

Dimenticare l'obiezione di Zagrebelsky? **brevi note su legalità sostanziale e riserva relativa nella sent. n. 115/2011**

(Scritto sottoposto a *referee*. In corso di pubblicazione negli Annali dell'Università del Molise)

di Stefania Parisi *

Sommario: 1. Notazioni preliminari. 2. Il fatto e i concetti. 3. Quale concezione della legalità si evince dai precedenti citati? «Desemantizzazioni» progressive del significato della legalità. 4. Delle due, l'una: legalità sostanziale o riserva relativa?

1. Notazioni preliminari

Che molte decisioni della Corte Costituzionale siano dotate di un respiro teorico in grado di elevarle dalla massa dei casi "routinari", credo sia normale. Del resto, i giudici costituzionali sono uomini colti, oltre che professionisti di provata competenza, ed è naturale che supportino le decisioni con argomenti teorici in grado di blindarne la tenuta sistemica.

Tra le decisioni che svelano questo afflato si può, senza molti dubbi, includere la sentenza n. 115/2011, che qui si annota.

La decisione chiama in causa concetti importanti per risolvere in via incidentale la questione di legittimità costituzionale concernente l'art. 54, comma 4, del d.lgs. 267/2000 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), come sostituito dalla legge 125/2008, di conversione del d.l. n. 92/2008, nella parte in cui consente che il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotti provvedimenti normativi a «contenuto normativo ed efficacia a tempo indeterminato», al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano la sicurezza urbana, anche fuori dai casi di contingibilità e urgenza.

Tuttavia, l'importanza dei concetti richiamati – quali il principio di legalità nella sua declinazione sostanziale e l'istituto della riserva relativa di legge - pare, in questo caso, inversamente proporzionale alla *vis* argomentativa della sentenza, che avrebbe potuto intrattenersi su di essi, contribuendo anche a distendere qualche crampo teorico di vecchia data.

Ma procediamo con ordine.

2. Il fatto e i concetti

La questione relativa alla legittimità dell'art. 54 del T.U.E.L. a seguito delle modifiche intervenute nel 2008 viene sollevata in via incidentale dal T.A.R. Veneto in riferimento a un lungo elenco di parametri costituzionali, di varia provenienza (si va dai principi supremi alle libertà fondamentali, dagli artt. 70, 76 e 77 al principio di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione ex art. 97 Cost., fino alle norme costituzionali sul riparto di competenze legislative e amministrative tra lo Stato e le Regioni).

La norma indicata, consentendo al sindaco quale ufficiale di Governo, di adottare «con atto motivato provvedimenti, anche contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana», sarebbe illegittima per diverse ragioni: perché istituisce una fonte normativa, libera nel contenuto ed equiparata alla legge, in contrasto con la Costituzione nella parte in cui attribuisce i poteri normativi alle Camere (art. 70) e al Governo (nei casi previsti dagli artt. 76 e 77 Cost.); perché prescinde da situazioni di necessità ed urgenza che, sole, legittimerebbero l'adozione di simili atti¹; perché, grazie ad

¹ Sulle ordinanze di necessità e urgenza come "zona d'ombra" del sistema delle fonti, cfr. R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino 2009; sul rapporto tra il potere d'urgenza e la Costituzione cfr. R.

essa, il sindaco avrebbe un potere illimitato di conculcare la libertà dei singoli in spregio delle riserve di legge e del principio di legalità sostanziale; perché il potere normativo del sindaco sarebbe esercitabile scavalcando il riparto competenziale tra Stato e Regioni. La complessità della censura giustifica, così, la varietà e ampiezza dei parametri richiamati.

Nel dichiarare la fondatezza della questione, la Corte però procede a una preliminare opera di pulizia interpretativa della disposizione censurata. Nonostante la disposizione sia formulata in modo non esattamente ineccepibile², la Corte addiuvine comunque alla conclusione per cui essa «*se correttamente interpretata non conferisce ai sindaci alcun potere di emanare ordinanze di ordinaria amministrazione in deroga a norme legislative e regolamentari*» (par. 3.1 considerato in diritto).

Tuttavia, la Corte ammette che i problemi delle ccdd. “ordinanze di ordinaria amministrazione” non consistono solo nel rispetto delle norme legislative e regolamentari vigenti: non è, allora, solo un problema di teoria delle fonti, di rispetto del criterio gerarchico.

La disposizione legislativa, infatti, autorizzando i sindaci a emanare ordinanze di ordinaria amministrazione, pur nei limiti delle disposizioni legislative e regolamentari vigenti, consentirebbe l'esercizio di una discrezionalità quasi illimitata, vincolata solo nel fine: questo impatterebbe con «*l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale posto alla base dello Stato di diritto*». Insomma «*non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa*»³. A sostegno di queste affermazioni, la Corte cita alcuni precedenti (le sentt. nn. 150/1982, 307/2003 e 32/2009) che dovrebbero rappresentare validi argomenti per accogliere, nel nostro ordinamento, un'accezione sostanziale della legalità.

Ne discende che nel nostro sistema sarebbe accolta una generalizzata concezione *sostanziale* della legalità e che, pertanto, la legge subirebbe, *ex constitutione*, un vincolo contenutistico poiché avrebbe l'obbligo di predeterminare il contenuto degli atti amministrativi, non solo di individuare il fine degli atti medesimi. I corollari problematici di queste affermazioni sarebbero che: a) è necessario rimodulare il concetto di discrezionalità amministrativa (posto che essa consisterebbe in qualcosa di *più* e di *diverso* rispetto ad un vincolo finalistico della legge⁴); b) bisogna capire *se e in che modo* la Corte è in grado di determinare il *quantum*, il contenuto *minimo* della legge in grado di soddisfare il principio di legalità *sostanziale*; c) si deve ripensare al rapporto tra riserva di legge *relativa* e principio di legalità in senso *sostanziale*.

Per la verità, quest'ultimo corollario scaturisce da un altro passaggio, tutt'affatto

CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano 1990; M. GNES, *I limiti del potere d'urgenza*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2005, 645 ss. Offre una visione ad ampio spettro del fenomeno, con particolare riguardo al problema della “normalizzazione” dell'emergenza, la monografia di A. CARDONE, *La normalizzazione dell'emergenza – Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino 2011.

2 L'art. 54, comma 4, del d- lgs. 267/2000 recita: «il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta con atto motivato provvedimenti, anche contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana». Il fatto che l'espressione «anche contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento» sia posta fra due virgole indurrebbe a credere che i principi generali dell'ordinamento siano un vincolo solo per le ordinanze contingibili e urgenti e non anche per quelle di ordinaria amministrazione.

3 Questo virgolettato, come il precedente, è contenuto nel par. 4 del considerato in diritto.

4 Non è qui possibile dar conto del dibattito sviluppatosi sul concetto di “discrezionalità amministrativa”: pertanto, il suddetto profilo esulerà da queste brevi note. Tuttavia, nel testo, si fa specifico riferimento a una (risalente) teoria della discrezionalità amministrativa elaborata da P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano 1979, secondo cui essa sarebbe la facoltà di scelta fra più comportamenti giuridicamente leciti per il soddisfacimento dell'interesse pubblico e per il perseguimento di un fine rispondente alla causa del potere esercitato.

chiaro, della decisione in commento. Subito dopo il riferimento al principio di legalità in senso sostanziale, la Corte richiama la riserva di legge relativa di cui all'art. 23 Cost., in base al quale nessuna prestazione, personale o patrimoniale, possa essere imposta, se non in base alla legge: le ordinanze sindacali di ordinaria amministrazione violerebbero questo parametro nella misura in cui «*incidono, per la natura delle loro finalità (...) e per i loro destinatari (...), sulla sfera generale di libertà dei singoli e delle comunità amministrate, ponendo prescrizioni di comportamento, divieti, obblighi di fare e di non fare, che (...) impongono comunque, in maggiore o minore misura, restrizioni ai soggetti considerati*» (par. 5, considerato in diritto).

Il problema sollevato da questo punto della sentenza è allora: il principio di legalità sostanziale si *risolve* senza residui nella riserva relativa di legge? Si tratta, cioè, di concetti indistinguibili tra i quali correrebbe una mera differenza quantitativa⁵?

A queste, si aggiungano le altre domande: quale nozione di legalità è accolta in Costituzione? In base a quali argomenti e in quali sedi la Corte ha ritenuto sussistente un'accezione sostanziale della legalità? Come la concezione della legalità accolta incide sulla nozione di discrezionalità amministrativa? Che rapporto c'è tra legalità sostanziale e riserva di legge relativa?

Questo commento non ha l'ambizione di rispondere a domande di un simile peso; vuole, piuttosto, interrogarsi sulle ragioni per cui la decisione della Corte si è fermata a poche (e quasi apodittiche) considerazioni, perdendo forse l'occasione di scrivere parole decisive su concetti basilari inscritti nella costellazione teorica dello Stato di diritto.

3. *Quale concezione della legalità si evince dai precedenti citati? «Desemantizzazioni» progressive del significato della legalità*

Non è la prima volta che la Corte motiva una propria decisione mantenendo sullo sfondo la vigenza del principio di legalità sostanziale. Il problema è, piuttosto, in che occasione e con quali argomenti la Corte è giunta a sostenere che la Costituzione accoglie una concezione sostanziale della legalità. E allora, abbandonando pretese ricostruttive di ampio respiro che meritano ben altra sede⁶, è opportuno analizzare i precedenti citati già nella sentenza 115/2011.

Il primo precedente citato è la sentenza n. 150/1982.

La notissima decisione pronunciata in occasione di un conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni inaugura una fitta giurisprudenza sulle modalità di esercizio della funzione statale di indirizzo e coordinamento. In essa, la Corte stabilisce che «*non spetta allo Stato esercitare i poteri di indirizzo e coordinamento degli interventi a favore del settore artigiano mediante atto amministrativo senza che l'adozione di tale provvedimento sia consentita da un'apposita previsione legislativa statale*». Pur affermando, infatti, che «*la funzione di indirizzo e coordinamento trova sicuro fondamento in Costituzione*» poiché «*abbraccia istituzionalmente l'intero ambito in cui la Regione esplica i propri poteri amministrativi (...) e comporta l'insorgenza di vincoli giustificati dalle imprescindibili esigenze di carattere unitario che l'intervento dello Stato garantisce*», la Corte, nel contempo, sostiene che «*il ricorso all'atto amministrativo, come si atteggia nella specie*

⁵ Per la nozione di differenza quantitativa tra legalità sostanziale e riserva relativa, cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, Padova, 1993, spec. 65, ove si afferma che il principio di legalità sostanziale e le riserve relative tendono a identificarsi, anche in sistemi in cui la rigidità costituzionale è garantita dal controllo sulle leggi. Ma, verificandosi questa ipotesi, «le riserve "relative" potranno differenziarsi per elementi *quantitativi*, vale a dire per una maggiore determinatezza della disciplina che deve essere dettata dalla legge, rispetto a quella considerata sufficiente affinché sia rispettato il principio di legalità sostanziale» (corsivo testuale).

⁶ Si dà per scontato che si conosca tutto il dibattito dottrinario sulla sussistenza di una accezione formale o sostanziale della legalità. Sul tema (e in particolare sulla trasformazione progressiva del significato della legalità), rinvio al mio *Ascesa, declino e mutazioni della gerarchia delle fonti*, Jovene 2011, in corso di pubblicazione.

[ossia, quale strumento di indirizzo e coordinamento, N.d.A], è giustificato solo se trova un legittimo ed apposito supporto nella legislazione statale, e concreta il disposto offerto a questo fine dalla previsione normativa, in relazione alle attività regionali che ne formano oggetto» e che «l'inosservanza del principio di legalità, sotto il profilo testé precisato, costituisce quindi un assorbente motivo di invalidità dell'atto statale: e di qui, precisamente, discende la violazione della sfera garantita alla Regione». Tuttavia, la Corte precisa che «tale conseguenza resta però esclusa nell'opposto caso, in cui l'adozione dell'atto amministrativo, soddisfa, come si è testé avvertito, i requisiti per il corretto esercizio dell'indirizzo e del coordinamento. In quest'ultima evenienza, il vincolo nei confronti dell'attività dell'ente autonomo risale per vero alla norma di legge, dalla quale trae specifico fondamento il provvedimento sub - legislativo che lo configura».

Accogliendo l'impostazione di chi, prima della decisione, già sosteneva la tesi dell'efficacia vincolante degli atti di esercizio della funzione di indirizzo e coordinamento subordinandola al rispetto della legalità sostanziale⁷, la Corte scioglie un nodo importante relativamente alla funzione, ma lo fa «nel senso meno atteso dalle Regioni»⁸.

La garanzia della legalità – imposta per l'esercizio della funzione di indirizzo e coordinamento – distrae l'attenzione dal fatto che la Regione non è «esonerala dall'uniformarsi al provvedimento statale per il semplice fatto di aver dettato norme con esso incompatibili»⁹. Il vincolo conformativo che scaturisce dall'esercizio della funzione di indirizzo e coordinamento investe non solo l'amministrazione ma soprattutto la legislazione regionale¹⁰. Ed è qui che si sono appuntate le perplessità di gran parte della dottrina, che non si spiega «come dal fatto del necessario e concreto rispetto di questo principio, in sede di indirizzo e coordinamento, possa farsi derivare l'obbligo, per il legislatore regionale, di uniformarsi a un atto che è e resta amministrativo e che, proprio in virtù di detto principio, rimane subordinato alla legge, statale o regionale che sia»¹¹. Al contrario,

⁷ Tesi sostenuta da più parti: cfr., ad esempio, S. BARTOLE, *Supremazia e collaborazione nei rapporti fra Stato e regioni*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1971, 84 ss.; L. PALADIN, *Sulle funzioni statali di indirizzo e coordinamento nelle materie di competenza regionale*, in *Giur. cost.*, 1971, 195 ss.; A. BARBERA, *Regioni e interesse nazionale*, Milano 1973, spec. 245 ss.

⁸ Lo fa notare M. SCUDIERO, *Legislazione regionale e limite dei principi fondamentali: il difficile problema delle leggi cornice*, in *Le Regioni*, 1983, 7 ss.

⁹ Come afferma la stessa Corte nella sent. n. 150/1982, par. 8 del considerato in diritto.

¹⁰ Si può dire, con le parole di G. FALCON, *Intervento alla Tavola Rotonda Spunti per una ricerca sull'indirizzo e coordinamento*, in *Le Regioni*, 1985, 57 ss., che «oggetto o ambito della funzione di indirizzo e coordinamento non è la potestà amministrativa in quanto contrapposta alla potestà legislativa (...) ma piuttosto la regione in quanto operante, a prescindere dalla qualità giuridica degli strumenti che la Regione stessa deve impiegare in tale operare» (i corsivi della citazione sono testuali) e che, dunque, «il potere di indirizzo e coordinamento vincola anche il legislatore regionale». Per affermazioni analoghe, cfr. pure M. PEDETTA, *Funzione di indirizzo e coordinamento esercitata in via amministrativa e sistema delle fonti*, in *Giur. cost.*, 1983, 671 ss. La stessa Corte, peraltro, giungerà ad affermare che solo attraverso il rispetto della legalità sostanziale «può ritenersi rispettato l'ordine complessivo delle fonti normative» (sent. n. 359/1991). Il concetto di «vincolo» viene poi arricchito nel corso della giurisprudenza: si dirà, in seguito, che le regioni «nell'ambito del loro dovere di uniformarsi a[i] criteri [posti dagli atti di indirizzo e coordinamento] nell'emanazione della propria normativa» possano «introdurre specificazioni che non contrastino con la ratio delle disposizioni» statali (sent. n. 1134/1988). Nella giurisprudenza si parla anche del «vincolare teleologicamente», nel senso che le Regioni potrebbero soddisfare il vincolo imposto dall'atto amministrativo di indirizzo e coordinamento «anche mediante il perseguimento di un risultato equivalente» rispetto a quello previsto dall'atto statale (sent. n. 49/1991): se questo filone giurisprudenziale si fosse consolidato, magari il condizionamento delle fonti regionali sarebbe stato meno penetrante. Proposte ricostruttive sull'indirizzo e coordinamento sono in G. FALCON, *Spunti per una nozione della funzione di indirizzo e coordinamento come vincolo di risultato*, in *Le Regioni*, 1989, 1184 ss.

¹¹ Così, M. PEDETTA, *Funzione di indirizzo e coordinamento esercitata in via amministrativa e sistema delle fonti*, cit., spec. 683. Ma accenti simili pure in C. BOTTARI, *Intervento alla Tavola Rotonda Spunti per una ricerca sulla funzione di indirizzo e coordinamento*, in *Le Regioni*, 1985, spec. 79-80, dove afferma che «le Regioni o sono costrette a non legiferare poiché non sono ancora intervenuti gli atti di indirizzo e coordinamento da parte dell'autorità centrale (...); oppure sono costrette a legiferare ricalcando

consentendo a un atto amministrativo statale – solo perché sostenuto a monte da una legge statale e giustificato da supposte esigenze unitarie – di modificare il riparto di competenze costituzionalmente stabilito e di vincolare la legge regionale, «si viene a mettere in discussione non solo e non tanto la riserva di legge stabilita dall'art. 117, comma 1, Cost., ma, più a fondo, la stessa gerarchia delle fonti del diritto nell'ambito della quale la legge regionale, pur entro limiti costituzionalmente stabiliti, è fonte parallela alla legge statale e ha della legge la "forza" e il "valore"»¹².

Dall'esistenza del vincolo conformativo che un atto amministrativo statale imporrebbe a una legge regionale discende, dunque, la considerazione ulteriore per cui la Corte ritiene valida l'equazione legalità = legalità statale. Il fatto che con un atto amministrativo si incida una legge regionale diventa un problema che la Corte tende a rimuovere, proprio come si fa con un pensiero scomodo.

Quindi, la sent. n. 150/1982 è una decisione dalla sostanza anfibia¹³: da un lato, si preoccupa di enunciare un criterio che consenta di delimitare i confini dell'esercizio in via amministrativa della funzione statale di indirizzo e coordinamento; dall'altro, però, non risolve (e non lo farà per tutta la giurisprudenza successiva) i problemi «relativi al contenuto, all'intensità e quindi al grado di penetrazione con cui tale funzione può incidere sull'esercizio di competenza costituzionalmente riservate alla Regione»¹⁴. Nonostante nella decisione si affermi una visione sostanziale della legalità e nonostante essa venga additata dalla dottrina come la prova più evidente dell'accoglimento in Costituzione della versione sostanziale del principio di legalità, è necessario, pertanto, restituire la sentenza al suo contesto originario.

Persino chi si era fatto portavoce delle esigenze della legalità sostanziale e aveva addotto la sent. 150/1982 proprio come esempio della vigenza di *questa* accezione del principio *de quo* nel sistema, ammette che «la Corte, dunque, in proposito è stata chiarissima. Può essere che quelle limpide affermazioni garantiste avessero un fine non altrettanto limpido, e fossero, cioè, dirette a diminuire l'autonomia regionale»¹⁵.

Insomma, la giurisprudenza costituzionale lentamente, quasi impercettibilmente, inizia ad adoperare l'argomento della legalità in modo da "desemantizzarlo" rispetto al senso originariamente assunto. L'esistenza del principio di legalità viene brandita come arma non solo (anzi, non tanto) con l'intento di difendere il ruolo della legge statale nel sistema, scongiurando possibili derive autoritarie e ampliamenti sconsiderati del potere

pedissequamente disposizioni contenute in atti che –dal punto di vista delle fonti –non hanno valore legislativo, ma che trovano la loro legittimazione e previsione in atti legislativi». Successivamente, si veda il contributo di A. MALTONI, *Un opportuno contributo chiarificatore del giudice delle leggi in tema di funzione di indirizzo e coordinamento nel settore sanitario*, in *Giur. cost.*, 1996, 2696 ss., spec. 2706, che afferma che «il naturale corollario (...) va ravvisato nell'illegittimità sopravvenuta od originaria di tutte quelle leggi regionali – (...) - contenenti prescrizioni in contrasto con le disposizioni degli atti di indirizzo e coordinamento».

12 Così, ancora, M. PEDETTA, *Funzione di indirizzo e coordinamento esercitata in via amministrativa e sistema delle fonti*, cit., 681, che sottolinea, in tal modo, la tendenza "statocentrica" sviluppatasi in questi anni, volta «a ridimensionare l'autonomia regionale e, in tale ambito, la potestà legislativa regionale che di quell'autonomia è il contrassegno peculiare».

13 V. ad esempio il giudizio espresso da F. GABRIELE, *L'esercizio in via amministrativa della funzione statale di indirizzo e coordinamento: la Corte scioglie l'«enigma»*. *Le regioni vincono una «battaglia» ma perdono la «guerra»?*, in *Giur. Cost.*, 1983, 620 ss., spec. 638-639, che afferma che la sentenza *de qua* «pur non affrontando talune questioni, pure proposte, relative ad aspetti procedurali dei decreti, e processuali, per altro di notevole importanza, è di grande rilievo non perché, per la prima volta in questa materia, le Regioni hanno "vinto" (ché, anzi, per certi versi, può parlarsi di una "vittoria di Pirro")», ma perché, come era stato ragionevolmente ipotizzato, con essa uno degli aspetti più enigmatici della funzione riceve finalmente una soluzione».

14 Cfr. L. CARLASSARE, *Atti governativi di indirizzo e coordinamento tra principio di legalità e riserva di legge*, in *Le Regioni*, 1983, 1190 ss., spec. 1192.

15 Così L. CARLASSARE, *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quaderni costituzionali*, 1990, spec. 18.

regolamentare dell'esecutivo oppure per preservare della legge la funzione di garanzia¹⁶. L'interesse comincia a spostarsi, specie sul finire degli anni '70, dalla forma di governo (ossia dai rapporti tra la legge e il regolamento statale governativo come riflesso dei rapporti Parlamento-Governo) alla forma di stato. Il tutto per porre un argine ai nuovi soggetti che avanzano pretese di riconoscimento: le regioni, naturalmente.

La sentenza n. 150/1982 è, quindi, esemplificativa di un *trend* giurisprudenziale che la Corte osserva costantemente proprio in relazione alla funzione di indirizzo e coordinamento, riproducendone gli argomenti in maniera seriale: la legalità sostanziale è argomento che consente di (legittimare la funzione statale di indirizzo e coordinamento ma soprattutto di) vincolare la legislazione regionale al rispetto di atti sottordinati alla legge.

Parzialmente diverse sono le altre due sentenze citate, peraltro entrambe successive alla riforma del titolo V del 2001.

Con la sent. n. 307/2003, viene decisa una questione di legittimità costituzionale sollevata con ricorso governativo avverso numerose leggi regionali accomunate dal fatto di riguardare una materia identificata, *lato sensu*, come "elettrosmog" e lesive, a dire del ricorrente, della competenza statale in materia di tutela dell'ambiente. Dopo aver affermato che, invece, le discipline regionali attengono a materie variamente identificate e tutte sussumibili sotto etichette di competenza concorrente¹⁷, la Corte esamina le singole censure. Ai fini di questa disamina è interessante dare uno sguardo alle censure rivolte alla legge della Regione Marche: l'art. 3, comma 3, di questa legge prevede che l'installazione degli impianti sia sottoposta "ad opportune procedure di valutazione di impatto ambientale così come previsto dall'articolo 2-bis della legge 1° luglio 1997, n. 189". Il successivo comma 4 demanda ad un atto della Giunta la determinazione delle modalità di attuazione. Le due disposizioni, stando al ricorso governativo, eccederebbero la competenza regionale, poiché la competenza resterebbe riservata allo Stato in funzione della tutela dell'ambiente. Nel dichiarare infondata la questione concernente il comma 3, la Corte spende, invece, l'argomento della legalità sostanziale a sostegno dell'illegittimità costituzionale del comma 4. Lo fa in modo quasi istintivo, senza fermarsi a lungo sulla questione teorica agitata sullo sfondo e dicendo «*Fondata è invece la questione relativamente al comma 4, per l'assoluta indeterminatezza del potere demandato alla Giunta. Una procedura di valutazione di impatto può di fatto tradursi in un ostacolo ingiustificato alla realizzazione di impianti che sono oggetto di una programmazione nazionale, a seconda del modo in cui venga disciplinata e degli effetti attribuiti alle determinazioni assunte nell'ambito della stessa. La totale libertà attribuita alla Giunta nel*

¹⁶ Sulla sostanziale incertezza semantica che avvolge il principio di legalità nella giurisprudenza (soprattutto quella amministrativa) si veda il lavoro di A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 1995, 91 ss. Qui, peraltro, l'A. nota proprio la diversità di sfumature che la giurisprudenza assume nell'uso della legalità, specie negli argomenti della Corte Costituzionale, affermando che «lo stesso significato generale del principio di legalità finisce col risultare incerto, perché è evidente che il significato di un principio è determinato dal suo contenuto e dal suo ambito di applicazione. Inoltre, mentre nella dottrina il dibattito sul principio di legalità si incentra su interpretazioni sostanzialmente unitaria di questo principio, in certa giurisprudenza sembra accolta un'impostazione diversa. È il caso, per esempio, della giurisprudenza costituzionale, che considera il principio di legalità secondo logiche distinte, in relazione al fatto che esso venga invocato come criterio informatore dei rapporti fra lo Stato e le autonomie regionali, come è nel caso dell'affermazione del principio di legalità 'sostanziale' rispetto al potere di indirizzo e coordinamento del governo (...)» (92, corsivo aggiunto).

¹⁷ La Corte afferma infatti «*Nel caso delle discipline regionali impugnate, esse attengono essenzialmente agli ambiti materiali - richiamati del resto anche dal ricorrente - della "tutela della salute", minacciata dall'inquinamento elettromagnetico, dell'"ordinamento della comunicazione" (per quanto riguarda gli impianti di telecomunicazione o radiotelevisivi), della "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia" (per quanto riguarda gli elettrodomesti), oltre che, più in generale, del "governo del territorio" (che comprende, in linea di principio, tutto ciò che attiene all'uso del territorio e alla localizzazione di impianti o attività): tutti ambiti rientranti nella sfera della potestà legislativa "concorrente" delle Regioni a statuto ordinario, ai sensi dell'art. 117, terzo comma, della Costituzione, e pertanto caratterizzati dal vincolo al rispetto dei (soli) principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato*» (par. 5 considerato in diritto).

dettare tale disciplina, senza l'indicazione di alcun criterio da parte della legge, viola il principio di legalità sostanziale, oltre che consentire l'emanazione di discipline regionali eccedenti l'ambito dei poteri della Regione o contrastanti con i principi fondamentali desumibili dalla legislazione statale: e determina pertanto l'illegittimità costituzionale della disposizione impugnata» (par. 9, in diritto).

Sembra quasi che la preoccupazione della Corte sia quella di evitare che l'attribuzione di un potere illimitato alla Giunta regionale ridondi nella lesione della disciplina statale¹⁸, al punto tale che una parte della dottrina ha indicato proprio questa decisione come sintomatica di «un radicale cambiamento *ontologico*»¹⁹ della nozione di legalità. Nella sent. n. 307/2003²⁰, infatti, la Corte avrebbe «riaffermato la validità del principio di *“legalità sostanziale”*, applicandolo tuttavia come parametro riferito non già alla legge statale di indirizzo e coordinamento, bensì alle norme regionali suscettibili di invadere le attribuzioni legislative statali». Vi si potrebbe leggere, insomma, un rinnovato uso della legalità «inteso come canone ermeneutico per verificare la rispondenza ai criteri di ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni» e come «nuovo strumento volto a tutelare e garantire imprescindibili esigenze di unitarietà dell'ordinamento giuridico nazionale»²¹.

Pur se non si condividesse questa chiave di lettura, non si può, però, negare l'eccessiva disinvoltura con cui la Corte fa riferimento alla legalità sostanziale, appena accennata nel motivare l'illegittimità della disposizione.

Da ultimo, nella sent. n. 32/2009, la Corte, chiamata a pronunciarsi incidentalmente sulla *quaestio* sollevata dal T.A.R. Veneto relativa alla legittimità dell'art.3 della l. r. del Veneto n. 11/99 istitutiva del Comune di Cavallino Treporti, dichiara l'infondatezza della

18 La Corte dice chiaramente «una procedura di valutazione di impatto può di fatto tradursi in un ostacolo ingiustificato alla realizzazione di impianti che sono oggetto di una programmazione nazionale, a seconda del modo in cui venga disciplinata e degli effetti attribuiti alle determinazioni assunte nell'ambito della stessa.» e che il potere attribuito alla giunta viola la legalità sostanziale «oltre che consentire l'emanazione di discipline regionali eccedenti l'ambito dei poteri della Regione o contrastanti con i principi fondamentali desumibili dalla legislazione statale».

19 L'espressione (corsivo testuale) è adoperata da A. BERTANI, «Legalità sostanziale» e pubblica amministrazione: spunti sui più recenti orientamenti della giurisprudenza costituzionale sul riparto di competenze tra Stato e Regioni, in *Rassegna parlamentare*, 2005, 695 ss., spec. 698.

20 Per completezza, bisogna ricordare che l'A. citato segnala come *leading case* di questo “uso nuovo” della legalità la sent. n. 282/2002. La decisione è molto nota: riguardava la legittimità costituzionale della legge della Regione Marche n. 26/2001 recante norme relative alla “Sospensione della terapia elettroconvulsivante, della lobotomia prefrontale e transorbitale ed altri simili interventi di psicoturgia”. Lo Stato denunciava l'invasione della propria sfera di competenza da parte della regioni in relazione tale disciplina, violando l'art. 117, secondo comma, lettera l) (ordinamento civile e penale), lettera m) (determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale) e anche gli artt. 2 e 32 Cost. in relazione alla tutela della salute. La Corte, dopo aver premesso che il quadro normativo è interamente mutato, afferma la fondatezza della questione dopo aver premesso che «il punto di vista più adeguato, dunque, per affrontare la questione è quello che muove dalla constatazione che la disciplina in esame concerne l'ambito materiale della “tutela della salute”, che, ai sensi dell'art. 117, terzo comma, della Costituzione, costituisce oggetto della potestà legislativa concorrente delle Regioni, la quale si esplica nel rispetto della competenza riservata allo Stato per la “determinazione dei principi fondamentali”. È proprio il contrasto della legge impugnata con i principi fondamentali della materia, a norma dell'art. 117, terzo comma, della Costituzione, ad essere denunciato, in via subordinata, dal ricorrente». In questa decisione, l'A. già ravvisa un uso della legalità sostanziale in chiave limitativa delle competenze regionali. In realtà, però, più che di un uso estensivo della legalità sostanziale, la decisione è un esempio di uso estensivo del concetto di “principio fondamentale della materia” che la Corte praticava sistematicamente già prima della riforma del titolo V, parte II, Cost. (sul punto, per tutti, cfr. R. TOSI, “Principi fondamentali” e leggi statali nelle materie di competenza regionale, Padova 1987. L'argomento della legalità sostanziale è, sì, adombrato, ma dalla regione resistente al fine di ribadire la giurisprudenza costituzionale precedente alla novella del 2001: non v'è traccia esplicita di questo argomento nella parte motiva della decisioni e non sarebbe corretto attribuire alla Corte affermazioni mai pronunciate, nel presupposto che ha detto meno di quanto avrebbe voluto.

21 Cfr. A. BERTANI, op. ult. cit. 702.

questione. Si denunciava la illegittimità della legge perché essa non individuava in maniera soddisfacente i criteri idonei a ripartire in modo razionale il patrimonio del Comune di Venezia, rimettendo questo compito all'esclusivo esercizio del potere discrezionale della Provincia e violando, in tal modo, il principio di legalità sostanziale.

La Corte, dichiarando infondata la questione, sembra accedere a una visione minimale della legalità sostanziale, ampliando, in tal modo, le maglie della discrezionalità amministrativa.

In questa decisione, la legalità viene evocata nel suo significato tradizionale, ossia come rapporto tra legge (regionale, in questo caso) e atto amministrativo (provinciale) e, come è stato detto nella nota di commento alla sentenza, «pare disvelare una concezione "debole" del principio, ritenendo sufficiente per rispettare la legalità sostanziale un grado di vincolatività dell'attività della pubblica amministrazione piuttosto basso»²².

Quindi, il precedente del 2009 - pur citato *ad adjuvandum* - pare distendere le maglie della legalità sostanziale laddove, invece, la sent. n. 115/2011 le restringe, soprattutto nella parte in cui ritiene insufficiente la mera indicazione finalistica del valore o del bene che la legge intende tutelare.

Netta emerge la difficoltà di enucleare una chiave di lettura univoca e consolidata della giurisprudenza che pretenda di proporsi come regola immutabile e come lente privilegiata per osservare il principio di legalità. Al punto tale che l'uso della giurisprudenza in chiave prescrittiva non sembra un'operazione interpretativa da avallare senza riserve.

4. Delle due, l'una: legalità sostanziale o riserva relativa?

La sentenza ha, pertanto, in sé - nel caso trattato - una novità intrinseca che crea una cesura, in un modo o nell'altro, con i precedenti citati. Difatti, delle tre decisioni indicate nel par. 4 del considerato in diritto, la sent. 150/1982 si riferisce a una concezione della legalità preoccupata di difendere le prerogative statali di fronte alle Regioni piuttosto che di tutelare l'istanza democratico-garantista della legge parlamentare di fronte agli atti di provenienza governativa; le altre due, comunque, non sciolgono il problema della legalità sostanziale e del rapporto con la riserva relativa né forniscono *test* in grado di sciogliere il dubbio sul contenuto della legge statale come fondamento positivo e limite negativo degli atti amministrativi. Il caso in questione avrebbe forse potuto rappresentare un'occasione per tornare sul punto, *re melius perpensa*.

Il tassello mancante alla ricostruzione della Corte è proprio rappresentato dalla necessità di dimostrare che la concezione della legalità accolta dalla Costituzione è quella sostanziale e che l'esistenza di specifiche riserve relative è volta a puntellare questa concezione, più che a smentirla.

Ora, è noto che l'esistenza del principio di legalità sostanziale in Costituzione è stato sostenuto, con solidi argomenti teorici, da Lorenza Carlassare²³.

Tuttavia, altra parte della dottrina ha opposto a questa ricostruzione degli argomenti difficilmente controvertibili. L'obiezione più *tranchant* è certamente quella avanzata da Gustavo Zagrebelsky²⁴. Nell'accennare alla tesi secondo cui la vigenza del principio di legalità sostanziale sarebbe il risultato dell'inferenza da una norma costituzionale

²² Il virgolettato appartiene a A. BARAGGIA, *Legalità sostanziale e attuale sostanza della legalità*, in *Le Regioni*, 2009, 702 ss., spec. 710.

²³ Il riferimento è, ovviamente, alla tesi centrale del suo *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova 1966.

²⁴ L'obiezione è contenuta in G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale, I - Il sistema delle fonti del diritto*, Torino 1987, spec. 53. Ma toni analoghi vengono adoperati anche da E. CHELI, *Ruolo dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare*, in *Quaderni costituzionali*, 1990, 53 ss. spec. 65, laddove afferma che la presenza, in Costituzione, di specifiche riserve di legge (relative) sarebbe del tutto ultronea se «tutta l'azione amministrativa (e, nell'ambito di questa, tutta l'attività regolamentare) dovesse sottostare al rispetto di un principio di "legalità sostanziale" (che verrebbe in definitiva a identificarsi con una generale "riserva di legge" di tipo relativo)».

particolare (l'art. 113 Cost.) di un principio *generale*, l'illustre studioso afferma «contro l'accoglimento *in generale*, come principio informatore di tutte le relazioni tra legge e regolamento, della versione sostanziale del principio di legalità, milita tuttavia un argomento decisivo. Essa comporterebbe l'esistenza di una *generale riserva di legge*, nel senso che a questa fonte sarebbe riservata la disciplina (...) di tutte le materie che costituiscono possibili oggetti di regolamentazione giuridica. Ma la costituzione prevede questo (cioè la necessità di tale regolamentazione legislativa) solo in certi casi determinati espressamente»²⁵. La conseguenza è che, ritenendo esistente un generale principio di legalità sostanziale «si renderebbe inspiegabile la presenza, *in casi determinati*, di specifiche riserve di legge»; perciò, «fuori di queste (...) appare perfettamente ammissibile un potere regolamentare basato su leggi puramente attributive della relativa competenza».

La Corte, dunque, accede a una concezione sostanziale della legalità, ritenuta una «imprescindibile necessità» (par. 4 considerato in diritto). Poi, però, lega le ordinanze sindacali alla riserva relativa di cui all'art. 23 Cost.²⁶ (par. 5). E non ci aiuta molto a capire se i due istituti conservino ciascuno la propria autonomia concettuale o non siano, piuttosto, coincidenti, potendo darsi il caso che nell'art. 23 «il principio di legalità sostanziale vale egualmente nell'essenziale, essendosi tradotto nell'istituto della riserva di legge»²⁷.

Ad ogni modo, anche se l'obiezione fosse ritenuta superabile e si continuasse a sostenere che la concezione della legalità accolta in Costituzione è quella sostanziale e che le riserve relative altro non sono che l'inveramento di questa particolare declinazione del principio, non tutti i problemi sarebbero comunque risolti.

Infatti, quale grado di specificità devono avere le norme generali contenute nella legge affinché si possa ritenere soddisfatto il principio di legalità in senso sostanziale?²⁸

Dalle decisioni della Corte non si può estrarre una regola univoca; del resto, già dalla sentenza n. 150/1982 il profilo del *quantum* di disciplina legislativa sufficiente a delimitare e fondare la legittimità di un atto di indirizzo e coordinamento risultava piuttosto problematico²⁹.

25 Cfr. G. ZAGREBELSKY, op. ult. cit., 53-54. Il corsivo è testuale. L'ampia citazione testuale è dettata dall'esigenza di ridurre il più possibile la manipolazione che discenderebbe dalla sintesi personale di questa tesi.

26 Volendo, anche i confini con cui la Corte ritiene soddisfatta la riserva relativa sono mutevoli, nel senso che non sempre viene adoperato un metro stringente per valutare se la riserva di cui all'art. 23 Cost. sia soddisfatta. Si pensi a quanto la Corte afferma nella sent. n. 190/2007 (pure citata nella sent. 115), ossia che «secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, configura una riserva di legge di carattere "relativo", nel senso che essa deve ritenersi rispettata anche in assenza di una espressa indicazione legislativa dei criteri, limiti e controlli sufficienti a delimitare l'ambito di discrezionalità dell'amministrazione (sentenza n. 67 del 1973 e n. 507 del 1988) purché la concreta entità della prestazione imposta sia chiaramente desumibile dagli interventi legislativi che riguardano l'attività dell'amministrazione (sentenze n. 507 del 1988, n. 182 del 1994, n. 180 del 1996, n. 105 del 2003)».

27 G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, cit., 54.

28 Si tratta di interrogativo antico e particolarmente pressante, già avanzato da S. FOIS, voce *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1975, 679 ss. rispetto alle tesi della Carlassare. Ma da ultimo v. pure A. BARAGGIA, *Legalità sostanziale e (attuale) sostanza della legalità*, in *Le Regioni*, 2009, 702 ss., spec. 710-711, dove si formula un interrogativo analogo, ossia «fino a che punto il legislatore può ed anzi è tenuto a spingersi nella definizione dei poteri e dell'attività della pubblica amministrazione? Fino a che punto il rispetto del principio di legalità nella sua funzione geneticamente garantista rispetto all'arbitrio del potere può incidere sulla ponderazione concreta degli interessi e sulle scelte discrezionali volte al raggiungimento di un risultato efficace (nel quale risiede il compito precipuo dell'amministrazione)?».

29 Si vedano, ad esempio, le considerazioni di D. SORACE, *Intervento alla Tavola Rotonda Spunti per una ricerca sull'indirizzo e coordinamento*, in *Le Regioni*, 1985, spec. 61, il quale afferma che «questa sentenza mi ha suscitato e continua a suscitarmi delle perplessità quando, dopo aver dichiarato la necessità, per gli atti di indirizzo e coordinamento in forma non legislativa, del rigoroso rispetto del principio di legalità, ritiene poi rispettato tale principio dal 3° comma dell'art. 109 [del d. P. R. n. 616/1977, N. d. A.], il quale si limita a disporre che «la determinazione dei tassi minimi di interesse agevolati a carico dei beneficiari è operata ai sensi dell'art. 3 della l. 22 luglio 1975, n. 382». L'A. vuole, in tal modo, mettere in luce la circostanza per cui

Ciò dimostra, in definitiva, che non basta affermare il necessario rispetto della legalità, anche nella sua accezione più intensa, quella sostanziale. Anzi, il principio di legalità va integrato con altri criteri, primo fra tutti quello di ragionevolezza³⁰, esibendo, in tal modo, la propria «insufficienza quale unico canone interpretativo»³¹. E allora, dalle pronunce della Corte non emerge una “dottrina” della legalità sostanziale: il principio viene adoperato in funzione servente rispetto ad altri argomenti con cui si eterointegra. Questo processo argomentativo consente al giudice delle leggi di decidere i casi stabilendo l'interesse da salvaguardare di volta in volta (sia esso quello dello Stato rispetto alla Regione, oppure quello dell'organo assembleare rispetto all'esecutivo).

Quest'ultima notazione induce due corollari: non è possibile estrarre, da singole decisioni, regole valide per ogni latitudine e per qualsiasi contesto; se non vi fosse l'integrazione del principio di legalità sostanziale con altri canoni (come quello di ragionevolezza) si potrebbe correre il rischio di consegnare nelle mani della Corte una discrezionalità ingestibile, obbligandola a individuare i casi in cui la legge soddisfa (o meno) l'accezione sostanziale della legalità.

* Assegnista di Diritto costituzionale – Università di Sassari

la Corte ritiene soddisfatta la legalità sostanziale pure in presenza di una disposizione così generica, che di certo non detta norme che “preorientano” l'attività del Governo nell'esercizio della funzione di indirizzo e coordinamento: dunque, è altamente opinabile, il contenuto che la legge statale deve avere affinché si possa ritenere soddisfatto il principio di legalità in senso sostanziale.

30 Per una visione “sostanzialistica” della legalità, si veda quanto sostenuto in M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino 2003, spec. 273, dove si caldeggia un'interpretazione della legalità che tenga conto della ragionevolezza intrinseca e del giudizio di congruità tra i principi e gli interessi coinvolti e le misure in concreto adottate.

31 Così G. CAIANIELLO, *Principio di legalità e ruolo della Corte dei Conti*, in *Diritto Pubblico*, 1999, 920.