

PORTOGALLO: La riforma degli enti locali viene dichiarata incostituzionale

di Giovanni Vagli
(12 giugno 2013)

1.- Il Presidente della Repubblica portoghese (PR) si è avvalso della sua prerogativa di richiesta preventiva del controllo della costituzionalità¹, al fine di sottoporre al giudizio del Tribunale costituzionale (TC) varie disposizioni dei Decreti² 132/XII e 136/XII, nonché dei rispettivi allegati, che alteravano la normativa vigente in materia di enti locali (in portoghese: *autarquias*).

In particolare, la richiesta in esame si riferiva alle norme che creavano un nuovo ente, con caratteristiche in tutto e per tutto riconducibili a quelle degli enti locali costituzionalmente previsti, violando in tal modo il principio di tipicità degli enti locali nel territorio continentale (art. 236, 1° c., Cost.) ed il principio dell'elezione a suffragio diretto e segreto dell'organo "autarchico" deliberante (art. 239, 2° c., Cost.).

Inoltre, secondo l'interpretazione del PR, i decreti in questione violavano altre disposizioni costituzionali, in quanto creavano un nuovo ente senza adempiere ai requisiti a ciò necessari (artt. 236 e 259 Cost.); per di più, il Governo centrale avrebbe potuto delegare materie di sua competenza attraverso una vera e propria delega in bianco (cfr. art. 111, 2° c., Cost.) mediante contratti inter-amministrativi, violandosi in tal modo il principio della legalità amministrativa (artt. 3, 2° c., 112, 2° c., e 266, 2° c., Cost.).

Infine, l'istanza presidenziale richiedeva, a titolo di incostituzionalità consequenziale rispetto alle altre disposizioni, il controllo dell'art. 1 del Decreto 136/XII nella misura in cui esso, abrogava la legislazione in vigore quale presupposto di entrata in vigore del Decreto 132/XII.

In sintesi, la richiesta di esame riguardava i seguenti aspetti dei citati Decreti: statuto delle comunità inter-municipali creato dal Decreto 132/XII; delega di competenze statali agli enti locali prevista dallo stesso decreto; revoca da parte

1 Ai sensi dell'art. 278, 1° c., della Costituzione e degli artt. 51, 1° c., e 57 della legge 15 novembre 1982, n. 182, e successive modifiche (legge inerente all'organizzazione, al funzionamento e al processo costituzionale).

2 Ci sembra doverosa una precisazione linguistica. Col termine "Decreti" abbiamo tradotto alla lettera il portoghese "Decretos"; tuttavia, non si tratta di atti amministrativi o legislativi del Governo, bensì di leggi approvate dal Parlamento, ma non ancora promulgate dal PR, che nella lingua lusitana assumono tale definizione. Entrambi i testi sono reperibili al sito www.parlamento.pt.

del Decreto 136/XII di disposizioni vigenti quale presupposto di entrata in vigore del Decreto 132/XII.

2.- Il Tribunale costituzionale, nella sentenza qui in esame (n. 296/2013)³, ha svolto in primo luogo un inquadramento giuridico-costituzionale della materia *sub judice*, asserendo che l'oggetto della decisione verteva sul diritto degli enti locali e poi, rifacendosi espressamente alla dottrina⁴, ha proseguito «la Costituzione è rilevante per il diritto degli enti locali per lo meno per tre motivi. Il primo motivo è che è all'interno della Costituzione che vengono definiti i valori ed i principi strutturanti del diritto degli enti locali ... Il secondo è che la Costituzione del 1976 ha avuto la chiara intenzione di definire espressamente l'organizzazione del potere politico a livello locale, elevando in tal modo gli organi del potere locale al rango di organi costituzionali attribuendo loro un sistema di garanzie costituzionali simili a quelle applicabili agli organi di sovranità e delle regioni autonome Il terzo motivo è che la Costituzione ha regolato in modo esaustivo molti altri aspetti dell'amministrazione e del regime locale, in quello che possiamo qualificare come Diritto costituzionale locale»⁵.

Nella sua analisi, il TC ha poi affermato «Di fatto, la vigenza di una garanzia costituzionale degli enti locali, prevista dall'art. 235, 1° c., della Costituzione, assume il significato di garanzia istituzionale, assicurando l'esistenza dell'amministrazione autonoma degli enti locali. La garanzia dell'autonomia costituisce un limite materiale di revisione costituzionale (art. 288, lettera n), Cost.) e gode di una protezione ad ampio raggio»⁶.

Sin qui l'organo di controllo della costituzionalità ha pertanto sancito non solo la rilevanza costituzionale dell'autonomia degli enti locali, ma anche il grado di protezione della stessa offerta dalla stessa Legge Fondamentale portoghese,

3 In www.tribunalconstitucional.pt, come tutte le decisioni del TC portoghese.

4 J. de Melo Alexandrino, *Direito das Autarquias Locais, Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. IV, 2010, p. 29.

5 Tutte le traduzioni presenti in questo saggio sono state svolte dall'autore dello stesso.

6 Sul tema dei limiti materiali di revisione costituzionale in Portogallo si rimanda alla seguente letteratura: António Almeida Santos, *Os limites materiais de revisão à luz da doutrina e do bom senso, in Portugal – O sistema político e constitucional 1974-1987*, a cura di M. Baptista Coelho, Lisboa, 1989, pp. 1037 e segg.; Giovanni Vagli, *Nascita, evoluzione e significato dei limiti materiali espressi di revisione nella Costituzione portoghese*, "Quaderni Costituzionali", n. 1, 1998, pp. 101-122; J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, Coimbra, 2010, pp. 1010-1019.

come del resto era già stato sancito in precedenti decisioni, sommariamente indicate nell'ambito di quella in esame⁷.

Vi è stata poi una presa d'atto della normativa internazionale sulla materia, a completamento di quella costituzionale. Il riferimento d'obbligo è andato alla Carta Europea delle Autonomie Locali del 1985, il cui art. 3, 1° c., stabilisce che il principio di autonomia locale presuppone ed esige per gli enti locali il diritto e la capacità di regolamentare e di gestire, ai sensi di legge, una parte importante degli affari pubblici; a sua volta l'art. 4 afferma la necessità di una disciplina costituzionale o legale delle attribuzioni fondamentali degli enti locali e distingue queste dai casi di delega dei poteri da parte di un'autorità centrale o regionale⁸.

3.- Quindi l'analisi del TC si è riversata sul contenuto specifico delle norme di cui era stata sollevata la questione di incostituzionalità, iniziando dal Decreto 132/XII.

Dalla lettura dell'atto in questione si evinceva la chiara intenzione di equiparare il regime delle comunità inter-municipali a quello di tutte le forme di ente locale costituzionalmente previste, ovvero Comuni, circoscrizioni e regioni amministrative, in quanto venivano attribuiti alle comunità inter-municipali poteri pubblici «in tutto e per tutto equiparabili (o equiparati) a quelli degli enti locali», compresi i poteri regolamentari propri e generici per l'emissione di regolamenti con efficacia esterna.

Perciò TC è giunto alla conclusione secondo cui il nuovo regime legislativo creasse una nuova figura amministrativa territoriale locale, ovvero un ente locale atipico imposto dallo Stato e con un grado superiore, circostanza per la quale il legislatore ordinario era sprovvisto di legittimità, in quanto ricadeva nella riserva della Costituzione fissare quali fossero gli enti locali; l'unica eccezione al riguardo viene infatti stabilita dall'art. 236, 3° c., della Costituzione portoghese, il quale ammette la creazione mediante legge ordinaria di nuove forme di organizzazione locale *limitatamente* alle grandi aree urbane ed alle isole, secondo le loro condizioni specifiche.

Poiché le nuove disposizioni di legge andavano a creare un nuovo ente (comunità inter-municipale) in modo obbligatorio *in tutto il territorio nazionale*, tenendo conto di fattori connessi al numero di Comuni e di abitanti, il TC ha

⁷ Al riguardo si vedano le sentenze 432/93 e 379/96.

⁸ La Carta Europea delle Autonomie Locali vige in Portogallo ai sensi dell'art. 8, 2° c., della Costituzione essendo stata oggetto di risoluzione parlamentare di autorizzazione alla ratifica 23 ottobre 1990, n. 23, e essendo stata successivamente ratificata mediante Decreto del Presidente della Repubblica 23 ottobre 1990, n. 58.

stabilito che fosse stato violato il principio di tipicità degli enti locali fissato nell'art. 236, 1° c., Cost.⁹

4.- L'analisi è poi passata alle disposizioni di cui all'allegato I al Decreto 132/XII¹⁰, le quali prevedevano la possibilità di delega di competenze di organi dello Stato a Comuni e Comunità inter-municipali, mediante contratto inter-amministrativo.

La richiesta di controllo verteva proprio su questo elemento, ovvero la supposta violazione dell'art. 111, 2° c., e del principio della legalità amministrativa di cui agli artt. 3, 2° c., 112, 2° c., e 266, 2° c., Cost..

L'art. 111, 2° c., recita che «nessun organo di sovranità può delegare i propri poteri ad altri organi, tranne nei casi espressamente previsti dalla Costituzione e dalla legge».

Il TC ha inteso che l'espressione «delega di poteri» andasse intesa in senso lato, comprendendo, oltre alla delega *stricto sensu*, pure il trasferimento di poteri¹¹, costituendo ciò «un logico corollario del principio dello Stato democratico di Diritto e del principio di separazione dei poteri».

La delega ed il trasferimento di poteri tra organi è possibile solo laddove sussista un esplicito fondamento normativo e «nel caso di poteri costituzionalmente definiti è necessario che la norma che autorizza il trasferimento o la delega di poteri sia contenuta nel testo costituzionale. La possibilità di autorizzazione legislativa di delega dei poteri è possibile soltanto nei casi in cui essi siano originariamente attribuiti mediante legge.»

La Costituzione ha voluto evitare che il cambiamento della ripartizione delle attribuzioni da essa stessa prevista avvenisse mediante legge ordinaria e che il cambiamento della ripartizione delle attribuzioni fissate dalla legge avvenisse mediante atto amministrativo.

9 Il Tribunale costituzionale ha ritenuto ciò sufficiente al fine di dichiarare incostituzionale la normativa in questione ed ha pertanto tralasciato le ulteriori argomentazioni fornite dal ricorrente, ritenendo inutile dilungarsi in un'analisi giuridica delle stesse.

10 Da segnalare a questo riguardo che la richiesta del PR aveva indicato tali norme come appartenenti al Decreto 132/XII, anziché al relativo allegato I; tuttavia, il TC ha ritenuto irrilevante tale lapsus, dando invece rilevanza all'elemento materiale dell'istanza, da cui si evinceva senza difficoltà che le norme in esame erano quelle contenute nell'allegato stesso.

11 Rifacendosi alla dottrina (J.J. Canotilho/Vital Moreira, *Constituição...*, cit., Tomo II, p. 47; Jorge Miranda, *Artigo 111.º*, in *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, Coimbra, 2006, p. 254).

Il TC ha preso atto della circostanza per cui la Costituzione portoghese non prevedesse alcuna norma che autorizzasse il Governo ad una delega dei propri poteri agli enti locali; inoltre, anche se tale norma fosse esistita, sarebbero sussistiti comunque dei limiti materiali di delega, come lo stesso TC aveva già affermato in precedenza nella sua giurisprudenza¹².

Quindi, «una legge che permetta la delega da parte del Governo di poteri che gli sono costituzionalmente attribuiti è incostituzionale, per violazione dell'articolo 111, 2° c., della Legge Fondamentale».

Ciò nonostante, l'analisi del Decreto in questione non permetteva di trarre conclusioni in tal senso.

In effetti, l'art. 107 dell'allegato I sosteneva che la «delega delle competenze» dello Stato incidesse «su tutti i settori di interesse propri delle popolazioni degli enti locali e degli enti inter-municipali, in particolare nell'ambito delle funzioni economiche e sociali», tuttavia veniva da ciò eccezionata la necessità di rispettare «l'intangibilità delle attribuzioni statali» (art. 102).

Perciò il TC ha inteso che tale formula dovesse «essere interpretata in modo da includervi le attribuzioni del Governo costituzionalmente stabilite e non delegabili in forza dell'art. 111, 2° c., della Costituzione» e che quindi non vi fosse un'intrinseca violazione della Legge Fondamentale.

Esso però si è dilungato ulteriormente nel suo lavoro di analisi ed ha asserito che «rifacendoci al regime di delega dei poteri in esame, l'esigenza di densità normativa impone che la legge di autorizzazione non abbia un contenuto così generale ed indeterminato da ridondare nell'esercizio libero, da parte dell'amministrazione, del potere di delega. Al lasciare "in bianco" la definizione del nucleo e dei presupposti del potere amministrativo in oggetto, il legislatore non adempie all'esigenza costituzionale di elaborazione di norme che autorizzano l'attuazione amministrativa in senso materiale, perché permette che l'amministrazione deleghi discrezionalmente le proprie competenze, in modo non vincolato ad una precedente legge sufficientemente precisa. / ... la Legge Fondamentale non permette di concedere all'amministrazione tale autonomia di determinazione primaria su materie che sono attribuite al legislatore. / L'approvazione di norme di autorizzazione meramente formali, per mancanza di densità, lascia allo scoperto l'attuazione dell'amministrazione rispetto alla definizione di criteri legislativi orientatori, impedendo il loro controllo e permettendo di cambiare la distribuzione delle competenze legalmente previste mediante meri atti della funzione amministrativa, in violazione del parametro costituzionale contenuto nell'art. 111, 2° c., della Costituzione portoghese».

12 Sentenza n. 192/88 (relativa ai rapporti tra Stato e regioni autonome) e sentenza n. 458/93, nella quale è stato asserito che la legge non può «delegare a favore delle regioni autonome competenze sovrane», in quanto, se lo facesse, incorrerebbe nella violazione dell'art. 110 Cost..

Il TC afferma, tuttavia, che la “densità normativa” in questione non debba necessariamente essere assoluta, essendo sufficiente un livello minimo, ma comunque sussistente.

Dall'analisi delle norme dell'atto in questione, ciò che manca, a giudizio del TC, è proprio questo livello minimo: «L'art. 100, 1° c., parla di organi dello Stato, ma non chiarisce quali organi, tutti o solo alcuni dei dipartimenti dell'amministrazione centrale dello Stato, o solo il Governo. Neanche chiarisce ad esempio se include solo l'amministrazione centrale diretta dello Stato o anche quella indiretta. Restano da definire aspetti quali quelli relativi agli effetti, alle condizioni o ai presupposti per la stipulazione dei contratti di delega».

Inoltre, relativamente alle materie o settori di delega, l'art. 107 si limita a stabilire che «lo Stato concretizza la delega di competenza in tutti i settori di interesse propri delle popolazioni degli enti locali e degli enti inter-municipali, in particolare nell'ambito delle funzioni economiche e sociali» e pertanto per il TC «non esiste ... una identificazione, per lo meno generica o poco densa, delle materie in causa. In tal modo, la determinazione dell'oggetto della delega di competenze agli enti locali dipenderebbe solo dalla concretizzazione delle citate clausole generali, mediante un atto della funzione amministrativa (la delega di competenze), da effettuare mediante la stipulazione di un contratto inter-amministrativo. / Tutti questi aspetti determinanti della delega delle competenze vengono pertanto lasciati senza regolamentazione o “in bianco”, al fine della successiva concretizzazione da parte dell'amministrazione. ... la legge si limita, infine, a prevedere la figura contrattuale della delega di competenze tra Stato e Comuni, prescindendo in tal modo dal suo ruolo di regolatrice primaria della materia».

E neanche rileva il fatto che i contratti in causa debbano essere stipulati con il consenso di entrambi le parti, perché ciò non elimina il deficit legislativo. Infatti, citando la dottrina¹³, il TC sostiene che «i contratti che implicano un trasferimento di attribuzioni o di competenze senza una legittimazione legale o che implicano un'alienazione o la rinuncia alla titolarità delle stesse, si traducono in una manifesta violazione dei precetti attributivi di tali competenze e dell'art. 111, 2° c., della Costituzione».

In base ciò, il TC ha dichiarato l'incostituzionalità degli artt. 25, 1° c., lettera k), 100, 2° c., 101, 102, 103, 1° c., e 107 dell'atto in esame, per violazione del

13 Alexandra Leitão, *Contratos interadministrativos*, Coimbra, 2011, pp. 160-161.

disposto dell'art. 111, 2° c., della Costituzione (principio di riserva di legge dell'autorizzazione legale della delega dei poteri); ha altresì dichiarato, in via consequenziale, l'incostituzionalità degli artt. 104-106 e 108-110 dello stesso atto, in virtù del loro rapporto strumentale con le disposizioni dianzi citate.

5. – L'ultima parte della sentenza ha riguardato la richiesta di dichiarazione di incostituzionalità consequenziale dell'art. 1 del Decreto 136/XII, il quale, lo ricordiamo, abrogava espressamente varie disposizioni vigenti¹⁴, al fine di permettere l'entrata in vigore del Decreto 132/XII. Dato il rapporto funzionale tra tale norma e quelle del Decreto 132/XII, considerate incostituzionali, il TC ha accolto la richiesta del PR, dichiarando incostituzionale pure l'art. 1 del Decreto 136/XII.

6.- Va segnalato che vi sono state opinioni concorrenti e dissenzienti e che pertanto la decisione in esame è stata presa a maggioranza e non all'unanimità.

Il giudice Maria Lúcia Amaral, pur votando a favore della sentenza nel suo complesso, ha tenuto a precisare che « ... Secondo me, il 2° comma dell'art. 111 della Costituzione non si limita a consacrare una riserva di legge *formale*. Ciò che sta in causa non è solo la necessità di far precedere l'attuazione amministrativa di autorizzazione preventiva, che va concessa da parte del "legislatore democraticamente legittimato". Ciò che sta in causa è anche la necessità che esista una *legge in senso materiale*, ovvero una prescrizione generale e astratta, che non consti necessariamente in un atto della funzione legislativa. ... / ... la definizione dei criteri vincolativi degli atti di delega non deve necessariamente constare in un atto proprio della funzione legislativa, che è la legge di autorizzazione. A mio parere, potrebbe constare perfettamente in un regolamento amministrativo. Quindi, il punto è che la legge che autorizza la delega, nel caso in cui non voglia fissare essa stessa tali criteri (per esempio per ragioni di specialità materiale), rimetta ciò ad un regolamento amministrativo, il quale in tal modo avrà valore di *legge in senso materiale* (cioè, disciplina generale e astratta), nei cui termini potrà operare la delega.»

Il giudice Vítor Gomes ha inteso che la lettera k) dell'art. 25, 1° c., dell'allegato I al Decreto 132/XII non andasse considerata incostituzionale, in quanto «si limita alla ripartizione interna delle competenze, afferma che l'organo ha il potere di autorizzare (e implicitamente di stipulare) i contratti di delega delle competenze. È, in se stessa, di contenuto esattamente determinabile e non dispone niente circa il contenuto di tali contratti, per cui non è in grado di violare la riserva di

14 Le disposizioni in parola erano contenute nella legge 18 settembre 1999, n. 169 (Quadro delle competenze e regime del funzionamento degli organi dei Comuni e delle circoscrizioni), nel Decreto Legge 18 settembre 2002, n. 310 (Regime giuridico delle autorizzazioni e del controllo da parte dei Comuni di attività che in precedenza erano di competenza delle Prefetture) e nel Codice amministrativo.

legge imposta dal 2° c. dell'art. 111 della Costituzione. / Al limite potrebbe essere oggetto ... di un giudizio di incostituzionalità consequenziale.»

Infine, il giudice Pedro Machete ha, da una lato, espresso la propria opinione concorrente in merito alla generalità della decisione, mentre ha manifestato dissenso rispetto alla delega delle competenze amministrative da parte del Governo ai Comuni ed agli enti inter-municipali, ritenendo sufficiente il contenuto dell'art. 107 dell'allegato I, che, a suo vedere, «costituisce una *autorizzazione legale sufficiente* per il Governo – mediante i vari dipartimenti governativi (cfr. articolo 110, 1° c., del citato regime) – affinché esso deleghi le competenze amministrative che gli siano legalmente attribuite agli organi dei Comuni e agli enti inter-municipali. E sicuramente non è una “norma di autorizzazione in bianco”.»

7.- Al fine di “rimediare” la situazione che si è venuta a creare a causa della decisione del TC, il Parlamento portoghese adesso ha due soluzioni distinte: approvare di nuovo le norme dichiarate incostituzionali a maggioranza di due terzi, il che permetterà la loro entrata in vigore¹⁵, oppure eliminarle dal testo ed approvare un nuovo “Decreto”.

¹⁵ Ai sensi dell'art. 279, 2° c., della Costituzione portoghese, le disposizioni che vengono dichiarate incostituzionali dal TC prima della loro promulgazione (controllo preventivo) possono entrare in vigore nel caso in cui vengano riapprovate a maggioranza dei due terzi dei Deputati presenti, sempre che tale numero sia superiore alla metà dei Deputati in effettività di funzioni. Ovviamente, niente potrà impedire che le stesse disposizioni siano poi oggetto di controllo successivo e che vengano dichiarate di nuovo incostituzionali. Questo sistema, alquanto farraginoso, è stato oggetto di varie critiche, poiché in pratica conduce, o per lo meno può condurre, ad una duplicazione dei processi (sul tema cfr. Giovanni Vagli, *L'evoluzione del sistema di giustizia costituzionale in Portogallo*, Pisa, 2001, pp. 140-154; Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, Coimbra, 2005, pp. 245 e segg.; J.J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Anotada*, Volume II, Coimbra, 2010, pp. 928 e segg.).