivoco che potremmo definire di tipo culturale e che può determinare il rischio di svuotamento del principio di trasparenza. Questo, infatti, non costituisce un principio volto alla soddisfazione di insaziabili esigenze informative. La trasparenza, al contrario, implica chiarezza e qualità dell'informazione che si deve sostanziare in strumento di decodificazione delle complessità di tipo tecnicistico[19].

A volte invece la trasparenza implica persino una limitazione quantitativa dell'informazione connessa alla semplificazione del dato informativo, in contrapposizione a forme degenerative di eccessi che sono invece in grado di generare sostanziali incomprensioni, fraintendimenti o forme di distrazione, con occultamento della realtà dei fatti, degli intendimenti effettivamente perseguiti, dei rischi, delle responsabilità, ecc[20].

---

[17] Per un'analisi dei nuovi modelli di valutazione delle strutture e dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche di recente introdotti dal legislatore italiano sia consentito rinviare a M. R. Spasiano, *Linee evolutive del rapporto politica–amministrazione: tra esigenze di continuità e tentazioni di contiguità*, in *Nuove autonomie*, 2010, 69 ss. Cfr. anche S. Calcagnini, *La misurazione e la valutazione della "performance" nella Pubblica Amministrazione*, in *Studium iuris*, 2013, 837 ss.

[18] Sul tema si rinvia a S. De Gotzen, *La distinzione tra politica e amministrazione: funzioni di indirizzo, funzioni di gestione e potere deliberativo dell'organo politico*, in *Le Regioni*, 2013, 863 ss.; S. Battini, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 39 ss.; V. Cerulli Irelli, *Politica e amministrazione tra atti "politici" e atti di "alta amministrazione"*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 101 ss.

[19] M.R. Spasiano, *Trasparenza e qualità dell'azione amministrativa*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, III, Napoli, 2007, 1435 ss.

[20] Sulla necessità dell'individuazione di parametri qualitativi minimi in sede di pubblicazione delle informazioni a cui deve essere garantito l'accesso dei singoli v. M. D'Orsogna, *Informazione e invalidità dell'azione amministrativa*, nonché L. Ferrara, *Profili problematici della responsabilità della pubblica amministrazione per mancata o inesatta informazione*, entrambi in F. Manganaro, A. Romano Tassone

Il principio di trasparenza si traduce allora nell'obbligo, facente capo in chi agisce, di far comprendere, anche "facendo vedere" (persino mediante la predisposizione di modelli di simulazione), a quanti sono i diretti interessati: cosa l'amministrazione intende fare, dove, a quali costi economici e sociali per le diverse categorie interessate, in che tempi, con quali concreti vantaggi e quali effettivi rischi, sulla base di quali studi (analisi, pareri, ecc.), con quali fonti di finanziamento, con quali previsioni di risultato, e così via[21].

4. *Principio di trasparenza e atti amministrativi a carattere generale*

Una particolare riflessione meritano poi gli atti a carattere generale, quelli normativi, di pianificazione e di programmazione. Tale categoria di atti è esclusa, nella L. 241 del 1990, dalle disposizioni in tema di partecipazione nonché dall'obbligo di motivazione, ancorché poi non poche normative di settore prevedano forme di partecipazione in sede di predisposizione di atti a carattere generale nei singoli ambiti di riferimento.

Invero la presenza di regole oggettive e predeterminate, destinate a orientare la successiva attività, può contribuire ad elevare il tasso di democraticità complessiva dell'amministrazione pubblica, rendendo più consapevole la partecipazione

(a cura di), *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto d'informazione*, Torino, 2005, rispettivamente 31 ss. e 77 ss.

[21] In tal senso v. L. Iannotta, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare*), in *Dir. proc. amm.*, 2005, 1 ss., laddove osserva che «La res, le res progettate sono enucleabili perché sono presenti in ogni tipo di decisione – politica, amministrativa, tecnica; definiva, preliminare, di proposta, ecc. – e possono essere estroflesse dalla decisione e rese manifeste e accessibili a tutti – tecnici e non tecnici – prima che siano tradotte in realtà. Sono queste cose i risultati voluti, dalle relative decisioni, che si rendono manifeste in risposta a semplici ed elementari domande, rivolte a chi ha preso o vuole prendere o far prendere ad altri una decisione o tenere un comportamento, positivo o negativo: «Che cosa si vuole fare? A che cosa e a chi serve? Chi dovrà farlo? Dove? Quando? Come? Quando comincerà e quando finirà? Con quali mezzi? Con quali e quante persone? Che dimensioni ha la res se materiale? Quanto è alta, larga, profonda...? Quanto durerà? Qual è il suo raggio d'azione? Quali vantaggi comporterà? A chi? A quanti? Quante nuove occasioni di lavoro darà e quante ne farà venir meno? Chi e che cosa danneggerà? Quali reazioni si avranno? E così di seguito. E guardando alle cose future contenute come progetto nelle decisioni e ancor prima nelle proposte sarà possibile, da un lato, accertare il grado di concretezza del progetto, sanando le sue eventuali carenze sotto i profili – sottostanti alle domande ipotetiche ma realistiche sopra formulate – di spazio, di tempo, di luogo, di mezzi, di modi, ecc; dall'altro e correlativamente individuare prima dell'attuazione le conseguenze della decisione, i suoi effetti potenzialmente negativi sulle altre cose coinvolte e quindi sui «diritti» quali cose dovute o spettanti a persone, per correggerli ed evitare che si producano». Su questi profili v. anche M. Cammelli, *Attività liberalizzate e amministrazione di risultati* e A. Romano Tassone, *Amministrazione di risultato e provvedimento amministrativo*, entrambi in M. Immordino e A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, rispettivamente 304 ss. e 1 ss.

e incrementando le potenzialità del controllo sociale[22]. Purché ciò non comporti la paralisi dell'azione o la sua inefficienza: l'esempio di Bagnoli Futura e il suo recente commissariamento governativo costituiscono due elementi negativi, ma entrambi sintomatici[23]. In altri termini, il coinvolgimento del cittadino dalla fase programmatoria (e di predisposizione delle regole) sino a quella di adozione delle scelte finali, entro modalità e tempi definiti, è in grado di determinare lo sradicamento della perdurante logica unilaterale ed autoritativa, per addivenire a scenari di progressiva e costante corresponsabilizzazione nelle scelte amministrative.

L'esigenza di individuazione di nuove forme e modalità esplicative del principio di trasparenza si impone allora in una duplice prospettiva: vale a dire non più solo nell'interesse della cittadinanza o del cittadino, e già non sarebbe poco in un'amministrazione democratica, ma persino della stessa amministrazione che può rinvenire giovamento nell'esercizio della sua attività di indirizzo, regolazione e vigilanza proprio nell'imposizione di regole di trasparenza per chiunque – a partire dai soggetti privati – sia chiamato a prendersi cura di interessi pubblici.

Il risultato prefigurato assume poi particolare importanza a fronte della espansione di gruppi portatori di interessi forti (per lo più economici o anche malavitosi, presenti ormai in vaste e diversificate aree del nostro Paese) che, in forma organizzata ancorché ovviamente informale, tendono ad esercitare una notevole influenza – per lo più occulta – sui soggetti preposti alla cura di interessi pubblici[24].

In sintesi pare potersi affermare che la trasparenza amministrativa imponga scelte precise a livello organizzativo e funzionale, ma ancora prima a carattere culturale. Essa presuppone infatti: a) Comprensibilità delle scelte amministrative; b) Predisposizione di forme di consultazione e partecipazione a monte delle scelte aventi carattere generale; c) Redazione di istruttorie procedimentali affidabili, che conducano a risultati chiari e ancora una volta comprensibili; d) Implementazione delle forme di pubblicità e di comunicazione non basate su strumenti di tipo burocratico, ma su moderne forme di coinvolgimento; e) Semplicità della comunicazione; f) Semplicità di accesso a forme di rappresentanza di interessi

---

[22] Cfr. A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative – Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, 64.

[23] Con l'art. 33 del d.l. n. 133/2014 (c.d. Decreto Sblocca Italia), il Governo ha tra l'altro provveduto alla nomina di un Commissario straordinario di Governo per l'approvazione e attuazione del programma di bonifica ambientale e rigenerazione urbana del comprensorio Bagnoli–Coroglio, a seguito del fallimento della s.t.u. Bagnoli Futura. Per un'analisi critica di tale scelta "centralista" e degli effetti che essa è destinata a produrre sia consentito rinviare a M.R. Spasiano, *Osservazioni sull'istituto del commissariamento nel decreto sblocca–Italia*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, 61 ss.

[24] Per una riflessione sul tema della partecipazione dei c.d. poteri forti ai processi decisionali pubblici v. G. Sgueo, *Trasparenza e incompatibilità nella disciplina dei gruppi di pressione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 477 ss.; P. Petrillo, *Democrazie sotto pressione. Parlamenti e lobby nel diritto pubblico comparato*, Milano, 2011.

anche a minore impatto economico; g) Semplicità di individuazione delle competenze, con chiarezza di funzioni e responsabilità; h) Certezza dei tempi; i) Effettività di esercizio delle funzioni amministrative, con abbandono delle diverse forme di silenzio significativo o di autocertificazione; l) Estensione delle attività libere laddove non siano implicati interessi pubblici sensibili; m) Consapevolezza dei rimedi e certezza dei relativi tempi; n) Passaggio da una logica del divieto alla logica della compatibilità; o) Autonomia delle funzioni di controllo dell'amministrazione rispetto a quelle di amministrazione attiva; p) Revisione delle funzioni di controllo della Corte dei Conti in una prospettiva più di tipo collaborativo che sanzionatorio.

Perché ciò possa conseguirsi, a monte di qualsiasi misura normativa, si rende necessaria una vera e propria rivoluzione culturale, una riconversione di antichi metodi e l'impostazione di un'azione di "formazione permanente" della dirigenza amministrativa in termini di autonomia e responsabilità verificata e certificata[25].

5. *Diritto di accesso e diritto alla riservatezza*

L'art. 22 della l. n. 241 del 1990, come modificato dall'art. 10 della l. n. 69 del 2009, definisce l'accesso ai documenti amministrativi quale *principio generale dell'attività amministrativa, finalizzato ad assicurare l'imparzialità e la trasparenza, quali imprescindibili canoni del buon andamento ai sensi dell'art. 97 della Costituzione*.

Il diritto di accesso, così come configurato, si pone dunque in posizione strumentale rispetto al principio di trasparenza[26], essendo peraltro escluso – come rilevato – in relazione agli atti amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione (salvo disposizioni speciali). In questi termini, esso si colloca per lo più a valle dell'esercizio dell'attività amministrativa, che oltretutto vede l'esclusione dell'obbligo di motivazione proprio per la categoria di atti ai quali si è fatto riferimento. Questa scelta nasce dal lontano retaggio proprio della cultura amministrativa italiana in base al quale la presenza di fattori di tipo politico nelle scelte fondamentali riguardanti per lo più il territorio e le collettività esonera le autorità pubbliche disponesti dal rendere conto delle ragioni dei loro deliberati.

In questa prospettiva, l'esercizio del diritto di accesso si pone ancora una volta come funzione di controllo, di verifica della legittimità dell'azione amministrativa già posta in essere piuttosto che come occasione di interlocuzione e

[25] Per un'ampia analisi dell'evoluzione del dirigente pubblico e della tendenziale professionalizzazione che ha connotato tale figura si rinvia a R. Cavallo Perin, B. Gagliardi, *La dirigenza pubblica al servizio degli amministrati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 309 ss.

[26] In termini v., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 26 giugno 2015, n. 3226, in *www.giustizia–amministrativa.it*; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 18 febbraio 2013, n. 427, in *Foro amm.–TAR*, 2013, 646; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 10 ottobre 2002, n. 6256, in *Foro amm.–TAR*, 2002, 3345.

semmai di collaborazione nella ricerca delle migliori soluzioni atte a coniugare interessi pubblici e interessi privati.

Anche l'accesso, ha visto nel tempo l'ampliamento del suo raggio di azione dal punto di vista sia quantitativo che qualitativo.

Sotto il primo profilo, il suo ambito di applicazione si è esteso oltre che alle amministrazioni e agli enti pubblici, anche ai gestori di pubblici servizi. Dal punto di vista qualitativo, la legge n. 15 del 2005 ha invece limitato le tipologie di atti per i quali esso resta escluso, fermo restando che in ogni caso, non sono ammesse istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni[27].

Una delle problematiche di maggiore rilevanza sul tema riguarda il rapporto tra diritto di accesso e diritto alla riservatezza, tutelato dal codice in materia di protezione dei dati personali. Nella comparazione tra le due contrapposte esigenze, la qualificazione del diritto di accesso quale principio generale dell'attività amministrativa colloca indubbiamente il diritto alla riservatezza in una condizione di subordinazione o per meglio dire, in una posizione la cui tutela può rinvenire attivazione solo in presenza di peculiari circostanze. In questo senso documenti coperti da segreto di stato o da segreto o divieto di divulgazione previsti da appositi regolamenti, documenti relativi a procedimenti tributari ovvero relativi a procedimenti selettivi contenenti informazioni di carattere psico–attitudinale relativi a terzi costituiscono il limite insormontabile per l'esercizio del diritto di accesso.

Vi è anche da considerare che proprio l'ampliamento del raggio operativo del diritto di accesso ha indotto a distinguere, nell'ambito dei dati personali, differenti categorie di dati: dati comuni, dati sensibili e giudiziari, dati supersensibili, dati di carattere psico–attitudinale nelle procedure selettive[28]. Il legislatore, in sostanza, ha inteso individuare più punti di equilibrio tra i due fondamentali diritto

[27] T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 29 maggio 2015, n. 3003, in *www.giustizia–amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. IV, 22 settembre 2014, n. 4748, in *Foro amm.*, 2014, 2288; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 9 dicembre 2013, n. 2450, in *Foro amm.–TAR*, 2013, 3840.

[28] In relazione ai dati personali comuni, l'accesso prevale laddove la conoscenza di un documento risulti necessaria per tutelare o difendere interessi giuridici contrapposti (T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 17 dicembre 2013, n. 1170, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2013, 3897). Per quanto concerne invece i dati sensibili idonei cioè a rivelare l'etnia, le convinzioni religiose o politiche di una persona, ecc., nonché i dati giudiziari, l'accesso prevale unicamente se esso si riveli strettamente indispensabile al fine perseguito (Cons. Stato, Sez. VI, 28 settembre 2012, n. 5153, in *Foro amm.–C.d.S.*, 2012, 2393). Nell'ambito sempre dei dati sensibili si è ulteriormente differenziata la posizione di quelle informazioni che, concernendo la sfera della salute o della vita sessuale della persona (interessi cc.dd. supersensibili) sono considerate accessibili nella sola ipotesi in cui non solo siano strettamente necessari, ma siano rivolti a tutelare diritti di rango almeno pari a quello della riservatezza (T.A.R. Emilia–Romagna, Bologna, Sez. II, 26 gennaio 2012, n. 67, in *Rass. diritto farmaceutico*, 2012, 1226). Come si rilevava, infine, l'accesso è negato per legge a dati di carattere psico–attitudinale emersi nell'ambito di procedure selettive (T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. II, 7 aprile 2010, n. 1023, in *Foro amm. – TAR* 2010, 1492).

contrapposti, graduando il livello di protezione della riservatezza della persona in relazione alla natura più o meno sensibile del dato contenuto nel documento al quale si chiede l'accesso[29]. La finalità risulta evidentemente quella di garantire che il necessario rispetto delle libertà fondamentali della persona e della sua dignità possa essere di volta in volta adeguatamente bilanciato con l'altrettanto rilevante interesse all'accesso agli atti, quindi alla trasparenza dell'azione dei poteri pubblici.

La giurisprudenza dei giudici amministrativi, dal canto suo, ha contribuito a definire i confini del diritto di accesso, istituto teso a coniugare fattori di trasparenza e garanzia dell'imparzialità dell'amministrazione con le esigenze di tutela della riservatezza. L'accesso legittimato dai giudici viene dunque sempre collegato ad un interesse personale e diretto della parte richiedente, giammai assurgendo a costituire forme atipiche di controllo che possano magari aver luogo in presenza di richieste pretestuose e defatiganti[30].

Di segno opposto, quindi più ampliativo, il diritto di accesso relativo a procedure concorsuali, laddove esso è stato ritenuto applicabile senza limiti a tutti i documenti in ordine ai quali non vi sia esigenza di riservatezza, in quanto i concorrenti, nel prendere parte alla selezione sono ritenuti aver implicitamente acconsentito a misurarsi in una competizione di cui la comparazione dei valori di ciascuno costituisce l'essenza stessa della valutazione[31].

Il procedimento per l'accesso, in ogni caso, laddove le ragioni all'ostensione prevalgano su quelle alla riservatezza, non elimina tuttavia il diritto del soggetto

---

[29] Su tali profili v. P. Alberti, *I casi di esclusione dal diritto d'accesso*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 1095 ss.; C. Sartoretti, *Il diritto alla riservatezza ed il diritto di accesso alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Foro amm.–TAR*, 2007, 2639 ss.; S. Cimini, *Accesso ai documenti amministrativi e riservatezza: il legislatore alla ricerca di nuovi equilibri*, in *Giust. civ.*, 2005, 407 ss.; M. Immordino, *Alcune riflessioni su diritto di accesso, riservatezza e tutela processuale del controinteressato*, in *Foro amm.–TAR*, 2003, 2037 ss.; A. Simonati, *L'accesso amministrativo e la tutela della riservatezza*, Trento, 2002; F. Trimarchi Banfi, *In tema di trasparenza amministrativa e di diritto alla riservatezza*, in AA.VV., *Studi in onore di E. Casetta*, I, Napoli, 2001, 343 ss. In giurisprudenza cfr. Cons. Stato, Sez. III, 5 giugno 2015, n. 2768, in *www.giustizia–amministrativa.it*; Cass. civ., Sez. III, 20 maggio 2015, n. 10280; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 20 maggio 2015, n. 2821, in *www.giusstizia–amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. VI, 25 marzo 2015, n. 1585, in *Foro amm.*, 2015, 762; T.A.R. Bologna, Sez. I, 26 febbraio 2015, n. 194, in *Foro amm.*, 2015, 587.

[30] In termini cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 20 novembre 2013, n. 5515, in *www.giustizia–amministrativa.it*; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. II, 14 giugno 2013, n. 1781, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2013, 2152.

[31] «Nelle procedure concorsuali o paraconcorsuali, ivi comprese quelle di valutazione di progetti per l'erogazione di finanziamenti pubblici, la sottoposizione consapevole della propria opera dell'ingegno ad una comparazione con altri concorrenti non ammette la sussistenza di un interesse tutelato alla relativa riservatezza, finalizzato a tutelare l'originalità del progetto e il relativo know–how scientifico, a fronte della richiesta di accesso agli atti formulata da altri concorrenti» (T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. II, 3 luglio 2014, n. 554, in *www.giustizia–amministrativa.it*. In termini v. anche T.A.R. Basilicata, Sez. I, 22 aprile 2009, n. 139, in *Foro amm.–TAR*, 2009, 1219; T.A.R. Liguria, Sez. II, 10 aprile 2008, n. 526, in *Foro amm.–TAR*, 2008, 979.

nei cui confronti esso sia esercitato di partecipare al relativo procedimento ove esso é legittimato a far valere ragioni personali, suscettibili di orientare l'amministrazione almeno verso una limitazione dell'accesso a taluni documenti o parti di essi[32].

6. *La trasparenza e il diritto di accesso civico*

La disciplina dell'accesso, così legata alla valutazione di interessi personali di colui che ne richiede l'esercizio pare non più in linea con l'ordinamento vigente se – come si è rilevato *supra* – l'art. 1 del D. Lgs. n. 33 del 2013 (in attuazione della legge delega n. 190 del 2012, c.d. legge anticorruzione) ha disposto che la trasparenza va intesa in termini di *accessibilità totale* delle informazioni riguardanti sia l'organizzazione che l'attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche[33].

Pare aprirsi dunque la strada, anche in ordine alla disciplina sull'accesso, a nuovi modelli volti a garantire un diverso rapporto tra amministrazione e amministrati, anche al fine di arginare il vistoso fenomeno di distacco così chiaramente dimostrato anche dal calo di affluenza nelle ultime tornate elettorali[34]. Di tanto ne è riprova una delle principali novità introdotte dal già richiamato decreto legislativo n. 33 del 2013 nella parte in cui (art. 5) disciplina il c.d. *accesso civico*, istituto profondamente diverso dal diritto di accesso finora configurato dalla legge 241 del 1990[35].

L'accesso civico prevede l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di rendere

[32] Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4308; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 1 aprile 2015, n. 4909, entrambe in *www.giustizia–amministrativa.it*; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 13 gennaio 2015, n. 409, in *Foro amm.*, 2015, 199.

[33] Sul punto si rinvia alla precedente nota n. 2. Più in generale, per una lettura della trasparenza (anche) quale strumento di lotta alla corruzione pubblica v. F. Manganaro, *La corruzione in Italia*, in *Foro amm.*, 2014, 1861 ss. e E. Carloni, *I principi del codice della trasparenza* in B. Ponti (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d. lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Rimini, 2013, 34 ss.

[34] In tal senso possono essere lette le parole di quella dottrina che sottolinea che «un'amministrazione sottoposta a controllo diffuso e, perciò, indotta o costretta a comportamenti legittimi e volti al buon andamento diventa un'amministrazione utile L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa allo sviluppo sociale ed economico, con la conseguenza di limitare i tentativi ricorrenti di privatizzare e/o sopprimere enti amministrativi perché inefficienti: insomma, una buona amministrazione giova ai cittadini, ma alla stessa amministrazione, non più percepita come un peso allo sviluppo, ma come uno strumento di progresso civile» (F. Manganaro, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in Scritti in memoria di Roberto Marrama, Napoli, 2012, 655).

[35] Per un esame dei profili di distinzione tra il diritto di accesso civico ed il modello di accesso tradizionale v. P. Canaparo, *Il decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33: i nuovi confini della trasparenza pubblica e il diritto alla conoscibilità dell'azione amministrativa*, in *www.giustamm.it*, 2013; recentemente V. Torano, *Il diritto di accesso civico come azione popolare*, in *Dir. amm.*, 2013, 789 ss.

noti i documenti, le informazioni o i dati, attribuendo allo stesso tempo il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione. La richiesta di accesso civico, come prevista dalla nuova normativa, non necessita di alcuna requisito e, cosa più importante, la legittimazione soggettiva del richiedente non deve essere motivata, è gratuita e va presentata al responsabile della trasparenza dell'amministrazione obbligata alla pubblicazione.

Nell'ipotesi di mancata pubblicazione dell'atto, documento o altra informazione, l'amministrazione, entro trenta giorni, deve procedere alla pubblicazione, nel sito, del dato richiesto e contestualmente trasmetterlo al richiedente o in alternativa potrà comunicare al medesimo l'avvenuta pubblicazione e indicare il collegamento ipertestuale a quanto richiesto. Se invece il documento, l'informazione o il dato richiesti risultino già pubblicati ai sensi della legislazione vigente, l'amministrazione provvederà a specificare al richiedente il relativo collegamento ipertestuale. Nei casi di ritardo o mancata risposta, l'istante potrà ricorrere al titolare del potere sostitutivo di cui all'articolo 2, comma 9–bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni, che, verificata la sussistenza dell'obbligo di pubblicazione, nei termini di cui al comma 9–ter del medesimo articolo, provvederà in merito.

Ad ogni buon conto, il percorso della realizzazione della trasparenza, legato inevitabilmente a rimedi tempestivi e di semplice accesso in caso di sua lesione, è lungo, sia sul piano giuridico che, ancor prima, su quello della cultura amministrativa prevalente nello stesso personale amministrativo. E ancor più si rende necessario un passaggio da una logica marcatamente di controllo ad una di compartecipazione all'esercizio dei pubblici poteri, secondo modelli tempestivi ed efficaci, senza che ciò implichi un appesantimento o peggio un'ulteriore fonte di paralisi per l'azione[36].

[36] Nella prospettiva della ricerca di modelli di condivisione e compartecipazione tra amministrazione e amministrati nell'esercizio dell'azione pubblica, il timore che un accesso (ed una consequenziale partecipazione) particolarmente esteso possa arrecare un eccessivo appesantimento del procedimento sembra agevolmente superabile se solo si considerano i vantaggi – in termini di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa – derivanti da una decisione pienamente compresa ed ampiamente condivisa dai destinatari. Su tale profilo v. S. Lessona, *La formazione dei provvedimenti amministrativi attraverso il contraddittorio degli interessati*, in *Riv. amm.*, 1954, 609 ss.; A. Romano, *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, I, Milano, 1987, 550 ss.; e. da ultimo, M. Calabrò, A. Simonati, *L'accesso dei privati alle informazioni e agli atti amministrativi: la multiforme applicazione del principio di trasparenza*, in corso di pubblicazione, in *Scritti in memoria di A. Romano Tassone.*

CONSIDERATIONS ON TRANSPARENCY PRINCIPLE EVEN IN LIGHT OF THE CIVIC RIGHT TO ACCESS

by Mario R. Spasiano

Transparency principle has long since been considered a general criterion of the administration activity, but its rationale and implementation do not appear univocal. The traditional view finds its expression in the citizen's right of access ex l.n. 241/1990, from the one hand, and in the duty of publicity which falls on public authorities, on the other hand. Both aspects aim at empowering citizens to understand public decision procedures, even in order to participate, and find clear limits in fundamental rights, such as the right of privacy. Meanwhile, the recent introduction of the Civic right of access seems to present a different (although compatible) concept of transparency, intended as a complete accessibility to the information concerning administration organization and activity, viewing in the transparency an instrument not of awareness and participation, but of citizens diffuse control.

Fine dell'atto politico?

di Felice Blando

Sommario: 1. Atto politico cos'è?. – 2. Il ritorno dell'atto politico nella scena giuridica. – 3. La teoria liberale e fascista dell'atto politico. – 4. La Costituzione repubblicana e il sorgere di nuovi termini del problema. – 5. Giurisdizione e regime democratico. Contrapposizioni vere e false. Lo Stato costituzionale e la crisi della separazione fra giurisdizione e politica.

1. *Atto politico cos'è?*

La figura dell'atto politico è nota e riconosciuta in vari ordinamenti contemporanei, nei quali tutti, essa tende ad assumere significati differenti[1]. Qui se ne propone una sola: atto politico è un atto *extra ordinem* promosso dalla «ragion di stato» cioè dal bisogno di preservare da ogni attentato – con le misure, di qualunque specie, rese urgenti da eccezionali circostanze del momento – le condizioni che rendono possibile allo Stato di sussistere e perseguire i suoi fini fondamentali[2].

Onde, l'atto politico trova base su motivi estranei all'ordine giuridico e l'azione delle pubbliche autorità si muove in un ambito di libertà simile a quella dei privati[3].

Le norme che prevedono l'emanazione di atti politici di regola si limitano a determinare quali organi sono competenti per l'esercizio, essendo la determinazione dei comportamenti, che possono essere adottati nell'esercizio del potere politico, lasciata alla libera valutazione degli organi di governo[4].

---

[1] Per l'esperienza dell'America latina, cfr. A. Cordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, vol. II, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, 2009, spec. cap. VIII «La no justiciabilidad del Estado»; per quella spagnola, N. Garrido Cuenca, *El acto de gobierno*, Barcelona, 1988; per quella francese, M. Virally, *L'introuvable «acte de gouvernement»*, in *Revue du droit public*, 1952, pp. 317 ss.; per quella tedesca, H. Rump, *Regierungsakte im Rechtsstaat*, Tübingen, 1955; per quella italiana E. Guicciardi, *L'atto politico*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, vol. II, fasc. 2, 276 ss., e *ivi*, vol. II, fasc. 3, 486 ss.; E. Cheli, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961.

[2] Secondo l'insegnamento di O. Raneletti e A. Amorth, *Atti politici (o di governo)*, in *Nss. D.I.*, vol. I, Torino, 1958, 1511 ss. (che con particolare nettezza affermano che è nella «ragion di Stato» che gli atti politici «in sostanza si fondano»); e di C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, VIII ed., Tomo primo, Padova, 1970, 353.

[3] Sulla distinzione fra libertà dei privati e discrezionalità dell'amministrazione pubblica rimane fondamentale M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, apparso nel 1939, ora in *Scritti. Volume Primo*, Milano, 2000, in diversi luoghi. Di fronte alla discrezionalità dell'attività di Governo, Giannini, discorre di «sfera dispositiva libera» (Id., *op. cit.*, 121, nt. 32).

[4] In questo senso v., *ante litteram*, E. Guicciardi, *L'atto politico*, cit., spec. 547 ss.: *ivi* anche

Sembra corretto dire che con l'affermazione dello Stato di diritto gli atti sopraindicati sono compiuti soltanto da organi che esercitano la funzione governativa.

Nel linguaggio tradizionale alla funzione governativa, ove a essa si faccia ricorso nella teoria della separazione dei poteri (che dà all'organo di rappresentanza politica dei cittadini – il Parlamento – una sorta di primato), si attribuisce una qualificazione di «attività esecutiva» come subordinata alla «attività legislativa». Le formule sono talvolta semplicistiche e ingannevoli: in realtà la funzione governativa è la «sostanza» dell'attività politica.

Tanto è vero che l'attività esecutiva esprime l'opposto rispetto alla sua effettiva natura, essa deve di regola essere gestita da un numero ristretto di persone, le quali in qualsiasi ordinamento democratico adottano le loro decisioni in una posizione giuridica di assoluta autonomia: l'attività esecutiva in senso stretto presuppone una presenza assidua, ininterrotta.

Si risolve in decisioni su problemi che sorgono continuamente come nuovi e che assumono coloriture inconsuete in dipendenza delle condizioni che si presentano.

Il governo, per le ragioni che si vedranno più oltre, è chiamato a comporre interessi pubblici e collettivi, al cospetto di condizionamenti interni e internazionali, che se non si desse poteri di governo eccezionali si avvererebbero crolli da un lato o prevaricazioni dall'altro, insostenibili per la collettività statale.

Avrebbe mai potuto sottoporsi a giudizio Bismarck per la famosa falsificazione del dispaccio di Ems, se quella servì a fare scoppiare la guerra – ormai inevitabile – con la Francia nel momento più favorevole per la Germania?[5]

2. *Il ritorno dell'atto politico nella scena giuridica*

L'intera problematica dell'atto politico ha ricevuto recentemente nuovo impulso in seguito a due fattori[6].

Il primo fattore è nella sentenza n. 81 del 2012 della Corte Costituzionale.

---

ulteriori indicazioni di letteratura. Da tempo superato è invece l'antico criterio del fine, per cui, fra gli altri, N. Coco, *L'atto di potere politico negli odierni atteggiamenti della dottrina e della giurisprudenza* (nota a Corte di Cassazione 27 gennaio 1927), in *Riv. dir. pubbl.*, 1927, I, 227 ss., perché non può attribuirsi natura politica a un provvedimento in relazione allo scopo contingente politico, che l'autorità abbia tenuto presente nell'adottarlo (cfr. l'importate decisione del Cons. Stato, sez. IV 2 luglio 1969, n. 304, in *Cons. Stato*, I, 1090 ss.).

[5] Cfr. H. Schulze, *Storia della Germania*, trad. it. di I. Toni, Roma, 2000 (1996), pp. 73 ss., per una ricostruzione efficace di questa vicenda, con persuasive notazioni critiche.

[6] Come segnalano chiaramente indagini approfondite come: G. Tropea, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, 2012, 329 ss.; L. Buscema, *Atti politici e principio di giustiziabilità dei diritti e degli interessi*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014. Si veda anche, per un profilo particolare, M. F. De Tullio, *Gli 'Atti politici' all'epoca delle privatizzazioni: il banco di prova della direttiva Data Retention*, in *Forum di Quad. cost.*, 2015.

La Corte mette in chiaro che la valutazione degli atti politici rispetto ai parametri normativi è un controllo giuridico al quale tali atti non si possono sottrarre poiché secondo i «fondamentali principi dello Stato di diritto» anche tali atti devono sottostare ai limiti giuridici a essi imposti dall'ordinamento e alle verifiche di legittimità e validità nelle sedi appropriate. Che ciò possa avvenire non significa che debba disconoscersi l'esistenza di spazi riservati alla scelta politica. Ciò nondimeno, – ecco il punto – «l'ambito di estensione del potere discrezionale, anche quello amplissimo che connota un'azione di governo, [resta] circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio».

La sentenza è stata variamente commentata in dottrina con la constatazione che la Corte avrebbe, nel concreto, dichiarato la fine dell'atto politico come atto insindacabile in sede giurisdizionale[7].

In realtà, la Corte ha solo adottato un criterio rigoroso nell'identificazione del potere politico[8]. Che tale potere si chiami politico, non deve significare che esso non sia anche un potere giuridico, cioè regolato giuridicamente a mezzo di una norma rivolta a stabilire la spettanza di esso, e tale quindi da non poter essere violata in modo alcuno dagli atti compiuti nell'esercizio del potere medesimo. Il che significa che anche l'atto politico ha per forza un minimo di disciplina giuridica, rappresentata da quella norma che conferisce al governo il potere di emanarlo al cospetto di alcuni presupposti, pur lasciandolo libero nell'apprezzamento della loro sussistenza e del vantaggio di far quindi uso del suo potere[9].

È evidente che il controllo di legalità e proporzionalità di un atto politico non costituisce un sindacato di merito politico come è dimostrato se non altro dall'esperienza del sindacato di ragionevolezza sulle leggi.

A quest'ordine di idee va accostata, ancor più, la considerazione che nell'espletamento di tale attività il governo non è comunque del tutto libero: esso è soggetto ai molteplici condizionamenti inerenti alle situazioni in relazione alle quali deve decidere, o derivanti dall'intreccio dei rapporti politici e dalle neces-

---

[7] Si può leggere in questa luce F. Bilancia, *Ancora sull'«atto politico» e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012 e R. Dickmann, *L'atto politico questo sconosciuto*, in *Forum di Quad. cost. 2012*. V., con vari accenti, M.G. Rodomonte, *Equilibrio di genere, atti politici e Stato di diritto nella recente sent. n. 81 del 2012 sulla equilibrata presenza di donne e di uomini nella Giunta della Regione Campania*, in *www.federalismi.it*, 2012; M. Belletti, *«Torniamo allo Statuto»… regionale. La rappresentanza di genere nelle Giunte regionali tra atto politico, atto di alta amministrazione e immediata precettività delle disposizioni statutarie*, in *Forum di Quad. cost.*, 2012;

[8] Esattamente rileva M. Luciani, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. cost.*, 2012, spec. 3838: «[…] la corte non ha fatto altro che delimitare i confini della sindacabilità degli atti del pubblico potere, rilevando come la politicità insindacabile si arresti di fronte alla sindacabile giuridicità del limite». Sul punto, mi permetto di rinviare al mio *«Atto politico» e «Stato di diritto» nella sentenza n. 81 del 2012 della Corte costituzionale*, *Forum di Quad. cost.*, 2012.

[9] In questo senso v., ancora, E. Guicciardi, *L'atto politico*, cit., 524 ss.

sità del rispetto delle procedure costituzionali peculiari della forma di governo italiana.

Che questo, in altre parole, significa che la categoria dell'atto politico è stata salvaguardata, ma circostanziata nei suoi presupposti, è questione tutto sommato difficile da contestarsi.

Il secondo fattore è nell'emanazione del Codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104), con la conseguente permanenza al suo interno della previsione di aree sottratte al sindacato giurisdizionale, in quando espressive di attività politica (art. 7, comma primo).

Il legislatore è rimasto fedele all'idea di fondo dell'esclusione della tutela giurisdizionale nei confronti degli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico[10].

In qualunque modo, se l'atto politico esiste, ammetterne la sindacabilità contrasterebbe con il diritto vigente in Italia (e con una ininterrotta tradizione legislativa che parte dal lontano 1889).

3. *La teoria liberale e fascista dell'atto politico*

L'art. 24, comma 2, l. 31 marzo 1889, n. 5992 (poi nel t.u. approvato con r.d. 2 giugno 1889 n. 6166), che fu trasfuso in seguito nell'art. 31 del t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con r.d. 26 giugno 1924 n. 1054 ed in base al quale «*il ricorso al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale non è ammesso se trattasi di atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico*», fu interpretato nel senso di ritenere atto politico non impugnabile l'atto «mediante il quale il Governo intende all'osservanza della Costituzione dello Stato e alla funzione organica dei pubblici poteri, o provvede ai rapporti internazionali od in genere alla sicurezza interna ed esterna del Paese»[11], ma anche gli atti che «ripetono […] un carattere politico perché l'autorità da cui derivano ha il potere di imprimere loro, sulla guida di principi politici, una destinazione per causa politica»[12].

Questo, del resto, è lo spirito della teoria dell'insindacabilità degli *actes de*

[10] V. Cerulli Irelli, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Dir. pubbl.*, 2011, spec. 62, denuncia severamente come inutile il mantenimento della norma nel codice del processo amministrativo. L'osservazione contraria è diffusa nella manualistica. Si v. a tal proposito E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. Fracchia, XV ed., Milano, 2013, p. 42; R. Juso, *Lineamenti di giustizia amministrativa*, V ed., 2012, 356; A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, IX ed., Milano, 2010, 105; D. Sorace, *Diritto delle pubbliche amministrazioni. Una introduzione*, V ed., 2010, 327 ss.

[11] Cons. Stato, sez. IV, 24 novembre 1891, cit. in P. Barile, voce *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 221.

[12] Cass., Sez. Un., 24 febbraio 1947, n. 256, in *Foro amm.*, 1947, II,16, con la celeberrima nota critica di E. Guicciardi, *Aboliamo l'art. 31?* (scritto ripubblicato nella raccolta di *Studi di giustizia amministrativa*, Padova, 1967, 227 ss.).

gouvernement, sviluppata durante il secondo impero in Francia, in cui l'esperienza italiana affonda le proprie radici.

Un rapido accenno merita la riconsiderazione dell'origine storica degli istituti, strettamente connessi, dell'atto politico e della giustizia amministrativa.

Gli istituti della giustizia amministrativa rappresentano indubbiamente delle tecniche adoperate dal diritto positivo per accordare al cittadino una protezione imparziale, dinanzi ad un giudice, nei confronti dell'autorità. Sono quindi sicura espressione dello «Stato di diritto», miranti ad evitare che i governanti si collochino al di sopra della legge e ad ottenere dunque che anche i governanti siano vincolati alla legge.

Il governo liberale si è però tutelato sottraendo espressamente al sindacato giurisdizionale gli atti obiettivamente politici o dichiarati tali, o limitando l'estensione del sindacato nei confronti di atti, che pur promanando da autorità amministrative, avessero una rilevanza quasi politica[13].

Ciò spiega come l'atto politico sia stato non solo rispettato, ma entro certi limiti incrementato in periodi di regime assoluto o autoritario: il secondo impero in Francia, il regime fascista in Italia.

In questa fase, dunque, furono fatte rientrare nel concetto di atto politico i decreti leggi, le leggi delegate e i decreti di stato d'assedio[14].

Questo momento ebbe il suo apice nel primo dopoguerra, quando, con leggi del 1925 e del 1927, furono approvati 2.368 decreti legge[15].

Non solo, il territorio immune dal sindacato giurisdizionale finiva per essere molto ampio dato il concetto latissimo di atto politico vigente nell'epoca fascista[16]. Le fattispecie correnti che vennero sussunte nel concetto di atto politico aumentarono sempre di più.

---

[13] «La storia dei pieni poteri, degli stati di assedio e dei decreti legge è appunto la storia di questo ricorrente riemergere nella vita costituzionale del paese di una vena giacobina e arbitraria confusa con reminiscenze assolutiste e borboniche; forse imposta dalla eccezionalità delle circostanze e resa inevitabile dalla profonda debolezza delle istituzioni: ma comunque preannuncio del finale disintegrarsi delle garanzie liberali nel tempo della prima guerra mondiale e alla vigilia del fascismo» (G. Maranini, *Storia del potere in Italia 1848–1967*, pref. di A. Panebianco, Milano, 1995 (la prima edizione è del 1967), 153, e spec. nota 11, per una puntuale documentazione di questi dati).

[14] L. Borsi, *Nazione, democrazia, Stato: Zanichelli e Arangio Ruiz*, Milano, 2009, spec. 446 ss.

[15] Su questa vicenda si veda, da ultimo, S. Cassese, *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, Bologna, 2014, 344, ma *passim*. Un costante orientamento giurisprudenziale ha sottratto i decreti leggi all'impugnativa giurisdizionale per la ragione che costituissero provvedimenti politici: cfr., per es., Cons. Stato, sez. IV, 3 marzo 1923, in *Giur. it.*, 1923, III, 114; Cons. Stato, sez. IV, 25 aprile 1924, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, II, 136 ss.; Cons. Stato, sez. IV, 5 marzo 1926, *ivi*, 1926, II, 138 ss.; Cons. Stato, sez. IV, 28 dicembre 1926, *ivi*, 1927, II, 70 ss. Per una analisi approfondita della questione si rimanda a M. Fioravanti, *Le potestà normative del governo: dalla Francia d'ancien régime all'Italia Liberale*, Milano, 2009, spec. 171 ss.

[16] Per una interessante elencazione v. G. Mazzoni, *Il principio corporativo nell'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 1940, spec. 62 ss.

Soprattutto, si trattò delle fattispecie più diverse: espulsioni degli stranieri, scioglimento dei consigli comunali e provinciali, rimozione dei sindaci[17].

Nella prospettiva della scienza giuridica fascista, infine, si arriva alla conclusione che la politica teoricamente intesa è «la dottrina della potenza dello Stato». Una premessa sulla natura del potere politico, questa, che ha spinto a trarne la conseguenza che il diritto, in fondo, è un'emanazione della politica, una filiazione del potere, per cui «La misura della politicità di un atto è la sua necessità. La necessità di difendere lo Stato giustifica politicamente un misfatto» [18].

Questa concezione era presente anche nei *Fondamenti della filosofia del diritto* di Gentile nell'ultima edizione del 1937. Gentile afferma esplicitamente che «la politica non è diritto, ma morale: non è né astratto volere né astratto voluto. È volere in atto»[19]. Dunque per Gentile l'eticizzazione della politica non è neppure un problema. Con un singolare rovesciamento della distinzione machiavelliana e kantiana tra morale e politica, la morale fa immediatamente corpo con l'autorità dello Stato. La valorizzazione della «volontà politica» porterà poi soltanto ad abbattere la rappresentanza politica e le libertà moderne.

4. *La Costituzione repubblicana e il sorgere di nuovi termini del problema*

Questo quadro ha subito notevoli mutamenti sia in ragione dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, che in seguito a nuovi indirizzi giurisprudenziali e dottrinali i quali hanno inciso tanto sugli aspetti sostanziali che su quelli strettamente processuali del controllo giurisdizionale.

Rispetto all'assetto dell'atto politico, i principi desumibili dall'art. 24 Cost. della Costituzione non hanno avuto una rilevanza particolare.

All'art. 24 è ricondotto il principio della generalità della tutela giurisdizionale che, secondo un autorevole ma isolato orientamento dottrinale, rimarrebbe leso dall'art. 7, 1° comma, del codice del processo amministrativo[20].

Più importante della norma appena menzionata, è però il principio racchiuso nell'art. 113 della Costituzione. L'art. 113 pone il principio secondo il quale gli

[17] Come dimostra P. Barile, *op. loc. cit.*

[18] G. Maggiore, *La politica*, Bologna, 1941, 32–33. Dice ancora Maggiore (*op. cit.*, 12): «[…] se osserviamo i politici di grande statura, vediamo che in essi la voce del tornaconto personale tace, ed è repressa, avanti all'imperativo del bene generale; essi agiscono disinteressatamente, per motivo impersonale», e così conclude, «L'opinione pubblica spesso e leggermente accusa questi uomini di egoismo, perché hanno scatenato una guerra, perché hanno schiacciato il popolo per tenersi in sella. Ma il loro non è mai, a ben giudicare, un egoismo, se essi non hanno agito per tornaconto personale, ma solo per amore del loro potere. *Amare il potere per il potere è l'idea è l'ideale dell'atto politico*» (corsivo nostro).

[19] G. Gentile, *La politica*, in *Fondamenti della filosofia del diritto*, III ed. rivista e accresciuta, Firenze, 1937, p. 128.

[20] F.G. Scoca, *Principi funzionali o di efficienza*, in Id. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, V ed., Torino, 2013, 166.

atti della pubblica amministrazione sono sempre giustiziabili avanti ad un giudice, ordinario o amministrativo che sia, e non è ammessa la limitazione di tale giustiziabilità a particolari mezzi di impugnazione. La norma costituzionale (ma anche l'art. 103) sono stati invocati per giustificare il superamento del principio, affermato in passato dall'art. 31, t.u. Cons. Stato e oggi ribadito dall'art. 7, 1° comma, cod. proc. amm., della esclusione della tutela giurisdizionale nei confronti degli atti politici.

Di queste teorizzazioni, è appena necessario avvertire, va operata una lettura equilibrata e completa, attenta non solo alle affermazioni dei principi dello «Stato di diritto», ma anche alla considerazione dei caratteri obiettivi della giustizia amministrativa fino alla Costituzione repubblicana.

Alcune letture considerano l'art. 113 come disposizione palesemente innovativa rispetto all'assetto precedente: essa infatti pone termine al cattivo vezzo invalso sia nel periodo liberale che durante il fascismo di disporre per legge che contro dati atti amministrativi non era ammesso ricorso giurisdizionale[21].

Di conseguenza, la nozione di atto politico non ha in qualche modo preceduto e reso obbligate le scelte del legislatore costituzionale, quasi che il costituente quando ha dettato l'art. 113, abbia voluto riferirsi espressamente all'allora vigente art. 31 del t.u. Cons. Stato[22].

Viceversa – su un piano più sistematico – va detto che la dottrina, senza alcuna perplessità della giurisprudenza, perviene alla compatibilità tra art. 113 e atto politico[23], mentre per quanto riguarda le ragioni addotte a sostegno di tale conclusione, vi è da dire che l'inesistenza del conflitto con l'art. 113 dell'atto politico discende sia dalla carenza d'interesse all'impugnativa dell'atto politico e anche dal fatto che la norma si riferisce agli atti della Pubblica Amministrazione, cioè a manifestazioni dell'attività amministrativa, mentre l'atto politico è atto di Governo, cioè manifestazione dell'attività di governo[24]. Esempi di questi ultimi

[21] Tra i primi da citare è A. Amorth, *La costituzione italiana. Commento sistematico*, Milano, 1948, p. 112; *adde*, G. Balladore Pallieri, *Diritto costituzionale*, VII ed., Milano, 1963, 393. Tra le opere più recenti v. A. Corpaci, *Note su la dottrina amministrativistica italiana e la giustizia amministrativa tra fascismo e repubblica*, in *Quaderni fiorenti per la storia del pensiero giuridico moderno*, fasc. 28, 1999, *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, Tomo II, 1999, 994. Tra i non pochi casi in cui norme particolari escludevano il ricorso al Consiglio di Stato contro singoli atti amministrativi v., per es., l'art. 1 d.lg. 26 gennaio 1928, n. 199, il quale escludeva il ricorso per eccesso di potere contro i provvedimenti di dispensa degli insegnati nell'interesse del servizio.

[22] Come invece sostiene P. Barile, voce *Atto di governo (e atto politico)*, cit., 226.

[23] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 1951 (Lago), in *Foro amm.*, 1951, I, 2, 203, con nota adesiva di C. Vitta, *Impugnabilità degli atti politici*; in dottrina, per tutti, cfr. M. Nigro, *L'art. 113 della Costituzione e alcuni problemi della giustizia amministrativa* (nota a Cons. Stato, sez. IV, 27 luglio 1948, n. 351), in *Foro amm.*, 1949, I, 1, spec. 76.

[24] L'accentuazione di tali processi non sfuggono a A.M. Sandulli, *Diritto amministrativo*, XV ed., vol. 2, Napoli, 1989, 1366, e L. Mazzarolli, *Giustizia amministrativa*, in Aa.Vv., *Diritto Amministrativo*, II ed., vol. II, Bologna, 1998, 1781, che ravvisano nella permanenza post–costituzionale dell'art. 31

sono gli atti di natura costituzionale (ad es., mozione di sfiducia, convocazione delle camere), i provvedimenti che riguardano i rapporti dello Stato con gli altri Stati e gli atti di autotutela internazionale (nomina dei rappresentati diplomatici, stipulazione dei trattati, dichiarazione di guerra) e quelli necessari altrimenti alla conservazione dell'ordine pubblico e della vita dello Stato (es. il decreto con cui si dichiara lo stato di pericolo pubblico)[25]. Questa interpretazione ha consentito di ritenere l'esclusione della impugnazione dell'atto politico non come una deroga al principio stabilito dall'art. 113, ma una riaffermazione dell'incompatibilità tra atto politico e controllo giurisdizionale.

È impossibile pensare, ad es., a un'azione davanti l'autorità giurisdizionale per ottenere una dichiarazione di illegittimità dell'operato del Governo per la nomina di un sottosegretario, l'autorizzazione alla presentazione in Parlamento di un disegno di legge o l'invio di una missione militare.

Il Consiglio di Stato, nella sua giurisprudenza, ha invece esplorato a fondo la forza espansiva dei principi e delle norme costituzionali in tema di giurisdizione amministrativa in materia di atti politici, anzi questa esplorazione è stata vissuta con qualche eccedenza dallo stesso giudice.

Essa ha prodotto come suo risultato maggiore la «degradazione» di quelli che erano originariamente qualificati atti politici in atti di «alta amministrazione»[26].

Basti considerare, per avere il senso di questa trasformazione, quali atti venissero all'origine considerati politici, e quanto sia diversa la situazione attuale.

Nel periodo del Secondo Impero, per esempio, il *Conseil d'Etat* riconosce come non impugnabili, in quanto *actes du gouvernement*: il sequestro di libri e periodici; le misure di prevenzione pubblica; le misure di polizia sanitaria; gli atti applicativi di trattati o convenzioni internazionali[27].

La giurisprudenza italiana contemporanea nega la qualifica di politici ad atti di ben più intensa carica soggettiva: dalla nomina di alti funzionari (addirittura la nomina dell'Avvocato generale dello Stato); alla revoca dei titolari di cariche

---

t.u. C.d.S. un rilievo meramente cognitivo di un dato che comunque varrebbe anche senza quella disposizione, cioè la sottrazione del sindacato di autorità esterne degli atti riconducibili a funzioni superiori di governo.

[25] Sono tuttora chiarificatrici le indicazioni di G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Vol. I, *Principi generali*, VIII ed., Milano, 1958, 16; e di P. Virga, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972, 12–13, il quale ravvisa esempi di atti politici negli atti di guerra, e cioè gli atti che trovano la loro ragione immediata in esigenza connesse con lo stato di guerra (con il richiamo al famoso esempio dell'ordine di svasamento di una diga per ritardare l'avanzata delle truppe nemiche con l'inondazione della pianura); negli atti compiuti dallo Stato nei confronti di altri Stati a salvaguardia della sua integrità territoriale (es. atti di rappresaglia).

[26] Emblematica la trattazione di G. Cugurra, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, 1973, *passim*.

[27] Su questo tema, anche per indicazioni di carattere storico, P. Duez, *Le actes de gouvernement*, Paris, 1935, 30 ss.

politiche (presidente del consiglio comunale; assessore), allo scioglimento dei consigli comunali; a dei d.P.CM. dichiarativi dell'emergenza nell'area degli scavi di Pompei; e così via[28].

5. *Giurisdizione e regime democratico. Contrapposizioni vere e false. Lo Stato costituzionale e la crisi della separazione fra giurisdizione e politica*

Ci si deve chiedere, tuttavia, se esistano oggi le prospettive per un ritorno, sia pure parziale, delle fortune dell'atto politico.

La risposta passa però da un cenno sul rapporto tra regime democratico e giurisdizione nell'attuale contesto della costituzione materiale italiana.

Da un lato, quello giurisdizionale è uno spazio sempre più forte.

Per un verso, partendo da una considerazione d'ordine teorico è ormai acquisita la consapevolezza dell'ineliminabile potere creativo dell'atto giurisdizionale, della scomparsa del giudice bocca della legge, cioè organo di mera applicazione di leggi, subordinato a Parlamento e Governo, l'irruzione dello Stato costituzionale caratterizzato proprio dalla pari dignità costituzionale di legislazione e giurisdizione, tutti fattori che impediscono qualunque ritorno indietro a un'immagine di un potere sterile e a una pratica burocratica della giurisdizione.

Per l'altro, addentrandoci nella realtà italiana, bisogna segnalare che il periodo che inizia con l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato continua fino ai giorni nostri senza sostanziali soluzioni di continuità, in una successione che, di là dai cambiamenti di regime, rappresenta una storia di affermazioni per tale istituzione giuridica[29].

È noto che il Consiglio di Stato ha saputo conquistare per sé e per i tribunali amministrativi quella posizione di terzietà che non solo la Costituzione, ma anche la Convenzione europea dei diritti dell'uomo impongono oggi al giudice, allargando, appunto, il controllo sugli atti politici, svolgendo una funzione importante nella soluzione del grande contenzioso economico e resistendo con successo alle pressioni della politica e dell'economia, anche in casi sensibili, come quelli elettorali. I consiglieri di Stato, peraltro, hanno svolto un ruolo rilevante nell'assicurare la continuità dello Stato, pur nella discontinuità dei governi. Non si può ignorare che il giudice amministrativo ha dato un contributo fondamentale nell'adeguare l'ordinamento italiano a quello europeo. È un dato acquisito, infine, che è riuscito

[28] Romano Tassone ha da ultimo riflettuto, con il necessario spirito critico, sull'evoluzione intervenuta: Cfr. A. Romano Tassone, *«Atto politico e interesse pubblico»*, a cura di A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito, *L'interesse pubblico tra politico e amministrazione*, vol. I, Napoli, 2010, 311 ss.

[29] Particolarmente illuminante, da ultimo, l'analisi di F. Merusi, *Consiglio di Stato (all. D) e abolizione del contenzioso (all. E)*, in *Storia amm. cost.*, Annuale, *L'unificazione amministrativa (legge 20 marzo 1865, N. 2248) e l'evoluzione post–unitaria*, 2015, 225 ss.

ad assicurare lo sviluppo della giustizia amministrativa, a fronte della crisi, soprattutto nei tempi, della giustizia comune[30].

Ai nostri giorni, osserva Sabino Cassese, «anche la giustizia comune diventa comunque autorità onnipresente, alla quale nulla sfugge, dalla tutela della concorrenza a quella dell'ambiente, dall'ordine pubblico alla moralità pubblica». Strumento di questa «esondazione» è stato il diritto penale, divenuto, anche sull'onda della protesta diffusa nell'opinione pubblica, strumento generale di regolazione e mezzo per esercitare un'influenza sulla politica e sui politici. La pervasività dell'attività dei magistrati è aumentata con il funzionamento, nel 1956, della Corte costituzionale e, negli anni successivi, di quelle sovranazionali, della Corte di giustizia dell'Unione europea e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Il fenomeno più importante di questo periodo è la corsa dei magistrati verso la politica. Basti ricordare che i membri della Camera dei deputati provenienti dalla magistratura, che erano stati in periodo fascista circa l'uno e il due percento dei parlamentari, ed erano, nel secondo dopoguerra, scesi a meno dell'uno per cento, nel periodo 1994–2006, quello seguito alle iniziative della magistratura milanese denominata mani pulite, sono triplicati[31].

La magistratura ordinaria e amministrativa ha acquistato quindi un posto molto importante nel sistema politico–istituzionale, è sempre più elitaria, a differenza di quella francese e a somiglianza di quella nordamericana[32].

A questa evoluzione, si oppone un dato di diritto costituzionale positivo troppo frequentemente trascurato.

Qualunque forma di governo democratico incorpora degli elementi elitari: la stessa rappresentanza lo «è storicamente e continua ad esserlo»; la giurisdizione lo è per «natura». Ora, sebbene questo sia inevitabile e opportuno, gli ordinamenti democratici, come importanti ricerche hanno di recente chiarito, non possono collocare questi elementi al centro della propria struttura istituzionale[33].

Quanto alla direttiva di depuramento di forme aristocratiche di potere vi è nella Costituzione al riguardo il principio esplicitato nel primo comma dell'art. 101, dove si stabilisce che la giustizia deve «*essere amministrata in nome del popolo*». Il riferimento al popolo è chiarificatore: popolo è il complesso di persone che compongono lo Stato, ossia dei suoi cittadini[34]. È per questo che alla giurisdizione

---

[30] Sulla posizione centrale del Consiglio di Stato nell'esperienza istituzionale repubblicana v. la formidabile sintesi di S. Cassese, *Governare gli italiani*, cit., 202 ss.

[31] Ulteriori dati in S. Cassese, *op. ult. cit.*,188–189.

[32] *Ibidem*, *op. loc. cit.*

[33] Così M. Luciani, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione*, cit., p. 3831 e *passim* (le parole virgolettate riportate nel precedente periodo sono del medesimo A.). Inoltre, Id., *Giurisdizione e legittimazione nello stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto costituzionale di diritto: tra giurisdizione e democrazie)*, in *Studi in onore di L. Elia*, Tomo I, Torino, 1999, 873 ss.

[34] Le risposte che potrebbero darsi sulla posizione giuridica del popolo sono diverse, qui piace riportare la suggestiva definizione di Zanobini, che si pone in antitesi con quella esposta da

– osserva Massimo Luciani – «è vietato far prevalere le «correnti profonde» che l'interprete ritenga di percepire dal corpo sociale sulla volontà popolare, perché essa trova manifestazione anche e soprattutto nelle forme rappresentative (nella legge parlamentare)»[35].

Riguardo a tale profilo, si è detto che: «Il magistrato deve privilegiare la certezza del diritto e della sua interpretazione rispetto alla propria creatività professionale; deve rispettare l'autonomia della politica e dell'amministrazione […]; deve far prevalere il senso del limite della giurisdizione rispetto alle luci abbaglianti del moralismo giuridico»[36].

In questo contesto, dunque, una correzione di rotta, capace di bilanciare il rapporto tra politica e giurisdizione, potrebbe essere nell'interpretazione dell'atto politico più come momento di autolimitazione giudiziale, che come momento di espressione della funzione di governo.

Il ricorso alla formula e alla nozione di atto politico avverrebbe infatti sulla base di un criterio di prudenza, che il giudice dovrebbe adottare quando teme che il controllo giurisdizionale, dall'esito inevitabilmente negativo, sull'atto sottoposto al suo esame possa nuocere gravemente alle istituzioni repubblicane nel loro complesso.

Questo rinnovamento del clima giudiziale non mi sembra attuabile con una torsione immediata, ma potrebbe essere soltanto di medio–lungo termine.

In altri termini, la riscoperta dell'atto politico è direttamente riconnessa a un cambio di rotta che restituisca dignità costituzionale alla politica.

Il sistema politico post–costituente è stato per anni immune dal controllo della magistratura, restava infatti sottratta qualunque ingerenza del giudice da tutto ciò che avveniva nel processo di conduzione e formazione delle scelte politiche: i comportamenti immorali della politica, la conduzione della vita interna dei partiti. Non c'è dubbio che la maggioranza della popolazione italiana ha inizialmente sentito nelle forze politiche una sicura aderenza allo spirito Repubblicano e nutrito un sentimento di fiducia come soggetti protagonisti del processo di attuazione delle grandi norme di principio della Costituzione. Già Pietro Virga, nella sua fondamentale monografia sui partiti politici notava che «per quanto attiene al rapporto istituzionale, l'associazione partito si presenta su un piede di parità verso lo stato. Relativamente a quest'ultimo rapporto il partito si presenta come una istituzione fornita di potestà di impero di fronte agli altri partiti ed

Luciani nello scritto citato nella nota precedente: «[…] il popolo, come elemento giuridico, non si esaurisce nei cittadini viventi in un dato momento: ma comprende anche le passate generazioni, il cui pensiero e la cui opera s'intrecciano e si confondono col pensiero e con l'opera delle generazioni presenti; da un certo punto di vista, comprende anche le generazioni future, perché lo Stato deve, nel perseguire i propri fini, preoccuparsi anche di queste ultime, come parti vive del suo popolo e di se stesso» (G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, *Principi generali*, cit., 4).

[35] M. Luciani, *op. loc. cit.*

[36] L. Violante, *Magistrati*, Torino, 2009, 189.

allo Stato»[37]. La magistratura per decenni, sulla scia di questa teorica, ha dichiarato la propria carenza di giurisdizione nelle controversie interne ai partiti. Ora il panorama giurisprudenziale appare profondamente cambiato. Solo per fare un esempio clamoroso nel febbraio di quest'anno il Tribunale di Roma ha annullato l'espulsione del Senatore Lusi, ex tesoriere della Margherita, imputato di fatti gravissimi, per un errore procedurale da parte dei garanti che avevano decretato la sanzione disciplinare[38].

Lasciando da parte i tratti più «italiani» di quest'ultima fase della nostra vita politica, la singolare personalità di Silvio Berlusconi e i processi «mediatici» scaturiti dagli eccessi di talune procure sulle indagini della disinvolta vita personale dell'uomo politico[39], il problema della immoralità della politica è riemerso in coincidenza con lo scandalo dell'uso improprio e certamente sfacciato dei fondi di Consigli regionali distribuiti ai propri gruppi interni praticamente senza alcun controllo sul loro impiego[40].

Spia di questo fenomeno, a sua volta, è il decadimento di una classe politica incapace di formare "uomini di Stato". Vale a tal proposito quanto a suo tempo disse un grande statista del secolo scorso, Alcide De Gasperi, sulla differenza che passa tra l'uomo di Stato e il politico: il primo guarda alle generazioni future, mentre l'occhio del secondo non va oltre le prossime elezioni[41].

La crisi economica e la tempesta finanziaria ci indicano una ragione in più della sfiducia[42] sviluppata dai cittadini verso una politica opaca e delegittimata dai rami più bassi salendo fino a quelli più alti.

---

[37] P. Virga, *Il partito nell'ordinamento giuridico*, Milano, 1948, 203.

[38] La sentenza è stata stigmatizzata dalla stampa italiana: v., ad es., il commento di P. Franchi, *Quell'intromissione dei giudici nella vita di partito*, «Corriere della sera», 20 febbraio 2015.

[39] Sul ventennio politico di Silvio Berlusconi, vicenda dilatata spesso in forme ambigue e palingenetiche, le belle narrazioni di M. Salvati, *Tre pezzi facili sull'Italia. Democrazia, crisi economica, Berlusconi*, Bologna, 2011; e P. Ignazi, *Vent'anni dopo. La parabola del berlusconismo*, Bologna, 2014.

[40] Come è noto, hanno suscitato molto clamore le inchieste sulle spese arbitrarie e generalizzate da parte dei consiglieri regionali di diverse regioni, a partire dal "caso Fiorito" in Lazio. Un quadro ancora più preoccupante dell'emergenza corruzione ha di recente riguardato il comune di Roma, nella vicenda denominata "Mafia Capitale" (per una impietosa analisi di questa vicenda v. C. Visconti, *A Roma c'è mafia. E si vede…A proposito di Cass., sez. VI pen., 10 marzo 2015 [dep. 9 giugno 2015], n. 24535, Pres. Agrò, Rel. De Amicis; Cass., sez. VI pen., 10 marzo 2015 [dep. 9 giugno 2015], n. 24536, Pres. Agrò, Rel. Mogini*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it* (13.6.2015). È bene tuttavia non dimenticare che la corruzione è uno dei mali antichi del nostro Paese, che dagli esordi di fine Ottocento approda alla crisi devastante che oggi ci travaglia (sul punto le riflessioni, anche riferite alla complessiva riflessione storica sulle nostre Istituzioni politiche, di A. Galante Garrone, *L'Italia corrotta 1895–1996. Cento anni di malcostume politico*, Roma, 1996. L'A. nell'*exergo* ricorda l'ammonimento di Yves Mény «Distruttrice dello Stato, anche nella sua versione dittatoriale o autoritaria, la corruzione è mortale per i regimi democratici che non sappiano reagire in tempo»).

[41] L'affermazione di Alcide De Gasperi è di recente ripresa da Alessandro Pace (A. Pace, *Il diritto all'istruzione nel tempo di crisi*, in *Dir. e soc.*, 2013, 33, nt. 6).

[42] Cosa che ha condotto a parlare della crisi di fiducia (*défiance*) come «il grande problema

Nelle analisi che mettono in evidenza il peso crescente della giurisdizione è sempre implicita, direttamente o indirettamente, anche una considerazione di una assenza, se non di un declino della classe politica[43]. Lo ha sottolineato bene proprio Massimo Luciani: «Ad una politica come questa è logico e naturale che si chieda di funzionare bene, almeno, appunto come *amministrazione*, e cioè rispettando le regole del diritto e sotto il controllo di un giudice. I santuari della politica crollano, insomma, perché la politica non ha più nulla di santo da far venerare»[44].

Torna così il timore del governo dei giudici, di un uso della via giurisdizionale che neutralizza la politica e la fa dominare da una pura tecnicizzazione di decisioni essenziali, in una «giurisprudenzializzazione del diritto costituzionale», con una progressiva estromissione degli organi politici a favore dell'attivismo degli organi di garanzia[45].

Dal punto di vista del diritto costituzionale sembra doversi tenere fermo il principio che nessuna attuazione costituzionale può essere solo giurisdizionale, e d'altra parte il ruolo della magistratura, nella interpretazione e nella attuazione della Costituzione non può non trovare un limite nel principio democratico, e dunque nel ruolo essenziale che in una democrazia consolidata svolgono, nella loro sfera, i poteri rappresentativi e d'indirizzo.

Ma è proprio qui il nodo. L'estensione del ruolo della giurisdizione non deve dunque essere considerata come il frutto della volontà di un potere di esorbitare a danno di un altro, ma come il risultato di una tendenza obiettiva, che ha progressivamente condotto ad un esaurimento della capacità del circuito politico–rappresentativo di elaborare idee nuove e progetti politici aventi funzione di legittimazione della democrazia.

In questo clima la strada da battere per un ritorno all'atto politico sembra tortuosa e impervia, ma non impossibile da percorrere.

Anzi, in linea generale, vi sono forse alcune considerazioni per questa rivalutazione.

Oggi con la nuova legge elettorale (l. n. 52/2015) e con la riforma costituzionale in itinere è messa in primo piano la necessità di rinsaldare la unitaria fisionomia della c.d. «funzione di governo».

Augusto Barbera, ad esempio, ha messo in evidenza come il principio del

---

politico del nostro tempo» (P. Rosanvallon, *La contre–démocratie. La politique à l'age de la défiance*, Paris, 2006, trad. it. *Controdemocrazia. La politica nell'era di sfiducia*, Roma, 2012, 9), con la riproposizione di uno spazio politico attraversato trasversalmente da un *cleavage* orizzontale che separa idealmente rappresentati e rappresentati.

[43] Una lettura critica assai acuminata della «classe politica» in G. Guarino, *Quale Costituzione? Saggio sulla classe politica*, Milano, 1980, spec. il capitolo «la politica come professione».

[44] M. Luciani, *Giurisdizione e legittimazione nello stato costituzionale di diritto*, cit., 877.

[45] Cfr. le analitiche considerazioni di G. Azzariti, *Verso un governo dei giudici? Il ruolo dei giudici comunitari nella costruzione dell'Europa politica*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli, 2012, vol. I, pp. 367–396 (cui appartengono le parole tra virgolette).

rafforzamento del Primo Ministro è, da tempo, la caratteristica di tutti i sistemi parlamentari funzionanti (Regno Unito, Cancellierato tedesco, Premierato spagnolo)[46].

L'indirizzo politico promanante dal «popolo sovrano», che lo si voglia o no, oggi si versa nelle istituzioni attraverso tecniche di immedesimazione: i capi degli esecutivi direttamente scelti dal corpo elettorale tendono ad apparire come gli interpreti privilegiati dell'indirizzo politico, e si rivelano quindi, nel complesso, più forti e più intensamente legittimati rispetto ad un tempo, il che sembra dover portare ad una rivalutazione del risvolto soggettivo delle decisioni da essi emanate: ciò vale, ovviamente, anche per il Presidente del Consiglio dei ministri, ancorché non direttamente gratificato dell'investitura popolare.

Così ove i partiti politici e i loro programmi d'azione non arrivino a trascinare il sentimento popolare verso obiettivi particolari emozionalmente coinvolgenti, il sistema politico è destinato a deperire e a consumarsi per un *deficit* strutturale di legittimazione.

Al contrario, ove i *leader* riescano a produrre idee coinvolgenti, la stabilità del sistema corre indubbiamente rischi molto minori.

Tutto questo è verificabile in modo particolarmente chiaro nella cultura costituzionale degli Stati Uniti d'America, dove ciclicamente i grandi *leader* politici riescono a riunire il popolo intorno a scopi pieni di *pathos*: si pensi al *New Deal* di Roosvelt, alla *Nuova Frontiera* di Kennedy, alla *Terza via* di Clinton e al *Yes we can* di Obama.

Questo rinnovato clima costituzionale non sembra però sufficiente ad aprire la strada ad un ritorno dell'atto politico.

La più intensa legittimazione soggettiva delle decisioni dell'esecutivo deve essere accompagnata con il rafforzamento delle tecniche definite di «mediazione», in cui agenti e tramiti sono rappresentati dai partiti, collettori delle istanze della comunità, e portatori di queste ultime all'interno dell'apparato pubblico.

In questo modo, sul terreno della politica costituzionale, è necessario percorrere nuove interpretazioni del «metodo democratico» per consentire un'effettiva e libera partecipazione popolare alla determinazione della politica nazionale, così ben declinati dalla coppia degli artt. 1 e 49 della Costituzione[47].

---

[46] A. Barbera, *Traccia per l'Audizione sulla legge elettorale. Camera dei deputati 13 aprile 2015*, *Forum di Quad. cost.*, 2015. Nello stesso senso è orientato T.E. Frosini, *Rappresentanza+Governabilità=Italicum*, Traccia dell'audizione presso la Commissione affari costituzionali della Camera dei deputati, 15 aprile 2015*,* in *Confronti costituzionali*, 12 maggio 2015.

[47] Per questa osservazione, fra gli altri, E. Bettinelli, *L'irriducibile ambiguità dei gruppi parlamentari (in un sistema politico precario)*, in *Il politico*, 2013, 38. L'attualità del tema è testimoniata dalla recente presentazione di due disegni di legge al fine di dare attuazione all'art. 49 Cost. in materia di democrazia interna: Proposta Guerini Lorenzo Orfini Stumpo De Maria Migliore: "Modifiche al decreto–legge 28 dicembre 2013, n. 149, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 13, e al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo

Nessuna riforma costituzionale può salvare una democrazia priva dei competitori politici, cioè dei partiti politici e dei loro programmi d'azione.

Solo il rinverdirsi dello stato di *essicazione* dei partiti politici[48], può concorrere a combattere l'assoluta carenze di idee–guida e di progetti forti che sono dovuti allo stallo del sistema politico italiano; e che solo un ordinamento democratico, con un ruolo forte dei partiti, e delle assemblee rappresentative, è idoneo ad una funzione legislativa capace di svilupparsi in attuazione della Costituzione.

Non a caso, l'atto politico per eccellenza, nel sorgere del costituzionalismo moderno, era ed è tutt'ora ritenuto, del resto, proprio la legge.

IS THE "ATTO POLITICO" AT ITS END?

by Felice Blando

The institution of "atto politico" is well known – with different meanings – in several contemporary juridical system. The best notion of "atto politico" is as follows:"an act justified by the necessity of preserving the very existence of the State".

The Italian legislator, also after the passing of the Constitution, has remained loyal to the idea of excluding the area of "atti politici" adopted by the Government from the judicial scrutiny. The "Consiglio di Stato", instead, has widened its check over the so called "atti politici".

This essay aims at proving that the crisis of the "atto politico" notion is due both to the present weakness and crisis of the politics itself and to a new inevitable tendency of the Italian juridical system.

Its objective is to show that only a new approach which returns the politics the constitutional importance it deserves can give back the "atto politico" its traditional dignity.

1957, n. 361, per l'attuazione dell'articolo 49 della Costituzione in materia di democrazia interna dei partiti. Delega al Governo per l'adozione di un testo unico delle norme riguardanti la disciplina dei partiti" (Atto Camera n. 3147).

Proposta Sposetti: "Disciplina dei partiti politici in attuazione dell'articolo 49 della Costituzione. Delega al Governo per l'adozione di un decreto legislativo di riordino delle disposizioni riguardanti i partiti politici" (Atto Senato n. 1852).

[48] Per usare l'efficace immagine di G. Amato, L*e istituzioni della democrazia. Un viaggio lungo cinquant'anni*, Bologna, 2015, 8.

Variazioni della pressione fiscale da parte dello Stato e conservazione del gettito tributario destinato agli enti territoriali

Le tutele per l'autonomia avverso aumenti del prelievo riservati al centro o riduzioni delle imposte non compensate

di Flavio Guella

Sommario: 1. La scissione tra sovranità impositiva e autonomia di impiego come problema di garanzia dei livelli delle risorse territoriali in un sistema tributario accentrato. – 2. La declinabilità della corrispondenza tra risorse e funzioni in un principio di invarianza (o compensazione) negli ordinamenti che conservano allo Stato una piena sovranità tributaria. – 2.1. Il contesto extra–nazionale: l'invarianza delle risorse autonome a fronte della sovranità tributaria centrale nell'ordinamento francese e negli standard del Consiglio d'Europa. – 2.2. Il contesto nazionale italiano: il principio di connessione ex art. 119, co. 4, e la sua declinabilità in termini tributari. – 3. Variazioni in aumento della pressione fiscale e tutela dell'autonomia: la disciplina delle riserve all'erario nelle Regioni speciali. – 3.1. Nozione e origini delle riserve all'erario: la sospensione delle compartecipazioni in quota fissa sul surplus di prelievo destinato al risanamento dei conti pubblici. – 3.2. Le riserve all'erario negli accordi tra Stato e Province autonome: la negoziazione dell'impiego della sovranità tributaria, tra futuro minor uso delle riserve e contributo alternativo al risanamento. – 4. Variazioni in diminuzione della pressione fiscale e tutela dell'autonomia: la compensabilità del minor gettito destinato agli enti territoriali tra previsioni legislative e rimedi giurisdizionali. – 4.1. Le clausole espresse di invarianza: la tutela dei livelli di risorse storicamente assegnati e la garanzia da parte del legislatore statale mediante compensazione delle minori entrate territoriali. – 4.2. La giurisprudenza costituzionale che risolve la questione sulla base della globalità delle assegnazioni: l'aspettativa all'invarianza e gli spazi ristretti per la sua tutela in giudizio. – 5. Il consolidarsi degli orientamenti giurisprudenziali restrittivi anche dopo la riforma del titolo V e il nuovo c.d. federalismo fiscale: l'ineffettività dei rimedi fondati su una probatio diabolica.

1. *La scissione tra sovranità impositiva e autonomia di impiego come problema di garanzia dei livelli delle risorse territoriali in un sistema tributario accentrato*

Un profilo di tutela della finanza territoriale particolarmente problematico, per il suo porsi all'intersezione tra lo spazio della sovranità tributaria centrale e le sfere dell'autonomia di spesa, attiene all'invarianza delle risorse regionali e locali a fronte delle riforme del sistema delle imposte. In un sistema regionale come quello italiano, non caratterizzato da un vero federalismo fiscale fondato sulla piena potestà territoriale sui tributi, si pone infatti il problema di coordinare il potere dello Stato di incidere unilateralmente sulla pressione fiscale con l'esigenza di assicurare agli enti autonomi una quota di risorse adeguata; quota che, se

individuata sulla base del gettito tributario, risulta invece indirettamente riducibile in forza di scelte non esplicitamente riallocative, ma di più generale politica fiscale (come risultato di un alleggerimento del carico fiscale su dati contribuenti o basi imponibili, per ragioni non connesse ai territori).

In altri termini, negli ordinamenti che non affidano agli enti sub–statali una piena competenza su un proprio sistema di imposte[1] si presenta il problema di coniugare le esigenze di spesa locali con una sovranità tributaria che rimane piena, e orientata a decisioni di aumento o riduzione del prelievo spesso determinate da esigenze estranee alle competenze regionali (comprimendo le aliquote per favorire una generale riduzione della pressione fiscale, o introducendo deduzioni, detrazioni e esenzioni a beneficio di date categorie di contribuenti o voci imponibili). Si pongono cioè delle specifiche esigenze di tutela dell'autonomia avverso aumenti del prelievo riservati al centro[2] o, alternativamente, avverso riduzioni del prelievo non compensate[3].

Queste esigenze di tutela nascono quindi dall'assetto proprio degli ordinamenti in cui allo Stato è affidata la leva dell'entrata, mentre alle autonomie territoriali rimane la responsabilità di spesa. Assetto che di solito è criticato perché deresponsabilizzante per il livello regionale di governo (il quale viene ad impegnare le risorse senza il limite fattuale costituito dalla necessità di ricercare anche il consenso dei contribuenti)[4], ma che in realtà – nella prospettiva qui assunta – può essere deresponsabilizzante anche per lo Stato (che viene a ridurre il prelievo, per macro–esigenze di politica fiscale nazionale, senza doversi adeguatamente preoccupare dell'onere di gestione delle funzioni, che rimangono a carico degli enti territoriali).

In questo senso l'esigenza di tutelare l'autonomia sul piano normativo si è talora sviluppata non in direzione di una compressione della sovranità tributaria centrale, che negli ordinamenti composti meno autonomisti rimane impregiudicata, ma mediante una serie di ipotesi in cui è stato riconosciuto a beneficio delle

[1] Come avviene nell'ordinamento italiano, dove – oltre all'accettazione di una particolare ampiezza, di fatto, dell'occupazione della basi imponibili da parte di tributi statali – non risulta neppure contestato in diritto che la disciplina dei tributi compartecipati appartenga comunque alla competenza esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. e), Cost.; competenza la quale consente al legislatore statale di variare la disciplina di tali tributi, incidendo sulle aliquote e persino sopprimendoli, determinando però così in modo mediato una minore capacità di spesa regionale (cfr. tra le pronunce più recenti Corte cost. 97/2013).

[2] Cfr. *infra* i par. *sub* 3.

[3] Cfr. *infra* i par. *sub* 4.

[4] Per le premesse economiche di tale criticità, individuabili nel c.d. principio di equivalenza (consistente nella richiesta di corrispondenza tra "giurisdizione" politica e "giurisdizione" economica, con possibilità di finanziare le funzioni proprie mediante entrate di cui l'ente abbia la piena responsabilità), cfr. M. Olson, *Strategic Theory and Its Applications. The Principle of "Fiscal Equivalence": The Division of Responsibilities among Different Levels of Government*, in *American Economic Review*, vol. 59, issue 2, 1969, pp. 479 ss.

Regioni e degli enti locali un principio di c.d. invarianza delle risorse (mantenute costanti nonostante le variazioni apportate – dallo Stato, in modo unilaterale – alla disciplina del prelievo fiscale dei tributi compartecipati).

2. *La declinabilità della corrispondenza tra risorse e funzioni in un principio di invarianza (o compensazione) negli ordinamenti che conservano allo Stato una piena sovranità tributaria*

Il problema della tutela dell'invarianza delle risorse territoriali si pone quindi in sistemi statuali composti in cui una piena sovranità tributaria convive con l'autonomia di spesa riconosciuta a livello territoriale. In tali ordinamenti si pone infatti l'esigenza di garantire mediante adeguati istituti normativi tanto l'unitarietà della potestà centrale sul sistema tributario, quanto l'adeguatezza quantitativa degli spazi finanziari per le autonomie; adeguatezza preservata appunto mediante una tendenziale invarianza delle risorse, anche in caso di riforma del sistema tributario.

In questi contesti, cioè, lo Stato è sovrano sulla leva fiscale, ma non sulle conseguenze dell'impiego della stessa. La capacità di incidere sul prelievo deve infatti rimanere completa, in modo che il livello centrale di governo possa decidere come impiegare selettivamente il prelievo per le proprie politiche economico/sociali (con piena discrezionalità politica su determinazione delle aliquote, deduzioni, detrazioni e esenzioni, impiegate per indirizzare i comportamenti dei consociati/contribuenti). D'altra parte, tuttavia, tale impiego della leva fiscale – che rimane libero a livello statale – deve essere neutralizzato nei suoi esiti concreti, per quanto si viene a riflettere sulle autonomie; ciò al fine di assicurare che la capacità di spesa regionale e locale non sia compromessa da scelte impositive finalizzate ad altri scopi macroeconomici o sociali, ma indirettamente costitutive del gettito destinato ai territori.

In questo senso, il profilo fondamentale che identifica la forma di Stato regionale – per il profilo finanziario – rimane quello della etero–determinazione delle risorse, che connota il sistema italiano come un "federalismo fiscale" non autentico, in cui la maggior parte delle decisioni sulla quantità e qualità delle entrate è affidata al livello centrale di governo. Nondimeno, tali scelte quantitative e qualitative devono appunto tenere conto anche delle esigenze dell'autonomia e, quindi, di una generale garanzia di invarianza che assicuri l'effettività del regionalismo fiscale perlomeno sotto il profilo della capacità di spesa: nonostante la leva tributaria sia governata dallo Stato per assicurare l'eguaglianza dei cittadini ed indirizzare l'economia, gli esiti delle riduzioni e degli aumenti complessivi della pressione fiscale non devono quindi riflettersi sulle autonomie in modo irragionevolmente sconnesso dalle responsabilità di spesa ad esse affidate dalla Costituzione, secondo un principio di c.d. connessione tra risorse e funzioni[5].

[5] Per principio di connessione si intende una previsione costituzionale che garantisca a

2.1. *Il contesto extra–nazionale: l'invarianza delle risorse autonome a fronte della sovranità tributaria centrale nell'ordinamento francese e negli standard del Consiglio d'Europa*

La formulazione di principi di connessione tra risorse e funzioni, variamente declinati, è peraltro diffusa nella maggior parte degli ordinamenti composti, assumendo struttura e portata diversa nelle varie forme di Stato[6]. In particolare, proprio negli ordinamenti dove la sovranità tributaria centrale è conservata nella sua estensione maggiore tale connessione si pone come principio di invarianza, ovvero di compensazione delle riduzioni di gettito determinate da scelte (solitamene unilaterali) statali con nuove risorse assegnate all'ente sub–statale, quale forma minima di tutela quantitativa dell'autonomia finanziaria che – in tali sistemi – è altrimenti fortemente etero–determinata per quanto concerne il profilo delle entrate.

L'autonomia di spesa delle risorse assegnate, anche negli ordinamenti dove maggiore è la sovranità tributaria statale, porta tuttavia con sé un'indiretta limitazione delle scelte di determinazione della pressione fiscale. Ad esempio, anche negli ordinamenti caratterizzati dal maggior livello di centralismo, come tipicamente in Francia, dall'autonomia di spesa vengono tratte anche specifiche garanzie di invarianza delle entrate complessive, sebbene nelle loro singole componenti tributarie esse siano interamente lasciate – per quanto riguarda la disciplina – alla decisione centrale. Nell'ordinamento francese, nel contesto della *décentralisation*[7], anche l'autonomia finanziaria è infatti diventata un corollario del carattere libero

---

ciascun ente autonomo una capacità di entrata proporzionalmente correlata alle esigenze di spesa necessarie per l'assolvimento delle funzioni che la stessa Costituzione gli affida. Il concetto è largamente utilizzato in modo analogo nella dottrina tedesca (*Konnexitätsprinzip*), alla quale si può fare riferimento per la relativa elaborazione teorica; cfr. tra l'ampia letteratura: O. Klein, *Das verfassungsrechtliche Konnexitätsprinzip*, Potsdam, 2003; F. Lohse, *Kommunale Aufgaben, kommunaler Finanzausgleich und Konnexitätsprinzip*, Baden–Baden, 2006; T. Ammermann, *Das Konnexitätsprinzip im kommunalen Finanzverfassungsrecht*, Baden–Baden, 2007; K. Engelken, *Das Konnexitätsprinzip im Landesverfassungsrecht: die Kommunen und Aufgabenübertragungen durch die Länder*, Baden–Baden, 2009; C. Pielke, *Das Konnexitätsprinzip in der deutschen Finanzverfassung. Eine interdisziplinäre und rechtsvergleichende Analyse*, Hamburg, 2010. Per un impiego del principio nella letteratura italiana, cfr. M. Nicolini, *Principio di connessione e metodo comparato*, in F. Palermo, E. Alber, S. Parolari (cur.), *Federalismo fiscale: una sfida comparata*, Padova, 2011, pp. 97 ss.

[6] Per un esame più ampio delle diverse manifestazioni del principio nel panorama comparato, e per un maggiore approfondimento della sua applicazione all'interno dell'ordinamento italiano, sia consentito rinviare a F. Guella, *Sovranità e autonomia finanziaria negli ordinamenti composti. La norma costituzionale come limite e garanzia per le dimensioni della spesa pubblica territoriale*, Napoli, 2014.

[7] Sul processo legislativo che ha portato alla *décentralisation*, si ricorda che la *Loi* n. 82–213 del 2 marzo 1982 (*aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*) aveva rafforzato l'autonomia locale rispetto alla posizione del Prefetto, ed aveva costituito le Regioni. La successive leggi Gaston Deferre (*Loi* n. 83–8 del 7 gennaio 1983 e *Loi* n. 83–663 del 22 luglio 1983) avevano poi fissato anche le modalità di finanziamento dei nuovi enti. Infine, il 28 marzo 2003, veniva approvata la legge costituzionale 276/2003, relativa all'organizzazione decentralizzata della Repubblica francese,

dell'amministrazione (*libre administration*[8]) e, più in particolare, la tutela quantitativa delle risorse affidate all'amministrazione locale è stata qualificata in termini di aspettativa giuridicamente apprezzabile proprio in quanto essa si pone come necessaria e strumentale al funzionamento (tecnico) della burocrazia locale[9].

Più nel dettaglio, il carattere fortemente accentrato del potere impositivo in Francia è fondato sull'art. 34 della Costituzione, con piena competenza statale sulle risorse tributarie degli enti locali (in forza del potere finanziario sovrano di fissare la ripartizione, il tasso e le modalità di riscossione delle imposte, riservato esclusivamente al livello centrale di governo)[10]. Agendo nell'esercizio di tale riserva di legge, lo Stato può tuttora ridurre unilateralmente il gettito locale, di modo che in questa esperienza statuale si ha una piena centralizzazione della manovrabilità delle voci di entrata; tuttavia, a tutela della dimensione di "libertà dell'amministrazione" decentrata, si sono sviluppate – pur in presenza di una così forte potestà sovrana sul fronte tributario – delle specifiche garanzie di temporaneità o compensazione finanziaria delle riduzioni del gettito locale decise dal Parlamento. Ciò già prima della revisione costituzionale del 2003, con tutele approntate dalla giurisprudenza, che oggi godono di una base legittimante ulteriore nella codificazione – all'art. 72–2 della Costituzione – di un'autonomia finanziaria territoriale sul fronte della spesa (e, parzialmente, dell'imposizione), fondata su un esplicito principio di connessione tra risorse e funzioni[11].

Prima della costituzionalizzazione della *décentralization*, quindi, è stato rico-

che ha modificato – tra gli altri – gli artt. 1, 72, 73 e 74 della Costituzione, introducendo il principio di autonomia finanziaria delle collettività territoriali.

[8] Per un inquadramento generale dei profili finanziari della decentralizzazione francese in rapporto con l'idea di *libre administration* delle *collectivités territoriales*, cfr. M. Bouvier, *Autonomie fiscale locale et libre administration des collectivités locales*, in *Revue française de finances publiques*, vol. 81, 2003, pp. 27 ss.

[9] Per l'assetto della regolazione della finanza locale in Francia cfr. in generale R. Hertzog, *Le système financier local en France: La décentralisation n'est pas le fédéralisme*, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 54, n. 2, 2002, pp. 613 ss.

[10] Cfr. co. 1: "La legge stabilisce le norme concernenti: […] la ripartizione, il tasso e le modalità di riscossione delle imposte di ogni natura".

[11] Cfr. l'art. 72–2: "Le collettività territoriali beneficiano di risorse di cui possono disporre liberamente nelle condizioni fissate dalla legge. Possono ricevere tutto o parte del ricavato dei tributi di ogni natura. La legge può autorizzarle a fissarne la base imponibile e l'aliquota nei limiti che essa determina. Le entrate fiscali e le altre risorse proprie delle collettività territoriali rappresentano, per ogni categoria di collettività, una parte determinante dell'insieme delle loro risorse. La legge organica fissa le condizioni nelle quali questa regola è attuata. Ogni trasferimento di competenze tra lo Stato e le collettività territoriali comporta l'attribuzione di risorse equivalenti a quelle che erano connesse con il loro esercizio. Ogni creazione o estensione di competenze che hanno per conseguenza l'aumento delle spese delle collettività territoriali è accompagnata da risorse previste dalla legge. La legge prevede dei dispositivi di perequazione destinati a favorire l'uguaglianza tra le collettività territoriali". Tra i numerosi commenti cfr. J.B. Auby, *La riforma dell'amministrazione territoriale in Francia*, in *Amministrare*, fasc. 2, 2003, pp. 173 ss. (e, in particolare, pp. 183 s.)

nosciuto un obbligo di compensazione finanziaria che si poneva come garanzia quantitativa introdotta in via giurisprudenziale dal *Conseil constitutionel*. Nell'ambito del controllo di costituzionalità preventivo sono state infatti più volte ammesse limitazioni unilaterali – mediante decisione centrale – del gettito dei tributi locali, ma solo se tale riduzione quantitativa era accompagnata da un equivalente trasferimento erariale che permettesse di finanziare adeguatamente le funzioni in precedenza coperte mediante finanza propria (anziché derivata).

Il *Conseil constitutionel* subordina quindi l'esercizio della piena sovranità finanziaria sui tributi locali alla reintegrazione del bilancio dell'ente decentrato con le risorse necessarie all'esprimersi della libera amministrazione[12], e si consente quindi una compressione del prelievo fiscale destinato al territorio in assenza di parallelo trasferimento erariale solo quando la riduzione così operata non è di dimensione tale da tradursi in un ostacolo alla prestazione dei servizi e delle funzioni affidate all'ente sub–statale (ferma poi la politicità insita nello stabilire quale sia – in concreto – tale soglia minima di compressione quantitativa, ammessa anche in assenza di compensazione)[13].

Inoltre, anche quando il legislatore centrale riconosce l'autonomia fiscale locale come autonomia tributaria (consentendo all'ente territoriale di manovrare i tributi), in ogni caso – nell'operare tale delega – il Parlamento non si spoglia della propria sovranità finanziaria, ed è sempre ammessa la possibilità di comprimere nuovamente l'autonomia tributaria locale (purché compensando con nuove risorse tale riduzione, a tutela del volume di spesa in un primo tempo affidato alla discrezionalità del singolo ente decentrato e alle sue funzioni). L'unico limite alla sovranità finanziaria centrale è dato quindi dall'inammissibilità di decisioni riallocative del carico fiscale che vanifichino – riducendo quantitativamente in modo irragionevole le disponibilità finanziarie locali – la libertà dell'amministrazione periferica[14].

L'ordinamento francese, pertanto, ha riconosciuto degli spazi di sindacato giurisdizionale effettivi a presidio del volume della spesa locale, ma ciò entro li-

[12] Cfr. il *Décret* 91–298 del 24 luglio 1991: "qu'eu égard au montant du prélèvement en cause par rapport à l'ensemble des recettes de fonctionnement du budget de la ville […], sa suppression n'est pas contraire au principe de libre administration des collectivités territoriales".

[13] In un caso riconducibile a questo filone giurisprudenziale, però, è stato lo stesso giudice ad individuare una soglia del 5%. Cfr. il *Décret* 91–291 del 6 maggio 1991.

[14] Cfr. il *Décret* 98–405 del 29 dicembre 1998: "si, en principe, les concours apportés par l'État aux collectivités locales en compensation d'exonérations, de réductions ou de plafonnements d'impôts locaux constituent bien des dépenses de l'État, et devraient figurer au budget général en application de l'article 18 de l'ordonnance précitée, de tels concours peuvent néanmoins, sans méconnaître les principes d'universalité et de sincérité budgétaires, donner lieu à un mécanisme de prélèvement sur recettes, dès lors que celui–ci est, dans son montant et sa destination, défini de façon distincte et précise dans la loi de finances, et qu'il est assorti, tout comme les chapitres budgétaires, de justifications appropriées", e cfr. in particolare i par. 46 – 53. Cfr. anche *Décret* 2000–432 del 12 luglio 2000.

miti particolarmente stretti. Lo spazio di tutela quantitativa – a fronte della piena discrezionalità politica sulla finanza locale che è propria del livello centrale di governo – non si è infatti sviluppato relativamente alle modalità dell'allocazione, ma solo con riguardo alle quantità della stessa, e non vi è quindi garanzia normativa delle risorse (per mezzo di limiti sostanziali al coordinamento), né garanzia negoziale (con partecipazione del livello locale alle decisioni di coordinamento)[15]. Al contrario, la principale garanzia azionabile è quella del principio di compensazione, che sviluppa *"ex post"* la tutela quantitativa, per mezzo di un obbligo di copertura finanziaria delle funzioni amministrative (libere e decentrate) che grava sul Parlamento, discrezionalmente assolvibile con predisposizione di tributi locali o con trasferimenti erariali; la garanzia è quindi tradotta in un obbligo tecnico di copertura delle spese, azionabile quando la sua mancanza inficia la libertà (di prestazione dei servizi) rivendicabile dalla burocrazia locale.

Tale idea di compensazione si presenta in questo modo come la vera e più pervasiva tutela quantitativa, caratterizzante il modello francese come effettivamente autonomista pur operando secondo diversi moduli di riequilibrio[16]; moduli tutti accomunati da un'unitaria finalizzazione, essendo diretti a garantire la disponibilità finanziaria necessaria per prestare i servizi pubblici, secondo un principio di connessione che colloca al centro della propria *ratio* il carattere libero – prima che autonomo – dell'amministrazione, e che è stato poi costituzionalizzato in questi termini anche nell'ordinamento francese[17].

La diffusa presenza del principio di connessione nel diritto comparato – dove è stato accettato anche dagli ordinamenti che riservano allo Stato una piena sovranità tributaria (come quello francese), i quali lo declinano specificamente in un principio di invarianza o compensazione – ha portato a tradurre lo stesso anche in standard internazionali formalizzati.

In particolare, nel contesto del Consiglio d'Europa è stata adottata la Carta

---

[15] Anche se un esiguo spazio di negoziazione può emergere nella concertazione all'interno del *Comité finances locale*, quale organo consultivo e di controllo per le decisioni sulla formula di quantificazione e distribuzione dei mezzi finanziari alle amministrazioni territoriali. Il *Comité finances locale* è stato istituito il 3 gennaio 1979, ed è attualmente disciplinato dagli artt. L.1211–1 ss. del *Code général des collectivités territoriales* (*Loi* n. 96–142 del 21 febbraio 1996 e *Décret* n. 2000–318 del 7 aprile 2000). Cfr. anche il *Décret* n. 2008–994 del 22 settembre 2008 istitutivo all'interno del Comitato di una *Commission consultative d'*évaluation des normes.

[16] Per una trattazione in questo senso, nella dottrina italiana cfr. A. D'Aloia, *Contraddizioni e fragilità della* décentralization*: le relazioni finanziarie tra Stato e collettività locali in Francia*, in V. Atripaldi, R. Bifulco (cur.), *Federalismi fiscali e Costituzioni*, Torino, 2001, pp. 245 ss. e, per questi profili di compensazione come declinazione del principio di connessione gestito a livello centrale, in particolare pp. 264 ss.

[17] Cfr. ancora l'art. 72–2 introdotto nel 2003: "Ogni trasferimento di competenze tra lo Stato e le collettività territoriali comporta l'attribuzione di risorse equivalenti a quelle che erano connesse con il loro esercizio. Ogni creazione o estensione di competenze che hanno per conseguenza l'aumento delle spese delle collettività territoriali è accompagnata da risorse previste dalla legge".

europea dell'autonomia locale, come strumento semi–vincolante nell'ambito del quale si è riconosciuta una specifica rilevanza al livello delle risorse assicurato ai territori[18]. All'art. 9 si dispone infatti che "le collettività locali hanno diritto, nell'ambito della politica economica nazionale, a risorse proprie sufficienti, di cui possano disporre liberamente nell'esercizio delle loro competenze", poi ulteriormente specificando su come debba essere articolata qualitativamente questa garanzia quantitativa (declinata in termini di sufficienza), posto che "una parte almeno delle risorse finanziarie delle collettività locali deve provenire da tasse e imposte locali di cui esse hanno facoltà di stabilire il tasso nei limiti previsti dalla legge" (così privilegiando i modelli a finanza propria, più coerenti con la tutela dell'autonomia)[19].

La garanzia quantitativa è poi ancora rafforzata – sempre dall'art. 9 – mediante una considerazione specifica del modello di salvaguardia, posto che i sistemi finanziari da cui derivano le risorse locali devono essere di natura "sufficientemente diversificata ed evolutiva" da consentire "di seguire, in pratica, per quanto possibile, l'andamento reale dei costi di esercizio delle loro competenze". In altri termini, si afferma un principio di connessione tra risorse e funzioni che deve essere non statico, ma aggiornato nel tempo all'effettiva consistenza dell'impegno finanziario connesso alle competenze attribuite; aggiornamento nel tempo che postula anche l'esigenza che lo Stato – qualora agisca sulle leve tributarie – garantisca poi comunque una proporzionata compensazione con nuove risorse per le eventuali minori entrate derivanti dal mutare dell'ordinamento tributario generale.

Sia a livello di diritto comparato, che di standard internazionali, si registrano quindi numerosi e diffusi impieghi del principio di connessione e, più nello specifico, del principio dell'invarianza delle risorse complessive anche a fronte dei mutamenti nell'assetto dei tributi, secondo un'esigenza di compensazione particolarmente avvertita negli ordinamenti che conservano al livello centrale di governo la più ampia parte della potestà tributaria; ordinamenti cui di fatto e di diritto va ricondotta pure l'esperienza italiana, sebbene si debbano riconoscere le

[18] Inoltre, allo stesso modo nella *Reference Framework for Regional Democracy* del Consiglio d'Europa, al punto 3 sulla finanza è stata prevista una tutela quantitativa, con formulazioni in parte analoghe a quelle della Carta europea dell'autonomia locale. Tali disposizioni scontano però la minore precettività che, in generale, caratterizza questo secondo strumento internazionale: mentre infatti la Carta dedicata all'autonomia locale ha natura convenzionale ed è munita di un suo sistema di monitoraggio, che rende i precetti non solo formalmente vincolanti ma anche politicamente "sanzionati", al contrario la *Reference Framework* è una mera raccolta di raccomandazioni

[19] Per uno studio della Carta svolto in riferimento al contesto italiano, cfr. G.C. De Martin, *Carta europea dell'autonomia locale e limiti dell'ordinamento italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 2, 1988, pp. 386 ss. e, in particolare, le pp. 392 e 396 dove si rileva l'incoerenza del modello di finanziamento implementato con trasferimento diretto di risorse (anche a ripiano dei deficit locali, e quindi con un effetto deresponsabilizzante non conforme alle indicazioni della Carta).

evoluzioni che nel tempo hanno ampliato gli spazi di intervento delle Regioni e degli enti locali, ora estesi – in parte – anche alla leva tributaria.

2.2. *Il contesto nazionale italiano: il principio di connessione ex art. 119, co. 4, e la sua declinabilità in termini tributari*

Nell'ordinamento italiano la potestà tributaria è sempre rimasta prevalentemente in capo al livello centrale di governo, nonostante la formulazione letterale della Costituzione che riconosce un'autonomia territoriale estesa ai tributi. Ed infatti a una prima fase di finanza marcatamente derivata (fondata su trasferimenti erariali, fino alle riforme degli anni '90) è poi seguito un lungo processo di riforma del regionalismo finanziario che, pur avendo valorizzato le entrate a base tributaria, ha comunque sviluppato l'autonomia di entrata prevalentemente nelle forme della partecipazione a tributi regolati dal centro (senza aperture effettive ad ampi spazi per i tributi propri in senso tecnico).

In questo contesto, la Costituzione ha posto un principio di connessione ad ampio spettro – contenuto nell'art. 119, co. 4 (in precedenza, ultimo periodo del co. 2) – che ha potuto così operare secondo modalità diverse, tra le quali proprio la garanzia di invarianza delle risorse mediante compensazioni del minor gettito si è presentata come un'applicazione particolarmente importante, funzionale ad un modello statuale che conserva alla sovranità centrale la leva tributaria. Quella del co. 4 dell'art. 119 Cost. rimane però una disposizione a carattere più ampio, applicabile anche alle variazioni delle voci derivate di dotazione finanziaria (trasferimenti erariali, in particolare perequativi), e all'allocazione stessa delle basi imponibili e degli spazi fiscali per l'eventuale imposizione propria (che però non è stata sviluppata in modo ampio neppure dall'ultima riforma di c.d. federalismo fiscale, nonostante l'autonomia finanziaria regionale fosse stata specificamente definita in Costituzione – nell'ambito della riforma del titolo V – come autonomia anche impositiva).

L'esperienza costituzionale italiana ha peraltro sperimentato un riconoscimento della garanzia quantitativa delle risorse già nella prima formulazione dell'art. 119, quando si prevedeva che al livello territoriale di governo fossero attribuiti tributi propri e quote di tributi erariali "in relazione ai bisogni delle Regioni per le spese necessarie ad adempiere le loro funzioni normali", mentre dopo la riforma del 2001 la formulazione è mutata, venendo improntata secondo un'enunciazione (più generale) per cui le risorse derivanti dalle fonti tipizzate nello stesso art. 119 "consentono ai Comuni, alle Province, alle Città metropolitane e alle Regioni di finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite". La connessione tra quantità delle risorse ed estensione delle funzioni rimane quindi un dato costante nell'impianto costituzionale, assunto quale elemento essenziale per la garanzia – in generale – di un'autonomia territoriale effettiva.

Fin dalla prima esperienza regionale ordinaria si ancorava quindi il complesso delle entrate – la cui definizione era lasciata alla discrezionalità politica statale, in linea di principio libera nell'allocazione delle singole voci di derivazione tributaria – al complesso delle spese; ciò vincolando la discrezionalità legislativa, per il resto molto ampia nella fissazione del quadro dei mezzi finanziari regionali, da una parte al profilo qualitativo della tipologia di entrate ammissibili (il primo periodo del co. 2 individuando, tassativamente, tributi propri e compartecipazioni come strumenti impiegabili)[20], dall'altra al dato quantitativo – oggettivo – dei "bisogni". La discrezionalità finanziaria del livello sovrano di governo veniva cioè limitata, essenzialmente, da un dato finalistico, l'esercizio della stessa dovendo comunque essere diretto a garantire il rispetto del principio di connessione, con conseguente copertura finanziaria delle funzioni attribuite alle autonomie; il concetto di fabbisogno regionale si poneva pertanto all'attenzione degli interpreti già nella formulazione originaria della disposizione costituzionale in materia di autonomia finanziaria degli enti territoriali, e il suo impiego veniva ancorato alle "funzioni normali" affidate alla Regioni.

Il testo normativo oggi vigente è – in questo senso – ancora più esplicito, la riforma del Titolo V essendo intervenuta a riformulare in termini più ampi un analogo contenuto normativo, ora codificato in una nuova disposizione inserita nel co. 4[21]. Si prevede a riguardo che il compendio delle entrate territoriali (come definite ancora in termini generali dall'art. 119 Cost., nei commi precedenti, e poi lasciate alla discrezionalità del legislatore) deve consentire – non più alle sole

[20] Sulla tipologia di entrate previste all'originario art. 119, co. 2, primo periodo, cfr. in generale U. Allegretti, A. Pubusa, *Art. 119*, in G. Branca (cur.), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1985, pp. 337 ss., e in particolare pp. 376 ss. dove si segnala anche come ampia parte della dottrina e i lavori preparatori evidenziassero l'esigenza di ancorare un'effettiva autonomia finanziaria regionale a voci di entrata propriamente tributarie, tributi propri e compartecipazioni venendo così prospettate quali modalità di finanziamento costituzionalmente tassative e da intendersi come affidate all'indirizzo politico (di entrata) regionale. Non erano mancate autorevoli ricostruzioni alternative, tese a ridurre la garanzia dell'autonomia alla semplice destinazione finale – a beneficio dell'ente territoriale – del tributo o di una sua parte (intendendo per proprio o compartecipato il solo gettito): indirizzo interpretativo che avrebbero poi fondato le scelte legislative assunte al momento dell'istituzione delle Regioni ordinarie. Cfr., nel senso di limitare l'autonomia regionale impositiva alle sole prestazioni non autoritative, S. Cassese, *Il finanziamento delle Regioni. Aspetti costituzionali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 2, 1963, pp. 323 ss. (e in particolare p. 336).

[21] Dopo la riforma del Titolo V, per l'analisi della clausola di connessione tra risorse e funzioni riconducibile al nuovo co. 4 dell'art. 119 Cost. (in precedenza contenuta – con diversa formulazione – nella seconda parte del co. 2), cfr. M. Bertolissi, *Le risorse per l'esercizio delle funzioni amministrative e l'attuazione del nuovo articolo 119*, in *Il Diritto della Regione*, fasc. 2–3, 2002, pp. 317 ss. e A. Musumeci, *Autonomia finanziaria, livelli di governo e finanziamento delle funzioni*, in E. Bettinelli, F. Rigano (cur.), *La Riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2004, pp. 150 ss. Per uno studio della materia in ottica di gestione ragionieristica della connessione, cfr. invece S. Bilardo, *Il costo delle funzioni conferite alle Regioni*, in *Istituzioni del Federalismo*, fasc. 5, 2001, pp. 887 ss.

Regioni, ma a tutti gli enti sub–statali – "di finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite".

La riforma si pone quindi in linea – per quanto riguarda il contenuto precettivo – con l'indirizzo di fondo della disposizione originaria, ma segna – in particolare per il campo di applicazione – alcune importanti innovazioni. In primo luogo, infatti, si può riscontrare l'estensione della garanzia costituzionale a tutti gli enti territoriali, in coerenza con lo spirito più generalmente autonomista del nuovo Titolo V[22]. In secondo luogo, tuttavia, la riforma della disposizione di tutela quantitativa delle risorse territoriali è innovativa anche per quanto concerne il riferimento al concetto di "finanziamento integrale" – che rende più esplicita la garanzia, prima derivabile da una formulazione meno diretta[23] – e per il traslare l'attenzione dall'attribuzione delle risorse all'attribuzione delle funzioni (come approccio comune – sulla base di principi di connessione diversamente declinati – anche nelle esperienze straniere).

Se la prima formulazione guardava all'attribuzione delle risorse ancorandola a funzioni normali presupposte, ora il ragionamento sotteso alla struttura testuale dell'art. 119, co. 4, Cost. evidenzia invece come le risorse siano una conseguenza dell'attribuzione delle funzioni; di riflesso, il momento di garanzia della quantità dei mezzi finanziari sembra non essere più considerato come frutto di un atto attributivo, affidato alla volontà politica del legislatore statale (quale espressione di discrezionalità finanziaria sovrana, attraverso l'esercizio della quale deve passare in concreto la garanzia quantitativa), ma la dotazione finanziaria risulterebbe essa stessa maggiormente vincolata a un principio di vera e propria proporzionalità (in quanto parallela e consequenziale all'attribuzione delle competenze, espressione di autonomia tutelata sulla base di una norma testualmente precettiva, e non programmatica)[24].

---

[22] Per un primo commento alla riforma, che sottolinea l'estensione anche soggettiva dell'autonomia finanziaria costituzionalmente garantita, cfr. F. Covino, *L'autonomia finanziaria*, in T. Groppi, M. Olivetti (cur.), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino, 2001, pp. 244 ss.

[23] Su un piano comparativo, mentre il vecchio co. 2 disponeva che "alle Regioni sono attribuiti tributi propri e quote di tributi erariali, in relazione ai bisogni delle Regioni per le spese necessarie ad adempiere le loro funzioni normali", il nuovo co. 4 prescrive che "le risorse derivanti dalle fonti di cui ai commi precedenti consentono ai Comuni, alle Province, alle Città metropolitane e alle Regioni di finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite", con un conseguente abbandono del concetto di normalità (che nella prassi e nei progetti di riforma costituzionale ulteriore riemergerà però quale idea di standardizzazione delle spese; cfr. il nuovo testo dell'art. 119 emergente da A.S.1429–B), e un rafforzamento dell'elemento della connessione – declinata in adeguatezza – in forza di un concetto di integralità del finanziamento maggiormente esplicito.

[24] Per questi profili, e per l'idea di sostenibilità delle funzioni mediante le risorse attribuite intesa come estrinsecazione del principio di proporzionalità in materia allocativa, cfr. *infra* l'ultima parte del par. 5. Sulla diretta precettività dell'art. 119 novellato, peraltro, si devono anche distinguere gli spazi di applicazione senza interposizione del legislatore statale in materia di spesa, dagli

Più in particolare, la formulazione dell'art. 119 Cost. risultante dalla riforma del 2001 prende atto delle evoluzioni già realizzatesi nel sistema della finanza territoriale italiano, con passaggio da un modello a finanza derivata ad uno a base tributaria, e richiede che le risorse regionali e locali siano – ordinariamente, e per la più ampia parte (fatta salva la sola componente perequativa) – legate all'andamento della capacità fiscale locale. Si tratta quindi di una tutela delle risorse sia quantitativa, perché richiede che il livello delle stesse sia proporzionalmente commisurato alle funzioni, sia qualitativa, perché esige che il mezzo ordinario di dotazione sia a base tributaria (o con imposte proprie, o con compartecipazioni); e proprio dal combinarsi di tali prospettive, complementari, deriva una specifica e maggiore attenzione – già nel testo costituzionale – per un esercizio della sovranità tributaria statale che tenga conto, nell'occupare o nel regolare il prelievo sulle basi imponibili, delle esigenze dell'autonomia finanziaria territoriale.

Il principio di connessione – tra le sue possibili diverse declinazioni, anche slegate dalle componenti tributarie (e rivolte agli elementi di finanza derivata che, sottesi al meccanismo perequativo, rimangono ancora rilevanti) – assume così un significato particolare proprio quando la proporzionalità delle risorse attribuite in relazione alle funzioni varia in funzione di scelte impositive statali. La specificità del profilo tributario del principio di connessione, più nel dettaglio, emerge in due direzioni alternative, correlate a come lo Stato può intervenire a variare i tributi; usando cioè la propria sovranità impositiva a svantaggio dell'autonomia o aumentando il livello del prelievo fiscale, ma riservando interamente a sé il gettito prodotto, oppure – al contrario – riducendo la pressione fiscale così alleggerendo anche le quote di imposta destinate agli enti territoriali, senza però compensare tale minor raccolta di risorse con mezzi finanziari alternativi.

3. *Variazioni in aumento della pressione fiscale e tutela dell'autonomia: la disciplina delle riserve all'erario nelle Regioni speciali*

Per quanto riguarda la prima ipotesi, in cui lo Stato decide unilateralmente di aumentare il prelievo fiscale di imposte che sono compartecipate dagli enti territoriali, riservando però interamente a sé stesso il maggior gettito prodotto, l'esperienza italiana ha sperimentato tutele specifiche per l'autonomia, per limitare l'impiego della sovranità impositiva in questo senso – di riserva al centro delle risorse – ai soli casi in cui ciò sia strumentale ad esigenze di risanamento di interesse generale.

ambiti invece relativi al potere di entrata tributaria, subordinati ad una legislazione attuativa di armonizzazione; cfr. Corte cost. 37/2004 e cfr. anche Corte cost. 241/2004 e 75/2006, sempre sulla non esplicabilità della potestà regionale tributaria nella fase transitoria, a fronte della mancata attuazione dell'art. 119 Cost. (ciò per il concorrere dell'assenza di norme di coordinamento statali, da un lato, e della sostanziale occupazione – da parte del prelievo erariale – di quasi tutte le basi imponibili, dall'altro).

In questo senso, quella della c.d. riserva all'erario[25] è una modalità di azione dello Stato impositore che è stata impiegata specificamente a carico delle Regioni speciali, le quali – godendo statutariamente di una finanza propria fondata principalmente su compartecipazioni (e solo in minima parte su spazi impositivi propri, di fatto mai attivati[26]) – potevano essere chiamate a un sacrificio quantitativo degli spazi finanziari assegnati solo attraverso questi meccanismi di riserva al centro dei maggiori gettiti prodotti.

3.1. *Nozione e origini delle riserve all'erario: la sospensione delle compartecipazioni in quota fissa sul surplus di prelievo destinato al risanamento dei conti pubblici*

La figura della c.d. riserva all'erario è infatti stata particolarmente impiegata a partire dagli anni '90 quando, in una fase di generale contrazione delle risorse (statali e territoriali), l'impiego di queste deroghe al riparto dei gettiti previsto negli Statuti si è reso necessario per il contrasto alla crisi della finanza pubblica. In questo contesto, mentre la riforma della finanza delle Regioni ordinarie ha potuto seguire vie più strutturali, per le Regioni speciali non era stato possibile incidere sui meccanismi previsti in Statuto, in quanto tutelati dalla forma costituzionale delle previsioni stesse e da un generale principio negoziale[27].

Inoltre, a fronte delle esigenze di reperimento di nuove risorse, e di aumento generalizzato della pressione fiscale, lo Stato si è trovato a dover neutralizzare gli esiti paradossali che il meccanismo della compartecipazione in quota fissa avrebbe determinato: mentre la pressione fiscale sul piano nazionale aumentava per contenere deficit e debito, colpendo direttamente i contribuenti, nelle Regioni speciali tale aumento della pressione fiscale non sarebbe stato asservito al risanamento dei conti pubblici, entrando invece nei bilanci regionali e traducendosi in maggiori servizi, con un'evidente disparità di trattamento – sul piano nazionale – a danno dei contribuenti residenti nelle Regioni ordinarie.

Proprio a fronte di questa realtà economica, le Regioni speciali erano state sempre più spesso – già dall'inizio degli anni '90 – chiamate a partecipare al

---

[25] Sul tema delle riserve all'erario, cfr. P. Barbera, *Autonomie speciali e riserve erariali*, in *Tributi locali e regionali*, fasc. 2, 2013, pp. 45 ss. e D. Immordino, *Le clausole di riserva allo Stato del gettito di tributi compartecipati, tra tutela delle esigenze di finanza pubblica e salvaguardia dell'autonomia finanziaria (siciliana)*, in *Le Regioni*, fasc. 1–2, 2012, pp. 260 ss.

[26] Per la potestà impositiva delle Regioni speciali, cfr. l'art. 36 dello Statuto per la Sicilia; gli artt. 8 e 10 dello Statuto per la Sardegna; l'art. 12, co. 2, dello Statuto per la Valle d'Aosta/*Vallée d'Aoste*; l'art. 51 dello Statuto per il Friuli–Venezia Giulia; l'art. 73 dello Statuto per il Trentino–Alto Adige/*Südtirol*.

[27] Sullo livello di maggiore garanzia del sistema finanziario delle Regioni speciali derivante da una più rigorosa applicazione delle logiche di leale collaborazione, in un'ottica propriamente pattizia, sia consentito rinviare a F. Guella, *Il principio negoziale nei rapporti finanziari tra livelli di Governo*, in *Le Regioni*, fasc. 1–2, 2014, pp. 131 ss.

risanamento dei conti dello Stato, anche per mezzo di specifiche "rinunce" al maggior gettito prodotto dal più elevato prelievo tributario, specie qualora tale incremento della pressione fiscale fosse stato appunto disposto per migliorare i conti pubblici (e quindi purché fosse legittimato da tali specifiche e forti esigenze unitarie)[28].

Si affermava così la prassi per cui, quando nuove imposte o aliquote più elevate venivano istituite per ripianare il debito pubblico, il maggior gettito correlato all'aumento del prelievo non sarebbe stato incamerato – per i decimi di competenza, come fissati dai singoli Statuti – dai bilanci delle Regioni speciali; al contrario si operava, con la stessa legge che maggiorava il prelievo (e con la copertura della normativa di attuazione[29]), una c.d. riserva all'erario, in modo che il livello centrale di governo avrebbe potuto disporre dell'intero surplus fiscale purché – a garanzia dell'autonomia differenziata – tale riserva fosse stata accompagnata da precise caratteristiche tecniche. In particolare, essa doveva essere prevista esplicitamente e con criteri di quantificazione prefissati, riconducendola ad una contabilizzazione separata (appositamente dedicata, nell'ambito dei bilanci); inoltre, la stessa riserva erariale doveva essere limitata nel tempo, divenendo necessaria – per quanto desumibile dalla normativa statutaria e di attuazione – l'apposizione in legge di un termine finale, correlato alle esigenze di risanamento (e quindi al perdurare di una situazione di crisi e all'esigenza di dedicare il gettito a finalità straordinarie, così che la riserva è stata ritenuta legittima solo se adeguatamente motivata)[30].

Il tutto in coerenza con l'esigenza di coniugare la natura comunque non assoluta della garanzia delle entrate regionali, come delineate in Statuto (e quindi considerate derogabili all'evolvere del sistema tributario), con la necessità di rendere comunque effettiva tale autonomia finanziaria, che sebbene non assoluta doveva nondimeno essere considerata non sacrificabile se non a fronte di effet-

[28] Per l'evoluzione dell'assetto della finanza delle Regioni speciali a fronte della crisi finanziaria degli anni '90, cfr. in generale sul caso emblematico delle Province autonome G. Postal, *Il concorso delle autonomie speciali agli obiettivi di finanza pubblica: il Trentino Sudtirol dalle norme di attuazione statutaria del 1992 all'accordo di Milano*, in *Le Regioni*, fasc. 5, 2011, pp. 937 ss.

[29] Cfr. ad esempio, per le Province autonome, l'art. 9 del d.lgs. 268/1992.

[30] Cfr. Corte cost. 241/2012. Sul tema cfr. D. Piccione, *La Corte costituzionale prosegue la definizione dello statuto dei limiti (giurisprudenziali) all'attuazione dei nuovi tributi e tutela la compartecipazione delle Regioni a Statuto speciale al maggior gettito da questi derivate*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 5, 2012, pp. 3655 ss. e P. Barbera, *Autonomie speciali e riserve erariali*, cit., pp. 45 ss., anche per sottolineare come gli interventi della Corte – pur permissivi della transitoria compressione quantitativa dell'autonomia finanziaria – delimitino però anche l'ambito di applicazione dell'istituto, che lo Stato può impiegare solo a termine (non permanentemente) e mediante contabilizzazione separata, con un requisito di specifica destinazione del gettito della riserva (che impone al legislatore di individuare le finalità di risanamento dei conti pubblici che la riserva erariale è diretta a soddisfare). Cfr. anche, tra l'ampia giurisprudenza costituzionale in materia, ad esempio le sentenze 143/2012, 142/2012, 135/2012, 152/2011 e 182/2010.

tive esigenze sovrane, riconoscendo almeno un minimo di tutela che – in tale ipotesi – è stato integrato dalla necessaria finalizzazione della riserva[31]. Finalizzazione cui consegue una compressione solo temporanea dell'autonomia finanziaria, così che l'aumento dell'imposizione con riserva all'erario – una volta ridotto il debito e il deficit – può determinare una riespansione del gettito destinato anche alla Regione speciale (per la quota statutaria di sua spettanza, quale grandezza comunque immutata nel lungo periodo).

3.2. *Le riserve all'erario negli accordi tra Stato e Province autonome: la negoziazione dell'impiego della sovranità tributaria, tra futuro minor uso delle riserve e contributo alternativo al risanamento*

Un'ulteriore razionalizzazione del funzionamento delle c.d. riserve all'erario si è avuta nell'ambito dell'adeguamento degli ordinamenti finanziari delle Regioni speciali alla c.d. riforma del federalismo fiscale, secondo quanto disposto dall'art. 27 della legge delega 42/2009. In particolare, la Legge di Stabilità per il 2015 ha modificato – per la terza volta dal 2009 – lo Statuto speciale del Trentino–Alto Adige/*Südtirol*, integrando il percorso di attuazione dell'art. 27 maturato in precedenza, e proprio nell'ambito di tale revisione il futuro impiego delle riserve all'erario è stato preso in considerazione come elemento di negoziazione, accanto alla gestione degli spazi fiscali sottesi al patto di stabilità e crescita[32].

In particolare, lo Stato ha rinunciato a prevedere ulteriori riserve erariali finalizzate al raggiungimento di obiettivi di riequilibrio della finanza pubblica, mentre per le riserve disposte a diverso fine rimangono ferme le garanzie sostanziali già vigenti, così che la maggiorazione di aliquote o l'istituzione di nuovi tributi potranno essere riservate all'erario solo temporaneamente e solo se il relativo gettito è stato specificamente destinato dallo Stato alla copertura finanziaria di nuove spese di carattere non continuativo non rientranti nelle materie di competenza regionale o provinciale[33]. La rinuncia, da parte delle Province autonome, a precisi

[31] Sul carattere non assoluto della garanzia quantitativa statutaria, cfr. Corte cost. 138/1999: "le norme statutarie e di attuazione non stabiliscono, a favore della Regione, una rigida garanzia «quantitativa», cioè la garanzia della disponibilità di entrate tributarie non inferiori a quelle ottenute in passato: onde nel caso di abolizione di tributi erariali il cui gettito era devoluto alla Regione, o di complesse operazioni di riforma e di sostituzione di tributi [...] possono aversi, senza violazione costituzionale, anche riduzioni di risorse per la Regione, purché non tali da rendere impossibile lo svolgimento delle sue funzioni".

[32] Per un'analisi delle revisioni allo Statuto speciale della Regione Trentino–Alto Adige/*Südtirol* successivi alla legge 42/2009 sia consentito rinviare a F. Guella, *Principio di connessione risorse–funzioni e revisione della disciplina finanziaria delle autonomie speciali. Le riforme dello Statuto della Regione Trentino–Alto Adige*/Südtirol*, dalla delega sul c.d. federalismo fiscale alla Legge di Stabilità 2015*, in federalismi.it, fasc. 8, 2015.

[33] Cfr. i requisiti già fissati nell'art. 9, co. 1, del d.lgs. 268/1992 e, oggi, il nuovo riferimento in materia nell'art. 75 *bis*, co. 3 *bis*, dello Statuto ("Il gettito derivante da maggiorazioni di aliquote

spazi quantitativi di spesa – come operata nell'ambito dei tre accordi con i quali il titolo finanziario dello Statuto è stato modificato nel 2009, 2013 e 2014[34] – è stata pertanto posta in essere a fronte di un corrispettivo impegno dello Stato a rispettare pienamente gli spazi di entrata statutariamente previsti, riducendo il campo di possibile applicazione delle riserve all'erario.

Inoltre, nell'ambito dell'accordo concluso nel 2014 la Regione e le Province autonome hanno rinunciato ad una serie di ricorsi pendenti innanzi alla Corte costituzionale, nei quali venivano contestate anche alcune variazioni in aumento della pressione fiscale già operate con sottrazione del maggior gettito alla compartecipazione da parte della Regione e delle Province autonome; sottrazioni che non erano state adeguatamente limitate nel tempo e negli scopi, e che si ponevano probabilmente anche in termini assoluti come quantitativamente irragionevoli rispetto al contributo al risanamento dei conti pubblici che è allocabile – in proporzione – in capo ad una singola autonomia[35].

Il futuro impiego della sovranità tributaria da parte dello Stato è così di fatto divenuto oggetto di negoziato con le autonomie, introducendo più ampie garanzie e riducendo i casi in cui il maggior gettito può essere riservato all'erario (escludendo la riserva finalizzata al risanamento dei conti, dato che a tale scopo le Province autonome hanno già garantito un apporto quantitativamente adeguato in forma di spazi sul patto di stabilità interno)[36]; e tale conformazione dell'uso

---

o dall'istituzione di nuovi tributi, se destinato per legge alla copertura, ai sensi dell'articolo 81 della Costituzione, di nuove specifiche spese di carattere non continuativo che non rientrano nelle materie di competenza della Regione o delle Province, ivi comprese quelle relative a calamità naturali, è riservato allo Stato, purché risulti temporalmente delimitato, nonché contabilizzato distintamente nel bilancio statale e quindi quantificabile. Non sono ammesse riserve di gettito destinate al raggiungimento di obiettivi di riequilibrio della finanza pubblica. Sono abrogati gli articoli 9, 10 e 10–*bis* del decreto legislativo 16 marzo 1992, n. 268").

[34] In particolare, la Legge di Stabilità per il 2015 ha modificato lo Statuto speciale per la terza volta dal 2009,integrando il percorso di attuazione dell'art. 27 della legge 42/2009 maturato in precedenza. A partire dalla Finanziaria per il 2010 (in particolare, art. 2, co. 106–126 della legge 191/2009), infatti, il legislatore statale – mediante procedura aggravata dal previo accordo con la Regione speciale e le Province autonome – ha proceduto a modificare il titolo VI dello Statuto; ciò quindi per mezzo di una legge ordinaria rinforzata dal metodo negoziale, anziché con legge costituzionale, come consentito per le disposizioni finanziarie sulla base dell'art. 104 dello Statuto stesso. Tali modifiche sono poi state riprese e completate dalla Legge di Stabilità per il 2014 (in particolare, art. 1, co. 518 della legge 147/2013) e infine dal co. 407 della legge 190/2014, che contiene – in un più ampio quadro di interventi sull'autonomia finanziaria speciale – le più recenti modifiche testuali allo Statuto. Le revisioni da ultimo citate sono maturate in particolare nell'ambito di un Accordo tra Stato e autonomia speciale – siglato il 15 ottobre 2014 – che aspira a porsi come "di chiusura" del sistema e di "salvaguardia" rispetto alle evoluzioni future.

[35] Cfr. in particolare Corte cost. ordinanze nn. 61/2015, 62/2015, 68/2015, 79/2015, 116/2015.

[36] Sia consentito rinviare ancora a F. Guella, *Principio di connessione risorse–funzioni e revisione della disciplina finanziaria delle autonomie speciali. Le riforme dello Statuto della Regione Trentino–Alto Adige/Südtirol, dalla delega sul c.d. federalismo fiscale alla Legge di Stabilità 2015*, cit., pp. 31 ss.

della sovranità tributaria – a tutela delle autonomie speciali – è quindi stata connessa alla mutua accettazione da parte delle autonomie stesse sia di un ingente contributo solidale al risanamento dei conti pubblici nazionali, sia di una rinuncia a contestare le riserve erariali già introdotte (che rimangono pertanto valide ed operanti fino al loro fisiologico termine finale).

4. *Variazioni in diminuzione della pressione fiscale e tutela dell'autonomia: la compensabilità del minor gettito destinato agli enti territoriali tra previsioni legislative e rimedi giurisdizionali*

Per quanto riguarda la seconda ipotesi, in cui lo Stato riduce la pressione fiscale relativa a tributi soggetti alla propria potestà impositiva ma il cui gettito – in tutto o in parte – è destinato agli enti territoriali (alleggerendo così la pressione fiscale per ragioni di politica tributaria nazionale, ma conseguentemente comprimendo anche le risorse destinate agli enti territoriali), va verificato quale forma possa assumere la tutela dell'autonomia mediante un'applicazione del principio di invarianza che sia fondata o su una decisione del legislatore nazionale stesso, ovvero sull'accertamento di un giudice.

Posto che la capacità dello Stato di incidere sui livelli di prelievo in modo unilaterale è connotante di un regionalismo in cui la più ampia parte della potestà tributaria è rimasta allo Stato (e ciò anche dopo la riforma del titolo V, come riconosciuto dalla stessa giurisprudenza costituzionale che ha lasciato alla decisione del legislatore ordinario di eventualmente cedere alle Regioni nuovi spazi di imposizione, fissando i principi di armonizzazione del sistema tributario nazionale[37]), e quindi posto che il livello delle risorse affidate al livello territoriale di governo si trova fisiologicamente ad essere in gran parte etero–determinato dal centro, nondimeno Regioni ed enti locali – sulla base del generale principio di connessione *ex* art. 119, co. 4 – devono poter godere di una certa tutela anche quantitativa.

Per garantire l'autonomia a fronte di variazioni della pressione fiscale determinate da esigenze politiche proprie del livello statale di governo (che può perseguire obiettivi economico/sociali sia incidendo sul livello delle aliquote, alleg-

[37] Cfr. ancora Corte cost. 37/2004, 241/2004 e 75/2006, sempre sulla non utilizzabilità della potestà regionale tributaria a fronte della mancata attuazione dell'art. 119 Cost., in quanto l'assenza di norme di coordinamento statali, da un lato, e l'occupazione – da parte del prelievo erariale – di quasi tutte le basi imponibili, dall'altro, non permetterebbe alle Regioni di intervenire con tributi propri in senso stretto (quelli disciplinati dalla Regione, oltre che incamerati dalla stessa). Il problema degli esigui spazi tributari è rimasto peraltro attuale anche nell'attuazione del c.d. federalismo fiscale (l'approvazione dei decreti attuativi della legge delega 42/2009 non portando a un maggior sviluppo dell'imposizione propria regionale), e il medesimo problema segna anche il concreto dispiegarsi dell'autonomia tributaria delle Regioni speciali; autonomia che pure non è soggetta ad un regime di non auto–applicabilità così stringente, essendo sufficiente il rispetto dei principi generali desumibili dal sistema tributario nazionale già vigente (cfr. Corte cost. 102/2008).

gerendo il prelievo in modo non selettivo, sia introducendo specifiche deduzioni, detrazioni o esenzioni), la compensazione del minor gettito può peraltro essere disposta direttamente dallo stesso Stato, e si tratta allora di verificare se tali clausole di compensazione operino in modo adeguato, analizzando il funzionamento dei meccanismi di invarianza delle risorse eventualmente previsti nell'ambito delle varie riforme fiscali succedutesi nel tempo.

Se invece la revisione delle imposte statali compartecipate (o comunque il cui gettito è affidato ai livelli territoriali di governo) avviene nell'assenza di queste compensazioni disposte direttamente dal centro, si deve verificare se l'autonomia territoriale gode nondimeno di strumenti adeguati per proteggere la propria aspettativa ad una quantità di risorse correttamente connessa alle funzioni affidatele, e se vi sia quindi un rimedio giurisdizionale idoneo ad ottenere maggiori mezzi finanziari (ovvero, in altri termini, se il giudice possa sindacare le scelte allocative sottese alle variazioni della pressione fiscale).

4.1. *Le clausole espresse di invarianza: la tutela dei livelli di risorse storicamente assegnati e la garanzia da parte del legislatore statale mediante compensazione delle minori entrate territoriali*

La necessità di prevedere meccanismi specifici di compensazione dei minori gettiti assegnati agli enti territoriali, in caso di variazioni apportate ai tributi compartecipati, è emersa come questione particolarmente attuale nel corso degli anni '90, quando il regionalismo italiano ha gradualmente abbandonato un sistema a prevalente finanza derivata per affidare invece a Regioni e enti locali specifici gettiti tributari, propri o compartecipati (così esponendo il livello delle risorse – in precedenza fissato sulla base del fabbisogno degli esercizi passati – alle variazioni derivanti non solo dagli andamenti dell'economia, ma anche dalle riforme del sistema tributario stesso, che è rimasto fondamentalmente oggetto di disciplina statale).

In questo contesto, proprio a completare il processo di revisione del modello allocativo in senso autonomo e non derivato, era intervenuta da ultimo la legge 662/1996, tra le cui disposizioni il Parlamento aveva introdotto un'esplicita previsione in tema di invarianza del livello delle risorse, apprestando i necessari strumenti di compensazione dei minori gettiti derivanti dalla riforma della finanza locale e regionale. Tale normativa ridisciplinava infatti la finanza territoriale secondo un approccio di prevalente sistemazione della materia, semplificando e consolidando l'assetto a finanza autonoma, ma contestualmente determinava anche alcune modifiche nelle compartecipazioni e nelle basi imponibili; modifiche che rendevano necessario un impiego dell'intervento perequativo finalizzato alla garanzia della c.d. spesa storica, secondo una logica che quindi si poneva esplicitamente come di compensazione e invarianza dei livelli di risorse preesistenti[38].

[38] Intervento che peraltro, riguardo al fondo della legge 549/1995, era stato ridotto

Infatti, nell'ambito di una più generale razionalizzazione veniva riformato anche il meccanismo perequativo, istituendo *ex novo* un fondo di compensazione interregionale[39]; fondo basato non su una formula *need oriented* (di vera perequazione), bensì su una tutela dell'invarianza dei bilanci regionali rispetto ai tributi minori soppressi[40] (solo parzialmente compensati con tale trasferimento erariale "perequativo", e in parte invece sostituiti – sempre a garanzia dell'invarianza quantitativa – con una sovraimposta IRPEF[41] e con la nuova imposta regionale sulle attività produttive).

Si interveniva quindi mediante una garanzia quantitativa "immediata", realizzata con riferimento al dato storico – concreto – costituito dalle risorse in passato disponibili per quel preciso ente, e non invece in termini "mediati" da parametri astratti di fabbisogno standardizzato; garanzia mediata che integra invece la perequazione in senso tecnico (della capacità fiscale iniziale, e non dei bisogni finali), tale in quanto correttiva della distribuzione fiscale delle risorse e funzionale alla tutela di livelli essenziali di servizi, senza alterare però l'ordine delle capacità di gettito proprie dei territori (come coerente con una "competenza" alle fonti – o *chance* – di entrata, e non operante invece in termini di assicurazione dell'aspettativa alle risorse concrete, perequando i livelli finali di spesa anziché le difficoltà originarie di realizzazione di un prelievo adeguato).

Successivamente, anche la riforma avviata dalla legge delega 133/1999 certificava, razionalizzando ulteriormente le tendenze sottese alle riforme di tutti gli anni '90, un già avvenuto cambio di paradigma; mutamento di approccio alla questione finanziaria dal quale emergeva una radicale revisione del sistema in senso più marcatamente autonomistico[42], e che modificando l'allocazione degli

percentualmente – a regime, in modo differenziato per le singole Regioni – al fine di rendere effettivamente solidale il meccanismo, rinviando per le precise quantificazioni a successivi accordi in Conferenza permanente; cfr. l'art. 1, co. 150 e 151 della legge 662/1996.

[39] In particolare, nell'ambito della delega contenuta all'art. 3, co 143–149 e 151, della legge 662/96, è stato adottato anche l'art. 42 del d.lgs. 446/1997, di soppressione del vecchio fondo perequativo ed istitutivo del nuovo fondo di compensazione nello stato di previsione del Ministero del tesoro; fondo alimentato dalle eccedenze finanziarie realizzate dalle Regioni a Statuto ordinario, secondo quanto previsto dall'art. 41, co. 1, e destinato – nei limiti delle occorrenze finanziarie – in favore delle Regioni che presentano una perdita di entrata (inoltre, in caso di insufficienza del fondo si provvedeva con risorse a carico del bilancio dello Stato).

[40] In particolare, si trattava dei contributi sanitari e dell'ILOR, oltre che delle altre voci elencate all'art. 36 del d.lgs. 446/1997.

[41] Da mezzo punto a un punto percentuale. Mentre l'addizionale di un'imposta è una maggiorazione della stessa, che conserva pertanto le caratteristiche dell'imposta alla quale si riferisce, al contrario la sovrimposta è un vero tributo: disposto dagli enti locali ma dipendente da un tributo erariale, presentandosi quindi come una forma atipica di estrinsecazione del potere impositivo territoriale proprio.

[42] Cfr. in generale, a commento della riforma del 1999–2000, ad esempio: E. Buglione, *Le deleghe sul federalismo fiscale. Verso Regioni più autonome o più autoreferenti?*, in *Istituzioni del Federalismo*, fasc. 3–4, 1999, pp. 585 ss.; N. D'Amati, *L'autonomia finanziaria delle Regioni: dalla negazione al*

spazi fiscali poneva nuovamente l'esigenza di predisporre adeguate compensazioni, operate però ora interamente a livello di riassegnazione dei tributi e non impiegando trasferimenti erariali (la perequazione operando – in prospettiva – unicamente sui bisogni, e non sulla conservazione della spesa storica).

Tale ultima riforma rappresentava quindi un completamento del modello a finanza autonoma anziché derivata, aggiungendo alle evoluzioni già consolidate negli anni '90 anche l'abbandono delle logiche di tutela quantitativa del volume delle risorse territoriali mediante trasferimenti erariali compensativi, in funzione della conservazione dei livelli di capacità di spesa degli esercizi precedenti. La residua finanza da trasferimento erariale veniva pertanto resa non solo nominalmente, ma anche sostanzialmente perequativa: la perequazione era operata per mezzo di una formula di definizione del fabbisogno reale e non la si calibrava più sull'esigenza di garantire un'aspettativa all'invarianza delle risorse (principio già parzialmente sotteso alla logica della legge 59/1997, che disponeva per un'attribuzione delle funzioni con parallela e connessa dotazione delle risorse, non tanto in quanto già storicamente correlate a quelle competenze, ma sulla base dei bisogni e – in un'ottica di efficienza – evitando le duplicazioni[43]).

I caratteri di fondo del modello regionale – a etero–determinazione dal centro di ampi spazi della pressione fiscale, con un ruolo di fatto minore per la potestà tributaria propria delle Regioni (in ogni caso soggette alla normativa di principio e armonizzazione statale) – sono poi stati confermati anche nell'assetto derivante dalla riforma del titolo V della Costituzione[44]; assetto nel quale si pone quindi nuovamente, in assenza di un'effettiva neutralizzazione della sovranità tributaria mediante spazi ampi di capacità impositiva propria, l'esigenza di garantire l'invarianza delle risorse territoriali mediante compensazione degli eventuali minori gettiti.

In questo contesto, anche in sede di attuazione del nuovo c.d. federalismo fiscale – previsto dalla legge delega 42/2009 – ci si è dovuti specificamente preoccupare dell'invarianza delle risorse derivanti dalla complessiva riforma delle entrate (e delle spese) territoriali, al fine di assicurare un'adeguata connessione tra le risorse assegnate e le funzioni da esercitare. Sono così stati approvati, in parti-

---

federalismo fiscale, in *Diritto e pratica tributaria*, fasc. 1, pt. 1, 1999, pp. 3 ss.; A. Strusi, *Percorsi di sviluppo dell'autonomia finanziaria regionale: principi e applicazioni*, in *Istituzioni del Federalismo*, fasc. 3–4, 1999, pp. 535 ss.; F. Battiston, A. Strusi, *Decentramento e risorse finanziarie*, in *La Finanza locale*, fasc. 2, 1999, pp. 169 ss.; G. Arachi, A. Zanardi, *La riforma del finanziamento delle Regioni italiane: problemi e proposte*, in *Economia pubblica*, fasc. 1, 2000, pp. 5 ss.; P. Giarda, *Il federalismo fiscale in attuazione della legge n. 133/1999: aspetti tecnici, ragioni e problemi aperti*, in *Economia pubblica*, fasc. 5, 2000, pp. 5 ss.

[43] Cfr. l'art. 7 della legge 59/1997: "Il trasferimento dei beni e delle risorse deve comunque essere congruo rispetto alle competenze trasferite e al contempo deve comportare la parallela soppressione o il ridimensionamento dell'amministrazione statale periferica, in rapporto ad eventuali compiti residui".

[44] Cfr. a partire da Corte cost. 37/2004.

colare, il d.lgs. 68/2011, recante disposizioni in materia di autonomia di entrata delle Regioni a Statuto ordinario e della Province, e il d.lgs. 23/2011, sui tributi – invece – municipali; decreti che intervengono in materia di fiscalità territoriale attribuendo entrate proprie ai livelli di governo sub–statali, parametrandone quantitativamente l'entità in rapporto alle esigenze funzionali e con invarianza delle risorse.

I decreti individuano infatti le fonti di finanziamento e dispongono la contestuale soppressione dei trasferimenti erariali ancora transitoriamente applicati. Più in particolare, delineando le poste assegnate, contemporaneamente definiscono anche gli spazi delle risorse che saranno disponibili; spazi su cui gli enti hanno potestà di manovra, ma limitata dai problemi specifici di questo passaggio da un modello con perequazione fondata sulla spesa storica (e quindi ampio spazio per i trasferimenti) ad uno autonomo. Si pone infatti sì, da un lato, l'esigenza di una garanzia dell'invarianza delle risorse (nella fase transitoria) e della garanzia quantitativa di maggiori entrate a fronte di nuove competenze[45] ma, d'altro lato, nei decreti attuativi si presenta anche il tema dei limiti alla manovrabilità dei tributi (per evitare un'eccessiva pressione fiscale)[46]; il primo profilo costituisce una garanzia quantitativa a beneficio dell'autonomia, il secondo un limite all'accrescersi (o al ridursi) delle dimensioni della spesa pubblica territoriale per decisioni dell'ente territoriale che siano incoerenti rispetto agli indirizzi di politica fiscale unitaria, fissati dallo Stato nell'esercizio della sua sovranità.

In materia fiscale, la tutela quantitativa "ordinaria" è comunque integrata dal c.d. principio di territorialità, insito nell'autonomia stessa. Infatti, nell'ambito della finanza tributaria, Regioni ed enti locali ora godono di spazi di maggiore determinazione della pressione fiscale da far gravare sul proprio ambito geografico e,

[45] Cfr. l'art. 32, co. 3, del d.lgs. 68/2011: "In caso di trasferimento di ulteriori funzioni amministrative dallo Stato alle Province e alle Città metropolitane, ai sensi dell'articolo 118 della Costituzione, è assicurato al complesso degli enti del comparto l'integrale finanziamento di tali funzioni ove non si sia provveduto contestualmente al finanziamento e al trasferimento". Analogamente, cfr. l'art. 12, co. 3, del d.lgs. 23/2011.

[46] I limiti alla potestà impositiva territoriale, in aderenza con le indicazioni citate della legge 42/2009 – all'art. 28, co. 1, lett. b) – sono stati codificati nei decreti delegati in forma di generale clausola di invarianza della pressione fiscale, inserita nell'art. 12, co. 2, del d.lgs. 23/2011: "In ogni caso, dall'attuazione dei decreti legislativi di cui alla citata legge n. 42 del 2009, e successive modificazioni, non può derivare, anche nel corso della fase transitoria, alcun aumento del prelievo fiscale complessivo a carico dei contribuenti", oltre che in più puntuali attuazioni del meccanismo di armonizzazione dei limiti complessivi alla pressione fiscale (cfr. l'art. 14, co. 5, del d.lgs. 23/2011 e gli artt. 32, co. 2, e 39, co. 2, del d.lgs. 68/2011, che fanno riferimento a quanto stabilito con la decisione di finanza pubblica di cui all'art. 10 della legge 196/2009). Limiti all'espansione delle risorse territoriali sono peraltro previsti anche a beneficio dei conti pubblici statali, oltre che dei contribuenti, con una prescrizione posta dal l'art. 41, co. 1, del d.lgs. 68/2001 nel senso che "dal presente decreto non devono derivare minori entrate né nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica".

quindi, di massima la dimensione delle risorse è frutto di un gettito localizzato (e – parzialmente – localmente manovrabile); i decreti attuativi della legge 42/2009 hanno infatti individuato compartecipazioni e tributi legati in qualche modo all'area dell'ente territoriale e – soprattutto – hanno previsto possibilità di modifica delle aliquote e di decisione in materia di esenzioni, deduzioni e detrazioni, sia per le Regioni[47] che per gli enti locali (rafforzando una tendenza già affermatasi in precedenza)[48].

Tra le ipotesi di entrata autonoma, in cui il principio di territorialità agisce in senso garantista del volume di dotazione delle risorse, la compartecipazione al gettito IVA svolge ad esempio un ruolo particolarmente significativo[49]. Alle Regioni spetta infatti una quota di gettito fissata in misura non discrezionale, la riforma del federalismo fiscale individuando in modo preciso la corrispondenza di questa specifica voce di entrata al fabbisogno sanitario "in una sola Regione"[50]. La tutela quantitativa consiste quindi nell'ancoraggio al territorio, connesso a una parametrazione adeguata calcolata su una Regione campione, così da coniugare l'assicurazione di un gettito sufficiente con la normale efficacia autoresponsabilizzante della finanza autonoma.

In tal modo si rispetta la prescrizione costituzionale di necessaria tendenza del sistema delle entrate ordinarie, *ex* co. 2 dell'art. 119, a soddisfare da solo – anche in assenza di perequazione *ex* co. 3 – lo standard quantitativo fissato al co. 4; in questa ipotesi peraltro con un'attitudine alla soddisfazione in vie "ordinarie" dello standard quantitativo realizzata però in misura minima, dato che una singola Regione risulta adeguatamente finanziata con quel volume di risorse proprie (per tutte le altre rendendosi necessaria un'integrazione perequativa).

Questa stessa preoccupazione che le risorse (ordinarie/proprie) derivanti dal nuovo gettito autonomo possano essere sufficienti si riconnette poi – in via "transitoria" e non strutturale (come invece per la territorialità) – alle garanzie di invarianza[51].

Un sistema a finanza autonoma è infatti astrattamente adatto per tutelare quantitativamente le risorse, purché le basi imponibili affidate siano in origine idonee a produrre sufficiente gettito: per garantire ciò, il legislatore si è preoc-

[47] Per i tributi assegnati alle Regioni, e le relative possibilità di modificare le aliquote, cfr. gli artt. 2, 4, 5, 6, 8, 10 e 11 del d.lgs. 68/2011.

[48] Per i tributi assegnati ai Comuni, e le possibilità di modificare le aliquote, cfr. gli artt. 2, 4, 5, 6, 8, 9, 10 e 11 del d.lgs. 23/2011.

[49] In applicazione del principio di territorialità tale compartecipazione dal 2013 verrà attribuita – mediante un apposito d.P.C.M. – in base al luogo effettivo di consumo, vale a dire quello in cui avviene la cessione dei beni o la prestazione dei servizi ovvero, nel caso degli immobili, il luogo di ubicazione; regole specifiche vengono previste per l'IVA concernente i beni e servizi di mercato.

[50] Cfr. l'art. 15, co. 3, del d.lgs. 68/2011.

[51] Sulle garanzie di invarianza, oltre a quanto già citato, per la specifica fase transitoria cfr. anche le lett. f), g) e h) dell'art. 20, co. 1, e la lett. b) dell'art. 21.

cupato di assicurare – da un lato – l'invarianza nel momento del passaggio di regime, in modo che non si conferiscano alle autonomie cespiti insufficienti alle coperture richieste (che poi obblighino gli enti interessati ad aumentare la pressione fiscale), e – d'altro lato – clausole di adeguamento continuo fondate sul principio di connessione, per cui all'aumento delle funzioni deve corrispondere un incremento delle voci di entrata. Anche sotto questo profilo, quindi, la disciplina di attuazione del c.d. federalismo fiscale svolge una peculiare funzione di tutela quantitativa, con previsioni di portata generale sia per le Regioni che per gli enti locali[52].

Così ad esempio si è disposta la rideterminazione dell'addizionale regionale all'IRPEF, con corrispondente riduzione delle aliquote di competenza statale, al fine di mantenere inalterato il prelievo fiscale a carico del contribuente[53]; la rideterminazione deve in tal modo comunque garantire alle Regioni entrate equivalenti alla soppressione sia dei trasferimenti statali che della compartecipazione regionale all'accisa sui carburanti, entrambe disposte dal medesimo provvedimento[54].

4.2. *La giurisprudenza costituzionale che risolve la questione sulla base della globalità delle assegnazioni: l'aspettativa all'invarianza e gli spazi ristretti per la sua tutela in giudizio*

Al di fuori dei casi in cui il legislatore statale stesso si fa carico di garantire l'invarianza (prevedendo espressamente compensazioni per i minori gettiti derivanti da riforme del sistema tributario che hanno ricadute su quanto destinato a Regioni ed enti locali), il principio di connessione contenuto all'art. 119, co. 4, Cost. implica una tutela quantitativa che si pone sì come limite giustiziabile già sul piano delle scelte legislative, ma che rimane nondimeno di difficile sindacabilità; difficoltà in concreto che è particolarmente evidente quando le opzioni allocative non sono state ancora concretizzate in provvedimenti gestori idonei, come tali, ad essere impugnati davanti al giudice amministrativo (contestando precise violazioni di legge e vizi del provvedimento che conferiscano un contenuto concreto al generico principio di connessione tra risorse e funzioni[55]).

La prima giurisprudenza costituzionale sviluppatasi in questa materia ha seguito infatti un'interpretazione minimale della disposizione del co. 2 dell'art. 119

---

[52] Cfr. ancora – per le clausole generali di tutela quantitativa al verificarsi di nuovi trasferimenti di competenze – i citati art. 32, co. 3, del d.lgs. 68/2011 e art. 12, co. 3, del d.lgs. 23/2011.

[53] Cfr. l'art. 6 del d.lgs. 68/2011. Cfr. R. Fanelli, *L'addizionale regionale strumento efficace del federalismo*, in *Corriere tributario*, fasc. 25, 2011, pp. 2032 ss.

[54] Tale rideterminazione, che sarebbe dovuta intervenire entro il 27 maggio 2012, è stata poi posticipata. All'aliquota così rideterminata si aggiungono le eventuali maggiorazioni dell'addizionale, che ciascuna Regione può introdurre nel limite del 2,1% a partire dal 2015.

[55] Cfr. ad esempio T.A.R. Lazio–Roma, Sez. I *ter*, 7022/2013 e Consiglio di Stato, Sez. III, 475/2014.

originario, riconoscendo piena libertà al legislatore statale nell'operare interventi riduttivi del complesso delle risorse finanziarie di cui gli enti regionali disponevano[56]. Il limite del necessario finanziamento delle funzioni normali veniva infatti al più vagliato, in sede di controllo di legittimità delle leggi in via principale o di conflitto di attribuzioni, per il tramite di un parametro di ragionevolezza genericamente inteso ed applicando uno standard estremamente deferente verso le scelte di discrezionalità politica centrali; ciò in quanto la definizione della "normalità" delle funzioni – in ragione del fatto che il trasferimento delle stesse veniva operato proprio dallo Stato, mediante atti aventi forza di legge – era pur sempre affidata al livello di governo centrale[57].

Inoltre, accanto a tale circostanza per cui – a monte del giudizio di costituzionalità – arbitro della definizione nel dettaglio delle funzioni regionali era proprio lo Stato (che contestualmente alle attribuzioni trasferiva anche le dotazioni finanziarie)[58], va poi ricordato come la Corte abbia spesso giustificato il proprio *self restraint* nel sindacato di ragionevolezza delle riduzioni delle entrate regionali (o dell'aumento delle voci di spesa ad entrate invariate) sulla base della considerazione per cui il taglio ad un fondo generale lascia comunque autonomia all'amministrazione regionale nella rimodulazione della spesa[59]. Così, un approccio meno

[56] Cfr. ad esempio Corte cost. 381/1990, sentenza dove la riduzione delle risorse era considerata legittima in quanto non menomava stabilmente l'assetto finanziario regionale; in particolare, determinando un'alterazione "non grave" nel bilanciamento tra bisogni e mezzi finanziari regionali, non sarebbe stato compromesso il "normale espletamento" delle funzioni affidate all'ente territoriale, quale valore costituzionalmente protetto. Si confermava così l'interpretazione secondo cui per integrare violazione dell'art. 119, co. 2, Cost. è necessaria la "grave alterazione" del bilancio.

[57] Nelle sentenze 123/1993 e 128/1993 si continuava ad argomentare – in senso favorevole agli interventi statali – che l'autonomia finanziaria regionale non è garantita nel testo e nel sistema costituzionale in termini quantitativi, ma tuttavia nelle stesse motivazioni va notato come si facesse espressamente salva l'ipotesi in cui la legge statale di ridefinizione del sistema finanziario regionale determini una "grave alterazione" del rapporto di necessaria corrispondenza tra bisogni delle comunità regionali ed oneri finanziari indispensabili per farvi fronte, così che la Corte sembra – in *obiter dictum* – riservarsi un compito di controllo sulla "normalità", perlomeno in caso di prospettata eccessiva svalutazione da parte del legislatore statale. Così anche Corte cost. 307/1983; 123/1992; 370/1993.

[58] Per tale criticità dell'impostazione dell'art. 119, co. 2 (attuale co. 4), Cost. – in base alla quale lo Stato è tenuto a finanziare un fabbisogno territoriale la cui consistenza quantitativa è lo Stato stesso a definire (in modo ampiamente libero, ponendo i livelli essenziali) – cfr. anche già Corte cost. 355/1993.

[59] Cfr. Corte cost. 337/2001 dove, a fronte della lamentata riduzione delle complessive disponibilità, la legittimità dell'intervento limitativo sovrano veniva fondata sul carattere c.d. globale del bilancio (cioè sul non ancoraggio preciso di singole entrate a singole spese, e quindi sulla possibilità di rimodulare con adeguata flessibilità le risorse, per rispettare il principio di connessione). L'ente territoriale non aveva infatti allegato le necessarie evidenze, non tanto della mera riduzione di risorse, ma del fatto che per effetto della pretesa contrazione dei fondi la Regione si sarebbe trovata in possesso di una dotazione non più congrua (in quanto non sufficiente per l'espletamento delle funzioni normali). Il richiesto squilibrio, incompatibile con le esigenze di spesa

deferente nei confronti del livello statale di governo si è tendenzialmente avuto in quei casi in cui ad essere fatte oggetto di riduzione erano invece risorse a destinazione vincolata (e pertanto non rimodulabili), con le quali si doveva comunque – per volontà dello Stato – far fronte ad un carico di funzioni territoriali invariato[60].

Oltre all'ipotesi dei fondi vincolati va poi ricordato come talora la Corte costituzionale sia intervenuta a tutela dei livelli quantitativi delle entrate regionali invocando – sul piano dell'aspettativa regionale alle risorse – un principio di legittimo affidamento[61].

Mentre usualmente viene considerato irrilevante un taglio delle risorse sulle quali le amministrazioni regionali hanno riposto un'aspettativa non qualificata (se non politicamente), in quanto di regola l'affidamento *tout court* non è situazione giuridica soggettiva invocabile nei rapporti interni tra soggetti pubblici, è nondimeno stata ammessa – talora – una tutela delle aspettative finanziarie se adeguatamente fondate su dati contabili[62]. La Corte costituzionale ha infatti potuto accogliere le impugnazioni regionali in quei casi in cui lo Stato aveva proceduto ad una riduzione delle voci di entrata già erogate o già maturate, e ciò in quanto in base ad un generale principio di legittimo affidamento né il legislatore né l'esecutivo centrali possono intervenire ad esercizio finanziario aperto su risorse regionali già impegnate (anche se eventualmente non ancora riscosse), dato che ciò si tradurrebbe in un'indebita interferenza nell'attività gestoria autonoma[63].

Il riconoscimento di spazi di aspettativa anche a fronte di un intervento

---

regionale, si presume invece escluso dalla possibilità di accompagnare al taglio delle entrate dei contestuali risparmi di spesa. Cfr. anche Corte cost. 437/2001, che ha ribadito come: "nel regime di finanza «derivata» che ancora in parte caratterizza(va) le Regioni, la semplice circostanza della riduzione, disposta con legge statale, delle disponibilità finanziarie messe dallo Stato a disposizione delle Regioni non è di per sé sufficiente ad integrare una violazione dell'autonomia finanziaria regionale, costituzionalmente garantita, se non sia tale da comportare uno squilibrio incompatibile con le esigenze complessive della spesa regionale" (da notare come la giurisprudenza qui considerata abbia appunto affrontato con questo specifico taglio il tema dell'aspettativa – pretensiva – alle risorse specie in un'epoca di finanza derivata, prima del 1999–2000, mentre nell'assetto a finanza autonoma successivamente compiutamente sviluppatosi il problema è divenuto principalmente di tutela oppositiva, avverso richieste di riduzione della spesa sviluppatesi nell'ambito del patto di stabilità interno; cfr. però *infra* il par. 5 per la giurisprudenza più recente).

[60] Oppure quando è il livello di governo sovrano ad aver garantito, con propria disposizione, l'invarianza delle risorse. Anche in questi casi, tuttavia, si segnalano pronunce orientate a non garantire puntualmente la consistenza quantitativa dell'autonomia finanziaria; cfr. Corte cost. 138/1999 e Corte cost. 206/2001 relative ai trasferimenti disposti dalle riforme Bassanini.

[61] Cfr. Corte cost. 128/1993.

[62] Cioè su un procedimento di spesa che già vede somme stanziate in bilancio, in particolare se tali somme sono state anche impegnate (cioè se vi è stata prenotazione mediante loro annotazione nelle scritture contabili dell'ente territoriale).

[63] Ad esempio, con la sentenza 116/1991 si dichiarò in concreto costituzionalmente illegittimo l'art. 8, co. 1, lett. a), della legge 87/1990 nella parte in cui riduceva di un certo importo la somma erogata dall'art. 3 della legge 752/1986, già in vigore.

legislativo è quindi prospettabile, ma nei ristretti limiti di un'effettiva emersione concreta (e conseguente consolidamento) del preciso volume di risorse nella contabilità del singolo ente. Peraltro, la giurisprudenza costituzionale è molto prudente nel vincolare il legislatore alle proprie precedenti scelte allocative, accompagnando all'argomento della riduzione di risorse in corso d'esercizio ulteriori giustificazioni, per rafforzare la decisione assunta.

Così, in particolare, la Corte richiede anche una puntuale verifica del fatto che la compressione della spesa territoriale non sia giustificabile sulla base di un mutamento giuridico o fattuale che si ripercuota sulle competenze o sulle attribuzioni (ad una minore responsabilità funzionale potendo corrispondere un minor volume di mezzi finanziari), o, ancora, che la riduzione delle risorse non possa trovare copertura con una riarticolazione complessiva del bilancio ovvero che l'attribuzione di nuove funzioni non possa essere compensata, rinviando per l'integrale fabbisogno a una razionalizzazione degli spazi di spesa esistenti[64].

A quest'ultimo riguardo, la giurisprudenza costituzionale garantisce rimedi scarsamente effettivi in caso di insufficienza dei sistemi di compensazione legati a trasferimenti di competenze, per il sindacato sui quali la tutela quantitativa sottesa al co. 2 dell'art. 119 – già nella sua formulazione originaria – pure offriva un parametro di giudizio sostanziale. In materia la Corte ha invece assunto interpretazioni tendenzialmente sfavorevoli per le amministrazioni regionali, affermando che la logica delle compensazioni (pur riconducibile alla tutela quantitativa dell'art. 119 Cost.) non introduce un meccanismo di "ripianamento" a totale copertura degli ammanchi; ciò in quanto quello regionale sarebbe un "sistema finanziario non interamente coordinato tra funzioni e risorse", di modo che il co. 2 dell'art. 119 veniva inteso come una garanzia solo tendenziale, senza riscontrare profili di illegittimità costituzionale in una non integrale dotazione di risorse[65] (l'aspettativa dell'ente autonomo a quantità di risorse idonee scontrandosi con il potere

[64] Nell'*obiter* espresso da Corte cost. 128/1993, quando il legislatore statale interviene ad esercizio finanziario già aperto, con riduzioni di fondi già trasferiti e legittimamente impegnati nei vari capitoli di bilancio, esso pone in essere un'operazione lesiva dell'autonomia regionale, dato che le modalità di intervento – anche alla luce delle difficoltà amministrative che determinano per l'ente regionale – si risolvono in un'interferenza nell'esercizio di un'attività gestoria già avviata e difficilmente rimodulabile. Il tratto distintivo rispetto ad una fattispecie di taglio su fondi da trasferire consistesse nel fatto che la "riduzione di risorse disposta nel modo indicato non può non determinare uno squilibrio nella sfera di autonomia finanziaria costituzionalmente assicurata alle Regioni e, quindi, nei confronti di una corretta attività di bilancio, dovuto alla possibile interferenza di quegli interventi sui programmi di spesa già adottati e in corso di svolgimento"; ma tale difficoltà va allegata a fronte della concretezza della fase del procedimento di bilancio raggiunta, valendo altrimenti le considerazioni già citate circa la globalità (o universalità) del bilancio come argomento per escludere la non connessione delle risorse alle funzioni, se opportunamente rimodulate. Cfr. ad esempio la già citata Corte cost. 116/1991 per un caso di effettiva dichiarazione di incostituzionalità su tali basi.

[65] Cfr. Corte cost. 138/1999.

sovrano di assegnazione di spazi di responsabilità funzionale non precisamente correlati a dati mezzi finanziari, anche in coerenza con il principio di c.d. globalità del bilancio)[66].

Nel trasferimento di funzioni con correlate risorse, quindi, i criteri di quantificazione fissati dal legislatore statale non sono di fatto sindacabili. Ciò in quanto va dimostrata non solo la riduzione dei fondi o l'aumento di competenze non accompagnato dal conferimento di nuove risorse, ma – in aggiunta – va allegata anche la prova che tale situazione è pregiudizievole del corretto svolgimento delle funzioni normali; onere probatorio difficile da soddisfare, in quanto sarebbe sempre possibile o una manovra sulle entrate proprie, o una rimodulazione dell'impiego delle risorse tra comparti del bilancio del singolo ente (la cui autonomia non integra così solo una sfera di aspettative tutelate, ma – contestualmente – anche un'area di responsabilità gestoria, che la sovranità finanziaria statale può assoggettare a obiettivi di prestazione di servizi o di razionalizzazione della spesa attraverso una scelta politica incidente sui gettiti che sarà, proprio per la sua forte politicità, difficilmente sindacabile)[67].

5. *Il consolidarsi degli orientamenti giurisprudenziali restrittivi anche dopo la riforma del titolo V e il nuovo c.d. federalismo fiscale: l'ineffettività dei rimedi fondati su una* probatio diabolica

Le ipotesi in cui le Regioni hanno trovato una specifica tutela avverso puntuali scelte di riduzione delle risorse loro attribuite, specie in un sistema di finanza derivata quale quello in vigore nel primo regionalismo italiano, ma anche successivamente al consolidarsi delle riforme degli anni '90, sono quindi state molto scarse. In particolare, anche a fronte dell'emergere di un sistema di finanza propria la giurisprudenza si è poi sviluppata non tanto nel senso della tutela di "aspettative" a spazi finanziari (da assegnare assieme alle funzioni), quanto piuttosto in direzione della protezione in giudizio delle sole risorse già consolidate

[66] I bilanci pubblici sono redatti nel rispetto di alcuni principi fondamentali, quali il principio di annualità, di unità (o unicità), di universalità (o – appunto – globalità), di integrità, di veridicità e di pubblicità. Cfr. C. Manacorda, *Il bilancio pubblico*, Torino, 2008, in particolare pp. 11 ss.

[67] Anche nei casi di paralleli trasferimenti di risorse corrispondenti a nuove funzioni si segnalano infatti pronunce orientate a non garantire la consistenza quantitativa dell'autonomia finanziaria. In corrispondenza con i trasferimenti delle leggi Bassanini, in particolare, cfr. la Corte cost. 138/1999, dove si affermava che il sistema di finanziamento regionale "non è mai stato interamente e organicamente coordinato con il riparto delle funzioni, così da far corrispondere, come sarebbe necessario, esercizio di funzioni e relativi oneri finanziari da un lato, e disponibilità di risorse, in termini di potestà impositiva (correlata alla capacità fiscale della collettività regionale), o di devoluzione di gettito tributario, o di altri meccanismi di finanziamento, dall'altro". Cfr. anche Corte cost. 206/2001. La giurisprudenza costituzionale – quindi – anche nelle situazioni di diretta corrispondenza tra estensione delle funzioni e estensione delle risorse, solitamente non ha svolto un sindacato pervasivo.

e definibili come attualmente "spettanti", in quanto solo rispetto a tali risorse già emerse contabilmente sarebbe possibile dare prova che gli oneri di riduzione delle spese richiesti a fini di stabilità e risanamento dei bilanci risultano in concreto eccessivi. E in quest'ultimo senso, le occasioni di sindacato giurisdizionale sono state spesso ulteriormente osteggiate anche dall'argomento "emergenziale" impiegato dalla difesa erariale, fondando la necessità di comuni sacrifici finanziari sulla base dell'evidente stato di dissesto dei conti pubblici; argomento cui la Corte costituzionale si è normalmente rivelata molto sensibile[68].

Al di la di questo profilo *extra ordinem*, che riduce gli spazi del sindacato sulla base di considerazioni non strettamente normative (ma che hanno nel tempo assunto dignità giuridica[69]), più in generale la scarsa giustiziabilità delle scelte allocative operate per legge è invece sintomatica di una difficoltà strutturale sottesa al sindacato di ragionevolezza sulle questioni finanziarie.

Questa difficoltà si è quindi confermata anche successivamente alla riforma del titolo V (e alla citata riformulazione della disposizione ora contenuta al co. 4), e non è stata superata neppure in sede di implementazione del c.d. federalismo fiscale (dopo il 2009), con alcune pronunce della Corte costituzionale che ribadiscono il carattere estremamente deferente del sindacato sull'adeguatezza della dotazione quantitativa di risorse destinate alle autonomie e derivante da manovre statali sulla pressione fiscale[70]. E ciò, ancora, a partire dal carattere globale delle dotazioni di bilancio, che impongono all'ente regionale una *probatio diabolica* dovendo dimostrarsi che la riduzione oggettiva di risorse derivante dall'esercizio della potestà tributaria da parte dello Stato non può essere compensato con una riallocazione dei capitoli di spesa interni alla sfera regionale, l'invarianza della dotazione essendo quindi di fatto tutelabile solo se – in sua assenza – venisse effettivamente meno la connessione tra la misura minima delle risorse e le funzioni regionali o locali costituzionalmente assegnate.

In questo senso la Corte costituzionale ha affermato che non ogni intervento modificativo di un tributo, comportando un minor gettito per le Regioni, necessariamente determina anche una scorretta connessione tra risorse e funzioni, e quindi – come conseguenza – non ogni riduzione delle aliquote o introduzione di nuove esenzioni, deduzioni o detrazioni deve essere accompagnata da misure

---

[68] Cfr. ancora G.G. Carboni, *Lo Stato regionale al tempo del rigore finanziario*, in *Rivista AIC*, fasc. 2, 2014, in particolare il par. 6.

[69] Sulla giuridificazione delle regole di contrasto alle crisi finanziarie cfr. anche A. Manzella, *Il governo democratico della crisi*, in Aa.Vv., *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità* (Atti del LVIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione), Milano, 2013, pp. 129 ss. e M.P. Chiti, *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la* governance europea*, i rapporti tra gli Stati membri, le pubbliche amministrazioni*, in Aa.Vv., *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*, Milano, 2013, pp. 167 ss.

[70] Cfr. in particolare Corte cost. 431/2004, 155/2006 e 26/2014.

compensative, pena un depauperamento della finanza territoriale[71]. A parere della Corte deve infatti escludersi che possa «essere effettuata una atomistica considerazione di isolate disposizioni modificative del tributo, senza considerare nel suo complesso la manovra fiscale entro la quale esse trovano collocazione, ben potendosi verificare che, per effetto di plurime disposizioni, contenute nella stessa legge finanziaria oggetto di impugnazione principale o in altre leggi, il gettito complessivo destinato alla finanza regionale non subisca riduzioni»[72].

Inoltre, non solo la compensazione va valutata sulla base di un apprezzamento complessivo di tutte le modifiche apportate all'ordinamento (sul fronte delle spese e delle entrate, considerando tutte le voci – tributarie e non – e gli andamenti dell'economia, con eventuali maggiorazioni o riduzioni generalizzate dei gettiti), ma inoltre è talora ammissibile anche una riduzione secca delle risorse affidate al livello territoriale di governo, se tale riduzione risulta ragionevole e gestibile, senza intaccare l'oggettiva possibilità di prestazione delle funzioni e dei servizi. Infatti è ammissibile che a seguito di manovre di finanza pubblica possano determinarsi riduzioni nella disponibilità finanziaria territoriale[73], purché ciò non comporti uno squilibrio incompatibile con le complessive esigenze di spesa connesse alle competenze costituzionalmente assegnate a Regioni (e enti locali)[74].

Se lo Stato nell'esercizio della propria sovranità tributaria viene ad alterare il rapporto tra finanza statale e finanza regionale, con conseguente lesione dell'autonomia, potrebbe peraltro prospettarsi anche una possibile lesione del principio di eguaglianza, specie qualora – come in alcune delle ipotesi analizzate da ultimo dalla Corte costituzionale – siano soltanto le Regioni speciali a non veder compensati i minori gettiti assegnati; ciò in quanto la riduzione del prelievo mediante un tributo – compartecipato per disposizione degli Statuti speciali – è stata neutralizzata dall'aumento della pressione fiscale su altre basi imponibili, le quali però in ipotesi non sono compartecipate dalle Regioni speciali, le quali si trovano quindi a dover fronteggiare una perdita netta di risorse dalla quale invece lo Stato ha cautelato sé stesso (e quindi si ha una situazione nella quale i contribuenti delle Regioni ordinarie non sono affetti da una variazione apprezzabile tra quanto versato e i servizi che ottengono corrispettivamente, essendo lo Stato a provvedere per entrambi, mentre per le Regioni speciali – posta l'asimmetria nelle responsabilità per le funzioni e nei gettiti tributari assegnati – si determina

[71] In particolare, a commento di questo orientamento della Corte costituzionale (che nella sentenza 155/2006 riprende la sua precedente giurisprudenza), e per un relativo commento critico, cfr. A. Brancasi, *I due scrutini sul funzionamento dinamico del federalismo fiscale: autonomia finanziaria ed obbligo di copertura degli oneri posti a carico di altri enti del settore pubblico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 2, 2006, pp. 1425 ss.

[72] Cfr. punto 3 del considerato in diritto di Corte cost. 431/2004.

[73] Cfr. Corte cost. 437/2001, 337/2001, 507/2000, 138/1999.

[74] Così ancora la Corte cost. 431/2004, nonché le sentenze 381/2004, 29/2004 e 17/2004, oltre che – da ultime – le citate sentenze Corte cost. 155/2006 e 26/2014.

una condizione nella quale parte del gettito viene stornato sul bilancio statale, riducendo le risorse impiegate per i servizi a livello locale).

Neppure questa situazione risulta però adeguatamente sindacabile. E infatti neppure dalle più rigide previsioni statutarie delle Regioni speciali che fissano una vera spettanza, più che un'aspettativa (a quote fisse di entrate tributarie erariali riscosse nel territorio della stessa), risulta desumibile un principio di invarianza del gettito per la Regione in caso di modifica di tributi erariali, che si traduca in una rigida garanzia "quantitativa" di disponibilità di entrate tributarie non inferiori a quelle ottenute in passato[75].

Il profilo di doglianza riguardante la violazione degli Statuti speciali (vista tale rimodulazione di fatto dell'assegnazione delle risorse, operata tagliando un tributo compartecipato e compensando lo stesso taglio mediante aumento di un tributo invece non compartecipato, che fa incrementare il solo bilancio statale e non quello della Regione speciale), non risulta infatti fondato, in quanto non lesivo del principio di leale collaborazione; lealtà istituzionale sostanziabile nella richiesta di attivazione di procedure di consultazione per la modifica delle norme statutarie di parte finanziaria, che nell'ipotesi descritta – di taglio ai tributi compartecipati, e compensazione a livello nazionale con tributi non compartecipati – sono però state modificate solo nei fatti sottesi alla loro applicazione, e non risultano invece formalmente emendate[76].

In definitiva, sia per le Regioni ordinarie così come per le Regioni speciali, l'inadeguatezza del sindacato sulle variazioni quantitative dei gettiti territoriali derivanti dall'esercizio unilaterale della sovranità tributaria statale va ricondotta al limite che la Corte pone al suo stesso giudizio postulando che la riduzione sia illegittima unicamente qualora comporti uno squilibrio incompatibile con le complessive esigenze di spesa regionale e, in ultima battuta, unicamente qualora tale riduzione renda insufficienti in termini assoluti i mezzi finanziari dei quali la Regione stessa dispone per l'adempimento delle proprie competenze. Evenienza di difficile verificabilità sul piano probatorio, di cui la Corte costituzionale non ha escluso radicalmente la deducibilità in giudizio (richiedendo anzi che le Regioni si attivino maggiormente nella produzione di elementi di prova quantitativi[77]), ma

[75] Cfr. Corte cost. 241/2012.

[76] Ed infatti nessuna delle norme statutarie riguardanti le quote di compartecipazione è stata oggetto di modificazione, essendo mutata solo la disciplina da esse presupposta (e riconducibile alla sovranità tributaria dello Stato). Le disposizioni degli Statuti speciali non hanno infatti per oggetto la determinazione della base imponibile dei tributi erariali, che rimane di competenza esclusiva del legislatore statale, e non è su tale profilo che deve quindi svolgersi la leale collaborazione (ciò, peraltro, posto che in ogni caso le procedure collaborative fra Stato e Regioni non trovano applicazione nell'attività legislativa esclusiva dello Stato, per cui nelle fattispecie analizzate non vi è concorso di competenze diversamente allocate né ricorrono i presupposti per la chiamata in sussidiarietà; cfr. ad esempio Corte cost. 121/2013, 8/2013 e 207/2011).

[77] Cfr. il punto 3.2. del considerato in diritto di Corte cost. 26/2014: "l'assunto riguardante

che non sembra essere stata accompagnata da adeguati strumenti di sindacato che tengano conto della posizione privilegiata in cui si trova lo Stato, posta la sua conoscenza dell'assetto complessivo dei conti pubblici (e quindi della maggiore vicinanza alla difesa erariale della prova dell'eventuale iniquità dell'allocazione finale delle risorse, come derivante dalle variazioni della pressione fiscale).

Sebbene sul piano sostanziale il principio di invarianza possa quindi essere considerato insito nel principio di connessione (espressamente formulato al co. 4 dell'art. 119 Cost.), nondimeno sul piano invece rimediale l'effettività di tale declinazione del principio costituzionale risulta fortemente compromessa. Il profilo sostanziale della tutela quantitativa delle risorse territoriali non sembra infatti essere accompagnato da adeguati strumenti di sindacato, posto il rilevante onere probatorio che la Corte costituzionale impone sull'ente che sia stato colpito da una riduzione delle risorse derivante dall'esercizio della potestà tributaria statale.

Questa scarsa sindacabilità peraltro costituisce un importante incentivo a traslare la questione sul piano politico, come avvenuto per la negoziazione tra Stato ed alcune autonomie speciali (riconsiderando in tale sede pattizia anche il regime delle c.d. riserve all'erario); piano politico che si rivela quello più adeguato al governo delle questioni allocative, la tematica della distribuzione delle risorse corrispondentemente all'onere delle funzioni rappresentando un ambito fisiologicamente affidato alle logiche di leale collaborazione (alla ricerca di un equilibrio tra solidarietà e responsabilità, mutualmente sodisfacente per tutti i livelli di governo).

Le carenze sul piano rimediale determinano tuttavia uno sbilanciamento nella forza negoziale del livello statale di governo, il quale – sebbene portatore delle esigenze unitarie e di ampi spazi di intervento sottesi ad un'estesa sovranità tributaria – deve esso stesso essere vincolato a scelte rispettose dell'autonomia, e ad un'allocazione delle risorse che sia oggettivamente equa ed equilibrata, in quanto corrispondente agli oneri di spesa legati alla distribuzione delle competenze.

A fronte di variazioni al prelievo fiscale non compensate, quindi, richiedere che l'ente territoriale possa dare prova che nessuna alternativa è possibile, tra le infinite soluzioni riallocative, per garantire non solo l'invarianza delle risorse territoriali ma – più a monte – la corretta connessione tra risorse e funzioni, può determinare un eccessivo sacrificio degli interessi dell'autonomia a favore delle esigenze finanziarie unitarie; esigenze unitarie che possono invece essere semplicemente allegate dallo Stato, senza oneri di prova del fatto che l'esercizio della potestà tributaria statale sia avvenuto nelle forme sì adeguate a raggiungere

---

l'inadeguatezza finanziaria della manovra non è stato oggetto neppure di un tentativo di dimostrazione da parte della Regione autonoma Friuli–Venezia Giulia, la quale non ha fornito alcun dato quantitativo concreto, dal quale poter desumere l'effettiva incidenza negativa della diminuzione del gettito derivante dalle norme impugnate rispetto allo svolgimento delle sue funzioni costituzionali di ente dotato di autonomia speciale".

gli obiettivi di finanza pubblica complessiva, ma anche con il minor sacrificio possibile per le sfere dell'autonomia.

In questo senso, richiedere la prova nel merito dell'inidoneità di tutte le infinite opzioni allocative possibili – nelle singole fattispecie concrete – a soddisfare il principio di connessione *ex* art. 119, co. 4, costituisce un approccio certamente scarsamente effettivo per operare un sindacato sui profili quantitativi dell'allocazione finanziaria. Più ragionevole sarebbe concentrare il giudizio su quanto sotteso alla scelta legislativa statale contestata, effettuando una valutazione della proporzionalità in sé della stessa; test di proporzionalità che lascia così l'onere probatorio – di allegazione degli elementi sintomatici della ragionevolezza della scelta redistributiva operata incidendo sulla pressione fiscale – a carico del soggetto statuale, il quale fisiologicamente dispone di una più effettiva possibilità di eventualmente provare il carattere proporzionato dell'allocazione operata (in termini di effettiva copertura finanziaria[78]), quest'ultima integrando una prova certamente più agevole rispetto alla richiesta di dimostrare dell'irragionevolezza/impossibilità di tutte le altre opzioni redistributive (come di fatto si pretende dalla difesa delle Regioni).

Sul piano rimediale sembrerebbe quindi più adeguata un'interpretazione del principio di connessione risorse–funzioni (e quindi di invarianza e compensazione, all'occorrenza), che riconosca come sotteso al co. 4 dell'art. 119 Cost. vi sia, in definitiva, il principio di proporzionalità. Anche in questi casi la Corte costituzionale potrebbe quindi proficuamente fare applicazione del test di proporzionalità, verificando se il compendio di risorse territoriali – come ridotto dallo Stato nell'esercizio della sua potestà tributaria a fini di politica economico/sociale complessiva – risulti idoneo, necessario e proporzionato in senso stretto rispetto alle funzioni da svolgere a livello territoriale, da un lato, e alle esigenze unitarie di cui si fa carico lo Stato, dall'altro.

[78] In questo senso, cfr. ancora A. Brancasi, *I due scrutini sul funzionamento dinamico del federalismo fiscale: autonomia finanziaria ed obbligo di copertura degli oneri posti a carico di altri enti del settore pubblico*, cit., pp. 1425 ss. che già suggeriva come non si tratti di provare se le risorse a disposizione delle Regioni hanno effettivamente subito una riduzione ma, a monte, di operare uno scrutinio di copertura finanziaria delle disposizioni modificative dei tributi compartecipati.

CHANGES IN THE TAX BURDEN PROVIDED BY THE STATE AND CONSERVATION OF THE TAX REVENUE ALLOCATED TO LOCAL AUTHORITIES

SAFEGUARDS FOR THE TERRITORIAL AUTONOMIES AGAINST THE LEVY INCREASES RESERVED TO THE CENTRAL STATE OR AGAINST NOT–COMPENSATED TAX REDUCTIONS

by Flavio Guella

The article analyzes how the sovereign decisions on taxation can imply consequences to the regional and local government expenditure capacity, and which kind of protection for the quantity of local resources the legal system can provide for. The existence of a principle of proportional correlation between territorial resources and territorial competences in the Italian Constitution, so as in many other national systems and in the international standards, is translated in a principle of "compensation" of the national tax reductions, if such reduction affects the local expenditure (so that the changes in the tax burden provided by the State have to be harmonized with the conservation of the level of revenue allocated to local authorities). Such a safeguard for the territorial fiscal autonomy can be both realized against a levy increase reserved to the central State so as against a not–compensated tax reduction; in particular, even if sometimes the national legislator already provides with general clauses that compensate the reduction of regional and local taxes with new resources, in other cases – on the contrary – the quantity of resources is not preserved by the Parliament itself and the judicial review is not able to adequately settle such situations. The analysis of the case law, indeed, shows the existence of a restrictive approach in the constitutional adjudication of the decisions concerning the allocation of resources, founded on a overestimation of the burden of proof at the regional level and on a reductive use of the proportionality test.

Le trattative per le Intese con le Confessioni religiose, tra politica e diritto (osservazioni a margine dell'ordinanza n. 40 del 2015 della Corte costituzionale)*

di Fabiano Di Prima

SOMMARIO: 1. Premessa: la persistente "fibrillazione" dei rapporti tra politica e giustizia in Italia. - 2. Un caso paradigmatico: insorgenza e sviluppo dello "scontro" Esecutivo *vs* Giudiziario in materia di trattative in vista delle Intese. - 3.1. Le premesse alla base del conflitto: una rarefatta piattaforma normativa; la primazia d'un diritto consuetudinario ricalcato sulle procedure concordatarie; la conseguente focalizzazione del ruolo *politico* svolto dal Governo. - 3.2. (segue) Il lento emergere di voci dottrinali d'impostazione garantista; la conseguente messa in discussione della cifra solo politica dell'azione governativa. - 3.3. (segue) La correlata svolta giurisprudenziale del 2011, con la sentenza n. 6083 del Consiglio di Stato, che circoscrive l'area della politicità; la delineazione d'un *diritto a una previa e compiuta istruttoria* dei gruppi richiedenti l'intesa. - 3.4. (segue) Il "boomerang" del ricorso straordinario alle SS.UU. del Governo contro la sentenza: il mancato riscontro d'un vizio di giurisdizione; l'avallo alla soluzione del C.d.S. e il suo sviluppo verso un'ulteriore contrazione della politicità; la delineazione d'un *diritto all'avvio delle trattative*. Rilievi critici. - 4. Le ragioni sottostanti alla successiva reazione del Governo: il ricorso per conflitto di attribuzioni tra poteri sollevato nei confronti delle SS.UU.. - 5. Conclusioni sommarie (e precarie): esiti più o meno probabili del giudizio presso la Consulta.

1. *Premessa: la persistente "fibrillazione" dei rapporti tra politica e giustizia in Italia*

Non è infrequente che una decade venga convenzionalmente ricordata tramite un evento o un fenomeno ritenuto centrale nell'ottica di chi se ne occupa, indipendentemente dal fatto che i relativi effetti s'esauriscano o meno davvero in quello spazio. Così, ad es., per politologi, sociologi e giuristi (ma non solo) lo scorso decennio verrà quasi certamente rubricato come quello (segnato dai fatti) dell'11 settembre 2001; laddove, invece, gli economisti lo etichetteranno probabilmente come l'alba della prima grande crisi finanziaria globale dal '29: quel che non cambia, nell'uno e nell'altro caso, è la consapevolezza che gli effetti e le implicazioni di quella stagione, nella realtà delle cose, non si sono esauriti un lustro fa, e che essi invece si riverberano ancora ai nostri giorni.

Ebbene, qualcosa di analogo sembra accadere con le vicende italiane che occupano l'ultimo decennio del secolo scorso. Per un verso, infatti, la pubblicistica tende a identificarlo con gli eventi di "Tangentopoli" e la relativa brusca (ed inedita) svolta negli equilibri della dialettica tra politica e giustizia del Paese, a svantaggio della prima. Ma, per altro verso, è evidente che consimili "fibrillazioni" da allora continuano a connotare – in un modo o nell'altro - tale dialettica, vieppiù in ambiti estranei al penalmente rilevante; talchè, fermo restando quell'icastico *leitmotiv*, in diversi mettono in luce che i fatti degli anni '90 paiono

segnare in effetti l'inizio d'una stagione ancora non conclusa, caratterizzata da una ripetuta interferenza tra paradigmi di valutazione politica e paradigmi di valutazione giudiziaria[1]. Contrariamente, infatti, a ciò che si sarebbe potuto auspicare, l'ordinamento sembra effettivamente fare fatica ad uscire da questa situazione di tendenziale conflittualità; con tutto ciò che ne consegue, in negativo, in ordine all'efficienza della *governance* pubblica (a livello centrale, regionale e periferico), e in generale al funzionamento della democrazia.

Il punto nodale, da una prospettiva giuridica, è che a fomentare tali specifiche dinamiche stanno ancora le medesime ragioni individuate vent'anni fa dalla dottrina: come a dire, cioè, che il quadro attuale, pur al netto di "colori", figure in primo piano (e sullo sfondo) e "registri stilistici" (apparentemente) diversi, resta tutto sommato affine a quello del decennio in parola. Così, ad es., permane centrale[2] il fattore dell'*attivismo giudiziale* (si pensi, da ultimo, ai ripetuti interventi dei giudici nelle materie c.d. "eticamente sensibili"), che già negli anni '90 (ma per il vero anche nel decennio precedente[3]) veniva inquadrato come potenzialmente "lesivo delle prerogative della politica ed eversiv[o] dell'ordine fisiologico della divisione dei poteri"[4]. Ma sopratutto, guardando all'altra faccia della medaglia, risulta ancora cruciale il tema del *declino dei "santuari della politica"*. Come già vent'anni orsono, infatti, il loro essere sempre più luoghi d'amministrazione del contingente, e sempre meno teatro delle "grandi decisioni" (facendone – oggi come ieri - bersaglio della c.d. Antipolitica[5]), determina il moltiplicarsi di situazioni regolate in maniera transeunte, a-progettuale, "frenetica" (ad es., per star dietro al caso mediatico del momento), ovvero all'opposto non disciplinate affatto (per semplice inerzia o per sfuggire ai nodi problematici): col risultato, in entrambi i casi, di incrementare l'intervento delle Corti, che in chiave (più o meno) ne-

[1]* Rielaborazione, corredata di note, della relazione al Convegno di Palermo *Atto politico e potere giurisdizionale nella dinamica del sistema costituzionale: esperienze e prospettive* (27 maggio 2015).

Si attagliano al riguardo diverse delle notazioni preliminari operate da G. Fiandaca (in una prospettiva giuspenalistica, e prendendo spunto da vicende parimenti tese e complicate riferibili a quella stagione) nel suo *La trattativa Stato-mafia tra processo politico e processo penale*, in *Criminalia,* 2012, p. 67 e ss.

[2] Confronta le recentissime osservazioni di M. Olivetti, nell'articolo pubblicato su *Avvenire*, il 24 luglio 2015, dal titolo *Questa Corte serve davvero*?, dove rileva come a livello italiano il "panorama dell'attivismo giudiziale" risulti "affollato", e come in quest'ultimo "non manc[hi]no casi di arbitrio giudiziale".

[3] Paradigmatici i rilievi critici in tal senso di N. Trocker, *La responsabilità del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1982, p. 1293.

[4] Così, M. Luciani, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia*, in *Politica del Diritto*, 1998, III, p. 367 e ss.

[5] Sul quale tema si rimanda, tra moltissimi, al recente lavoro di S. Lupo, *Antipartiti. Il mito della nuova politica nella storia della Repubblica (prima, seconda e terza)*, Donzelli, Roma, 2013.

cessitata, producono diritto onde sovvenire al predetto insufficiente, parziale o mancato ragionamento a livello parlamentare[6].

Quest'ultimo fattore, in effetti, appare quello decisivo: nel senso che un'effettiva rivalorizzazione della politica produrrebbe, tra molti vantaggi, quello del ritorno a un uso *razionale e lungimirante* delle leggi (come equilibrato dominio regolatorio dell'esistente)[7], mitigando così *naturaliter* l'ambito d'intervento "suppletivo" della giurisprudenza, e la connessa eventualità di conflitti con gli altri poteri dello Stato. L'osservazione di tali dinamiche conflittuali, infatti, mostra come la più parte avvenga proprio nei due casi limite testè evidenziati: e cioè, da una parte, quello della *regolazione alluvionale*[8], o – per dirla diversamente - dell'"eccesso di confusione normativa", che, lasciando enormi margini di discrezionalità ai giudici[9], li mette in condizione di adottare decisioni "esorbitanti" lo spazio (meramente) applicativo prefigurato "a monte"; e, dall'altra, l'ipotesi dell'*inerzia* normativa, figlia – a seconda del momento - di temporeggiamenti, sottovalutazioni, alchimie di maggioranze o meri calcoli politici, che si fa eclatante specie quando "sono in gioco tematiche di grande impatto sociale"[10]: fenomeno che tende a incentivare l'intervento giudiziale, a garanzia di diritti costituzionalmente rilevanti ignorati dal Legislatore (o al più affidati a "leggine" dal corto respiro); col rischio potenziale d'invadere l'orbita della regolazione del conflitto sociale, esclusiva pertinenza (secondo la teorica della rappresentanza politica) del *continuum* Parlamento-Governo[11].

---

[6] Sul tema della crisi della politica, e del conseguente sviluppo del diritto giurisprudenziale, sia consentito il rimando a F. Di Prima, *Giudice amministrativo ed interessi religiosi. Istanze confessionali, conflitti e soluzioni giurisprudenziali,* Libellula ed., Tricase (LE), 2013, pp. 24 e ss.

[7] Cfr. F. Viola, *Il ritorno della ragione giuridica*, in *Interpretazione della legge civile e "ragione giuridica"*, a cura di E. Russo, Cedam, Padova, 2003, pp. 13 – 25.

[8] Osservano al riguardo A. Di Giovine e A. Mastromarino, *Il potere giudiziario nella democrazia costituzionale,* in *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, Padova 2011, p. 33, come l'approvazione di questo tipo di produzione normativa "polverizzata", e a "basso grado di astrattezza", piuttosto che un esito finale, costituisca invece "l'inizio della lotta per la sua interpretazione".

[9] Così M. Luciani*, Funzioni e responsabilità della giurisdizione. una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giurisprudenza costituzionale,* 2012, V, p. 3823.

[10] Così S. Bordonali, *L'incidenza del fatto religioso nei percorsi formativi della legge nell'Ordinamento italiano*, in *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado,* 2010, XXVI, p. 749.

[11] Cfr. M. Luciani*, Funzioni e responsabilità della giurisdizione*, cit., p. 3827, il quale nota come la funzione della regolazione – e non già della sola moderazione - del conflitto sociale implichi due presupposti, e cioè "la legittimazione all'adozione di scelte che impegnano gli orizzonti politici del gruppo sociale", e "la competenza ad accertare l'assetto degli interessi in giuoco e ad identificarne il punto di equilibrio": e come entrambi tali presupposti siano dalla teoria della rappresentanza politica rinvenuti tuttora solo nel binomio Parlamento-Governo.

2. *Un caso paradigmatico: insorgenza e sviluppo dello "scontro" Esecutivo vs Giudiziario in materia di trattative in vista delle Intese*

Le note che seguono concernono un caso di conflitto paradigmatico della tipologia che trae origine dall'inerzia normativa. Si tratta, segnatamente, dello "scontro" Esecutivo *vs* Giudiziario apertosi nel 2011 con la sentenza n. 6083 del Consiglio di Stato[12], che ha smosso le acque normativamente povere, o meglio poverissime, della (delicata) materia delle trattative Stato/Chiese in vista delle Intese di cui all'art. 8, III° co., Cost.: un ambito d'azione dell'Amministrazione di vertice retto essenzialmente da *prassi,* formatesi sul calco delle procedure concordatarie[13], e perciò visualizzato dall'Amministrazione stessa, al pari delle negoziazioni con la S. Sede[14], come un terreno di scelte politiche avulse dal sindacato dei giudici. La sentenza infrange, seppur parzialmente, tale idea. Il C.d.S., infatti, scorge una "cesura concettuale" tra l'avvio dell'azione in parola e il suo eventuale prosieguo, i.e. le negoziazioni e la stipula dell'intesa, rilevando come il primo, quale passaggio volto ad appurare la natura effettivamente confessionale del gruppo

[12] Consiglio di Stato, 18 novembre 2011, n. 6083.

[13] Talchè, esemplificativamente, alla prima Intesa siglata in Italia (quella coi Valdesi) si perviene seguendo solennità rapportabili a quelle tenute nella procedura di revisione del Concordato (e dunque, tra l'altro, con l'interazione tra le rispettive delegazioni del Governo e della Tavola valdese); e la seconda, sottoscritta con le Comunità ebraiche, viene assunta alla stregua di un trattato, tant'è che, come osserva G. Sacerdoti nel suo *L'intesa tra Stato e Unione delle Comunità ebraiche del 1987 e la sua attuazione*, in *Dall'accordo del 1984 al disegno di legge sulla libertà religiosa. Un quindicennio di politica e legislazione ecclesiastica*, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri, 2001, p. 332, l'Unione "insistette che l'intesa dovesse avere da parte dello Stato 'piena e intera esecuzione'", per l'appunto come se si trattasse d'una convenzione internazionale. Quanto alle successive intese, invece, può dirsi che il tenore delle solennità certamente si sia attenuato (come si evince, ad es., dal fatto che la prassi comincia a individuare *commissioni*, e non più delegazioni). Quanto alla prima intesa, si riporta quanto osservato trent'anni fa da G. Casuscelli, *L'intesa con la Tavola valdese*, in *Concordato e Costituzione*, a cura di S. Ferrari, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 227, vale a dire il riscontro nell'iter in parola di "elementi procedurali sintomatici di un certo effetto di trascinamento", tali da veder emergere, in generale, un "fenomeno conseguente del Concordato"; e dove più avanti (p. 228), focalizza un aggancio "alla complessa e nuova procedura adottata per il procedimento di revisione del Concordato (con elementi propri delle trattative di diritto internazionale ed elementi propri del procedimento di formazione delle leggi": col risultato finale di vedere posto in essere un iter non "significativamente difforme, quanto al metodo, da quello seguito per la revisione del Concordato". Analogamente, oggi P. Consorti, *1984-2014: le stagioni delle intese e la "terza età dell'art. 8, ultimo comma, della Costituzione*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2014, I, p. 94, rileva come la prassi in quell'occasione seguita conservasse "il parallelismo tra concordato e intese suggerito dalla pressochè unanime interpretazione dottrina dell'epoca". Si noti, altresì, lo spunto del medesimo A., dove (p. 97) suggerisce che sia tale intesa, sia la successiva, possano essere lette "come un esplicito *pendant* del Concordato".

[14] Al riguardo, si rinvia alle precisazioni formulate sul punto da O. Fumagalli Carulli, nel suo *"A Cesare ciò che è di Cesare, a Dio ciò che è di Dio". Laicità dello Stato e libertà delle Chiese*, Vita e Pensiero, Milano, 2006, p. 93.

istante, possiede un carattere *ricognitivo-burocratico* che lo rende "giustiziabile", a differenza dei successivi viceversa liberi nel fine. Da qui, l'insorgenza del conflitto con l'Esecutivo: il quale, fin da subito, sia pur "sottotraccia", reagisce come un potere dello Stato defraudato d'una prerogativa costituzionalmente attribuitagli. Vero è, infatti, che *prima facie* la Sua decisione d'impugnare la pronuncia innanzi alle Sezioni Unite (con ricorso straordinario ex art. 111 Cost.) appare volta a denunciarne il "vizio di giurisdizione"[15], assumendo che *tutti gli atti propedeutici alla sigla d'una Intesa* (compreso quello iniziale in parola), in quanto funzionali a inverare una norma costituzionale sulla produzione di leggi, siano *politici* (perciò non "giustiziabili" giusta l'art. 7 C.P.A.); tuttavia, a ben guardare, lo scopo ultimo sembra essere già quello di rimarcare lo *sconfinamento* del 'giudiziale' nell'orbita dell'esecutivo, come pare evincersi – tra l'altro - da quel generico richiamo fatto nella difesa erariale alla "*funzione di indirizzo politico riconosciuta al Governo in materia religiosa*"[16]. Questa prima reazione, tuttavia, lungi dal sortire l'esito auspicato, finisce col determinare un ampliamento dei termini del conflitto. La soluzione esitata appresso (nel 2013) dalle SS.UU.[17], difatti, non solo avalla la decisione impugnata, ritenendola in linea con i propositi garantisti e antidiscriminatori del Costituente verso il 'religioso' (e con le implicazioni del principio di laicità); ma in più, rilevando la crescente affermazione del trend giurisprudenziale (soprattutto presso la Consulta) favorevole a una delimitazione il più stringente possibile dell'area della politicità, lascia intendere che l'interpretazione adottata dal C.d.S. potrebbe esser stata finanche troppo cauta: nel senso che il richiamato bacino di valori e principi parrebbe esigere la "giustiziabilità" (non solo del predetto *"incipit*", bensì) anche *delle fasi successive, pur se a carattere negoziale,* e forse addirittura – ma il punto è solo accennato – di quello (topico) finale, i.e. la sigla dell'Intesa. Prevedibile, al quel punto, il passo successivo del Governo, che intendendo (resistere nel) difendere l'integrità di tale specifica sfera di azione politica, si rivolge nel settembre del 2014 alla Corte Costituzionale, proponendo ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato. Sei mesi più tardi, infine, l'ultimo passaggio, a tutt'oggi, di tale contrapposizione di vertice, vale a dire l'ordinanza n.40/2015[18] della Consulta, che dichiara ammissibile il ricorso *de quo*, ravvisando elementi atti a suggerire la possibile violazione di limiti costituzionali di competenza.

---

[15] Sul concetto "allargato" di vizio di giurisdizione, cfr. G. F. Ricci, *Diritto processuale civile*, II, Giappichelli, Torino, pp. 262.

[16] Evocato dalla pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, 28 giugno 2013, n. 16305 (p. 3), resa a seguito del ricorso straordinario in parola.

[17] Per gli estremi della sentenza, v. alla nota precedente.

[18] Corte Costituzionale, ordinanza del 17 marzo 2015, n. 40.

3.1. *Le premesse alla base del conflitto: una rarefatta piattaforma normativa; la primazia d'un diritto consuetudinario ricalcato sulle procedure concordatarie; la conseguente focalizzazione del ruolo politico svolto dal Governo*

Si diceva, *supra*, che il conflitto in parola è inquadrabile tra quelli scaturiti in ragione d'una carente piattaforma normativa. Approfondendo il punto, rileva come in effetti le direttrici di diritto positivo all'uopo richiamabili siano pochissime, e pochissimo dicano sulle dinamiche previe alla sigla dell'Intesa[19]. Mancando infatti regole apposite di livello apicale, sia costituzionale – atteso il silenzio al riguardo dell'art. 8, III° co. Cost. - sia legislativo generale, per via dell'esito fallimentare di tutti i pp.dd.ll. volti a introdurre una disciplina organica sul fatto religioso[20], restano in pratica solo tre norme di dettaglio: l'art.2, III° co., lett. *l* della

[19] R. Mazzola, *Brevi considerazioni in merito alle politiche in materia di libertà religiosa e di coscienza in Italia*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2013, I, p. 342, evidenzia una sostanziale "anomia in riferimento alle procedure di accesso alle intese".

[20] Progetti di legge alcuni dei quali contenenti, per l'appunto, la regolamentazione dell'iter propedeutico alla sigla di intese, come ad es. la *Nuova proposta di testo unificato* formulata nel 2006 innanzi alla Commissione Affari Costituzionali, sulla scorta delle proposte Boato (C.36) e Spini (ed altri) (C. 134), al capo V, artt. 34 -40. Elencando i tentativi naufragati, si parte proprio col decennio evocato in apertura, col d.d.l. approvato dal Consiglio dei ministri il 13 settembre 1990, ma mai presentato in Parlamento (*Norme sulla libertà religiosa e abrogazione della legislazione sui culti ammessi*); il successivo d.d.l. n. 3947 presentato il 3 luglio 1997 dal Presidente del Consiglio dei Ministri R. Prodi (*Norme sulla libertà religiosa e abrogazione della legislazione sui culti ammessi*); il testo n. 3947/A presentato dalla I Commissione permanente (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni) il 28 febbraio 2001 al Presidente del Consiglio dei Ministri, relatore D. Maselli (*Norme sulla libertà religiosa e abrogazione della legislazione sui culti ammessi*); la proposta di legge n. 1576 d'iniziativa dell'on.V. Spini (e di altri) presentata il 14 settembre 2001 (*Norme sulla libertà religiosa e abrogazione della legislazione sui culti ammessi*); la proposta di legge n. 1902 d'iniziativa dell'on. G. Molinari presentata il 6 novembre 2001 (*Norme sulla libertà religiosa*); il d.d.l. n. 2531 presentato il 18 marzo 2002 dal Presidente del Consiglio dei Ministri S. Berlusconi (*Norme sulla libertà religiosa e abrogazione della legislazione sui culti ammessi*); il testo n. 2531-1576-1902/A presentato dalla I Commissione permanente (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni) il 9 aprile 2003 al Presidente del Consiglio dei ministri, relatore on. S. Bondi (*Norme sulla libertà religiosa e abrogazione della legislazione sui culti ammessi*); il testo n. 2531-1576-1902/AR approvato dalla I Commissione permanente (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni) il 13 aprile 2005 appresso al rinvio deliberato dall'assemblea il 24 giugno 2003, rel. on. P. Paoletti Tangheroni (*Norme sulla libertà religiosa e abrogazione della legislazione sui culti ammessi*); la proposta di legge n. 6096 d'iniziativa dell'on. A. Perrotta presentata il 22 settembre 2005 (*Disposizioni sulla libertà religiosa*); la summenzionata proposta di legge n. 36 d'iniziativ a dell'on. M. Boato presentata il 28 aprile 2006 (*Norme sulla libertà religiosa e abrogazione della legislazione sui culti ammessi*); l'indicata proposta di legge n. 134 d'iniziativa degli on. V. Spini, M. Boato (e altri), presentata il 28 aprile 2006 (*Norme sulla libertà religiosa e abrogazione della legislazione sui culti ammessi*); il d.d.l. di legge n. 945 d'iniziativa dell'on. L. Malan presentato il 12 settembre 2006 (*Norme sulla libertà religiosa e abrogazione della legislazione sui culti ammessi*); il d.d.l. n. 1160 d'iniziativa dell'on. M. Negri (ed altri) presentato il 14 novembre 2006 (*Norme sulla libertà religiosa e abrogazione della legislazione sui culti ammessi*); la proposta di legge n. 448 d'iniziativa dell'on. R. Zaccaria (ed altri) presentata il 29 aprile 2008 (*Norme sulla libertà religiosa*); il d.d.l. n. 618 d'iniziativa dell'on. M. Negri presentato il 20 maggio

l. n. 400/1988, che si limita a comprendere gli «*atti concernenti* » i rapporti Stato/Chiese tra quelli da adottare con delibera del C.d.M.; e gli artt. 2, II°co., lett. *e)* e 12, X° co., del d.lgs. n.303/1999, che inquadrano tali rapporti nell'orbita delle funzioni svolte dalla P.d.C., specificando il ruolo chiave svolto dal relativo Sottosegretario. Disposizioni, queste, che dicono, al più, d'un ruolo centrale giocato dal Governo; ma che non aiutano in sé a definire il contorno dell'area della politicità, non dicendo alcunchè sul tema sostanziale delle posizioni giuridiche dei soggetti coinvolti. E che, peraltro, non fanno che "ratificare" quanto già segnato dalle summenzionate prassi "similconcordatarie" (delineatesi in occasione della sigla delle prime Intese), che vedono nell'Esecutivo l'organo naturalmente deputato a *condurre* le trattative[21], ed in una veste precipuamente politica[22], trattandosi di risoluzioni decisive per giungere (o meno) ad una base (pattizia) d'una legge. È dunque, in sostanza, il diritto consuetudinario a dettare "cifra", tempi e modi di tale procedura[23]; come conferma indirettamente l'organo governativo competente in materia, posto a supporto del Sottosegretario di Stato (l'Ufficio Studi

2008 (*Norme sulla libertà religiosa e abrogazione della legislazione sui culti ammessi*); la proposta di legge n. 3613 d'iniziativa dell'on. I. Miglioli presentata il 7 luglio 2010 (*Norme sulla libertà religiosa e abrogazione della legislazione sui culti ammessi*). Per un commento su questo cammino stentato e sinora infruttuoso del percorso verso l'emanazione d'una legge generale comune sul fatto religioso, cfr. da ultimo il lavoro di L. De Gregorio, *La legge generale sulla libertà religiosa. Disegni e dibattiti parlamentari*, Edizioni Libellula, Tricase (LE), 2012.

[21] Come si evince, tra l'altro, dalla disamina fornita da G. Pastori, nel suo *La riforma della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Dall'Accordo del 1984 al disegno di legge sulla libertà religiosa. Un quindicennio di politica e legislazione ecclesiastica*, a cura della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ufficio del Segretariato Generale – Servizio per i Rapporti Istituzionali e con le Confessioni Religiose, Roma, 2000, p. 16.

[22] Nella dottrina ecclesiasticistica si riscontrano diverse voci attente a rimarcare questa "cifra" politica del Governo, come ad es. quella netta di E. Vitali, *La Costituzione italiana*, cit., p. 38, dove nota come la decisione di quest'ultimo se aprire o meno (e in che termini) le trattative, debba qualificarsi, "secondo quanto sostenuto da una parte della dottrina, come politica: il Governo non ha infatti l'obbligo di rispondere in modo positivo alla richiesta di aprire le trattative e – anche qualora risponda positivamente – non è tenuto a stipulare l'intesa". Nello stesso senso, quanto alla libertà dell'Esecutivo di decidere in ordine alla sigla di quest'ultima, cfr. C. Cardia, *Manuale di Diritto ecclesiastico*, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 224; V. Tozzi, *Il progetto costituzionale di politica ecclesiastica*, in L. Musselli, V. Tozzi, *Manuale di Diritto ecclesiastico. La disciplina del fenomeno religioso*, Laterza, Roma-Bari, 2000, p. 74 e ss; N. Colaianni, *Intese (diritto ecclesiastico)*, voce, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, p. 698 e ss.; M. Tedeschi, *Manuale di Diritto ecclesiastico*, V ed., Giappichelli, Torino, 2010, p. 96.

[23] Che sia l'Amministrazione, col ricorrente soccorso tecnico dei "propri" giudici, a supplire alla mancata "lavorazione" ordinatrice del Legislatore, è fenomeno che si riscontra sovente in molti settori dell'ordinamento. Quanto a quelli d'interesse per gli ecclesiasticisti, la mancata introduzione d'una legge generale comune sul fatto religioso ha prodotto analoghi risultati anche riguardo all'ambito del riconoscimento civile degli enti confessionali previsto dalla scarna e obsoleta l. 1159 del 1929 (tema analizzato in F. Di Prima, *Le confessioni religiose del "terzo tipo" nell'arena pubblica nazionale. Problemi, dinamiche e tendenze operative*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2014, I, p. 125 e ss..).

e Rapporti Istituzionali), che sul sito ufficiale del Governo[24] riepiloga le tappe dell'iter in parola seguendo, in buona sostanza, la falsariga disegnata dalla prassi[25]: e cioè a) la richiesta delle Confessioni rivolta al P.d.C.; b) il previo parere offerto dal Ministero dell'Interno (i.e. il summenzionato *incipit*); c) la conduzione delle trattative, a cura del Sottosegretario del C.d.M., con l'ausilio di apposite Commissioni[26]; d) il parere reso da una di queste Commissioni sulla bozza d'intesa messa a punto dalle parti[27]; e) la sigla dell'intesa.

3.2. *(segue) Il lento emergere di voci dottrinali d'impostazione garantista; la conseguente messa in discussione della cifra solo politica dell'azione governativa*

La prassi così affermatasi segna un reticolo di regole non scritte che costituiscono la premessa del conflitto in commento. L'intervento mancato del Legislatore, infatti, ha consentito, sino al 2011, che mettesse radice un'idea "*forte*" di autonomia governativa sul punto: un radicamento che solo un intervento giudiziale - come quelli in commento - informato da una lettura *stretta* del micro-sistema costituzionale posto a garanzia degli interessi religiosi collettivi, avrebbe potuto mettere in discussione. La riprova di tale profondo "innervamento", tra l'altro, sta nella disamina delle posizioni assunte al riguardo dalla dottrina ecclesiasticistica, durante e dopo la c.d. "stagione delle intese", quando cioè a cavallo degli anni '80 e '90 tale istituto cessa (finalmente) d'essere una mera prospettazione della Carta, trovando reiterata applicazione: la maggioranza degli Autori, infatti, pur ripudiando l'indirizzo radicale emerso nel Dopoguerra (Del Giudice, in testa) che negava valenza giuridica alle Intese[28] - a fronte di Esecutivi che mostrano in concreto di reputarle un passaggio obbligato (per legiferare sui rapporti di cui all'art.8) -, al contempo tuttavia seguitano, come quella dottrina, a focalizzare una responsabilità esclusivamente politica di quegli stessi governi, i.e. reputandoli dotati della libertà di valutare solo secondo canoni di convenienza/opportunità politica se e quando avviare le trattative: negando così che si tratti di uso "buono" o "cattivo"

[24] V. *governo.it/Presidenza/USRI/confessioni/intese_indice.html* (consultato il 27 agosto 2015).

[25] Analoga ricapitolazione si trova nel compendio reso nel luglio del 2013 dall'Ufficio in parola, curato da A. Nardini e I.T. Mucciconi, intitolato *L'esercizio della libertà religiosa in Italia*, p. 18.

[26] Si tratta, segnatamente, della Commissione interministeriale per le intese con le Confessioni religiose, istituita con d.P.C.M. 14 marzo 1997 e da ultimo prorogata con d.P.C.M. 4 maggio 2013; e della Commissione consultiva per la libertà religiosa, istituita con d.P.C.M. 14 marzo 1997 e da ultimo prorogata con d.P.C.M. 4 marzo 2013.

[27] Segnatamente, ad opera della Commissione consultiva per la libertà religiosa (v. nota precedente).

[28] Esemplare, per l'appunto, la posizione assunta da V. Del Giudice, nel suo *Manuale di diritto ecclesiastico*; Giuffrè, Milano, 1951, VII ed., p. 98., dove in modo troncante si rileva come le intese (e dunque la loro stipula), non abbiano "un valore giuridico, ma soltanto un rilievo di convenienza ed opportunità"; analogamente, si legga quanto in proposito annota, trent'anni più tardi, M. Petroncelli, *Diritto ecclesiastico*, II ed., Jovene, Napoli, 1981, p. 56 e ss..

d'un potere amministrativo/burocratico, e, (pertanto) che le Confessioni istanti abbiano titolo per adire le vie legali nelle ipotesi di contegni respingenti o inerziali tenuti dalla P.d.C.[29]. Posizione, dottrinale, questa, che può riassumersi con l'acuta osservazione di chi[30] ha rilevato come se di base a tutti (o quasi) sia ostile l'idea d'un Esecutivo che si atteggi a "Sovrano ottriante" (e dunque dell'Intesa come "concessione"), tuttavia persuade pochi l'idea opposta di un Governo che si possa "portare in Tribunale", ritenendo più acconcio farne valere le (eventuali) responsabilità nelle aule parlamentari, coi rimedi appositi.

Ma, al contempo, accanto a questa dottrina maggioritaria che avalla le risultanze della prassi, singole voci giungono a esiti interpretativi diversi, gettando i semi di un'avvertita necessità di circostanziamento dell'"arbitrio" governativo, che è – anch'essa – alla base del conflitto in discussione. La constatazione della sostanziale "ineffettualità" dei rimedi politici testè evocati (come ad es. la mozione di sfiducia nei confronti del Governo inerte[31]; o la surrogazione a questo del Parlamento[32], entrambe soluzioni poco praticabili e che non individuano stru-

[29] Dove l'evoluzione rispetto al pregresso radicale orientamento è apprezzabile in ciò che questi autori focalizzano la natura anche giuridica delle intese, quanto meno nel senso di limitare il legislatore ordinario al rispetto di quelle già siglate. Cfr., esemplificativamente, P. A. D'AVACK, *Trattato di diritto ecclesiastico italiano. Introduzione sistematica – Fonti. Principi informatori e problemi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 443 e ss.; e A. RAVÀ, *Revisione del Concordato lateranense o revisione costituzionale?,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, p. 49 e ss..

[30] G.B. VARNIER, *La prospettiva pattizia,* in *Principio pattizio e realtà religiose minoritarie*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 4.

[31] P. BARILE, *Intervento*, in *La questione della tolleranza e le confessioni religiose*, Jovene, Napoli, 1991, p. 95. Ipotesi, questa, la cui configurabilità implica l'occorrenza d'un evento assai improbabile, e cioè che si addivenga a una crisi di governo e alla conseguente approvazione d'una mozione di sfiducia da parte delle Camere su una questione che riguarda l'indirizzo politico governativo in ambito ecclesiastico (pur se in astratto, come nota S. FASCIO, *Le intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica tra atti politici e discrezionalità tecnica dell'amministrazione*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2012, V, p. 1212, la soluzione avrebbe il vantaggio che verrebbero così sottoposti a controllo *tutti* gli atti posti in essere dal Governo nel corso delle trattative).

[32] S. LABRIOLA, *Della intolleranza religiosa: le intese secondo l'articolo 8 della costituzione tra ostruzionismi del governo e rimedi possibili*, in *La questione della tolleranza*, cit, p. 182; A. CERRI, *Critica del criterio di ragionevolezza come limite alla libertà religiosa*, in *La questione della tolleranza*, cit., p. 182 e ss; evoca una "parlamentarizzazione" delle trattative B. RANDAZZO, *La legge «sulla base» di intese tra Governo, Parlamento e Corte costituzionale. Legge di approvazione?*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2001, I, p. 219 ss. Soluzione, questa della surrogazione, che a parte contrastare con la prassi sin qui seguita del Governo come "sovrintendente" unico delle negoziazioni con le Confessioni, appare stridere con l'indole costituzionale del ruolo del Primo, quale organo deputato a forgiare una quota rilevante dell'indirizzo politico del Paese, anche nel settore specifico considerato. Ciò detto, non è mancata in dottrina l'elaborazione di espedienti teorici alternativi ai due rimedi testè considerati: v'è stato, ad es., chi (G. GUAZZAROTTI, *Il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato quale strumento di garanzia per le confessioni religiose non ammesse alle intese*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, p. 3920 e ss.) ha proposto la soluzione di far presentare alle entità 'respinte' un conflitto d'attribuzioni tra poteri dello Stato innanzi alla Consulta, sulla base dell'avviso che le Confessioni, in quanto dotate d'una

menti di garanzia "attivabili" dagli interessati), unitamente all'avversione per l'idea di un Esecutivo abilitato a comportarsi "*more privatorum*" rispetto a posizioni soggettive di taglio fondamentale, conduce taluni a "sganciarsi" dalle suggestioni ricavabili dalla prassi, nonostante i rischi di un'operazione ermeneutica condotta al "buio" della legalità legale (essendo, per l'inerzia del Legislatore, relativamente chiari solo i termini della legalità costituzionale); e a ricercare, attraverso un'operazione di bilanciamento degli interessi contrapposti in gioco, la misura massima di estensione del diametro di politicità "disegnabile" dal "compasso" governativo[33]. Stabilendo, quindi, che sinché si tratti del mancato perfezionamento d'un accordo per l'assenza, nella *mens* governativa, di convenienza/opportunità, (sin lì) si stia nel campo delle scelte politiche, opinabili ma "oggettivizzate" e dunque (più o meno) difendibili; e che invece non abbia più nulla di politico il contegno del Governo sin da tutto principio tanto ostile a un gruppo (effettivamente) confessionale, da non concedergli neanche la *chance* di sedersi una volta al tavolo negoziale: contegno, questo, che nel suo "soggettivismo" pregiudiziale, sfocia inevitabilmente in un abuso di potere. Da questo spunto, variamente formulato, scaturiva l'ipotesi che (almeno) le determinazioni assunte dalle autorità governative nella fase previa dell'*avvio* delle trattative potessero rientrare nella categoria degli atti dovuti, a cui è possibile opporre un ricorso amministrativo in caso di inadempimento: anche sulla scorta del ragionamento che essendo quegli atti preliminari (genericamente valutativi) connessi alla successiva decisione politica[34], dal momento che quest'ultima, in quanto tale, non è impugnabile, lo sono invece i primi, in quanto atti vincolati nel fine specifico di informare e guidare quella stessa, delicata ma libera, decisione. Una visione garantista, questa, che in parole

specifica prerogativa costituzionale (i.e. quella di poter fruire d'uno speciale regime pattizio) siano assimilabili a poteri statuali lesi dal contegno (inerziale) di un altro potere (il Governo), per via del fatto che l'Esecutivo, in spregio dei principi di buona fede e leale collaborazione, non rende effettiva detta prerogativa. Ma come s'è già annotato in F. Di Prima, *Giudice amministrativo e interessi religiosi collettivi*, cit., p. 303, tale ipotesi non convince: e ciò "...perché è vero che la Corte ha riconosciuto come «*poteri dello Stato*», anche realtà "*esterne rispetto allo Stato-apparato*", come i comitati promotori dei referendum; ma la *alterità* di tali soggetti nulla ha a che vedere con quella ben più peculiare e radicale che connota le confessioni, essendo esse non solo estranee all'apparato statale, ma anche e prima di tutto *all'ordine stesso dello Stato ex art.7, I° Cost.*. Peculiarità, questa, del resto tenuta presente proprio dal Costituente, col preconizzare la fisiologica e istituzionale operatività delle Confessioni nell'ordine loro proprio, onde evitare, tra l'altro, *proprio* la formazione di "poteri paralleli" come accadeva nei vecchi '*pacta unionis*' d'ispirazione giurisdizionalista" (per il riferimento a detti *pacta unionis*, v. S. Berlingò, *Considerazioni introduttive*, in *Principio pattizio*, cit., p. 18.).

[33] V., esemplificativamente, tra gli altri, G. Zagrebelsky, *Principi costituzionali e sistema delle fonti di disciplina del fenomeno religioso*, in *Studi per la sistemazione delle fonti in materia ecclesiastica*, a cura di V. Tozzi, Edisud, Salerno, 1993, p. 108 e ss.; P. Bellini, *Realtà sociale religiosa e ordine proprio dello Stato*, in *Normativa ed organizzazione delle minoranze confessionali in Italia*, a cura di V. Parlato e G.B. Varnier, Giappichelli, Torino, 1996, p. 309 e ss..

[34] Cfr. G.B. Varnier, *La prospettiva pattizia*, cit., p. 4.

povere prova a contemperare, senza l'ausilio del diaframma legislativo e puntando solo sul "focus" fissato a grandi linee dal Costituente, le istanze del 'Governante' con quelle dei 'governati'.

3.3. *(segue) La correlata svolta giurisprudenziale del 2011, con la sentenza n. 6083 del Consiglio di Stato, che circoscrive l'area della politicità; la delineazione d'un diritto a una previa e compiuta istruttoria dei gruppi richiedenti l'intesa*

Seguitando a ragionare sulle origini del conflitto in parola, emerge come allegazioni di tipo garantista affini a quella appena vista comincino a far capolino nelle aule giudiziarie proprio quando volge al tramonto la ricordata "stagione delle intese". Curiosamente, la causa efficiente che vi dà impulso è una soggettività che appare aver ben poco a che fare con le Confessioni religiose, e cioè l'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (U.A.A.R.)[35], che nel 1996 avvia un lungo e articolato contenzioso con l'Amministrazione di vertice, mosso dai ripetuti dinieghi da quest'ultima opposti alla sua richiesta di addivenire a un'Intesa con lo Stato italiano. Detto complicato percorso giudiziale[36], che comincia con la lagnanza (giustificata) per un diniego espresso con una semplice nota anzichè (come richiesto dal predetto art. 2 della l. 400/1988) con delibera del C.d.M., giunge - dopo diversi momenti più o meno altalenanti - prima alla sentenza del T.A.R. del 2008[37] che avalla convintamente la tesi della piena libertà dell'Esecutivo di autodeterminarsi, dichiarando pertanto il proprio assoluto difetto di

[35] Se infatti alla luce del diritto europeo (con una serie di riferimenti normativi generali - ad es. l'art. 10 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE; l'art. 9 della Convenzione EDU - e particolari - il secondo paragrafo delle *Linee guida sulla promozione e la protezione della libertà di religione e di convinzioni*, dettate dal Consiglio dell'UE - per la disamina dei quali si rinvia a J. Pasquali Cerioli, *Accesso alle intese e pluralismo religioso: convergenze apicali di giurisprudenza sulla "uguale libertà" di avviare trattative ex art. 8 Cost., terzo comma*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (statoechiese.it), luglio 2013, pp. 18-20) e del diritto italiano (l'art. 8 del d.lgs. n. 251 del 2007, in tema di riconoscimento dello *status* di rifugiato, che "tipizza" i motivi delle persecuzioni rilevanti al fine di dar luogo al predetto riconoscimento) tale associazione può figurarsi come comunità basata su una credenza; essa sembra tuttavia difettare in radice dei coefficienti anche minimi che già Jemolo indicava per individuare una confessione, e cioè "un minimo di riti, di simboli, e relative esigenze di rispetto" (A.C. Jemolo, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 123): come a dire che in essa, pure a voler assumere una "nozione debole"di confessione religiosa (nel senso indicato da G. Casuscelli, *Ancora sulla nozione di confessione religiosa: il caso di Scientology*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1998, III, p. 832 e ss.) manca del tutto la dimensione minima del "vissuto" del sacro che è propria di *tutte* le confessioni (cfr. i condivisibili rilievi in proposito di J. Pasquali Cerioli, *Accesso alle intese e pluralismo religioso,* cit., pp. 20-21), e che si esprime, per esperienza comune, mediante un complesso di pratiche e ritualità cultuali, come pure di "ministri/presenze guida" che ne curino l'espletamento con legittimazione sacramentale/sapienziale/carismatica.

[36] Ricostruito più approfonditamente in F. Di Prima, *Giudice amministrativo e interessi religiosi*, cit., p. 307 e ss..

[37] T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, sentenza 31 dicembre 2008, n. 12539.

giurisdizione; e poi alla summenzionata pronuncia del C.d.S. del 2011 che - come anticipato - cambia invece, pur parzialmente, le carte in tavola[38].

Il salto di qualità del Consiglio è quello di tener conto della profonda evoluzione che ha conosciuto nel nuovo millennio la giustizia amministrativa, e del fatto che i suoi interpreti, giusta tali profonde innovazioni, non sono più meri custodi della legittimità degli atti compiuti dalla P.A., bensì, prima di tutto, "alfieri" dei diritti fondamentali coinvolti nell'azione amministrativa[39]. Tenendo presente questo rivolgimento tecnico/culturale, e la correlata necessità di operare focalizzando *in primis* l'eventuale presenza di contegni pubblici "anticostituzionali", il C.d.S. censura su due piani la prospettiva seguita dal T.A.R.. Da un lato, perchè quest'ultimo *trascura un portato della giurisprudenza dominante, avvalorato dal "nuovo" art. 114 Cost.*: e cioè che la categoria degli atti "politici" è valutata ormai da tempo come residuale, comprendendo non già tutte le determine degli organi di governo al massimo livello (Esecutivo compreso), ma solo quelle – e non sono moltissime - che incarnino scelte rilevanti di specifico rilievo costituzionale e politico (i.e. concernendo "*la costituzione, il funzionamento e la salvaguardia dei pubblici poteri*"). Dall'altro lato, perchè *non adotta una lettura sufficientemente informata dal pertinente dato costituzionale*: che nell'attribuire importanza capitale allo strumento pattizio (al punto di fissare una riserva di legge assoluta e una limitazione dei contenuti), pone un'implicita direttrice di favore a una sua (quanto più possibile) estesa adozione. Da qui l'innovativa chiave interpretativa del C.d.S., che, per dar seguito a tale direttrice "filopattizia", vede l'imbocco della strada verso l'intesa - i.e. il predetto vaglio sulla natura dell'istante - ancora connotato in senso deontico, come un'anticamera, cioè, dove la forza della cogenza dei pertinenti precetti costituzionali di garanzia (e in particolare degli artt. 3 e 8) non è ancora "mitigata" dal controbilanciamento con quelli altrettanto pertinenti di organizzazione e competenza (e in particolare dell'art. 95), come invece avviene nel prosieguo di quel percorso. Ragionando dunque d'una fase procedurale esterna alla sfera della politicità, dove è in gioco un cospicuo "bene della vita" (ie. l'accesso a un insostituibile regime *ad hoc*), il Collegio ritiene che gli atti ivi compiuti dalla P.A. siano senz'altro sindacabili, quali provvedimenti espressione d'una discrezionalità (non ancora politica, bensì) tecnica, retti dalle regole generale del procedere amministrativo. Da qui la conclusione cui perviene il C.d.S., che innesca - come riferito - il conflitto in commento: e cioè che "*quanto meno l'avvio delle trattative può addirittura considerarsi obbligatorio sol che si possa pervenire a un giudizio di qualificabilità del soggetto istante come confessione religiosa*", salva la facoltà di non siglare l'intesa. Il

[38] Si rileva qui come detto contenzioso abbia allo stato conosciuto il suo ultimo atto con la pronuncia del T.A.R. Lazio del 3 luglio 2014, n. 7068, che ha respinto nel merito il ricorso dell'U.A.A.R., escludendo che essa possa essere qualificata alla stregua d'una confessione religiosa.

[39] Per una disamina sull'argomento si rimanda a F. Di Prima, op. ult. cit., pp. 80 - 97, e ai riferimenti bibliografici ivi raccolti).

fattore "scatenante" è dato, probabilmente, dal fatto che il Governo, al pari di alcune voci dottrinali, sembra non cogliere pienamente il senso effettivo delle parole del C.d.S..: che è in fondo quello di riconoscere il *diritto dei gruppi istanti ad una compiuta istruttoria*, i.e. quella atta a informare - nel rispetto delle regole generali sul procedimento amministrativo - un responso congruamente motivato[40]; e di reputare logico e conseguenziale all'evenienza (tutt'altro che scontata) d'un responso positivo, la semplice *apertura* delle trattative. Una posizione che, a ben guardare, lascia pressocchè intatta la sfera della politicità sovrintesa dalla P.d.C., perchè sottolinea, da una parte, che a tale sfera è estraneo il momento iniziale di filtro "tecnico", affidato al Ministro dell'Interno; e, dall'altra, che se è vero che questo filtro "abilita" taluni soggetti a *sedersi al tavolo delle trattative* (quelli ritenuti effettivamente confessionali), tuttavia non conferisce loro alcun diritto *specifico*, i.e. alcun titolo a esigere alcunchè in quella sede (per l'appunto già politica) dal "Tenutario del tavolo" (il Governo), che resta libero di tenere il contegno che ritenga più opportuno (dal fortemente collaborativo al suo radicale opposto), e *de futuro* - putacaso - di lasciare che quella seduta resti un *unicum,* senza dover fornire spiegazioni di sorta. Una posizione, quindi che complessivamente appare figurare un *ponderato contemperamento tra le due istanze basilari* in ballo, i.e. 'ragion di Stato' e protezione delle istanze confessionali[41], senza che nè l'una nè l'altra possano dirsi irragionevolmente sacrificate.

L'Esecutivo, tuttavia, è di diverso avviso, probabilmente perchè - per l'appunto - si ferma a quella formula dell' "avvio obbligatorio delle negoziazioni" assumendola *tout court* come il riconoscimento d'un *diritto all'avvio delle trattative* in capo alle Confessioni. Quest'erronea assunzione, e/o la volontà a priori di sgom-

[40] Com'è stato efficacemente rilevato in dottrina (N. Colaianni, *Diritto pubblico delle religioni*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 113, infatti, una volta esclusa "la politicità dell'atto governativo che acclara il risultato dell'indagine previa in discussione, a tale atto viene ad applicarsi "la legge sul procedimento amministrativo che -di conserva con il diritto europeo che prevede «*l'obbligo per le amministrazioni di motivare le proprie decisioni*» (art. II- 101, art. 41 Carta dei diritti UE) - enuncia in via generale l'obbligo di motivazione, a meno che", ma non è questo il caso, "non si tratti di atti a contenuto normativo o comunque «*generale*» (art. 3 cpv., l. 241/1990); dovendo il provvedimento indicare «*i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'Amministrazione*, *in relazione ai risultati dell'istruttoria*». Talchè ne deriva che nella procedura *de qua*, laddove dall'istruttoria emerga con nettezza la non confessionalità degli istanti, e sia (in seguito) loro comunicato il conseguente diniego accompagnato da puntuali delucidazioni (e non altrimenti infiacchito da vizi), "l'obbligo di procedere s'è già praticamente consumato: non potendosi individuare in capo al Governo ulteriore obbligo, oltre quello della predetta comunicazione del diniego a un soggetto risultato "carente di interesse legittimo pretensivo".

[41] V. in proposito M. Parisi, *Associazionismo ateista e e accesso all'Intesa con lo Stato. Riflessioni a margine della sentenza n. 7068 del 2014 del Tar Lazio*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (statoechiese.it), novembre 2014, p. 9, dove rileva, pur appresso ad alcune puntualizzazioni critiche sulla sentenza, come "in ogni caso, il punto di vista dei giudici di Palazzo Spada si [sia] configurato tale da proporre un indirizzo interpretativo di tutela per i vari movimenti religiosi interessati all'accordo, definendo i contorni dell'azione governativa rispetto alla fase di avvio del procedimento d'Intesa".

brare il campo da equivoci di sorta, fomenta la predetta iniziativa del ricorso per cassazione, che - come già riferito - si rivela una scelta poco felice: dal momento che le SS.UU. giungono a sostenere, in estrema sintesi, che il C.d.S. avrebbe avuto argomenti per adottare una ben più severa lettura della fattispecie scrutinata, delimitando così ulteriormente la sfera politica sovrintesa dal Governo.

3.4. *(segue) Il "boomerang" del ricorso straordinario alle SS.UU. del Governo contro la sentenza: il mancato riscontro d'un vizio di giurisdizione; l'avallo alla soluzione del C.d.S. e il suo sviluppo verso un'ulteriore contrazione della politicità; la delineazione d'un diritto all'avvio delle trattative. Rilievi critici*

Analizzando la sentenza delle SS.UU., si nota sin da principio un approccio effettivamente diverso da quello tenuto dal C.d.S., ma non nel senso auspicato dall'Esecutivo: le argomentazioni svolte, infatti, dicono tutte d'una precisa volontà di rimarcare molto più la *priorità del tema garantista*, sino ad approdare a (quella che appare come) una larvata estremizzazione conclusiva della tesi che lascia - come si vedrà fra un attimo - più d'una perplessità. Le ragioni principali che muovono in questa direzione le SS.UU. appaiono eminentemente due, e cioè l'attenzione per la basilarità dei diritti collettivi coinvolti, e, parallelamente, l'attestazione della propensione del diritto vivente, non solo nazionale, a marginalizzare (la categoria del)l'atto politico. Quanto a quest'ultimo profilo, ad es., le SS.UU. spendono diverse righe per richiamare ed illustrare detto filone giurisprudenziale, richiamando giudicati di diverse corti nazionali e sovranazionali; laddove, invece, il C.d.S. s'era limitato a rievocare l'analogo orientamento dominante seguito dal medesimo consesso. Grande rilievo, in particolare, è dato alla sentenza n. 81 del 2012 della Consulta, che sancisce il principio per cui ogni qualvolta l'ordinamento fissi "*canoni di legalità*" (anche costituzionale) a presidiare taluni beni della vita, deve ritenersi *sindacabile* (e non libera nel fine) l'attività svolta dall'Amministrazione a qualsiasi livello, anche altissimo, atta a influenzare la fruizione di quei medesimi beni. Mentre altre sentenze della Cassazione e dal Consiglio di Stato, appositamente rievocate, servono alle SS.UU. per mettere in luce il correlato concetto-guida che un atto assunto dai pubblici poteri può configurarsi *insindacabile* solo quando l'ordinamento ne delinei in modo inequivocabile l'*estrema politicità*, i.e. la piena e conclamata libertà nel fine da perseguire; non essendo sufficiente, a tal fine, che il sistema conferisca all'organo emittente un'ampia discrezionalità valutativa. Più specifico, infine, il senso del richiamo della giurisprudenza CEDU, nel porre in luce come essa imponga alle autorità nazionali di giuridificare, e in maniera analitica, le procedure d'accesso delle Confessioni a status promozionali (in particolare predisponendo criteri non discriminatori e adottando congrue motivazioni d'esercizio), così da renderne possibile la sindacabilità giurisdizionale. A corredo, poi, dell'argomento dell'affermazione del diritto giurispruden-

ziale "garantista", le SS.UU. ne utilizzano un altro - anche in questo caso - solo sfiorato dal C.d.S., vale a dire quello della *sufficienza dei canoni di legalità costituzionale* a vincolare i contegni pubblici alla loro osservanza. Al riguardo, la Cassazione mette condivisibilmente in luce come sia ormai niente più che un' illusione veteropositivista (e legalista) la pretesa di avere in ogni caso una legge che traduca in linguaggio "legale" il precetto contenuto nei predetti canoni[42]; e che questi ultimi, invece, anche in difetto d'un intervento legislativo, contengono principi fondamentali che "*danno sostanza a diritti e interessi*". Con la conseguenza che detta "stella polare" costituzionale, com'è bastevole *ex se* a orientare in un verso di garanzia le pertinenti condotte dell'Amministrazione, lo è anche a sorreggere giuridicamente le lagnanze di chi patisca gli effetti di quelle condotte, quando queste ultime appaiano riottose a seguire detto verso, se non addirittura proclivi a seguirne uno contrario.

A questo punto, chiuso lo spazio delle argomentazioni d'ordine generale, le SS.UU. tirano le fila: e qui, come s'anticipava, la pronuncia prende una piega (al contrario) poco condivisibile, che sembra appannare (se non "increspare") i contorni netti e "geometrici" disegnati dal C.d.S.. Vi è infatti che la Suprema Corte, seguendo un *trend* concettuale/culturale affine a quello riscontrabile l'anno successivo nella discussa sentenza n.238/2014 della Consulta (ove si reputa prevalente sul principio internazionale dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione straniera, pur posto a presidio d'una funzione sovrana di governo, il diritto alla tutela giurisdizionale delle vittime dei crimini nazisti), sembra assumere come prioritario il punto di vista dei "governati", nell'occasione le rappresentanze confessionali, ponendo invece in ombra le ragioni sottostanti alle istanze governative. Quel che affermano le SS.UU., infatti, è che l'ordinamento giuridico, giusta l'art. 8 Cost., pone (non solo l'anzidetto previo filtro "tecnico", bensì) *tutto* l'iter che conduce alla sigla delle Intese *a servizio delle Confessioni*, funzionalizzandolo in chiave antidiscriminatoria (i.e. contro l'eventuale "*immotivata e incontrollata selezione degli interlocutori confessionali*") e di promozione del pluralismo, della laicità e della libertà religiosa: e che, pertanto, "*l'apertura delle trattative è dovuta in relazione alla possibile intesa, disciplinata, nel procedimento, secondo i canoni dell'attività amministrativa*"; e che, infine, potrebbe prospettarsi finanche un *"diritto alla chiusura della trattativa o all'esercizio dell'azione legislativa"*, ma "*esula*[ndo il punto] *dall'ambito decisionale*", i giudici lo lasciano volutamente inevaso. Ora, se è senz'altro vero che l'impianto predisposto dai Costituenti serve a dare un riconoscimento "sostanziale" alla pluralità, diversità e libertà delle Confessioni; e che quindi *effettivamente* esso ha una

[42] Definisce condivisibilmente di "grande momento" e "ricca di conseguenze" detta osservazione J. Pasquali Cerioli, *Accesso alle intese*, cit., p. 9: tra le quali (conseguenze), vi è quella che "l'assenza di una legge generale sulle libertà religiose non può essere invocata strumentalmente allo scopo di paralizzare - quasi fossero solo auspici programmatici - le garanzie costituzionali di cui godono tutte le confessioni religiose".

valenza strumentale di cui Quelle sono le beneficiarie elettive; tuttavia si cadrebbe in errore laddove si pensasse, come pare le SS.UU. lascino pensare, che le intese servano *esclusivamente* alle Confessioni, e non anche allo Stato. E ciò per almeno due ordini di motivi.

Il primo è che si ragiona d'uno *strumento pattizio*, dove pertanto le singole previsioni stese dalle parti rappresentano la *calibratura tra i rispettivi interessi e controinteressi*, come anche delle esigenze di ciascuna a (consentire e) "legittimare ingerenze reciproche in settori ritenuti di comune interesse"[43] (come accade ad es. in tema di beni culturali ecclesiastici, patrimonio *stricto sensu* confessionale ma al contempo *lato sensu* nazionale, con la previsione ricorrente nelle Intese dell'impegno di *entrambe le parti* a collaborare per la loro tutela e valorizzazione[44]): e se così è, risulta difficile anche solo ipotizzare - come fanno le SS.UU. - la sussistenza di un "diritto alla chiusura della trattativa", giacchè in questo caso il Governo finirebbe col ricoprire un ruolo diverso da quello di negoziatore (i.e. quello implicato dal concetto di "intesa") per assumere invece le vesti d'una sorta di notaio che espone i termini della questione, raccoglie le istanze, e le suggella in un documento ufficiale (così che, a ben guardare, nemmeno più di "trattative" si tratterebbe, ma d'una sorta di "istruttoria partecipata" dal tenore inevitabilmente procedimentale)[45].

Il secondo motivo è che la ricostruzione delle SS.UU. sembra non tenere in sufficiente conto il fatto che se l'obiettivo dell'iter è quello di intavolare un capitolato che segnerà le direttrici base della coordinazione Stato/Chiesa, allora la chiusura di esso risulta funzionale *anche* all'Esecutivo, per via della responsabilità politica che Questo assume per averlo condotto a termine e con una certa *configurazione complessiva* (più o meno soddisfacente per le aspettative *ex parte Status*), posto che questi elementi emergeranno come salienti nella fase successiva, quando il documento verrà sottoposto al "test" parlamentare.

Alla luce di quanto rilevato, appare dunque poco convincente l'idea di presentare le intese come strumenti funzionali *unicamente* alle istanze confessionali. Ma per il vero, a ben guardare, potrebbe scontare un problema di fondo anche la visione di base che corrobora quell'idea, i.e. il predetto registro "pro governati" adottato dalle SS.UU.. E ciò in quanto, se si condivide la teorica delle intese

---

[43] Come osserva, pur se riguardo alle dinamiche concordatarie, G. Catalano, nel suo *Sovranità dello Stato e autonomia della Chiesa nella Costituzione repubblicana. Contributo all'interpretazione dell'art. 7 della Costituzione*".

[44] Cfr., ad es., l'art. 17 dell'Intesa del 21 febbraio 1984 siglata con la Tavola Valdese.

[45] Nota al riguardo M. Canonico, *La stipulazione di intese con lo Stato: diritto delle confessioni religiose o libera scelta del Governo?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (statoechiese.it), luglio 2012, il peso che invece ha il Governo nel momento topico della scelta dei contenuti del testo pattizio, posto che "difficilmente potrebbe sostenersi che la concreta determinazione degli elementi che andranno a costituire la normativa dei rapporti Stato–Chiesa, materia costituzionalmente riservata alla competenza dei poteri statali, non rientri fra le scelte di indirizzo politico".

come "atti di diritto esterno", che implica la posizione paritaria delle Confessioni rispetto allo Stato quali ordinamenti in senso "romaniano", pare divenire incongruo l'utilizzo d'un registro che (pre)suppone la soggiacenza di consociati ed entità intermedie al *gubernaculum*, rispetto a una procedura che vede invece - secondo la predetta ottica - un'interazione tra soggetti su un medesimo piano (quello, secondo Finocchiaro, d'un ordinamento terzo creato di volta in volta dall'incontro delle volontà esprimentisi durante tale interazione[46]). Un problema eventuale, questo, che non si sarebbe, invece, nemmeno prospettato secondando la visuale del C.d.S.: la quale, fissando un confine certo tra l'area del diritto e quella della politica, pareva poter fare a meno di un approccio ermeneutico di particolare favore, nonchè restare salda indipendentemente dalla visione dottrinale delle intese adottata. Ma, sopratutto l'appannamento di detto confine operato dalla Cassazione produce *problematicità certe*, legate al presidio della sfera d'indirizzo politico riservata al Governo, ed al contempo all'ottimizzazione dell'azione pubblica nelle procedure in commento. Quanto alla prima, vi è che le SS.UU. delineano - come indicato nei passi prima citati - un avvio delle trattative sottoposto "*ai canoni dell'attività amministrativa*" ove è esplicitamente incluso il predetto vaglio qualificatorio[47]; ma, così facendo, finiscono con lo spostare *dentro* la fase prettamente negoziale/politica quel momento tecnico di discrezionalità che invece il C.d.S. aveva lasciato *fuori* da quella stessa fase: col risultato che in questo caso si configura *davvero* un diritto all'avvio delle trattative in capo ai richiedenti, e che pertanto il Governo, pur trovandosi in una sede prettamente "politica", può vedersi legittimamente impugnati innanzi a un giudice gli atti compiuti in quella sede, senza poter far valere l'immunità di cui all'art. 7 c.p.a.. Contestualmente, come si diceva, questa risultante produce a sua volta complicazioni non indifferenti sul piano organizzativo e procedimentale. Come opportunamente notato in dottrina[48], infatti, se la procedura si configura come un iter sovrinteso *sin da principio* dalla Presidenza del Consiglio, ciò condurrà molto probabilmente quest'ultima a coinvolgere *già in questa fase previa* due organi apicali dell'Amministrazione, i.e. la Commissione interministeriale, istituita per aiutare la P.d.C. nella fase delle trattative, e il Consiglio di Stato, chiamato in veste di consulente, a fornire un parere apposito: producendosi, così, un considerevole aggravio burocratico, in luogo di un operazione più agile come quella condotta (da decenni) dal solo Ministero dell'Interno; appesantimento vieppiù nemmeno troppo in linea con la legislazione sul procedimento amministrativo, che proibisce consimili aggravi

---

[46] Cfr. F. Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico*, XI ed., Zanichelli, Bologna, 2012, pp. 138-139.

[47] Cfr. il punto 7 della sentenza in commento, dove, affermandosi l'esigenza che "*...il potere di avviare le trattative sia esercitato in conformità alle regole che l'ordinamento impone in materia...*", si soggiunge la specificazione che tali regole "*...attengono in primo luogo all'uso di canoni obiettivi e verificabili per l'individuazione delle confessioni religiose legittimate*".

[48] Cfr. N. Colaianni, *Ateismo de combat e intesa con lo Stato*, in Rivista AIC, 2014, IV, p. 6.

salve le sole eccezioni date da "esigenze straordinarie e motivate" (art. 1, cpv., della predetta l. 241/1990).

4. *Le ragioni sottostanti alla successiva reazione del Governo: il ricorso per conflitto di attribuzioni tra poteri sollevato nei confronti delle SS.UU.*

Tirando le fila, se si soppesa il complesso degli elementi critici della sentenza testè evidenziati, non appare particolarmente sorprendente che il Governo, appresso alla sua emanazione, abbia deciso di promuovere il summenzionato conflitto di attribuzioni, lamentando un'"invasione di campo" da parte del potere giudiziario. Infatti, pur comprendendo che molte di quelle criticità scaturiscono dalla complicatezza dell'operazione ermeneutica condotta dalle Sezioni Unite, vale a dire l'uso diretto della Carta costituzionale, e che le Medesime non avrebbero potuto fare altrimenti, stante il *punctum dolens* di base della carenza d'una apposita legge organica; e pur non mancando, inoltre, nelle argomentazioni della Cassazione l'adozione di spunti teoretici più che apprezzabili (su tutti, l'inclinazione al rigetto di dogmatismi veteropositivistici, e in generale lo spirito garantista a pro delle istanze confessionali); tuttavia sembra potersi dire che la pronuncia non si sottrae del tutto al rischio, sempre insito nell'uso diretto della Costituzione (come parametro di legittimità dell'azione dei pubblici poteri), che alcuni suoi contenuti scontino un *tasso di tecnica politica* maggiore di quello di *tecnica interpretativa*, nella (pur delicatissima) opera di "mediazione e sintesi" tra gli interessi in conflitto[49]. Come a dire, cioè, che la Suprema Corte, nella lodevole propensione a mettere in fuoco tutti gli elementi giuridici (a partire da quelli costituzionali) atti a sostenere la posizione delle Confessioni istanti, e perciò ad aumentare al massimo possibile i contorni dell'area di iniziative pubbliche "giustiziabili", possa in effetti aver finito con l'inquadrare una porzione *in sè stessa* estranea a quella, e pertinente invece per sua natura al "feudo" - per così dire - delle scelte capitali dell'Esecutivo, che sembrano comprendere *naturaliter* quella di stabilire se porre (o meno) le basi *in concreto* - leggasi, con trattative proiettate sin da subito verso una fattiva conclusione - d'un regime pattizio con un gruppo confessionale (con tutto ciò che ne consegue, in termini di "costi", anche non tra virgolette, per l'ordinamento: nuovi diritti, nuovi impegni finanziari e operativi, l'ampliamento della platea dei fruitori dell'otto per mille, ecc.).

[49] Rischio sottolineato, tra gli altri, da F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 41; nonchè da M. Stipo, *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, in *Scritti in memoria di M.S. Giannini,* Giuffrè, Milano, 1988, p. 916.

5. *Conclusioni sommarie (e precarie): esiti più o meno probabili del giudizio presso la Consulta*

È finanche ovvio che a prevedere il futuro si corra spesso il rischio di sbagliare; com'è di buon senso l'osservazione correlata per cui sia meglio, in via generale, lanciarsi il meno possibile in vaticini. Talchè, nello specifico del giudizio in corso presso la Consulta, appare *già di base* tanto arduo quanto "sconsigliabile" provare a pronosticarne l'esito, ossia prevedere se prevarrà o meno la tesi governativa dell'intervenuta ingerenza giudiziale. Inoltre, a rendere ancor più complicato il pronostico, vi è la particolarità della materia oggetto del giudizio, i.e. quella dei conflitti, che, com'è stato notato, "si caratterizza per essere in continua evoluzione", in ragione (prevalentemente) del fatto che "si pone, all'evidenza, a stretto contatto con la politica, dovendo il relativo giudizio offrire soluzione giuridica a contenziosi...spesso relativi a problemi di allocazione del potere"[50]. Ciò nonostante, analizzando l'ordinanza in commento, si riscontrano elementi che possono esser d'ausilio a un fine, per così dire, meno ambizioso: e cioè suggerire la probabilità maggiore o minore delle scelte che la Corte potrebbe assumere per dirimere la controversia in parola.

In tal senso, non è indifferente nè il fatto che la Consulta abbia comunque dichiarato ammissibile il ricorso; nè la circostanza che Essa abbia all'uopo rimarcato il dato oggettivo 'a monte' che la Costituzione (artt. 8, III co., 92 e 95) assegna al Governo la funzione d'indirizzo politico in materia religiosa. Se è vero, infatti, che un'ordinanza siffatta - com'è noto - non è altro che l'esito d'una mera "delibazione", che pertanto un successivo più approfondito scrutinio può benissimo smentire; tuttavia è altrettanto vero che la Corte costituzionale partirà quasi certamente dal predetto dato oggettivo, e che sarà perciò portata ad analizzare tutte le coordinate ad esso connesse, compreso quello storico della *mens* costituente che ha voluto le intese come strumento simil-concordatario: e se così è, appare tutt'altro che improbabile che Essa reputi più coerente con tali coordinate l'immagine di un Esecutivo che negozia con le Confessioni ponderando (volta per volta) interessi contrapposti in termini politici, e meno quella di un'Amministrazione che opera a livello burocratico, con andamenti (perciò) sottoposti al controllo giudiziale. Come pure non è improbabile che a quel punto la Consulta valuti il pregio anche pratico (oltre che teorico) d'una soluzione che rimarchi la cifra "politica" di questa peculiare sfera d'azione dell'Esecutivo, non prefigurandosi in tal caso i predetti aggravi procedurali "a cascata" (su tutti, il coinvolgimento di altri organi), e - può aggiungersi qui - l'eventualità "surreale" che un giudice, chiamato in causa da una Confessione che lamenti l'inerzia del Governo, condanni quest'ultimo, ordinando la nomina d'un commissario *ad acta* onde con-

[50] Così P. Veronesi, *Recenti tendenze in materia di conflitti di attribuzione tra poteri. Profili soggettivi e oggettivi*, in *Recenti tendenze in materia di conflitti di attribuzione tra poteri. Atti del Seminario tenutosi a Siena il 24 maggio 2002*, a cura di E. Bindi e M. Perini, Giuffrè, Milano, 2003, p. 7.

durre le trattative e firmare l'intesa[51] (un documento che, si badi, risulterebbe contenere impegni assunti *ex parte Status* dalla *Repubblica italiana*). Figurando tutto ciò, pertanto, ben potrebbe la Consulta pervenire a una pronuncia che stabilisca l'incompetenza della Cassazione, per aver quest'ultima dichiarato "giustiziabile" il diniego opposto dal Governo all'avvio di trattative in vista dell'Intesa.

Non si rintracciano, invece, nell'ordinanza indizi atti a dare la misura della probabilità che una pronuncia siffatta contempli altresì l'annullamento dell'atto impugnato, non essendo conducente in tal senso (ma neanche in quello contrario) il fatto che il Governo non abbia esplicitamente richiesto ciò nel ricorso. In mancanza di suggestioni, si può solo stendere l'osservazione di massima che laddove la Corte si orientasse in tale direzione, una buona soluzione potrebbe essere quella di procedere ad un annullamento parziale, limitatamente cioè alle parti in cui le SS.UU. hanno focalizzato un vero e proprio diritto all'avvio delle negoziazioni: lasciando quindi in piedi il più contenuto e convincente "spartiacque" (fase previa burocratica, ancora sindacabile; fase successiva negoziale, libera nel fine) disegnato dal C.d.S. e ripreso in principio di sentenza dalla Cassazione, che non sembra invece invadere la sfera politica governativa. Una soluzione che potrebbe a quel punto essere connotata, come accade non infrequentemente nella dinamica dei giudizi *de quo*, da un dispositivo esplicativo (della complessiva articolata strutturazione degli interessi, dei beni della vita e dei rapporti in gioco), unitamente magari a un monito al Legislatore, per incalzarlo a emanare finalmente una legge generale sul fatto religioso regolativa anche di queste complesse fattispecie.

Quanto invece alla probabilità che la Consulta dia torto al Governo (affermando la competenza delle SS.UU. nel campo in parola), è vero che essa - al di là di apparire meno convincente - non pare particolarmente elevata; purtuttavia va detto che leggendo gli argomenti difensivi del secondo (richiamati dall'ordinanza), non mancano alcuni punti deboli, seppur non d'immediata evidenza: talchè si può ipotizzare che detta probabilità potrebbe divenire sempre meno bassa, quanto più tali "incrinature" emergessero durante lo scrutinio operato dai giudici costituzionali. Una di queste, ad es., sembra rinvenibile nel passaggio in cui l'Esecutivo invoca a sostegno delle proprie ragioni la norma costituzionale di cui all'art. 8, letta in uno con l'art. 95 (onde suffragare la tesi della titolarità in materia d'una funzione insindacabile d'indirizzo politico): posto che l'art. 8 contiene al primo comma (quello dell'"*eguale libertà*" delle Confessioni) una norma che almeno in un'altra occasione la giurisprudenza costituzionale ha focalizzato come clausola di potenziale contenimento della scelta politica, e cioè nel 1993, quando la Consulta, in tema di finanziamento dell'edilizia di culto, ebbe a dichiarare

[51] Ipotesi paradossale segnalata da F. Bertolini, *Principio pattizio o obbligo del Governo di avviare le trattative per la stipula dell'intesa con la Confessione religiosa?*, in *forumcostituzionale.it,* aprile 2012, p. 7; analogamente, N. Colaianni, op. ult. cit., p. 6 e ss., dove sviluppa lo spunto, evidenziandone ulteriori suggestive implicazioni..

costituzionalmente illegittima la norma regionale abruzzese che favoriva taluni gruppi confessionali in modo incoerente rispetto a quella stessa norma costituzionale[52], ma coerente con una precisa opzione politica, esercitata dal Legislatore regionale. Come ugualmente "rischiosa", del resto, appare l'evocazione fatta in quella stessa difesa della pronuncia costituzionale n. 81/2012: giacchè è vero che, come rammenta il Governo, la sentenza riconosce "*l'esistenza di spazi riservati alla scelta politica*"; ma è pur vero che si tratta proprio del precedente che le SS.UU. hanno adoperato nella (su illustrata) pronuncia alla base del giudizio in parola, per suffragare la tesi opposta, e cioè che spazi riservati come quelli in parola esistono *a patto però che l'ordinamento non fissi dei canoni di legalità, quali che siano*; in tal caso delineandosi come ambiti dove l'Amministrazione cessa di vantare un'effettiva libertà nel fine. Così che, laddove la Consulta finisse col condividere la tesi della Suprema Corte secondo cui l'ambito in discussione appartiene al novero di quelli segnati da paletti legali, pur se eminentemente di matrice costituzionale, quel richiamo giurisprudenziale operato nel ricorso dal Governo potrebbe rivelarsi - come minimo - controproducente (venendo a costituire, in pratica, una sorta di "*boomerang*").

Laddove poi si dovesse davvero realizzare l'ipotesi testè descritta, i.e. quella della sconfitta della tesi governativa, può rilevarsi in conclusione che se da una parte non mancherebbero - come riferito - diverse implicazioni negative, tuttavia si potrebbe forse determinare, in una sorta di "eterogenesi dei fini", la situazione critica atta a determinare un'esternalità positiva lungamente attesa, e cioè la più volte evocata emanazione d'una legge generale sul fatto religioso: come accade purtroppo spesso nel nostro Paese, si darebbe cioè la classica urgenza "straordinaria" che costringe il Legislatore a intervenire soffocando tutti i contro-impulsi del caso, e che nel caso *de quo* lo porterebbe a dettare regole atte (anche) a districarsi tra le situazioni intricate insorgenti sul piano dei rapporti Stato/Confessioni religiose.

Ma per il vero, sarebbe meglio che a questo risultato si arrivasse in ben altra maniera, e cioè semplicemente sulla spinta d'una volontà effettiva di inverare il dato costituzionale; dettando una legislazione capace di bilanciare i *due* relativi interessi primari che quel dato, in un modo o nell'altro, riflette: la tutela della libertà confessionale, da una parte, e il presidio della funzione d'indirizzo politico svolta

[52] Come anche ad altri precetti costituzionali, per il vero, come quello contenuto all'art. 3. Si veda, segnatamente, quanto al tema esposto in corpo grande, il punto 5 della sent. della Corte costituzionale 19 aprile 1993, n. 195, oggetto di numerosi commenti: v. esemplificativamente i lavori di A. Albisetti, *Il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2010 (IV ed.), p. 91-92; S. Domianello, *Giurisprudenza costituzionale e fattore religioso*, vol. II (1987-1998), Giuffrè, Milano, 1999, p. 158 e ss., e gli ampi riferimenti bibliografici ivi acclusi. Sulla scia del riferito precedente del 1993, peraltro, la Consulta ha emanato nove anni più tardi una sentenza caratterizzata da analoghi temi e contenuti (Corte cost., 16 luglio 2002, n. 346), con la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art.1 della l. reg. Lombardia 20/1992.

dal Governo, dall'altra. Come sarebbe bene, riguardo a quest'ultima istanza, tener presente che la sua progressiva rarefazione a vantaggio dell'espansione dell'area della giustiziabilità, produce vantaggi palpabili sul piano della garanzia effettiva dei diritti basilari, ma inevitabilmente a scapito della sfera della scelta politica, che è pur sempre condotta - in linea di principio - in nome dell'interesse nazionale. Cosicchè potrebbe tornare utile, in un'ultima suggestione letteraria - già usata da un noto giurista francese[53] - il ricordo d'un romanzo (relativamente) noto di Balzac, dove un potente talismano, la "pelle di zigrino", realizzava tutti i più sfrenati desideri di chi lo indossava, ma con un inesorabile prezzo da pagare: e cioè che a ogni desiderio espresso, la pelle, adesa in modo definitivo al corpo, sistematicamente gli si restringeva sempre più addosso. L'invito, sommesso, è quello di tener ben presente quale sia stato il triste epilogo della vicenda (fortunatamente di fantasia).

THE NEGOTIATIONS FOR THE AGREEMENTS (INTESE) WITH THE RELIGIOUS CONFESSIONS, BETWEEEN POLITICS AND LAW (MARGINAL REMARKS ON CONSTITUTIONAL COURT, ORDER N. 40/2015)

by Fabiano Di Prima

Among the jurists is found the idea that the current "fibrillations" between politics and justice are similar to those that have characterised the Italian landscape of the 90's, since they - yesterday like today - are generated by the same system's thorny problems, and, signally, by the crisis of politics, that has a negative influence on the quality (irrationality) and quantity (excessive or insufficient) of the law produced by the Legislator. Appears paradigmatic in this latter sense the "clash" Executive vs Judiciary recently recorded in the field of the negotiations State/Churches in view of the Agreements (Intese), culminating in a "conflict of allocation of powers" (raised by the Government towards the Cassazione) declared admissible by the Consulta with the order n. 40/2015. The essay highlights the crucial incidence that the absence of key legal lines plays on the origins of the conflict upstream, which has led, on the one hand, to the affirmation of a governance praxis in the area with all the signs of the full freedom of decision-making of the Executive; and, on the other hand, to the occurrence - over time - of a jurisprudence unwilling to the domination of this praxis and ready to use the figure of the constitutional legality in lieu of the legal one, spotting a governance area jurisdictionally reviewable, for the protection of the collective religious interests protected by the Charta. In analysing the main points of the conflictual matter, the essay cultivates the hypothesis that - paradoxi-

[53] Ossia Marcel Waline, nel suo *Manuel élémentaire de droit administratif*, IV ed., Sirey, Paris, 1946, p. 97 (che l'ebbe a usare, tuttavia, in un senso radicalmente opposto a quello che qui si espone, come già fatto di recente da F. Corvaja, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, in *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 74-75).

cally - the exact sentence (of the Consiglio di Stato) that has originated such matter, contained a considered solution likely to partially satisfy, but with tolerable sacrifices, the two opposing instances in question, configuring under the applicants groups, rather than a right to the opening of negotiations (that overflows the negotiating sphere), a right to a full investigation (that remains outside the actual negotiations).

La incidencia de la reforma del régime local en la organización territorial de Cataluña

di Josep Ramon Fuentes i Gasó y Marina Rodríguez Beas

> "La sociedad a través de organismos no gubernamentales y asociaciones intermedias, ha de obligar a los gobiernos a desarrollar normativas, procedimientos y controles más rigurosos". FRANCISCO, *Carta Encíclica Laudato si'*, 2015.[1]

SUMARIO : 1. Introducción: visión general del régimen local de Cataluña. – 2. La extensa regulación del régimen local en el Estatuto de Autonomía de Cataluña vigente. – 2.1. La incidencia de la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio de 2010, en el régimen local de Cataluña. – 2.1.1. La división territorial prevista en el Estatuto de Autonomía de Cataluña y la pervivencia de la provincia. – 3. La incidencia de la ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la administración local en el régimen local de Cataluña. – 3.1. La reordenación del sistema de competencias locales. – 3.1.1. Las competencias propias y las delegadas. – 3.1.2. Las competencias distintas de las propias. – 3.1.3. Supresión de la competencia "complementaria". – 3.1.4. Qué sucede con los servicios que prestan los entes locales en materia de salud y servicios sociales. – 3.2. La provincia y otras formas de supramunicipalidad. – 3.2.1 El reforzamiento de las diputaciones provinciales a través de la ampliación de competencias. – 3.2.2. Los llamados "entes equivalentes" como alternativa a la provincia. – 3.2.3. Presente y futuro del régimen de las diputaciones provinciales en Cataluña. – 4. Articulación entre el reconocimiento estatutario de competencia exclusiva de la Generalitat en materia de régimen local y la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la administración local. – 5. Conclusiones.

1. *Introducción: visión general del régimen local de Cataluña*[2]

La tradición del municipalismo en Cataluña y el estudio y la formulación de su derecho local forman parte de las raíces del mismo derecho público catalán[3]. El debate sobre la organización político–administrativa de Cataluña y sus impli-

---

[1] FRANCISCUS, *Laudato si'*, Roma, 2015, núm. 179, p. 81.

[2] El contenido de este texto se basa en el artículo J. R. FUENTES I GASÒ, *Consecuencias de la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local en el régimen local de Cataluña*, *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP),* núm. 101, abril–mayo 2015, 55 – 88.

[3] Para un estudio amplio de los antecedentes históricos y jurídicos de la Administración local catalana y su marco legal véase, J. GIFREU I FONT, J. R. FUENTES I GASÒ, *Règim jurídic dels governs locals de Catalunya*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. J. GIFREU I FONT, (Coord.), *Introducció al Dret Local de Catalunya*, Cedecs Editorial, Barcelona, 2002. J. R. FUENTES I GASÒ, J. GIFREU I FONT, J. RENYER I ALIMBAU, J. M. SABATÉ I VIDAL, *Introducció al dret loval i urbanístic de Catalunya*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

caciones en el ámbito local se mantiene vivo desde hace casi dos siglos, por la identificación entre los entes locales supramunicipales y los ámbitos de descentralización de las administraciones del Estado o de la Generalitat. En Cataluña siempre ha habido el "intento" de buscar un modelo propio de organización supramunicipal, pero como afirma el profesor BAYONA ROCAMORA es una situación compleja por una serie de circunstancias de origen constitucional y estatutario[4].

El ejercicio por parte del Gobierno del Estado de una amplia potestad legislativa en este ámbito, desde 1985 mediante la legislación de bases, ha cuestionado la verdadera capacidad legislativa de la Generalitat al respecto. Pero esto se ha acentuado con la reforma estatal operada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL)

Aunque la LRSAL no establece un nuevo régimen local general, sí contiene numerosas innovaciones, que en buena medida dan un nuevo sentido a los dos pilares legislativos del régimen local español: la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) y el Real Decreto Legislativo 2/2004, 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales. Todas ellas son de gran transcendencia porque la mayoría de ellas.

La LRSAL tiene una gran transcendencia e incidencia en el derecho local catalán, ya que la mayoría de las medidas impuestas son reductivas de la autonomía local y de la potestad normativa de la Generalitat de Cataluña. Además, el debate sobre la organización político–administrativa de Cataluña se aviva con la LRSAL, la cual confiere un importante protagonismo a las Diputaciones provinciales que, pasa de ser, entidades locales sobre las que se había planteado incluso su desaparición, a asumir un haz de competencias mucho más amplio, afectando incluso a la autonomía local.

Ante el panorama de antinomias entre la LRSAL y el Estatuto de Autonomía de Catalunya y su normativa de desarrollo, en este trabajo analizamos el conflicto jurídico desde la perspectiva de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Se estudian las consecuencias de la LRSAL sobre el régimen local de Cataluña, partiendo de la incidencia de la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía y los posteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional, los cuales, en sintonía con la reforma del Estado, tienen una nueva orientación centralizadora. No obstante, esta línea jurisprudencial aún no es uniforme y quedan esperanzas para volver a la ortodoxia constitucional.

---

[4] A. Bayona Rocamora, *Catalunya i l'Administració supramunicipal, disseny complex de distribució territorial*, X. Forcadell i Esteller, J. M. Sabaté i Vidal (Coords.), *La reforma local. Reptes i oportunitats davant dels projectes de reforma del règim local impulsats pel govern estatal i el govern de la Generalitat. 23 d'octubre de 2013, Barcelona: Cicle Jornades Governs Locals Km 0: interrogants i reptes sobre el futur*, Diputació de Barcelona, 2013, 91.

2. *La extensa regulación del régimen local en el Estatuto de Autonomía de Cataluña vigente*

El Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado mediante la Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio (en adelante EAC) incluye una extensa y detallada regulación de los gobiernos locales[5]. Esta regulación se aborda desde una perspectiva institucional (art. 83 a 93 EAC) competencial (art. 151 y 160) y financiera (art. 217 a 222)[6].

La densidad normativa que debe tener un Estatuto de Autonomía, es decir el grado de detalle con que debe regularse el régimen local en los Estatutos, es uno de los temas más debatidos por la doctrina, pero como manifiesta FONT I LLOVET para entrar en el análisis de esto debe tenerse en cuentos dos aspectos. Por un lado, que a mayor regulación estatutaria queda menor libertad al legislador ordinario. Esto justificaría una regulación de mínimos del Estatuto que consienta una mayor posibilidad de opciones por parte de la ley autonómica. Pero, por otro lado, debe considerarse que el gran déficit en la protección de la autonomía local es precisamente la falta de parámetros supralegales con lo que juzgar la constitucionalidad de la Ley, por lo que, desde esta perspectiva, a mayor regulación estatutaria, mayor garantía de la autonomía local frente al legislador[7].

Junto a la regulación de carácter institucional que los Estatutos de Autonomía pueden incluir respecto de los municipios y demás entes locales de su territorio, es evidente que un aspecto fundamental a tener en cuenta es el alcance de las competencias que la Comunidades Autónomas pueden asumir mediante sus estatutos en la materia relativa al Gobierno y a la Administración local.

La doctrina constitucionalista ha normalizado la consideración de los municipios y demás entes locales territoriales, como verdaderas institucionales "de gobierno" y no sólo como entidades de "administración". Esto tiene consecuencias en el ámbito competencial[8].

Así, el título material "régimen local" inexistente en el art. 149.1 CE, se reconduce al mismo por la jurisprudencia constitucional por vía de su inclusión en las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas del apartado 18 del citado precepto. Esto en virtud de las remisiones que los propios estatutos efectúan. En este sentido CAAMAÑO ha destacado cómo "las bases estatales, por tanto, deben venir referidas no al gobierno local, sino exclusivamente al rég-

---

[5] *Vid.* A. Bayona Rocamora, *Règim local*, *Revista catalana de dret públic. Especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya 2006*, 215–217.

[6] J. Barrat i Esteve, *Els fonaments constitucionals i estatutaris de l'Administració local a Catalunya*, J. Gifreu i Font, J. R. Fuentes i Gasò, (Dirs.), *Règim jurídic dels governs locals de Catalunya*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, 63–74.

[7] T. Font i Llovet, F. Velasco Caballero, L. Ortega Álvarez, *El régimen local en la reforma de los estatutos de autonomía*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, 18–19.

[8] *Ibidem*, 35 y ss.

imen jurídico de su actividad administrativa. La organización municipal es cuestión que debe corresponder sustancialmente al legislador autonómico"[9].

Pero nosotros compartimos el criterio mantenido por FONT I LLOVET en cuanto a que deben relativizarse las consecuencias derivadas de los conceptos utilizados por la STC 32/1981 y reproducidos, en otras ocasiones, por la STC 241/1989, ya que "lo que es evidente es que con posterioridad, a partir de la Ley 30/1992, y de la Ley de Gobierno de 1997, no es posible mantenerlo intacto, sin matices, aquel tipo de fundamentación"[10].

El Tribunal Constitucional afirmó en 1981 que "como titulares de un derecho a la autonomía constitucionalmente garantizada, las comunidades locales no pueden ser dejadas, en lo que toca a la definición de sus competencias y a la configuración de sus órganos de gobierno a la interpretación que cada Comunidad Autónoma pueda hacer de este derecho, tanto más cuanto que el mismo no va acompañado, como en otros ordenamientos sucede, de un derecho de carácter reaccional que, eventualmente les abra una vía ante la jurisdicción constitucional frente a normas con rango de ley". También aquí, es evidente que la simple evolución histórica, con la creación del conflicto en defensa de la autonomía local "ha hecho desaparecer de forma sobrevenida la fuerza argumental que en su caso pudiera haber tenido aquella ya antigua Sentencia 32/1981"[11].

El art. 149.1.18 CE recoge toda aquella regulación básica de las Administraciones locales que es común a todas las Administraciones públicas, puesto que la interpretación teleológica del precepto citado, avalada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es la garantía de un tratamiento común a los ciudadanos. El art. 149.1.18 CE no prevé que existan unas bases del régimen jurídico de las Administraciones locales distintas a las del conjunto de las Administraciones públicas. De esta manera lo que es específico de las entidades locales podría ser asumido por los Estatutos de Autonomía[12].

Por tanto, la actualización de las competencias autonómicas con las reformas estatutarias, como es el caso de Cataluña, permite avalar un incremento sustancial de la capacidad autonómica de incidir en la ordenación de la Administración local. De este modo, como afirma FONT I LLOVET "los recelos frente a la eventual lesión de la autonomía local por la actualización autonómica deben

---

[9] F. Caamaño, *Autonomía local y Constitución: dos propuestas para otro viaje por el callejón del gato*, *Revista española de Derecho constitucional*, núm. 70, 2004, 185.

[10] T. Font i Llovet, F. Velasco Caballero, L. Ortega Álvaretz, *op. cit.*, 36.

[11] *Ibídem*, 37.

[12] En este sentido *vid.* F. Velasco Caballero, *Organización territorial y régimen local en la reforma del Estatuto de Cataluña*, en AA.VV., *Estudios sobre la reforma del Estatuto*, Barcelona, Instituto de Estudios Autonómicos, 2005.

encontrar en las regulaciones institucionales del mismo Estatuto el primer elemento de protección y garantía"[13].

2.1. *La incidencia de la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio de 2010, en el régimen local de Cataluña*

El Tribunal Constitucional en la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, admite que el Estatuto puede regular el régimen local aceptándolo como una "materia propia": "(…) en principio, ninguna objeción puede formularse a que el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma, en tanto que su norma institucional básica, contenga las líneas fundamentales o la regulación esencial, con el fin de vincular al legislador autonómico, del régimen local en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, debiendo respetar en todo caso las previsiones estatutarias, como es obvio, la competencia básica que al Estado corresponde en la materia en virtud de la reserva del art. 149.1.18 CE"[14]. No obstante, como se desprende de la lectura de este fragmento de la Sentencia, el Tribunal Constitucional somete esta aceptación a una serie de limitaciones o condicionantes[15]: a) el Estatuto de autonomía sólo puede contener las "líneas fundamentales o la regulación esencial" del régimen local; b) la sentencia vincula la aceptación que se pueda regular el régimen local a la naturaleza de la norma estatutaria como norma institucional básica; c) la regulación estatutaria se establece a "fin de vincular el legislador autonómico"; d) se impone una limitación de su eficacia territorial, motivo por el cual, el Estatuto puede contener la regulación del régimen local en el "ámbito territorial de la comunidad autónoma"; e) la regulación estatutaria sobre régimen local debe respetar, en todo caso, la competencia básica que "corresponde al Estado en la materia en virtud de la reserva del art. 149.1.18 de la CE". Esta interpretación la califica el Tribunal Constitucional como de "obvia". No obstante, como ponen de manifiesto GALAN y GRACIA, las discusiones doctrinales sobre este punto hacen difícil de admitir esta calificación, ya que hasta ese pronunciamiento, el respeto de la competencia básica se predicaba de la legislación autonómica de desarrollo y no de la legislación estatutaria[16].

Sobre esta última limitación o condicionante, el Tribunal considera que esta competencia se deriva directamente del art. 149.1.18 CE, ya que la materia de régimen local forma parte de la materia más amplia del "régimen jurídico de las

---

[13] T. Font i Llovet, F. Velasco Caballero, L. Ortega Álvaretz, *El régimen local… op. cit.* 38.

[14] FJ 36.

[15] A. Galàn Galàn, R. Garcia Retortillo, *Incidència de la Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional en la regulación de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya sobre els governs locals*, *Revista catalana de dret públic,* núm. Extra 1, 2010 (Ejemplar dedicado a: Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006), 227.

[16] A. Galàn Galàn, R. Garcia Retortillo, *op. cit.*, 228.

administraciones públicas", y que, por consiguiente, corresponde al Estado la aprobación de la legislación básica.

Por tanto, en la Sentencia se concluye que la regulación estatutaria no puede impedir el ejercicio de la competencia estatal en materia de régimen local (art. 149.1.18 CE) y por consiguiente el Estado puede mantener relaciones directas con los entes locales catalanes, sin perjuicio que, los entes locales puedan mantener una "relación más natural e intensa" con la comunidad autónoma[17].

2.1.1. *La división territorial prevista en el Estatuto de Autonomía de Cataluña y la pervivencia de la provincia*[18]

El vigente EAC, bajo la rúbrica de "el gobierno local", ordena la planta territorial de nuestro país en base a dos entes territoriales locales básicos: municipios y veguerías (arts. 2.3 y 83.1). El EAC contempla también las comarcas como ente supramunicipal para la gestión de servicios municipales (art. 83.2 EAC), y la posible existencia de otras entidades locales supramunicipales que cree la Generalitat (art. 83.3 EAC). Ninguna mención hace el actual texto estatutario a la provincia, a diferencia de lo que se acontecía con su predecesor de 1979.

Ante esta perspectiva se plantean dos cuestiones abiertas, que son de hecho las que los recurrentes del texto estatutario han obligado a resolver al Tribunal Constitucional raíz de la impugnación de los arts. 83.1, 90 y 91 del EAC. En primer lugar si la provincia tiene que existir en todo el territorio español y, en segundo lugar, cuál es poder de disposición del legislador catalán sobre la provincia en el EAC.

Se ha afirmado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia constitucional, que la autonomía provincial que garantiza el art. 141 de la CE es de segundo grado, por comparación con la autonomía municipal. De hecho, a diferencia de lo que se acontece con los municipios, una buena parte de las provincias españolas presentan un régimen jurídico singular. Este es el caso, en primer lugar, de las comunidades autónomas uniprovinciales donde la provincia ha "elevado" su rango[19]. Es el caso también de los territorios históricos vascos, con un régimen orgánico y competencial claramente especial. Y es también el caso de las provincias canarias, donde la estructura orgánica y competencial de sus entes provinciales es meramente testimonial[20].

---

[17] El Tribunal Constitucional recuerda en este punto su propia jurisprudencia anterior, en concreto la STC 331/1993.

[18] J. R. Fuentes i Gasò, *El règim local de Catalunya i la viabilitat d'articulació d'una planta política i administrativa propia després de la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de juny de 2010*, *Revista catalana de dret públic,* núm. Extra 1, 2010 (Ejemplar dedicado a: Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006), 218–224.

[19] STC 32/1981, FJ 3.

[20] *Vid.* F. Velasco Caballero, *Estatutos de Autonomía y Régimen Local*, ponencia impartida con

Esta situación reconocida o establecida por la propia legislación básica estatal acontece un indicio revelador de que la CE admite varios tipos diferentes de provincias y, en consecuencia, de autonomías provinciales. Ahora bien, esta disparidad de regímenes acontece a juicio del Tribunal Constitucional también reveladora, al amparo del art. 141.1 CE de la indisponibilidad de su existencia y de un "estándar" funcional mínimo[21] que los estatutos de autonomía tienen que respetar. Este "estándar" ha sido identificado por el Tribunal Constitucional con las funciones de cooperación y asistencia a los municipios y la capacidad de gasto para cumplir con estas funciones[22].

3. *La incidencia de la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local en el régimen local de Cataluña*[23]

La LRSAL tiene como principales objetivos reformar la estructura institucional y organizativa de la Administración local; modificar la titularidad, el ejercicio y el ámbito material de las competencias locales, e incidir en diferentes aspectos de gestión y del personal del gobierno y de la administración de los entes locales. Todo esto, con la finalidad de conseguir una Administración local más simplificada, con menor número de entidades, y que se rija plenamente por los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera[24].

A pesar de que estos objetivos *a priori* podrían ser considerados necesarios, los medios y medidas a través de los cuales la ley pretende conseguirlo son muy controvertidos. Multitud de voces, durante la tramitación del anteproyecto de ley y del proyecto de ley, ya en fase parlamentaria, han visto en este texto un desapoderamiento de los gobiernos locales en muchos aspectos y una recentralización de competencias por parte del Estado en detrimento de las Comunidades Autónomas en esta materia[25].

---

motivo de la Jornada El Régimen Local tras la aprobación de los nuevos Estatutos de Autonomía, que tuvo lugar el día 7 de octubre de 2009 a la sede de las Cortes de Aragón.

[21] *Ibídem*.

[22] En este sentido, *vid.* las Sentencias TC 27/1987, 109/1998 y 48/2004, entre otras.

[23] Al respecto de la reforma local, *Vid. in totum*, R. Rodrìguez Beas, J. R. Fuentes i Gasò, *La organización territorial del Estatuto de 2006 y el impacto de la Ley 272013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local en al interiorización del régimem local de Cataluña*, en F. Garcìa Rubio, *Análisis de las repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales*, INAP Investiga, Madrid, julio 2015, 511–568.

[24] Sobre el déficit que tiene el sector público local y otros datos de su intervención en la actividad económica, véase, G. Hurtado Lòpez, *El rediseño y redimensionamiento del sector público económico local*, J. A. Santamarìa Pastor, (Coord.), *La reforma del 2013 del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2013, 307–337.

[25] *Vid.* S. Muñoz Machado, *Reflexiones sobre la pretendida reforma del régimen local. Diario de Derecho Municipal,* 10 de junio de 2013; F. Velasco Caballero, *Nuevo régimen de competencias municipales en el Anteproyecto de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, *Anuario de Derecho Municipal*,

La reforma que realiza la LRSAL sobre el régimen local[26] es, sin duda, la más significativa porque somete a una revisión profunda al conjunto de disposiciones relativas al complejo estatuto jurídico de la Administración local, y todo ello, según declara, con el objetivo de clarificar la competencias municipales para evitar duplicidades y hacer efectivo el principio "una Administración, una competencia"[27]; racionalizar la estructura organizativa de la Administración local, garantizar un control financiero y presupuestario más riguroso, y favorecer la iniciativa económica privada evitando intervenciones administrativas desproporcionadas.

3.1. *La reordenación del sistema de competencias locales*

La LRSAL establece un nuevo sistema de reparto competencial mediante una redefinición y reclasificación de las competencias municipales[28]. Probablemente este es uno de los aspectos nucleares de la reforma que introduce la LRSAL, porque en su virtud, las entidades locales sólo podrán ejercer competencias diferentes a las propias y las atribuidas por delegación cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera de la hacienda municipal y no se produzca un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra administración pública[29]. Esta previsión general se concreta en el nuevo art. 7 LBRL, estableciendo un nuevo paradigma, probablemente el más significativo de la ley, para las competencias de los municipios. Parte de la doctrina no considera acertado el planteamiento de la ley. SANTAMARÍA PASTOR se posiciona contrario a esta reforma en cuanto asume la metodología de distribución competencial implantada por la LBRL afirmando que: "(…) este régimen es la suma misma de la indefensión y dificulta en extremo la tarea de planificación económico–financiera

---

núm. 6, 23–60; M. Zafra Víctor, *Reordenación de las competencias municipales, entre la eficacia y democracia*, en *La reforma local. Reptes i oportunitats davant dels projectes de reforma del règim local impulsats pel govern estatal i el govern de la Generalitat*, Diputación de Barcelona, 2013, 46 a 60.

[26] Debate sobre los efectos en Cataluña de esta reforma puede verse en, X. Forcadell i Esteller, M. Pifarrè Estrada, J. M. Sabatè i Vidal, (Coords.), *Els governs locals de Catalunya davant la reforma del règim local español*, Col·lecció Testimonis Parlamentaris 35, Barcelona, 2014.

[27] La utilización de este principio como justificación de la reforma, ha sido cuestionado, juiciosamente por los profesores Font i Llovet y Galàn Galàn a los que suscita importantes dudas. *Vid.* T. Font i Llovet, A. Galàn Galàn, *Racionalización y sostenibilidad de la Administracion local: ¿es esta la reforma?*, *Anuario del Gobierno Local 2012*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2013, 14–15.

[28] Como afirma Velasco Caballero el eje de la LRSAL está en el intento de reducir la actividad municipal, como supuesta fuente del déficit financiero. *Vid.* F. Velasco Caballero, *Nuevo régimen de competencias municipales…*, *op. cit.*, 4.

[29] vid. X. Forcadell i Esteller, *Aproximación crítica a los principales cambios en la legislación de régimen local como consecuencia de la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, J. A. Satamarìa Pastor, (Coord.), *La reforma de 2013 del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2013, 59 y ss.

de los municipios"[30]. Además, la Ley omite el principal problema del régimen local: "la indefinición de las competencias de cada Administración y la vaguedad de sus límites respectivos, que no sólo lleva a conflictos continuos sino, en muchos casos a la inacción, por temor a exceder de su estricto ámbito funcional (…)"[31].

3.1.1. *Las competencias propias y las delegadas*

El nuevo art. 25 LBRL modifica la tradicional cláusula de apoderamiento general de los municipios, contenida en su apartado primero, y también su apartado segundo donde se establecen las materia en las que "en todos caso" el legislador sectorial debe reconocer a los municipios competencias, las cuales ahora pasan a denominarse "propias"[32].

El apartado primero del citado precepto no contiene una definición de competencia local, se limita a reproducir los términos del anterior precepto pero con un toque reduccionista[33], suprimiendo la referencia a "toda clase de actividades" y "cuantos" servicios contribuyan a satisfacer las necesidades de la comunidad local, limitándose a su vez esta capacidad a "los términos previstos en este artículo", es decir, en el ámbito de las competencias propias, lo que rompe con el amplio entendimiento de este apartado como una cláusula genérica de capacidad de los municipios[34].

Por su parte, el apartado segundo del actual art. 25 LBRL, igual que su redacción precedente, no contienen en puridad una lista de competencias locales propias, sino una simple lista[35] de materias sobre las que en todo caso el legislador competente, estatal o autonómico, ha de reconocer competencias a las entidades locales. Este listado ha sufrido, a lo largo de la tramitación del anteproyecto de ley, numerosos cambios hasta convertirse en el precepto actual, con la finalidad última de reducir y concretar el círculo de intereses locales. La nueva redacción del art. 25.2 LBRL ha reducido la lista[36] de materia de competencia local, pues algunas se suprimen y otras se aminoran, como por ejemplo el medio ambiente que ahora se limita al "medio ambiente urbano", en particular, parques y jardines

---

[30] J. A. Satamarìa Pastor, *El régimen de competencias locales y el dilema de la esfinge*, *La reforma de 2013 del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2013, 148.

[31] J. A. Satamarìa Pastor, *op. cit.*, 152.

[32] F. Velasco Caballero, *Duplicidades funcionales*…, *op. cit.*, 25–30.

[33] E. MONTOYA MARTÍN, *Medidas de redimensionamiento del sector público instrumental local antes y después de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 36, mayo 2014, 12.

[34] Así lo entendía la jurisprudencia del Tribunal Supremo, STS 21 de mayo de 1997.

[35] Se analiza con detenimiento los diferentes cambios que se han producido en el listado de materias del art. 25.2 LBRL en F. Toscano Gil, *op. cit.*, 305–313.

[36] En este sentido Toscano Gil afirma que el art. 25.2 LBRL "realza una redefinición a la baja del elenco de materias (…)", F. Toscano Gil, *op. cit.*, 299.

públicos, gestión de residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas[37]. Pero la verdadera operación reductora disponiendo sobre competencias que no son de titularidad estatal tiene lugar a través de las disposiciones transitorias primera y segunda de la LRSAL[38].

Cuestión esencial es la valoración que merece el precepto citado porque parece ser que lo que pretende la LRSAL es erigirse en límite o techo de la acción del legislador sectorial estatal o autonómico, marcando un máximo a la atribución de competencias municipales[39]. A nuestro juicio, como ha señalado parte de la doctrina[40], el art. 25 LBRL sólo enumera o reduce las materias que como estándar mínimo de autonomía local que se reconoce en todos los municipios españoles, bajo la cobertura constitucional del art. 149.1.18 CE.

La novedad de la LRSAL respecto a las competencias delegadas es la propia identidad y sentido de la actual delegación[41]. Pasa de ser una técnica de ampliación del poder local a un instrumento de reducción de costes en la gestión de competencias autonómicas y estatales[42]. La delegación del anterior art. 27 LBRL era simétrica a la delegación del art. 150.2 CE entre el Estado y las Comunidades Autónomas, como instrumento de ampliación de la autonomía o poder territorial o local. Cabe destacar que según la nueva redacción del precepto citado, la delegación de competencias deberá acompañarse de la correspondiente dotación

---

[37] La FEMP se limitó a alegar que debía incluir en el listado de materias competencias de los municipios a la participación ciudadana y la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación, así como el desarrollo económico. En relación con el último apartado del art. 25, la FEMP entiende que en la ley se debería prever la dotación de los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las Entidades Provinciales sin que ello pueda conllevar en ningún caso un mayor gasto de las Administración públicas. *Vid.* J.M. CAMPOS DAROCA, *La reforma de la Ley de bases de régimen local: Ley 27/2013, de 27 de diciembre*, Bosch, Barcelona, 2014, 77.

[38] En este sentido se posiciona, E. MONTOYA MARTÍN, *op. cit.*, 13.

[39] Esto ha sido objeto de severas criticas doctrinales, *vid.* R. JIMÉNEZ ASENSIO, *El Proyecto de ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: novedades más relevantes en relación con los borradores del ARSAL y principales enmiendas aprobadas en el Congreso de los Diputados* (I y II), *Diario del Derecho Municipal,* 27 y 28 de noviembre de 2013. M. ZAFRA VÍCTOR, *Esta reforma local empobrece la democracia*, *Diario El País*, 1 de agosto de 2013.

[40] F. Velasco Caballero, *Nuevo régimen de competencias municipales*…, *op. cit.*, 23–69; E. MONTOYA MARTÍN, *op. cit.*, 13.

[41] Como afirma Toscano Gil esta opción del legislador estatal no es inocuo, puesto que: "(…) apostar por competencias municipales delegadas supone estar por una configuración del municipio como elementos de la organización del Estado, mientras que decantarse por competencias propias supone reforzar su posición de ente autonómico en un Estado descentralizado". F. Toscano Gil, *op. cit.*, 312–313.

[42] F. Velasco Caballero, *El nuevo régimen local general y su aplicación diferenciada en las distintas comunidades autónomas*, *Revista catalana de dret públic*, núm. 48, 2014, 10.

presupuestaria anual con una cobertura total el coste del servicio (art. 1.10 LRSAL) y su cobro garantizado (1.17 LRSAL). Además, su duración no podrá ser inferior a 5 años y la Administración que delega las competencias se reservará los mecanismos de control precisos para garantizar la adecuada prestación del servicio delegado.

La nueva redacción del art. 27 LBRL es conforme a la Constitución por no existir razón para considerar que el nuevo tratamiento de las competencias delegadas exceda de la competencia estatal ex art. 149.1.18 CE, como competencia de carácter básico. Pero no sólo el nuevo precepto no presenta conflictividad sino que incluso parte de la doctrina afirma que mejora, en términos de autonomía, la situación jurídica de los municipios[43]. No obstante, este posicionamiento no es pacifico, ya que otras voces doctrinales afirman que tanto desde una perspectiva material como formal erosiona la autonomía local, en primer lugar porqué muchas de las competencias que aparecen como delegables podrían ser, y de hecho algunas lo eran hasta ahora, competencias propias de los municipios, y en segundo lugar en la mediad que establece importantes tutelas para su ejercicio funcional[44].

3.1.2. *Las competencias distintas de las propias*

El art. 7.4 LBRL establece en su nuevo redacción, que "las entidades locales sólo podrán ejercer competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la hacienda municipal (…) y no se incurra en un supuestos de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública (…)". Como requisitos procedimentales, que deben cumplirse para poder ejercer la competencia se exige: informe previo y vinculante de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera acerca de la sostenibilidad financiera de esta competencia; e informe previo y vinculante de la Administración competente por razón de la materia en el que se señale la inexistencia de duplicidades. De este modo, sólo si se pasa este control de oportunidad[45] podrán los municipios ejercer competencias distintas de las propias y de las delegadas.

---

[43] Así lo entiende Velasco Caballero, la previsión expresa de un plazo legal mínimo de cinco años para la delegación (art. 27.1.3 y 2 LBRL) o la necesaria aceptación municipal de la delegación (art. 27.4 LBRL). F. Velasco Caballero, *El nuevo régimen local*…, *op. cit.*, 10.

[44] A. Boix Palop, *Reforma local, crisis, deuda y mercados de gestión privada de servicios públicos con una distribución competencial cuestionada y la autonomía local muy debilitada al fondo.* Conferencia pronunciada el 27 de noviembre de 2013 en la Universidad de Valencia, en el marco del Seminario interdepatamental de la Facultad de Derecho de la UV, 7.

[45] Toscano Gil cuestiona la constitucionalidad de este control recordando la doctrina conocida en la STC 4/1981, de 2 de febrero (FJ 3), según la cual señala que: "(…) el principio de autonomía es compatible con la existencia de un control de legalidad sobre el ejercicio de

De esta manera, la LRSAL jerarquiza las competencias y actividades locales, pero a su vez, reduce la autonomía de cada entidad local para fijar sus prioridades funcionales[46].

Las competencias "distintas de las propias" son las que el proyecto de ley denominaba como "competencias impropias", expresión que fue censurada por el Consejo de Estado en su dictamen 567/2013.

La utilización del adjetivo "propio" por la LRSAL para designar competencias municipales, ha sido criticado por la doctrina al considerar que si el propio art. 7.1 LBRL lo utiliza para referirse a la titularidad, propia o ajena, de una competencia, no es técnicamente correcto que la misma ley utilice el mismo adjetivo pata un fin distinto como es diferenciar entre competencias incondicionadas (las competencias propias) y las condicionadas en su ejercicio (las competencias distintas de las propias)[47].

La valoración constitucional del precepto citado depende de lo que se entienda que son las competencias propias y que son las "distintas de la propias". Si entendemos que las competencias propias son las atribuidas expresamente por una ley estatal o autonómica, por consiguiente las "distintas de las propias" serian las cláusulas genéricas o generales. Pero si tenemos en cuanta que la LRSAL ha suprimido el art. 28 LBRL, llegamos a la conclusión que las competencias "distintas de las propias" son las competencias locales genéricas contenidas en las leyes autonómicas. Siguiendo esta interpretación, VELASCO CABALLERO identifica como competencia distinta de la propia, la competencia complementaria universal del art. 71 del Decreto Legislativo catalán 2/2003, de 28 de abril, por la que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña[48].

Conforme a la doctrina jurisprudencial, el art. 7.4 LBRL tendría cobertura en la competencia básica estatal ex art. 149.1.18 CE, ya que se permite que el Estado puede definir los principios básicos en orden a las competencias, sin necesidad de atribuir competencias concretas a las entidades locales en materias

---

las competencias, si bien entendemos que no se ajusta a tal principio la previsión de controles genéricos e indeterminados que sitúen a las entidades locales en una posición de subordinación o dependencia cuasi jerárquica de la Administración del Estado u otras Entidades territoriales". F. Toscano Gil, *op. cit.*, 316–317.

[46] Dìaz Lema afirma que: "el texto descansa sobre la distinción entre las competencias propias y las impropias , y sobre la preferencia o jerarquía de las primeras sobre las segundas; las entidades locales deben atender en primer término a las competencias o servicios establecidos por ley, y en segundo término, y sobre todo después de asegurar la sostenibilidad financiera de las primeras, a aquellas competencias y actividades que surgen de la propia y exclusiva iniciativa local"; J. M. Dìaz Lema, *El anteproyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local ¿Cambio de rumbo en la Administración española?. Anuario del Gobierno Local 2012*, Fundación Democracia y Gobierno Local e Instituto de Dret Públic, Barcelona, 2013, 56 y ss.

[47] F. Velasco Caballero, *El nuevo régimen local*…, *op. cit.*, 5.

[48] *Ibidem*, 5.

sectoriales propias de las comunidades autónomas, pero sí definir el "sistema competencial"[49].

3.1.3. *Supresión de la competencia "complementaria"*

La LRSAL suprime el art. 28 LBRL, el cual autorizaba que los municipios llevasen a cabo actividades "complementarias" de las realizadas por otras Administraciones Públicas, conteniendo una "cláusula general de competencia municipal" sólo para completar la actividad de otras Administraciones públicas[50].

Parece que la LRSAL ha identificado en el art. 28 LBRL la causa de las duplicidades funcionales, motivo por el cual lo suprime[51]. No obstante, la competencia complementaria no ha desaparecido por completo del nuevo sistema competencial local, ya que las nuevas competencias "distintas de las propias" ocupan en parte el espacio funcional de la competencia complementaria.

La supresión del art. 28 LBRL es una opción lícita del legislador estatal, con cobertura constitucional bajo el art. 149.1.18 CE, ya que el citado precepto atribuye al Estado la capacidad para fijar las reglas competenciales generales, no sectoriales. No obstante, esta supresión de la competencia complementaria no impide la pervivencia de normas competenciales similares en la legislación autonómica, ya que como viene afirmando la doctrina constitucional consolidada, las comunidades autónomas pueden elevar, en su territorio, los estándares estatales de autonomía local[52]. Esto es lo que ocurre en algunas comunidades autónomas cuando en su legislación de régimen local incluyen competencias complementarias similares a las del art. 28 LBRL, como es el caso de Cataluña con el art. 71 TRLMRL.

Por consiguiente, esa norma autonómica (en Cataluña el art. 71 TRLMRL) no queda afectada por la supresión del art. 28 LBRL porque nada impide que una norma autonómica, en desarrollo del principio constitucional de la autonomía local, aseguren la competencia municipal "complementaria".

Por tanto, la derogación del art. 28 LBRL sólo supone que no queda garantizada en toda España la competencia complementaria, y se "rebaja el estándar básico de autonomía local para el conjunto de España", sin afectar a la normativa autonómica que contemple este tipo de competencias.

---

[49] STC 214/1989, FJ 3.

[50] Así interpreto el art. 28 LBRL el Tribunal Constitucional en la Sentencia 214/1989, FJ 12.

[51] Crítica a este planteamiento, en F. Velasco Caballero, *Duplicidades funcionales*…, *op. cit.*, 21 y ss.

[52] En este sentido, *vid.* F. Velasco Caballero, *El nuevo régimen local*…, *op. cit.*, 10.

3.1.4. *Qué sucede con los servicios que prestan los entes locales en materia de salud y servicios sociales.*

El nuevo art. 25.2 LBRL modifica el listado de materias de competencia municipal. Lo más relevante de este nuevo listado es la supresión de la atención primaria de la salud o la reducción de la asistencia social a la "evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social" (art. 25.2.e LBRL)[53].

El EAC recoge la asistencia social como una competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma (art. 166 EAC), y la asistencia sanitaria se atribuye en exclusiva a la Comunidad Autónoma en todo lo referente a su organización (art. 161.1 EAC)[54].

Partiendo de los citados preceptos estatutarios, nos cuestionamos la competencia del Estado para suprimir o reducir la asistencia social o la atención primaria a la salud como materias de necesaria competencia local, ya que si dichas materias son de titularidad autonómica, a ellas les debería corresponder determinar la participación municipal.

Ahora bien, si entendemos que el nuevo art. 25.2 LBRL no atribuye competencia a los municipios, sino que tan sólo se configura como un listado de materias en as que las leyes, estatales o autonómicas, deben atribuir necesariamente competencias a los municipios, el citado precepto no lesiona las competencias autonómicas. Esta interpretación parte de la premisa de que el Estado puede, al amparo de su competencia básica sobre el régimen jurídico de las Administraciones Públicas (art. 149.1.18CE), establecer el sistema de atribución de competencias locales, pero no puede atribuir directamente competencias en aquellas materias que, conforme a los estatutos de autonomía, corresponden a las Comunidades Autónomas[55]. En consecuencia, la supresión de estas materias del art. 25.2 LBRL no tienen mayor significación que el Estado ha reducido la garantía mínima de autonomía municipal común para toda España, sin impedir que cada Comunidad Autónoma mantenga las competencias sobre asistencia social y sanitaria de sus municipios.

De todo lo anterior resulta que el art. 25. 2 LBRL, en la que se suprimen o reducen materias, carece de relevancia competencial, ya que los municipios se-

[53] Se analizan los cambios que experimenta la ordenación competencial de la materia de servicios sociales tras la aprobación de la LRSAL, M. A. Arias Martìnez, *Las competencias locales en materia de servicios sociales tras la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local*, *Revista de Administración pública*, núm. 194, mayo–agosto 2014, 373–410.

[54] Atribución competencial conforme con la previa jurisprudencia constitucional. *Vid.* E. Cobreros Mendoza, *Comentario al art. 149.1.16 CE*. En: Casas Baamonde, M. E., Rodríguez–Piñero, M. (dirs.). *Comentarios a la Constitución española*. Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas, 2009, 2375.

[55] F. Velasco Caballero, *El nuevo régimen local*…, *op. cit.* 6 y ss.

guirán siendo titulares de competencias que le atribuyen las leyes sectoriales del Estado o autonómicas, como la atribución a los municipios catalanes de competencias propias sobre "prestación de los servicios sociales", según reza el art. 66.3.k TRLMRL. Así, el art. 25.2 LBRL tiene cobertura en la competencia básica estatal del art. 149.1.18 CE porque no se eliminan verdaderas competencias municipales sino sólo se reduce la garantía funcional mínima[56].

Pero son las disposiciones transitoria primera y segunda de la LRSAL las que pretenden suprimir, con el carácter de norma básica, las competencias municipales atribuidas por las leyes autonómicas. Aunque es cierto que en ambas disposiciones transitorias se prevé que, una vez realizado el traslado, las comunidades autónomas podrán delegar el ejercicio en, de nuevo, los municipios. Esto provoca que las competencias municipales propias se conviertan en delegadas.

Esta supresión de competencias municipales directamente por las disposiciones transitorias primera y segunda LRSAL[57], es cuestionable su licitud, desde la perspectiva constitucional de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas[58]. Como ya hemos comentado anteriormente, el Estado, con fundamento en el art. 149.1.18 CE puede exigir a las comunidades autónomas que atribuyan un mínimo de competencias propias a los municipios, como hace el propio art. 25.2 LBRL, pero lo que no puede hacer es suprimir competencias municipales de titularidad exclusiva de la comunidad autónoma. Veamos que sucede en materia de asistencia sanitaria y social.

En materia de asistencia sanitaria, el Estado dispone, conforme al art. 149.1.16 CE, la competencia básica para establecer "las bases y coordinación general de la sanidad". En la Ley 14/1985, de 15 de abril, General de Sanidad, en su art. 50, se reconoce a las Comunidades Autónomas la competencias para la organización territorial de sus servicios sanitarios. Por consiguiente, teniendo en cuenta este marco normativo, el Estado no puede eliminar la competencia municipal sobre salud[59].

En lo que se refiere a la asistencia social, el Estado no tiene reconocida constitucionalmente competencia en la materia. Es una competencia atribuida en exclusiva por todos los estatutos de autonomía a las respectivas comunidades. Así, son las leyes autonómicas las que atribuyen y regulan el ejercicio de las competencias municipales de asistencia social. Por consiguiente, el Estado carece de competencia para suprimir las competencias municipales sobre servicios sociales, como así realiza la disposición transitoria segunda LRSAL.

---

[56] F. Velasco Caballero, *El nuevo régimen local*…, *op. cit.* 7.

[57] La transcendencia de estas disposiciones puede apreciarse en, J. L. Martìnez – Alonso Camps, *Los sistemas locales de bienestar ante el Proyecto de Ley de Racionalidad y Sostenibilidad de la Administración Local* (I y II), *Diario del Derecho Municipal*, 21 y 25 de octubre de 2013.

[58] Arias Martìnez considera que la LRSAL en este punto merma la autonomía local. M. A. Arias Martìnez, *op. cit.* 407.

[59] F. Velasco Caballero, *El nuevo régimen local*…, *op. cit.* 8.

Por todo lo expuesto, podemos concluir que las disposiciones transitorias citadas anteriormente afecta a materias incluso en que el Estado, constitucionalmente tendría poco que decir (servicios sociales). El legislador estatal, como manifiesta FORCADELL I ESTELLER, ha dado un giro a lo que venía entendiendo por el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónoma en cuanto al régimen local. Este giro supone una reducción más que considerable del modelo de régimen local español que había sido calificado de forma casi tópico como "bifronte"[60]. Pero además se hace mediante reglas llamativas, que introducen inclusos elementos de evaluación del coste de las transferencias y de control a cargo del gobierno central, que son poco menos que insólitas[61].

No obstante, pese a las dudas interpretativas que provoca la LRSAL, en ningún caso puede sostenerse que las competencias atribuidas a las entidades locales por el legislador autonómico antes de la entrada en vigor de la LRSAL sobre materias ahora reducidas o suprimidas, se conviertan en competencias "distintas" de las propias o delegadas, ni tampoco estimamos que pueda exigírseles con carácter retroactivo los requisitos que impone para estas competencias propias a partir de la entrada en vigor de la LRSAL el art. 25 LBRL[62].

3.2. *La provincia y otras formas de supramunicipalidad*

3.2.1. *El reforzamiento de las diputaciones provinciales a través de la ampliación de competencias*

El papel de las diputaciones provinciales como administraciones de garantía de la efectiva prestación de los servicios municipales se ve reforzado en la LRSAL, bajo el principio de la sostenibilidad financiera[63]. Al contrario de lo que sucede con los municipios, no sólo se le atribuyen nuevas competencias propias sino que, habilita a las leyes estatales y autonómicas para su posible ampliación de competencias. De este modo, las tradicionales competencias de coordinación y asistencia son ampliadas a competencias prestacionales[64].

Podemos observar una amplia y compleja ampliación de las competencias provinciales, que como afirma MARTÍNEZ PALLARÉS se ha abordado desde la exclusiva perspectiva de la contención del gasto y del correlativo ajuste presupuestario, con el fin de garantizar el cumplimiento del principio de estabilidad

[60] X. Forcadell i Esteller, *op. cit.* 67.

[61] A. Boix Palop, *op. cit.* 10.

[62] En este sentido se pronuncia, E. Montoya Martìn, *op. cit.* 16.

[63] P. L. Martìnez Pallarés, *La planta local tras la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: esperando a Godot*, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 7, 2014, 77.

[64] F. Garcìa Rubio, *La provincia como entidad local. Un análisis tras la Ley de Racionalización*, J. A. Santamarìa Pastor, (Coord.), *La reforma de 2013 de régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2014, 290 y ss.

presupuestaria y equilibrio financiero por parte de los Gobiernos locales. Pero estas medidas pueden afectar sensiblemente a la autonomía local de los municipios, limitando sus competencias y hasta su potestad de autoorganización[65].

El nuevo art. 26.2 LBRL incorpora el posible traslado de la prestación de ciertos servicios locales a la provincia[66]. Según el apartado segundo del precepto citado, corresponde a cada diputación provincial proponer al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, siempre con la conformidad de los municipios afectados, fórmulas de gestión compartida de los servicios relacionados en el mismo artículo.

Esta regulación presenta, más allá de sus notorias insuficiencias técnicas, como afirma la doctrina, recios problemas de constitucionalidad[67].

Desde la perspectiva competencial cabe apuntar que lo que notoriamente excede de la competencia básica estatal es la atribución al Ministerio de Hacienda de la decisión sobre la gestión compartida o gestión provincial de concretos servicios municipales.

Además, si partimos de la premisa que la mayoría de servicios que contempla el actual art. 26.1 LBRL se refiere a materia de competencia autonómica, incluso algunas de ellas exclusivas, el Estado no podría fijar servicios locales obligatorios en materias competenciales autonómicas. Pero en este caso, el Estado no sólo se excede de determinar servicios que no son de su competencia sino que da un paso más y la ley estatal reserva al propio Estado el ejercicio de facultades ejecutivas o de gestión en materias competenciales autonómicas[68].

---

[65] Así lo ha manifestado buena parte de la doctrina, *vid.*, entre otros, F. Velasco Caballero, *Nuevo régimen de competencias municipales en el Anteproyecto de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 6, 23–60; S. Muñoz Machado, *Reflexiones sobre la pretendida reforma del régimen local*, *Diario de Derecho Municipal*, 10 de junio de 2013; L- Pajero Alfonso, *Algunas reflexiones sobre el impacto de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, sobre el modelo de autogobierno municipal*, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 34, 2014 (Ejemplar dedicado a: La revisión del Gobierno y la Administración local en la Ley 27/2013), 11–20; J. M. Sabaté i Vidal, *El impacto de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, en el régimen de las diputaciones provinciales y entes equivalentes*, *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, 2013, ejemplar dedicado a: ¿Un nuevo gobierno local en España? La reforma de la Administración local en la Ley 27/2013), 129–150. También se manifiesta en este sentido el Consejo de Estado, en su Dictamen 567/2013, de 26 de junio, sobre el Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local afirmaba de forma contundente, refiriéndose a nueva configuración competencial de los municipios, que "el juego conjunto de los distintos preceptos que definen el nuevo modelo (en particular, los artículos 25 y 26 y disposiciones concordantes, así como el artículo 7.4 y la disposición transitoria novena, en los que a las competencias impropias se refiere) da lugar a una considerable constricción de la autonomía de los municipios (…)".

[66] Sobre las Diputaciones provinciales tras la LRSAL véase F. Garcìa Rubio, *La provincia como entidad local. Un análisis tras la Ley de Racionalización*, J. A. Santamarìa Pastor, (Coord.), *La reforma de 2013 de régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2014, 279.

[67] F. Velasco Caballero *El nuevo régimen local*…, *op. cit.* 11 y ss.

[68] *Ibídem.*

Por tanto, se cuestiona la constitucionalidad del art. 26.1 LBRL, es decir, si el Estado puede, al amparo de su competencia básica estatal ex art. 149.1.18 CE, decidir sobre la gestión compartida o la gestión provincial de concretos servicios locales en materias ajenas al propio Estado. Esta dudosa constitucionalidad del art. 26 LBRL no cambia con la precisión normativa que la propuesta y decisión de gestión del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas se "con la conformidad de los municipios afectados". Esta precisión no tienen ninguna relevancia para la distribución de competencias, ya que lo que se discute precisamente el Estado invade competencias que no le corresponde.

Esa asistencia y suplencia tutelada generan razonables dudas respecto a la limitación de la autonomía provincial, ya que una administración indirectamente representativa, como es la diputación provincial, pueda gestionar tareas de ámbito municipal, sobre todo aquellas tareas que más directamente se refieren a cada núcleo concreto de población sin llevarse a cabo una reforma de la legislación electoral que establezca la elección directa de los órganos de gobierno de la diputación (como, por lo demás, sucede con los cabildos, consejos insulares y la diputaciones forales vascas)[69]. Sobre ello advirtió también el Consejo de Estado al pronunciarse sobre el anteproyecto de ley[70]. Tampoco es baladí observar que la actual estructura organizativa y de personal de las Diputaciones requeriría importantes trasformaciones para acometer la gestión directa de los servicios que enumera el art. 26.2 de la LBRL[71].

El art. 36.1 LBRL amplía las competencias de las provincias en dos materias: "prestación de los servicios de gestión de la recaudación tributaria, en periodo voluntario y ejecutivo, y de servicios de apoyo a la gestión financiera de los municipios con población inferior a 20.000 habitantes" (art. 36.1. f LBRL); y "la prestación de los servicios de administración electrónica y la contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes" (art. 36.1. g LBRL).

La valoración constitucional del precepto citado está condicionada al verdadero contenido normativo. Como afirma VELASCO CABALLERO interpretar que se traslada las competencias municipales sobre gestión tributaria, administración electrónica y contratación, a las provincias no parece razonable, incluso la llega a tachar de absurda[72]. Por tanto, parece que el nuevo art. 36.1 f) y g) LBRL singulariza la cooperación técnica y jurídica de las provincias en ámbitos donde, ya en la actualidad existe una actividad provincial relevante. De este modo se en-

---

[69] F. Velasco Caballero, *Reforma del régimen local: la nueva cultura de la intervención*, Boletín del IDL–UAM, núm. 42, 2012.

[70] Dictamen del Consejo de Estado, núm. 567/2013, de 26 de junio de 2013 (Apartado V).

[71] J. M. Sabaté i Vidal, *op. cit.* 133.

[72] F. Velasco Caballero, *El nuevo régimen local*…, *op. cit.* 11.

tienden como "previsiones expresas de cooperación provincial en estas materias, las nuevas tareas de las provincias son constitucionalmente legítimas"[73].

Pero, más allá de las críticas desde el punto de vista de la autonomía local, estas medidas de ampliación de competencias de las diputaciones provinciales tampoco se puede vislumbrar de forma clara su eficacia y eficiencia, ya que como afirma SABATÉ I VIDAL las "economías de escala en servicios como la recogida de residuos o el suministro de agua son obviamente posibles, pero pretender conseguirlo mediante un modelo de imposición puede llegar a producir situaciones de muy complicada racionalidad económica"[74].

3.2.2. *Los llamados "entes equivalentes" como alternativa a la provincia*

El preámbulo de la LRSAL establece, como ya se ha observado más arriba, que uno de sus objetivos es el de reforzar el papel de las diputaciones provinciales, pero también el de los Cabildos, Consejos insulares o "entidades equivalentes". Por consiguiente, el legislador sitúa las diputaciones provinciales en el mismo plano de importancia de las otras formas supramunicipales. La misma dicción "entes equivalentes" aparece de forma sistemática a lo largo del articulado de la LRSAL, como en el que se refiere al mecanismo de coordinación de la prestación de servicios municipales (art. 26.2 LBRL), al que estipula las competencias de las diputaciones provinciales (art. 36.2 LBRL), el referido al régimen económico de los electos locales (art. 75 bis. 2 LBRL), al referido a la elaboración y seguimiento de los planes económico–financieros (art. 116 bis.3 LBRL), entre otros.

Es precisamente esta igualdad entre diputaciones provinciales y los "entes equivalentes" lo que supone una puerta abierta a que las comunidades autónomas pueden en su esfera de competencias, desarrollar un gobierno local de segundo nivel alternativo a la diputación provincial[75].

En las disposiciones adicionales tercera y sexta de la LRSAL también se aboga por la adaptación y el desarrollo autonómico del marco general previsto para la supramunicipalidad. En la disposición adicional tercera, como afirma GARCIA RUBIO, se recoge la posibilidad de "desaparición de estas figuras, al menos en comunidades autónomas concretas", ya que remite de forma expresa el apartado segundo a los sistemas institucionales propios de las comunidades autónomas que cuenten con ellos[76]. Esta previsión permite que las comunidades autónomas

[73] *Ibidem*, p. 12.

[74] *Vid.* J. M. Sabatè i Vidal, *op. cit.* 142. En el mismo sentido, A. Boix Palop, *Una nova planta per als valencians. Possibilitats i límits per a l'organització política i administrativa pel País Valencià dins la Constitució de 1978*, Fundació Nexe, 2014, 145.

[75] J. M. Sabaté i Vidal, *op. cit.* 144–145.

[76] F. Garcìa Ruio, *La provincia como entidad local. Un análisis tras la Ley de Racionalización*, J. A. Santamarìa Pastor, (Coord.), *La reforma de 2013 de régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2014, 195–303.

puedan dotarse de un órgano de gobierno y administración provincial distinto de la provincia y las comarcas[77], conforme a la disposición adicional sexta.

Pero, más allá de esta interpretación, las disposiciones adicionales citadas nos conducen a considerar que en determinados territorios las comarcas y/o entidades locales supramunicipales previstas en los Estatutos de Autonomía bien podrían ser identificadas con la reiterada dicción "entidad equivalente", como en Cataluña sucede con los consejos de veguería[78]. Así, habría posibles alternativas distintas de la comarca[79].

No obstante, el alcance de estas disposiciones es complicado determinarlo, ya que como afirma MARTÍNEZ PALLARÉS la redacción de las mismas es confusa, contradictoria reiterativa y poco rigurosa "producto de negociaciones y acuerdos parlamentarios de última hora urdidos para conseguir el mayor apoyo posible para un texto legal objeto de fuerte contestación"[80].

3.2.3. *Presente y futuro del régimen de las diputaciones provinciales en Cataluña*

Según la interpretación del Tribunal Constitucional en la sentencia 31/2010, de 28 de junio[81] del art. 91.3 EAC, los consejos de veguería como órgano de gobierno y administración autónoma de la veguería, sustituyen las Diputaciones[82]. Afirma que esta posibilidad es constitucional, teniendo en cuenta que: "(...) que la veguería reúne en el Estatuto los caracteres típicos de la provincia y es ésta, más allá de su denominación específica, la institución constitucionalmente garantizada. Nada se opone, por tanto, a que, a efectos estrictamente autonómicos, las provincias catalanas pasaran a denominarse veguerías. Como nada impide, tampoco, que, en ese supuesto, los Consejos de veguería sustituyeran a las Dipu-

---

[77] Véase J. M. Trayter i Jiménez, *Els ens supramunicipals de carácter obligatori (II): la comarca)*, J. Gifreu i Font, J. R. Fuentes i Gasò, (Dirs.), *Règim jurídic dels governs locals de Catalunya*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, 213–227; J. R. Fuentes i Gasò, J. Gifreu i Font, J. Renyer i Alimbau, J. M. Sabatè i Vidal, *Introducció al dret local i urbanístic de Catalunya*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; J. Ferreira Fernàndez, *La comarca en la historia. Una aproximación a la reciente historia jurídica de la comarca*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2000; J. Mir i Bagò, J. Solè Vilanova, R. Viròs, *L'organització comarcal a Catalunya. Anàlisi dels primers anys de funcionament dels consells comarcals directors*, FMC, Barcelona, 1994.

[78] En este sentido, *vid.* P. L. Martìnez Pallarés, *op. cit.* 79.

[79] J. M. Sabaté i Vidal, *op. cit.* 145.

[80] *Ibídem.*

[81] Véase, J. R. Fuentes i Gasò, *El règim local de Catalunya i la viabilitat d'articulació d'una planta política i administrativa propia després de la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de juny de 2010*, *Revista catalana de dret públic,* núm. Extra 1, 2010 (Ejemplar dedicado a: Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006), 218–224.

[82] Para un estudio amplio de las veguerías, véase, J. M. Sabaté i Vidal, *Els ens supramunicipals de carácter obligatori (I): la veguería*, J. Gifreu i Font, J. R. Fuentes i Gasò, (Dirs.), *Règim jurídic dels governs locals de Catalunya*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, 187–212.

taciones provinciales, pues el art. 141.2 CE prescribe que el gobierno y la administración autónoma de las provincias han de encomendarse "a Diputaciones u otras Corporaciones de carácter representativo", como, a la vista del art. 91.1 y 2 EAC, han de serlo los Consejos de veguería."

Esta interpretación comporta a criterio del Tribunal Constitucional unos condicionantes para la potestad ordenadora en materia de régimen local. Así, el Tribunal Constitucional considera que "de sustituir los Consejos de veguería a las Diputaciones corresponderá a la legislación del Estado determinar su composición y el modo de elección de sus miembros, correspondiendo también a la normativa básica estatal regular sus competencias en el orden local"[83]. Pero esta interpretación no puede suponer una disminución de la capacidad legislativa del Parlamento respecto a los consejos de veguería menor que la que ahora ostenta sobre las diputaciones.

El actual mapa de descentralización de la administración de la Generalitat no podrá transformarse en veguerial, excepto que se retroceda al mapa quadriprovincial. Por consiguiente, y siguiendo el criterio interpretativo del *Consell de Garanties Estatutàries* de Cataluña, debido a que el EAC configura la veguería como único ámbito territorial, ya sea a efectos de la administración local como de la Generalitat, se concluye que la posibilidad de elaborar un mapa veguerial modificando los límites provinciales, se encuentra vetada.

El Gobierno catalán ha impulsado en el Parlamento de Cataluña un proyecto de ley de Gobiernos locales (en adelante PLGLC)[84], de forma paralela a la reforma estatal, que en virtud de las competencias que le otorga el art. 160 EAC en materia de régimen local, busca avanzar en la definición de una estructura de Gobiernos locales propia, ajustada ala realidad territorial y social de Cataluña.

Uno de los objetivos del PLGLC es integrar las veguerías como estructura básica local prevista en el EAC y conseguir que las diputaciones se coordinen con el resto de administraciones y se integren provisionalmente, hasta su total desaparición del sistema institucional de Cataluña[85].

Los consejos de veguería substituirán a las diputaciones provinciales cuando se cumplan las condiciones previstas en le disposición transitoria primera de la Ley 30/2010. No obstante, hasta que no se constituyan, las competencias propias atribuidas por este PLGLC a las veguerías, las ejercerán los municipios, excepto las funciones de asistencia, coordinación y cooperación, que se entienden aplicables a las diputaciones.

En el PLGLC se determina que las veguerías tienen un núcleo de competencias propias sobre las materias: "la coordinación de los servicios municipales

[83] STC 31/2010, FJ 41.

[84] Publicado en el *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 141, de 9 de septiembre de 2013.

[85] J. Cañada, *Novetat legislativa: El Projecte de llei de governs locals, norma básica del régim local de Catalunya*, *Activitat parlamentària*, núm. 26, 2014, 96.

entre ellos para garantizar la prestación integral y adecuada de los servicios en toda la demarcación veguerial; la asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente a los que tienen menos capacidad económica y de gestión, siguiendo criterios de equilibrio territorial; el fomento de los intereses propios de la veguería; el fomento de las políticas de acogida de inmigrantes; la prevención de incendios; la conservación de caminos y vías rurales que transcurran por más de un término municipal; el tratamiento de residuos y el tratamiento de aguas residuales; y aquellas competencias que le atribuyan expresamente las leyes"[86].

Todas estas previsiones parecen un avance en la configuración de este segundo nivel del Gobierno local, pero si analizamos la disposición transitoria cuarta del PLGLC podemos apreciar que esto no es así, ya que todas las nuevas atribuciones sólo se harán efectivas en el momento en que se constituyan los nuevos órganos de gobierno de las veguerías. Esta condición es de difícil cumplimiento, en tanto que pasa en buena parte por la colaboración del legislador estatal, el cual es el competente para aprobar, y con una mayoría cualificada, aspectos sustanciales para el nacimiento de las veguerías, como por ejemplo sus límites territoriales o el régimen electoral.

Teniendo en cuenta los márgenes de maniobra que deja la STC 31/2010 sobre las veguerías, el PLGLC debería haber aprovechado la ocasión para dotar de contenidos importantes a estos entes supramunicipales, más allá de lo que prevé la Ley 30/2010, de 3 de agosto, de veguerías, atribuyéndoles competencias propias materiales. Además, de acuerdo con lo expuesto en el apartado anterior respecto a las alternativas a las diputaciones provinciales que ofrece la LRSAL, sería el momento de cuestionarse el planteamiento de la construcción del segundo nivel de gobierno local y avanzar en la implantación efectiva de las veguerías. En este sentido, SABATÉ I VIDAL propone dejar las cuestiones relativas a las modificación de los limites provinciales y dar un paso adelante y firme en el plano competencial e institucional, con los instrumentos jurídicos de que se disponen. Y más adelante, sobre las bases de esa institución imperante en nuestro sistema de gobiernos locales, sería más fácil plantear de forma justificada una iniciativa legal para modificar los límites provinciales y/o el régimen electoral[87].

4. *Articulación entre el reconocimiento estatutario de competencia exclusiva de la Generalitat en materia de régimen local y la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*

Desde la perspectiva de las competencias de la Generalitat de Cataluña, el art. 160 EAC establece que la Generalitat tiene competencia exclusiva en materia

[86] Art. 65.1.

[87] J. M. Sabatè i Vidal, *op. cit.* 147–148.

de régimen local, respetando siempre el principio de autonomía local. A su vez, se le atribuye competencia exclusiva sobre la organización territorial de Cataluña, respetando la garantía institucional que establecen los arts. 140 y 141 CE, en el art. 151 EAC.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de los preceptos estatutarios citados, en la sentencia 31/2010, de 28 de junio, resolviendo que las previsiones del EAC en materia de régimen local deben tener en cuenta en todo caso las competencias básicas que corresponde al Estado en virtud de la reserva del art. 149.1.18 CE, ya que: "(…) la expresión "bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas" engloba a las Administraciones locales", motivo por el cual, concluyo que el art. 160.1 EAC "(…) al reconocer a la Comunidad Autónomas las competencias examinadas en "exclusividad", lo hace de manera impropia y no impide que sobre dichas competencias autonómicas puedan operar plenamente las bases estatales, específicamente las del art. 149.1.18 CE (…)"[88].

En la misma línea, el Tribunal Constitucional vincula el art. 151 EAC al cumplimiento de las bases estatales, en la medida que considera que se refiere a potestades concretas que materializan la configuración de los entes locales de Cataluña[89]. Además, declaró que la regulación de la organización territorial[90] llevada a cabo por el EAC no puede abarcar la organización del gobierno local del Estado en Cataluña, en el sentido que la regulación del régimen local que efectúa el Estatuto sólo puede proyectar su eficacia en la administración territorial autonómica[91].

Por tanto, de este pronunciamiento constitucional se puede concluir que la relación entre las normas estatutarias sobre régimen local y las bases estatales se fundamenta en la prevalencia de éstas últimas[92].

El Tribunal Constitucional traslada la doctrina expuesta al art. 84.2 EAC, el cual enumera las competencias propias, negando que desplace o impida el ejercicio de la competencia estatal en materia de bases del régimen local. No obstante,

[88] FJ 100.

[89] FJ 94.

[90] J. R, Fuetes i Gasò, *op. cit.*, 221.

[91] FJ 40.

[92] "(…) en principio ninguna objeción puede formularse a que el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma, en tanto que su norma institucional básica, contenga las líneas fundamentales i la regulación esencial, con el fin de vincular al legislador autonómico, del régimen local en el ámbito territorial la Comunidad Autónoma, debiendo respetar en todo caso las previsiones estatutarias, como es obvio, la competencia básica que al Estado corresponde en la materia en virtud de la reserva del art. 149.1.18 CE, por cuanto la expresión "bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas" engloba a las Administraciones locales" STC 31/2010, FJ 36.

admite que el elenco de competencias que el citado precepto atribuye a los gobiernos locales, recaen sobre materias autonómicas[93].

Este posicionamiento jurisprudencial conlleva que en materia de régimen local, el Tribunal Constitucional ha creado una doctrina *ad hoc* que se aparta de la que, con carácter general, rige para el resto de materias en que tanto el legislador estatal como el autonómico restan vinculados por el bloque de constitucionalidad[94]. Por tanto, siguiendo esta doctrina, en materia de régimen local, el legislador estatal no esta vinculado por las normas estatutarias, sino sólo por la Constitución o en palabras del *Consell de Garanties Estatutàries* de Cataluña: "(…) son las normas estatutarias las que deben tener en cuenta, además de la Constitución, la legislación básica dictada por el Estado, de manera que los estatutos, en este punto, perderían su función, constitucionalmente prevista, de completar el sistema de reparto competencial"[95].

No obstante, como ha declarado el propio Tribunal Constitucional, el Estatuto puede ejercer su función atributiva de competencias a la Comunidad Autónoma, con la consiguiente delimitación entre competencias estatales y autonómicas, incidiendo en el alcance de las primeras, sin "incumplir en ningún caso el marco del art. 149.1 CE, desnaturalizando el contenido que sea propio de cada materia y que permite su recognoscibilidad como institución (…). En este sentido, el Estatuto por ser norma de eficacia territorial limitada, si en ocasiones hubiere de realizar alguna precisión sobre el alcance de la materias de competencia estatal, lo haga para favorecer la mayor concreción de las competencias autonómicas que se correlacionan con ella y que, al hacerlo, no impida el despliegue completo de las funciones propias de la competencia estatal regulada en el art. 149.1 CE de que se trata"[96].

Por todo lo expuesto, compartimos el criterio del *Consell de Garanties Estatutàries* de Cataluña, cuando afirma que: "las normas estatutarias en materia de régimen local, como manifestación singular que son del autogobierno catalán en este ámbito, producen sus efectos sobre los entes locales de su territorio, con la finalidad de asegurar y ampliar la realización de la garantía institucional que les reconoce. De esta manera, las bases estatales, de acuerdo con su carácter de mínimo común dictado al amparo del art. 149.1.18 CE, deben ser configuradas de forma que permitan la ampliación que prevé el Estatuto en el sentido de dotar

[93] FJ 36.

[94] Esta interpretación del posicionamiento jurisprudencial del Tribunal Constitucional, Dictamen del *Consell de Garaties Estatutàries* 8/2014, sobre la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, p. 27.

[95] Dictamen del *Consell de Garaties Estatutàries* 8/2014, sobre la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, p. 27–28.

[96] STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 9.

de más contenido el principio de autonomía local en el ámbito territorial sobre el cual proyecta su eficacia"[97].

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional citada, la extensa regulación de la organización territorial y del régimen local que contiene el EAC, está vinculado con la Constitución y, por tanto, a sus garantías de autonomía local[98]. A su vez, la regulación del régimen local en un estatuto de autonomía no puede impedir el despliegue de la competencia estatal enunciada en el art. 149.1.18 CE.

Por consiguiente, si un estatuto de autonomía contiene una regulación que por su extensión o intensidad, impide al Estado el despliegue en una concreta Comunidad Autónoma de su competencia sobre las bases del régimen local, esa regulación será inconstitucional, pero también este planteamiento se efectúa a la inversa. Por ejemplo, en la regulación directa de las materias competenciales locales en el art. 84.1 EAC, que expresamente incluye los servicios sociales públicos de asistencia. Esta norma entra en contradicción con la disposición transitoria segunda LRSAL cuando dispone directamente el traslado a las Comunidades Autónomas de todas las competencias municipales sobre servicios sociales.

Es claro que, esta norma de la LRSAL entra en contradicción con el art. 84.1 EAC. En consecuencia, si partimos de la premisa que el art. 84.2 EAC es constitucionalmente válido, porque respeta la competencia estatal sobre bases del régimen local y sobre las distintas materias sectoriales de titularidad estatal, concluiremos que la disposición transitoria segunda LRSAL es inconstitucional en relación al EAC.

La validez constitucional de las normas le corresponde, en exclusiva, al Tribunal Constitucional[99]. Pero en ausencia de ese juicio de constitucionalidad, un órgano local puede encontrarse ante una antinomia, es decir, dos normas válidas, una estatutaria y la otra, la LRSAL, contradictorias. Ante esta situación la Constitución no prevé ningún criterio sobre cuál debe ser la norma de las dos en conflicto que debe aplicar el órgano local. Además, debe recordarse que la cláusula de prevalencia que contempla el art. 149.1 CE no contiene, conforme a la consolidada jurisprudencial, ningún criterio de preferencia aplicativa de la norma estatal.

---

[97] Dictamen del *Consell de Garaties Estatutàries* 8/2014, *op. cit.*, p. 28.

[98] STC 31/2010, FJ 100.

[99] Téngase en cuenta que el Pleno del Tribunal Constitucional por providencia de 27 de mayo de 2014, ha acordado admitir a trámite los recursos de inconstitucionalidad: núm. 1792–2014, promovido por la Asamblea de Extremadura; núm. 1959–2014, promovido por el Consejo de Gobierno de Andalucía; número 1995–2014, promovido por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias; número 2001–2014, promovido por el Parlamento de Navarra; núm. 2002–2014, promovido por más de cincuenta diputados, integrantes de los Grupos Parlamentarios Socialistas; IU, ICV–EUIA, CHA, La Izquierda Plural; Unión Progreso y Democracia y Mixto; número 2014–2014, promovido por el Gobierno de Canarias; número 2003–2014, promovido por el Parlamento de Andalucía.

Por tanto, como lo resume VELASCO CABALLERO "la contradicción entre una norma estatutaria sobre régimen local y una norma de la LRSAL, está articulada en nuestro sistema jurídico como un problema constitucional de competencia, y no como una situación constitucionalmente lícita y articulada mediante un criterio de preferencia aplicativa"[100].

Pero ante tal antinomia, el órgano local debe buscar una interpretación de los preceptos en conflictos que permita su vigencia simultánea. Pero cuando esto sea imposible, lógicamente el órgano deberá tomar una decisión jurídica y fundamentada mediante principios constitucionales, como el de autonomía local, el cual aconseja la aplicación de aquella norma, de las dos en conflicto, más favorable a la autonomía local, o los principios rectores de la política social y económica, que aconsejen la inaplicación de la norma en conflicto porque contradigan mandatos como de protección de los consumidores o la promoción de la salud.

En el caso de Cataluña, el Tribunal Constitucional ya ha enjuiciado y confirmado la validez de la norma estatutaria sobre el régimen local[101]. Así, el propio Tribunal Constitucional se manifestó sobre el listado de competencias del art. 84.2 EAC, afirmando "el elenco competencial que el precepto estatutario dispone que tienen que corresponder a las entidades locales (…) en su caso se superpone a los principios o bases que dicte el Estado sobre las competencias locales en ejercicio de la competencia reservada por el artículo 149.1.18 CE"[102]. También sabemos que la distribución autonómica de competencias de escala local entre los distintos niveles de gobierno local no es libre, pues forma parte de la competencia básica estatal la fijación de criterios o principios sobre esa distribución[103]. Así mismo, el estatuto de autonomía puede singularizar directamente el régimen de las provincias en la correspondiente comunidad autónoma, siempre que esa singularización permita al Estado establecer "la composición y el modo de elección de sus miembros, así como las competencias en el orden local"[104].

Por tanto, en Cataluña ya hay un criterio constitucional expreso sobre la validez de la norma estatutaria de régimen local. Pero aun así, la contradicción entre la norma estatutaria y una norma de la LRSAL es un conflicto reservado en exclusiva al Tribunal Constitucional[105].

---

[100] F. Velasco Caballero, *El nuevo régimen local*…, *op. cit.* 21.

[101] STC 31/2010.

[102] STC 31/2010, FJ 3.

[103] FJ 37.

[104] FJ 41.

[105] Téngase en cuenta que el Pleno del Tribunal Constitucional por providencia de 27 de mayo de 2014, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 2006–2014, promovido por el Gobierno de Cataluña; y el núm. 1996–2014, promovido por el Parlamento de Cataluña.

5. *Conclusiones*

La administración local, que tradicionalmente ha funcionado como un laboratorio de fórmulas y soluciones a los retos y problemas de mundo público, ahora tiene que buscar vías que, más allá de las teorías de la "nueva gestión pública", integren en un todo los principios de legalidad, eficiencia, eficacia, servicio a la ciudadanía, sostenibilidad y calidad en la actuación.

La transformación de los gobiernos locales no tiene que basarse en aspectos puramente formales mediante únicamente un cambio normativo, por extenso que este sea. El reto al que se enfrentan nuestros entes locales es la superación de una cultura y de un modelo administrativos fundamentado en el legalismo y la petrificación, donde la administración se justifica en pro de un modelo fundamentado en la asimetría, la flexibilidad y la innovación y la capacidad de prestación. En este proceso, se trata de transformar y, si hace falta, simplificar las existentes con objeto de dar una nueva orientación a sus actividades y, consiguientemente, a los servicios que prestan. Se trata de repensar sus ámbitos de competencias y distribuirlas adecuadamente entre los diferentes entes locales.

Así, el mapa competencial no tendría que venir determinado por quien ejerce una competencia o realiza una determinada actividad efectivamente, sino por quien la puede ejercer más adecuadamente, es decir logrando un mayor grado de calidad y satisfacción de la ciudadanía, con mayor eficiencia y eficacia. En definitiva, hay que trasladar el centro de gravedad del sistema competencial desde la administración al ciudadano, que es el destinatario.

Pero esta no parece ser la opción elegida por el legislador estatal, ya que aboga por una nueva petrificación competencial, que en cierto modo, puede contradecir el principio de autonomía local.

Parecería más aconsejable una configuración de "geometría variable" que permitiera una cierta "elección a la carta" por parte de cada ente local, en particular, cada municipio, según los "intereses locales" específicos y diferenciadores de su comunidad ciudadana. Así, el hecho determinante seria la capacidad real del ente local para afrontar el ejercicio de una u otra competencia. El horizonte de esta cuestión no es otro que hacer efectivo el principio de subsidiariedad reconocido en el art. 4.3 de la Carta Europea de Autonomía Local y en nuestro Estatuto de Autonomía en los arts. 84.3 y 188[106].

Las diputaciones provinciales y los llamados "entes equivalentes", es decir el segundo nivel de gobierno local, se haya en una disyunción entre la LRSAL y

[106] Como afirma Forcadell I Esteller"(…) hoy necesitan ya, y más vigente que nunca, una Ley local con visión global, más ambiciosa, más respetuosa con la diversidad territorial del Estado y con sus respectivos estatutos de autonomía, con visión europea, que vaya acompañada de una previsión moderna, real y suficiente de las Haciendas locales. Por tanto, una ley que habría tenido que dar respuesta a las necesidades reales de una democracia local avanzada". X. Forcadell I

el PLGL en Cataluña. El legislador estatal y el catalán apuestan por un reforzamiento de este tipo de entes locales (provincias en la LRSAL y veguerías en el PLGLC), pero el contenido concreto de su articulado es ambivalente.

Ante este escenario, se debería volver a reflexionar sobre la figura de las diputaciones provinciales, partiendo de la premisa que existen desde hace más de 150 años y están reconocidas en la constitución española.

En Cataluña para avanzar en la implantación de la planta territorial propia, se deberían aprovechar los márgenes que deja la LRSAL como alternativas a las diputaciones provinciales y la interpretación del Tribunal Constitucional del EAC para conseguir que las veguerías sean por fin una realidad y dejen su estado "latente". Este seria el primer paso en la hoja de ruta para del desarrollo de les veguerías con la modificación de los límites territoriales y así adaptar la planta provincial a las necesidades territoriales y sociales de Cataluña.

No obstante, debería resolverse una cuestión esencial como es la financiación. Esta tiene que ser efectiva y suficiente para hacer frente a las actuaciones que deriven del ejercicio de las competencias atribuidas a cada uno de los entes locales y, en particular, de los municipios. En este sentido, es urgente la reforma del Real decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el cual se aprueba el Texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales. Así como, se aboga para que el Parlamento de Cataluña apruebe una Ley de Finanzas Locales de Cataluña.

Cualquier reflexión y análisis de las competencias de las administraciones locales y de los principios que las sustentan tiene que pasar de forma necesaria por una reflexión que deje de banda exclusivamente qué hacer, para atender, en primer lugar, a porque hacerlo y, sobre todo, como financiarlo.

La reforma que conlleva la LRSAL para Cataluña no sólo supone no seguir decididamente la opción por el principio de interiorización del régimen local previsto en el Estatuto de Autonomía –propia de modelos de estados compuestos de indiscutible tradición pluralista, como es el alemán de acuerdo con el cual la configuración del modelo local es competencia del legislador catalán–; si no que incluso se aparta decididamente de la concepción tradicional de su carácter bifronte –en la que las líneas maestras deberían ser dibujadas por la legislación básica del Estado y su desarrollo *latu sensu* por la legislación autonómica–.

En definitiva, nos hallamos ante un nuevo intento recentralizador del Estado español en el sentido contrario de lo que se ha venido a denominar la "segunda transición", que debería suponen un reforzamiento de los poderes territoriales tanto autonómicos o regionales, como locales. Un reforzamiento del Estado jacobino centralista en grado sumo, precisamente en un momento en el que se discute la transición estatal de Cataluña en un España en profunda discusión.

Esteller, *op. cit.* 75.

L'INCIDENZA DELLA RIFORMA DEL REGIME LOCALE SULL'ORGANIZZAZIONE TERRITORIALE DELLA CATALOGNA

di Josep Ramon Fuentes i Gasó y Marina Rodríguez Beas

Questo testo, dopo aver presentato una descrizione sommaria del sistema istituzionale di organizzazione territoriale della Catalogna fissato dallo Statuto del 2006, analizza l' impatto della riforma del governo locale spagnolo gestito dalla Legge 27/2013, di razionalizzazione e sostenibilità dell'Administrazione locale. Questa riforma è un altro tentativo, ma in sommo grado, di ricentralizzazione da parte dello Stato; precisamente in un momento in cui la transizione statale della Catalogna è discussa, in una Spagna in una profonda crisi politica e istituzionale.

Giurisprudenza

Dal valore di un illecito alla legalità come valore. Nuovi approdi giurisprudenziali in tema di occupazione acquisitiva

di Michele Russo

Cass. Civ. SS. UU. – sentenza 19 gennaio 2015, n. 735

"L'illecito spossessamento del privato da parte della p.a. e l'irreversibile trasformazione del suo terreno per la costruzione di un'opera pubblica non danno luogo, anche quando vi sia stata dichiarazione di pubblica utilità, all'acquisto dell'area da parte dell'Amministrazione ed il privato ha diritto a chiederne la restituzione salvo che non decida di abdicare al suo diritto e chiedere il risarcimento del danno. Il privato, inoltre, ha diritto al risarcimento dei danni per il periodo, non coperto dall'eventuale occupazione legittima, durante il quale ha subito la perdita delle utilità ricavabili dai terreno e ciò sino al momento della restituzione ovvero sino al momento in cui ha chiesto il risarcimento del danno per equivalente, abdicando alla proprietà del terreno. Ne consegue che la prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento dei danni decorre dalle singole annualità, quanto al danno per la perdita del godimento, e dalla data della domanda, quanto alla reintegrazione per equivalente."

***

La recente pronuncia n. 735/2015 della Suprema Corte di Cassazione a SS.UU. rappresenta il definitivo epilogo di un controverso istituto, di matrice pretoria, con alle spalle circa tre decadi di travagliata storia giuridica: la cd. occupazione acquisitiva, oggetto di infervorati dibattiti dottrinali, contrastanti pronunce giurisprudenziali ed intricati *escamotages* interpretativi.

L'attesa sentenza in commento interviene sui fatti di causa che si vanno, sia pur brevemente, qui di seguito ad esporre.

Il giudizio da cui trae origine la pronuncia *de qua* ha inizio nel lontano 1968, anno nel quale parte attrice conveniva innanzi al tribunale territorialmente competente il Comune di Laureane di Borrello per sentirlo condannare al risarcimento dei danni patiti a seguito dell'illegittima occupazione di un terreno, di proprietà dell'attore in ragione di tre quinti, sul quale era stato realizzato un istituto scolastico. L'attore eccepiva l'illegittimità dell'occupazione d'urgenza dell'area in questione, disposta con decreto del 19 novembre 1953, stante la mancata adozione di un valido provvedimento di esproprio nel termine perentorio di due anni a decorrere dalla data di emissione di detto decreto. Il giudizio, proseguito dagli

eredi a seguito della morte dell'attore, si concludeva, in primo grado, con il rigetto della domanda per intervenuta prescrizione del diritto.

A seguito di impugnazione, la Corte d'appello confermava la sentenza del giudice di prime cure sulla scorta delle seguenti motivazioni in diritto: 1) l'intervenuta prescrizione del diritto al risarcimento del danno per l'inutile decorso del termine di cinque anni a far data dall'irreversibile trasformazione del terreno, realizzatasi nel 1960 con l'edificazione del predetto istituto scolastico; 2) la non incompatibilità con la proposizione dell'eccezione di prescrizione degli atti posti in essere dal Comune convenuto quali la determinazione, l'offerta e il deposito dell'indennità; la manifestazione, a mezzo comunicazione del sindaco datata 19 marzo 1984, della volontà di addivenire ad un bonario componimento della controversia; la delibera del commissario prefettizio, datata 8 febbraio 1990, palesante l'intenzione di procedere all'acquisto oneroso del terreno; il contratto di compravendita firmato dalle parti in causa il 9 febbraio 1990, rimasto ineseguito per mancanza di fondi.

Gli eredi dell'attore proponevano ricorso per Cassazione avverso tale sfavorevole sentenza, deducendo due motivi, mentre il Comune di Laureano di Borrello non svolgeva attività difensiva alcuna. La prima sezione della Corte, con ordinanza del 15 maggio 2013, rimetteva gli atti al Primo Presidente, rilevando, in relazione al caso di specie, un contrasto nella giurisprudenza della S.C.

La Corte di Cassazione, nel suo Supremo Consesso, finalmente cristallizza il principio di diritto secondo cui: "*L'illecito spossessamento del privato da parte della Pubblica Amministrazione e la irreversibile trasformazione del suo terreno per la costruzione di un'opera pubblica non danno luogo, anche quando vi sia stata dichiarazione di pubblica utilità, all'acquisto dell'area da parte dell'Amministrazione ed il privato ha diritto a chiederne la restituzione, salvo che non decida di abdicare al suo diritto e chiedere il risarcimento del danno. Il privato, inoltre, ha diritto al risarcimento dei danni per il periodo, non coperto dall'eventuale occupazione legittima, durante il quale ha subito la perdita delle utilità ricavabili dal terreno e ciò sino al momento della restituzione, ovvero sino al momento in cui ha chiesto il risarcimento del danno per equivalente, abdicando alla proprietà del terreno. Ne consegue che la prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento dei danni decorre dalle singole annualità, quanto al danno per la perdita del godimento, e dalla data della domanda, quanto alla reintegrazione per equivalente.*"

Prima di procedere all'analisi delle peculiarità di detta pronuncia, è bene dare conto, senza pretesa di esaustività, dell'excursus storico–giuridico del controverso istituto dell'occupazione acquisitiva.

A ben vedere, l'istituto in questione trae origine dalla giurisprudenza della stessa S.C. che, con la sentenza a SS.UU. n. 1464 del 26 febbraio 1983, trasponendo l'istituto civilistico dell'accessione ai casi di occupazione illecita di suoli

privati da parte della P.A., "introdusse" per la prima volta nel nostro ordinamento giuridico la c.d. accessione invertita[1].

Si trattava di un particolare e certamente atipico modo di acquisto della proprietà, a titolo originario, da parte della P.A. che avesse costruito sul fondo del privato un'opera pubblica, trasformandone irreversibilmente la destinazione[2].

Tale soluzione giurisprudenziale fu intrapresa alla luce della sempre più frequente prassi della P.A. di immettersi nel possesso del bene e trasformarlo in maniera irreversibile, senza che, *medio tempore*, fosse concluso il procedimento di esproprio.

Solo cinque anni dopo, con sentenza n. 3940 del 10 giugno 1988, le stesse SS.UU. della S.C. circoscrissero l'ambito applicativo dell'istituto *de quo*, condizionando l'acquisto della proprietà da parte della P.A. alla circostanza che quest'ultima avesse già adottato valido provvedimento dichiarativo di pubblica utilità del bene in questione: si realizzava, dunque, il passaggio dall'accessione invertita al cd. occupazione acquisitiva[3].

---

[1] La precedente giurisprudenza sul tema riteneva che, in assenza di un titolo valido ed efficace ai fini del trasferimento, il privato mantenesse formalmente la proprietà del bene; in altre parole, in difetto di un valido titolo espropriativo, la mera occupazione non poteva comportare il trasferimento della proprietà dal privato alla P.A. Al privato veniva riconosciuta la possibilità di ottenere il risarcimento per equivalente, calcolato in base al valore venale del bene occupato illegittimamente, essendogli invece preclusa l'azione di *restitutio ad integrum* dello stesso. L'adozione di un decreto di esproprio tardivo, precedentemente alla sentenza di condanna al risarcimento integrale del danno, avrebbe non solo posto fine all'illiceità della condotta della P.A., ma anche realizzato il trasferimento in capo a quest'ultima della proprietà del bene occupato illegittimamente. Per una ricostruzione giurisprudenziale si vedano Cass., Sez. I, 14.4.1982 n. 2341, in *Mass. Foro it.*, 1982; Cass., Sez. Un., 23.7.1981 n. 4741, in *Giust.civ.Mass.*, 1982; Cass., Sez. I, 13.12.1980 n. 6452, in *Foro it.*, 1981, I, 1082; Cass., Sez. I, 3.12.1980 n. 6308, in *Giust.civ.Mass.*, 1980. Per la dottrina, invece, cfr. CENTOFANTI N., *L'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 2003, *seconda edizione (Il diritto privato oggi. Serie a cura di Cendon)*; COGO D., *Il testo unico degli espropri: le novità introdotte dal Governo alla luce dei limiti posti dalla legge delega*, in *Rivista Giuridica di Urbanistica*, 2003, 100–122.

[2] L'isituto in questione scaturisce dall'applicazione inversa del principio codicistico dell'accessione, in virtù del quale il proprietario del suolo acquisisce anche la proprietà delle costruzioni su di esso realizzate. È evidente che detto principio si fonda sulla considerazione del suolo quale bene principale; l'istituto dell'accessione invertita, invece, consente all'Amministrazione di acquisire a titolo origniario la proprietà del suolo su cui è edificata l'opera pubblica proprio perché, in virtù dell'assunto della prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato, è quest'ultima ad essere considerata quale bene principale.

Sotto il profilo della tutela del privato, allo stesso veniva riconosciuto il diritto al solo risarcimento del danno, restando esclusa ogni possibilità di restituzione del bene occupato illegittimamente.

[3] La dichiarazione di pubblica utilità acquisiva, dunque, il ruolo di imprescindibile presupposto ai fini dell'applicabilità dell'istituto in esame: la sua assenza o annullamento giurisdizionale concretizzava la differente ipotesi della cd. occupazione usurpativa, ovvero un'occupazione *sine titulo* che permetteva al privato di ottenere la restituzione del bene illegittimamente sottratto alla sua disponibilità con conseguente diritto al risarcimento del danno ex art. 2043 c.c. V. Cass. Civ.

La giurisprudenza degli anni successivi a quello della suindicata pronuncia sembrò avallarne le conclusioni, ribadendone la correttezza dell'impianto concettuale e, in alcuni casi, addirittura ampliandone l'ambito di applicazione[4].

Con sentenza del 4 novembre 1996, n. 9521, la Suprema Corte di Cassazione a SS.UU. escluse che la sola realizzazione dell'opera pubblica sul fondo fosse sufficiente ad attrarre in capo all'Amministrazione la titolarità del bene illecitamente sottratto al privato, a tal fine dovendo ritenersi necessaria anche l'irreversibile trasformazione dello stesso, tale da impedirne un utilizzo conforme alla precedente destinazione.

L'istituto di elaborazione giurisprudenziale, certamente non esente anche da dure critiche[5], ricevette il beneplacito della Corte Costituzionale che, con la sentenza del 23 maggio 1995, n. 188, lo ritenne conforme al parametro dell'art. 42 della Costituzione alla luce del richiamo ivi contenuto alla funzione sociale della proprietà[6].

SS.UU., 10 giugno 1988, n. 3940, in *CED*, 1988; Cass. Civ. SS.UU.,25 novembre 1992, n. 12546, in *CED*, 1992. In dottrina, si segnalano sul punto i contributi di CARBONE V., *La Cassazione si arrocca sull'occupazione acquisitiva*, in *Corr. giur.*, 1988, 697; GAMBARO A., voce *Occupazione acquisitiva*, in *Enc.dir.*, agg. IV, Milano, 2000; CONTI R., *L'occupazione acquisitiva: tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006, *passim*.

[4] Il riferimento è all'elaborazione giurisprudenziale della cd. occupazione usurpativa "spuria" e all'annessa questione del riparto di giurisdizione. V. sul punto, *ex multis*, Cass. Civ., 30 maggio 2003, n. 11335; Cass. Civ. SS.UU., 9 giugno 2004, n. 10978; Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204; Cass. Civ., 15 gennaio 2005, n. 6; Cass. Civ., 4 febbraio 2005, n. 2198; Cass. Civ., 25 maggio 2005, n. 10962; Cass. Civ. SS.UU., 7 novembre 2005, n. 23241; Corte Cost., 11 maggio 2006, n. 191; Cass. Civ. SS.UU., 9 giugno 2006, n. 13431; Cass. Civ. SS.UU., 7 febbraio 2007, n. 2688; Cons. Stato, Ad. Plen. 30 luglio 2007 n. 9; Cons. Stato, Ad. Plen. 22 ottobre 2007 n. 12; Cass. Civ. SS.UU., 6 febbraio 2008, n. 2765; Cass. Civ. SS.UU., 20 marzo 2008, n. 7442.

[5] Gran parte della dottrina, non comprendendo come da un illecito potesse derivare l'acquisto di un diritto, considerava l'istituto dell'occupazione acquisitiva privo di fondamento legale nonché contrario al dettato dell'art. 42 Cost. Cfr. MASTROCINQUE R., *Il potere e il diritto*, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1737; ANNUNZIATA M., *Brevi note sugli aspetti pubblicistici della decisione in tema di danni da occupazione illegittima*, ivi, p. 1740; CAROTENUTO G., *L'opera pubblica su suolo privato. Una soluzione che lascia perplessi*, ivi, p. 1741. Rilievi critici erano mossi anche da parte della stessa giurisprudenza della Suprema Corte. V. Cass., 18 marzo 1987 n. 3872, in *CED*, 1987.

[6] La Corte si esprime in questi termini: "*l'elemento qualificante della fattispecie è <l'azzeramento del contenuto sostanziale del diritto e la nullificazione del bene che ne costituisce oggetto>; <la vanificazione>, cioè, <della individualità pratico–giuridica> dell'area occupata, in conseguenza della <materiale manipolazione dell'immobile nella sua fisicità>, che ne comporta una <trasformazione così totale da provocare la perdita dei caratteri e della destinazione propria del fondo, il quale in estrema sintesi non è più quello di prima>. Ed appunto questa <perdita> è l'evento che, in quella ricostruzione, si pone in rapporto di causalità diretta con l'illecito della pubblica amministrazione.*

Nonostante il suo pacifico consolidamento nel "diritto vivente" dell'ordinamento interno, la Corte Europea dei diritti dell'uomo, con le sentenze *Carbonara e Ventura* e *Belvedere Alberghiera s.r.l.*, assunse una posizione di aperta contrarietà nei confronti dell'istituto *de quo*, ritenendolo non conforme all'art. 1 del Protocollo n. 1 allegato alla CEDU[7].

Da un'attenta lettura di tali pronunce e dal senso delle affermazioni "sistemiche" e di principio in esse contenute, non può che cogliersi una dura censura dell'ordinamento giuridico e del sistema giurisprudenziale italiani, responsabili di aver avallato un modo di acquisto della proprietà da parte della P.A. fondato su una condotta illecita, in radicale difformità alla CEDU[8].

Mentre l'acquisto, in capo alla medesima, del nuovo bene risultante dalla trasformazione del precedente, si configura invece come una conseguenza ulteriore, eziologicamente dipendente non dall'illecito ma dalla situazione di fatto – realizzazione dell'opera pubblica con conseguente non restituibilità del suolo in essa incorporato – che trova il suo antecedente storico nell'illecita occupazione e nella illecita destinazione del fondo alla costruzione dell'opera stessa. Per ciò, appunto, resta in primo luogo esclusa la violazione dell'asserito principio che non consente la produzione di effetti positivi a mezzo di atto illecito in favore del suo autore. E viene del pari ad escludersi la vulnerazione dell'art. 42, come dell'art. 3 (nei sensi innanzi indicati), della Costituzione, una volta che la vicenda in esame – fuori da ogni riconducibilità o comparabilità ad uno schema traslativo, come quello presupposto dal citato art. 42 – si scinde per un verso, in negativo, in una condotta di occupazione ed irreversibile manipolazione del suolo (cui consegue l'estinzione del diritto di proprietà per svuotamento dell'oggetto) che ha tutti i crismi dell'illecito; e per altro verso, in positivo, in una acquisizione dell'opera di pubblica utilità, su di esso costruita, a vantaggio dell'ente pubblico. Effetto, quest'ultimo, che – alla stregua della regola di diritto applicato (desunta dallo stesso principio fondamentale dell'ordinamento che, nei rapporti tra privati, ispira la disciplina dell'accessione ordinaria) – realizza un modo di acquisto della proprietà, previsto dall'ordinamento sul versante pubblicistico, giustificato da un bilanciamento fra interesse pubblico (correlato alla conservazione dell'opera in tesi pubblica) e l'interesse privato (relativo alla riparazione del pregiudizio sofferto dal proprietario) la cui correttezza <costituzionale> è ulteriormente coonestata dal suo porsi come concreta manifestazione, in definitiva, della funzione sociale della proprietà".

[7] CEDU, casi *Carbonara e Ventura c. Italia*, 20 maggio 2000; *Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia*, 30 maggio 2000. Cfr. sul punto VERZARO S., *La Corte di Strasburgo riconosce il contrasto dell'occupazione acquisitiva con la Convenzione dei diritti dell'Uomo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 48; INVERNIZZI R., *Accessione invertita e CEDU: punti di vista,* in *Riv. giur. edilizia*, 2000, 595; BENIGNI A., *La Corte europea dei diritti dell'uomo <<boccia>> l'occupazione appropriativa*, in *Urb. e app.*, 2011, 292; SABATO R., *Nota a Corte europea dei diritti dell'uomo, Belvedere e Carbonara,* in *Foro it.*, 2001, 233; PADELLETTI M., *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003; BUONOMO F., *La tutela della proprietà dinanzi la Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2005; MOSCARINI A., *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006.

[8] Per ulteriori spunti di approfondimento v. CONTI R., *Prescrizione ed occupazione appropriativa dopo Strasburgo*, in *Urb. app.*, 2002, 6, 712: "… *A dire il vero, la sentenza della Corte di Strasburgo Carbonara sembra segnare il punto di non ritorno rispetto ad un indirizzo che, individuando il passaggio del diritto dominicale nella radicale trasformazione, faceva ineluttabilmente*

In occasione di riordino della disciplina in materia di espropriazione, avvenuto con l'adozione del D.P.R. n. 327/2001 (T.U. sulle espropriazioni), il legislatore tentò per la prima volta di disciplinare l'istituto *de quo*, fino ad allora di matrice esclusivamente pretoria, sanandone il contrasto con la CEDU.

In realtà, l'art. 43 del cit. T.U. Espropriazioni determinò il definitivo tramonto dell'occupazione acquisitiva[9], introducendo nell'ordinamento giuridico l'istituto dell'acquisizione sanante: alla P.A. era riconosciuto il potere di sanare la

scattare il tempo della prescrizione del diritto proprietario, garantendo comunque alla p.a. che aveva agito illecitamente l'acquisto del diritto di proprietà. Il ragionamento di quel giudice… può infatti decriptarsi nel senso che non è conforme alla Convenzione dei diritti dell'uomo un sistema che garantisca alla pubblica amministrazione che ha agito illegalmente l'acquisto della proprietà, retrocedendo il diritto del proprietario a mero diritto risarcitorio soggetto ad un breve termine di prescrizione che non può essere individuato con certezza dal proprietario il quale si trova in balia dell'agire della p.a. In quest'ottica, l'esistenza della dichiarazione di pubblica utilità, che pure ha costituito il baricentro dell'istituto dell'occupazione appropriativa, potrebbe perdere di consistenza, apparendo totalmente ininfluente ai fini della tutela del diritto dominicale del privato defraudato dalla condotta illecita successivamente perpetrata in suo danno… La conclusione che sembra potersi trarre da quanto appena ricordato è anzitutto l'impossibilità di continuare a percorrere un indirizzo giurisprudenziale che riconduca il diritto del proprietario al termine quinquennale di prescrizione… Dovendo poi escludersi la congruità del riferimento al termine di prescrizione ventennale rimane, come estrema possibilità, quella di rileggere l'istituto dell'occupazione appropriativa come fatto illecito di natura permanente. Non possono certo nascondersi le difficoltà di un simile approccio, posto che tale conclusione avrebbe l'effetto di scardinare l'intero edificio su cui è stata costruita l'occupazione appropriativa e primo fra tutti la rilevanza della dichiarazione di pubblica utilità. Affermare, infatti, che l'attività illecitamente posta dalla p.a. non produce il trasferimento del diritto dominicale ma realizza un illecito che si protrae nel tempo, avrebbe il significato di una cocente smentita ad anni ed anni di elaborazioni giurisprudenziali nelle quali la Corte di Cassazione, con l'esplicito e ripetuto avallo della Corte Costituzionale, aveva rinvenuto nell'illiceità della condotta l'in sé dell'occupazione appropriativa e ricondotto il nucleo dell'istituto nell'effetto estintivo–acquisitivo rappresentato dalla irreversibile trasformazione del bene. … Ora, se si guarda alla storia del fenomeno illecito connesso all'abusiva realizzazione di un'opera pubblica non può farsi a meno di rilevare che fino al 1978 la Cassazione aveva pacificamente riconosciuto la natura permanente dell'illecita occupazione che avrebbe potuto cessare soltanto con la restituzione dell'immobile o con la sentenza di condanna dell'amministrazione occupante al risarcimento del danno, per cui <<costituiva implicazione logica di tale postulato giuridico che, finchè perdurava l'occupazione abusiva per l'avvenuta realizzazione dell'opera pubblica, non sussistesse alcun pericolo di prescrizione>>. Tale giurisprudenza non era certo sfuggita all'attenzione della Corte di Strasburgo che anzi ne fece espressamente menzione in entrambe le decisioni. … D'altra parte, la soluzione prospettata consentirebbe comunque una piena tutela al proprietario contro l'agire contra ius della p.a. senza dover ricorrere necessariamente all'inquadramento della vicenda nel meccanismo <<perdita della proprietà–acquisto a titolo originario>> da parte dell'amministrazione che, secondo autorevole dottrina, non rappresenta l'in sé del fenomeno ed è anzi stato più volte superato dalla stessa giurisprudenza di legittimità…".

[9] In senso contrario v. SCOCA F.G., *Modalità di espropriazione e <<rispetto>> dei beni (immobili) privati*, in *Dir. Amm.*, 2006, 519.

situazione *contra ius* (derivante dall'occupazione *sine titulo* e per scopi di pubblico interesse del suolo privato già irreversibilmente trasformato) attraverso l'emanazione di un provvedimento ablativo formale e successivo, purchè al proprietario espropriato fosse risarcito il danno sofferto[10]. La norma in questione lasciava alla P.A. un certo margine di discrezionalità dal momento che la stessa, sulla scorta di un'attenta ponderazione degli interessi in gioco[11], poteva scegliere tra due differenti soluzioni: emanare un provvedimento di acquisizione sanante ed acquisire in via autoritativa il bene al proprio patrimonio indisponibile, risarcendo il privato del danno patito, oppure restituire a quest'ultimo l'area illecitamente occupata e trasformata.

Nonostante il tentativo operato dal legislatore di bilanciare il diritto del singolo alla tutela della proprietà privata con la salvaguardia dell'azione amministrativa volta al perseguimento di un interesse pubblico specifico, l'art. 43 del

[10] In altri termini, l'istituto *de quo* concretava la legalizzazione di un'espropriazione realizzata in assenza di un valido titolo abilitativo. Cfr. sul punto, LEONE G., *Un nuovo modo di acquisto della proprietà: l'atto di acquisizione in assenza del valido provvedimento ablatorio (art. 43 del t.u. 8 giugno 2011, n. 327, delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità)*, in *Riv. giur. edilizia*, 2001, 239; CONTICELLI M., *La nuova disciplina del procedimento espropriativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 461; GENESIN M.P., *Delle sorti dell'occupazione acquisitiva e di quella usurpativa dopo l'entrata in vigore del d.P.R. n. 327 del 2001*, in *Foro Amm.*, 2003, 3512; COGO D., *Il testo unico degli espropri: le novità introdotte dal Governo alla luce dei limiti posti dalla legge delega*, in *Rivista Giuridica di Urbanistica*, 2003, 100–122; MACCARI L., *Dall'occupazione acquisitiva all'acquisizione sanante*, in *Urb. e app.*, 2010, 220.

[11] La scrupolosa comparazione degli interessi pubblici e privati sottesi alla vicenda espropriativa assumeva un ruolo decisivo nel riconoscimento del valore "sanante" del provvedimento di acquisizione: per poter prevalere sull'interesse del privato alla tutela del proprio diritto dominicale, il provvedimento in questione doveva soddisfare un interesse pubblico non generale, bensì specifico e concreto. V. sul punto, Cons. St., Ad. Plen. 29 aprile 2005, n. 2: "*Una valutazione – quella degli interessi in conflitto – da condurre con particolare rigore. L'atto di acquisizione, che assorbe dichiarazione di pubblica utilità e decreto di esproprio, deve, infatti, non solo valutare la pubblica utilità dell'opera, secondo i parametri consueti, ma deve altresì tener conto che il potere acquisitivo in parola avente, in qualche misura, valore "sanante" dell'illegittimità della procedura espropriativa, anche se, come si è detto, solo ex nunc ha natura "eccezionale" e non può risolversi in una mera alternativa alla procedura ordinaria. Il nuovo provvedimento deve perciò trovare la sua giustificazione nella particolare rilevanza dell'interesse pubblico posto a raffronto con l'interesse del privato*". In quell'occasione, la Plenaria sembrò ritenere l'istituto dell'acquisizione sanante conforme ai principi sanciti dalla Corte EDU sulla scorta della considerazione che la disposizione normativa di cui all'art. 43 del T.U. sulle espropriazioni avesse finalmente risolto il *vulnus* del principio di legalità causato dall'assenza di un'apposita e chiara disciplina normativa. Tuttavia, tale circostanza non costituì, agli occhi del Supremo Consesso amministrativo, l'unica ragione a determinare il convincimento circa la conformità dell'istituto *de quo* ai canoni della Corte europea. A ben vedere, infatti, altre ragioni alla base di tale convincimento furono identificate nella sussistenza, all'interno del provvedimento di acquisizione sanante, di un margine di discrezionalità sindacabile in sede giurisdizionale; nella previsione del diritto al risarcimento del danno quale strumento di tutela del privato illegittimamente espropriato nonché, al contempo, sanzionatorio della condotta illecita della P.A.; nell'impossibilità, salvo espressa rinuncia del privato, di impedire la restituzione del bene illecitamente occupato in mancanza di valido provvedimento di acquisizione.

menzionato T.U. destò non poche perplessità, ricevendo le censure non solo della giurisprudenza di Strasburgo[12] – che continuava a sanzionare la sistematica violazione dei principi della CEDU ad opera del sistema giuridico italiano[13] – ma anche della stessa Corte Costituzionale, al cui vaglio veniva sottoposto con ordinanza della sez. V del Tar Campania, Napoli, 28 ottobre 2008, n. 730. Tale ordinanza sollevava questione di legittimità costituzionale del cit. art. 43 con riferimento alla presunta violazione degli artt. 3; 24; 42; 97; 113 e 76 Cost., quest'ultimo – in particolare – per violazione dei limiti previsti dalla legge delega n. 50/1999. Il giudice delle leggi, come accennato *supra*, dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 43 del T.U. sulle espropriazioni per eccesso di delega[14] e, pur evitando di pronunciarsi in maniera diretta sulla conformità dello stesso

[12] Il riferimento è alle seguenti pronunce: Corte dir. Uomo, 6 marzo 2007*, Scordino c. Italia*; Corte dir. Uomo, 12 gennaio 2006*, Siarrotta c. Italia*; Corte dir. Uomo, 15 luglio 2005*, Carletta c. Italia*, tutte in *www.dejure.it*.

[13] Nonostante il chiaro messaggio sotteso alle sentenze *Carbonara e Ventura* e *Belvedere Alberghiera s.r.l.*, la Corte di Cassazione a SS.UU., con le sentenze nn. 5902/2003; 6853/2003; 7503/2003, continuò a mantenere invariata la propria linea interpretativa, sostenendo perfino che le critiche mosse dalla Corte EDU fossero state già superate dall'evoluzione della giurisprudenza di legittimità cui andava riconosciuto il merito di aver circoscritto l'istituto con una serie di regole "*sufficientemente accessibili, precise e prevedibil*i". Muovendosi nella stessa direzione, Cass. Civ. n. 11096/2004 ribadiva che "*lo sforzo ricostruttivo dell'istituto, in assenza di decisivi contributi legislativi, operato dalla giurisprudenza*" aveva permesso di approdare ad una disciplina "*chiara precisa e prevedibile*" anche prima dell'entrata in vigore dell'art. 43 del D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327; per tale motivo il privato cittadino non poteva più, ormai, "*essere tratto in inganno da opinioni contrastanti sul termine di prescrizione adottabile e sul dies a quo dello stesso*". Nella realtà concreta dei fatti, tuttavia, il sistema giuridico nazionale consentiva di riconoscere al privato un risarcimento del danno notevolmente inferiore nel *quantum* rispetto al valore venale del bene illecitamente occupato e, peraltro, non immediatamente ed automaticamente conseguente alla commissione dell'illecito stesso. Ciò implicava la sottoposizione del proprietario al rigido termine prescrizionale quinquennale, difficilmente determinabile quanto all'identificazione del *dies a quo*, il cui inutile decorso comportava la perdita del diritto al risarcimento. Nonostante la giurisprudenza di legittimità avesse in seguito cercato di differire sempre più, fino ad eliderla del tutto, la decorrenza del termine di prescrizione quinquennale (considerando come *dies a quo* non più la realizzazione dell'illecito ma l'esteriorizzazione del danno e la sua riconoscibilità in termini obiettivi, cfr., *ex multis*, Cass. Civ., nn. 11119/2013; 21255/2013; 8965/2014), era indubbio che il privato cittadino fosse completamente in balia di un diritto giurisprudenziale sganciato da sicuri parametri normativi, necessariamente casistico, non uniforme e, sotto certi aspetti, penalizzante per le ragioni proprietarie.

[14] Corte Cost., 8 ottobre 2010, n. 293, in *lexitalia.it*, 2010, 8: "*l'istituto previsto e disciplinato dalla richiamata norma […] è connotato da numerosi aspetti di novità, rispetto sia alla disciplina espropriativa oggetto delle disposizioni espressamente contemplate dalla legge–delega, sia agli istituti di matrice prevalentemente giurisprudenziali*". Sul punto si segnalano, *ex multis*, gli interessanti interventi dottrinali di MARI G., *L'espropriazione indiretta: la sentenza della Corte costituzionale n. 293 del 2010 sull'acquisizione sanante e le prospettive future*, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, 347; SALVAGO S., *(Prima) declaratoria di incostituzionalità per la c.d. <<acquisizione (coattiva) sanante>>*, in *Giust. Civ.*, 2011, 305; GIORGIO M., *L'incostituzionalità della disciplina sull'acquisizione sanante*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 5, 494; MIRATE S., *L'acquisizione sanante è incostituzionale: la Consulta censura l'eccesso di delega*, in *Urb. e app.*, 2011, 56; MIRATE

alla CEDU, ne evidenziò incidentalmente i limiti[15], prospettando al Legislatore la possibilità di adottare varie soluzioni[16], inclusa la riproposizione – ovviamente in altri termini[17] – del medesimo istituto.

Nell'immediato lasso di tempo successivo alla declaratoria di incostituzionalità la giurisprudenza tentò di colmare il vuoto normativo creatosi, attraverso soluzioni talvolta di natura processuale (facendo conseguire automaticamente il trasferimento della proprietà alla richiesta di risarcimento del danno per equivalente, a mezzo della quale il privato operava implicitamente la scelta processuale di rinunciare a qualsiasi pretesa restitutoria[18]) talaltra di natura sostanziale (applicazione *tout court* dell'istituto dell'accessione ex art. 934 c.c., in virtù del quale il proprietario del suolo – dietro pagamento al terzo della manodopera e dei materiali – acquisisce la proprietà delle opere su di esso realizzate a meno che non ne chieda la distruzione ex art. 936 c.c.[19]).

Il legislatore del 2011 reagì tempestivamente alla pronuncia della Corte Costituzionale con l'art. 34 del D.L. 6 luglio 2011, n. 98 convertito dalla L. 111/2011, mediante il quale inserì nel T.U. sulle espropriazioni l'art. 42–*bis*. Tale articolo, attualmente in vigore, riproduce parzialmente il testo dell'art. 43, ripristinando l'isituto dell'acquisizione sanante alla luce di significativi elementi di novità tra cui, *in primis*, più rigidi presupposti applicativi[20]. Nello specifico, il provvedimento

s., *L'incostituzionalità dell'acquisizione sanante per eccesso di delega: un <<punto e basta>> o solo un <<punto e a capo>>?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 69.

[15] Seppur in via incidentale, la Consulta evidenziò che la norma in questione, permettendo la sanatoria di espropriazioni illegittime in assenza di valida dichiarazione di pubblica utilità, si poneva in contrasto con gli artt. 3; 24; 42; 97 e 113 Cost. alla luce della circostanza che sarebbe stato consentito "*alla pubblica amministrazione, anche deliberatamente, […] di eludere gli obblighi procedimentali della instaurazione del contraddittorio, delle tre fasi progettuali e della verifica delle norme di conformità urbanistica*" con "*grave lesione del principio generale dell'intangibilità del giudicato amministrativo*", sostanzialmente "*vanificato da un atto amministrativo di acquisizione per utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico*".

[16] Interessante, in merito, il contributo di MIRATE S., *L'incostituzionalità dell'acquisizione sanante per eccesso di delega: un <<punto e basta>> o solo un <<punto e a capo>>?*, *cit.*

[17] Il riferimento è alla stessa sentenza Corte Cost., 8 ottobre 2010, n. 293, in *lexitalia.it*, 2010, 8: "*…tale forma di espropriazione non può comunque costituire un'alternativa ad un'espropriazione adottata secondo buona e debita forma*".

[18] Cfr. Cons. St., sez. IV, 30 novembre 2010 n. 8363, in *www.dejure.it*.

[19] Cfr., *ex multis*, Cons. St., 28 gennaio 2011, n. 676; Tar Sicilia – Palermo, 21 febbraio 2011, n. 292; Cons. St., Sez. IV, 1 giugno 2011, n. 3331; Cons. St., Sez. IV, 13 giugno 2011, n. 3561, tutte in *www.dejure.it*.

[20] L'art. 42–*bis* del T.U. sulle espropriazioni, rubricato "*Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico*", testualmente dispone:

co. 1) *Valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso sia acquisito, non retroattivamente, al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario sia corrisposto un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, quest'ultimo forfetariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene.*

co. 2) *Il provvedimento di acquisizione può essere adottato anche quando sia stato annullato l'atto da cui*

di acquisizione sanante non ha più efficacia retroattiva: il trasferimento della proprietà del bene si realizza solo al momento dell'emanazione del provvedimento di acquisizione e con efficacia *ex nunc*; la somma da corrispondere al privato ha natura indennitaria e non risarcitoria, comprendendo il ristoro del pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale subito dal privato; è previsto un obbligo di motivazione rafforzato[21], che evidenzi la concreta sussistenza di attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico sottese all'emanazione del provvedimento *de quo*; il trasferimento del diritto di proprietà è sospensivamente condizionato al pagamento delle suindicate somme da parte della P.A.; la portata applicativa dell'istituto è estesa tanto alle fattispecie di occupazione acquisitiva quanto a quelle di occupazione usurpativa; per il periodo di occupazione sine titulo è computato, a titolo risarcitorio, l'interesse del cinque per cento annuo sul valore venale del bene; infine, non è più possibile la c.d. acquisizione in via giudiziaria.

Dalle "nuove" caratteristiche appena descritte, con particolare riferimento alla portata non retroattiva e alla previsione di un'indennità in luogo del risarcimento (qualificazione che indica il ristoro del pregiudizio derivante da una condotta lecita), si potrebbe evincere che il provvedimento di acquisizione ex art. 42–*bis* – come pure parte della dottrina ha sostenuto[22] – non comporti la sanatoria dell'illiceità dell'attività amministrativa precedente, diversamente dal

sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, l'atto che abbia dichiarato la pubblica utilità di un'opera o il decreto di esproprio. Il provvedimento di acquisizione può essere adottato anche durante la pendenza di un giudizio per l'annullamento degli atti di cui al primo periodo del presente comma, se l'amministrazione che ha adottato l'atto impugnato lo ritira. In tali casi, le somme eventualmente già erogate al proprietario a titolo di indennizzo, maggiorate dell'interesse legale, sono detratte da quelle dovute ai sensi del presente articolo.

co. 3) *Salvi i casi in cui la legge disponga altrimenti, l'indennizzo per il pregiudizio patrimoniale di cui al comma 1 è determinato in misura corrispondente al valore venale del bene utilizzato per scopi di pubblica utilità e, se l'occupazione riguarda un terreno edificabile, sulla base delle disposizioni dell'articolo 37, commi 3, 4, 5, 6 e 7. Per il periodo di occupazione senza titolo è computato a titolo risarcitorio, se dagli atti del procedimento non risulta la prova di una diversa entità del danno, l'interesse del cinque per cento annuo sul valore determinato ai sensi del presente comma.*

co. 4) *Il provvedimento di acquisizione, recante l'indicazione delle circostanze che hanno condotto alla indebita utilizzazione dell'area e se possibile la data dalla quale essa ha avuto inizio, è specificamente motivato in riferimento alle attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico che ne giustificano l'emanazione, valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati ed evidenziando l'assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione; nell'atto è liquidato l'indennizzo di cui al comma 1 e ne è disposto il pagamento entro il termine di trenta giorni. L'atto è notificato al proprietario e comporta il passaggio del diritto di proprietà sotto condizione sospensiva del pagamento delle somme dovute ai sensi del comma 1, ovvero del loro deposito effettuato ai sensi dell'articolo 20, comma 14; è soggetto a trascrizione presso la conservatoria dei registri immobiliari a cura dell'amministrazione procedente ed è trasmesso in copia all'ufficio istituito ai sensi dell'articolo 14, comma 2.*

[21] V. sul punto Cons. St., Ad. Plen., 29 aprile 2005, n. 2. Nella lungimirante pronuncia citata, il Supremo Consesso amministrativo già si esprimeva in ordine alla necessità, con riferimento all'occupazione acquisitiva, di una "*motivazione particolarmente esaustiva*".

[22] Cfr. BORGO M., *Entità del risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale. Risarcimento o indennizzo?*, in *www.esproprionline.it*; BENINI S., *L'occupazione appropriativa è proprio da epurare?*, in *Foro. It.*, 2002, I, 2600.

provvedimento di cui all'espunto art. 43. L'istituto in questione aveva successivamente retto anche al vaglio del Consiglio di Stato che, con lungimiranza, ritenendo manifestamente infondate le questioni di costituzionalità dedotte in grado di appello, dihiarò la previsione di cui all'art. 42–*bis* conforme non solo al dettato costituzionale, ma anche ai principi della CEDU e della Corte di Strasburgo[23].

La giurisprudenza di legittimità, che si muoveva a ritmi ben più lenti, parve invece assumere nei confronti dell'istituto dell'acquisizione sanante due differenti orientamenti. Il primo ribadiva a più riprese l'incostituzionalità dell'art. 42–*bis*, trovando il suo naturale epilogo nella questione di legittimità costituzionale sollevata con ordinanza resa a SS.UU. del 13 gennaio 2014, n. 441[24]; il secondo, espresso dalle pronunce nn. 705 e 1804 del 2013, muoveva nel senso del definitivo superamento dell'occupazione acquisitiva, riconoscendo alla norma *de qua* portata retroattiva[25].

In questo travagliato scenario giurisprudenziale e normativo, prima ancora che la Consulta si esprimesse in ordine alla questione di legittimità costituzionale

[23] Cons. St., sez. VI, 15 marzo 2012, n. 1438. Sul punto v. l'interessante contributo di COCOZZA G., *L'art. 42 bis del D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327: la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale nella sentenza del Consiglio di Stato, Sez IV, 15 marzo 2012, n.* 1438, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2012, fasc. 1, 21.

[24] I Giudici della Suprema Corte ritennero non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dai ricorrenti nei confronti dell'art. 42–*bis* T.U. sugli espropri, per violazione degli artt. 3; 24; 42; 97; 111 co. 1 e 2; 113; 117 co. 1 Cost., nonché degli artt. 1 e 6, Protocollo 1 della CEDU. Gli Ermellini rividero nella norma in questione una sostanziale riproposizione dell'espunto art. 43 T.U. sugli espropri: attraverso un *iter* espropriativo semplificato, caratterizzato dall'assenza di una dichiarazione di pubblica utilità e di un tempestivo decreto di esproprio, si consentiva all'amministrazione di acquisire la proprietà di un terreno sulla base di un illecito, unico presupposto per l'adozione del provvedimento di acquisizione sanante. Il trattamento privilegiato riservato dalla legge alla P.A. in caso di commissione di condotte illecite, il conferimento alla stessa di un potere di sanatoria a carattere generale, la previsione di un indennizzo in luogo del risarcimento, costituivano tutti elementi a riprova del fatto che il Legislatore avesse proceduto alla legalizzazione forzosa di un procedimento espropriativo avulso da principi di portata costituzonale quali la legalità e la proprietà.

Tuttavia, l'ipotetica declaratoria di incostituzionalità dell'art. 42–*bis* rischiava di compromettere il delicato equilibrio faticosamente raggiunto dal Legislatore nel tentativo di disciplinare un istituto assai controverso, con l'inevitabile conseguenza di una ricaduta in quella situazione di profonda incertezza giuridica antecedente all'entrata in vigore del T.U. sugli espropri.

[25] Tali decisioni sostenevano che l'art. 42–*bis* fosse applicabile anche alle fattispecie anteriori alla sua entrata in vigore e che disciplinasse in via esclusiva, e perciò incompatibile con l'occupazione acquisitiva, le modalità attraverso le quali – a fronte di un'utilizzazione *sine titulo* di un bene per scopi di pubblico interesse – era possibile l'acquisizione non retroattiva della proprietà del bene al patrimonio indisponibile della P.A., sotto la condizione sospensiva del pagamento, al soggetto che perdeva la proprietà, di un indennizzo nella misura superiore del 10% rispetto al valore venale del bene. In sostanza, secondo siffatto orientamento, le modalità di trasferimento della proprietà di un bene dal privato alla P.A. potevano essere ricondotte a sole quattro ipotesi: la compravendita,

dell'art. 42–*bis*, si inserisce la sentenza in commento, la quale compone il suindicato contrasto manifestatosi all'interno della Suprema Corte.

A ben vedere, i motivi sottesi alla proposizione del ricorso sono due: il primo consiste nella violazione dell'art. 1 del protocollo addizionale della CEDU, in considerazione dell'erronea applicazione da parte del Giudice d'appello dell'istituto dell'accessione invertita, ritenuto non conforme al principio di legalità dalla stessa Corte EDU; il secondo, consistente nella violazione dell'art. 2937 c.c. e nel difetto di motivazione, per non aver il Giudice di secondo grado tenuto in debito conto l'offerta e il deposito dell'indennità di esproprio nonché i tentativi di bonario componimento della controversia operati dal Comune, atti chiaramente incompatibili con la volontà di valersi della prescrizione. La Suprema Corte, nella decisione in commento, ha ritenuto fondato ed assorbente il primo motivo, effettuando una presa di posizione decisa nel senso del definitivo allontanamento da quell'orientamento che aveva "giustificato" l'occupazione illegittima arrivando addirittura a configurarla come un modo atipico di acquisto della proprietà. Citando le stesse parole della Corte "…*Il contrasto dell'istituto dell'occupazione acquisitiva con l'art. 1 del protocollo addizionale alla Convenzione EDU è sufficiente per escluderne la sopravvivenza nel nostro ordinamento*…"[26]. Abbandonato, dunque, ogni tentativo di superamento delle criticità dell'istituto rispetto ai principi della CEDU[27], la S.C. a SS.UU. ha escluso che la questione della sopravvivenza dell'istituto dell'occupazione acquisitiva – per le fattispecie anteriori all'entrata in vigore del T.U. sulle espropriazioni – potesse essere risolta con l'argomento della retroattività dell'art. 42–*bis*. A ben vedere, infatti, detto articolo veniva aggiunto al T.U. sulle espropriazioni col D.L. n. 98 del 2011 per sostituire l'art. 43, dichiarato illegittimo per eccesso di delega dalla Corte Costituzionale. La *ratio* sottesa al comma 8 dell'art. 42–*bis*, a norma del quale "*le disposizioni del presente articolo trovano altresì applicazione ai fatti anteriori alla sua entrata in vigore ed anche se vi è già stato un provvedimento di acquisizione successivamente ritirato o annullato, ma deve essere comunque rinnovata la valutazione di attualità e prevalenza dell'interesse pubblico a disporre l'acquisizione; in tal caso, le somme*

l'usucapione, il procedimento espropriativo ordinario ed infine il procedimento espropriativo semplificato – nonché a carattere eccezionale – di cui al citato art. 42–*bis*.

[26] Secondo la Suprema Corte "…*l'art. 42 bis non può essere individuato come la causa dell'espunzione dall'ordinamento dell'istituto dell'occupazione acquisitiva*…". Dunque, il definitivo abbandono dell'istituto dell'occupazione acquisitiva non è ascrivibile, come sostenuto nelle ordinanze rese a SS.UU. nn. 441 e 442 del 2014, alla sua eliminazione ad opera del T.U. sugli espropri (D.P.R. n. 327 del 2001), ma esclusivamente alla sua incompatibilità con la fonte sovranazionale: finalmente la Cassazione riconosce alla CEDU il valore che la Corte di Strasburgo aveva cercato di ribadire – più volte e con forza – nelle proprie decisioni.

[27] L'orientamento conservativo si era spinto fino alla completa eliminazione delle criticità connesse al *dies a quo* da cui far decorrere il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno, nulla potendo fare –tuttavia – con riguardo all'esclusione del diritto alla restituzione del bene, portato intrinseco dell'istituto dell'occupazione acquisitiva. Sul punto v. la giurisprudenza citata *sub* nota 13.

già erogate al proprietario, maggiorate dell'interesse legale, sono detratte da quelle dovute ai sensi del presente articolo", era quella di estendere l'efficacia temporale della disposizione *de qua* anche alle fattispecie disciplinate, a partire dal 30 giugno 2003, dall'espunto art. 43.

Il nuovo orientamento introdotto dalla sentenza in commento afferma il principio secondo il quale in assenza di un valido decreto di esproprio, indipendentemente dalla sussistenza o meno di una dichiarazione di pubblica utilità, la realizzazione di un'opera pubblica non costituisce valido impedimento alla restituzione al proprietario dell'area illegittimamente occupata, fermo restando il riconoscimento del risarcimento del danno ex art. 2043 c.c.[28]

Nella sentenza si legge "…*con riguardo alle fattispecie già ricondotte alla figura dell'occupazione acquisitiva, viene meno la configurabilità dell'illecito come illecito istantaneo con effetti permanenti e, conformemente a quanto sinora ritenuto per la c.d. occupazione usurpativa, se ne deve affermare la natura di illecito permanente, che viene a cessare solo per effetto della restituzione, di un accordo transattivo, della compiuta usucapione da parte dell'occupante che lo ha trasformato, ovvero della rinunzia del proprietario al suo diritto, implicita nella richiesta di risarcimento dei danni per equivalente*"[29]. In realtà, pur non affrontando in maniera diretta la questione della portata retroattiva di tale disposizione, le SS.UU. annoverano tra le possibili modalità di cessazione dell'illecito anche il provvedimento di acquisizione sanante ex art. 42–*bis* del T.U. sugli espropri[30].

Tali conclusioni trovano conferma anche nella recente sentenza del 30 aprile 2015 n.71, con cui la Corte Costituzionale si è finalmente espressa sulla non fondatezza della menzionata questione di legittimità costituzionale dell'art. 42–*bis* del D.P.R. 327/2001, sollevata dalle SS.UU. della Corte di Cassazione e dal T.A.R. La-

[28] Si riporta, sul punto, un rilevante passo della sentenza: "*La giurisprudenza della Corte EDU fa tuttavia, cadere il presupposto della possibilità di affermare in via interpretativa che da una attività illecita della P.A. possa derivare la perdita del diritto di proprietà da parte del privato. Caduto tale presupposto, diviene applicabile lo schema generale degli artt. 2043 e 2058 c.c., il quale non solo non consente l'acquisizione autoritativa del bene alla mano pubblica, ma attribuisce al proprietario, rimasto tale, la tutela reale e cautelare apprestata nei confronti di qualsiasi soggetto dell'ordinamento (restituzione, riduzione in pristino stato dell'immobile, provvedimenti di urgenza per impedirne la trasformazione ecc), oltre al consueto risarcimento dei danno, ancorato ai parametri dell'art. 2043 c.c.: esattamente come sinora ritenuto per la c.d. occupazione usurpativa*".

[29] Con riguardo alla natura della rinunzia, la Suprema Corte statuisce che "*si deve escludere che il proprietario perda il diritto di ottenere il controvalore dell'immobile rimasto nella sua titolarità. Infatti, in alternativa alla restituzione, al proprietario è sempre concessa l'opzione per una tutela risarcitoria, con una implicita rinuncia al diritto dominicale sul fondo irreversibilmente trasformato (cfr. e plurimis, in tema di occupazione c.d. usurpativa, Cass. 28 marzo 2001, n. 4451 e Cass. 12 dicembre 2001, n. 15710); tale rinuncia ha carattere abdicativo e non traslativo: da essa, perciò, non consegue, quale effetto automatico, l'acquisto della proprietà del fondo da parte dell'Amministrazione (Cass. 3 maggio 2005, n. 9173; Cass. 18 febbraio 2000 n. 1814)*".

[30] Gli Ermellini, infatti, si limitano ad affermare che "*La cessazione dell'illecito può aversi, infine, per effetto di un provvedimento di acquisizione reso dall'Amministrazione, ai sensi dell'art. 42 bis del t.u. di cui al d.p.r. n. 327/2001, con l'avvertenza che per le occupazioni anteriori al 30 giugno 2003 l'applicabilità dell'acquisizione sanante richiede la soluzione positiva della questione, qui non rilevante, sopra indicata al punto n. 4 della motivazione*".

zio con riferimento agli articoli 3; 24; 42; 97; 111 co. 1 e 2; 113 e 117 co. 1 Cost[31].

La Consulta ha sottolineato che l'istituto dell'acquisizione sanante disciplinato dalla disposizione censurata presenta significative differenze rispetto al meccanismo di cui all'espunto art. 43 del T.U. sulle espropriazioni, in considerazione delle quali l'istituto può ritenersi conforme al dettato costituzionale. Il Giudice delle leggi, *in primis*, ha ritenuto che la disposizione di cui all'art. 42–*bis* non conferisce alla P.A. alcun trattamento privilegiato rispetto a qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento che commetta un illecito: la non retroattività dell'acquisizione e la previsione di un'indennità tanto per il pregiudizio patrimoniale (corrispondente al valore venale del bene calcolato al momento del trasferimento della proprietà) quanto per quello non patrimoniale (non riconosciuto, invece, nei casi di espropriazione ordinaria), fanno sì che la stessa P.A. "*riprenda a muoversi nell'alveo della legalità amministrativa, esercitando una funzione amministrativa ritenuta meritevole di tutela privilegiata, in funzione degli scopi di pubblica utilità perseguiti, sebbene emersi successivamente alla consumazione di un illecito ai danni del privato cittadino*". Il privato, inoltre, non è perennemente esposto al provvedimento di acquisizione sanante ben potendo, alla luce delle molteplici soluzioni elaborate dalla giurisprudenza amministrativa, mettere in mora la P.A. ed impugnare l'eventuale silenzio–rifiuto.

Quanto all'asserito contrasto con l'art. 24 Cost., la Consulta non ha ritenuto sussistente alcun impedimento o sacrificio del diritto di difesa del privato, dal momento che la norma censurata non elimina affatto la possibilità di usufruire della tutela giurisdizionale. "*Tale tutela viene bensì parzialmente "conformata", in modo da garantire comunque un serio ristoro economico, prevedendosi l'esclusione delle sole azioni restitutorie; ma queste ultime non sarebbero congruamente esperibili rispetto ad un comportamento non più qualificato in termini di illecito*".

Anche la presunta violazione dell'art. 42 Cost. è ritenuta insussistente dal Giudice delle leggi, poiché "*l'adozione dell'atto acquisitivo è consentita esclusivamente allorché costituisca l'extrema ratio per la soddisfazione di <<attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico>>*", condizione a garanzia della quale è previsto un obbligo di motivazione rafforzato.

Infine, secondo la Consulta, la disposizione *de qua* non si pone in contrasto con gli obblighi connessi al rispetto della CEDU, alla luce delle nuove caratteristiche e dei più stringenti presupposti applicativi dell'istituto dalla stessa disciplinato[32]. A tale disposizione, infatti, va riconosciuto il merito di aver eliminato quella situazione di *défaillance structurelle* censurata più volte dalla Corte EDU con riferimento al fenomeno tutto italiano delle espropriazioni indirette.

Ritornando alla sentenza in commento, appare opportuno riconoscerle il merito di aver dato avvio ad una coraggiosa svolta epocale nella giurisprudenza italiana, arroccata da più di trent'anni – attraverso macchinose ricostruzioni er-

[31] V. nota 24.

[32] V. *supra* nota 20.

meneutiche – a difesa di una posizione ormai non più sostenibile alla luce delle libertà fondamentali riconosciute nell'ordinamento sovranazionale. Le SS.UU. finalmente compiono un passo decisivo nell'arduo percorso di riavvicinamento dell'ordinamento nazionale alla CEDU, lasciandosi alle spalle l'iniziale atteggiamento di diffidenza e di strenua resistenza all'impatto della giurisprudenza convenzionale e proiettandosi verso la difficile ricerca di un "vero" equilibrio tra le due differenti "declinazioni" dell'art. 42 Cost.

FROM THE VALUE OF A TORT TO LEGALITY AS A VALUE. NEW JURISPRUDENTIAL APPROACHES DEALING WITH "ACQUISITIVE OCCUPATION"

by Michele Russo

This article has been inspired by the will to research and analyse the administrative profiles and peculiarities of the Italian jurisprudential institute of "acquisitive occupation", first introduced in our judicial system by the Supreme Court judgement n. 1464/1983. Starting with the analysis of the institute's historical evolution, the article follows focusing on the compatibility between Constitution and the principles whose it is based on.

The key question of the EDU Convention's influence on our internal judicial system is deeply discussed, since it has been the cause of years of Supreme Court conflicting judgements. The Supreme Court judgement n. 735/2015 writes the final chapter of the story: the unlawfulness of the expropriation proceeding and the irreversible transformation of the private area doesn't let the Administration gain its property, even in presence of a public utility declaration. The private citizen can ask for restitution in addition to the compensatory damages for the area's utility loss. Final considerations deserve recognition to the value of the forward–looking Supreme Court's work on the arduous research of a rightful balance between public and individual interests.

Hanno collaborato a questo numero

Ines D'Argenio
Professore di Diritto Amministrativo dell'Università di La Plata, Argentina

Guido Corso
Professore ordinario di Diritto Amministrativo dell'Università Europea di Roma

Salvatore Raimondi
Già professore ordinario di Diritto Amministrativo dell'Università degli Studi di Palermo

Mario R. Spasiano
Professore ordinario di Diritto Amministrativo della Seconda Università degli Studi di Napoli

Felice Blando
Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico dell'Università degli Studi di Palermo

Flavio Guella
Assegnista di ricerca dell'Università degli Studi di Trento

Fabiano Di Prima
Ricercatore di Diritto canonico dell'Università degli Studi di Palermo

Josep Ramon Fuentes i Gasó
Professore di diritto amministrativo dell'Università Rovira i Virgili, Spagna
–
Marina Rodríguez Beas
Dottoranda di ricerca presso l'Università Rovira i Virgili, Spagna

Michele Russo
Dottorando di ricerca presso la Seconda Università degli Studi di Napoli

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI OTTOBRE 2015 DA