

A cura di
Gianfranco Postal
Mauro Marcantoni

L'integrazione europea, il principio di sussidiarietà e la riforma istituzionale della PAT

interventi di: Leopoldo Coen, Marco Dugato, Damiano Florenzano, Elena Garbari, Flavio Guella, Alberto Pace, Roberto Toniatti



1801. *tsm-Trentino School of Management/Studi e Ricerche*

La **tsm-Trentino School of Management** è una Scuola, costituita dalla Provincia Autonoma di Trento, dalla Camera di Commercio Industria Artigianato e Agricoltura di Trento e dall'Università degli Studi di Trento, che opera nell'alta formazione per il settore pubblico e privato.

Per il migliore funzionamento dei Master e delle attività formative, vengono prodotti materiali di alto pregio scientifico e didattico destinati alla pubblica amministrazione e al comparto privato, in particolare turismo, arte e cultura. La collana raccoglie e propone questi contributi per alimentare con regolarità e garanzia di qualità la riflessione sulle problematiche del management, dell'alta formazione e dell'aggiornamento del personale in servizio, in particolare delle pubbliche amministrazioni.

1801. *tsm-Trentino School of Management/Studi e Ricerche*
Collana diretta da Mauro Marcantoni

1. Nadio Delai, Mauro Marcantoni, *Lo sviluppo come responsabilità diffusa. Primo rapporto sulla classe dirigente in Trentino*
2. Mauro Marcantoni, Vincenzo Veneziano, *Rapporto sui sistemi di valutazione della dirigenza nelle Regioni e nelle Province Autonome. Modelli, strumenti ed esperienze a confronto*
3. Alberto Mancinelli, *La comunicazione sostenibile. Valori, reputazione e governo nelle democrazie complesse*
4. Umberto Martini, Josep Ejarque (a cura di), *Le nuove strategie di destination marketing. Come rafforzare la competitività delle regioni turistiche italiane*
5. Sara Guelmi, *ES.SER.CI. Esperienze di Servizio Civile. Il punto sulle attività delle Regioni*
6. Mauro Marcantoni, *Il Dirigente Pubblico come agente di innovazione*
7. Censis, tsm-Trentino School of Management, *Da Sovrano a Sistema. La metamorfosi dello Stato*
8. Ugo Morelli, Silvia Bruno (a cura di), *Il linguaggio crea mondi. Esplorazioni sulla natura dell'esperienza estetica e creativa*
9. Stefano Girella (a cura di), *Organismi di diritto pubblico e imprese pubbliche. L'ambito soggettivo nel sistema degli appalti europeo e nazionali*
10. Loris Gaio (a cura di), *Project Management: elementi teorici e applicazioni. Metodi ed evidenze empiriche per il turismo*
11. Ugo Morelli, Gabriella De Fino (a cura di), *Management dell'arte e della cultura. Competenze direzionali e relazioni lavorative nelle istituzioni dell'arte e della cultura*
12. Mauro Marcantoni, Efisio Espa (a cura di), *La valutazione della dirigenza pubblica dopo le Riforme Brunetta*
13. Gianfranco Postal, Mauro Marcantoni (a cura di), *L'evoluzione statutaria della Provincia Autonoma di Trento dopo le riforme del 2001*

A cura di
Gianfranco Postal
Mauro Marcantoni

L'integrazione europea, il principio di sussidiarietà e la riforma istituzionale della PAT

interventi di: Leopoldo Coen, Marco Dugato, Damiano Florenzano, Elena Garbari, Flavio Guella, Alberto Pace, Roberto Toniatti

A cura di Gianfranco Postal e Mauro Marcantoni

- Flavio Guella (Coordinamento scientifico);
- Paola Mognoni (Coordinamento generale);
- Michela Boldrer (Supporto tecnico).

In copertina: Fortunato Depero, *Proiezioni crepuscolari*, 1926, olio, 74,1 x 83 cm,
Rovereto, Mart (Museo di Arte Moderna e Contemporanea di Trento e Rovereto),
Fondo Museo Provinciale d'Arte
(Archivio Fotografico Mart)

Copyright © Fortunato Depero by SIAE 2011
Copyright © 2011 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito www.francoangeli.it.

Sommario

1. I principi di sussidiarietà ed adeguatezza dal livello europeo all'ambito statale, regionale, provinciale e locale. La legge provinciale n. 3 del 2006 in materia di governo dell'autonomia del Trentino	Pag.	7
Introduzione	»	7
1.1. Il principio di sussidiarietà dal diritto comunitario alla Costituzione italiana e le sue applicazioni in tema di servizi pubblici, di <i>Marco Dugato</i>	»	9
1.2. Principio di sussidiarietà e legge di riforma del sistema istituzionale della Provincia Autonoma di Trento, di <i>Damiano Florenzano</i>	»	22
1.3. L'attuazione della riforma istituzionale in Trentino e l'istituzione delle Comunità di Valle, di <i>Elena Garbari</i>	»	34
1.4. Appendice: normativa di riferimento	»	45
2. Partecipazione della Provincia Autonoma al processo di integrazione comunitario; sviluppi successivi alla modifica del Titolo V, seconda parte, della Costituzione nonché all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona	»	77
Introduzione	»	77
2.1. Aggregazione e distribuzione del potere pubblico: appunti in tema di origini e prospettive degli ordinamenti composti in Europa, di <i>Roberto Toniatti</i>	»	81
2.2. La cooperazione territoriale e gli strumenti forniti dal diritto comunitario: il GECT, di <i>Leopoldo Coen</i>	»	93

2.3. La partecipazione delle Regioni e delle Province Autonome al processo di integrazione europea; assetti e prospettive tra Riforma del Titolo V e sua attuazione, di <i>Flavio Guella</i>	Pag.	102
2.4. L'esperienza della Provincia Autonoma nelle relazioni istituzionali tra Ordinamento Comunitario, Nazionale e Provinciale, di <i>Alberto Pace</i>	»	133
2.5. Appendice: normativa di riferimento	»	139

*1. I principi di sussidiarietà ed adeguatezza
dal livello europeo all'ambito statale, regionale,
provinciale e locale.*

*La legge provinciale n. 3 del 2006
in materia di governo dell'autonomia del Trentino**

Introduzione

Il tema della distribuzione delle attribuzioni amministrative tra i diversi livelli di governo assume una rilevanza centrale nella definizione dei rapporti tra soggetti pubblici; ciò in attuazione dei principi di valorizzazione delle autonomie territoriali e del decentramento amministrativo di cui all'articolo 5 della Costituzione ed, ora, anche in applicazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza introdotti con la revisione costituzionale del 2001. Il concetto di sussidiarietà è stato inserito in Costituzione ispirandosi al diritto comunitario come evolutosi con il Trattato di Maastricht del 1992, in sostituzione dell'originario sistema del parallelismo tra competenze legislative e potestà amministrative, dapprima con le leggi ordinarie cosiddette Bassanini (legge n. 59 e 127 del 1997) e poi con la modifica dell'articolo 118 della Costituzione.

In questo contesto si è svolto il processo di evoluzione del sistema delle autonomie con il trasferimento di funzioni statali alle Regioni a Statuto ordinario e agli enti locali, passando dalla fase del DPR. 616 del 1977 a quella dei decreti legislativi c.d. Bassanini (d.lgs. 112 del 1998 il più ampio) e al nuovo Testo Unico degli Enti Locali – d.lgs n. 267 del 2000 – sino alla c.d. Legge La Loggia (legge n. 131 del 2003) e ad una copiosa e non organica legislazione in materia di pubblici servizi.

* Coordinatori: Dott. Mauro Marcantoni, Dott. Gianfranco Postal. Relatori: Marco Dugato (Professore ordinario Università di Venezia), Damiano Florenzano (Professore ordinario Università di Trento), Elena Garbari (Provincia Autonoma di Trento).

Questo processo di trasferimenti e distribuzione delle competenze ha investito i livelli statale, regionale, provinciale e comunale individuati dall'articolo 114 della Costituzione, come riformato dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, in conformità al nuovo principio di sussidiarietà verticale. Accanto a tali enti, per il perseguimento di interessi generali, si collocano anche i soggetti privati – individuali o collettivi – che partecipano a tali dinamiche in conformità al principio di sussidiarietà inteso in senso orizzontale.

Fuori da questo contesto si collocano le autonomie locali delle Regioni a Statuto speciale, per le quali rimane valido il principio del parallelismo tra potestà legislativa ed amministrativa, come individuato dagli Statuti stessi, salva l'esigenza di coordinamento con il nuovo quadro generale, anche costituzionale.

Il tema dell'introduzione e dell'applicazione del principio di sussidiarietà nell'impianto statutario del Trentino Alto Adige costituisce ormai un vincolo inderogabile. In verità non si può trascurare il fatto che tale tema sia presente anche nella nostra comunità fin dagli anni settanta e che in tale chiave vada letto il processo di evoluzione legislativa del "progetto comprensoriale" dagli anni sessanta sino all'inizio degli anni ottanta.

Dopo una battuta d'arresto alla metà degli anni ottanta solo nel 2006, con la legge provinciale n. 3 quel processo ha trovato nuove soluzioni strutturali – soprattutto di metodo e di percorso – sebbene si siano succeduti nel tempo numerosi e significativi progetti di "riforma istituzionale" nel rapporto fra provincia, comuni e loro realtà associative. Questa legge ha trovato solo parziale attuazione, ma il tema rimane di assoluta attualità e preminenza, tanto più dopo l'ulteriore valorizzazione istituzionale dei comuni operata dal nuovo Titolo V della seconda parte della Costituzione. Da un lato, l'articolo 114 ha riconosciuto pari dignità istituzionale anche rispetto allo Stato, dall'altro riconosce agli stessi una competenza amministrativa generale in tutte le materie anche di esclusiva competenza statale con l'eccezione delle funzioni che – sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza – debbano essere esercitate dalla Provincia Autonoma (dalla Regione) o dallo Stato.

L'obiettivo strategico, è, dunque, quello di assicurare che al livello istituzionale più vicino ai cittadini sia riconosciuto il diritto e il dovere di assumere le decisioni che riguardano gli interessi collettivi e quelli pubblici della comunità. D'altro lato, però, tale obiettivo strategico va coniugato con il principio dell'adeguatezza e quindi con il vincolo della efficacia e della economicità dell'azione amministrativa, nonché con la qualità e la economicità dei servizi pubblici erogati. Da qui si deduce l'impossibilità di prevedere che alla responsabilità della decisione – che pure è da riconoscere il

più possibile, sulla base del principio di sussidiarietà, ai livelli di governo inferiori – sia associata anche la responsabilità della organizzazione e della gestione (diretta ed esclusiva) degli uffici e dei servizi pubblici che a tali processi decisionali sono sottesi.

Nel progetto della legge provinciale n. 3 del 2006, citata in precedenza, si è pertanto partiti da un assunto essenziale: l'autonomia può essere considerata come un insieme organico di diritti, di obblighi e di responsabilità appartenenti ad una comunità.

In questo quadro le istituzioni rappresentano la risorsa cardine attraverso la quale rendere operativi i diritti, i doveri e le responsabilità dell'autonomia.

Alla luce di ciò, tali istituzioni possono essere considerate un sistema integrato.

Questa legge pertanto vuol costituire un nuovo – seppur limitato – contributo alla crescita del sistema delle istituzioni trentine per il migliore perseguimento possibile di quelle finalità, (anticipando, in parte, il futuro ulteriore passo che la Comunità Trentina dovrà affrontare a livello regionale per la riforma dello Statuto speciale di autonomia), che la continua evoluzione costituzionale, anche a livello europeo, ormai impone.

1.1. Il principio di sussidiarietà dal diritto comunitario alla Costituzione italiana e le sue applicazioni in tema di servizi pubblici, di Marco Dugato*

1.1.1. La struttura del principio di sussidiarietà nell'ordinamento comunitario

L'oggetto dell'intervento si presenta come estremamente eterogeneo, spaziando dall'individuazione dei criteri sostanziali del principio di sussidiarietà nel quadro comunitario alla ricaduta sul piano nazionale dell'idea stessa di sussidiarietà, anche nella sua applicazione concreta, in particolare nell'ambito dei servizi pubblici locali.

Lo sguardo d'insieme, organico, su questo tema può forse consentire di focalizzare l'attenzione su aspetti che presentano evidentemente tratti "politici", l'analisi concentrandosi tuttavia sul profilo delle ricadute giuridiche del principio di sussidiarietà. Tale quadro ricostruttivo attento al dato giuri-

* Professore di Diritto amministrativo e Diritto urbanistico presso la Facoltà di Pianificazione del territorio dell'Università IUAV di Venezia.

dico può allora tenere (relativamente) poco conto – nell’esposizione – delle ragioni sottostanti all’introduzione del principio di sussidiarietà e, invece, soffermarsi con più attenzione sulla valenza giuridica dello stesso, tentando anche di dare soluzione ad alcuni problemi relativi alla patologia della sua applicazione e cioè a che capacità di resistenza questo principio abbia di fronte alle sue eventuali violazioni.

In realtà sarebbe pure importante dar rilievo alle ragioni dell’esistenza del principio di sussidiarietà perché, molto spesso, nei commenti dei giuristi lo stesso viene considerato come principio univocamente orientato – sostanzialmente – al buon governo. Il principio di sussidiarietà nella tradizione giuridica viene definito come finalizzato alla creazione di un sistema più efficiente di esercizio delle funzioni amministrative; questo perché, più vicino a coloro che ne sono destinatari è il luogo in cui la funzione pubblica viene esercitata, più – si ritiene – questa stessa funzione sarà meglio esercitata.

Il principio di sussidiarietà presenterebbe allora, oltre che un aspetto meramente funzionale, anche un aspetto etico. Ciò è emerso nelle riflessioni della dottrina soprattutto a partire dalla seconda metà degli anni ’80, quando si è preso a sottolineare come il principio di sussidiarietà abbia sostanzialmente la capacità di rendere più accettabile una decisione assunta nell’esercizio di una funzione, la quale molto spesso pur presuppone l’esercizio di un potere, in quanto in tal caso non si ha esercizio di un potere che viene da un “luogo” lontano.

Scorrendo gli esempi di applicazione del principio di sussidiarietà riscontrabili negli ordinamenti stranieri o in quelli sovranazionali, si può ben osservare come tale principio abbia avuto una storia molto simile a quella propria del federalismo di chiave istituzionale. Lo stesso presenta due modalità di attivazione, due diversi percorsi storici tramite cui, tipicamente, viene ad essere posto ed accolto in un ordinamento.

Vi è infatti un primo possibile percorso, “dall’alto”, “top down”, che si incontra quando uno Stato unitario il quale ha conosciuto un assetto delle funzioni come funzioni essenzialmente statali ed accentrate, per determinate ragioni storiche viene a spezzare tale assetto di attribuzioni unitario ed a collocare le relative funzioni in un modo radicalmente nuovo, ponendo le stesse in capo agli Enti territoriali più vicini al cittadino e, solo in seconda battuta, attribuendo ai soggetti istituzionali più ampi quelle funzioni che non possono essere esercitate ai livelli inferiori.

Altra possibile origine del principio di sussidiarietà è poi quella che opera “bottom up”, quando in una realtà disaggregata partendo dal basso viene creata un’aggregazione nuova, di tipo federale. In questo caso gli enti

fondatori conferiscono alcune delle funzioni di cui erano titolari, e che quindi originariamente erano divise tra diversi soggetti, ad un ente superiore di nuova costituzione.

La distinzione tra le due ipotesi è particolarmente importante perché si può osservare come il principio di sussidiarietà presenti una “tenuta” giuridica molto forte nella seconda esperienza storica-istituzionale, mentre tende ad avere poca resistenza giuridica (e quindi effettività) nei processi di distribuzione delle competenze che avvengono tramite frammentazione delle funzioni prima appartenenti allo Stato centrale e che poi vengono sostanzialmente ridistribuite verso il basso.

Il caso dell’ordinamento comunitario è esemplare a riguardo, la creazione dal basso verso l’alto di un’entità più vasta avendo portato ad un principio di sussidiarietà affermato con forza a livello di fonti giuridiche, ma che con il tempo ha dovuto registrare nei fatti un processo storico di attenuazione della propria effettività, in base al quale la realtà istituzionale più vasta è andata assumendo rilievo primario, tanto da comprimere fortemente il funzionamento del principio di sussidiarietà.

Nell’ordinamento comunitario gli Stati, originariamente titolati senza limitazione alcuna di ogni competenza, hanno creato una realtà sovranazionale, attribuendo alla stessa compiti dapprima più stringenti e poi via via più ampi. Gli stati fondatori avevano appunto preteso l’affermazione, quale criterio fondativo di questa nuova entità e prima di spogliarsi di proprie competenze, di un principio di sussidiarietà chiaro e molto rigido. Tale principio era quindi stato introdotto nel paragrafo 3 dell’articolo 5 del Trattato Istitutivo, e presentava una formulazione estremamente puntuale.

Quella formulazione del principio di sussidiarietà tuttavia, nei fatti, ha dimostrato una capacità di tenuta molto scarsa di fronte alle istanze accentriche, dando per giunta origine a pochissimo contenzioso comunque sempre deciso in favore dell’entità più elevata, cioè di quella che teoricamente dovrebbe agire solo in via sussidiaria.

Oltre a questa applicazione comunitaria del principio di sussidiarietà, esiste oggi, come noto, nel nostro ordinamento un “principio di sussidiarietà interno”, che regola il riparto delle funzioni tra Stato, Regioni ed Enti locali. Sappiamo – sulla base della Riforma del Titolo V della Costituzione – che teoricamente oggi il principio di sussidiarietà è costituzionalizzato e gode quindi del massimo rango e rilievo nell’ordinamento. Tuttavia, la valutazione del sistema dei servizi pubblici locali come ambito sul quale testare la tenuta del principio pare dimostrare che – nonostante l’inserimento della stessa in Costituzione – non c’è mai stata così poca sussidiarietà come oggi.

Il paradosso che è possibile allora registrare nell'esperienza italiana è quello per cui costituzionalizzando quel principio di sussidiarietà, che prima era o inesistente o fondato a livello primario, lo stesso è divenuto un principio applicato molto meno rigidamente di quanto ci si poteva attendere così che, nei fatti, lo stesso ha condotto ad una minore rilevanza delle funzioni degli Enti territoriali minori.

L'art. 5, paragrafo 3 del Trattato Istitutivo, afferma che nei settori che non sono di propria esclusiva competenza, l'Unione interviene – secondo il principio di sussidiarietà – soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possano essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono essere realizzati in modo migliore a livello dell'Unione, ciò a motivo delle dimensioni e degli effetti delle azioni in questione.

La formulazione è apparentemente descrittiva, ma nella realtà contiene tre precetti molto stringenti. Il primo precetto prevede che, a differenza di quanto avviene nell'applicazione italiana del principio di sussidiarietà (quello cioè che regola il rapporto tra Stato ed Enti locali, Regione ed Enti locali), la definizione del rapporto tra Stati membri e Unione, non nelle materie di competenza esclusiva dell'Unione ma in quelle concorrenti, si informi all'attribuzione delle funzioni all'Unione sulla base di tre rigide condizioni.

La prima condizione è quella secondo la quale sarebbe necessaria la dimostrazione che l'azione comunitaria realizza meglio dell'azione dei singoli Stati membri gli effetti che si vogliono determinare e produrre.

La seconda condizione, come la precedente, è molto simile a quanto richiesto nell'ordinamento italiano, ed in base ad essa non è infatti sufficiente la dimostrazione che al dato livello si attua una gestione migliore, ma è invece richiesta anche la dimostrazione che i singoli Stati membri non siano in grado di operare in modo altrettanto efficiente. In realtà questa seconda condizione rappresenta il primo passaggio logico nell'attribuzione delle funzioni, la prima operazione da fare quando si vuole assumere ad un livello più alto la funzione, ed infatti essa consiste nella dimostrazione che il livello più basso non è in grado di soddisfare il fine prefisso, cioè di produrre l'effetto desiderato.

La seconda condizione è quindi definibile come la dimostrazione del fatto che l'Unione è in grado di svolgere meglio la funzione attribuita in sussidiarietà; si tratta di un processo logico, nel senso che non è sufficiente dimostrare che lo Stato svolge male detta funzione, ma in aggiunta bisogna dimostrare che l'Unione la svolge meglio. Se lo Stato risulta quindi inadeguato, per carenze di articolazione sul territorio, ma l'Unione non è in grado di operare in modo migliore, allora la funzione non può comunque essere svolta dall'Unione, dovendosi privilegiare il livello inferiore.

La terza condizione, e in ciò risiede la differenza con il principio di sussidiarietà interno, è data dal fatto che ogni scelta, in virtù della quale la funzione viene esercitata ad un livello più alto, deve essere motivata – in conformità con i precetti generali del diritto comunitario – in modo puntuale ed espresso. Quindi nel principio di sussidiarietà comunitario la particolare capacità di tenuta del meccanismo sta nell’obbligo espresso di indicare in modo logico le ragioni che dimostrano le prime due condizioni.

Questo elemento, che può sembrare secondario, è in realtà il punto nodale di tenuta giuridica del principio. Dove l’obbligo di motivazione è un obbligo stringente, il principio di sussidiarietà ha tenuta giuridica, il che significa che tutte le volte in cui si allocano impropriamente delle funzioni si manifesterà una capacità di resistenza e la possibilità di un giudizio – plausibile e fondabile – da parte di chi è chiamato a valutare la correttezza della distribuzione delle attribuzioni tra livelli di governo. Tutte le volte in cui quest’obbligo di motivazione o non sussiste o è un obbligo inteso come non rigoroso, privo di aderenza al dato contestuale, il principio di sussidiarietà può essere invocato solo in modo assertivo e non possono certamente essere previste sanzioni; manca la capacità di resistenza del principio, il principio meramente affermato non ha tenuta se contraddetto.

Nella visione comunitaria il principio di sussidiarietà ha una funzione attiva e una funzione passiva, esattamente come succede per il principio di legalità. Ha una funzione attiva perché agisce come sistema di smistamento delle competenze ed è cioè sostanzialmente un criterio di ripartizione delle funzioni; poi ha una funzione passiva, e cioè ha il ruolo classico di garanzia, in virtù della quale tutte le volte che viene preteso l’esercizio di una funzione da un livello improprio, cioè dal livello più alto, viene conferita una capacità di resistenza al livello più basso, che consiste nella pretesa – assistita giuridicamente – di esercitare in proprio quella funzione.

Tale sistema è molto banale, come spiegato dalla scienza dell’amministrazione americana, funzionando tramite la “predefinizione di fini”, fatta dall’alto. Il principio di sussidiarietà non ha contenuto se non sono prefissati dei fini al livello più alto. Per l’azione amministrativa quindi devono essere individuati dei fini. Determinati i fini dall’alto, le azioni per il perseguimento di quei fini sono esercitate dal basso e, in caso di insufficienza del livello inferiore, interviene ancora una volta il livello sovrastante in sussidiarietà. È un meccanismo molto simile a quello dei poteri sostitutivi.

A livello comunitario il principio di sussidiarietà ha non solo un contenuto preciso e puntuale ma anche dei meccanismi di verifica, caso per caso, circa il se quei contenuti siano stati rispettati o meno. Accade però, già a livello comunitario, che quella rigidità di affermazione dei principi venga mitigata, non dal Trattato ma nella prassi e nella giurisprudenza della Corte.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia parla del principio di sussidiarietà come smistamento delle funzioni, sparisce perciò il significato etico pur contenuto nel Trattato e nell'ordinamento comunitario, tipico di quelle due funzioni del principio di sussidiarietà verticale, e rimane solo quello funzionale. Non solo, ma nel giudicare con un approccio di lettura della sussidiarietà quale criterio di smistamento la Corte di Giustizia fa un'operazione di mitigazione del principio, apparentemente innocua, ma in realtà estremamente rilevante.

Fermo restando il contenuto rigido dell'articolo 5, paragrafo 3, si afferma che comunque non si può ritenere violato quel principio quando l'Unione intervenga nelle materie non di sua competenza esclusiva e, addirittura, nelle materie di competenza esclusiva degli Stati non attraverso atti precettivi, cioè non tramite atti di comando, capaci di creare modificazioni delle sfere giuridiche e di creare effetti giuridici, ma attraverso atti inadatti a formulare un precetto, le cosiddette raccomandazioni.

Tutte le volte in cui l'Unione non avrebbe titolo per intervenire e non lo fa attraverso atti precettivi (atti cioè che abbiano la forza di produrre effetti giuridici diretti), ma lo fa attraverso atti non vincolanti, questo principio di sussidiarietà – così ricostruito – non può essere ritenuto violato. Ciò è rilevante in quanto tali tipi di atto, pur non essendo precettivi, provengono da un soggetto che tuttavia è titolare indirettamente di poteri molto influenti, che si manifestano sostanzialmente in poteri di finanziamento così che l'azione di finanziamento può essere poi legittimamente condizionata al contenuto delle raccomandazioni, di modo che poi si avrà sostanzialmente una violazione del principio di sussidiarietà non solo nella forma ma anche negli effetti concreti.

Per questo motivo si può affermare che nel pratico funzionamento del diritto comunitario ci troviamo di fronte ad una creazione sovrastatale, più vasta e che viene creata dal basso (con cessioni di sovranità statali), ma, al contrario di quanto accade per esempio nell'esperienza statunitense, questa creazione (in quanto dal basso) dà luogo ad un principio di sussidiarietà non dotato di grande tenuta, ma a tenuta giuridica minore.

1.1.2. Il recepimento del principio di sussidiarietà nell'ordinamento italiano e la sua particolare struttura giuridica

Nel nostro ordinamento la mitigazione del principio di sussidiarietà è avvenuta anche attraverso altre linee (diverse dal ricorso agli atti non vincolanti, ma condizionanti ad esempio la dotazione finanziaria), ma ha seguito anche percorsi simili a quello appena descritto a livello comunitario.

Un esempio tipico è quello dell'autonomia universitaria. A fronte dell'affermazione molto forte dell'autonomia contenuta nella legge n. 168 del 1989, oggi l'autonomia universitaria in realtà è molto compromessa. Lo è a tal punto che gli ordinamenti delle singole classi di studio incidono sulla capacità organizzativa dei singoli enti nell'attivazione dei propri programmi. Tale riduzione degli spazi concreti di autonomia è avvenuta inizialmente attraverso atti non imperativi, quali annunci preventivi di interpretazione, circolari non vincolanti; tutto ciò produce – nella sua stratificazione nel tempo – l'accettazione da parte del livello inferiore di governo, che di fatto permette la sussunzione delle sue funzioni ad altro livello.

Anche in questi casi il meccanismo forte per la redistribuzione delle funzioni contro sussidiarietà diviene poi la leva economica, necessaria per esercitare le funzioni; ciò è molto più cogente di quanto non sia un atto giuridico adottato palesemente in violazione del principio di sussidiarietà.

Il problema diviene quindi poi quello della effettività degli strumenti di controllo per vigilare su tali processi che di fatto violano la corretta applicazione del principio di sussidiarietà.

Peraltro meccanismi di controllo a livello comunitario non mancano, essendovi un'azione diretta, dell'articolo 230 del Trattato avanti la Corte di Giustizia e cioè l'azione che uno Stato può esercitare nei confronti dell'Unione tutte le volte che assume che sia violato il paragrafo 3 dell'articolo 5, ed anche quella del ricorso del singolo che chiede la dichiarazione di contrarietà all'ordinamento comunitario di una norma che si sta in concreto applicando e che è stata adottata nel livello di governo errato, cioè il livello più alto.

In Italia il principio di sussidiarietà prima del 1997 era non solo inesistente ma contrario all'ordinamento costituzionale vigente, che affermava il contrario principio del parallelismo. L'allocazione delle funzioni – seguendo le competenze legislative – risiedeva per gran parte in capo allo Stato ed era lo Stato che decideva dove allocare, o quando allocare, alcune delle proprie funzioni presso Enti differenti, Regione, Provincia o Comune.

Questo si proponeva come un procedimento a cascata, direttamente collegato al principio del cosiddetto “parallelismo” o “perfetto parallelismo” che era quel principio che affermava sostanzialmente che le funzioni amministrative sono collocate dove si trovano le funzioni legislative. Chi godeva del potere di porre leggi, automaticamente in quella materia era titolare anche del potere di esercitare le funzioni amministrative. Il che significa, in un quadro di Stato regionale, pre-riforma costituzionale, che le funzioni stavano tutte presso lo Stato o presso le Regioni (in gran parte presso lo Stato, in buona parte presso le Regioni), e che tutto ciò che veniva poi

collocato a livello locale era nella libera disponibilità dello Stato e delle Regioni.

Sostanzialmente quella di allocare alcune delle funzioni presso gli Enti locali era una decisione – libera – dello Stato o della Regione, con un importante corollario di ciò, e cioè che come si poteva allocare una funzione così la si poteva richiamare. L'ambito complessivo delle funzioni spettanti agli Enti locali era pertanto liberamente comprimibile.

La prima formulazione del principio di sussidiarietà, o il primo tentativo di affermare il principio di sussidiarietà, è quello della cosiddetta Bicamerale D'Alema; sebbene l'esito del disegno di riforma fu come noto negativo, il principio di sussidiarietà da quel tentativo di revisione costituzionale ricevette un impulso molto forte. C'era una fortissima spinta extragiuridica e di natura evidentemente sociopolitica a sostenere tale affermazione di un nuovo principio, ed in particolare quella sottesa all'idea o all'aspirazione (politica) di riportare il governo delle funzioni vicino al luogo dove esse insistono.

Dal punto di vista giuridico, invece, fra le ricadute della fallita Bicamerale D'Alema c'è una spinta forte all'applicazione del principio di sussidiarietà; ciò non a livello costituzionale ma a livello legislativo ordinario.

Da ciò infatti nacque la legge n. 59 del 1997, la prima delle Leggi Bassanini, e di lì il più importante Decreto attuativo della Legge Bassanini, cioè il D.lgs. 112/98, in cui c'è una descrizione del principio di sussidiarietà nella sua formulazione più classica, secondo la quale le funzioni amministrative devono essere allocate al livello di governo più vicino a quello in cui esse producono i loro effetti, e cioè al Comune; soltanto quando il livello più vicino al cittadino sia insufficiente per il corretto esercizio della funzione, si può procedere all'attribuzione della funzione ad un ente superiore.

Molto indicativa dell'applicazione concreta di questa visione del principio di sussidiarietà è, nel Decreto Legislativo 112/1998, la storia delle funzioni di governo del territorio. Gli articoli 53 e seguenti costituiscono esempio di un'applicazione concreta molto corretta da un punto di vista giuridico del principio di sussidiarietà. I primi articoli stabiliscono dei principi, poi, applicando quei principi al caso concreto e alle funzioni di una materia ben delineata, si procede ad individuare in modo classico quali sono le funzioni riservate allo Stato e successivamente quali siano – si dovrebbe intendere in via tassativa – le funzioni riservate alle Regioni, per finire con l'affermazione che tutto ciò che non è stato indicato agli articoli precedenti spetta ai Comuni e, in via sussidiaria, alle Province.

Per quanto sia formulata bene, l'affermazione del principio di sussidiarietà operata tra il 1997 ed il 1998 ovviamente risente del livello di fonte a

cui è definita. Essendo quella utilizzata per affermare il principio di sussidiarietà una fonte primaria, e non avendo quindi lo stesso principio copertura costituzionale, si determinano inevitabilmente dei problemi. Ed infatti c'erano stati dei tentativi di costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà; tra gli amministrativisti uno studio di Sabino Cassese sostanzialmente riconduceva nel concetto di costituzione allargata il principio di sussidiarietà ex legge 59 e decreto 112 con una costruzione dottrinale che aveva una sua dignità scientifica ed una sua logica. Resta il fatto che con un approccio formale, interpretando il sistema delle fonti in modo letterale, non si poteva riconoscere una costituzionalizzazione del principio perché si sarebbe affermata una norma differente da quella enunciata letteralmente.

Il panorama normativo tuttavia cambia con la riforma del Titolo V ad opera della legge costituzionale n. 3 del 2001 in cui il principio di sussidiarietà viene espressamente costituzionalizzato in due articoli differenti.

Il primo articolo è l'articolo 117, laddove si afferma che la potestà regolamentare spetta allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni, e che la potestà regolamentare spetta alle Regioni in ogni altra materia. Ed inoltre – sempre nel medesimo articolo – si dispone che i Comuni, le Province, le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione dello svolgimento delle funzioni loro attribuite.

Già nell'articolo 117 – che parla, in realtà, di potere legislativo e di potere normativo secondario, cioè di potere regolamentare – c'è una prima affermazione del principio di sussidiarietà; vi è cioè rinvenibile l'affermazione del fatto che, siccome nell'articolo successivo è stato costituzionalizzato il principio di sussidiarietà nell'attribuzione delle funzioni amministrative, la ricaduta in termini normativi dello stesso principio è quella per cui dove ci sono le funzioni lì c'è un potere regolamentare.

Il secondo articolo, quello più espressamente dedicato alla sussidiarietà, fondativo del principio stesso, è invece appunto il comma 1 dell'articolo 118 laddove afferma che le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni, salvo che per assicurarne l'esercizio unitario siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. Con ciò si è attuata un'inversione del principio del parallelismo; se prima della riforma costituzionale in base appunto al principio del parallelismo la potestà amministrativa, cioè l'esercizio delle funzioni, seguiva la potestà legislativa, tale vincolo con la riforma del Titolo V viene reciso.

Nello schema del 118 e 117 novellati, come ha ben illustrato la dottrina e come si è chiaramente espressa la Corte Costituzionale, in realtà il proce-

dimento logico è quello inverso. Per definire dove risiede quella potestà normativa regolamentare, bisogna capire dove stanno le funzioni; se le funzioni sono collocate al livello più basso, anche la potestà normativa le segue. E siccome le funzioni, che stanno a livello più basso, dovrebbero essere (o sono) la maggior parte, si dovrebbe assumere che il potere regolamentare sta per lo più in sede comunale e provinciale.

La formulazione dell'articolo 118, comma 1, è molto diversa da quella che abbiamo visto assunta in sede comunitaria. Innanzitutto è temperata, dato che nella formulazione dell'articolo 5, paragrafo 3, del Trattato, il principio di sussidiarietà è un principio estremamente vincolante; nel principio di sussidiarietà dell'articolo 118, comma 1, della Costituzione il temperamento, invece, c'è, ed in particolare è dato dal fatto che si possa derogare al principio di sussidiarietà per assicurare l'esercizio unitario delle funzioni.

È un'espressione difficile da interpretare perché, se interpretata in modo molto letterale, tutte le volte in cui si assuma che una funzione è meglio esercitarla in modo unitario che in modo non unitario è possibile derogare al principio di sussidiarietà. Questo non è un criterio di efficienza, ma è un criterio politico; il criterio è infatti quello del preferire il livello unitario al livello più locale.

La seconda differenza rispetto alla formulazione comunitaria del principio risiede nel fatto che la sussidiarietà è criterio per la ripartizione delle funzioni amministrative accompagnato da altri due principi, che hanno la medesima dignità. Il criterio della differenziazione infatti si colloca a fianco della sussidiarietà, rafforzandola forse ma con l'ostacolo dato dall'inciso "per assicurare l'esercizio unitario" di cui si è detto, ed è accompagnato pure – a temperamento del favore per i livelli inferiori – dal principio di adeguatezza, un principio quest'ultimo sostanzialmente simile al criterio comunitario visto sopra.

Abbiamo detto che nel principio di sussidiarietà comunitario, l'Unione può intervenire quando gli Stati svolgerebbero male la funzione e quando – inoltre – l'Unione la gestisca meglio. Nel criterio di adeguatezza, così com'è scritto, non si legge bene il secondo passaggio di tale ragionamento.

Il criterio di adeguatezza, inoltre, è stato molto poco applicato e molto poco studiato, anche se in linea teorica esso consentirebbe la sussunzione di attribuzioni, cioè l'innalzamento della funzione ad altro livello di governo, sulla base del presupposto che il livello più basso faccia male e non anche con il sostegno della seconda dimostrazione, ovvero che il livello di governo più elevato faccia meglio. In linea teorica, se entrambi i livelli non sono efficienti ed efficaci nella loro azione, è comunque possibile – visto

anche il richiamo all'esercizio unitario delle funzioni – innalzare il livello dell'esercizio delle funzioni.

La debolezza della sussidiarietà ex articolo 118 non risiede tuttavia solo in ciò, dato che nonostante lo sforzo della dottrina non è stato codificato il principio di motivazione. Cioè, mentre quando l'Unione definisce delle proprie funzioni con atti normativi propri deve dimostrare la necessità del suo intervento, il Legislatore statale è sì tenuto al principio di sussidiarietà perché è un principio costituzionale, ma non ha un onere costituzionale di motivare il suo intervento in un settore che potrebbe essere lasciato a livelli di governo inferiori, anziché essere affidati all'amministrazione dello Stato. Si dice infatti che le leggi non sono motivate, e ne consegue che deve sì esserci una coerenza con la norma costituzionale che afferma il principio di sussidiarietà, ma che la stessa coerenza viene desunta dall'interno della normativa legislativa stessa senza che sia necessario per il legislatore dimostrare il rispetto dell'articolo 118.

1.1.3. I servizi pubblici e la loro gestione quale esempio di applicazione del principio di sussidiarietà

L'esempio dei servizi pubblici locali dimostra che tale chiave di lettura del principio di sussidiarietà a livello nazionale è nei fatti plausibile, anche vista l'inattuazione del principio di sussidiarietà finanziaria.

Se si toglie al principio di sussidiarietà l'onere di motivazione, se si inserisce l'esigenza di garantire l'esercizio unitario delle funzioni e se contemporaneamente non si allocano le risorse finanziarie dove risiede la responsabilità delle funzioni amministrative, è chiaro che la tenuta del principio di sussidiarietà sarà modesta.

Nell'ambito dei servizi pubblici locali tali rilievi sono dimostrati anche da un atteggiamento peculiare della Corte Costituzionale. La materia servizi pubblici locali non è infatti espressamente riconosciuta come tale all'interno della Carta costituzionale, ma la Corte Costituzionale, con sentenza n. 272 del 2004, non ha ritenuto che fosse – proprio perché non menzionata – di competenza residuale regionale. La Corte, con quella sentenza, divide sostanzialmente i servizi pubblici locali in due categorie, quelli con rilevanza economica e quelli privi di rilevanza economica, per poi riconoscere – sulla base della potestà legislativa esclusiva dello Stato, nella trasversale materia della tutela della concorrenza – la potestà legislativa esclusiva dello Stato nella materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, escludendo invece lo Stato dalla regolazione normativa dei servizi privi di tale rilevanza.