

Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto

(nota a Corte cost., sent. n. 6/2004)

di O. Chessa

(in corso di pubblicazione in "Le Regioni", n. 4/2004)

Sommario: 1. Premessa. - 2. Il "metodo" della sussidiarietà: la procedimentalizzazione delle istanze unitarie nella sentenza n. 303/2003. - 3. La scissione tra titolo d'intervento ed esigenza unitaria. Quali test per il principio di leale collaborazione? - 4. Sussidiarietà e test di ragionevolezza nella sentenza 6 del 2004. - 5. Una diversa concezione delle istanze unitarie? - 6. La funzione di governo tra principi e procedimenti. - 7. Principio unitario e democrazia integrata. - 8. Chi definisce le esigenze unitarie?

1. *Premessa* - Nella sentenza n. 6 del 2004 la Corte ribadisce quanto già affermato nella precedente sentenza n. 303 del 2003: e cioè che il principio di sussidiarietà ordina il rapporto tra legge statale e legge regionale nelle materie di potestà concorrente. E quindi conferma e consolida una lettura (parzialmente) flessibile dei riparti competenziali tra Stato e regioni.

C'è però anche qualcosa in più. Quasi una correzione di rotta rispetto agli assunti della pronuncia capostipite.

In particolare, le differenze concernono la nozione di esigenze unitarie e il rapporto tra queste e i canoni di sussidiarietà e leale collaborazione. Per coglierle appieno occorre però fare un passo indietro e ricostruire analiticamente il modello della sent. 303/2003.

2. *Il "metodo" della sussidiarietà: la procedimentalizzazione delle istanze unitarie nella sentenza n. 303/2003* - Come è ormai notissimo, secondo l'orientamento della sentenza 303 del 2003 la sussidiarietà riguarda non solo il riparto delle funzioni amministrative ma anche quello delle funzioni legislative; di talché l'art. 118 cost. orienta la lettura dell'art. 117, rendendo flessibile la distribuzione delle competenze normative tra Stato e Regioni.

Secondo la Corte infatti «limitare l'attività unificante dello Stato alle sole materie espressamente attribuitegli in potestà esclusiva o alla determinazione dei principi nelle materie di potestà concorrente significherebbe bensì circondare le competenze legislative delle Regioni di garanzie ferree, ma vorrebbe dire anche svalutare oltre misura istanze unitarie che pure in assetti costituzionali fortemente pervasi da pluralismo istituzionale giustificano, a determinate condizioni, una deroga alla normale ripartizione di competenze [basti pensare al riguardo alla legislazione concorrente dell'ordinamento costituzionale tedesco (*konkurrierende Gesetzgebung*) o alla *clausola di supremazia* nel sistema federale statunitense (*Supremacy Clause*)]». Se sussistono dunque «istanze unitarie» che richiedono l'attrazione in capo allo Stato di funzioni amministrative relative a materie sulle quali esso non vanta una potestà legislativa esclusiva ma solo concorrente, il «meccanismo dinamico della sussidiarietà» può «rendere meno rigida la stessa distribuzione delle competenze legislative». È chiaro infatti che, insieme alle funzioni amministrative, lo Stato deve poter attrarre anche il potere di disciplinarle, onde evitare che il loro esercizio avvenga sulla base di discipline regionalmente differenziate: la funzione legislativa seguirebbe perciò quella amministrativa, secondo il principio di legalità.

Del ruolo svolto in questo caso dal principio di legalità (sempre che ce l'abbia...) si parlerà dopo. Per ora interessa rilevare quali concezioni della sussidiarietà e delle "istanze unitarie" si possono rinvenire nella sentenza del 303 del 2003. Oltre che all'impianto complessivo della pronuncia, bisogna guardare in particolare ai punti 2.1., 2.2. e 4.1. del *Considerato in diritto*.

Nel 2.1. la Corte precisa che non rientra tra i suoi compiti «giudicare se le singole opere inserite nel programma (previsto dalla "Legge Obiettivo" per l'individuazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategic, ndr) meritino di essere considerate strategiche, se sia corretta la loro definizione come interventi di preminente interesse nazionale o se con tali qualificazioni siano lese competenze legislative delle Regioni»: ad essa spetta solo «di accertare se il complesso iter procedimentale prefigurato dal legislatore statale sia ex se invasivo delle attribuzioni regionali; si deve cioè appurare se il legislatore nazionale abbia titolo per assumere e regolare l'esercizio di funzioni amministrative

su materie in relazione alle quali esso non vanta una potestà legislativa esclusiva, ma solo una potestà concorrente». In sostanza, ci si chiede se il legislatore statale possa predisporre complessi procedimenti decisionali che abbiano come esito *possibile* l'attrazione al livello statale di funzioni regionali.

La risposta della Corte, come è noto, è positiva. Ma ad una condizione: che le istanze unitarie da cui discenderebbe la necessità dell'assunzione in sussidiarietà delle funzioni regionali si formino attraverso un procedimento decisionale ispirato al canone di leale collaborazione. In base a questa visione «procedimentale e consensuale» la sussidiarietà non è altro che un «metodo» ispirato a leale collaborazione, cioè un processo decisionale *procedimentalizzato*, il cui risultato *può essere* l'attrazione statale della funzione amministrativa su ambiti materiali di spettanza regionale. La sussidiarietà, pertanto, affida alla legge statale non già il compito di allocare direttamente la funzione, bensì quello di apprestare procedimenti allocativi, il cui esito non è predeterminabile *a priori* ma solo *ex post*, cioè a seguito del corretto espletamento della procedura (la quale ovviamente dovrà essere caratterizzata in senso plurale e collaborativo).

Una conferma di quanto detto si può trarre dal punto 4.1., dove molto eloquentemente il giudice costituzionale spiega che «nel congegno sottostante all'art. 118, l'attrazione allo Stato di funzioni amministrative da regolare con legge non è giustificabile solo invocando l'interesse ad un esercizio centralizzato di esse, ma è necessario un *procedimento attraverso il quale l'istanza unitaria venga saggiata nella sua reale consistenza* (corsivo mio) e quindi commisurata all'esigenza di coinvolgere i soggetti titolari delle attribuzioni attratte, salvaguardandone la posizione costituzionale. Ben può darsi, infatti, che nell'articolarsi del procedimento, al riscontro concreto delle caratteristiche oggettive dell'opera e dell'organizzazione di persone e mezzi che essa richiede per essere realizzata, *la pretesa statale di attrarre in sussidiarietà le funzioni amministrative ad essa relative risulti vanificata* (corsivo mio), perché l'interesse sottostante, quale che ne sia la dimensione, possa essere interamente soddisfatto dalla Regione, la quale, nel contraddittorio, ispirato al canone di leale collaborazione, che deve instaurarsi con lo Stato, non solo allegghi, ma argomenti e dimostri la propria adeguatezza e la propria capacità di svolgere in tutto o in parte la funzione».

Secondo i primi commentatori questo passo conterrebbe un'inaccettabile "inversione dell'onere della prova", a tutto svantaggio dell'autonomia regionale e degli enti locali. Mi sembra che la valutazione debba essere rovesciata. Nell'*iter* procedimentale previsto dalla legge statale tutti i soggetti che vi partecipano possono argomentare *pro* ovvero *contra* l'attrazione statale della funzione regionale. Secondo quanto asserisce la Corte, sembrerebbe addirittura che il confronto paritario delle ragioni contrapposte possa perfino vanificare la pretesa statale, cioè indurre i partecipanti a ritenere insussistente l'istanza unitaria.

Ed infatti, la visione *integralmente procedimentale* della sussidiarietà si coniuga naturalmente con una visione "aperta" e anch'essa "procedimentalizzata" delle esigenze unitarie. Queste non esistono al di fuori del procedimento attraverso il quale determinarle e senza l'accordo dei soggetti interessati: la dimensione degli interessi non è data *ontologicamente* ma è determinata *convenzionalmente*. Ed è questa la ragione per cui la Corte esclude che sia proprio compito stabilire se questa o quella opera siano o non siano di interesse nazionale: ciò infatti è riservato all'espletamento dell'*iter procedimentale* predisposto dalla legge in osservanza del canone di leale collaborazione.

Con formulazione sintetica, la sussidiarietà *ex sent.* 303/2003 può definirsi come *il principio che consente ad istanze unitarie scaturenti da un procedimento di leale cooperazione di spostare la linea di confine tra competenze statali e regionali*.

3. *La scissione tra titolo d'intervento ed esigenza unitaria. Quali tests per il principio di leale collaborazione?* - Coerente col modello della sussidiarietà come "metodo" o "procedimento" è inoltre la scissione tra l'istanza unitaria che concretamente consente l'attrazione statale della funzione regionale e il titolo che legittima l'intervento del legislatore statale; che lo autorizza cioè a predisporre il procedimento allocativo. Mentre della prima si afferma una concezione "aperta", del secondo invece si ribadisce una concezione "chiusa". Essendo un dato squisitamente procedimentale, le esigenze unitarie, come s'è detto, non sono predeterminabili *a priori*, laddove i titoli d'intervento devono invece ricondursi tutti agli elenchi di materie di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 117. Non a caso la sentenza in esame ribadisce continuamente che gli ambiti di legislazione incisi dalla disciplina impugnata «possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti» (punto 2.3.).

La integrale procedimentalizzazione delle istanze unitarie si riverbera pure sul modo di intendere la parametricità dei principi di sussidiarietà e leale collaborazione. Si consideri il punto 2.2 del *Considerato in diritto*, in cui si afferma che «i principi di sussidiarietà e di adeguatezza convivono con il normale riparto di competenze legislative contenuto nel Titolo V e possono giustificare una deroga *solo se la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni*

regionali da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità (corsivo mio), e sia oggetto di un accordo stipulato con la Regione interessata». Qui la Corte spiega su quali criteri baserà il proprio giudizio. Sembra che al parametro costituito dal principio di leale collaborazione ne voglia affiancare un altro (o altri due), il principio di ragionevolezza e/o di proporzionalità. Si tratta però un'impressione sbagliata, perché il parametro è invero sempre lo stesso canone di leale collaborazione. Secondo le parole della Corte, infatti, ciò che deve essere proporzionato e non irragionevole è «la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato». Ciò può significare almeno due cose: che oggetto del sindacato di ragionevolezza e dello *strict scrutiny* sia il processo decisionale che si svolge nell'ambito del procedimento previsto dalla legge statale ovvero la stessa disciplina legislativa dei procedimenti allocativi (di funzioni regionali in capo allo Stato). Dovendo necessariamente scartare la prima ipotesi (che esula chiaramente dal sindacato di costituzionalità delle leggi, potendo semmai riguardare un successivo giudizio amministrativo per eccesso di potere ovvero un successivo giudizio della Corte per conflitto di attribuzioni), rimane la seconda. E dunque, il senso del passo citato è che il legislatore statale è tenuto a definire modalità collaborative ragionevoli e proporzionate; in una parola: *adeguate*.

La Corte però non va oltre questa enunciazione di principio; e non specifica mai in che modo debba svolgersi il suddetto controllo di adeguatezza. Riconosce che il canone di leale collaborazione si presta ad un uso di tipo scalare, con intensità variabile in relazione alle diverse fattispecie, ma non arriva mai a definire un vero e proprio *test*, suscettibile di applicazione generalizzata.

A dimostrazione che le modalità collaborative possono essere diverse, nel punto 20 del *Considerato in diritto* si afferma che « non vi è alcuna prescrizione costituzionale dalla quale possa desumersi che il livello di collaborazione regionale debba consistere in una vera e propria intesa». E infatti, a giudizio della Corte non è necessario che la nomina dei Commissari straordinari incaricati di seguire l'andamento delle opere aventi carattere interregionale ed internazionale debba essere decisa con le Regioni e le Province autonome interessate. Sembra, ma non viene detto chiaramente, che sia il livello dell'interesse (cioè dell'opera) a graduare l'intensità della modalità collaborativa: quanto più elevato risulta il primo, tanto meno "impegnativa" potrà essere la seconda. Ma non si tratta di un vero e proprio *test*, perché il succo del ragionamento fatto dalla Corte si riduce a questo: siccome le Regioni interessate hanno concordato sul carattere interregionale ed internazionale dell'opera, allora devono accettare che la vigilanza sulla sua realizzazione venga affidata ad un commissario straordinario nominato dal (solo) Governo. E invece, ciò che propriamente si deve valutare è se la nomina (esclusivamente) governativa del Commissario straordinario sia un mezzo adeguato (e proporzionato) rispetto al livello dell'interesse che si vuole tutelare.

Ebbene, come risulterà più chiaro alla luce della successiva sentenza 6 del 2004, è proprio la natura esclusivamente procedimentale dell'istanza unitaria a non consentire la formulazione dei *tests* che dovrebbero misurare l'adeguatezza delle modalità collaborative previste dalla disciplina allocativa.

In definitiva, secondo il modello accolto dalla sent. 303/2003 la sussidiarietà:

autorizza, in presenza di uno o più titoli giustificativi desumibili dai commi 2 e 3 dell'art. 117, la legge statale a predisporre procedimenti decisionali concordati per l'allocazione di funzioni regionali ad organi statali;

procedimentalizza le esigenze unitarie, affidandone la determinazione concreta alle pratiche collaborative che scandiscono i rapporti tra livelli di governo;

rende flessibile la linea di confine tra potestà legislative statali e regionali, ma non opera come clausola aperta, in grado di allungare indefinitamente l'elenco dei titoli giustificativi l'intervento statale (dalla qual cosa si evince che il vecchio interesse nazionale non si nasconde sotto le spoglie del nuovo principio di sussidiarietà e che l'art. 118 non "apre" l'art. 117, ma solo ne rende mobili le paratie interne);

non sussiste come canone sostanziale autonomo rispetto al principio di leale collaborazione;

non si accompagna ad una precisa e compiuta elaborazione dei *tests* (di ragionevolezza) cui affidarne la concreta giustiziabilità.

4. *Sussidiarietà e test di ragionevolezza nella sentenza n. 6 del 2004* - Sulla scia della sentenza n. 303/2003 si colloca la sentenza 6 del 2004. Riprende il modello della sussidiarietà legislativa, introducendo però una variazione importante

cui occorre rivolgere un'attenzione particolare. Apparentemente sembra che nulla cambi ma in realtà non è così.

In particolare si ribadisce che il principio di sussidiarietà può giustificare una deroga al riparto competenziale dell'art. 117 solo alla condizione che «la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità e sia oggetto di un accordo stipulato con la Regione interessata».

Riprende dunque, con fedele citazione testuale, l'enunciazione di principio che nella sent. 303/2003 non aveva avuto seguito e la sviluppa, prescrivendo la necessità che la disciplina statale che dispone l'attrazione in sussidiarietà delle funzioni regionali in capo allo Stato «detti una disciplina *logicamente pertinente*, dunque *idonea* alla regolazione delle suddette funzioni, e che risulti limitata *a quanto strettamente indispensabile* a tale fine (i corsivi miei)».

Lo scrutinio stretto sull'adeguatezza del procedimento allocativo si affida così a due *test*: il primo, quello di *idoneità*, consiste nell'accertare la strumentalità logica della disciplina impugnata rispetto all'esigenza unitaria; il secondo, quello di *non eccessività* o *necessità*, consiste nel valutare che la strumentazione normativa prescelta non sia sproorzionata rispetto allo scopo di realizzare l'esigenza unitaria. Occorre pertanto verificare se sia possibile rinvenire uno strumento normativo alternativo che consenta di ottenere il medesimo scopo ma in maniera meno "costosa" per l'autonomia regionale. In altri termini, l'esercizio statale di funzioni relative a materie regionali deve rimanere circoscritto nella misura strettamente indispensabile al conseguimento dell'esigenza unitaria: di conseguenza la legge statale deve disciplinarlo in modo da assicurarne il carattere *necessario*.

Nel caso di specie l'oggetto del giudizio è costituito dalla disciplina che attribuisce allo Stato il potere di autorizzare la costruzione e l'esercizio di impianti di energia elettrica di potenza superiore a 300 MW termici. La Corte individua il titolo giustificativo dell'intervento statale nel comma 3 dell'art. 117 ("produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia"). Ma siccome la normativa impugnata è senza dubbio di dettaglio, occorre perciò verificare se essa disciplina la potestà autorizzatoria statale in modo da assicurarne il carattere sussidiario, cioè *idoneo* e *necessario* rispetto alla soddisfazione dell'esigenza unitaria.

L'esito dello scrutinio è la non illegittimità della disciplina impugnata. Il giudice costituzionale infatti rileva «la necessità dell'intervento dell'amministrazione statale in relazione al raggiungimento del fine di evitare il "pericolo di interruzione di fornitura di energia elettrica su tutto il territorio nazionale" (art. 1 del d.l. n. 7 del 2002); non v'è dubbio, infatti, che alle singole amministrazioni regionali - che si volessero attributarie delle potestà autorizzatorie contemplate dalla disciplina impugnata - sfuggirebbe la valutazione complessiva del fabbisogno nazionale di energia elettrica e l'autonoma capacità di assicurare il soddisfacimento di tale bisogno». Inoltre, sempre a giudizio della Corte, tale normativa si è limitata a regolare le suddette funzioni «in funzione del solo fine di sveltire le procedure autorizzatorie necessarie alla costruzione o al ripotenziamento di impianti di energia elettrica di particolare rilievo»; tanto più che «la stessa finalità per la quale tale disciplina è stata posta in essere verrebbe frustrata da un assetto delle competenze amministrative diverso da quello da essa stabilito, anche in considerazione della necessaria celerità con cui - al fine di evitare il pericolo della interruzione della fornitura di energia elettrica su tutto il territorio nazionale - le funzioni amministrative concernenti la costruzione o il ripotenziamento di impianti di energia elettrica di particolare rilievo devono essere svolte».

Il protocollo argomentativo elaborato in questa occasione dalla Corte riproduce perfettamente lo statuto logico del canone di sussidiarietà. Questo è una "norma-principio", un "precetto di ottimizzazione". Non enuncia una regola precisa, un precetto rigido che ci pone dinanzi all'alternativa netta se osservarlo o violarlo, ma solo impone che «qualcosa venga realizzata in misura possibilmente elevata in relazione con le possibilità di fatto e di diritto». La sua applicazione è pertanto suscettibile di gradazioni differenti, poiché pretende soltanto di venire osservato nella misura più estesa *possibile*, sulla base di valutazioni di ragionevolezza. Indica un *favor*, cioè una «*decisione di preferenza* in favore dell'ambito più vicino agli interessati», ed insieme le condizioni sotto le quali è possibile derogarvi: l'azione sussidiaria deve fornire ragioni che giustifichino il venir meno del *favor*. Deve cioè costituire un mezzo *idoneo* e *non eccessivo*, vale a dire *strettamente indispensabile*, al conseguimento dell'istanza unitaria che il livello superiore si prefigge. Se così non fosse, non avrebbe carattere sussidiario bensì ingiustificatamente invasivo del livello di governo su cui insiste la "decisione di preferenza".

In applicazione dell'art. 118 la legge statale può stabilire che talune funzioni rimangano a livello regionale (o provinciale o comunale); che altre siano oggetto di una gestione concordata tra Stato e Regioni; che su altre ancora infine l'ultima parola spetti allo Stato: in ogni caso la scelta tra la gestione concordata e quella sostanzialmente unilaterale dello Stato

non può essere arbitraria, ma deve giustificarsi in termini di adeguatezza, cioè sempre in base ai due *test* di idoneità e necessità. Se la gestione concordata consente di soddisfare le esigenze unitarie, deve essere preferita a quella unilaterale, poiché costituisce un mezzo meno invasivo dell'autonomia regionale. Insomma, la scelta della modalità collaborativa dipende dal precetto di ottimizzazione che impone alla legge statale di perseguire l'istanza unitaria attraverso lo strumento meno incidente possibile per l'autonomia regionale: cioè dal principio di sussidiarietà.

5. *Una diversa concezione delle istanze unitarie?* - La sentenza 6 del 2004 dimostra che la giustiziabilità dei principi di sussidiarietà e leale collaborazione si regge sui *test* di *idoneità* e *non eccessività*. Non ci troviamo però di fronte ad un mero completamento del modello di giudizio inaugurato con la pronuncia 303/2003. La vera novità, infatti, è una diversa ricostruzione della nozione di "esigenza unitaria". Nella sent. 6/2004 i giudizi di idoneità e non eccessività della disciplina impugnata vengono sempre condotti in riferimento al fine di evitare il "pericolo di interruzione di fornitura di energia elettrica su tutto il territorio nazionale" (art. 1 del d.l. n. 7 del 2002). L'istanza unitaria quindi non è altro che la *ratio* della disciplina impugnata: *ratio* che può essere implicitamente ricavata per interpretazione ovvero espressamente dichiarata, come nel caso in esame. Il "pericolo di interruzione di fornitura di energia elettrica su tutto il territorio nazionale" è ciò che occorre evitare o prevenire ed a cui sono preordinate le funzioni attratte in sussidiarietà.

Anche in questo caso il titolo d'intervento e l'esigenza unitaria non combaciano, ma la seconda trova comunque protezione sotto l'ombrello del primo, come un rapporto tra *genus* e *species*. L'istanza unitaria non è un dato procedimentale, un interesse il cui livello deve essere determinato consensualmente *ex post*. È invece un dato normativo-sostanziale, un principio teleologicamente rilevante che enuclea la scelta d'indirizzo, l'obiettivo perseguito dalla fonte statale e che ovviamente deve essere riconducibile ad uno o più dei titoli d'intervento *ex art.* 117. Di conseguenza, la procedimentalizzazione non determina l'esigenza unitaria, bensì le modalità del suo invero, cioè le funzioni che la soddisfano. Del resto, leggi che non individuassero fini ma solo procedimenti concordati per la loro determinazione sarebbero un non-senso: perché legiferare se non si vuole conseguire nessun fine particolare o generale?

Il principio di sussidiarietà orienta dunque la scelta delle formule cooperative che danno corpo alla disciplina procedimentale. In base al criterio della non eccessività (dell'intervento statale in particolare e del livello superiore in genere) devono preferirsi quelle formule che consentano al più alto grado la partecipazione regionale e degli altri Enti interessati. Ci si può anche orientare verso forme collaborative meno impegnative, ma soltanto se ciò è *necessario* per la realizzazione dell'istanza unitaria.

Si può dunque ordinare la gamma degli interventi statali secondo un criterio di invasività crescente, dal meno incisivo al più pervasivo. E quindi, in vista delle esigenze unitarie in alcuni casi può essere sufficiente limitarsi ad indirizzare e coordinare funzioni regionali; oppure si può autorizzare lo Stato ad esercitarle in forma sostitutiva; o ancora, stabilire l'attrazione in sussidiarietà e disporre che siano esercitate in forma congiunta, sulla base di intese. Infine, se proprio non se ne può fare a meno, all'assunzione in sussidiarietà può corrispondere la forma collaborativa debole della mera audizione o consultazione dei livelli di governo inferiori: è comunque la specifica istanza unitaria, insieme ai *test* di idoneità e non eccessività o necessità, il criterio per determinare lo strumento ottimale nell'ampio spettro delle soluzioni praticabili.

Ciò dimostra inoltre che, contrariamente a quanto affermato dalla sent. 303/2003, il motore concettuale della sussidiarietà non ha bisogno di carburarsi col principio di legalità. L'attivazione della sussidiarietà in relazione al riparto delle fonti normative può infatti prescindere logicamente dall'attrazione preliminare della funzione amministrativa. Siccome lo spostamento di questa dal livello regionale a quello statale costituisce una modalità operativa particolarmente invasiva, si devono prima ricercare altre soluzioni. Se in vista delle istanze unitarie non è necessario spogliare le Regioni della titolarità delle funzioni amministrative che *prima facie* ricadono nella loro competenza legislativa, lo Stato può limitarsi a disciplinarne l'esercizio, indirizzandole e coordinandole verso un obiettivo comune: è evidente che in questo caso la sussidiarietà giustifica l'irruzione della fonte statale nell'ambito regionale (cioè l'attrazione di materie regionali in capo alla legge statale), ma non l'attrazione della funzione amministrativa.

L'applicazione scalare del canone di leale collaborazione - con un *favor* per le modalità che lo realizzano al massimo grado - esige che il fine unitario debba realizzarsi attraverso un'azione quanto più possibile congiunta tra i livelli di governo interessati (che sono in linea di principio tutti, dato che si tratta, per l'appunto, di un fine "unitario"). La misura del coinvolgimento regionale e locale deve essere tanto più elevata quanto più il conseguimento del fine unitario interferisce con ambiti o interessi regionali e locali. Quando l'interferenza è massima occorre la "codecisione", l'intesa "forte". Negli altri casi si possono stabilire modalità cooperative meno intense o anche procedure di superamento del

dissenso.

Sempre sulla base di queste premesse si può obiettare tuttavia che la modalità cooperativa dell'intesa "forte", della "codecisione" non può mai essere uno strumento adeguato rispetto al conseguimento di esigenze unitarie. Senza la previsione di procedure di superamento del dissenso regionale, cioè di procedimenti di gestione della funzione alternativi rispetto alla gestione concordata, l'istanza unitaria rischia perciò di essere vanificata?

L'obiezione segnala un elemento di indubbia rigidità; ma non deve impensierire, poiché esistono rimedi contro esiti tanto drastici. Il principio di leale collaborazione non vincola solo le scelte del legislatore in ordine alle soluzioni procedurali: è anche parametro diretto delle attività compiute nel procedimento; e quindi, lungi dall'esaurirsi con la posizione della legge procedimentale, conserva sempre la possibilità di operare puntualmente in relazione a ciascun atto adottato in applicazione della stessa. Insomma, deve essere improntata a leale collaborazione non solo la disciplina normativa del procedimento ma anche la condotta dei soggetti che vi partecipano. Diversamente, si deve postulare che il procedimento sia aperto a qualsiasi esito, anche a quelli incompatibili con i principi che ne definiscono il senso e ne scandiscono il movimento. Di conseguenza, lo Stato ben può impugnare il diniego regionale per conflitto d'attribuzioni, se ritiene che sia stato motivato in modo inadeguato, e sollecitarne lo scrutinio stretto in base al parametro costituito dalla specifica esigenza unitaria che è richiamata dalla legge procedimentale, ovviamente in necessaria correlazione ai test di idoneità e necessità.

5. La funzione di governo tra principi e procedimenti. - Il fatto che l'istanza unitaria non sia il risultato del procedimento ma il suo criterio di valutazione dimostra che tra "principi" e "procedimenti" c'è una connessione molto stretta. La struttura nomologica degli enunciati legislativi, in primo luogo di quelli che concernono rapporti tra livelli di governo, è sempre meno composta di "regole" e sempre più costituita da "principi" e discipline procedurali. E così come non esistono procedimenti integralmente "neutrali", parimenti non esistono principi senza procedimenti di implementazione.

I principi non si applicano mediante sussunzioni sillogistiche, ma mediante bilanciamenti, cioè ricorrendo a standard valutativi extratestuali permeabili rispetto all'argomentazione morale pratica. Procedimentalizzare l'applicazione dei principi significa infatti due cose: 1) formalizzare le pratiche di bilanciamento per mezzo di test di ragionevolezza; 2) aprire le pratiche di bilanciamento all'apporto, più o meno paritario, dei soggetti interessati, in modo che l'argomentazione morale pratica cui dà luogo l'applicazione del principio coinvolga in forma discorsiva più voci, opinioni, interessi: in un certo senso la legge procedimentale costituisce un'iniezione di "democrazia deliberativa".

Non è un caso che anche le discipline relative a "livelli essenziali" riproducano la medesima struttura: la legge statale cioè non li fissa direttamente ma detta solo principi e procedimenti per la loro implementazione. In riferimento alle esigenze unitarie, la funzione di governo si gioca tutta o quasi sulla capacità di costruire normativamente e gestire concretamente *procedimenti partecipati*. Qui la vecchia nozione di indirizzo politico esaurisce la propria forza propulsiva. Non si tratta più di decidere i fini generali dell'ordinamento, ponendo fine alle divisioni di una società irrimediabilmente plurale; ovvero di ricavare sintesi politiche dalla pluralità degli orientamenti, interessi, credenze. Non si tratta più di *chiudere* bensì di *aprire* un processo decisionale pluralistico, in cui abbiano peso e ruolo tutte le soggettività implicate, dai livelli di governo alle autonomie sociali, funzionali, individuali.

6. Principio unitario e democrazia integrata. - Accedendo a questa lettura si deve altresì riconoscere che non esiste un portatore delle istanze unitarie.

In base all'art. 114 cost. la Repubblica è il sistema complessivo delle istituzioni politiche. Complessivo ma anche complesso, perché si compone di una pluralità di livelli di governo, cui corrisponde una pluralità di ordinamenti reciprocamente autonomi e, allo stesso tempo, coordinati e comunicanti. Dentro la Repubblica si realizza una dialettica bilanciata tra le due polarità contrapposte dell'unità e della diversità, dell'uniformità e della differenziazione, della dipendenza e dell'autonomia. Posto che delle istanze dell'autonomia e della differenziazione è portatore ciascun livello di governo, il quale può farle valere contro qualsiasi altro che ne voglia sminuire irragionevolmente il valore e la portata, resta però da chiarire quale sia il portatore dell'istanza unitaria, cioè il legittimo rappresentante del principio unitario, il soggetto che, all'interno della Repubblica ne fa valere legittimamente le ragioni.

Localizzare nello Stato la sede dell'unità è la risposta più tradizionale. Col risultato però che la dialettica tra le due polarità diventa sbilanciata: mentre il principio unitario corrisponde all'attività di un solo livello di governo (lo Stato), l'autonomia e la differenziazione farebbero capo a tutti gli altri (Regione, Provincia, Comune), e conseguentemente lo Stato ritornerebbe ad essere la cornice, il contenitore complesso di tutti gli elementi semplici della Repubblica. Anche

nel nuovo quadro dell'art. 114 l'ordinamento giuridico statale avrebbe dunque carattere preminente e originario rispetto a qualsiasi altro (che sarebbe, di contro, subordinato derivato e particolare)? Si può sostenere. Ma a condizione di indicare pure per quale ragione, oltre a quella storica, l'istituzione politica statale abbia maggiore pregio rispetto a tutte le altre della Repubblica.

Una strada alternativa è la tesi secondo cui ciascun livello di governo (tranne, forse, quello comunale) incarna esigenze unitarie rispetto a tutti i livelli subordinati. In questo caso le esigenze unitarie non apparterebbero esclusivamente allo Stato, bensì a ciascun livello in relazione a quelli sottostanti. Sicché i rapporti di sovraordinazione e subordinazione non esprimerebbero una valenza assiologica, ma solo i rapporti dimensionali tra gli Enti, cioè la diversa ampiezza degli ambiti d'intervento.

Tuttavia, ciò non deve suggerire l'idea che il rapporto tra i livelli di governo sia come quello tra cerchi concentrici, dove il maggiore contiene tutto ciò che appartiene al minore. Nessun livello di governo, infatti, può estendere la propria azione a qualsiasi oggetto che ricada negli ambiti riservati ai livelli inferiori, a meno che ciò non sia giustificabile in base a ragioni di sussidiarietà. Diversamente si deve concludere che il livello superiore detiene la *Kompetenz-Kompetenz* dei livelli inferiori, e lo Stato di tutto il sistema delle autonomie. Le esigenze unitarie sono solo dei punti di intersezione, un minimo comune denominatore tra tutti i livelli di governo; e tali devono rimanere per non sbilanciare l'equilibrio tra unità ed autonomie differenziate.

Coerentemente, se ne deve concludere che non tutte le competenze del livello superiore rappresentano *in sé* istanze unitarie rispetto al livello inferiore. Si prendano ad esempio le materie di spettanza statale ex art. 117 cost. Mentre talune, le c.d. "materie-materie", attengono ad esigenze esclusive del livello statale, esaurendo interamente la loro portata dentro quest'ambito, altre invece, le c.d. "materie non materie", attengono ad esigenze unitarie della Repubblica e pertanto interessano l'azione integrata di tutti i livelli di governo. Vale a dire: non tutte le competenze esclusive dello Stato veicolano esigenze unitarie, bensì soltanto quelle che si strutturano nella forma di titoli d'intervento «trasversale».

Inoltre, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale sul principio di sussidiarietà, si deve concludere che pure gli ambiti materiali di competenza concorrente operano come titoli trasversali attinenti ad esigenze unitarie.

8. *Chi definisce le esigenze unitarie?* - Resta infine una lacuna di costruzione: se le esigenze unitarie non si identificano con le competenze statali, cioè di un solo livello di governo (quello dalla generalità più ampia), perché la loro definizione normativa, perlomeno quella in forma di principi e procedimenti, discende unilateralmente dalla legge statale?

Che la questione non sia sfuggita all'attenzione della Corte lo dimostra la stessa pronuncia 6/2004. Molto chiaramente, infatti, si afferma che la legge statale che interviene in sussidiarietà negli ambiti di competenza regionale «deve risultare adottata a seguito di procedure che assicurino la partecipazione dei livelli di governo coinvolti attraverso strumenti di leale collaborazione o, comunque, deve prevedere adeguati meccanismi di cooperazione per l'esercizio concreto delle funzioni amministrative allocate in capo agli organi centrali (corsi miei)».

Non è chiaro, però, se in questo caso la Corte prefiguri due opzioni alternative ovvero due condizioni che in linea di principio devono coesistere.

Vale a dire: se la legge viene adottata con la deliberazione di una seconda Camera rappresentativa degli interessi territoriali, può affrancarsi dall'obbligo stringente di costruire procedimenti d'esercizio delle funzioni amministrative ispirati a leale collaborazione? E viceversa, deve attenersi strettamente a tale canone in assenza della suddetta deliberazione? Oppure il vincolo costituzionale della leale collaborazione grava sempre allo stesso modo sui contenuti normativi della legislazione statale, anche laddove avesse già operato sul piano del procedimento legislativo?

La Corte non scioglie il dilemma. E del resto, neanche sarebbe stato ragionevole aspettarsi che lo facesse. E infatti, afferma solo che, «nella perdurante assenza di una trasformazione delle istituzioni parlamentari e, più in generale, dei procedimenti legislativi - anche solo nei limiti di quanto previsto dall'art. 11 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione) - la legislazione statale (...) può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un *iter* in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovvero sia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà».

Se questo orientamento abbia carattere provvisorio, in attesa di una riforma del nostro bicameralismo in senso federale,

soltanto il tempo potrà dirlo.

A commento della sent. 303/2003 vedi A. Ruggeri, A. Morrone, Q. Camerlengo, E. D'Arpe, F. Cintioli, S. Bartole, A. D'Atena, A. Anzon, A. Moscarini, L. Violini; e in più cfr. R: Dickmann, in www.federalismi.it.

L'orientamento seguito dalla Corte era già in O. Chessa, *La sussidiarietà (verticale) come "precetto di ottimizzazione" e come criterio ordinatore*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, 1442 ss.; e P. Pinna, *Il diritto costituzionale della Sardegna*, Torino 2003, 68 ss.

E infatti la Corte precisa che «l'esigenza di esercizio unitario che consente di attrarre, insieme alla funzione amministrativa, anche quella legislativa, può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un *iter* in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovverosia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà».

Per tutti vedi A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?*, in *forum di Quad. cost.* in rete.

Cfr. S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale (nota a Corte cost. n. 303 del 2003)*, in corso di pubblicazione in *Le Regioni* n. 1/2004, ora disponibile nel *forum di Quad. cost.* in rete.

Vedi pure il punto 5 (sempre del *Considerato in diritto*), laddove si osserva che lo scrutinio della Corte ha per oggetto «una disciplina particolarmente complessa che insiste su una pluralità di materie, tra loro intrecciate, ascrivibili non solo alla potestà legislativa concorrente ma anche a quella esclusiva dello Stato (ad esempio la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema)». Ma anche i punti 9, 11.1 e 11.4.

Sulle norme-principio come "precetti di ottimizzazione" vedi R. Alexy, *Collisione e valutazione (comparativa) quale problema di base della dogmatica sul diritto fondamentale*, in M. La Torre, A. Spadaro (cur.), *La ragionevolezza nel diritto*, (atti del seminario di Catanzaro del 1 dicembre 2000), Torino, Giappichelli, 2002.

Secondo R Dworkin. *Taking rights seriously*, trad. ital. *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 1982, 93, le norme-regole sono «applicabili nella forma del tutto-o-niente. Se si danno i fatti stabiliti da una regola, allora: o la regola è valida, e in tal caso si deve accettare la risposta che essa fornisce; oppure la regola è invalida, e in tal caso non influisce sulla decisione».

R. Alexy, *Collisione e valutazione (comparativa) quale problema di base della dogmatica sul diritto fondamentale*, cit.

A. D'Atena, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.* 2001, n. 1, 17.

Ad esempio, nella cd. "Legge obiettivo" che ha costituito oggetto della 303/2003 l'esigenza unitaria è "la realizzazione di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive con finalità di riequilibrio socio-economico".

Sulla riconducibilità del potere sostitutivo alla logica generale della sussidiarietà vedi le osservazioni di S. PARISI, *Sui poteri sostitutivi dopo la sentenza n. 303/2003*, nel *forum di Quad. Cost.*, dove ci si chiede quale ruolo possa giocare l'art. 120 cost. che non sia già desumibile dal combinato disposto degli artt. 117 e 118.

Questo spunto è già in S. PARISI, *op. cit.*, la quale infatti ritiene che la tutela delle istanze unitarie in base al principio sussidiarietà permetta di «individuare un *climax* ascendente nella pervasività degli interventi statali: da quello meno invasivo, rappresentato dall'esercizio della mera "armonizzazione delle legislazioni" (titoli trasversali), all'attivazione dei poteri sostitutivi, fino ad arrivare all'attrazione delle funzioni in sussidiarietà che, in quanto più ampia, dovrebbe assicurare *ad extrema ratio* nelle misure di intervento praticabili».

Nel caso di specie la Corte ha, infatti, ritenuto che l'autorizzazione ministeriale alla costruzione del singolo impianto di energia elettrica dovesse essere subordinata alla condizione di un'intesa "forte" con la Regione interessata «a causa del particolarissimo impatto che una struttura produttiva di questo tipo ha su tutta una serie di funzioni regionali relative al governo del territorio, alla tutela della salute, alla valorizzazione dei beni culturali ed ambientali, al turismo, etc».

La formula, come è noto, è di G. FALCON, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, 1252 ss.

Analoga a quella tracciata nel testo è la distinzione di P. PINNA, *Il diritto costituzionale della Sardegna*, cit., 78, tra funzioni statali «alternative» e funzioni statali «complementari» rispetto a quelle regionali, con la differenza però che le prime, quelle "alternative", riguardano solo esigenze esclusive del livello statale.

Che il rapporto tra le competenze statali "trasversali" e le competenze regionali "residuali" si ordini secondo lo stesso criterio di sussidiarietà che presiede al rapporto tra legge statale e legge regionale nelle materie di competenza concorrente (per una prima anticipazione di questa tesi mi sia consentito rinviare a O. CHESSA, *op. cit.*, 1451), emerge in modo evidente dalla sentenza n. 14 del 2004: secondo la Corte, infatti, quando viene in rilievo un titolo trasversale, cioè un «titolo di competenza funzionale (...) che non definisce ambiti oggettivamente delimitabili, ma interferisce con molteplici attribuzioni delle Regioni, è la stessa conformità dell'intervento statale al riparto costituzionale delle competenze a dipendere strettamente dalla ragionevolezza della previsione legislativa». Nel caso di specie il giudice costituzionale ha ritenuto che le scelte del legislatore statale nella materia trasversale della concorrenza «non possono sottrarsi ad un controllo di costituzionalità diretto a verificare che i loro presupposti non siano manifestamente irrazionali e che gli strumenti di intervento siano disposti in una relazione ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi attesi». Insomma, sembrerebbe che gli imperativi di "idoneità" e "necessità", in cui si sostanzia il canone della sussidiarietà, riguardino *anche* le condizioni e le modalità cui soggiacciono gli interventi che lo Stato opera nelle materie di competenza residuale delle Regioni sulla base dei titoli trasversali.

Nel caso di specie la Corte ha ritenuto non incostituzionale una disciplina che prevede due distinti livelli di partecipazione. Il primo, rivolto all'insieme delle Regioni, ha per oggetto «la determinazione dell'elenco degli impianti di energia elettrica (...) previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano»; il secondo, invece, prevede che l'autorizzazione ministeriale alla costruzione dei singoli impianti sia «rilasciata a seguito di un procedimento unico, al quale partecipano le Amministrazioni statali e locali interessate, svolto nel rispetto dei principi di semplificazione e con le modalità di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241 (...), *d'intesa con la Regione interessata* (corsivo mio)». In quest'ultimo caso la Corte ha precisato che si tratta di intesa "forte". Ebbene, il giudice costituzionale ritiene che questi due distinti livelli di partecipazione «realizzano sufficienti modalità collaborative e di garanzia degli interessi delle istituzioni regionali i cui poteri sono stati parzialmente ridotti dall'attribuzione allo Stato dell'esercizio unitario delle funzioni disciplinate negli atti impugnati».