

# La discussa competenza comunale nella localizzazione delle farmacie

di Filomena Manganiello \*\*

(in corso di pubblicazione in "Le Regioni", 2015)

## 1. Considerazioni preliminari

Con l'ordinanza n. 24 del 2015 la Corte costituzionale si è pronunciata sulla questione di legittimità costituzionale della disciplina introdotta dal d.l. n. 1/2012, convertito in l. n. 27/2012, recante "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività", che ha previsto la competenza dei Comuni per la localizzazione di nuove farmacie. La Corte ha concluso per la manifesta inammissibilità della questione per «carente motivazione in ordine alla attuale rilevanza delle stesse rispetto alla definizione del processo *a quo*».

La *quaestio legitimitatis*, sollevata dal Tar Veneto, sez. III, con l'ordinanza 17 maggio 2013, n. 182, per violazione degli artt. 41, 97 e 118 Cost., presenta una sua peculiarità sulla quale sembra opportuno svolgere alcune considerazioni, dal momento che il contenzioso sul punto è cresciuto esponenzialmente<sup>1</sup>: non è improbabile, pertanto, che la medesima questione giunga nuovamente all'attenzione della Corte costituzionale, laddove sia riproposta con differente motivazione.

Infatti, da un lato, la stessa formula, con la quale la Corte ha dichiarato l'inammissibilità, lascia aperta la possibilità che la questione sia ripresentata, dal momento che il difetto di motivazione in punto di *attuale* rilevanza non preclude che la rilevanza possa rivelarsi *attuale* in un altro caso. Dall'altro, la questione in esame non sembra manifestamente infondata alla luce delle considerazioni che fanno leva sul conflitto di interessi tra i destinatari della funzione di localizzazione delle farmacie (ossia i farmacisti privati) e il soggetto chiamato ad esercitarla (vale a dire il Comune, a seguito dell'entrata in vigore del d.l. n. 1/2012), in quanto anch'esso destinatario della localizzazione medesima<sup>2</sup>.

Occorre chiedersi, perciò, se la normativa introdotta nel 2012 abbia correttamente bilanciato gli interessi in conflitto oppure se la funzione di localizzazione, per come è stata disciplinata, non consenta, neppure in astratto, un suo esercizio imparziale, rendendo necessaria una soluzione legislativa per superare l'*impasse*.

Per rispondere alle domande proposte, occorre, innanzitutto, ricostruire il caso oggetto dell'ordinanza del giudice *a quo* per comprendere come è stata motivata la non manifesta infondatezza<sup>3</sup>. Naturalmente, poi, è necessario esaminare la decisione

1 Tra le decisioni più recenti cfr., ad es., Consiglio di Stato, sez. III, 18/05/2015, n. 2521; Consiglio di Stato, sez. III, 06/03/2015, n. 1153; Consiglio di Stato, sez. III, 12/02/2015, n. 749; Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 20/11/2014, n. 458; Tar Puglia, Lecce, sez. II, 30/10/2014, n. 2613; Tar Campania, Napoli, sez. V, 8/10/2014, n. 5193.

2 Secondo la manualistica un conflitto di interessi si verifica, appunto, quando un soggetto, cui è affidata la responsabilità di prendere una decisione, abbia interessi personali in contrasto con l'*imparzialità* richiesta dalla decisione che è chiamato a prendere. Cfr. F. CARINGELLA, G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile. Il contratto*, Milano 2007, 360 ss. G. CHINÈ, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, Roma 2009, 1866 ss.

3 Visto che la giurisprudenza amministrativa dominante ha, invece, sempre respinto i dubbi di legittimità costituzionale prospettati sulla disciplina introdotta dal d.l. n. 1/2012. Si veda ad es. Consiglio di Stato, sez. III, 18/05/2015, n. 2521; Consiglio di Stato, sez. III, 12/02/2015, n. 749; Tar Friuli-Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 2/7/2014, n. 346; Tar Piemonte, Torino, sez. II, 29/01/2014, n. 453; Tar Lazio, Roma, sez. II, 4/7/2013, nn. 6603, 6613, 6615; Consiglio di Stato, sez. III, 19/09/2013, nn. 4667, 4668; Tar Emilia Romagna, Parma, sez. I, 17/09/2013, n. 263; Tar Lazio, Roma, Sez. II, 08/07/2013, n. 6697; Consiglio di Stato, sez. III, 31/05/2013, n. 2990; Tar Lazio, Roma, sez. II *bis*,

assunta dalla Corte per riflettere sulle ragioni che hanno spinto la stessa a dichiarare la questione inammissibile per difetto *attuale* di rilevanza. Come si vedrà, poi, la “questione” reca in sé aspetti problematici del principio di sussidiarietà verticale<sup>4</sup>: vale a dire le modalità di svolgimento del giudizio di adeguatezza-inadeguatezza che presiede alla decisione di allocare le funzioni amministrative proprio perché nella fattispecie in esame, va verificato se sussistano, o meno, i presupposti per un’attrazione in sussidiarietà *verso l’alto*<sup>5</sup>.

## **2. I problemi sottesi alla questione legittimitatis e la soluzione della Corte. Ipotesi su altri esiti possibili della questione**

I dubbi di legittimità costituzionale, per violazione degli artt. 41, 97 e 118, primo comma, della Costituzione, che spingono il giudice *a quo* a rimettere la questione alla Corte sorgono, nel dettaglio, sull’art. 11, comma I, lettera c), e comma II, del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, in legge 24 marzo 2012, n. 27, che ha modificato l’art. 2, comma I, secondo periodo, della legge 2 aprile 1968, n. 475.

La vicenda trae origine dal ricorso presentato da un farmacista privato volto a ottenere l’annullamento della delibera (n. 134 del 18 aprile 2012) con cui la Giunta comunale di Treviso, in attuazione della nuova disciplina introdotta dall’art. 11 del d.l. n. 1/2012, ha individuato due nuove sedi farmaceutiche sul territorio comunale. La parte ricorrente ritiene che la localizzazione impugnata sia finalizzata a tutelare il bacino d’utenza delle farmacie comunali a svantaggio di quello dei farmacisti privati: il Comune, infatti, è titolare di diverse farmacie e socio di minoranza di una società che gestisce il servizio farmaceutico. Pertanto, il provvedimento impugnato sarebbe affetto dal vizio di eccesso di potere per esercizio di una posizione dominante.

Il ricorrente chiede, conseguentemente, al giudice amministrativo di sollevare la questione di legittimità costituzionale della disciplina introdotta nel 2012 perché violerebbe gli artt. 97 e 118, primo comma, Cost.: essa, infatti, lederebbe, sotto diversi profili, il principio di imparzialità dell’amministrazione sancito dall’art. 97 Cost., che impone alla p.a. sia un’equidistanza rispetto ai soggetti, pubblici o privati, che con essa vengano in contatto, sia l’obbligo di ponderare comparativamente tutti gli interessi coinvolti dall’azione amministrativa. In ottemperanza a quest’obbligo, in particolare, bisogna dare prevalenza all’interesse pubblico affidato alle sue cure solo se il sacrificio delle altre posizioni consegua a una scelta *coerente e proporzionata*, evitando, dunque, ogni discriminazione e arbitrio.

Le norme censurate, piuttosto, introducono un potere regolatorio caratterizzato da un ampio margine di discrezionalità, che non può ritenersi delimitato adeguatamente dai parametri numerici previsti dal d.l. n. 1/2012; né sono sufficienti a vincolare l’esercizio del potere regolatorio gli scopi di equa distribuzione sul territorio e di garanzia di accessibilità del servizio. Al Comune viene attribuita, infatti, la facoltà di identificare zone, ciascuna con popolazione diversa pur nel rispetto del parametro medio di una

---

16/04/2013, nn. 3825, 3829; Tar Friuli Venezia Giulia, 10/04/2013, n. 234; Tar Friuli-Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 3/9/2012, n. 338.

4 Il principio di sussidiarietà verticale, secondo una nota definizione, esprime «una generale e generica preferenza per il conferimento legislativo delle funzioni amministrative al livello più basso della piramide politico-amministrativa, quello comunale: sempre che non vi siano ragioni valide per richiamarne l’esercizio ad un livello più elevato». Così R. BIN, *La funzione amministrativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni* 2/2002, 366.

5 Con la locuzione *verso l’alto* si indica lo spostamento di attribuzioni dal livello meno comprensivo a quello maggiormente comprensivo; invece, con l’espressione *verso il basso* si esprime lo scorrimento di competenza dal livello superiore a quello inferiore.

farmacia ogni 3.300 abitanti ex art. 1, comma II, l. n. 475/1968: ma, in tal modo, è possibile favorire i titolari delle farmacie per le cui zone è stato previsto un maggior numero di abitanti e, dunque, un più ampio bacino d'utenza. Pertanto, *non ogni singola zona*, ma *ogni Comune*, nel suo complesso, secondo quanto dispone la legge, deve avere una farmacia ogni 3.300 abitanti. Né sembrano sufficienti a garantire l'esercizio imparziale del potere i limiti posti dal legislatore all'esercizio della discrezionalità attribuita al Comune, avendo lo stesso previsto che debbano essere richiesti nel procedimento pareri non vincolanti<sup>6</sup>.

A ciò si aggiunge che la titolarità delle farmacie (pure in forma di partecipazione minoritaria a relative società di gestione) può essere stata assunta anche dall'ente locale (come effettivamente avviene a Treviso), sicché il Comune stesso può essere indotto a disegnare la zonizzazione delle farmacie in modo tale da favorire le proprie. In tal caso non si avrebbe solo una disciplina *inidonea* ad assicurare un esercizio imparziale del potere regolatorio di zonizzazione, ma un vero e proprio *conflitto d'interessi* precedente all'esercizio del potere regolatorio.

Il Collegio, nel condividere la prospettazione della parte ricorrente, ritiene che non sia possibile accedere a un'interpretazione adeguatrice della normativa di riferimento per garantire che il potere regolatorio del Comune sia esercitato in maniera imparziale<sup>7</sup>. In particolare, non sarebbe possibile sostenere che il potere regolatorio non spetti al Comune, ma ad altro ente (ossia, la Regione), perché l'art. 1 *bis* della legge n. 475 del 1968 prevede che la Regione possa istituire una farmacia solo in determinate ipotesi, cioè nelle stazioni ferroviarie, negli aeroporti civili a traffico internazionale, nelle stazioni marittime, nelle aree di servizio autostradali ad alta intensità di traffico, nei centri commerciali e nelle grandi strutture.

Per di più, l'eventuale interpretazione adeguatrice dovrebbe essere ancorata a parametri (che, nel caso in esame, difettano) idonei a circoscrivere la discrezionalità nell'esercizio da parte del Comune del potere regolatorio al fine di assicurare l'esercizio di un potere imparziale.

Viene così in evidenza quel profilo di illegittimità prospettato dalla parte ricorrente (e condiviso dal Tar) della disciplina introdotta dal d.l. n. 1/2012 per contrasto con l'art. 118, comma I, Cost., poiché la possibilità che il Comune gestisca farmacie e abbia anche il potere di localizzarle evidenzia che quello comunale non è il livello di competenza adeguato all'esercizio del potere di zonizzazione delle farmacie. Ne consegue che, pur essendo il Comune il livello amministrativo più vicino ai cittadini, e come tale, di regola, quello al quale vanno allocate le funzioni amministrative, in conformità con il principio di sussidiarietà verticale, lo stesso possa trovarsi (come nel caso di specie) in una situazione di possibile conflitto d'interessi, con la conseguenza di uno spostamento della competenza al livello superiore, proprio in applicazione del principio di sussidiarietà, che impone di valutare l'adeguatezza dell'ente territoriale a esercitare la funzione di allocazione della competenza e, dunque, a ponderarne i fattori ostativi rispetto a un determinato livello di governo.

Si verificherebbe, dunque, una situazione d'incompatibilità tale da incidere sul riparto delle competenze<sup>8</sup>, nel senso che la titolarità di sedi farmaceutiche da parte del

---

<sup>6</sup> Cfr. art. 11, comma I, lettera c), d.l. n. 1/2012.

<sup>7</sup> Sull'interpretazione conforme del giudice amministrativo vedi V. COCOZZA, *L'interpretazione conforme del giudice amministrativo*, in *Studi in onore di Claudio Rossano*, vol. III, Napoli 2013, 1193 ss.

<sup>8</sup> In dottrina si è affermata una posizione che non ritiene fungibili le nozioni di competenza e sussidiarietà. Sul punto cfr. S. NICCOLAI, *Delegificazione e principio di competenza*, Padova 2001.

Comune dovrebbe spostare la competenza regolatoria all'ente di livello superiore, ossia la Regione, in attuazione del principio di sussidiarietà verticale<sup>9</sup>.

Il Collegio, d'ufficio, oltre ad accogliere la prospettazione della *quaestio* presente nell'istanza di parte, ritiene, altresì, violato l'art. 41 Cost.: l'attribuzione al Comune del potere di localizzazione lederebbe la libertà d'iniziativa economica, perché l'ente (quale possibile soggetto che esercita l'attività economica farmaceutica) non è posto sullo stesso piano dei privati, essendo titolare del potere di assegnare a sé medesimo dei benefici a discapito della farmacia privata.

Va detto che il ricorrente, oltre a chiedere di sollevare la questione di legittimità costituzionale sopra delineata, lamenta ulteriori autonomi vizi di mancata applicazione, di fatto, dell'art. 11 del d.l. n. 1/2012, perché non sarebbero state adeguatamente considerate le effettive esigenze farmaceutiche dei cittadini e di difetto d'istruttoria e di carenza di congrua motivazione.

Su tali vizi il Tar non si è espresso, affermando che «la rilevanza della questione di costituzionalità proposta permane anche nel caso in cui fossero fondati gli ulteriori vizi di mancata applicazione dell'art. 11 del d.l. n. 1/2012 e di difetto d'istruttoria e di carenza di congrua motivazione».

Diversi, dunque, i profili di interesse dell'ordinanza di rimessione su cui occorre fare qualche considerazione.

Innanzitutto, quando il Tar accoglie un ricorso nel merito e, dunque, annulla il provvedimento impugnato, la p.a. deve riesercitare il potere in conformità alla legge attributiva dello stesso e nei limiti delle indicazioni che il giudice amministrativo può fornire, non potendo quest'ultimo sostituire una propria valutazione a quella dell'autorità amministrativa.

Ebbene, se il giudice si fosse limitato ad annullare la delibera della Giunta, lasciando intatta la legge che attribuisce il potere al Comune, nulla avrebbe potuto impedire all'ente comunale di replicare il provvedimento conforme alla legge (d.l. n. 1/2012), a sua volta, però, non conforme all'art. 97 Cost. (che impone un esercizio *imparziale* del potere amministrativo e, quindi, di localizzazione delle farmacie), stando alla prospettazione del ricorrente e del giudice *a quo*. In tale ottica, infatti, l'illegittimità del provvedimento non discende dalla sua difformità rispetto alla legge attributiva della competenza ma è, piuttosto, la logica conseguenza dell'incostituzionalità della legge medesima.

Il giudice *a quo*, invece, non si pronuncia sugli ulteriori vizi del provvedimento proprio poiché preliminare rispetto all'accertamento della conformità alla legge del provvedimento amministrativo è la conformità della legge stessa alla Costituzione, in ossequio al principio di legalità.

Se la Corte, a sua volta, avesse accolto la q.l.c. sollevata, il provvedimento amministrativo adottato in virtù di una legge dichiarata incostituzionale sarebbe stato colpito da invalidità consequenziale, producendo, dunque, l'effetto di invalidare la delibera adottata dalla Giunta comunale, così riallocando la funzione in capo alla Regione, come previsto nella l. n. 475/1968 vigente prima delle modifiche apportate nel 2012. Infatti, se da un lato, l'efficacia retroattiva delle sentenze di accoglimento inficia *ab origine* la validità della norma dichiarata incostituzionale, salvo il limite delle situazioni ormai consolidate, dall'altro, la determinazione degli effetti concreti delle decisioni di accoglimento è rimessa all'autorità giudiziaria che ha sollevato la questione

---

<sup>9</sup> A sostegno della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale prospettata, la parte ricorrente invoca, altresì, i principi comunitari di tutela della concorrenza, di repressione dell'abuso di posizione dominante, di sussidiarietà e di proporzionalità. Tuttavia, tali profili non sono condivisi dal giudice *a quo*.



stessa<sup>10</sup>. Nel caso di specie, in presenza di un conflitto di interessi, il Tar Veneto lascia intendere la necessità di un'attrazione *verso l'alto* della funzione di localizzazione.

Come si è detto, però, la Corte costituzionale con la decisione n. 24/2015 ha concluso per l'inammissibilità delle questioni sollevate, «derivante da una carente motivazione in ordine all'attuale rilevanza delle stesse rispetto alla definizione del processo *a quo*»<sup>11</sup>.

Secondo la Corte «il Tar non solo non illustra, neppure sommariamente, le ragioni di infondatezza degli altri motivi di ricorso, nonostante la loro priorità logico-giuridica, derivante dalla constatazione che il loro eventuale accoglimento determinerebbe l'annullamento del provvedimento impugnato (...); ma nel contempo (...) di fatto svincola, nella specie, la proposizione del dubbio di costituzionalità dal nesso di pregiudizialità attuale con la soluzione del giudizio principale, finendo col proiettare lo scrutinio sulle future possibili ed eventuali nuove applicazioni delle medesime norme attraverso un (del tutto eventuale) riesercizio del potere attribuito al Comune "pur con un provvedimento adottato con motivazione congrua e sulla base di idonea motivazione"» e che, addirittura, tale «inconciliabile contraddittorietà di siffatto argomentare rispetto alla affermazione del principio di necessità della attualità della questione (...) unita alla non del tutto chiarita particolare modalità di proposizione dei motivi di ricorso, sembra in realtà configurare un tentativo da parte del rimettente di proporre in via diretta un controllo di costituzionalità», impropriamente attivato al di fuori dei limiti sanciti dalla normativa vigente.

Pertanto, come precisa la Corte costituzionale, le argomentazioni del giudice remittente non chiariscono, in alcun modo, se la invocata pregiudiziale soluzione dei dubbi di incostituzionalità della normativa denunciata sia indispensabile per la definizione del giudizio principale pendente innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, in conformità alla condizione imposta dal secondo comma dell'art. 23 l. n. 87/1953 e dall'art. 1 della l. cost. n. 1/1948.

Si tratta di conclusioni coerenti rispetto alla giurisprudenza costituzionale pregressa<sup>12</sup>. Invero, già a partire dagli anni '80 la Corte ha ritenuto insufficiente l'affermazione apodittica o sommaria della rilevanza<sup>13</sup>, ritenendo, invece, necessario che il giudice *a quo* enunci le ragioni che inducono ad affermare che la definizione del giudizio principale dipenda, direttamente o indirettamente, dalla soluzione della questione sollevata. Infatti, il requisito della rilevanza è strettamente connesso al carattere di incidentalità del giudizio, sicché è necessario che l'eventuale pronuncia di incostituzionalità produca *effetti concreti* sul giudizio principale e, quindi, che il giudice

---

10 Sulle ripercussioni delle decisioni della Corte costituzionale sugli organi giudiziari che hanno sollevato la questione di legittimità cfr. E. LAMARQUE, *Il seguito giudiziario alle decisioni della Corte costituzionale*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino 2002, 200 ss. e bibliografia ivi richiamata. R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *"Effettività" e "seguito" delle tecniche di decisione della Corte costituzionale, "50 anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana"*, Napoli 2006.

11 Il profilo dell'assenza dell'*attuale* rilevanza attiene, dunque, all'insufficiente motivazione dell'ordinanza di rimessione circa la rilevanza della questione. Cfr. anche ordinanze n. 57 del 2014 e n. 196 del 2013. Questione diversa è, invece, quella che attiene al problema della prematurità/tardività della questione. Sul punto si rinvia a S. AGOSTA, *Questione di legittimità costituzionale premature e questioni tardive tra vocazione all' "accentramento" e istanze di "diffusione" del sistema di giustizia costituzionale: profili problematici*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, cit., 561 ss.

12 Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Manuale di giustizia costituzionale*, Bologna 1988, 192 ss. e giurisprudenza ivi richiamata.

13 Cfr. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2009, 175 ss. Per un esame della giurisprudenza costituzionale si rinvia alle varie edizioni di R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Torino.

motivi su tale possibilità<sup>14</sup>. Tale motivazione, secondo la Corte, manca nell'ordinanza di rimessione<sup>15</sup>.

La soluzione adottata dalla Corte si mostra, dunque, condivisibile. Vanno compiute, però, alcune osservazioni.

Naturalmente, la declaratoria di inammissibilità, atteso il suo carattere processuale, non conduce a un esame nel merito; ne consegue che è molto probabile che il giudice remittente si ritrovi, dopo la pronuncia della Corte, a dover applicare una disposizione che continua a ritenere di dubbia legittimità costituzionale. Di qui il problema se lo stesso giudice, nel corso del medesimo giudizio, possa risollevere una questione già dichiarata inammissibile. La giurisprudenza costituzionale<sup>16</sup> ritiene che nel caso in cui la Corte (come è accaduto nella pronuncia n. 24/2015) abbia sanzionato vizi dell'ordinanza di rimessione sanabili dal giudice *a quo*, la questione possa essere risolta. Pertanto, il giudice *a quo* potrebbe riproporre la medesima questione per sanare i vizi di motivazione della prima ordinanza. Tuttavia, se, da un lato, le ordinanze di manifesta inammissibilità si rivelano favorevoli all'instaurazione di un dialogo tra la Corte e i giudici comuni, dall'altro, esse, non risolvendo l'eccezione nel merito, possono apparire uno stimolo per il giudice affinché riproponga la questione, finendo così per dare origine a un continuo rinvio della stessa tra la Corte e il remittente, con il rischio di un ulteriore allungamento dei tempi del giudizio<sup>17</sup>.

Anche nel caso in cui il giudice amministrativo si pronunciasse sul vizio del provvedimento, annullando la delibera comunale di localizzazione di nuove farmacie impugnata, si potrebbe innescare un meccanismo che può proseguire per un numero indefinito di volte: il farmacista privato, infatti, sarebbe costretto a impugnare la successiva delibera che probabilmente sarà conforme al d.l. n. 1/2012, ma non conforme a Costituzione (oppure potrebbe risollevere la questione in appello sperando che il Consiglio di Stato motivi meglio in punto di rilevanza!).

Quindi, l'effetto concreto, ossia l'*utilitas* del secondo giudizio, davanti alla Corte costituzionale, sul primo, dinanzi al giudice *a quo*, è ravvisato dal g.a. nella necessità di annullare la disciplina del 2012 per tutelare il ricorrente ma anche per superare, definitivamente, una normativa che ha creato un *vulnus* di tutela in capo ai destinatari della localizzazione. Nei numerosi ricorsi proposti dai farmacisti privati si contesta, difatti, il cattivo uso del potere amministrativo comunale, dovuto all'inidoneità della disciplina introdotta dal d.l. n. 1/2012 a garantire l'esercizio imparziale del potere di localizzazione, ricoprendo il Comune una posizione conflittuale con quella dei destinatari della funzione stessa.

---

<sup>14</sup> Sul punto si veda E. CATELANI, *L'ordinanza di rimessione del giudice a quo nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La Corte costituzionale: profili processuali e istituzionali*, Roma 2000, 6 ss. A. PIZZORUSSO, *Articolo 137*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1981, 222 ss. ID., *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quad. cost.* 1982, 528 ss.

<sup>15</sup> Sulla necessità che la rilevanza sia *attuale* cfr. a mero titolo esemplificativo sent. nn. 314/1983, 138/2006, 213/2014; ord. nn. 115/1983, 117/1984, 122/1989, 124/1989, 128/1989, 210/1989, 252/1998, 108/2003, 23/2004, 432/2007, 318/2010, 72/2011, 84/2011, 295/2011, 311/2011, 42/2015. Si ricorda, inoltre, che il controllo sulla rilevanza da parte della Corte costituzionale è meramente "esterno" (Corte cost. nn. 148/1999, 179/1999), ovvero limitato al carattere implausibile della motivazione, che può essere censurata solo se palesemente arbitraria o affetta da vizio logico o contraddittoria, non univoca o tale da non consentire la verifica del necessario nesso di strumentalità.

<sup>16</sup> In particolare, la giurisprudenza costituzionale ha esaminato nel merito alcune questioni dichiarate in prima battuta inammissibili e sollevate per la seconda volta dallo stesso remittente, cfr. nn. 135/1984, 117/1986, 453/1989, 515/1991.

<sup>17</sup> Cfr. T. GROPPI, *Le ordinanze di manifesta infondatezza e di manifesta inammissibilità*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La Corte costituzionale: profili processuali e istituzionali*, cit., 70.

È rimasta, dunque, senza risposta (ma con la probabilità di una riproposizione) una questione interessante relativa alle condizioni e ai presupposti per un'attrazione in sussidiarietà verso l'alto del potere, in questo caso, di localizzazione delle farmacie.

### **3. La sussidiarietà come decisione di preferenza alla prova dei casi: gli step dello scrutinio sui criteri di differenziazione e adeguatezza**

Secondo le ricostruzioni di una parte della dottrina italiana, l'art. 118 Cost., come modificato dalla l. cost. n. 3/2001, avrebbe introdotto in Costituzione una nozione *statica*<sup>18</sup> di sussidiarietà, consentendo l'allocazione delle sole funzioni amministrative al livello di governo più vicino al cittadino, in quanto il titolare originario è il Comune; tuttavia, «per assicurarne l'esercizio unitario» tali funzioni possono essere conferite a Province<sup>19</sup>, Città metropolitane, Regioni e Stato<sup>20</sup>, quando lo richiedano i principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione.

Ma, a bene vedere, i due principi "ancillari" a quello di sussidiarietà (ossia la differenziazione e l'adeguatezza), valutati alla stregua della sentenza della Corte costituzionale n. 303/2003<sup>21</sup>, autorizzano una lettura *dinamica* del principio in esame<sup>22</sup>. In questa sede basti ricordare che qualora la Regione non sia in grado di esercitare la funzione amministrativa che ad essa compete in base alla legge, lo Stato attrae a sé la funzione medesima. È per questa via che lo stesso può disciplinare anche la connessa funzione legislativa in ordine all'organizzazione e alla regolazione delle stesse funzioni amministrative, nel rispetto del principio di legalità.

I principi di adeguatezza e differenziazione enunciati nell'art. 118 Cost. non trovano un'autonomia concettuale rispetto a quello di sussidiarietà; tuttavia, raccogliendo alcune indicazioni<sup>23</sup> si può dire che il principio di adeguatezza impone che l'attribuzione delle funzioni avvenga nel modo più *adeguato*, dal punto di vista economico e sociale, per lo svolgimento delle stesse, tenendo conto delle diverse caratteristiche degli enti coinvolti. Secondo il principio di differenziazione, ancora, la distribuzione delle funzioni amministrative non deve necessariamente avvenire in modo uniforme fra enti territoriali dello stesso livello; anzi, ai fini dell'attribuzione delle medesime funzioni occorre tener

18 Cfr. A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.* 1/2001, 13 ss.

19 In merito alle Province si precisa che con l. n. 56 del 2014 il Parlamento ha approvato un'ampia riforma in materia di enti locali, espressamente qualificata come transitoria, nelle more della riforma costituzionale del Titolo V e delle relative norme di attuazione, prevedendo l'istituzione delle Città metropolitane, la ridefinizione del sistema delle Province ed una nuova disciplina in materia di unioni e fusioni di Comuni. Cfr., da ultimo, la sentenza n. 50/2015 con cui la Corte costituzionale ha respinto tutte le questioni di legittimità sollevate da quattro Regioni nei confronti della l. n. 56/2014.

20 Cfr. R. MANFRELOTTI, *Gli enti locali nello scenario federalista*, in *Legge, fonti locali e regolazione della funzione amministrativa*, Roma 2006, 43 ss.

21 Secondo cui la sussidiarietà verticale è capace di incidere sul riparto di competenze, non solo amministrative, ma anche legislative, descritto dall'art. 117 Cost.

22 Cfr. O. CHESSA, *La sussidiarietà (verticale) come "precepto di ottimizzazione" e come criterio ordinatore*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo* 2002, 1442 ss. R. MANFRELOTTI, *La sussidiarietà nella riforma del Titolo V della Costituzione: dal dibattito politico alle soluzioni normative. Riflessi sul sistema delle fonti*, in M. SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Napoli 2002, 421 ss. B. DE MARIA, *Il principio di sussidiarietà nell'ordinamento costituzionale*, in M. SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, cit., pp. 351 ss. M. DELLA MORTE, *Il riconoscimento del principio di sussidiarietà nella legge n. 59 del 1997*, in M. SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, cit., 397 ss. I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà: profili storici e costituzionali*, Napoli 2003. C. MILLON-DELSOL, *Il principio di sussidiarietà*, Milano 2003. F. CARINCI, *Il principio di sussidiarietà verticale nel sistema delle fonti*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (20 novembre 2006). T. E. FROSINI, voce *Sussidiarietà (principio di) (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir., Annali II*, tomo 2, Milano 2008, 1133 ss. G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli 2009. G. DI COSIMO, *Trasfigurazione della chiamata in sussidiarietà*, in *Le Regioni* 3-4/2009, 729 ss.

23 Cfr. R. BIN, G. FALCON (a cura di), *Diritto regionale*, Bologna 2012, 253 ss.

conto delle dimensioni e delle diverse caratteristiche, anche associative, demografiche, territoriali e strutturali degli enti locali. Sono, infatti, l'*efficienza* (che, afferendo al rapporto tra risorse impiegate e risultati conseguiti, richiede l'adeguatezza delle risorse impiegate rispetto alla consistenza degli obiettivi da conseguire) e l'*efficacia* (che, inerendo, invece, al rapporto tra obiettivi e risultati, implica che l'azione amministrativa sia idonea a perseguire gli obiettivi prefissati) della funzione amministrativa a guidare la scelta del livello di governo cui attribuirle. La differenziazione è, allora, intesa come applicazione negativa<sup>24</sup> del principio di eguaglianza in sede di individuazione della titolarità della funzione in quanto destinata a rispondere a esigenze e bisogni disomogenei delle varie realtà territoriali.

I principi di adeguatezza e differenziazione concorrono, pertanto, insieme a quello di sussidiarietà a delineare un sistema di allocazione delle funzioni amministrative flessibile, elastico a seconda dell'interesse pubblico che viene in rilievo.

Il precipitato logico-giuridico dei principi espressi nell'art. 118 Cost. è notevole: una stessa funzione può essere esercitata da soggetti diversi non solo tra Regione e Regione, ma anche all'interno di una di esse, in base alle capacità che gli enti locali dimostreranno di avere, da valutarsi appunto in base all'adeguatezza e differenziazione.

Di qui la necessità di individuare in che modo si svolge il giudizio di adeguatezza-inadeguatezza che deve guidare sia il legislatore nella fase di allocazione delle funzioni amministrative che il giudice, costituzionale e amministrativo, chiamato a esprimersi sulla ragionevolezza-proporzionalità dell'intervento sussidiario.

Sul piano dei vincoli posti al legislatore è necessario partire dal dato letterale: l'art. 118 Cost. non esplicita i criteri in base ai quali stabilire quando un ente territoriale è adeguato, sicché il livello di governo cui affidare l'esercizio della funzione deve individuarsi verificando qual è l'ente idoneo a garantire la *democraticità concreta* delle scelte per i soggetti destinatari, e quindi direttamente interessati, vale a dire coloro che appartengono alla specifica comunità.

Infatti, l'allocazione delle funzioni amministrative, fondato sul principio di sussidiarietà, si colloca nell'ambito della più generale questione del ruolo delle autonomie nel sistema costituzionale, chiamate ad operare in un ristretto ambito territoriale per il perseguimento di interessi locali, sicché il territorio, oltre che elemento costitutivo dell'ente, ne delimita anche la sfera d'azione.

Pertanto, «la direzione preferenziale in favore del livello di governo meno comprensivo, (...) non ha più ragione di operare solo ed esclusivamente quando la deliberazione pubblica in questione riguarda anche soggetti che non fanno parte dell'ente territoriale di volta in volta considerato»<sup>25</sup>.

In tale prospettiva, perciò, il primo *step* da compiere nell'ambito del giudizio sulla ragionevolezza-proporzionalità dell'intervento sussidiario consiste nell'interpretare le disposizioni che regolano l'esercizio della funzione amministrativa in considerazione, per determinarne l'ambito valutativo coinvolto (a sua volta, conformato dalla legge che istituisce e disciplina la funzione), ossia il territorio entro cui la funzione stessa deve essere esercitata: «se questo ambito valutativo è non ulteriore rispetto a quello di un determinato ente territoriale, quest'ultimo non è inadeguato a svolgere la funzione, e dunque deve essere preferito nella decisione allocativa. Se invece è ultroneo, deve essere preferito il livello superiore».

---

24 Cfr. S. BARTOLE, R. BIN, G. FALCON, R. TOSI, *Diritto regionale*, Bologna 2003, 174.

25 Questa citazione e la successiva sono di S. PAJNO, *La sussidiarietà e la collaborazione interistituzionale*, in S. GRASSI, M. A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, II, Milano 2014, 409.



Occorre, poi, svolgere il giudizio di adeguatezza-inadeguatezza del livello di governo rispetto alla funzione confermata dalla legge, ritenendo in contrasto con l'art. 118 Cost., primo comma, quelle disposizioni che affidano ad un livello di governo superiore l'esercizio di una funzione amministrativa caratterizzata da un ambito valutativo per la quale risulta adeguato quello meno comprensivo.

Nell'ultima fase di tale giudizio è necessario chiedersi se per il perseguimento dei fini imposti dalla legge alla funzione sia adeguato l'ente meno comprensivo, potendo concludere per l'illegittimità di una legge nei soli casi in cui una conformazione più circoscritta pregiudichi il perseguimento degli scopi imposti alla pubblica amministrazione.

Della "chiamata in sussidiarietà" verso l'alto<sup>26</sup> si è occupata la Corte costituzionale che, nella giurisprudenza successiva alla sentenza n. 303/2003, ha ripetutamente rinviato al *leading case*, ancorché abbia, in realtà, abbandonato lo schema in essa delineato, senza impegnarsi né in un autentico scrutinio sui modi di esercizio del potere, né sulla ragionevolezza-proporzionalità dell'intervento sussidiario; solo qualche volta, invece, ha fornito indicazioni riguardo ai *tests* di idoneità-adequazione per procedere alla valutazione della congruità della chiamata in sussidiarietà "verso l'alto"<sup>27</sup>. Negli sviluppi giurisprudenziali<sup>28</sup>, infatti, il principio di sussidiarietà è stato interpretato, più che come criterio per favorire gli enti minori, come strumento attraverso cui è stato possibile sottrarre competenze agli stessi a favore dei livelli di governo più comprensivi<sup>29</sup>.

Eppure, la dottrina<sup>30</sup> ha individuato nella giurisprudenza costituzionale alcune linee per il giudizio di adeguatezza-inadeguatezza sotteso al principio di sussidiarietà: si pensi all'ambito valutativo nell'esercizio della funzione<sup>31</sup>; all'inadeguatezza del livello regionale a causa di "eccessivi condizionamenti localistici"<sup>32</sup>; all'esiguità della somma stanziata come chiaro indice del fatto che da questo si evincerebbe un'adequazione del livello regionale<sup>33</sup>.

Della "chiamata in sussidiarietà" verso il basso si occupa, di regola, il giudice amministrativo. Ma da un esame della casistica si evince l'impossibilità di ricondurre "a sistema" l'impiego dei *tests* di giudizio individuati dalla giurisprudenza<sup>34</sup>.

---

26 In particolare, è stato oggetto di numerosi studi l'attitudine "ascensionale" allo spostamento delle funzioni in capo all'ente più adeguato allo svolgimento della stessa. Cfr. O. CHESSA, *Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli teorici e giurisprudenziali a confronto*, in *Le Regioni* 4/2004, 941 ss. R. BIN, "Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale". Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli 2004, I, 297 ss. A. GENTILINI, *La sussidiarietà appartiene al diritto mite? Alla ricerca di un fondamento giuridico per l'attrazione in sussidiarietà?*, in *Giur. cost.* 2008, 1595 ss. S. PARISI, *Potestà residuale e «neutralizzazione» della riforma del Titolo V*, in *Scritti in onore di M. Scudiero*, tomo III, Napoli 2008, 1597 ss. ID. *Regioni speciali e titolo V: materie residue e "chiamata in sussidiarietà"*, in R. BIN, L. COEN (a cura di), *L'impatto del Titolo V sulle regioni speciali: profili operativi*, Padova 2012, 95 ss.

27 Cfr. S. PARISI, *La gerarchia delle fonti. Ascesa, declino, mutazioni*, Napoli 2012, 303.

28 Per la ricostruzione dei quali si rinvia a C. MAINARDIS, *Chiamata in sussidiarietà e strumenti di raccordo nei rapporti Stato-Regioni*, in *Le Regioni* n. 2/3 2011, 455 ss.

29 Cfr. G. ROLLA, *Relazioni tra ordinamenti e sistema delle fonti: considerazioni alla luce della legge costituzionale n. 3 del 2001*, in *Le Regioni* 2- 3/2002, 321 ss.

30 Cfr. S. PAJNO, *Le "zone a burocrazia zero" tra principio di sussidiarietà, motivazione della legge e livelli essenziali delle prestazioni. Traendo spunto dalla sent. n. 232 del 2011*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) (30 novembre 2011).

31 Si tratta del criterio seguito, nel dettaglio, dalle sentt. nn. 6/2004, 196/2004, 242/2005, 383/2005.

32 In particolare cfr. la sentenza n. 285/2005.

33 Vedi la sentenza n. 160/2005.

34 In senso opposto si esprime R. BIN, *I decreti di attuazione della legge "Bassanini" e la sussidiarietà verticale*, in *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali*, Padova 1999, 183 ss., secondo cui la sussidiarietà è un principio politico e come tale non giustiziabile.

È, infatti, il caso di specie che guida la soluzione nell'individuazione del livello di governo più idoneo a svolgere la funzione, con conseguente impossibilità di prevedere soluzioni per il futuro.

Ciò deriva, soprattutto, dall'assenza, o dalla incompletezza, di leggi per il conferimento delle funzioni amministrative<sup>35</sup>, che ha determinato un ampliamento dell'ambito di intervento dei giudici amministrativi (e degli enti territoriali che, di fatto, in alcuni casi, hanno allocato la funzione amministrativa *genericamente* assegnata all'ente locale) chiamati a riempire di significato disposizioni legislative presenti, ma troppo generiche<sup>36</sup> o, addirittura, ad applicare *direttamente* l'art. 118 Cost. senza l'intermediazione legislativa<sup>37</sup>.

Anche se la Corte costituzionale non è scesa nel merito, occorre interrogarsi sulla ragionevolezza-proporzionalità dell'intervento sussidiario invocato dal giudice *a quo* e sulla possibilità di realizzare uno scrutinio sulla differenziazione-adequatezza circa l'allocazione della funzione amministrativa in contestazione, applicando i *tests* sopra accennati al caso di specie.

Del resto, l'art. 118, primo comma, della Cost. individua il punto di partenza, ovvero indica qual è l'ente a cui, *di regola* e in assenza di specifiche esigenze, la legge dovrebbe allocare la funzione amministrativa: il Comune. E, quindi, da tale ente territoriale bisogna partire per chiarire *se e perché* il livello comunale è adeguato; *se e perché*, invece, non lo è; ed, eventualmente, *quale* livello, in via sussidiaria, sia adeguato. Infatti, l'art. 118 Cost., letto in combinato disposto con l'art. 114 Cost., chiarisce *in che senso e perché* la Repubblica si compone paritariamente di Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni e Stato: non perché questi enti siano in tutto pariorinati<sup>38</sup> ma perché il principio di sussidiarietà li rende tutti *fungibili*, al verificarsi di certe condizioni.

Il primo *step* (come individuato dalla dottrina innanzi citata) raccorda l'interpretazione della legge che alloca la funzione considerata con l'ambito territoriale in cui la medesima deve essere esercitata: solo se, a seguito dell'esegesi della legge, possa dirsi che l'esercizio della funzione produce effetti anche al di fuori del territorio comunale, dovrà concludersi per la sua illegittimità e per una diversa allocazione della stessa. Ebbene, la delibera della Giunta comunale con cui si localizzano due nuove farmacie a Treviso non si rivolge (e non potrebbe farlo, non potendo localizzare farmacie nei territori di altri Comuni) a soggetti residenti in altri Comuni che, ragionevolmente, tenderanno, dunque, a soddisfare i propri bisogni nelle farmacie localizzate dall'ente competente presso il proprio Comune di residenza. Pertanto, la deliberazione non è spazialmente ultrattiva rispetto all'ambito territoriale considerato.

---

35 Cfr. A. D'ATENA, *La difficile transizione. In tema di attuazione della riforma del Titolo V*, in *Le Regioni* 2-3/2002, 305 ss. G. FALCON, *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi artt. 118 e 117 della Costituzione*, in *Le Regioni* 2-3/2002, 383 ss. M. CARLI, *Esercizio delle funzioni amministrative, Commento all'art. 7, commi da 1 a 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131*, in G. FALCON (a cura di), *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, Bologna 2003, 147 ss. E. GIANFRANCESCO, *L'amministrazione regionale nei lavori della Commissione per le riforme costituzionali*, in *Le Regioni* 4/2013, 691 ss.

36 Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 28/04/2010, n. 2436; Consiglio di Stato, sez. VI, 27/04/2010, n. 2371; Consiglio di Stato, sez. VI, 28/06/2007, n. 3792.

37 Cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. V, 16/08/2010, n. 5714.

38 Infatti, solo lo Stato è sovrano, mentre gli altri sono autonomi. Ed ancora, solo lo Stato in principio legifera nelle materie statali, e solo le Regioni legiferano nelle materie regionali. Cfr. G. U. RESCIGNO, *Sulla attuazione del principio di sussidiarietà (note per l'audizione dell'11 dicembre 2006 presso le Commissioni Affari costituzionali congiunte di Camera e Senato)*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

Questo *step*, quindi, non sarebbe superato e, di conseguenza, non sarebbe giustificata una attrazione “*verso l’alto*” della funzione di localizzazione.

Ancora, in base al secondo *step* dovrebbero ritenersi in contrasto con l’art. 118 Cost., primo comma, le disposizioni che affidano a un livello di governo superiore l’esercizio di una funzione amministrativa caratterizzata da un ambito valutativo per la quale risulta adeguato quello meno comprensivo. Ebbene, nel caso di specie, il d.l. n. 1/2012 sembra inverare l’art. 118 Cost., primo comma, Cost., come tra l’altro sostiene l’Avvocatura dello Stato, secondo cui proprio il principio di sussidiarietà esprime «una chiara preferenza del dettato costituzionale in favore del Comune; rispetto alla quale sarebbe una diversa soluzione allocativa ad assumere i caratteri di eccezionalità, che obbligherebbero il legislatore ad allegare le puntuali motivazioni<sup>39</sup> a sostegno della scelta operata»<sup>40</sup>.

Infine, occorre interrogarsi sull’adeguatezza dell’ente meno comprensivo a perseguire i fini imposti dalla legge alla funzione dalla stessa allocata. L’intento perseguito dal legislatore attraverso il d.l. n. 1/2012 è esplicitato nell’art. 11, comma primo, secondo cui le norme in esame mirano a «favorire l’accesso alla titolarità delle farmacie da parte di un più ampio numero di aspiranti, aventi i requisiti di legge, nonché di favorire le procedure per l’apertura di nuove sedi farmaceutiche garantendo al contempo una più capillare presenza sul territorio del servizio farmaceutico».

Per questo motivo, nell’individuazione dei siti ove allocare le farmacie il Comune sembra essere spinto dalla necessità di assicurare il pubblico servizio farmaceutico a vantaggio dei cittadini; sicché l’attribuzione della relativa funzione programmatica al Comune sembra essere del tutto congrua rispetto ai fini perseguiti dal legislatore<sup>41</sup>.

#### **4. Per concludere**

Il d.l. n. 1/2012 sembrerebbe, quindi, in linea con lo statuto teorico della sussidiarietà verticale, avendo spostato la funzione di localizzazione di nuove farmacie in capo ai Comuni.

Tuttavia, la scelta legislativa lascia aperta la possibilità che siano lesi altri principi o interessi costituzionalmente rilevanti quando il Comune, come nel caso di specie, ricopre una duplice veste, essendo sia soggetto destinatario della localizzazione che titolare del potere di zonizzazione.

Si è notato che i blandi parametri rappresentati dalle distanze minime tra un punto vendita e l’altro (200 mt.)<sup>42</sup> e il parametro numerico di una farmacia ogni 3.300 abitanti<sup>43</sup>, non possono dirsi idonei a consentire un esercizio *imparziale* del potere, dal

---

<sup>39</sup> Non sembra condivisibile l’idea secondo cui dalla *presunzione* a favore degli enti meno comprensivi delle funzioni amministrative, introdotta in Costituzione, possa desumersi l’obbligo in capo al legislatore di motivare (sul problema della motivazione delle leggi cfr. M. PICCHI, *L’obbligo di motivazione delle leggi*, Milano 2011) la propria decisione di allocare le medesime agli enti meno comprensivi: se così fosse l’assenza di motivazione renderebbe la legge incostituzionale *ex se*. In senso negativo si esprime anche S. PAJNO, *Le “zone a burocrazia zero” tra principio di sussidiarietà, motivazione della legge e livelli essenziali delle prestazioni. Traendo spunto dalla sent. n. 232 del 2011*, cit. In senso positivo si esprime, invece, G. U. RESCIGNO, *Sulla attuazione del principio di sussidiarietà (note per l’audizione dell’11 dicembre 2006 presso le Commissioni Affari costituzionali congiunte di Camera e Senato)*, cit.

<sup>40</sup> Così ordinanza n. 24/2015.

<sup>41</sup> Come sostenuto, tra l’altro, dall’Avvocatura dello Stato.

<sup>42</sup> Come stabilisce l’art. 1, comma 7, l. n. 475/1968.

<sup>43</sup> Contenuto nell’art. 1, comma 2, l. n. 475 del 1968.

momento che il Comune potrebbe riservare alle farmacie di cui è titolare una localizzazione più favorevole che gli assicuri un più ampio bacino d'utenza<sup>44</sup>. Insomma, l'urgenza di superare un *vulnus* di tutela che deriva dalla presenza di un conflitto di interessi, l'impossibilità di applicare i *tests* al caso di specie per allocare verso l'alto la funzione di localizzazione di nuove farmacie, la necessità di assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'azione amministrativa e di bilanciare<sup>45</sup> il principio di sussidiarietà con altri interessi che, di volta in volta, vengono in rilievo, impongono una riallocazione della funzione in capo all'ente più comprensivo (ossia la Regione, come prevedeva la disciplina *ante* 2012). In presenza di un conflitto tra interessi costituzionali, infatti, il legislatore deve trovare un ragionevole equilibrio tra gli stessi, la cui congruità sarà eventualmente valutata dai giudici<sup>46</sup>.

\*\* Dottore di ricerca in Diritto Pubblico e Costituzionale presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II

---

<sup>44</sup> In senso opposto si è espressa ripetutamente la giurisprudenza, da ultimo, cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 18/05/2015, n. 2521.

<sup>45</sup> Non è possibile ricostruire in questa sede le posizioni che si sono affermate in tema di bilanciamento. Si ricorda, tuttavia, che per alcuni il bilanciamento è concepito come un'attività razionale (cfr. ad es. R. ALEXY, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in *Ars Interpretandi* 7/2002, 131 ss. ID., *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, in *Ars Interpretandi* 10/2005, 97 ss.), per altri, invece, come un soggettivo giudizio di valore dell'interprete (cfr. ad es. R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 219 ss.). Sulla possibilità di una soluzione intermedia, cfr. G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna 2010, 173 ss. Cfr. anche R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano 1992, 62 ss. R. ALEXY, *Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, 38. A. MORRONE, voce *Bilanciamento* (giustizia costituzionale), in *Enciclopedia del diritto, Annali*, Milano 2008, vol. II, tomo II, 185 ss.

<sup>46</sup> Tale compito è assolto se lo strumento normativo che ha scelto per tutelare un determinato interesse comporta «il minor sacrificio degli interessi concorrenti» e se il legislatore, pur potendo ragionevolmente comprimere la tutela di un interesse o limitare l'esercizio di un diritto, non arrivi al punto di annullarlo, violando il suo contenuto essenziale. Cfr. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino 2014, spec. 534.