



NOTE SUL POTERE SOSTITUTIVO NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

di

Renzo Dickmann

(Consigliere della Camera dei Deputati, Segretario della Commissione Affari Esteri)

21 ottobre 2004

1. In generale.

Uno dei temi di maggiore interesse ai fini dell'attuazione del Titolo V della Costituzione risultante dalle modifiche apportate dalla legge costituzionale 3 del 2001 è quello dei poteri sostitutivi. Di nuova introduzione in Costituzione – ma non sconosciuti all'ordinamento giuridico – i poteri sostitutivi sono stati presi in considerazione dalla dottrina¹ e soprattutto dalla Corte costituzionale, che ha di recente pronunciato due sentenze di rilievo, da cui è possibile muovere per fare il punto della relativa giurisprudenza sul tema.

Nella sentenza n. 236 del 2004 la Corte ha chiarito² che l'articolo 120, secondo comma, della Costituzione e la relativa disciplina di attuazione di cui all'articolo 8 della legge n. 131 del 2003, si applicano anche alle regioni a statuto speciale ed alle province autonome per le

¹ Si veda C. MAINARDIS, I poteri sostitutivi statali: una riforma costituzionale con (poche) luci e (molte) ombre, in *Le Regioni*, 2001, 1357 ss.; ID., Il potere sostitutivo (commento all'articolo 8), in *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, a cura di G. Falcon, Bologna, 2003, 157 ss.; G. VERONESI, Il regime dei poteri sostitutivi alla luce del nuovo art. 120, comma 2, della Costituzione, in *Le istituzioni del federalismo*, 2002, 733 ss.; R. DICKMANN, Osservazioni in tema di sussidiarietà e poteri sostitutivi dopo la legge cost. n. 3 del 2001 e la legislazione di attuazione, in *Giur. cost.*, 2003, 485 ss.; G. FONTANA, Alla ricerca di uno statuto giuridico dei poteri sostitutivi ex art. 120, comma 2, Cost., in *Nuovi rapporti Stato-Regione dopo la legge costituzionale n. 3 del 2001*, a cura di F. Modugno e P. Carnevale, Milano, 2003, 63 ss.; A. PAPA, Art. 8, in *Il nuovo ordinamento della Repubblica. Commento alla L. 5 giugno 2003, n. 131 (La Loggia)*, Milano, 2003, 522 ss.; V. CERULLI IRELLI, Attuazione dell'articolo 120 della Costituzione sul potere sostitutivo, in *Legge "La Loggia"*, Rimini, 2003, 172 ss.; A. SIMONCINI, Le funzioni del decreto-legge, Milano, 2003, 233 ss.; G.M. SALERNO, I poteri sostitutivi del Governo nella legge n. 131 del 2003, in *I processi di attuazione del federalismo in Italia*, a cura di B. Caravita, Milano, 2004, 331 ss.; G. SCACCIA, Il potere di sostituzione in via normativa nella l. n. 131 del 2003. Prime note. in www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni.

Testo provvisorio della relazione svolta in occasione del 50° Convegno di Studi amministrativi "L'attuazione del Titolo V della Costituzione", Varenna, 16, 17 e 18 settembre 2004.

funzioni ulteriori attratte dal nuovo Titolo V, in quanto tali disposizioni qualificano ed organizzano un *potere di chiusura* del sistema sulla base del quale si articola il riparto di competenze tra Stato, regioni ed enti locali, “a presidio di fondamentali esigenze di eguaglianza, sicurezza, legalità che il mancato o l’illegittimo esercizio delle competenze attribuite, nei precedenti artt. 117 e 118, agli enti sub-statali, potrebbe lasciare insoddisfatte o pregiudicare gravemente”, in virtù di “un legame indissolubile fra il conferimento di una attribuzione e la previsione di un intervento sostitutivo diretto a garantire che la finalità cui essa è preordinata non sacrifichi l’unità e la coerenza dell’ordinamento”.

Tale potere di chiusura si connette con le norme costituzionali di allocazione delle competenze, assicurando nelle ipotesi patologiche “un intervento di organi centrali a tutela di interessi unitari”.

Peraltro, poiché il concreto trasferimento alle regioni ad autonomia speciale delle funzioni ulteriori attratte dal nuovo Titolo V deve essere effettuato, ai sensi dell’articolo 11 della legge n. 131 del 2003, con norme di attuazione degli statuti speciali su iniziativa delle commissioni paritetiche in essi previste, la Corte sottolinea che in concreto non è operante verso di esse la disciplina del potere sostitutivo di cui all’articolo 120, secondo comma, della Costituzione, attuato dall’articolo 8 della legge n. 131 del 2003.

Per le regioni a statuto speciale e per le province autonome continuano naturalmente ad applicarsi gli specifici poteri sostitutivi (statali) previsti dai rispettivi statuti con riferimento alle competenze ivi disciplinate.

Nella sentenza n. 236 del 2004 la Corte si è imbattuta in un’altra questione di rilievo, sulla quale non ha però fornito una indicazione espressa: in seguito alla rilevazione della carenza di interesse delle ricorrenti e della conseguente inammissibilità delle censure riferite all’articolo 8 della legge n. 131 del 2003, la Corte non si è pronunciata sulla possibilità – contestata dalle ricorrenti – che il potere sostitutivo sia esercitato direttamente in via normativa, eventualmente anche legislativa (nella specie si denunciava la configurazione con legge ordinaria – l’articolo 8, comma 1, della legge n. 131 del 2003 – di un decreto-legge “atipico”)³.

Tale questione si è riproposta nella sentenza n. 240 del 2004, dove la Corte si è soffermata sulla legittimità delle previsioni del decreto-legge 28 marzo 2003, n. 49, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 maggio 2003 (Riforma della normativa interna di applicazione del prelievo supplementare nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari),

² Corte cost., 19 luglio 2004, n. 236, punti 4.1 e 5.1 in diritto.

³ Corte cost., 19 luglio 2004, n. 236, punto 4 in diritto.

che disciplinano l'esercizio del potere sostitutivo del Governo nei confronti delle amministrazioni pubbliche anche locali cui competono gli adempimenti previsti dal predetto decreto (articolo 10, commi da 42 a 45). Essendo il decreto-legge impugnato precedente alla legge n. 131 del 2003, la Corte – argomentando circa la natura generale delle norme di cui all'articolo 8 di tale legge rispetto a quella speciale delle disposizioni impuginate del predetto decreto – ha risolto la questione sulla base dell'argomento per il quale “dalla introduzione, con legge successiva, di una disciplina generale del potere sostitutivo, non può infatti farsi discendere l'abrogazione di norme speciali che quel potere disciplinino per specifiche materie nelle quali sussista una competenza delle Regioni”⁴.

In tale sentenza la Corte ha comunque fornito una serie di indicazioni riepilogative della propria giurisprudenza in materia di potere sostitutivo *ex* articolo 120 della Costituzione, che consentono di individuare i limiti entro i quali il legislatore statale può prevederlo e disciplinarlo⁵: “Perché possa ritenersi legittima la previsione del potere di sostituzione dello Stato alle Regioni è infatti necessario che l'esercizio dei poteri sostitutivi sia previsto e disciplinato dalla legge, la quale deve altresì definirne i presupposti sostanziali e procedurali; che la sostituzione riguardi il compimento di atti o attività prive di discrezionalità nell'*an*; che il potere sostitutivo sia esercitato da un organo di Governo o sulla base di una decisione di questo; che la legge predisponga congrue garanzie procedimentali, in conformità al principio di leale collaborazione”.

Una delle questioni più importanti è quella della natura giuridica dei poteri sostitutivi, e dei connessi limiti.

In base alle indicazioni della Corte si può ritenere che il potere sostitutivo non sia un istituto unitario ma una *categoria giuridica*, nell'ambito della quale coesistono una varietà di poteri sostitutivi coordinati (o coordinabili) in modo da costituire un sistema finalizzato a garantire l'effettività dell'unità repubblicana di cui agli articoli 1, 5, 114 e 139 della Costituzione.

Il sistema dei poteri sostitutivi, secondo quanto insegna la Corte, si articola su base statale e regionale⁶, mutuando da ciascun ordinamento le originalità formali ed i connessi limiti di competenza, ancorché nell'ambito del modello unitario definito in Costituzione.

A “supporto” di tale sistema ci sono le previsioni generali di cui agli articoli 117, quinto comma, e 120, secondo comma, della Costituzione e quelle di cui all'articolo 8 della legge n.

⁴ Corte cost., 19 luglio 2004, n. 240, punto 2 in diritto.

⁵ Corte cost., 19 luglio 2004, n. 240, punto 4 in diritto.

131 del 2003. In questo sistema concorrono i poteri sostitutivi “speciali” qualificati da leggi in vigore⁷ ed i poteri sostitutivi qualificati dagli statuti speciali e dalle leggi regionali verso le attività degli enti infraregionali.

Occorre pertanto riferirsi a questo sistema per definire la natura ed i limiti dei poteri sostitutivi. In particolare:

a) l'articolo 120, secondo comma, individua la competenza del *Governmento* a sostituirsi ad organi degli enti locali, a preservazione dei valori essenziali del carattere unitario della Repubblica, cioè in caso di "mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedano la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali";

b) l'articolo 117, quinto comma, prevede che lo *Stato* eserciti il potere sostitutivo in caso di inadempienza da parte delle regioni e delle province autonome rispetto all'obbligo per esse previsto di dare esecuzione agli obblighi internazionali e di attuare il diritto comunitario.

Le disposizioni passate in rassegna accomunano sotto il profilo della funzione l'esercizio dei poteri sostitutivi in quanto finalizzati a garantire l'unità della Repubblica. Entrambe presuppongono una competenza legislativa esclusiva dello Stato di regolazione delle forme di esercizio del potere sostitutivo, infatti:

a) l'articolo 117, quinto comma, prevede una competenza esclusiva del legislatore statale in materia di determinazione di regole legislative di procedura e di definizione delle forme di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza delle regioni nel recepimento del diritto comunitario e di attuazione degli obblighi internazionali⁸;

b) l'articolo 120, secondo comma, ultimo periodo, prevede una competenza legislativa esclusiva in materia di definizione delle procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi (di cui al medesimo comma) siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione;

c) esiste poi una competenza esclusiva del legislatore statale, ai sensi dell'articolo 120, secondo comma, primo periodo, della Costituzione, nella definizione dei casi di "mancato

⁶ In tal senso la giurisprudenza costituzionale è costante, a partire da Corte cost., 27 gennaio 2004, n. 43, e 2 marzo 2004, n. 69, con osservazione di R. Dickmann, in *Foro amm.*, 2004, 637 ss..

⁷ Tali poteri sostitutivi devono intendersi preservati in via generale, salvo il vaglio concreto di conformità ai modelli costituzionali, sulla base di quanto argomentato da Corte cost., 19 luglio 2004, n. 240, punto 2 in diritto (vedi sopra nel testo).

rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria", di "pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica", e di "unità giuridica", di "unità economica" e di "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali", ai fini dell'esercizio del potere sostitutivo previsto nella medesima disposizione.

Si aggiunga che all'articolo 117, terzo comma, la generale competenza esclusiva del legislatore statale in materia di determinazione dei principi fondamentali⁹ negli ambiti di competenza concorrente delle regioni, comprende la competenza a definire norme *procedurali* di principio ai fini dell'esercizio del potere sostitutivo in ciascuno degli ambiti di competenza concorrente delle regioni.

Infine la Corte costituzionale ha ritenuto che nelle materie e negli ambiti di competenza esclusiva dello Stato spetti a quest'ultimo il compito di assicurare in via legislativa "standard minimi ed uniformi di tutela", che la legislazione delle regioni, ancorché a statuto speciale, deve rispettare¹⁰.

Il potere sostitutivo costituisce pertanto una deroga alla ripartizione ordinaria delle competenze tra Stato ed autonomie locali prevista dalla Costituzione al fine di assicurare effettività alla garanzia delle esigenze unitarie della Repubblica¹¹.

Per altro verso l'articolo 120, secondo comma, affida al legislatore il compito di determinare opportuni contrappesi, prevedendo che la legge definisca procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione.

⁸ In tal senso Corte cost., 19 luglio 2004, n. 239, punto 4 in diritto, chiarisce che tale disposizione istituisce una competenza legislativa esclusiva ai fini della definizione della disciplina delle modalità procedurali in materia di rapporti internazionali e con l'Unione europea delle regioni e delle province autonome.

⁹ In assenza di ogni formale precisazione di tali principi fondamentali, la Corte cost. (26 giugno 2002, n. 282, punto 4 in diritto, e 23 luglio 2002, n. 376, punto 7 in diritto) ha affermato che "nella fase della transizione dal vecchio al nuovo sistema di riparto delle competenze (in assenza di leggi statali di principio), la legislazione concorrente dovrà svolgersi nel rispetto dei principi fondamentali comunque risultanti dalla legislazione statale già in vigore", definendo la base di quello che è definito principio di continuità. La Corte cost. ha definito tale principio in relazione alla questione della permanenza in vigore delle leggi e dei regolamenti statali in materie che prima della l. cost. n. 3 del 2001 erano di competenza concorrente ed ora risultano rimesse alla competenza residuale delle regioni (Corte cost., 23 luglio 2002, n. 376, punti 4 e 6 in diritto - il punto 6 in particolare è riferito ai regolamenti - e ord. 23 luglio 2002, n. 383). Sulla possibilità di declinare tale principio in senso ampio, nel senso di desumerne anche un'esigenza di "stabilità delle istituzioni", si veda Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 13, e R. DICKMANN, Dal principio di continuità al "principio di stabilità" delle istituzioni nella transizione costituzionale, in *Foro amm.*, 5/2004 (in corso di pubblicazione).

¹⁰ Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282 (punto 3 in diritto); 26 luglio 2002, n. 407 (punto 3.2 in diritto); 20 dicembre 2002, n. 536 (punto 5 in diritto); 7 ottobre 2003, n. 307 (punto 5 in diritto).

¹¹ In tal senso espressamente Corte cost., 1° ottobre 2003, n. 303 (punto 4.1 in diritto), con osservazioni di R. Dickmann, in *Corriere giuridico*, 1/2004, 41 ss.; A. D'Atena, A. Anzon e A. Moscarini, in *Giur. cost.*, 2003, risp., 2776 ss., 2782 ss. e 2791 ss..

Per tali ragioni si è ritenuto che le norme costituzionali in materia di poteri sostitutivi siano eccezionali e - come tali - di stretta interpretazione alla luce della relativa disciplina legislativa di attuazione¹².

2. Articolo 120, secondo comma, della Costituzione.

2.1. Poteri sostitutivi del Governo.

Si rileva preliminarmente che secondo la Corte¹³ i poteri sostitutivi di cui al secondo comma dell'articolo 120 della Costituzione "concorrono a configurare e a limitare l'autonomia dell'ente nei cui confronti opera la sostituzione, e devono quindi trovare fondamento esplicito o implicito nelle norme o nei principi costituzionali che tale autonomia prevedono e disciplinano".

Tale disposizione non permette quindi di legittimare interventi sostitutivi del legislatore statale in ambiti rimessi alla potestà legislativa concorrente delle regioni privi di una disciplina regionale, invocando il regime di cedevolezza della legislazione statale nel momento dell'adozione della pertinente legge regionale, di cui all'articolo 1, comma 2, della legge n. 131 del 2003. Infatti al legislatore statale spetta la sola competenza esclusiva a definire i presupposti sostanziali e procedurali per l'esercizio di tale potere sostitutivo¹⁴. Dovrebbe quindi escludersi la competenza dello Stato ad intervenire *direttamente* con legge in sostituzione di singoli atti di competenza di enti locali.

La Corte ha tuttavia riconosciuto allo Stato il potere di *appropriarsi in via legislativa* di competenze amministrative regionali, differenziandolo nettamente sul piano della natura e dei presupposti rispetto al potere sostitutivo in esame¹⁵.

Al riguardo la Corte ha chiarito che, in considerazione del fatto che allo Stato spetta la garanzia delle istanze unitarie della Repubblica¹⁶, nell'esercizio di tale funzione lo Stato, ai sensi dell'articolo 118, primo comma, della Costituzione, *in via sussidiaria* può attrarre a livello statale *funzioni amministrative* di spettanza di enti regionali o locali nelle materie di

¹² In tal senso si veda R. DICKMANN, Osservazioni, cit., 499.

¹³ Corte cost., 27 gennaio 2004, n. 43, punto 3.1 in diritto.

¹⁴ In tal senso si veda quanto precisato da Corte cost., 19 luglio 2004, n. 240, punto 4 in diritto (vedi sopra nel testo).

¹⁵ Si veda nel senso indicato Corte cost., 1° ottobre 2003, n. 303 (punto 2.1 in diritto).

¹⁶ Corte cost., 24 luglio 2003, n. 274, con osservazioni di A. Anzon, G. Gemma, R. Dickmann, in Giur. cost., 2003, risp., 2256 ss., 2260 ss. e 2269 ss..

competenza statale esclusiva o concorrente. Tale potere può essere esercitato solo con legge e sulla base di una previa intesa (*principio dell'intesa*) con le regioni o province autonome interessate. Tale legge è legittima in quanto non lede le competenze regionali ma deroga al riparto di cui all'articolo 117, terzo comma, della Costituzione, determinando una "temporanea compressione" delle competenze legislative regionali, non irragionevole in quanto finalizzata ad assicurare l'immediato svolgersi di funzioni amministrative che lo Stato ha attratto per soddisfare esigenze unitarie e che non possono essere esposte al rischio della ineffettività¹⁷.

Esiste pertanto una chiara differenza tra tale potere ed il potere sostitutivo: in caso di attrazione in sussidiarietà con legge di funzioni amministrative locali la competenza per il relativo esercizio diventa statale; in caso di esercizio del potere sostitutivo governativo la competenza all'adozione dell'atto rimane dell'ente sostituito.

Se la giurisprudenza della Corte sembra ormai orientata nel senso di escludere la possibilità che il potere sostitutivo in esame possa contemplare una sostituzione diretta in via normativa, la dottrina si è divisa in proposito, ammettendo la possibilità di un intervento sostitutivo in forma di legge (nella specie – poiché tale potere è riconosciuto al Governo – con decreto-legge)¹⁸.

Al riguardo si è avuta l'occasione di chiarire¹⁹ che l'articolo 120, secondo comma, non può legittimare un potere sostitutivo del legislatore di tipo preventivo o suppletivo: si tratta infatti di un potere sostitutivo necessariamente successivo, svolto in esito ad una verifica da parte del Governo (o di suoi organi) circa l'efficacia dell'azione di organi di enti locali in rapporto ai valori unitari indicati nello stesso articolo.

¹⁷ Corte cost., 1° ottobre 2003, n. 303 (punti 1.1, 2.1, 2.2, 7, 12.2, 15, 16 in diritto)

¹⁸ Sono a favore di un potere sostitutivo esercitato anche in via legislativa, ad esempio, P. PINELLI, I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario, in *Foro it.*, 2001, V, 189 ss.; P. CARETTI, L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione: aspetti problematici, in *Le Regioni*, 2001, 1229 ss.; G.M. SALERNO, I poteri sostitutivi del governo, cit., 348 ss.; E. GIANFRANCESCO, Il potere sostitutivo, in *La Repubblica delle autonomie*, a cura di T. Groppi e M. Olivetti, Torino, 2003, 239; D. PICCIONE, Gli enigmatici orizzonti dei poteri sostitutivi del Governo: un tentativo di razionalizzazione, in *Giur. cost.*, 2003, 1211 ss.; in senso contrario (oltre a quanto si argomenterà nelle pagine successive), ad esempio, A. CORPACI, Revisione del titolo V della Parte II della Costituzione e sistema amministrativo, in *Le Regioni*, 2001, 1323; A. ANZON, I poteri delle regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime ed il modello originario a confronto, Torino, 2002, 217; G. MARCHETTI, Le autonomie locali fra stato e regioni, Milano, 2002, 187; L. PRINCIPATO, I diritti costituzionali e l'assetto delle fonti dopo la riforma dell'art. 117 della Costituzione, in *Giur. cost.*, 2002, 1186 s.; F. PIZZETTI, L'evoluzione del sistema italiano fra "prove tecniche di governance" e nuovi elementi unificanti. Le interconnessioni con la riforma dell'Unione europea, in *Le regioni*, 2002, 691 s.; S. MANGIAMELI, La riforma del regionalismo italiano, Torino, 2002, 150-151; G. VERONESI, Il regime dei poteri sostitutivi, cit., 739-743; C. MAINARDIS, I poteri sostitutivi statali, cit., 1379 e 1369 ss. (spec. 1379).

¹⁹ R. DICKMANN, Osservazioni, cit., 502. In senso conforme si vedano Corte cost., 24 luglio 2003, n. 274 (punto 2.1 in diritto), e 1° ottobre 2003, n. 303 (punto 2.1 in diritto).

Qualora invece l'intervento sostitutivo riguardasse regioni o province autonome per casi in cui si configurasse una inadempienza dello Stato in conseguenza del "mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria" da parte di regioni o province autonome, si applicherebbe il comma quinto dell'articolo 117 della Costituzione.

Infatti il secondo comma dell'articolo 120, nella parte indicata, dovrebbe ritenersi applicabile ad ipotesi in cui *singoli organi* di tali enti non abbiano consentito l'esatta applicazione del diritto comunitario o internazionale *in presenza di una normativa regionale o provinciale di esecuzione o di attuazione*, nonché all'ipotesi di mancata attuazione *in via amministrativa* del diritto comunitario, ai sensi dell'articolo 11 della legge n. 86 del 1989²⁰.

Il Governo pertanto, ai sensi del secondo comma dell'articolo 120 della Costituzione, può disciplinare con legge solo modalità di esercizio del potere sostitutivo, attivando istituti quali il ricorso ad un commissario *ad acta*²¹ oppure l'annullamento da disporre *in via amministrativa* previa diffida a provvedere diretta all'organo responsabile dell'ente locale²². Entro questi limiti può anche fare ricorso al decreto-legge, ma a condizione di non incidere direttamente sull'atto sostituito, in quanto l'articolo 120, secondo comma, impone un forte limite al legislatore: può solo adottare leggi "di procedure". Inoltre, secondo quanto chiarito dalla Corte, la sostituzione deve riguardare "il compimento di atti o attività prive di discrezionalità nell'*an*", cosa che esclude la possibilità di ricondurre legittimamente nella dimensione della discrezionalità del legislatore determinazioni discrezionali di poteri di natura diversa.

Alla luce di queste indicazioni, e delle pronunce della Corte che le supportano, devono leggersi le previsioni di cui all'articolo 8, comma 1, della legge n. 131 del 2003, che prevede che il Governo, nell'esercizio del potere sostitutivo in questione possa scegliere tra il ricorso alla figura del commissario *ad acta* e l'esercizio *diretto* del potere sostitutivo adottando i "provvedimenti necessari, *anche normativi*". Peraltro analoga precisazione non compare per l'ipotesi più grave di cui al comma 4 del medesimo articolo ("nei casi di assoluta urgenza, qualora l'intervento sostitutivo non sia procrastinabile senza mettere in pericolo le finalità tutelate dall'articolo 120 della Costituzione").

²⁰ In tal senso si veda III Commissione, Affari esteri e comunitari, della Camera dei deputati, in BGCP, 11 e 12 marzo 2003, risp., 24 ss. e 38 ss..

²¹ Si ricorda la previsione di cui all'art. 1 del d.l. 22 febbraio 2002, n. 13, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 aprile 2002, n. 75.

²² Si veda l'art. 19-bis, comma 4, della l. 11 febbraio 1992, n. 157, introdotto dall'art. 1 della l. 3 ottobre 2002, n. 221. Si veda anche l'art. 10, commi 42-45, del d.l. 28 marzo 2003, n. 49, convertito, con modificazioni, dalla l. 30 maggio 2003, n. 119, oggetto del ricorso definito dalla Corte cost., nella sent. 19 luglio 2004, n. 240.

Poiché all'esercizio del potere sostitutivo di cui all'articolo 120 sono opponibili i principi di sussidiarietà e leale collaborazione, non si può che confermare l'interpretazione per la quale con il provvedimento sostitutivo non si può alterare la natura della funzione espressa con il provvedimento sostituito e, soprattutto, non si può modificare la competenza dell'organo che ha adottato quest'ultimo ed il regime delle impugnazioni per esso previsto²³.

Si confermano quindi i dubbi già espressi²⁴ circa la legittimità costituzionale di una interpretazione dell'articolo 8, comma 1, della legge n. 131 del 2003 volta ad ammettere l'esercizio *diretto* del potere sostitutivo *ex* articolo 120, secondo comma, della Costituzione da parte del Governo in via legislativa, e comunque con forme tali da alterare il regime giuridico dell'atto sostituito.

In tal senso si condividono gli argomenti di chi sostiene che il conferimento di poteri legislativi al Governo deve conciliarsi sempre con la tassatività delle disposizioni costituzionali in materia, formulate nel senso di escludere in qualsiasi modo che fonti diverse dalla Costituzione possano dettagliarne le previsioni in senso innovativo, creando, ad esempio, strumenti legislativi atipici²⁵.

La Corte costituzionale, investita della questione nei termini ricordati in apertura delle presenti considerazioni, anche se non si è pronunciata espressamente, ha tuttavia fornito una lettura riepilogativa della propria giurisprudenza che può essere adottata a supporto e conferma di quanto esposto.

Rimane la questione se tale potere possa esercitarsi in via normativa almeno con regolamento: al riguardo si ritiene di escludere tale soluzione per l'impossibilità di conciliare la necessità (obiettiva e contingente) di intervenire in via sostitutiva con l'esigenza (dettata dal principio di legalità) di una previa legge di riferimento per l'esercizio del potere regolamentare che si caratterizzi come legge di procedure ai fini di cui all'articolo 120, secondo comma, ultimo periodo, della Costituzione.

²³ In tal senso si veda chiaramente quanto precisato in Corte cost., 1° ottobre 2003, n. 303 (punto 2.1 in diritto).

²⁴ R. DICKMANN, Osservazioni, cit., 505-507, dove si è ritenuto di leggere l'art. 8, comma 1, della l. 131 del 2003, nel senso che esso contiene la mera evocazione dell'iniziativa normativa del Governo; contra G.M. SALERNO, I poteri sostitutivi del Governo, cit., 349 (spec. nota 39).

²⁵ G. SCACCIA, Il potere di sostituzione in via normativa, cit..

2.2. Poteri sostitutivi delle regioni.

La Corte ha riconosciuto la legittimità dei poteri sostitutivi regionali a partire dalla sentenza n. 43 del 2004.

La Corte a tal fine ha argomentato nel senso che la formulazione del secondo comma dell'articolo 120 *non esclude la legittimità* di tali poteri sostitutivi, purché la legge regionale preveda che essi siano esercitati da organi di governo regionali verso organi di enti locali, secondo il modulo tratteggiato nella citata disposizione costituzionale²⁶.

La questione della legittimità rispetto al secondo comma dell'articolo 120 della Costituzione dei poteri sostitutivi regionali nei confronti degli enti locali era peraltro già stata prefigurata in senso positivo nella sentenza n. 313 del 2003²⁷. A partire dalla sentenza n. 43 del 2004 la Corte non solo ne ha definitivamente riconosciuto la legittimità ma ha anche fornito argomenti che permettono di confermare l'interpretazione per la quale i poteri sostitutivi di cui all'articolo 120, secondo comma, della Costituzione, presentano natura amministrativa²⁸.

La Corte ha spiegato che il potere sostitutivo di cui all'articolo 120 ha carattere "straordinario e aggiuntivo" e che non si può ritenere smentita la consolidata tradizione legislativa che ammetteva pacificamente interventi sostitutivi ad opera di organi regionali nei confronti degli enti locali²⁹: la formulazione del secondo comma dell'articolo 120 in materia *non esclude* infatti, secondo la Corte, la legittimità di eventuali poteri sostitutivi previsti da leggi regionali, se esercitati da *organi di governo* della regione verso organi di enti locali, secondo il modulo tratteggiato dalla citata disposizione costituzionale³⁰.

Gli argomenti usati dalla Corte permettono pertanto di ritenere che il secondo periodo del secondo comma dell'articolo 120 in realtà sia autonomo rispetto alla disposizione di cui al periodo precedente. Del resto tale secondo periodo parla di "poteri sostitutivi" al plurale, demandando alla *legge* la definizione delle procedure atte a garantire che essi siano esercitati nel rispetto (non solo del principio di legalità ma anche) del principio di sussidiarietà e del

²⁶ Corte cost., 27 gennaio 2004, n. 43, punti 3 e 4 in diritto; in senso conforme sono Corte cost., 2 marzo 2004, nn. 69, 70, 71, 72 e 73; 6 aprile 2004, n. 112; 14 maggio 2004, n. 140; 11 giugno 2004, n. 172; 16 luglio 2004, n. 227.

²⁷ Corte cost., 21 ottobre 2003, n. 313, punto 9 in diritto.

²⁸ Tale conclusione, ricavabile dal contesto della sent. 27 gennaio 2004, n. 43, è particolarmente evidente sulla base degli argomenti usati dalla Corte nei punti 3.3 e 4 in diritto.

²⁹ Corte cost., 27 gennaio 2004, n. 43, punto 3.3 in diritto, e 2 marzo 2004, n. 69, punti 2 e 3 in diritto.

³⁰ Corte cost., 27 gennaio 2004, n. 43, punto 4 in diritto, e 2 marzo 2004, n. 69, punto 4 in diritto.

principio di leale collaborazione³¹: è cioè “potere sostitutivo” quel potere che la legge qualifichi come tale, nel rispetto del secondo comma dell’articolo 120 della Costituzione.

In tal modo si può agevolmente interpretare tale disposizione nel senso che sono legittimi non solo i poteri sostitutivi del Governo statale disciplinati dalle leggi già in vigore ma anche i poteri sostitutivi dei governi regionali qualificati da leggi regionali in corrispondenza del modello di cui al secondo comma dell’articolo 120.

E’ cioè necessario che i poteri sostitutivi – per essere legittimi - siano esercitati, in armonia con la Costituzione, da organi di governo, non da apparati amministrativi, e sulla base di una legge (statale o regionale), nel rispetto dei principi di sussidiarietà e leale collaborazione e con la partecipazione dell’ente sostituito (non formale ma reale).

Tali poteri sostitutivi, analogamente a quanto rilevato per i poteri sostitutivi dello Stato, se sono inequivocabilmente riconosciuti come sottoposti alla legge, non possono che presentare natura amministrativa.

I criteri indicati dalla Corte nella sentenza n. 43 del 2004 affinché i poteri sostitutivi regionali si possano ritenere legittimamente posti ed esercitati, sono i seguenti:

a) necessità di una previa legge che preveda e disciplini le ipotesi di esercizio di poteri sostitutivi, definendone i presupposti sostanziali e procedurali³²;

b) legittimità della sostituzione solo per il compimento di atti o di attività “prive di discrezionalità nell’*an* (anche se non necessariamente nel *quid* o nel *quomodo*)”³³, la cui obbligatorietà sia il riflesso degli interessi unitari alla cui salvaguardia provvede l’intervento sostitutivo: e ciò affinché essa non contraddica l’attribuzione della funzione amministrativa all’ente locale sostituito”;

c) necessità che il potere sostitutivo sia esercitato da un organo di governo della

³¹ Su tali principi in dottrina si ricordano, tra gli altri, Le autonomie territoriali: dalla riforma amministrativa alla riforma costituzionale, a cura di G. Berti e G.C. De Martin, Milano, 2001; S. BARTOLE, Riflessioni sulla comparsa nell’ordinamento italiano del principio di sussidiarietà, in *Studium juris*, 1999, 380 ss.; R. BIN, Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri, in *Riv. dir. cost.*, 2001, 3 ss.; M. CAMMELLI, Principio di sussidiarietà e sistema delle amministrazioni pubbliche, in *Quad. reg.*, 2002, 453 ss.; B. CARAVITA, La Costituzione dopo la riforma del titolo V, Torino, 2002; P. CARETTI, Principio di sussidiarietà e funzione legislativa, in *Quad. reg.*, 2002, 447 ss.; F.P. CASAVOLA, Dal federalismo alla sussidiarietà, in *Foro it.*, 1996, V, 181 ss.; M.P. CHITI, Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo, in *Dir. pubbl.*, 1995, 517 ss.; A. D’ANDREA, La prospettiva della Costituzione italiana ed il principio di sussidiarietà, in *Jus*, 2000, 227 ss.; A. D’ATENA, Costituzione e principio di sussidiarietà, in *Quad. cost.*, 2001, 13 ss.; ID., Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 609 ss.; R. DICKMANN, Osservazioni, cit., 485 ss.; G. FALCON, Autonomia amministrativa e principio di sussidiarietà, in *Dir. soc.*, 1998, 279 ss.; D.U. GALLETTA, Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo, Milano, 1998; A. MOSCARINI, Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti, Padova, 2003.

³² La Corte si riferisce sul punto a Corte cost., 13 giugno 1989, n. 338, punto 4.3 in diritto.

³³ La Corte rinvia al riguardo a Corte cost., n. 10 febbraio 1988, n. 177, punto 5.2 in diritto.

regione o sulla base di una decisione di questo³⁴;

d) definizione con legge di congrue garanzie procedurali per l'esercizio del potere sostitutivo, in conformità al principio di leale collaborazione, prevedendo un procedimento nel quale l'ente sostituito sia comunque messo in grado di interloquire anche al fine di evitare la sostituzione attraverso l'autonomo adempimento, senza che a tal fine sia sufficiente la mera previa segnalazione.

Come si può notare la Corte nella sentenza n. 240 del 2004 ha recuperato i criteri definiti nella sentenza n. 43 del 2004, assimilando nella dimensione di una categoria unitaria tanto i poteri sostitutivi statali quanto i poteri sostitutivi regionali esercitati *sub titulo* dell'articolo 120, secondo comma, della Costituzione.

3. Articolo 117, quinto comma, della Costituzione.

Come rilevato il potere sostitutivo di cui all'articolo 117, quinto comma, presenta natura giuridica diversa da quella del potere sostitutivo di cui al secondo comma dell'articolo 120 della Costituzione. Si tratta infatti di un potere-dovere *dello Stato* (non del Governo o di suoi organi) di intervento in via sostitutiva *mediante lo strumento normativo*³⁵.

Secondo la Corte costituzionale³⁶ non ci sono limiti per il legislatore all'esercizio di tale potere se manca del tutto una disciplina regionale della materia e se non si determini alcuna stabile alterazione dell'assetto delle competenze costituzionalmente definite, anche se l'efficacia della disciplina legislativa statale è in ogni caso limitata *al solo tempo* in cui questa manchi nell'area geografica di riferimento delle competenze normative dell'ente locale. *Si tratta pertanto di un potere sostitutivo di tipo suppletivo*³⁷: anche sotto questo profilo si differenzia dal potere sostitutivo di cui all'articolo 120.

Secondo la Corte l'esistenza di una normativa comunitaria che comporti obblighi di attuazione nazionali non determina, di per sé, alcuna alterazione dell'ordine normale delle

³⁴ La Corte richiama Corte cost., 19 luglio 1994, n. 342, punto 4 in diritto, e 21 ottobre 2003, n. 313, punto 9 in diritto.

³⁵ Sulla rilevazione in sede di esame parlamentare di tali differenze si veda R. DICKMANN, Il "potere estero" delle regioni e delle province autonome, in I processi di attuazione del federalismo in Italia, a cura di B. Caravita, Milano, 2004, 206 (spec. nota 55).

³⁶ Corte cost., 22 novembre 2001, n. 371 (punto 2.3 in diritto).

³⁷ Sul punto si rinvia a G. GUZZETTA, Regolamenti statali a carattere suppletivo e competenze regionali: dalla "decostituzionalizzazione" alla "delegificazione" dell'autonomia territoriale in nome del diritto comunitario, nota a Corte cost. 10 novembre 1999, n. 425, in Giur. cost., 1999, 3746 ss. (e bibl. ivi cit.); A. CELOTTO, E' ancora legittima la "sostituzione preventiva" dello Stato alle Regioni nell'attuazione del diritto comunitario?, ibidem, 2002, 133 ss..

competenze statali, regionali o provinciali, conformemente al principio che l'ordinamento comunitario è, in linea di massima, *indifferente* alle caratteristiche (accentrate, decentrate, regionali o federali) degli stati membri, alla luce delle quali devono svolgersi i processi nazionali di attuazione.

Lo Stato, tuttavia, per effetto della responsabilità assunta sul piano comunitario sulla base dei Trattati, ed all'interno dell'ordinamento in conseguenza dell'articolo 11 della Costituzione, è *tenuto e quindi abilitato* a mettere in campo tutti gli strumenti, compatibili con la garanzia delle competenze regionali e provinciali, idonei ad assicurare l'adempimento degli obblighi di natura comunitaria.

In particolare la Corte ha precisato che allo Stato spetta il compito di *supplire* all'eventuale inerzia *con proprie norme*, colmando la lacuna; poi le regioni e le province autonome possono fare uso in qualunque momento delle proprie competenze, *rendendo di conseguenza inapplicabile la normativa statale*.

Da ciò deriva - sempre secondo la Corte - l'importante conseguenza per la quale *ordinariamente*, nel caso dell'attuazione di direttive comunitarie o di obblighi internazionali, la rivendicazione delle competenze regionali e provinciali deve avvenire non attraverso la contestazione nel giudizio costituzionale della normativa statale ma attraverso l'esercizio concreto delle proprie competenze in applicazione del "principio di continuità"³⁸.

Tale potere sostitutivo si può dunque esercitare in via legislativa e regolamentare³⁹: con riferimento alla potestà regolamentare la Corte ha chiarito che l'esecuzione di obblighi comunitari in via sostitutiva "non è un *passe-partout* che consente allo Stato di vincolare le autonomie regionali e provinciali senza rispettare i principi della propria attività normativa", chiarendo che anche nell'adozione della normativa di attuazione comunitaria il regolamento statale - al di là dei casi di riserva di legge previsti dalla Costituzione - *incontra il limite del principio di legalità*. Tale principio, come numerose volte ed a diversi riguardi la Corte ha riconosciuto, domina i rapporti tra lo Stato e le regioni e le province autonome e costituisce un aspetto della loro stessa posizione, che queste ultime sono abilitate a difendere nel giudizio costituzionale.

Il potere sostitutivo in esame è pertanto configurabile solo *ove manchi del tutto* una disciplina regionale o provinciale di attuazione di norme comunitarie e per il solo periodo di

³⁸ Sul principio di continuità vedi nota 9.

³⁹ Sulle questioni connesse all'ammissibilità dell'esercizio del potere sostitutivo ex art. 117, quinto comma, Cost., non solo in via legislativa ma anche regolamentare, si rinvia a R. DICKMANN, Osservazioni, cit., 505-507.

tempo in cui permanga questa lacuna nell'area geografica di riferimento delle competenze di ciascun ente locale.

Quando la competenza normativa della regione è esercitata ed entrano in vigore i relativi atti normativi, l'efficacia della disciplina statale deve intendersi risolta per effetto dell'attivazione della limitazione del potere normativo statale nelle materie di competenza esclusiva o concorrente delle regioni espressamente qualificata dall'articolo 117 della Costituzione. Va peraltro escluso che la normativa locale sopravvenuta incida sulla disciplina statale preesistente in termini di abrogazione: si deve piuttosto parlare di *soluzione dell'efficacia* della normativa statale in virtù della relativa cedevolezza, per effetto delle indicazioni di cui all'articolo 117 della Costituzione (in combinato disposto con l'articolo 11 della Costituzione).

Dopo l'intervento normativo regionale lo Stato potrà solo definire principi fondamentali in via legislativa⁴⁰ e, in attuazione del principio di leale collaborazione, assicurare il rispetto dei principi costituzionali riconducibili all'unitarietà dello Stato e delle relative responsabilità interne ed internazionali.

4. Conclusioni.

La breve rassegna svolta consente di giungere alla sistemazione di alcune indicazioni giurisprudenziali in tema di poteri sostitutivi.

I poteri sostitutivi possono essere ricondotti in una categoria unitaria, nell'ambito della quale si differenziano in statali e regionali, normativi e non normativi, generali e speciali.

I poteri sostitutivi statali sono quelli di cui agli articoli 117, quinto comma, e 120, secondo comma, della Costituzione, nonché quelli contemplati dagli statuti speciali per le singole fattispecie ivi disciplinate.

⁴⁰ La Corte cost., 1° ottobre 2003, n. 303 ha affermato (punto 7 in diritto) che solo la sopravvenienza di principi fondamentali definiti ai fini di cui all'articolo 117, terzo comma, della Costituzione determina l'"abrogazione" delle norme regionali direttamente incompatibili con essi e riconosce la possibilità di interventi legislativi cedevoli in materie rientranti nella competenza legislativa concorrente regionale, sulla base di una previa intesa con le regioni interessate, in svolgimento del principio di sussidiarietà. In senso analogo a questa seconda indicazione dispongono espressamente gli statuti delle regioni ad autonomia speciale, ad eccezione della Regione siciliana: si veda l'art. 105 del d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670 (st. TAA), l'art. 57 della l. cost. 26 febbraio 1948, n. 3 (st. Sardegna), l'art. 51 della l. cost. 26 febbraio 1948, n. 4 (st. VdA), l'art. 64 della l. cost. 31 gennaio 1963, 1 (st. FVG).

I poteri sostitutivi regionali possono essere previsti in via generale nei rispettivi statuti (speciali oppure ordinari) oppure in via speciale da singole leggi regionali e si esercitano nei confronti degli enti infraregionali.

Il potere sostitutivo di cui al quinto comma dell'articolo 117 della Costituzione è di titolarità esclusiva dello *Stato* ed è esercitabile solo in via normativa, legislativa o regolamentare. E' inoltre suppletivo o cedevole, nel senso che le regioni e le province autonome possono direttamente esercitare i propri poteri normativi per "riappropriarsi" della competenza "sostituita", determinando la caducazione della normativa statale nell'area geografica di riferimento a far data dall'entrata in vigore della disciplina regionale o provinciale.

Il potere sostitutivo di cui al secondo comma dell'articolo 120 della Costituzione è invece di titolarità del *Governmento* verso organi di enti regionali o locali o dei governi regionali verso organi degli enti locali e presenta natura amministrativa. Tale potere è esercitabile sulla base di una legge di procedure che ne definisca i presupposti sostanziali e procedurali, per il compimento di atti o attività prive di discrezionalità nell'*an*, e sulla base di congrue garanzie procedurali in conformità del principio di leale collaborazione.

L'articolo 120, secondo comma, legittima inoltre i poteri sostitutivi governativi previsti da leggi speciali, anche se previgenti alla data di entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 2001, purché conformi al modello ivi indicato.

Il potere sostitutivo del *Governmento* di cui all'articolo 120 si esercita anche nei confronti delle regioni a statuto speciale e delle province autonome limitatamente alle materie da queste attratte in virtù della "clausola di favore" di cui all'articolo 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001, ma a decorrere dal momento in cui avrà luogo il concreto trasferimento delle ulteriori funzioni ai sensi dell'articolo 11 della legge n. 131 del 2003.

Può pertanto ritenersi che le pertinenti previsioni di cui all'articolo 8 della legge n. 131 del 2003 abbiano carattere residuale e si debbano interpretare in conformità alle citate disposizioni costituzionali, come dettagliate dalla Corte nella propria giurisprudenza.

In ogni caso nell'esercizio dei poteri sostitutivi non può derogarsi al riparto di competenze di cui all'articolo 117 della Costituzione.

A tale riparto può temporaneamente derogarsi solo in caso di "appropriazione legislativa" da parte dello *Stato* di competenze regionali, istituito messo a fuoco dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 303 del 2003, in termini di sostanziale differenziazione dal potere sostitutivo statale.