

## I poteri sostitutivi fra emergency clause e assetto dinamico delle competenze

di Giuseppe Marazzita

1. La disciplina costituzionale e le questioni in primo piano. 2. Il «potere sostitutivo» previsto in Costituzione come *species* del generale istituto della "sostituzione". 3. La sentenza "capofila" 27 gennaio 2004 n. 43 e le decisioni di consolidamento (nn. 69-74, 112 e 173 del 2004). 4. Le due declinazioni del modulo sostitutivo: a) la deroga sussidiaria ex artt. 117 e 118 Cost. 5. *Segue*: b) il regime straordinario ex art. 120 Cost. 6. Le limitazioni dell'autonomia attraverso altri istituti straordinari: la decretazione d'urgenza "sostitutiva" (art. 77 Cost.) e lo scioglimento-rimozione (art. 126 Cost.). 7. Cenni ai principi di sussidiarietà, efficienza, proporzionalità e leale collaborazione. L'inconferenza dell'interesse nazionale.

### 1. La disciplina costituzionale e le questioni in primo piano

La recente giurisprudenza costituzionale, capeggiata dalla sentenza 27 gennaio 2004 n. 43 e consolidata dalle contigue decisioni n. 69-74, 112 e 173, è tornata sul tema dei poteri sostitutivi statali e regionali con l'intento di fornire una ricostruzione organica e tendenzialmente stabile alla luce del nuovo Titolo V, il quale, come è noto, dedica alla deroga di competenza il capoverso dell'art. 120, oltre al quinto comma dell'art. 117. Si tratta di un ritorno nel segno della continuità giacché la Corte conferma una linea interpretativa coniata sotto la vigenza della precedente disciplina costituzionale e, in misura limitata, già riproposta dopo la revisione del 2001.

Il contributo della Corte costituzionale è tuttavia di assoluto rilievo perché perviene alla ricostruzione sistematica di un istituto, la cui tradizionale complessità è ulteriormente aggravata dalle peculiari difficoltà esegetiche della recente norma parametro: infatti, il secondo comma dell'art. 120 Cost. pare ambire alla palma della norma di più ardua lettura, all'interno di un Titolo la cui oscurità è oramai un luogo comune nella riflessione dottrinarina successiva alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

Come è noto il quinto comma dell'art. 117, dopo aver previsto la partecipazione delle Regioni e delle Province autonome alla «alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari» e «all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato» riserva a tale fonte anche «*le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza*».

A sua volta per l'art. 120, 2° comma «*Il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali. La legge definisce le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione*».

In attuazione di tale disposizione costituzionale l'art. 8 della legge 18.10.2003 n. 131 (c.d. La Loggia) al primo comma stabilisce che «il Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente per materia, anche su iniziativa delle Regioni o degli enti locali, assegna all'ente interessato un congruo termine per adottare i provvedimenti dovuti o necessari; decorso inutilmente tale termine, il Consiglio dei ministri, sentito l'organo interessato, su proposta del Ministro competente o del Presidente del Consiglio dei ministri, adotta i provvedimenti necessari, anche normativi, ovvero nomina un apposito commissario. Alla riunione del Consiglio dei ministri partecipa il Presidente della Giunta regionale della Regione interessata al provvedimento».

Il quarto comma prevede che «Nei casi di assoluta urgenza, qualora l'intervento sostitutivo non sia procrastinabile senza mettere in pericolo le finalità tutelate dall'articolo 120 della Costituzione, il Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente, anche su iniziativa delle Regioni o degli enti locali, adotta i provvedimenti necessari, che sono immediatamente comunicati alla Conferenza Stato-Regioni o alla Conferenza Stato-Città e autonomie locali, allargata ai rappresentanti delle Comunità montane, che possono chiederne il riesame». Mentre secondo il capoverso successivo «I provvedimenti sostitutivi devono essere proporzionati alle finalità perseguite».

Entrando subito nel merito elenchiamo i principali problemi che la disciplina pone: l'esistenza di poteri sostitutivi ulteriori e/o diversi da quelli disciplinati in Costituzione (*tassatività delle attribuzioni di competenza* al Governo e allo Stato), le *condizioni legittimanti* il ricorso al potere di sostituzione (espresse e tacite; sostanziali e procedimentali); la *natura della competenza* (ordinaria o straordinaria; amministrativa o legislativa); il rapporto tra le diverse potestà previste e/o implicite ovvero la loro *collocazione in sistema* e, infine, la precisazione dei rapporti con la costellazione di principi e valori che informano la deroga di competenza (sussidiarietà, leale collaborazione, proporzionalità, interesse nazionale).

La risposta a ciascuna di tali domande rappresenta ovviamente un tassello della complessiva rappresentazione della dinamica fra enti territoriali, della quale i poteri sostitutivi costituiscono uno snodo essenziale: ciò significa che il rapporto dialettico - per non dire conflittuale - tra sovranità ed istanze di autonomia sancito dall'art. 5 della legge fondamentale fa da sfondo ad ogni riflessione su quel particolare stato d'eccezione organizzativo che richiamiamo col termine di "potere sostitutivo".

## 2. Il «potere sostitutivo» previsto in Costituzione come species del generale istituto della "sostituzione"

Prima di entrare nel vivo delle singole questioni, la peculiarità dell'argomento consiglia di iniziare l'analisi chiarendo i rapporti tra il «potere sostitutivo» previsto dalla Costituzione vigente e l'istituto generale della "sostituzione" nelle risalenti e diverse accezioni che esso ha assunto a partire dall'elaborazione classica.

I poteri sostitutivi che interessano il diritto costituzionale - pur richiamando nominalmente gli istituti della *sostituzione ordinaria* e *fidecommissaria* le cui radici affondano nel diritto privato romano - paiono manifestare più di una similitudine con la categoria della *sostituzione processuale*.

La regola generale in ambito processuale, come è noto, prevede che in via ordinaria legittimati ad agire nel processo (cioè ad essere parti) siano i destinatari degli effetti del provvedimento di merito richiesto al giudice: poiché gli effetti sostanziali potrebbero incidere sul loro patrimonio o sui loro diritti, tali soggetti sono legittimati a dire e contraddire e proprio in virtù di tale partecipazione "il procedimento è processo".

Vi sono però casi di legittimazione non fondata sul metro degli effetti diretti del provvedimento giurisdizionale, perciò detta *straordinaria*. In questi casi, al posto di chi subirà gli effetti del provvedimento, nel processo sarà presente un altro soggetto, il quale - si badi bene - non agisce quale rappresentante dell'effettivo destinatario ma in nome proprio. In altre parole, il legittimato in via straordinaria deduce in giudizio la posizione sostanziale di un altro soggetto e provoca su di lui gli effetti che, di regola, non si potrebbero verificare in assenza del titolare. La legittimazione straordinaria, comunque, normalmente non esclude il titolare ma lo coinvolge quale litisconsorte necessario.

L'esempio più noto è la c.d. *azione surrogatoria* (art. 2900 c.c.) che consente al creditore di agire al posto del debitore negligente affinché il debitore di quest'ultimo (*debitor debitoris*) venga condannato ad adempiere. Ebbene i presupposti per la legittimazione straordinaria sono due: anzitutto «l'inerzia» del sostituito, la cui sola negligenza può giustificare l'intervento surrogatorio di chi non è titolare; in secondo luogo occorre che, dal mancato esercizio dei diritti del debitore, possano derivare «effetti negativi» sulla garanzia che il patrimonio del debitore costituisce per il creditore. La ricorrenza dei due requisiti (inerzia nell'esercizio dell'azione e violazione di doveri da cui deriva un pubblico documento) ricorre anche nelle ipotesi di *avocazione* previste nel codice di procedura penale, mentre altre fattispecie sostitutive in ambito processuale o sostanziale mostrano solo parziali corrispondenze.

E' interessante notare come questi due requisiti, insieme alla natura derogatoria dell'istituto, siano sovrapponibili alle condizioni legittimanti il potere sostitutivo secondo gli artt. 117, 5° comma e 120, 2° comma Cost.

La prima disposizione, nel rinviare alla «legge dello Stato, che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo», rafforza tale riserva con il richiamo tassativo al «caso di *inadempienza*». L'inadempienza, in questo contesto, è appunto l'inerzia di chi è giuridicamente tenuto ad un *facere* sulla base di un dovere o una funzione. Diversamente se l'inadempienza si concretasse in un *facere* illegittimo il rimedio sarebbe diverso e, cioè, di tipo giurisdizionale attraverso il ricorso al giudice costituzionale o a quello amministrativo.

Quanto al secondo requisito, sembrano assimilabili agli "effetti negativi" quelle situazioni che legittimano lo Stato a sostituirsi a organi degli enti territoriali: il «mancato rispetto di norme e trattati internazionali» e il mancato rispetto della «normativa comunitaria» comportano una *responsabilità dello Stato* - rispettivamente - nell'ordinamento internazionale e in quello dell'Unione europea; a loro volta, le clausole indeterminate del «pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza

pubblica, come pure «la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni...», paventano effetti negativi che si ripercuotono *ai danni della comunità statale*.

Le analogie che si sono richiamate tra l'istituto di diritto costituzionale e quello pertinente al diritto processuale generale non paiono accidentali. Sembra così individuabile una categoria generale nella quale far confluire istituti provenienti da settori distanti dell'ordinamento ma accomunati da eguali caratteristiche, espressive di una medesima *ratio*.

Volendo definire la *ratio* comune alle diverse forme di sostituzione (processuale e costituzionale), essa pare individuabile nel mantenimento della *simmetria tra interesse e strumenti di tutela*. In proposito occorre esaminare il presupposto, la situazione legittimante e il regime giuridico:

il presupposto è che vi sia una scissione tra il soggetto titolare (negli esempi il creditore o lo Stato) dell'interesse (il soddisfacimento del credito o la responsabilità internazionale) e il soggetto da cui la sua soddisfazione dipende (il debitore o l'ente locale);

la situazione legittimante è data dal connubio di due elementi: l'inerzia del soggetto titolare dello strumento di tutela la quale determina - in termini causali - un nocumento per il soggetto portatore dell'interesse;

il regime giuridico derogatorio consiste dello surrogazione del soggetto portatore dell'interesse nell'esercizio dello strumento giuridico (azione o competenza) capace di soddisfarlo, al posto del titolare ordinario.

Concludendo questa breve digressione è possibile cogliere due aspetti. Il primo è che la "sostituzione" - in generale - è una *modalità di migrazione dell'esercizio di azioni e competenze* la quale, pur rappresentando per definizione una deroga al loro ordinario esercizio, si configura come un istituto generale dell'ordinamento giuridico non necessariamente connesso con il fenomeno emergenziale. In secondo luogo va sottolineata l'utilità che può avere, per la ricostruzione del "potere sostitutivo" statale e regionale, il suo inquadramento come *species* all'interno di un *genus*: la riconduzione teorica, infatti, offre la possibilità di colmare eventuali carenze ed oscurità normative in un orizzonte sistematico e, in certi casi, anche attraverso il ricorso all'analogia.

### **3. La sentenza "capofila" 27 gennaio 2004 n. 43 e le decisioni di consolidamento (nn. 69-74, 112 e 173 del 2004)**

La sentenza 27 gennaio 2004 n. 43 rigetta la questione di legittimità costituzionale proposta dallo Stato contro alcune disposizioni della legge veneta n. 33 del 11.2002 in tema di sostituzione di organi comunali ad opera della Regione. I parametri evocati nel ricorso sono gli artt. 114, cpv., 117 e 120, cpv. della Costituzione.

Il nucleo della motivazione è scomponibile in quattro parti: la premessa (definizione del potere e necessario fondamento costituzionale), la ricostruzione del quadro costituzionale (artt. 117 e 118), il giudizio di conformità astratta (ammissibilità di poteri sostitutivi atipici) e il giudizio di conformità concreta (esclusione di antinomie tra i parametri e le disposizioni oggetto del giudizio).

1) Nella premessa (punto 3.1.) la Corte definisce la competenza come l'insieme dei poteri «che comportano la sostituzione di organi di un ente a quelli di un altro, *ordinariamente competente*, nel compimento di atti, ovvero la nomina da parte dei primi di organi straordinari dell'ente "sostituito" per il compimento degli atti stessi». Si tratta, come vedremo, di un potere "eccezionale" e cioè derogatorio del normale esercizio delle funzioni.

Poiché tali poteri «concorrono a *configurare* e a *limitare l'autonomia* dell'ente nei cui confronti opera la sostituzione» la loro morfologia non è costituzionalmente indifferente: per tale ragione i poteri sostitutivi «devono trovare *fondamento esplicito o implicito* nelle norme o nei principi costituzionali che tale autonomia prevedono e disciplinano».

2) Nella ricostruzione del quadro costituzionale in tema di allocazione delle funzioni fra enti (punto 3.2.) la Corte - dopo aver osservato che il nuovo Titolo V è improntato a «criteri parzialmente diversi» rispetto alla disciplina previgente - perviene ad una sintesi dialettica: sussiste una «preferenza generalizzata» per gli enti più vicini ai cittadini ma tale direttiva, nella concreta allocazione delle funzioni ai vari livelli di governo, è controbilanciata da «*un criterio flessibile*» guidato dai principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza.

Tale "flessibilità costituzionale" comporta che «sarà sempre la legge statale o regionale» (a seconda che la materia

spetti alla competenza legislativa dello Stato o della Regione) «a operare la concreta collocazione delle funzioni» e quindi anche «l'eventuale previsione di eccezionali sostituzioni di un livello ad un altro di governo» per il compimento di specifici atti o attività.

A suggello della conclusione il giudice ricorre ad un classico strumento retorico, l'*argumentum a contrario*: «se così non fosse, si avrebbe l'assurda conseguenza che, per evitare la compromissione di interessi unitari che richiedono il compimento di determinati atti o attività (...) il legislatore non avrebbe altro mezzo se non collocare la funzione ad un livello di governo più comprensivo (...) conseguenza evidentemente sproporzionata e contraria al criterio generale insito nel principio di sussidiarietà». La sostituzione, in altre parole è un "male minore" rispetto alla drastica revoca della competenza.

3) Definito il «contesto» rimane da collocarvi il secondo comma dell'art. 120, a cui la Corte costituzionale sembra attribuire il ruolo di norma di chiusura (punto 3.3.): la nuova disposizione «deriva palesemente dalla preoccupazione di assicurare comunque, in un sistema di più largo decentramento delle funzioni (...) taluni *interessi essenziali*». La disposizione garantisce così due categorie di interessi diversamente "essenziali":

gli interessi «che il sistema costituzionale *attribuisce alla responsabilità dello Stato*»: gli obblighi internazionali e comunitari ex art. 117, 5° comma Cost. ma anche l'ordine e la sicurezza pubblica e i livelli essenziali ex art. 117, 2° comma, lettere *h* e *m*;

gli «interessi "*naturalmente*" *facenti capo allo Stato* come ultimo responsabile del mantenimento dell'unità e indivisibilità della Repubblica» in base all'art. 5 della Costituzione: ovvero l'unità giuridica e l'unità economica.

La conseguenza implicita dell'essere *estrema ratio* è che l'art. 120 «non può essere inteso nel senso che esaurisca, concentrandole tutte in capo allo Stato, le possibilità di esercizio di poteri sostitutivi» poiché in realtà esso «prevede solo un *potere sostitutivo straordinario* in capo al Governo» da esercitarsi solo nei casi *tassativamente* previsti.

Ciò significa che la natura *straordinaria* «lascia impregiudicata l'ammissibilità e la disciplina di altri casi di interventi sostitutivi», *costituzionalmente atipici*, ovvero che non esiste una riserva statale in materia di sostituzione.

A sostegno dell'interpretazione la Corte introduce due ulteriori considerazioni. Da un lato - coerentemente - si segnala che la disposizione «allude a *emergenze istituzionali* di particolare gravità che comportano rischi di compromissione» di interessi essenziali della Repubblica: l'istituto d'emergenza è sempre sussidiario («aggiuntivo» dice la Corte) perché, per definizione, esso presuppone un istituto ordinario.

Dall'altro, invece, si utilizza un argomento piuttosto fragile: «nulla nella norma lascia pensare che si sia inteso con essa smentire una consolidata tradizione legislativa, che ammetteva pacificamente interventi sostitutivi (...) ad opera di organi regionali». In altre parole, il silenzio della Costituzione dovrebbe necessariamente essere inteso in senso permissivo ma l'opzione non pare così scontata (si ricordi il canone ermeneutico *ubi lex voluit, dixit, ubi noluit, tacuit*).

4) Dopo aver giudicato conforme a Costituzione il potere sostitutivo regionale in astratto («in via di principio»), la Corte passa al vero e proprio *thema decidendum* ovvero all'infondatezza della questione rispetto agli specifici parametri evocati (punto 4.).

In questa ultima parte il giudice costituzionale - dopo aver dedotto dalla natura *straordinaria* del potere ex art. 120 Cost. l'ammissibilità di altre ipotesi sostitutive - introduce un interessante corollario della natura "*eccezionale*" che, invece, caratterizza tutte le forme di sostituzione, sia previste che costituzionalmente atipiche: con particolare riferimento alle legge veneta si osserva che, poiché tali interventi «costituiscono un'eccezione rispetto al normale svolgimento di attribuzioni dei Comuni (...), debbono valere nei confronti di essi condizioni e limiti non diversi (essendo fondati sulla medesima ragione costituzionale) da quelli elaborati nella giurisprudenza costituzionale in relazione ai poteri sostitutivi dello Stato nei confronti delle Regioni».

In tal modo il giudice coglie l'occasione per ricapitolare, in armonia con la precedente giurisprudenza (e specialmente con l'importante sentenza n. 177 del 1988), le «condizioni e i limiti» per il legittimo esercizio di poteri sostitutivi:

*riserva di legge*: «le ipotesi di esercizio di poteri sostitutivi debbono essere previste e disciplinate dalla legge (...) che

deve definirne i presupposti sostanziali e procedurali»;

*obbligatorietà* dell'oggetto della sostituzione: «la sostituzione può prevedersi esclusivamente per il compimento di atti o di attività prive di discrezionalità nell'*an* (anche se non necessariamente nel *quid* e nel *quomodo*)»;

*organo di governo*: il «potere sostitutivo deve poi essere esercitato da un organo di governo della Regione o sulla base di una decisione di questo» in quanto l'intervento ha «l'attitudine» ad «incidere sull'autonomia, costituzionalmente rilevante, dell'ente sostituito»;

*garanzie procedurali*: «la legge deve (...) apprestare congrue garanzie procedurali per l'esercizio del potere sostitutivo» in conformità al principio di leale collaborazione di cui all'art. 120 Cost. «a proposito del potere sostitutivo *straordinario* del Governo, ma operante più in generale nei rapporti fra enti dotati di autonomia costituzionalmente garantita».

Applicando tali premesse, la Corte costituzionale ritiene che la legge veneta sostanzialmente soddisfi le quattro condizioni pervenendo ad escludere antinomie tra i parametri e le disposizioni oggetto del giudizio.

La sentenza n. 43, a dimostrazione del rilievo nella giurisprudenza costituzionale, è stata consolidata poco dopo da ben sei decisioni (nn. 69, 70, 71, 72, 73 e 74): si tratta di sentenze "seriali" la cui motivazione è testualmente ripetitiva di quanto coniato nella sentenza capostipite e si limita ad applicare i principi *ivi* fissati.

A distanza di qualche mese si segnalano, sempre in tema di poteri sostitutivi regionali, altre due decisioni che contribuiscono ad arricchire il filone giurisprudenziale. Nella sentenza n. 112 del 2004 la Corte costituzionale, oltre a ricapitolare la ricostruzione della potestà eccezionale, torna sulle condizioni di legittimità sottolineando che «i poteri sostitutivi in ambito regionale sono in ogni caso da ascrivere, per lo spostamento eccezionale di competenze che determinano e per l'incidenza diretta su enti politicamente rappresentativi, ad organi di governo della Regione e non già ad apparati amministrativi», tra cui il difensore civico: infatti essi implicano scelte che «presentano un grado di politicità tale che la loro valutazione complessiva ragionevolmente non può che spettare agli organi regionali di vertice, cui istituzionalmente competono le determinazioni di politica generale, delle quali assumono la responsabilità». La considerazione è di rilievo perché evidenzia la *natura politica dello stato d'eccezione*, non solo quando ha natura emergenziale, ma anche se è semplicemente derogatorio delle normali competenze.

In ultimo si registra la sentenza n. 173 del 2004 la quale non offre contenuti particolarmente innovativi ma si pone sulla linea interpretativa della n. 112 confermando che il difensore civico non può essere titolare di potestà sostitutive perché, in nessun modo, è assimilabile ad un organo di governo della Regione.

#### **4. Le due declinazioni del modulo sostitutivo: a) la deroga sussidiaria ex artt. 117 e 118 Cost.**

Come si è visto la sentenza n. 43 del 2004 sancisce la legittima concorrenza di potestà sostitutive dello Stato e delle Regioni anche al di fuori delle ipotesi disciplinate in Costituzione nonché indica in dettaglio le condizioni e i limiti per il loro legittimo esercizio: in tal modo trovano immediata risposta il primo (tassatività delle attribuzioni di competenza ex artt. 117 e 120) e il secondo (definizione delle condizioni legittimanti) dei problemi che ci siamo posti in premessa.

Occorre a questo punto affrontare le altre questioni e cioè: la natura delle diverse potestà sostitutive ma, soprattutto, la loro collocazione in sistema. Alla restante tematica dei rapporti con la costellazione di principi e valori che informano la deroga di competenza è dedicata l'ultima parte.

Sulla *natura* della competenza sembra pacifica l'esistenza di poteri sostitutivi sia amministrativi che legislativi, mentre - dopo la sentenza n. 43 - deve ammettersi sia una sostituzione ordinaria che una straordinaria. Meno chiaro in dottrina è il fondamento costituzionale delle diverse tipologie e, soprattutto, i confini delle varie combinazioni possibili (sostituzione ord. amm.va, ord. legisl., straord. amm.va e straord. legisl.).

In generale va detto che la sostituzione costituzionale è uno *stato d'eccezione organizzativo* in cui l'organo di un ente - eccezionalmente - si sostituisce a quello di un altro «ordinariamente competente»: esiste quindi uno stato di partenza, che è dato dalle competenze ordinarie, e uno stato di arrivo, che è dato dalle competenze sostituite sulla base della sostituzione, sia essa ordinaria, oppure straordinaria. Ulteriori caratteristiche, che accomunano tutte le tipologie sostitutive, sono la natura *temporanea* della deroga organizzativa e il meccanismo instaurativo che segue lo schema

della "auto-attivazione".

Partendo dalla sostituzione *ordinaria*, il punto di partenza, per quanto riguarda le funzioni amministrative, è definito dall'art. 118, 1° comma Cost. per il quale esse «sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurare l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato». La stessa norma attributiva - sulla base di vari principi in ultimo riconducibili alla sussidiarietà verticale - si astiene dal radicare la competenza in modo definitivo e prevede un titolare "preferenziale" seguito da più titolari "sussidiari" secondo una precisa gradualità, rimettendo quindi alla legge la concreta allocazione della competenza.

Ebbene due sono le conseguenze di questa peculiare flessibilità nella titolarità delle funzioni amministrative.

Anzitutto, secondo la regola che "il maggiore comprende il minore", visto che la disposizione consente la stabile migrazione della competenza verso il livello superiore di governo, deve ritenersi implicitamente consentita la temporanea sostituzione nell'esercizio da parte degli stessi soggetti: così, accanto ai "titolari" preferenziali o sussidiari, troviamo il "sostituto". Si badi che tale *fondamento implicito* che la Corte riconosce nella trama dell'art. 118, 1° comma non ha nulla a che vedere con la titolarità della funzione (la quale viene dinamicamente allocata dalla legge al primo livello di governo idoneo) ma riguarda la sostituzione nel mero compimento di atti (e cioè nell'esercizio).

In secondo luogo, poiché l'autonomia amministrativa è costituzionalmente "garantita", non attraverso un elenco di oggetti, ma attraverso la flessibilità tipica del principio di sussidiarietà, il potere sostitutivo ordinario deve ritenersi ammissibile *senza limite di materia*: il Comune è il titolare preferenziale delle funzioni amministrative ma, così come la legge (statale o regionale) può allocare ogni sua competenza al livello superiore più idoneo, si deve riconoscere in quegli stessi ambiti alla legge la discrezionalità di attribuire potestà sostitutive in ipotesi di inerzia del titolare ordinario.

Fin qui la sostituzione ordinaria amministrativa alla luce di quanto è possibile dedurre dalla sentenza n. 43 del 2004. Per quanto invece riguarda la sostituzione ordinaria *legislativa*, non è possibile giovare del contributo della recente giurisprudenza, ma occorre rivolgersi direttamente al testo costituzionale. In questo caso il punto di partenza è rappresentato dall'assetto di competenze fissato, dal secondo, terzo e quarto comma dell'art. 117 Cost., secondo la tecnica dell'enumerazione integrata con la clausola della residualità regionale.

In ragione della formulazione della norma attributiva della competenza, la quale garantisce in modo stabile (e non flessibile) l'autonomia legislativa regionale, non sarebbe sufficiente un fondamento implicito sulla scorta di quanto avviene nella sostituzione amministrativa. In questo caso è invece necessario ricercare un *fondamento espresso* della deroga di competenza, fondamento che la Costituzione contempla nel quinto comma dell'art. 117: la disposizione prevede la possibilità, per la legge dello Stato, di disciplinare «le modalità di esercizio del potere sostitutivo» verso Regioni e Province autonome «in caso di inadempienza» nell'attuazione e nell'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea.

E' importante segnalare che, proprio perché non sarebbe ammissibile una clausola implicita, le due ipotesi di inadempienza che legittimano l'esercizio di poteri sostitutivi ordinari legislativi devono essere ritenute *tassative* e cioè impassibili di qualsivoglia estensione interpretativa. Ciò non significa - come vedremo - che il disegno costituzionale non consenta il ricorso statale alla forza della legge anche in materie o in ipotesi diverse da quelle previste dal citato quinto comma, ma ciò potrà avvenire, «in casi straordinari di necessità ed urgenza», sulla base di una diversa norma attributiva di competenze non solo eccezionali ma anche emergenziali.

Ricapitolando, la sostituzione "ordinaria" si presenta nelle due forme della sostituzione amministrativa e di quella legislativa, le quali si differenziano per il fondamento (rispettivamente, implicito nell'art. 118 e esplicito nel quinto comma dell'art. 117 Cost.), per l'estensione del potere (generale oppure limitata ad ipotesi tassative) ma anche per la *ratio*: mentre la sostituzione amministrativa - come dice la Corte - è una garanzia per il livello inferiore visto che l'alternativa sarebbe la stabile migrazione della competenza verso l'alto, invece nel caso della sostituzione legislativa lo scopo della norma è quello di consentire allo Stato di evitare censure in ambito internazionale o comunitario attraverso un tempestivo intervento surrogatorio. In entrambe le forme di sostituzione ordinaria, comunque, ci troviamo di fronte ad un istituto eccezionale e, cioè, derogatorio del normale esercizio delle funzioni.

## **5. Segue: b) il regime straordinario ex art. 120 Cost.**

A questo punto possiamo esaminare la peculiare fattispecie sostitutiva prevista dall'art. 120 Cost. la quale, oltre ad

essere eccezionale, si configura altresì come un istituto *straordinario* a cui ricorrere - secondo le parole della sentenza n. 43 - di fronte ad «emergenze istituzionali di particolare gravità». Ebbene anche la sostituzione straordinaria, in quanto *emergency clause*, necessita di un fondamento esplicito che la Costituzione appunto appresta nel secondo comma dell'art. 120. La disposizione, confermando una preferenza costituzionale, individua nel Governo il destinatario della potestà straordinaria la quale, come si è visto, non istituisce una riserva statale in materia di sostituzioni ma svolge il ruolo residuale di *extrema ratio*.

Sciogliendo subito il dubbio va detto che, secondo l'interpretazione più plausibile, la sostituzione straordinaria può avere ad oggetto l'esercizio di funzioni amministrative, anche di tipo normativo, ma non legislative. Le ragioni a sostegno dell'opzione, in gran parte già individuate dalla dottrina, sono molteplici e possono essere così ricapitolate:

sul piano sistematico, vista la previsione delle tassative ipotesi di sostituzione legislativa (ex art. 117, 5° c. Cost.), l'art. 120 «costituirebbe un inutile doppione»;

sul piano letterale il destinatario della disposizione (il "sostituto") è il solo Governo mentre, se si fosse voluta ammettere una sostituzione anche legislativa, si sarebbe fatto riferimento allo Stato (come avviene nel citato quinto comma dell'art. 117) oppure al Parlamento;

sempre sul piano testuale i soggetti "sostituibili", oltre alle Regioni, sono gli organi «delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni», titolari di competenze normative di livello esclusivamente secondario;

sul piano dell'attuazione costituzionale la legge n. 131/2003 (c.d. La Loggia) parla di «provvedimenti necessari, anche normativi».

Venendo alla fattispecie astratta occorre riprendere lo schema proposto nel secondo paragrafo per ricordare che il presupposto della sostituzione, come istituto generale, è la scissione tra il soggetto cui fa capo l'interesse (lo Stato) e il titolare della competenza atta a soddisfarlo (l'ente locale): la *ratio* della sostituzione è, appunto, la ricomposizione di tale dissociazione attraverso la concreta appropriazione della competenza da parte del primo soggetto in luogo del secondo, che ne omette l'esercizio.

Se questi sono il contesto e la *ratio* dell'istituto, la situazione legittimante è data dal connubio di due elementi, la cui concorrenza legittima la temporanea deroga organizzativa. Da un lato, occorre che il titolare ometta, per ragioni oggettive (inerzia-inadeguatezza) o soggettive (inerzia-inadempienza), atti o attività amministrative giuridicamente obbligatorie. Affinché il requisito sia integrato occorre che l'omissione persista nonostante un formale invito ad agire.

Dall'altro, è necessario che l'inerzia comprometta interessi «essenziali» per lo Stato o per la comunità di cui esso è espressione. Secondo la ricostruzione della Corte, due sono le classi di interessi essenziali: quelli «che il sistema costituzionale attribuisce alla responsabilità dello Stato» (obblighi internazionali e comunitari, ordine e sicurezza pubblica, livelli minimi delle prestazioni essenziali) e quelli che «naturalmente» fanno capo allo Stato «come ultimo responsabile del mantenimento dell'unità e indivisibilità della Repubblica». Tale ultima categoria, laddove fa riferimento all'unità giuridica o economica, come ha osservato autorevole dottrina, si rifà al capoverso dell'art. 72 della Legge fondamentale tedesca, pur senza aderire esplicitamente al modello della *konkurrierende Gesetzgebung*.

Allo stesso tempo questi "binomi legittimanti" - visto che parliamo di un istituto non solo eccezionale ma anche straordinario- rappresentano il fatto straordinario che attiva il regime emergenziale attraverso il giudizio di necessità, il quale è rimesso allo stesso soggetto che beneficerà della competenza straordinaria (auto-attivazione). La sequenza segue l'usuale modello dell'emergenza giuridica.

Infine esaminiamo lo stato d'eccezione e cioè il regime giuridico, consistente nell'esercizio di poteri sostitutivi di tipo amministrativo, che è finalizzato a fronteggiare quelle situazioni critiche. Tale regime prevede che il Governo possa sostituirsi agli organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni secondo procedure definite dalla legge al fine di garantire il rispetto dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione.

In proposito l'art. 8 della legge 18.10.2003 n. 131 stabilisce che, prima di instaurare lo stato d'eccezione, il Presidente del Consiglio dei Ministri «assegna all'ente interessato un congruo termine per adottare i provvedimenti dovuti o necessari». Solo una volta «decorso inutilmente tale termine», il Consiglio dei Ministri, «sentito l'organo interessato», adotta i «provvedimenti necessari, anche normativi, ovvero nomina un apposito commissario». Come ulteriore garanzia

è prevista la partecipazione al Consiglio del Presidente della Giunta regionale della Regione interessata al provvedimento. Fin qui il procedimento normale.

A conferma della natura emergenziale dell'istituto il quarto comma dell'art. 8 prevede che, nei «casi di assoluta urgenza», sia possibile saltare la fase della "diffida" qualora l'intervento sostitutivo «non sia procrastinabile senza mettere in pericolo le finalità tutelate dall'articolo 120 della Costituzione». In questa ipotesi i «provvedimenti necessari» adottati dal Consiglio dei Ministri sono immediatamente comunicati alla Conferenza Stato-Regioni o alla Conferenza Stato-Città, che possono chiederne il riesame.

In ogni caso i provvedimenti nei quali si concreta la sostituzione governativa - siano previa diffida oppure in via di urgenza - «devono essere proporzionati alle finalità perseguite» (art. 8, 5° comma). Sul punto va sottolineato che il riferimento legislativo al nesso di *adeguatezza* fra la situazione da fronteggiare e le misure adottate è conforme alla "funzione" straordinaria dell'istituto: infatti, se intendiamo correttamente la necessità in termini di scelta doverosa e fonte di responsabilità, lo stato d'eccezione sarà composto dalle (sole) deroghe strettamente necessarie a fronteggiare l'emergenza. La necessità così intesa rappresenta un limite alle deroghe possibili poiché limita l'estensione della sostituzione a tutela dell'autonomia.

Ebbene in una prospettiva di preservazione dell'autonomia va salutata con favore la recente introduzione del capoverso dell'art. 120 Cost. e della riserva di legge in esso contenuta: in proposito, è vero che la disposizione rappresenta una razionalizzazione dell'esistente (visto che i poteri sostitutivi esistevano ben prima della legge cost. 18.10.01 n. 3), ma la novità testuale produce il positivo effetto di contenere l'arbitrio e l'eventuale abuso da parte dello Stato.

Tirando le fila abbiamo individuato tre ipotesi sostitutive che la Costituzione prevede o, comunque, implicitamente consente: ordinaria amministrativa (sulla base dell'art. 118 Cost.), ordinaria legislativa (ex art. 117, 5° comma Cost.) e straordinaria amministrativa (ex art. 120, 2° comma Cost.). Si è visto come in tutti i casi si tratti di una deroga eccezionale, mentre solo nell'ultimo è possibile parlare di istituto prettamente emergenziale.

## **6. Le limitazioni dell'autonomia attraverso altri istituti straordinari: la decretazione d'urgenza "sostitutiva" (art. 77 Cost.) e lo scioglimento-rimozione (art. 126 Cost.).**

A questo punto, a completamento del quadro di deroghe organizzative che toccano le competenze delle Regioni e degli altri enti territoriali, occorre dedicare qualche riflessione a due ulteriori istituti d'emergenza che possono essere evocati nel rapporto tra sovranità ed autonomie: la decretazione d'urgenza e lo scioglimento-rimozione previsto dall'art. 126 della Costituzione.

L'art. 77 della Costituzione, quale norma attributiva di competenze straordinarie legittima - genericamente - il Governo a ricorrere alla forza delle legge «in casi straordinari di necessità ed urgenza»: ebbene deve ritenersi che la natura innominata dell'istituto consenta all'esecutivo di sostituirsi nell'esercizio di competenze legislative regionali in ipotesi *diverse* da quelle tassativamente previste dal quinto comma dell'art. 117 Cost.

In questa evenienza avremmo quella *sostituzione straordinaria legislativa* che va a completare la simmetria del quadro di competenze che si è rappresentato. E' stato in proposito messo in evidenza come i "decreti legge sostitutivi" sarebbero doppiamente provvisori: sia perché «in attesa della legge di conversione», sia perché «in attesa dell'esercizio da parte della Regione della competenza legislativa supplita».

In secondo luogo va segnalato che l'art. 126 della Costituzione, disciplinando uno stato d'eccezione speciale a carattere regionale, prevede lo scioglimento del Consiglio e la rimozione del Presidente a causa di un pericolo proveniente dalla Regione-apparato («atti contrari alla Costituzione o gravi violazioni di legge») o dalla Regione-comunità («ragioni di sicurezza nazionale»).

Ebbene la prima ipotesi può integrarsi (anche) nel caso di persistente e immotivato rifiuto da parte degli organi regionali di ottemperare a precisi obblighi legislativi o costituzionali: in tal modo il pregresso e reiterato ricorso ai poteri sostitutivi può rappresentare l'antecedente che legittima un ulteriore intervento statale rivolto, non più a surrogarsi nell'attività dell'ente inerte, ma - direttamente - a rimuovere l'organo responsabile dell'omissione.

Va avvisato che, in questa evenienza, l'inerzia che può essere assunta a condizione legittimante del ricorso alla straordinarietà è solamente l'inerzia "colpevole" (e cioè l'immotivato rifiuto di ottemperare ad atti costituzionalmente o

legislativamente obbligatori), mentre si è visto come, nel caso dei poteri sostitutivi, la diversa *ratio* renda rilevante ogni tipo di inerzia, anche quella determinata dall'oggettiva impossibilità di esercizio della competenza a quel livello di governo ("non colpevole").

Volendo tirare le fila del quadro di istituti eccezionali e straordinari che possono modificare la ripartizione di competenze tra enti territoriali, è possibile individuare - secondo un criterio di gradualità - tre livelli di limitazione-invasione dell'autonomia da parte dell'ente territoriale maggiore:

al primo livello (stato eccezionale) troviamo la *sostituzione ordinaria* "amministrativa" da parte dello Stato e delle Regioni sulla base della clausola implicita ex art. 118 Cost. e quella "legislativa" nelle tassative ipotesi previste dall'art. 117, 5° comma Cost. ad opera del solo ente sovrano;

al secondo livello (stato d'emergenza) troviamo la *sostituzione straordinaria* dello Stato nell'esercizio delle funzioni amministrative di enti territoriali ex art. 120 cpv. Cost. insieme alla *decretazione d'urgenza* ex art. 77 Cost. utilizzata in funzione sostitutiva delle competenze legislative delle Regioni e delle Province autonome;

al terzo ed ultimo livello della progressione lo Stato, di fronte a condotte gravemente illegittime dei massimi organi regionali, può giungere ad esercitare la sovranità al massimo grado: così, attraverso la procedura straordinaria disciplinata dall'art. 126 Cost., è possibile sciogliere il Consiglio e rimuovere il Presidente della Regione.

## **7. Cenni ai principi di sussidiarietà, efficienza, proporzionalità e leale collaborazione. L'inconferenza dell'interesse nazionale.**

Come si è visto la sostituzione costituzionale è un istituto eccezionale (ovvero derogatorio del normale assetto di competenze in ragione di particolari circostanze) ma - di per sé - non appartiene al genere emergenziale, mancando di sufficienti elementi caratterizzanti. A diversa qualificazione deve pervenirsi solamente per l'ipotesi prevista dall'art. 120, cpv. Cost. la cui natura, anche straordinaria, gli attribuisce il ruolo di norma di chiusura della distribuzione territoriale delle competenze.

Per concludere rimane l'ultimo dei temi che abbiamo individuato: i rapporti tra la sostituzione e la costellazione di principi che informano la dialettica tra sovranità ed autonomie. Numerosi sono i principi che possono essere evocati, come fondamento della potestà sostitutiva e ancor più complessa e la rete di relazioni che essi intessono. Questi nessi, ovviamente, non sono sempre armonici ma, talvolta, provocano le inevitabili antinomie che l'eccedenza di contenuto deontologico di questa categoria normativa è capace di generare. Per lo scopo di questo studio ci si limiterà a brevi cenni diretti ad offrire una sintetica geografia del panorama assiologico.

Sulla base di quanto abbiamo visto nei paragrafi precedenti possiamo dire che la temporanea deroga di (esercizio della) competenza, in cui i poteri sostitutivi consistono, rientra in una dinamica di supplenza dell'ente superiore rispetto a quello inferiore che trova nel modello della *sussidiarietà* verticale il suo maggiore e più sicuro riferimento.

Come è noto l'attenzione della dottrina, perlomeno italiana, al tema della sussidiarietà coincide con l'espressa menzione del principio nel Trattato istitutivo dell'Unione europea, firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992 ma tracce del concetto risalgono al pensiero classico, mentre la sua elaborazione viene comunemente rintracciata nella dottrina sociale della Chiesa cattolica. Il concetto, tipicamente bivalente, vuole tutelare l'autonomia, sia dei gruppi sociali minori (in senso verticale) che dei privati (in senso orizzontale) ma allo stesso tempo prevede l'intervento suppletivo del gruppo sociale maggiore, nel caso in cui i primi falliscano per inerzia o per oggettiva inadeguatezza.

Non paiono sussistere dubbi, sia sul piano sistematico che su quello letterale, sull'esistenza di un diretto collegamento tra i poteri sostitutivi e la sussidiarietà nella sua accezione c.d. "verticale". In tale dinamica l'autonomia del soggetto minore viene garantita, attraverso un dovere di astensione del soggetto maggiore, *fino a quando* il primo adempia ai propri compiti: laddove, invece, si verifichi un inadempimento nella tutela del pubblico interesse, sia essa colpevole (inerzia) o non colpevole (inadeguatezza), il livello superiore è legittimato-obbligato ad intervenire.

Un secondo principio, strettamente collegato (anche nella disciplina europea) con il precedente, è quello di *proporzionalità*. Il potere sostitutivo presuppone un potere "sostituito": come ogni deroga organizzativa l'istituto in parola appartiene alla dinamica del "gioco a somma zero", secondo cui l'accrescimento del *carney* di competenze di un ente o di organo corrisponde ad un simmetrico e pari decremento delle competenze di un altro soggetto: ciò perché l'insieme

delle competenze è un insieme di risorse (giuridiche) numericamente limitate ed impassibili di contemporanea utilizzazione.

Il criterio non è citato in Costituzione ma espressamente richiamato dalla legge n. 131 del 2003, il cui art. 8, 5° comma stabilisce che «I provvedimenti sostitutivi devono essere proporzionati alle finalità perseguite». La disposizione, provvidamente, mira a garantire che la limitazione dell'autonomia sia strettamente funzionalizzata al perseguimento dell'interesse posto in pericolo dall'inerzia dell'ente ordinariamente competente e ad evitare che la sostituzione divenga l'occasione per una arbitraria interferenza del livello di governo superiore.

Del resto, il criterio di proporzionalità - la cui portata si estende a tutte le branche dell'ordinamento - manifesta la sua utilità tutte le volte che occorre bilanciare beni giuridici configgenti: la limitazione dell'uno deve essere strettamente necessaria al soddisfacimento dell'altro mentre, oltre tale limite, inizia l'abuso. L'importanza del criterio acquista ulteriore valore ricordando le modalità di instaurazione dello stato d'eccezione sostitutivo: infatti, il meccanismo dell'auto-attivazione, che attribuisce l'attivazione della competenza eccezionale allo stesso che ne beneficerà, contiene in nuce i pericoli di un uso arbitrario.

Il terzo principio, che la disciplina costituzionale e legislativa richiama a proposito dei poteri sostitutivi, è quello di *leale collaborazione*: mentre la sussidiarietà e la proporzionalità attengono - rispettivamente - all'*an* della sostituzione e al contenuto del regime eccezionale, la leale collaborazione riguarda il *quomodo* della sostituzione. Il principio ha, quindi, una connotazione formale poiché impone che, nel procedimento che precede e legittima il ricorso ai poteri sostitutivi, le parti adottino comportamenti corretti e collaborativi così da pervenire alla sostituzione solo come *extrema ratio*. In concreto il principio si traduce nelle «garanzie procedurali» che la Corte costituzionale assume fra le condizioni che «la legge deve apprestare (...) per l'esercizio del potere sostitutivo».

Tale "metodologia della sussidiarietà" pare trovare adeguata realizzazione nelle previsioni della legge n. 131 del 1993 secondo cui: lo Stato, come si è visto, assegna all'ente interessato un «congruo termine» per adottare i provvedimenti dovuti o necessari; decorso inutilmente tale termine, occorre sentire «l'organo interessato»; alla riunione del Consiglio dei Ministri che decide la sostituzione partecipa il Presidente della Giunta regionale della Regione «interessata al provvedimento».

Diverse garanzie procedurali sono previste nei «casi di assoluta urgenza» laddove l'omissione della "diffida" è compensata dalla immediata comunicazione dei provvedimenti alla Conferenza Stato-Regioni o alla Conferenza Stato-Città «che possono chiederne il riesame».

L'ultimo principio che - sullo sfondo - sembra informare l'istituto della sostituzione è quello di *efficienza* ovvero di permanente, concreta ed attuale idoneità degli organi e degli apparati autoritativi allo svolgimento delle competenze giuridiche che sono loro proprie.

Così, mentre i principi di sussidiarietà e proporzionalità regolano la distribuzione di competenze tra enti territoriali (secondo la dinamica del gioco a somma zero), l'efficienza appare un'esigenza di sistema nella cui ottica la sostituzione è, appunto, la "reazione ad un'inerzia" giuridicamente non accettabile, in quanto attinente al soddisfacimento di interessi per l'ordinamento essenziali.

Questo valore, in quanto sistematico, appartiene a tutti i soggetti dell'ordinamento e, pertanto, segue la dinamica del gioco a somma diversa da zero: il beneficio che segue dall'incremento di efficienza nel soddisfacimento di pubblici interessi non corrisponde ad un decremento di quel valore a svantaggio di altri soggetti.

In ultimo un'notazione. Soprattutto dopo la sua testuale rimozione dal testo costituzionale, non pare proficuo rifarsi all'*interesse nazionale* vedendo nei poteri sostitutivi una "trasfigurazione" di tale concetto. E' noto come, in passato, l'interesse nazionale abbia rappresentato la parola d'ordine per limitare, attraverso un ben congegnato strumentario, il sistema delle autonomie territoriali ben oltre il disegno costituzionale e le sue plausibili interpretazioni. Ora, senza entrare nella *vexata questio*, di fronte al termine di "interesse nazionale" abbiamo oramai una secca alternativa: richiamarci alla formulazione dell'art. 5 Cost. e quindi intendere con esso la pacifica prevalenza - in termini strutturali - delle ragioni sovrane sulle istanze autonomistiche oppure, entrando nel merito delle singole scelte, affidarci a sfuggenti e generiche definizioni, coniate di volta in volta, sulla cui "elasticità" e "relatività" lo stesso giudice delle leggi ebbe a convenire.

Del resto il richiamo all'interesse nazionale come giustificazione del potere sostitutivo sarebbe comunque valido solo nell'applicazione ai rapporti Stato-Regione ma risulterebbe inappropriato per le restanti ipotesi di sostituzione tra Regione ed enti locali e, in generale, per ogni rapporto sostitutivo tra enti pubblici (diversi dallo Stato) dotati di ambiti territoriali o materiali tali per cui uno è sottoinsieme dell'altro. Per questa ragione non sembra particolarmente utile l'inquadramento dell'istituto in tale ambito assiologico.

In conclusione va detto che la sostituzione tra enti territoriali, su cui il giudice delle leggi è autorevolmente intervenuto, rappresenta uno degli snodi essenziali attorno ai quali la riforma del Titolo V assume una fisionomia concreta e, in ultimo, gioca la propria riuscita. Il principio di sussidiarietà, che ne rappresenta l'antecedente logico, inizia a manifestare tutta la sua incidenza sulle tradizionali categorie organizzative e sullo stesso principio di competenza. Basti considerare che la novità assiologica sancita dall'art. 118 introduce nel sistema delle attribuzioni un "dinamismo" che - comunque lo si ricostruisca - oltre a porre in crisi la fondamentale distinzione tra la competenza ed il suo esercizio, rende sempre più difficile radicare *al livello costituzionale* la titolarità della singola attribuzione ad un determinato soggetto.

Di questa "evoluzione" i poteri sostitutivi rappresentano una componente di primo piano e non è un caso che, proprio interpretando tale istituto, il giudice costituzionale debba richiamarsi ad una flessibilità, il cui l'ultimo - e non proprio rassicurante - effetto sembra quello di espropriare la costituzione rigida del compito di fissare le forme organizzative, affidando alla legge ordinaria statale o regionale «la concreta collocazione delle funzioni».

Così, nonostante il legislatore nell'aumentare i margini di autonomia abbia rifiutato il modello della *konkurrierende Gesetzgebung* (che trova espressione in atti che spostano stabilmente il confine tra i due ordini di competenze) in favore di un sistema che incentiva la collaborazione tra enti territoriali, rimangono da sciogliere numerose opzioni interpretative. In questa prospettiva, l'intervento del giudice costituzionale si dimostra un contributo importante nella direzione di ridurre il ventaglio ermeneutica, sventando il pericolo che una destrutturazione del sistema delle competenze apra, ancora una volta, la strada all'arbitrio dell'ente sovrano.

Vedi, in particolare, le sentenze n. 104/73, 177/88, 338/89, 460/89 e 342/94.

Il riferimento è alle decisioni nn. 39/03, 53/03, 303/03, 313/04 e 27/04 (su cui vedi *infra*) le quali, in diversa misura, toccano la tematica.

Sulla necessità di un'interpretazione «profonda» del nuovo Titolo V, capace di «ricostruire il senso delle singole diverse disposizioni in un senso istituzionale complessivo, idoneo a dare significato ai disposti espressi, a chiarire i punti di intersezione tra le diverse norme, a colmare i vuoti rimasti» vedi G. FALCON, *Inattuazione ed attuazione del nuovo Titolo V*, in *Le Regioni*, 2003, pag. 8 ma anche *Modello e transizione nel nuovo titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, pagg. 1247 ss.

T. MARTINES, A. RUGGERI, M. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, 2002, pag. 111 rilevano come «il testo non brilla certo per chiarezza»; di «maccheronica operazione compiuta dal legislatore costituzionale italiano» parla A. D'ATENA, *Poteri sostitutivi e konkurrierende Gesetzgebung* in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 13/1/2003; ad un «ambiguo potere sostitutivo» si richiama A. ANZON, *Un passo indietro verso il regionalismo duale*, in *Il titolo V della II parte della Costituzione*, pag. 229; G. VERONESI, *Il nuovo regime dei poteri sostitutivi alla luce del nuovo art. 120, comma 2, della Costituzione* in *Le Regioni*, 2002, n. 5, pagg. 733-734 parla di «articolo avente la formulazione più "incerta"»; G. FONTANA, *Alla ricerca di uno statuto giuridico dei poteri sostitutivi ex art. 120, comma 2 Cost.*, in *Nuovi rapporti Stato-Regione dopo la legge costituzionale n. 3 del 2001*, a cura di F. MODUGNO e P. CARNEVALE, Milano, 2001, pagg. 63-64 osserva come alla «indiscussa centralità e rilevanza strategica della potestà sostitutiva nel quadro complessivo della riforma» corrisponda la «estrema problematicità interpretativa che ne caratterizza l'ambito di applicazione nonché il più complessivo statuto giuridico»; C. MAINARDIS, *I poteri sostitutivi statali: una riforma costituzionale con (poche) luci e (molte) ombre*, in *Le Regioni*, 2001, n. 6, pag. 1422 segnala un «arzigogolo giuridico»; P. VERONESI, *I principi in materia di raccordo Stato-Regioni dopo la riforma del titolo V*, in atti del Convegno di Pavia del 6-7 giugno 2003 evoca una «criptica formulazione». L'espressione citata («palma della migliore») è di M. BELLETTI, *Potere sostitutivo straordinario ed "ordinario" dopo la sentenza n. 43 del 2004*, *La Corte propone la quadratura del cerchio della riforma del Titolo V*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 9/3/2004.

T. MARTINES, A. RUGGERI, M. SALAZAR, *op. cit.*, pag. 11 osservano come «Il campo ricoperto dai poteri suddetti è vastissimo, dai confini pressoché indeterminabili in astratto»; mentre ritiene che i concetti di sostituzione e di potere sostitutivo siano «scivolosi, difficilmente definibili con contorni precisi, vastissima risultando l'area dei fenomeni

ricongiungibili all'idea di sostituzione» G. SERGES, *Questioni sul potere sostitutivo statale per mancata attuazione delle norme comunitarie*, Relazione al convegno su *Potere estero e ruolo comunitario delle Regioni*, Roma, 13.12.2002.

Nei testi del Digesto (Ib XXVIII, tit. VI *De vulgari et pupillari substitutione*) la sostituzione è *vulgare* o *pupillare*. La prima è una istituzione di secondo o di ulteriore grado rispetto all'istituzione di erede (ed a questa subordinata), mentre la seconda è quella con cui il *pater familias* istituisce erede il figlio impubere in potestà, designandogli un sostituto nel caso in cui l'istituito muoia prima della pubertà, prima di aver acquistato o, anche, avendo già acquistato l'eredità paterna (cfr. G. NEGRI, *Sostituzione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, pagg. 126 ss.). In qualche testo si accenna alla prassi secondo la quale il padre pregava il figlio istituito di restituire l'eredità ad un terzo per il caso che il figlio stesso morisse prima o anche dopo la pubertà (Papin. 6 *resp.*, D. 28, 6, 41, 3): in questo caso i moderni parlano di sostituzione *fedecommissaria* (cfr. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, 1955, pag. 476.). E' infine testimoniata la concessione imperiale del privilegio di sostituire al figlio pubere, ma incapace di testare per difetti fisici o infermità mentale, per il caso che questi muoia senza aver riacquisito la capacità: la dottrina parla in proposito di sostituzione «*esemplare*» o «quasi pupillare» (cfr. ancora G. NEGRI, *op. cit.*, pag. 126). Le quattro figure richiamate non paiono in realtà manifestare significative assonanze con il tema in analisi, salvo quanto si dirà *infra* nel testo.

Il codice civile si occupa «*Delle sostituzioni*» nel capo VI del Libro II intitolato «*Delle successioni*» per dedicarvi due sezioni. Nella prima l'espressione «sostituzione *ordinaria*» (artt. 688 e 691 c.c.) indica quella disposizione testamentaria con la quale viene designato un altro erede o legatario per il caso in cui il primo istituito non possa o non voglia acquistare l'eredità o il legato. Lo stesso meccanismo previsto per gli atti di liberalità *mortis causa* è disciplinato dall'art. 795 c.c. per gli atti di liberalità *inter vivos* e cioè nel caso della donazione. Nella seconda sezione, l'art. 692 c.c. regola la sostituzione *fedecommissaria*, secondo cui ciascuno dei genitori o degli altri ascendenti in linea retta o il coniuge dell'interdetto possono istituire rispettivamente il figlio, il discendente, o il coniuge con l'obbligo di conservare e restituire alla sua morte i beni anche costituenti la legittima, a favore della persona o degli enti che, sotto la vigilanza del tutore, hanno avuto cura dell'interdetto medesimo.

A proposito della sostituzione ordinaria la dottrina civilistica (A. LUMINOSO, *Sostituzione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano 1990, pag. 141) osserva che tale fenomeno non ha nulla a che vedere con quelle figure che vengono ricondotte entro la «sostituzione nel compimento di atti giuridici» perché negli artt. 688 ss. c.c. viene in rilievo la sostituzione del destinatario dell'effetto successorio anziché quella dell'autore psicologico o del termine soggettivo di imputazione giuridica di un atto. Allo stesso modo non si ritiene proponibile un accostamento con la sostituzione processuale, né con la «sostituzione nella titolarità di situazioni giuridiche soggettive» ossia la successione nei diritti e negli obblighi (N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano 1967, pagg. 76 ss.), poiché il sostituto testamentario non deriva dall'istituito alcuna situazione ma è destinatario di una vocazione diretta. Il fondamento della sostituzione ordinaria viene individuato nel principio di prevalenza della vocazione testamentaria su quella *ab intestato*, ossia sul potere che la legge concede ai privati di designare il termine soggettivo di imputazione dell'effetto successorio (cfr. CARRARO, *La vocazione legittima alla successione*, Padova 1979, pagg. 25 ss.).

Il riferimento alla *sostituzione processuale* è fatto in senso lato e cioè come comprensiva della *legittimazione straordinaria* dalla quale pure si differenzia: in realtà la dottrina distingue la sostituzione in senso stretto dalla legittimazione straordinaria sulla base del fatto che il sostituto processuale fa le veci del sostituito (ovvero il titolare), mentre la legittimazione in via straordinaria non esclude la necessità di integrare il contraddittorio anche con il soggetto legittimato in via ordinaria (vedi la dottrina citata *infra* nella nota che segue).

In tal senso vedi CARNELUTTI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Roma, 1950, pag. 157; E. FAZZALARI, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, pagg. 827 e ss.; PICARDI, *La dichiarazione di fallimento. Dal procedimento al processo*, Milano, 1974, pag. 174.

E. FAZZALARI, *Sostituzione processuale (dir. Proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, pag. 159.

In tal senso vedi, ad esempio, Cass. civ., sez. III, 31 gennaio 1984, n. 741, *Abbati c/ Soc. Ass. d'Italia*.

Secondo gli artt. 371 bis-372, c.p.p. l'avocazione delle indagini può essere disposta dal Procuratore nazionale antimafia in caso di «perdurante e ingiustificata *inerzia* nell'attività di indagine» ovvero «ingiustificata e reiterata *violazione dei doveri* previsti (...) ai fini del coordinamento delle indagini»; allo stesso modo (artt. 412-413 c.p.p.) il Procuratore generale presso la Corte d'appello può avocare le indagini nel caso in cui il Pubblico ministero «non esercita l'azione

penale o non richiede la archiviazione nel termine stabilito dalla legge».

Sul piano processuale si veda la successione nel processo civile disciplinata dagli artt. 110-111 c.p.c.

Altre somiglianze possono poi ritrovarsi in ambiti diversi da quello processuale come ad esempio: l'art. 117 c.c. secondo cui il Pubblico ministero chiede la dichiarazione di nullità del matrimonio di persona già coniugata; il pagamento con surrogazione (artt. 1201-1205 c.c.); la delegazione, l'estromissione e l'accollo (artt. 1268 e ss. c.c.) e la novazione soggettiva (art. 1235 c.c.).

Il richiamo alle analogie fatto nel testo non deve far trascurare le palesi diversità tra i due istituti (surrogazione del creditore e potere sostitutivo) rispetto ad altri profili. Sul piano *soggettivo* è sufficiente accennare alla circostanza che, mentre il sostituto processuale agisce per far valere un diritto soggettivo (di credito, nell'esempio), la sostituzione di un ente territoriale ad un altro è funzionale al perseguimento di interessi pubblici. Sul piano *oggettivo* poi, mentre la sostituzione processuale consiste nell'esercitare il diritto di azione (e cioè nel divenire parte di un procedimento giurisdizionale che deciderà una lite), la sostituzione fra enti territoriali consiste in una deroga temporanea all'assetto di competenze di cui quegli enti sono ordinariamente titolari.

Sul punto vedi *infra* il paragrafo 4.

Tale possibilità non è ovviamente esperibile nei casi in cui - come vedremo - il potere sostitutivo sia anche un istituto d'emergenza.

Nella sent. n. 177 del 1988 la stessa Corte ebbe a dire che «il controllo sostitutivo è un istituto presente in svariati settori del diritto pubblico, consistente in un potere eccezionale, particolarmente penetrante, in virtù del quale un soggetto o un organo gerarchicamente superiore oppure uno investito di una funzione di indirizzo o di vigilanza nei confronti di altri soggetti, provvede, in casi di persistente inattività di questi ultimi, a compiere in loro vece atti rientranti nelle competenze degli stessi».

Con analogo argomentare nella sent. n. 177 del 1988 si leggeva che «quando è previsto nei rapporti tra Stato e regioni in relazione alle materie proprie di queste, il controllo sostitutivo, pur conservando i suoi caratteri essenziali, assume connotazioni particolari, legate al fatto che, nel caso, tale potere ha di fronte a sé un'autonomia politica e amministrativa costituzionalmente definita e garantita».

In particolare, si legge in motivazione che la lettera *p*) del secondo comma dell'art. 117 Cost. ricomprende nelle competenze legislative statali la determinazione delle sole «funzioni fondamentali» di Comuni, Province e Città metropolitane, mentre l'art. 118 Cost. attribuisce in via di principio ai Comuni, in tutte le materie, le funzioni amministrative «*ma riserva la possibilità che esse, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato*».

Nella versione originaria del Titolo V della seconda parte della Costituzione le funzioni amministrative, nelle materie elencate nell'art. 117, primo comma, spettavano alle Regioni secondo il principio del parallelismo (art. 118, primo comma): osserva la Corte come anche allora «occorreva dunque rinvenire uno specifico fondamento costituzionale per giustificare la collocazione in capo a organi statali di poteri sostitutivi» in deroga all'attribuzione costituzionale alle Regioni.

Quanto agli enti locali, le loro funzioni erano determinate in termini di principio da «leggi generali della Repubblica» (art. 128 Cost. oggi abrogato), mentre la puntuale individuazione era rimessa alla legge statale (per le materie di competenza statale o quanto alle funzioni «di interesse esclusivamente locale» inerenti alle materie di competenza regionale) oppure alla legge regionale di «delega» o di «conferimento» di funzioni (per le restanti materie di competenza regionale). In tale contesto la sostituzione ad opera di organi regionali, mentre era esclusa nelle materie in cui la Regione non aveva competenze legislative e amministrative (cfr. Corte cost., sent. n. 104 del 1973), poteva invece fondarsi sulle suddette leggi regionali per le materie in cui la Regione aveva competenza. In concreto, ricorda sempre la Corte, numerose erano le ipotesi in cui le leggi regionali prevedevano poteri di intervento sostitutivo della Regione nei confronti degli enti locali.

La Corte richiama, in proposito, il capoverso dell'art. 118 Cost. secondo cui gli enti locali subregionali (non solo i Comuni) «sono titolari di funzioni proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale secondo le rispettive

competenze».

E' stato segnalato (T. GROPPi, *Nota alla sentenza n. 43 del 2004*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24.5.2004) come questa interpretazione del testo costituzionale avvicinerrebbe il capoverso dell'art. 120 all'art. 37 della Legge fondamentale tedesca, che disciplina la "coazione" o "esecuzione federale" (*bundeszwang*): secondo l'istituto, che trae origine nella Costituzione di Weimar, in caso di inadempimento di doveri federali, il governo centrale, con l'assenso del *Bundesrat*, può adottare le misure necessarie per obbligare un *Land* ad adempiere ai propri doveri.

La Corte pare utilizzare il concetto di "straordinarietà" come affine a quello di emergenza al fine di differenziarlo da quello di "eccezionalità" che, invece, indica la mera natura derogatoria della norma o dell'istituto (vedi *infra* il punto 4 della sentenza n. 43 del 2004). L'eccezionalità è l'insieme maggiore che comprende al suo interno la straordinarietà: in tal modo tutti gli istituti straordinari sono anche eccezionali, mentre non vale il contrario (poiché esistono istituti eccezionali che appartengono al diritto ordinario).

Sul collegamento tra riserva e deroga all'autonomia si veda Corte Cost. sent. n. 338 del 1989 laddove si dice che «le ipotesi in cui può esser esercitato un potere sostitutivo dello Stato nei confronti delle regioni (o delle province autonome) e le modalità di esercizio dello stesso debbono essere previste da *un atto fornito di valore di legge*, che le determini in via generale (...) o caso per caso»; «E ciò (...) dipende dal fatto che il potere di sostituzione di un organo di governo verso enti che godono di autonomia costituzionale deve considerarsi un *evento eccezionale*, in quanto l'esercizio di quel potere comporta, se pure in un'ipotesi puntuale e in presenza di un evidente pericolo di grave pregiudizio ad interessi unitari dovuto alla persistente inerzia regionale, il superamento della separazione costituzionale delle competenze fra Stato e regioni (o province autonome)». Nello stesso senso vedi anche la già citata sentenza n. 177 del 1988.

Il passo è volutamente ripetitivo di quanto si leggeva già nella sentenza n. 177 del 1988: «si tratta di un potere collegato a posizioni di controllo o di vigilanza, ovviamente esulanti da relazioni di tipo gerarchico, che può esser esercitato dallo Stato soltanto in relazione ad attività regionali sostanzialmente prive di discrezionalità nell'*an* (anche se non necessariamente nel *quid* o nel *quomodo*), ora perché sottoposte per legge (o norme equiparate) a termini perentori, ora per la natura degli atti da compiere, nel senso che la loro omissione risulterebbe tale da mettere in serio pericolo l'esercizio di funzioni fondamentali ovvero il perseguimento di interessi essenziali che sono affidati alla responsabilità finale dello Stato».

La Corte cita come precedenti le proprie sentenze nn. 460 del 1989, n. 342 del 1994 e 313 del 2003. Comunque nella fondamentale sent. 177 del 1988 già si leggeva che «il potere sostitutivo può esser esercitato nei confronti delle regioni (o delle province autonome) soltanto da un'*autorità di governo*, nello specifico senso di cui all'art. 92 Cost., dal momento che questo è il piano costituzionalmente individuato per l'adozione di indirizzi o di direttive verso l'amministrazione regionale e per la vigilanza e il controllo nei confronti dell'attuazione regionale dei principi o dei vincoli legittimamente disposti a livello nazionale (ovvero sovranazionale o internazionale)».

Sempre nella sent. n. 177 del 1988 «l'esercizio del controllo sostitutivo nei rapporti tra Stato e regioni (o province autonome) dev'esser assistito da garanzie, sostanziali e procedurali, rispondenti ai valori fondamentali cui la Costituzione informa i predetti rapporti e, specialmente, al principio della "*leale cooperazione*", che viene in particolare evidenza in ogni ipotesi, come la presente, nelle quali non sia (eccezionalmente) applicabile l'opposto principio della separazione delle sfere di attribuzione (v. sentt. nn. 153 e 294 del 1986). E fra queste garanzie deve considerarsi inclusa l'esigenza del rispetto di una regola di *proporzionalità* tra i presupposti che, nello specifico caso in considerazione, legittimano l'intervento sostitutivo e il contenuto e l'estensione del relativo potere, in mancanza della quale quest'ultimo potrebbe ridondare in un'ingiustificata compressione dell'autonomia regionale (v. sentt. n. 177 e 294 del 1986)».

In realtà la Corte ravvisa un solo parziale soddisfacimento del terzo e del quarto requisito perché osserva che «la norma non specifica quale organo della Regione sia competente a nominare il commissario *ad acta*, né precisa il relativo iter procedimentale». Il giudice costituzionale però ritiene che tale «norma *incompleta*» possa essere *integrata* da altre norme regionali e pone questa esigenza come «*condizione della sua applicabilità*»: la decisione lascia più di una perplessità sul piano processuale ma non è questo il luogo per il necessario approfondimento.

La sentenza n. 69 perviene alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3 della legge n. 2/2003 della Regione Puglia per l'omessa definizione della tipologia di sostituzione, dell'organo regionale competente e della relativa procedura; le sentt. nn. 70, 71, 72, 73 e 76 sono di rigetto; mentre dichiarano l'inammissibilità della questione le

sentt. nn. 74 e 75.

La sentenza n. 112/2004 è interessante anche perché nel confermare la precedente giurisprudenza costituzionale richiama le singole decisioni, sia anteriori, che successive alla riforma del Titolo V. In particolare la Corte riafferma che lo straordinario potere sostitutivo del Governo ex art. 120 Cost. «non preclude che la legge regionale, disciplinando materie di propria competenza, possa anche stabilire (...) poteri sostitutivi in capo ad organi regionali per il compimento di atti obbligatori per legge» (cfr. sentt. nn. 43 e 69 del 2004); che spetta sempre alla legge «prevedere e disciplinare l'esercizio dei poteri sostitutivi, definendone i presupposti sostanziali e procedurali» (cfr. sent. n. 338 del 1989); che la sostituzione può riguardare «solo il compimento di attività "prive di discrezionalità nell'an"» (cfr. sent. n. 177 del 1988); che il potere sostitutivo deve essere esercitato «da un organo di governo della Regione o almeno sulla base di una sua decisione» (cfr. sentt. n. 460 del 1989, n. 342 del 1994 e 313 del 2003); che spetta alla legge «prevedere infine congrue garanzie procedurali ispirate ai principi di sussidiarietà e leale collaborazione» (cfr. sentt. n. 416 del 1995 e n. 53 del 2003).

Nella decisione si legge che il Difensore civico «è titolare, generalmente, di funzioni connesse alla tutela della legalità e della regolarità dell'amministrazione, funzioni assimilabili, in larga misura a quelle di controllo spettanti - anteriormente all'abrogazione dell'art. 130 della Costituzione - ai comitati regionali di controllo».

Il discorso è parzialmente diverso (cfr. *infra* nel testo) nel caso della sostituzione "straordinaria", la quale può intervenire sul normale assetto di competenze (come quella ordinaria) ma può anche intervenire su un assetto di competenze già derogato dalla sostituzione ordinaria: avremmo così una "sostituzione di secondo grado".

Sia consentito rinviare a G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Milano, 2003, pagg. 214 ss., ove si distinguono le modalità di instaurazione degli stati d'emergenza: a seconda che il giudizio sul verificarsi del presupposto legittimante e la dichiarazione (espressa o tacita) dello stato d'emergenza siano attribuiti allo stesso organo che è titolare della competenza straordinaria che verrà attivata oppure ad un organo diverso avremo l'autoattivazione oppure l'eteroattivazione. La seconda modalità di attivazione di competenze straordinarie - ma il discorso vale anche per quelle eccezionali - poiché scinde il soggetto che ravvisa la necessità da quello che beneficia della competenza, offre maggiori garanzie contro l'abuso.

A differenza di quanto accade - come vedremo *infra* nel testo - per la sostituzione ordinaria legislativa ex art. 117, 5° comma Cost. e per quella straordinaria amministrativa ex art. 120, cpv. della Costituzione.

Altro discorso è quello che riguarda la possibilità per lo Stato di intervenire in modo "trasversale", anche nelle materie di competenza regionale, facendo leva sulle esigenze latamente unitarie previste dal secondo comma dell'art. 117, 2° comma Cost. Oltre alla nota lettera *m* («determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale»), la dottrina segnala che nella disposizione, accanto alle "materie", sono enumerate anche "compiti" o "funzioni" (politica estera, rapporti internazionali, ordine pubblico, sicurezza), i quali a differenza delle prime, non consistono in oggetti ma attribuiscono allo Stato un potere che attraversa i campi materiali (in tal senso S. BARTOLE, *Devolution o federalismo? O soltanto regionalismo*, in *Le Regioni* 2002, pagg. 1235 ss.; S. MANGIAMELLI, *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, 2002, pag. 211;). Ferme restando queste clausole generali che consentono all'ente sovrano di legiferare in ambiti materiali di fatto indeterminati, la titolarità delle singole competenze legislative - a differenza di quelle amministrative - è stabilita una volta per tutte dalla Costituzione, senza rinvii ad altre fonti per la concreta allocazione.

Il riferimento, che sarà approfondito *infra* nel paragrafo sesto, è ovviamente alla decretazione d'urgenza disciplinata dall'articolo 77 della Costituzione.

In generale è il Governo, per ragioni da ricercare nel suo ruolo e nelle sue competenze, il "naturale" destinatario delle potestà emergenziali: si vedano i casi della decretazione d'urgenza ex art. 77 Cost., dei «poteri necessari» in caso di guerra ex art. 78 Cost. e dello scioglimento/rimozione previsto dall'art. 126 Cost. (se si ritiene, in questo ultimo caso, che il decreto presidenziale sia da inquadrare fra gli atti solo formalmente presidenziali).

A sostegno della tesi vedi, tra gli altri, A. ANZON, *I poteri delle regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto*, Torino, 2002, pag. 217; C. MAINARDIS, *op. cit.*, pag. 1387 ss.; MANGIAMELLI, *La riforma del regionalismo italiano*, *op. cit.*, pagg. 150 ss.; S. P. PANUNZIO, *Audizione innanzi alla I Commissione permanente del Senato della Repubblica, in Costituzione, Regioni e Autonomie locali. Atti dell'indagine conoscitiva sugli*

effetti nell'ordinamento delle revisioni del titolo V della parte II della Costituzione, Roma, 2002, I, pag. 127; F. PIZZETTI, *L'evoluzione del sistema italiano fra "prove tecniche di governance" e nuovi elementi unificanti. Le interconnessioni con la riforma dell'Unione europea*, in *Le Regioni*, 2002, pag. 691; G.U. RESCIGNO, *Attuazione regionale delle direttive comunitarie e potere sostitutivo dello Stato*, in *Le Regioni*, 2002, pag. 735; R. TOSI, *La legge costituzionale n. 3 del 2001: note sparse in tema di potestà legislativa e amministrativa*, in *Le Regioni*, 2001, pag. 1240 ss. Nel senso di ritenere, invece, ammissibile il ricorso all'art. 120, 2 comma, Cost. anche per le funzioni legislative vedi P. CARETTI, *L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale, alla luce del nuovo titolo V della Costituzione: aspetti problematici*, in *Le Regioni*, 2001, pagg. 1228 ss.; A. CERRI, *Alla ricerca dei ragionevoli principi della riforma regionale*, in AA.VV., *Problemi del federalismo*, Milano, 2001, pag. 211; E. GIANFRANCESCO, *Il potere sostitutivo, in La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V, op. cit.*, pag. 239; M. LUCIANI, *Le nuove competenze legislative delle regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001*, relazione al Convegno "Il nuovo Titolo V della Costituzione. Lo Stato delle autonomie"; D. PICCIONE, *Gli enigmatici orizzonti dei poteri sostitutivi del Governo: un tentativo di razionalizzazione*, in *Giur. cost.*, 2003, pagg. 1207 ss.; C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it*, 2001, V, pagg. 194 ss.

In tal senso T. MARTINES, A. RUGGERI, M. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, cit., pag. 111 i quali rilevano che «per quanto il testo non brilla certo per chiarezza, l'interpretazione più persuasiva parrebbe essere quella che circoscrive al solo piano amministrativo il campo degli interventi statali», nonché F. PIZZETTI, *I nuovi elementi unificanti del sistema italiano: il posto della costituzione e delle leggi costituzionali ed il ruolo dei vincoli comunitari e degli obblighi internazionali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Il nuovo Titolo V della parte II della Costituzione*, Milano, 2002, pag. 191; G. VERONESI, *Il nuovo regime dei poteri sostitutivi alla luce del nuovo art. 120, comma 2, della Costituzione*, cit., pag. 742.

Vedi T. MARTINES, A. RUGGERI, M. SALAZAR, *loc. ult. cit.* nonché G. VERONESI, *Il nuovo regime dei poteri sostitutivi alla luce del nuovo art. 120, comma 2, della Costituzione*, cit., pag. 742 il quale considera «decisivo» il dato letterale; C. MAINARDIS, *I poteri sostitutivi statali: una riforma costituzionale con (poche) luci e (molte) ombre*, loc. ult. cit.

Il riferimento al "provvedimento" richiama espressamente il tipico atto di esercizio delle funzioni amministrative ovvero, in senso *soggettivo*, l'atto autoritativo posto in essere da una pubblica amministrazione e, in senso *oggettivo*, l'atto a contenuto particolare e concreto. La successiva estensione agli atti «anche normativi» mira ad estendere l'ambito applicativo agli atti di normazione secondaria adottati da una pubblica amministrazione e, cioè, ad atti "provvedimentali" solo sul piano *soggettivo* (visto che il loro contenuto presenta una qualche generalità ed astrattezza). Merita segnalare, comunque, l'ossimoro in cui incorre il legislatore, sul piano *oggettivo*, quando parla di "provvedimenti normativi".

La differenza è data dal fatto che, nel primo caso, l'omissione è incolpevole in quanto determinata dalla materiale impossibilità di esercitare la competenza a quel livello di governo, mentre nel secondo caso l'omissione è imputabile agli organi dell'ente i quali non si sono attivati per compere atti privi di discrezionalità nell'*an*. Nel primo caso nessuna censura può essere mossa all'organo ma l'applicazione del principio di sussidiarietà può suggerire la stabile migrazione della competenza ad un livello superiore più idoneo; al contrario, la seconda ipotesi non legittima lo spostamento della competenza ma potrebbe giustificare - insieme ad altri elementi - interventi sanzionatori ai sensi dell'art. 126 Cost. sugli organi regionali oppure sugli organi degli altri enti locali in base alle leggi in materia di scioglimento e rimozione.

A D'ATENA, *Poteri sostitutivi e konkurrierende Gesetzgebung*, in [www.associazionedeiicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeiicostituzionalisti.it), 13.1.2003, segnala come gli artefici della riforma del Titolo V, pur avendo escluso dal loro orizzonte il collaudatissimo modello della competenza concorrente, hanno finito per creare surrettiziamente (e, forse, inconsapevolmente) qualcosa di molto simile: sia con l'introduzione di competenze legislative individuate non attraverso l'oggetto ma mediante i "fini", sia con la clausola sui poteri sostitutivi che consente sovrapposizioni di competenze. L'Autore prosegue criticando l'inidoneità dei poteri ex art. 120 Cost. a tutelare l'unità giuridica.

L'emergenza giuridica è una situazione complessa, logicamente e cronologicamente scindibile in due momenti: il fatto emergenziale (o fatto straordinario) e lo stato d'eccezione (o regime d'emergenza), i quali si rapportano in termini causali. Il loro collegamento non è diretto ma è mediato dal giudizio di necessità: esso è appunto il concetto relazionale che lega la situazione di emergenza allo stato d'eccezione. Mentre l'emergenza e lo stato d'eccezione sono eventi (cioè situazioni reali rilevabili rispettivamente nel contesto sociale e nel sistema giuridico), la necessità non corrisponde ad alcuna realtà sensibilmente rilevabile ma è il nesso capace di attivare lo stato d'eccezione in presenza di una situazione

critica. Tale modello è sintetizzabile nella proposizione: "di fronte al fatto emergenziale si ritiene necessario lo stato d'eccezione". Cfr. G. MARAZZITA, op. cit., pagg. 158 e ss.

In tale senso E. GIANFRANCESCO, *Il Potere sostitutivo*, in AA.VV., *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, a cura di T. GROPPi e M. OLIVETTI, Torino, 2001, pagg. 183 e ss.

I tale senso G. U. RESCIGNO, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Dir. pubbl.*, n. 3 del 2002, pagg. 816 e ss. ove l'Autore ritiene che il fondamento di tali atti andrebbe ricercato non solo nell'art. 77 ma anche nell'art. 126, 2 comma della Costituzione. Ritiene, invece, che un decreto legge con cui si adottassero provvedimenti in materia di competenza regionale «intaccherebbe il dominio ordinario del legislatore regionale, spogliandolo illegittimamente della sua competenza, e sarebbe quindi incostituzionale», P. BILANCIA, *Emergenza di livello regionale: necessità ed urgenza di provvedere*, in *Studi per Giovanni Motzo*, Milano, 2003, pag. 34.

Cfr. V. GUIZZI, *Sussidiarietà (dir CE)*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 2000, pagg. 1 e ss., il quale attribuisce a tale trattato, insieme al progetto di trattato del Parlamento europeo del 14 febbraio 1984, il merito di aver evidenziato tra quelli fondamentali il principio di sussidiarietà «collocandolo in un rango che, per usare la terminologia giuspublicistica, si può definire costituzionale».

Si veda ad esempio ARISTOTELE, *Politica*, I, 2, 1252, b ove il filosofo analizza nel contesto della *polis* greca l'idoneità delle diverse formazioni sociali (famiglia, villaggio, città) ad adempiere ai propri compiti ed elabora le categorie della supplezza e della sufficienza. Anche nella dottrina politica latina (in Tacito e in Cesare) si utilizza il termine di *subsidium* che rappresenta l'etimo del moderno concetto di sussidiarietà. In tal senso vedi G. RAZZANO, *Sui principi di sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza e leale collaborazione*, in *Nuovi rapporti Stato-Regione dopo la legge costituzionale n. 3 del 2001*, Milano, 2003, pagg. 5 e ss.

I riferimenti più importanti sono due famose encicliche, *Rerum Novarum* di Leone XIII del 1891 («non è giusto che l'individuo e la famiglia non siano assorbiti dallo Stato, ma è giusto lasciare ad ognuno la facoltà di operare con libertà fin dove sia possibile») e *Quadragesimo anno* di Pio II del 1931 («l'oggetto naturale di qualsiasi intervento della società stessa è quello di aiutare in maniera suppletiva le membra del corpo sociale, non già distruggerle o assorbirle»). Si veda, più di recente, la lettera enciclica *Centesimus Annus* di Giovanni Paolo II nella quale si riafferma che la formazione sociale superiore non deve interferire con quella inferiore «ma deve piuttosto sostenerla in caso di necessità, e aiutarla a coordinare la sua azione con quella delle altre componenti sociali, in vista del bene comune». Il riferimento è tratto da F. BIENTINESI, *Sussidiarietà (principio di)*, in *Dizionario costituzionale*, a cura di M. AINIS, Roma-Bari, 2000, pag. 455.

Il principio è richiamato dall'articolo I-9 del *Progetto di Trattato sulla Costituzione per l'Europa* (elaborato dalla Convezione e trasmesso al Consiglio europeo riunito a Salonicco il 20 giugno 2003) ma anche nell'allegato *Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità* nel quale si stabiliscono le procedure atte a garantire il rispetto dei due principi.

Ovviamente il termine "potere" è utilizzato, nel primo caso, in senso *oggettivo* come equivalente di potestà mentre, nel secondo, in senso *soggettivo* come equivalente di organo titolare di competenze.

L'espressione è di A. SPADARO, *Sui principi di continuità dell'ordinamento, di sussidiarietà e cooperazione tra Comunità-Unione, Stato e Regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, pag. 1080.

Sempre nel principio di leale collaborazione vanno inquadrare le ulteriori previsioni dell'art. 8, u.c. della legge n. 131/2003 il quale prevede «la stipula di intese (...) dirette a favorire l'armonizzazione delle rispettive legislazioni o il raggiungimento di posizioni unitarie o il conseguimento di obiettivi comuni».

La definizione che si riporta è stata elaborata da G. M. SALERNO, *L'efficienza dei poteri pubblici nei principi dell'ordinamento costituzionale*, Torino, 1999, pag. 137-138 ove l'Autore precisa che tale idoneità deve essere mantenuta «in relazione al verificarsi e al modificarsi di eventi di rilievo oggettivo o soggettivo, imputabili ad atti (come, ad esempio, la nomina di un nuovo titolare dell'ufficio) o a meri fatti giuridicamente rilevanti (come, ad esempio, lo stesso trascorrere del tempo), e che comunque possano concretamente incidere sull'esercizio delle rispettive funzioni». Essa riguarda sia «il momento funzionale in senso stretto», e cioè l'organo visto nel suo concreto agire verso l'esterno, sia «il momento della formazione e della organizzazione». Per l'aspetto che ci interessa possiamo dire che la

sostituzione attiene principalmente al primo profilo. Sulla sentenza n. 43 vedi specificamente dello stesso Autore, *Principio di legalità ed efficienza pubblica nella "partita a tre" fra Stato, Regioni ed enti locali*, in *Federalismi.it*, n. 3/2004, 5.2.2004.

In tale senso, da ultimo, C. MAINARDIS, *op. cit.*, pag. 1383 e, seppure con il riferimento a una «ridefinizione in chiave garantista ovvero una tipizzazione tassativa ed esaustiva delle ipotesi di interesse nazionale», G. FONTANA, *op. cit.*, pag. 76

Nella ricostruzione di R. BIN, *Legge regionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, 1994, pagg. 178 e ss., la prevalenza dell'interesse nazionale è stato il fondamento per introdurre una serie di meccanismi capaci di attenuare e, in alcuni casi, cancellare l'autonomia delle Regioni. Tali meccanismi vengono individuati dall'Autore (alla cui voce si rinvia per le ulteriori indicazioni bibliografiche) nella funzione di indirizzo e coordinamento, nel potere sostitutivo, nel trasferimento delle funzioni dallo Stato alle Regioni attraverso la tecnica del "ritaglio" e nella trasformazione dell'interesse nazionale da limite di merito in limite di legittimità.

Vedi, ad esempio, Coste cost. sent. 7.7.1986, n. 177.

A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, Padova, 2003, pag. 326 e ss. parla di «estraneità del principio di sussidiarietà al sistema del riparto competenziale» con il risultato di incrementare la "competenza concorrente" di più fonti sulle stesse materie a danno dei «dispositivi di competenza-separazione». Questa logica di superamento del principio di competenza sarebbe, per altro, in contrasto con la riforma del Titolo V e la conseguente creazione di ambiti materiali di competenze separate tra Stato e Regioni. In senso diverso, anche per la ricostruzione del dibattito, vedi G. RAZZANO, *op. cit.*, pag. 31 per la quale la sussidiarietà si esplica quando l'ente maggiore favorisce e rafforza la capacità di autonomia dell'ente inferiore: in tal senso sarebbe «proprio la competenza - e non il suo superamento o la sua incerta e fluida individuazione - quella che implica responsabilità e vicinanza agli interessi coinvolti».

A. D'ATENA, *Poteri sostitutivi e konkurrierende Gesetzgebung*, loc. ult. cit.