



federalismi.it

Rivista di diritto pubblico italiano,
comunitario e comparato

POTERI SOSTITUTIVI, AVOCAZIONE IN SUSSIDIARIETÀ E POTERI DI ORDINANZA. UNA LETTURA DI SISTEMA.*

di

Renzo Dickmann**

(Consigliere parlamentare della Camera dei Deputati)

10 ottobre 2012

Sommario: *Parte I* - **1.** Per una riconduzione a sistema dei poteri sostitutivi. **1.1.** Profili generali. **1.2.** La diversa natura giuridica degli atti espressivi dei poteri sostitutivi di cui agli artt. 117, quinto comma, e 120, secondo comma, Cost. **1.3.** L'avocazione in sussidiarietà di competenze regionali e la differenza con il potere sostitutivo di cui all'art. 120 Cost. **1.4.** I poteri sostitutivi di cui all'art. 120, secondo comma, Cost. si possono esercitare anche in via legislativa? **1.5.** Il commissario *ad acta* può esercitare poteri normativi? **1.5.1.** La sentenza n. 2 del 2010. **1.5.2.** La giurisprudenza successiva. **1.5.3.** Alcune questioni aperte. **2.** I poteri sostitutivi delle regioni (note). - *Parte II* - **3.** Differenza tra i poteri sostitutivi e i poteri di ordinanza del Governo in casi di necessità e di urgenza. **4.** Il titolo e i presupposti della sostituzione come requisiti di legittimità dell'atto sostitutivo. **5.** In conclusione: straordinarietà della sostituzione tra poteri e illegittimità dei poteri sostitutivi ordinari.

* Articolo sottoposto a referaggio.

** Le opinioni espresse sono personali e non impegnano in alcun modo l'Istituzione di appartenenza.

Parte I

1. Per una riconduzione a sistema dei poteri sostitutivi.

1.1. Profili dogmatici generali.

Uno degli argomenti meno esplorati dalla dottrina costituzionale è la sostituzione, istituto polimorfo che viene in questione quando poteri o organi intervengano nel medesimo ambito di attribuzione o di competenza¹.

La sostituzione può essere definita in generale una *relazione* di rilievo giuridico che incide sulla *legittimazione* all'esercizio straordinario di attribuzioni o competenze ordinariamente assegnate dalla Costituzione e dalla legge, che si sposta da un potere o organo a un altro, *non mutandone la titolarità*. In questo secondo caso si parlerebbe di trasferimento di attribuzioni o competenze o, se illegittimo, di relativa violazione.

Occorre in ogni caso un titolo costituzionale o legislativo che legittimi la sostituzione di enti od organi nell'esercizio di attribuzioni o competenze di non di propria titolarità.

Nel presente saggio si intende approfondire la sostituzione definita dagli artt. 117, quinto comma, e 120, secondo comma, Cost. negli ambiti di competenza definiti dai primi commi del citato art. 117 Cost., differenziandola da istituti apparentemente simili ma corrispondenti a profili causali differenti, come l'avocazione in sussidiarietà e i poteri di ordinanza del Governo.

La sostituzione di cui alle citate disposizioni è una relazione che intercorre tra enti territoriali titolari di competenze differenti. Non coinvolge quindi ambiti di attribuzione, nei termini che si illustreranno.

In primo luogo è necessario chiarire tra chi ricorre la sostituzione, prendendo posizione in ordine a una questione ancora aperta tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, dove ci si continua a domandare se la sostituzione sia una relazione interorganica o intersoggettiva.

¹ L'ampiezza del tema non consente di prospettare una rassegna bibliografica completa nello spazio di una nota. Pertanto in questa sede si preferisce segnalare la raccolta di riferimenti bibliografici curata dall'Istituto di Studi sui Sistemi Regionali Federali e sulle Autonomie (ISSIRFA) "Massimo Severo Giannini" del Consiglio nazionale delle ricerche (CNR), accessibile sul relativo sito istituzionale (www.issirfa.cnr.it) e continuamente aggiornato. Come monografie si ricordano M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, CEDAM, Padova, 2004; C. MAINARDIS, *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale*, Giuffrè, Milano, 2007; S. PAPA, *La sussidiarietà alla prova: i poteri sostitutivi nel nuovo ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2008; V. TAMBURRINI, *I poteri sostitutivi statali. Tra rispetto dell'autonomia regionale e tutela del principio unitario*, Giuffrè, Milano, 2012. Altri saggi sono citati nelle note del presente lavoro. In ogni caso la mancata citazione di alcuni scritti non significa che non se ne sia tenuto conto. Il fatto di essere autore di tesi sostenute in passato mi ha indotto piuttosto ad aggiornarle in una trattazione unitaria alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale, cercando di offrire una lettura organica dei profili costituzionali dell'istituto della sostituzione e degli istituti dell'avocazione e dei poteri governativi di ordinanza.

Al riguardo la Corte solo di recente² ha palesato la sua preferenza per la tesi della relazione intersoggettiva, peraltro ancora molto controversa davanti ai giudici amministrativi e non priva di contraddizioni, che saranno messe a fuoco nel corso della trattazione.

Volendo tentare una lettura di sistema dei poteri sostitutivi anche in relazione ai poteri di avocazione e di ordinanza occorre risolvere prima questa questione, che presenta profili comuni a tutte e tre le categorie.

Personalmente, muovendo dai poteri sostitutivi, si preferisce qualificare tale relazione come *interorganica* sulla scorta di una nota dottrina elaborata in diritto amministrativo³, perché tale relazione si può configurare solo tra gli enti territoriali tra i quali sono ripartite le competenze di cui all'art. 117 Cost., ferme restando le attribuzioni costituzionalmente definite dei relativi organi, alle quali, data la straordinarietà della sostituzione, nell'esercizio del potere sostitutivo non si può derogare.

In proposito si osserva che la relazione che consegue all'esercizio dei poteri sostitutivi, in quanto relazione giuridica, soggiace alla Costituzione e all'ordine giuridico in essa fondato, in cui trova il proprio titolo di legittimazione a condizione di non contraddirlo.

La relazione di sostituzione può conseguire a una legge o a provvedimenti amministrativi. Se consegue a una legge soggiace al principio di legalità costituzionale; se ricorre tra centri titolari di competenze legislativamente definite, assume rilievo amministrativo e soggiace al principio di legalità "ordinaria", cioè è governata dalla legge in cui trova il predetto titolo di legittimazione.

Per effetto del titolo alla sostituzione un ente che non ne è titolare è, sì, legittimato all'esercizio straordinario, pur temporaneo e cedevole (in senso lato), di competenze dell'ente ordinariamente titolare, ma in una dimensione vincolata nella determinazione dei fini da tali competenze: tali fini sono infatti quelli dell'ente sostituito. Il potere sostitutivo non può pertanto esorbitare dai limiti di tali competenze, in cui si determinano i fini dell'ente sostituito.

Sotto tale profilo, che potremmo definire il vincolo causale agli atti emessi nell'esercizio di poteri sostitutivi, tali poteri danno vita a una categoria giuridica suscettibile di una pluralità di declinazioni nel quadro di un modulo unitario: senza il titolo costituzionale che ne qualifica la causa giuridica gli atti che ne sono espressione sono illegittimi per incompetenza.

Si sottolinea ancora che la sostituzione non ha natura sanzionatoria.

² Corte cost., 14 gennaio 2010, n. 2, punto 5 in diritto; per una rassegna della giurisprudenza amministrativa sul punto si veda S. PAPA, *La sussidiarietà alla prova: i poteri sostitutivi nel nuovo ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2008, 301 ss.

³ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, Jovene, 1984, 231.

Pertanto esulano da tale categoria, ad esempio, lo scioglimento del consiglio regionale e la rimozione del presidente della giunta regionale, che sono legittimamente disposti dal Presidente della Repubblica solo nei casi di cui all'art. 126, primo comma, Cost. Tale titolo costituzionale legittima il Capo dello Stato al superamento di attribuzioni costituzionali di organi regionali, con atti che sarebbero illegittimi in assenza di tale titolo.

Per le stesse ragioni, e nonostante il diverso avviso di taluni autori, esulano dalla categoria dei poteri sostitutivi i poteri di scioglimento e di sospensione dei consigli comunali e provinciali e di rimozione e sospensione degli amministratori locali di cui agli artt. 141-143 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, recante il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali⁴.

La sostituzione è pertanto sempre illegittima quando gli atti che la esprimono contravvengano a specifiche attribuzioni di organi regionali, che possono adire la Corte in sede di conflitto di attribuzioni, come si avrà modo di evidenziare nelle pagine seguenti.

Quanto precede consente di sostenere in linea di principio che, avendo la sostituzione natura pregiudizialmente vincolata nei fini in quanto legittimata in Costituzione a condizioni eccezionali, si deve escludere ogni tipo di sostituzione che sia anche politicamente “libera”, cioè fondata su di una iniziativa politica sostitutiva di quella spettante ai competenti organi dell'ente sostituito.

Si deve cioè escludere che la Costituzione, soprattutto dopo l'abrogazione dei controlli statali sugli atti delle regioni e di quelli regionali sugli atti degli enti locali (di cui ai previgenti artt. 124, 125 e 130 Cost.), legittimi *ordinariamente* l'assunzione di decisioni di governo a livelli diversi, superiori, in luogo dell'ente competente, in particolare a titolo di controllo preventivo. I poteri sostitutivi si esercitano solo in presenza di una inadempienza nel caso del quinto comma dell'art. 117 Cost. o di uno dei casi tassativamente indicati al secondo comma dell'art. 120 Cost.

Pare pertanto corretto un approccio alla sostituzione di tipo “giuridico” piuttosto che “politico”, ancorché esistano indubbi profili di “politicalità” quando la sostituzione sia disposta con le forme dell'atto legislativo. Per tale ragione simili ipotesi devono circondarsi di molte cautele, nei termini che si approfondiranno.

Le condizioni e le forme della sostituzione tra Stato da un lato e regioni e province autonome dall'altro, di cui agli artt. 117, quinto comma, e di quella di cui all'art. 120, secondo comma,

⁴ In senso opposto si veda, ad esempio, V. TAMBURRINI, *I poteri sostitutivi statali*, cit. 85-87.

Cost., devono essere approfondite alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, che ha condizionato pesantemente l'evoluzione dell'istituto.

Anche la Corte costituzionale si è preoccupata di fornire una cornice di sistema ai poteri sostitutivi.

Secondo le indicazioni della Corte può ritenersi che la sostituzione congegnata nell'ambito del titolo V della parte II corrisponde a un'esigenza di rilievo costituzionale ben precisa, quella di garantire l'univocità dei fini dell'azione dei poteri e degli organi pubblici nel quadro offerto dall'ordine giuridico costituzionale. L'assetto della Repubblica dopo la riforma del 2001, anche se evolutosi in senso regionalista, non ha perso il carattere unitario di cui agli artt. 1, 5, 114 e 139 Cost., come dimostrano i richiami contenuti nel titolo V all'*armonia con la Costituzione* come vincolo per gli ordinamenti regionali e locali di cui agli artt. 119, secondo comma, e 123, primo comma, Cost.

Infatti anche nel quadro del nuovo assetto regionalista della Repubblica, introdotto nella Carta nel 2001, permane il principio di unità e indivisibilità della Repubblica, pure ribadito in apertura degli statuti delle regioni ad autonomia speciale⁵, che presenta la consistenza di un autentico principio supremo dell'ordinamento costituzionale ed è quindi inderogabile nell'attuazione delle disposizioni che prevedono il sistema di competenze ripartite tra Stato, regioni e autonomie locali (artt. 117 e 118 Cost.).

La riforma del 2001 ha determinato il superamento della logica dei controlli dello Stato sugli atti e sugli organi delle regioni e di quelli regionali sugli atti degli enti locali, sostituendola con la logica della sussidiarietà e della leale collaborazione.

Se i poteri sostitutivi sono funzionali a preservare l'unitarietà dell'ordinamento giuridico della Repubblica e l'univocità dei fini pubblici ripartiti tra gli enti di cui all'art. 114 Cost., cioè servono nei casi previsti dalla Costituzione ad armonizzare con essa, ove occorra e temporaneamente, fino al ripristino dell'ordinario assetto di competenze, il complesso degli ordinamenti giuridici delle regioni e degli altri enti locali, le disposizioni costituzionali che prevedono l'esercizio di poteri sostitutivi devono intendersi "clausole di chiusura" del sistema delle competenze, congegnate a garanzia dell'effettività dell'unità dell'ordine costituzionale. In tal senso le disposizioni costituzionali in materia di poteri sostitutivi recano norme eccezionali e quindi sono di stretta interpretazione.

⁵ Art. 1 R.D.L. 15 maggio 1946, n. 455 (pubblicato nella G.U. del Regno d'Italia n. 133-3 del 10 giugno 1946), convertito in l. cost. 26 febbraio 1948, n. 2 (statuto Sicilia); art. 1 l. cost. 26 febbraio 1948, n. 3 (statuto Sardegna); art. 1 l. cost. 26 febbraio 1948, n. 4 (statuto VdA); art. 1 l. cost. 31 gennaio 1963, n. 1 (statuto FVG); art. 1 t.u. l. cost. statuto TAA, approvato con d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670.

I poteri sostitutivi sono stati oggetto di significative indicazioni da parte della Corte costituzionale, in varie circostanze determinanti nella messa a punto del regime giuridico dell'istituto soprattutto a causa dell'insufficienza della legislazione generale di attuazione delle pertinenti disposizioni costituzionali, al momento contenuta nell'art. 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131.

In questa occasione si intende studiare il regime giuridico degli atti in sostituzione, considerando i poteri sostitutivi collegati in sistema ed evidenziando la differenza tra essi e istituti simili ma non sovrapponibili, in quanto fondati su titoli di legittimazione diversi, come l'avocazione di competenze legislative e amministrative regionali e i poteri di ordinanza del Governo, che pure rispondono a finalità comparabili.

La pronuncia della Corte dalla quale muovere per ricostruire alcuni profili dogmatici generali che accomunino il contesto di riferimento di tale poteri è la sentenza n. 274 del 2003.

Tale sentenza è stata sottovalutata, non solo dalla dottrina⁶ ma anche dalla stessa Corte, preferendo ad essa la ben più nota sentenza n. 303 del 2003, sulla quale ci si soffermerà nel paragrafo 1.3. Invece si tratta di una coraggiosa e importante pronuncia ai fini dell'enucleazione della categoria dei valori unitari della Repubblica e della relativa esigenza di garanzia, dove la Corte ha il merito di sottolineare a tal fine la preminente posizione dello Stato tra gli enti costitutivi della Repubblica di cui all'art. 114 Cost.

La Corte era partita dal dubbio se nell'assetto conseguente alla riforma del titolo V della Costituzione lo Stato, impugnando in via principale una legge regionale ex art. 127 Cost., potesse dedurre come parametro violato qualsiasi norma costituzionale ovvero dovesse fare riferimento solo a quelle norme concernenti il riparto delle competenze legislative.

La Corte ha ricordato che - precedentemente alla riforma costituzionale del 2001 - lo Stato, diversamente dalle regioni, era legittimato ad evocare qualsiasi parametro costituzionale, anche non direttamente relativo alla delimitazione di competenze, richiamando la differenza di formulazione dei testi dell'art. 127 Cost. prima della riforma del 2001 e dell'art. 2, comma 1, della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1.

⁶ Per alcuni commenti si vedano R. DICKMANN, [Spetta allo Stato la responsabilità di garantire il pieno soddisfacimento delle "istanze unitarie" previste dalla costituzione](#), in *Federalismi.it*, n. 9/2003; ID., *Osservazioni in tema di sussidiarietà e poteri sostitutivi dopo la l. cost. n. 3 del 2001 e la legislazione di attuazione*, in *Giur. cost.*, 2003, 485 ss.; Si vedano anche le note di A. ANZON, *I limiti attuali della potestà esclusiva delle Regioni (e Province) ad autonomia speciale e i vizi denunziabili dallo Stato ex art. 127 Cost.: due importanti punti fermi nella giurisprudenza della Corte*; G. GEMMA, *Vizi di leggi regionali e impugnativa statale: La Corte ha sentenziato, e correttamente*; R. DICKMANN, *Gli organi dello Stato sono chiamati a garantire le istanze unitarie della Repubblica*, in *Giur. cost.*, 2003, rispettivamente, 2256 ss., 2260 ss. e 2269 ss. Si veda pure F. DRAGO, *Il soddisfacimento delle istanze unitarie giustifica la vecchia giurisprudenza in merito ai vizi delle leggi regionali (brevi osservazioni sulla sent. n. 274/2003)*, in *Federalismi.it*, n. 8/2003.

Il primo, prevedendo il ricorso dello Stato contro la legge della regione che “*ecceda la competenza*” regionale, consentiva di ravvisare tale eccesso nel “*contrasto della legge impugnata con qualsiasi principio costituzionale*”; il secondo, relativo al ricorso della regione contro la legge dello Stato (o di altra regione) che “*invada la sfera di competenza*”, induceva a ritenere che potesse essere dedotta solo la violazione di parametri (costituzionali e interposti) incidenti, direttamente o indirettamente, sul riparto delle competenze. Per effetto di tale discrasia lessicale risultava evidente “l’asimmetria fra i parametri rispettivamente deducibili”⁷.

La Corte fa notare che il nuovo art. 127 Cost., al primo comma, continua a prevedere l’impugnazione governativa della legge regionale che “*ecceda la competenza*” della regione. Il secondo comma concerne invece l’impugnazione regionale della legge dello Stato (o di altra regione) che “*veda la sfera di competenza*” della regione ricorrente. Da tale differenza lessicale la Corte argomenta nel senso che deve intendersi conservata anche dopo la riforma del 2001 la diversità tra i due ricorsi, ritenendo la formulazione dell’art. 127 sostanzialmente simile a quella di cui alle citate disposizioni costituzionali previgenti alla riforma del 2001.

Al di là della novità di tale pronuncia rispetto al precedente indirizzo giurisprudenziale della Corte⁸, sulla base del quale riconosceva tale asimmetria superata dopo la legge costituzionale n. 3 del 2001⁹, ai fini delle presenti riflessioni si nota che secondo la Corte l’art. 114 (che pone sullo stesso piano formale come entità costitutive della Repubblica Stato, regioni, comuni, province e città metropolitane), l’art. 117 (che ribalta il criterio antecedente alla riforma di riparto delle competenze legislative tra Stato e regioni, fissando una clausola residuale in favore delle regioni) e l’art. 127 (che configura il ricorso del governo contro le leggi regionali come non più preventivo ma successivo) vanno letti, nonostante il rinnovato criterio di riparto delle competenze, considerando “come, nel nuovo assetto costituzionale scaturito dalla riforma, allo Stato sia pur sempre riservata, nell’ordinamento generale della Repubblica, una *posizione peculiare* desumibile non solo dalla proclamazione di principio di cui all’art. 5 Cost., ma anche dalla ripetuta evocazione di un’*istanza unitaria*, manifestata dal richiamo al rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, come limiti di tutte le potestà legislative (art. 117,

⁷ Corte cost., 24 luglio 2003, n. 274, punto 2.1 in diritto.

⁸ La Corte aveva peraltro preannunciato questo nuovo indirizzo giurisprudenziale in Corte cost., 28 marzo 2003, n. 94 (punto 2 in diritto).

⁹ In tal senso chiaramente Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282 (punto 3 in diritto), con osservazione di A. D’ATENA, *La Consulta parla...e la riforma del Titolo V entra in vigore*, in *Giur. cost.*, 2002, 2028-2029; si vedano anche E. GIANFRANCESCO, *Il controllo sulle leggi regionali nel nuovo art. 127*, in *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, a cura di T. Groppi e M. Olivetti, Torino, 2003, 150 s.; G. ROLLA, *Diritto regionale e degli enti locali*, Milano, 2002, 236 s.

primo comma) e dal riconoscimento dell'esigenza di tutelare l'unità giuridica ed economica dell'ordinamento stesso (art. 120, secondo comma). *E tale istanza postula necessariamente che nel sistema esista un soggetto – lo Stato, appunto – avente il compito di assicurarne il pieno soddisfacimento*". Continua la Corte rilevando che "lo stesso art. 114 Cost. non comporta affatto una totale equiparazione fra gli enti in esso indicati, che dispongono di poteri profondamente diversi tra loro: basti considerare che solo allo Stato spetta il potere di revisione costituzionale e che i Comuni, le Città metropolitane e le Province (diverse da quelle autonome) non hanno potestà legislativa"¹⁰.

La Corte pertanto, nella sentenza in questione aveva dissolto per tempo l'impressione che la riforma del 2001 avesse creato un mosaico di enti autonomi tra loro equiparabili, e quindi reciprocamente limitati, senza un momento di coordinamento nella realizzazione delle esigenze unitarie qualificate dalla Costituzione, fondando la legittimazione sia dei poteri sostitutivi sia dei poteri di avocazione e di ordinanza.

La Corte individua elementi per ritenere che, sparito il criterio gerarchico a vantaggio di quello della competenza nell'organizzazione delle relazioni tra enti locali, lo Stato continui a conservare poteri originali che, in quanto esponenziali dei valori e dei caratteri propri dell'unità della Repubblica, lo collocano in una posizione necessariamente privilegiata (la Corte è in realtà più prudente: usa l'aggettivo "peculiare") rispetto agli altri enti costitutivi della Repubblica.

Pertanto l'individuazione da parte della Corte di una posizione oggettivamente privilegiata o "peculiare" dello Stato è significativa soprattutto se riguardata alla luce della limitata attenzione prestata (non solo dalla stessa Corte ma anche da parte della dottrina) alla nozione di "Repubblica", che invece, proprio a seguito dell'introduzione del nuovo art. 114 Cost., assume il valore evocativo di una realtà complessa e autonome rispetto agli enti, che pure la costituiscono.

Tale articolo definisce la Repubblica come "costituita da" (comuni, province, città metropolitane, regioni e Stato) e poi precisa, solo per comuni, province, città metropolitane e regioni, che il relativo regime di autonomia è definito nell'ambito dei "principi fissati dalla Costituzione".

La differenziazione della posizione di tali enti rispetto a quella dello Stato pare discendere non solo implicitamente dal sistema del riparto delle competenze, che sottende istanze unitarie, previsto dalla Costituzione ma anche espressamente dall'art. 114 Cost.

¹⁰ Corte cost., 24 luglio 2003, n. 274, punto 2.1 in diritto.

Se da una parte lo Stato è configurato ente *nella* Repubblica, non diversamente dagli altri enti autonomi sopra citati, dopo la riforma del 2001 la Repubblica rileva in termini oggettivi originali come risultante *unitaria* di un sistema di enti e funzioni autonomi statali e locali tra loro *differenti*: si comprendono pertanto le ragioni per le quali alla Repubblica e non a uno di tali enti (lo Stato) occorre ricondurre le istanze unitarie qualificate dalla Costituzione.

La differenziazione delle autonomie locali non può precludere la piena realizzazione dell'unità finale della Repubblica. Le autonomie locali formano un sistema coordinato con lo Stato, affinché le ragioni delle autonomie si possano conciliare con le esigenze unitarie della Repubblica, rappresentate - come osserva la Corte - da principi ed istanze rilevabili (non sempre in modo esplicito) nell'intera Costituzione.

Tale coordinamento deve svolgersi in modo dinamico e tra i pertinenti principi costituzionali quello che meglio traduce questa esigenza è il principio di sussidiarietà, declinato congiuntamente con il principio di leale collaborazione.

Nel momento in cui la Corte sostiene che la “ripetuta evocazione di una istanza unitaria” che la Costituzione compie non si risolve a livello di principi ma “postula che nel sistema esista un soggetto – lo Stato appunto – avente il compito di assicurarne il pieno soddisfacimento”, la Repubblica si potrebbe ritenere realizzata compiutamente solo se esiste un sistema di garanzie - e di organi che ne assicurino l'effettività - che consenta che l'azione delle autonomie riconosciute dalla Costituzione si svolga senza contraddire la sua forma unitaria ed i valori ad essa riconducibili, in una dimensione finale che rafforza e non indebolisce l'ordine costituzionale.

Sulla base di quanto premesso si può accogliere l'idea per la quale la Costituzione abbia riferito allo Stato il compito di assicurare il soddisfacimento di istanze unitarie *della Repubblica*, esercitando in concreto per il tramite di propri organi poteri ad esso assegnati in via esclusiva, che possono avere natura anche politica.

In sostanza la Corte, manifestandosi a sua volta quale originale potere di garanzia dell'unità della Repubblica, ha desunto dal tessuto costituzionale valori e principi sulla base dei quali ha interpretato l'art. 114 Cost., nonché le altre disposizioni (occasionalmente) evocate a parametro di legittimità costituzionale, in modo coerente e non contraddittorio con la richiamata esigenza di “differenziazione ragionevole” tra le autonomie ivi riconosciute.

Riferendoci quindi agli argomenti usati, si propone di rilevare nel sistema costituzionale due entità concettualmente distinguibili nella nozione di “Stato”, grazie all'individuazione di un duplice ordine di competenze qualificate dalla Costituzione in capo agli *organi* ed ai *poteri* statali.

Una prima entità, che può essere qualificata “Stato-ente”, è titolare di competenze *limitate* nel quadro del sistema delle autonomie locali che risulta dall'art. 114, anche alla luce delle competenze regionali e locali riconosciute ai sensi degli artt. 117 e ss. Cost.

Una seconda entità, che può essere indicata come “Stato-Repubblica”, è titolare di competenze esercitabili in rappresentazione dell'unità della Repubblica, nei casi previsti dalla Costituzione, anche superando i limiti ordinari alle competenze posti dalla stessa Costituzione in capo a ciascuno degli enti di cui all'art. 114 Cost.

I poteri e gli organi dello Stato nella seconda ipotesi sarebbero cioè funzionalmente *poteri e organi della Repubblica* in quanto titolari di attribuzioni utili a preservarne l'unità nei termini prospettati. Le indicazioni della Corte nella sentenza n. 274 del 2003 consentono di comprendere tra tali poteri i poteri del Parlamento di revisione costituzionale e di attuazione della Costituzione, la stessa Corte costituzionale, la magistratura nell'amministrazione della funzione giurisdizionale, il governo nell'esercizio dei poteri sostitutivi di cui agli artt. 117, quinto comma, e 120, secondo comma, Cost., e nella proposizione dei ricorsi di legittimità costituzionale in via principale, ai sensi dell'art. 127 Cost., il Presidente (appunto) della Repubblica nell'esercizio di tutte le proprie attribuzioni che consentono la rappresentazione dell'unità della Repubblica, ai sensi dell'art. 87 Cost., e tutti gli altri organi e poteri statali che la stessa Corte, sulla scia di tale nuovo indirizzo, potrebbe ritenere di indicare.

Questa duplice declinazione della nozione di “Stato” concilia la nozione unitaria di Repubblica, introdotta a partire dagli artt. 1 e 5, affermata nell'art. 114, e definitivamente dichiarata nell'art. 139 Cost. come irrinunciabile, con la configurazione di ampie competenze (e connessi poteri) in capo alle regioni ed agli altri enti locali.

Nell'interpretazione della Costituzione – sembra intendere la Corte – non si possono interpretare le funzioni e i poteri locali ignorando la consistenza originale non solo formale ma anche sostanziale, direi storico-politica, dell'istituto repubblicano alla luce degli evocati principi costituzionali.

È quindi possibile collocare la sentenza n. 274 del 2003 della Corte alla base della ricostruzione che si propone degli istituti in esame, in quanto fondata sulla ragionevole differenziazione tra Stato ed altri enti locali, riconoscendo solo al primo tramite i suoi organi la competenza *costituzionalmente esclusiva* di garantire con effettività i valori unitari della Repubblica¹¹.

¹¹ La nozione di "Stato-Repubblica" rilevata nel testo non a caso è ipotizzata in modo da riecheggiare la nozione di stato-ordinamento (o stato-comunità). Tale figura è comprensiva dello stato-persona (o stato-apparato) da un lato e della collettività popolare (popolo come potere costituito) insieme alle relative articolazioni organizzative

In tal modo si dimostra il fondamento della legittimazione dello Stato a garantire il pieno soddisfacimento delle istanze unitarie previste dalla Costituzione senza pregiudicare la possibilità di assicurare *nella* dimensione unitaria della Repubblica la valorizzazione equilibrata delle autonomie locali, a tutela delle quali opererebbero comunque i principi costituzionali di sussidiarietà, di leale collaborazione, di differenziazione e di adeguatezza.

La giurisprudenza successiva ha progressivamente confermato tale lettura, pur con talune oscillazioni e incertezze argomentative, evidenziate anche nelle presenti pagine.

In particolare ha permesso di giustificare in questa dimensione gli istituti oggetto del presente approfondimento, consentendone una lettura di sistema che ne mantenga distinti i titoli costituzionali di legittimazione.

1.2. La diversa natura giuridica degli atti espressivi dei poteri sostitutivi di cui agli artt. 117, quinto comma, e 120, secondo comma, Cost.

L'art. 120, secondo comma, individua la competenza del *Governo* a sostituirsi a organi di regioni o enti locali, a preservazione di 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”.

Il quinto comma dell'art. 117 prevede che lo *Stato* eserciti il potere sostitutivo in caso di inadempienza da parte delle regioni e delle province autonome rispetto all'obbligo di dare esecuzione agli obblighi internazionali e di attuare il diritto comunitario, di cui al primo comma del medesimo articolo.

Le due categorie di poteri sostitutivi si differenziano profondamente nella natura degli atti che ne costituiscono espressione: l'art. 117, quinto comma, Cost. prevede poteri sostitutivi di natura normativa, mentre l'art. 120, secondo comma, Cost., prevede poteri sostitutivi di natura

dall'altro, come chiaramente insegna V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2, Padova, 1984, 430-433, con riferimento all'ammissione dei comitati promotori dei *referendum* tra i poteri dello Stato - inteso non come stato-persona bensì come stato-comunità - sulla base della nota sent. Corte cost., 22 maggio 1978, n. 69, punto 4 in diritto, in *Giur. cost.*, I, 1978, 588 ss.; si veda ancora M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Poteri esterni allo stato-persona come parti dei conflitti di attribuzione e questioni di ammissibilità del referendum*, *ibidem*, I, 1978, 977 ss. (spec. 978-979); P. GROSSI, *I promotori del referendum nel conflitto di attribuzione tra i poteri dello stato*, *ibidem*, I, 1978, 1227 ss. (spec. 1228); C. MEZZANOTTE, *Comitato promotore e conflitto fra i poteri dello Stato*, in *Dem. dir.*, 1978, 83 ss. (spec. 85-86).

amministrativa, salvo quanto si vedrà circa la possibilità a determinate condizioni di interventi a titolo sostitutivo disposti con decreto-legge¹².

Entrambe le disposizioni prevedono la competenza esclusiva del legislatore statale in materia di determinazione delle regole di procedura e delle forme di esercizio dei poteri sostitutivi.

Le indicazioni della Corte costituzionale aiutano a confermare la lettura per la quale il potere sostitutivo non è un istituto unitario ma una categoria in cui possono essere raccolti una varietà di poteri esercitati “in sostituzione”, coordinabili in sistema alla luce della comune funzione di garantire l’effettività dell’unità della Repubblica, che la Costituzione presuppone nella realizzazione degli obiettivi e dei compiti da essa affidati non solo allo Stato e alle sue istituzioni ma anche alle regioni e alle altre autonomie locali.

Come evidenziato dalla dottrina il valore dell’unità della Repubblica costituisce una declinazione aggiornata del previgente parametro dell’interesse nazionale¹³ ma non equivale a riconoscere in Costituzione una *supremacy clause* sul modello di alcuni esemplari stati federali, come gli Stati Uniti¹⁴ e la Germania¹⁵.

Tale valore peraltro completa le materie di competenza legislativa statale di cui sia all’art. 117, secondo comma, Cost., e si rivela nelle varie disposizioni costituzionali in cui la Corte ha individuato “materie trasversali” e “materie-valore” di competenza dello Stato, che ne

¹² La dottrina è divisa tra voci che condividono l’indicazione di cui al testo e autori che invece ritengono di legittimare l’esercizio dei poteri sostitutivi di cui all’art. 120, secondo comma, Cost. anche in via normativa, e in particolare mediante il ricorso al decreto-legge (per una rassegna si veda la successiva nota 40), questione sulla quale ci si soffermerà nel successivo paragrafo 1.4.

¹³ L. VANDELLI, *Interesse nazionale (dopo la riforma cost. del 2001)*, Enc. dir., Annali, II-2, 2008, spec. § 3 e ult. bibl. ivi cit.

¹⁴ Secondo la giurisprudenza e la dottrina in virtù della *supremacy clause*, se si pone un conflitto tra una legge federale e una legge statale, la legge federale prevale e la legge statale *is preempted* in quanto la legge federale è espressione di *supreme law*. Per una rassegna della giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti e della dottrina in materia si veda E. CHERMERINSKY, *Constitutional law. Principles and Policies*, Aspen Law & Business, New York, 1997, 282-306; *Public Health Law and Ethics: a Reader*, a cura di L.O. Gostin, University of California Press, 2002, spec. 176 ss.; C.R. DRAHOZAL, *The Supremacy Clause. A Reference Guide to the United States Constitution*, Westport, Connecticut, Greenwood Pr., 2004, spec. 89-126; [D.E. LIVELY, R. WEAVER](#), *Contemporary Supreme Court Cases: landmark decisions since Roe V. Wade*, Westport, Connecticut, Greenwood Pr., 2006, spec. 28-30.

¹⁵ Si fa riferimento alla *konkurrierende Gesetzgebung* della Federazione, prevista dall’art. 72 della Legge fondamentale tedesca (“Art. 72 LF - *Konkurrierende Gesetzgebung* - 1. Nell’ambito della competenza concorrente (*konkurrierende Gesetzgebung*), i *Länder* hanno potestà legislativa solo se e nella misura in cui il *Bund* non faccia uso del suo potere legislativo. 2. In tale ambito il *Bund* ha il potere di legiferare, se ed in quanto la realizzazione di equivalenti condizioni di vita nel territorio federale o la garanzia dell’unità giuridica od economica nell’interesse dello Stato nel suo complesso rendano necessaria una disciplina federale. 3. Con legge federale si può disporre che una disciplina federale per la quale non sussista più una necessità ai sensi del comma 2 sia modificata dal diritto dei *Länder*”); tale clausola non trova espressione in atti adottati provvisoriamente dall’ente costituzionalmente incompetente per ovviare all’inerzia (o al comportamento illegittimo) dell’ente competente (e, quindi, sempre sostituibili da atti di questo), come grosso modo avviene nel caso dei poteri sostitutivi, ma si rivela in atti che spostano il confine tra i due ordini di competenze, attraendo al centro poteri spettanti alla periferia. La *konkurrierende Gesetzgebung* cioè non si riferisce all’esercizio ma alla titolarità della competenza, che rende derogabile.

giustificano la preminenza rispetto alle regioni e agli altri enti locali secondo i principi delineati a partire dalla ricordata sentenza n. 274 del 2003.

Tale lettura in particolare consente di ritenere che tale sistema si completi con le competenze sostitutive che si fondano sulle previsioni eccezionali di cui agli artt. 117, quinto comma, e 120, secondo comma, Cost., con le competenze dei poteri sostitutivi speciali previsti da singole leggi in vigore¹⁶ in quanto compatibili con il modello di cui all'art. 120, secondo comma, Cost., e con le competenze dei poteri sostitutivi regionali qualificati dagli statuti speciali e dalle leggi regionali verso le attività degli enti infraregionali secondo il predetto modello, come si vedrà nel paragrafo 2.

In ogni caso secondo la Corte è illegittima la sostituzione *per acta singula* che non rispetti il modulo di cui all'art. 120, secondo comma, Cost.¹⁷.

Si ricorda poi che la Corte ha ritenuto che il potere sostitutivo del Governo di cui all'art. 120, secondo comma, Cost. si può esercitare 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'art. 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001, anche se a decorrere dal momento in cui avrà luogo il concreto trasferimento delle *ulteriori* funzioni ai sensi dell'art. 11 della legge n. 131 del 2003.

In particolare la Corte nella sentenza n. 236 del 2004 ha chiarito¹⁸ che l'art. 120, secondo comma, Cost. e la relativa disciplina di attuazione di cui all'art. 8 della legge n. 131 del 2003, si applicano alle regioni a statuto speciale e alle province autonome per le funzioni ulteriori attratte dal nuovo titolo V, in quanto tali disposizioni qualificano e 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

¹⁶ 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.

¹⁷ In ultimo si veda Corte cost., 12 maggio 2011, n. 165, spec. punto 6 in diritto, con nota di M. MICHETTI, *La Corte censura il potere sostitutivo statale in materia di interventi urgenti e indifferibili nel settore energetico*, in *Rivista AIC* n. 4/2011, www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹⁸ Corte cost., 19 luglio 2004, n. 236, punti 4.1 e 5.1 in diritto; tale orientamento è ribadito in Corte cost., 5 novembre 2008, n. 371, punto 12 in diritto.

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’art. 11 della legge n. 131 del 2003, con norme di attuazione degli statuti speciali su iniziativa delle commissioni paritetiche in essi previste, la Corte ha sottolineato che senza il perfezionamento di tale trasferimento non opera verso di esse la disciplina del potere sostitutivo di cui all’art. 120, secondo comma, Cost., come attuato dall’art. 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.

La riconduzione a sistema dei poteri esercitabili a titolo sostitutivo – a fianco del potere di avocazione e dei poteri di ordinanza, anche se distinti da essi – consente di ritenere che la Costituzione, anche dopo la riforma del 2001, debba continuare a interpretarsi nel senso che spetta allo Stato, per il tramite delle istituzioni competenti, il controllo dell’esercizio della sovranità¹⁹, sia all’esterno, per garantire la soggettività unitaria della Repubblica italiana nelle sedi internazionali e comunitarie (e le connesse responsabilità), sia all’interno, per garantire l’unità e la sicurezza interna della Repubblica²⁰.

¹⁹ Sulla possibilità di ricondurre il sistema dei poteri sostitutivi, per il tramite dell’art. 5 Cost., direttamente all’art. 1 Cost., che imputa la sovranità al popolo, escludendone di conseguenza ogni possibilità di imputazione alle popolazioni locali, ancorché qualificate in taluni statuti speciali come “popoli”, si veda Corte cost., 7 novembre 2007, n. 365, spec. punti 5-7 in diritto, dove chiaramente la Corte sottolinea la natura polisemantica del termine “sovranità”, che rileva in modo differente a seconda che ci si ponga dal punto di vista del diritto internazionale o del diritto interno (spec. punto 6 in diritto), nel caso specifico nei rapporti con le regioni e gli enti territoriali, che sono esclusi dall’esercizio di sovranità (spec. punto 7 in diritto). In precedenza si veda Corte cost., 12 aprile 2002, n. 106, e 3 luglio 2002, n. 306, dove la Corte sottolinea l’esclusività del ruolo del Parlamento nazionale nella rappresentazione della sovranità popolare. A commento della sent. n. 365 del 2007 si vedano le considerazioni di B. CARAVITA, *Il tabù della sovranità e gli “istituti tipici di ordinamenti statuali di tipo federale in radice incompatibili con il grado di autonomia regionale attualmente assicurato nel nostro ordinamento”*, in *Federalismi.it*, n. 22/2007; P. CARETTI, *La “sovranità” regionale come illusorio succedaneo di una specialità perduta: in margine alla sent. della Corte costituzionale 365/2007*; O. CHESSA, *Sovranità, processi federalistici, autonomia regionale. In margine alla sentenza n. 365 del 2007 della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 2008, rispettivamente, 219 ss. e 227 ss.; S. BARTOLE, *La Corte costituzionale chiude al “federalismo”*, in *Giur. cost.*, 2007, 4039 ss.; si vedano anche A. MANGIA, *Il federalismo della «descrizione» e il federalismo della «prescrizione»*, P. PASSAGLIA, *La Corte, la sovranità e le insidie del nominalismo*, e A. ANZON, *Sovranità, processi federalistici, autonomia regionale. In margine alla sentenza n. 365 del 2007 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2007, rispettivamente, 4039 ss., 4045 ss., 4052 ss. e 4999 ss. Sul potere estero delle regioni, che non implica esercizio di sovranità, si veda per i profili ricostruttivi 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, Giuffrè, 2004, 179 ss., e ult. bibl. ivi cit.; si veda anche D. GIROTTI, *Potere estero delle Regioni e cooperazione transfrontaliera dopo la riforma del Titolo V*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2007, 73 ss.; O. SPATARO, *Il potere estero delle Regioni*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2008.

²⁰ L’art. 120, secondo comma, Cost., parla a tal fine di unità giuridica ed economica, incolumità e sicurezza pubblica e livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili. Tale disposizione deve leggersi in combinazione con l’art. 117, secondo comma, lett. m), Cost., che assegna allo Stato la competenza a determinare

Questa interpretazione si fonda sull'art. 5 Cost., per il quale spetta alla Repubblica promuovere le autonomie locali nel rispetto delle esigenze dell'autonomia e del decentramento, a condizione di preservarne la natura, che espressamente qualifica come "una e indivisibile".

Questo paradigma consente di rimediare in via ermeneutica ad alcune evidenti imperfezioni del testo del titolo V della parte II della Costituzione, che si riverberano sulla legislazione di attuazione.

Ad esempio, la sostituzione di cui all'art. 117, quinto comma, Cost., si giustifica in rapporto a compiti e responsabilità acquisiti dallo Stato per effetto della sua partecipazione all'ordinamento giuridico internazionale e a organizzazioni internazionali - Unione europea, ONU, Consiglio d'Europa, NATO, e via dicendo - per garantire che ogni regione concorra effettivamente alla realizzazione dei relativi obiettivi dando seguito agli obblighi internazionali e comunitari e provvedendo, in caso di inerzia, con atti normativi statali.

Rispetto a tale previsione, la sostituzione di cui all'art. 120, secondo comma, Cost., assolve nel medesimo ambito ("mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria") all'esigenza, del tutto diversa, di garantire che l'inadempienza occasionale di organi regionali non comprometta l'obbligo di rispettare i vincoli comunitari e gli obblighi internazionali ai quali l'intero ordinamento deve conformarsi ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost.

Solo un'interpretazione di sistema può consentire di superare simili imperfezioni nel coordinamento delle pertinenti disposizioni, resolvendo quelle che altrimenti sarebbero inammissibili antinomie costituzionali.

Anche secondo la Corte il potere sostitutivo di cui all'art. 117, quinto comma, presenta natura giuridica normativa: per la Corte²¹ 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 di un potere sostitutivo di tipo suppletivo, quindi, come ricordato, non è politicamente originale. Inoltre è profondamente diverso dal potere sostitutivo di cui all'art.

i "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale".

²¹ Corte cost., 22 novembre 2001, n. 371, punto 2.3 in diritto.

120, secondo comma, Cost., in quanto si può esercitare *solo* in via legislativa e regolamentare²², non anche *per acta singula*.

Quando la competenza normativa della regione viene 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'art. 117 Cost. 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'art. 117 Cost. Infatti solo in tal modo si può spiegare il ridimensionamento di efficacia di norme sostitutive statali in singole regioni, all'esito dell'adozione degli atti normativi di competenza, cosa che invece non sarebbe possibile spiegare utilizzando l'istituto dell'abrogazione, che incide sull'efficacia nel tempo, non nello spazio, dell'intero atto.

Dopo l'intervento normativo regionale lo Stato potrà solo definire principi fondamentali in via legislativa²³ e, in attuazione del principio di leale collaborazione, assicurare il rispetto dei principi costituzionali riconducibili all'unitarietà dello Stato e delle relative responsabilità interne e internazionali.

1.3. L'avocazione in sussidiarietà di competenze regionali e la differenza con il potere sostitutivo di cui all'art. 120 Cost.

Da quanto esposto si conferma la necessità di un approccio sistematico nell'interpretazione del rinnovato titolo V della parte II della Costituzione come implicazione del nuovo ordine delle competenze da esso definito, come insegna la stessa Corte costituzionale.

In particolare l'elencazione dei presupposti per l'esercizio del potere sostitutivo ex art. 120, secondo comma, Cost. vale soprattutto a *limitarne* le circostanze per l'attivazione, in quanto norma speciale rispetto alle regole che ripartiscono le competenze di cui all'art. 117 Cost.: in proposito si ricorda che i casi nei quali è legittimo il ricorso a tale potere sostitutivo sono di stretta interpretazione.

²² Sul punto si rinvia alle considerazioni svolte in R. DICKMANN, *Processo legislativo e limiti della legge*, Napoli, Jovene, 2006, 127 ss..

²³ 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'art. 117, terzo comma, Cost. 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 vedano art. 105 statuto TAA, art. 57 statuto Sardegna, art. 51 statuto VdA, art. 64 statuto FVG).

Alla luce della rilevata esigenza la Corte ha espressamente riconosciuto tali poteri, come ricordato, espressione di un potere o di una clausola di chiusura²⁴ dell'ordine delle competenze ripartite tra gli enti di cui all'art. 114 Cost.

Visto che il secondo comma dell'art. 120 Cost., in quanto recante norme eccezionali, non legittima interventi sostitutivi del legislatore statale in ambiti ordinariamente rimessi alla potestà legislativa concorrente o residuale delle regioni e privi di una disciplina regionale, e ciò nemmeno invocando il regime di cedevolezza della legislazione statale nel momento dell'adozione della pertinente legge regionale, per non generare i temuti irrigidimenti del riparto delle competenze di cui si è parlato, la Corte nella sentenza n. 303 del 2003 ha ritenuto di non negare allo Stato il potere di avocare (o “appropriarsi di” o “attrarre”) occasionalmente in via legislativa competenze amministrative regionali, evidenziando nel sistema un istituto originale diverso dal potere sostitutivo²⁵, fondato su di un diverso titolo costituzionale di legittimazione.

Con la sentenza n. 303 la Corte ha fissato alcuni cardini per l'esercizio di tale potere di avocazione di competenze, che di seguito si sintetizzano (tra parentesi sono indicati in punti in diritto dove rintracciare le corrispondenti indicazioni della Corte):

- allo Stato spetta il ruolo di garanzia delle istanze unitarie della Repubblica (2.1);
- al fine di realizzare tale esigenza la legge statale ai sensi dell'articolo 118, primo comma, della Costituzione in via sussidiaria può attrarre a livello statale funzioni amministrative di spettanza degli enti locali nelle materie di competenza statale esclusiva o concorrente (2.1 - 2.2);
- tale potere è precluso ai regolamenti "ordinari" ed ai regolamenti in materie delegificate (7);
- la legge statale che avochi funzioni amministrative regionali in sussidiarietà per essere legittima deve corrispondere al cd. “principio dell'intesa” (1.1 - 2.2 - 12.2);

²⁴ In tal senso si veda Corte cost., 19 luglio 2004, n. 236, punti 4.1 e 5.1 in diritto; tale orientamento è ribadito in Corte cost., 5 novembre 2008, n. 371, punto 12 in diritto.

²⁵ Si veda nel senso indicato Corte cost., 1° ottobre 2003, n. 303, punto 2.1 in diritto. Si vedano anche le osservazioni di R. DICKMANN, *I principi di sussidiarietà e di proporzionalità ed il principio dell'intesa per un corretto metodo della legislazione statale di attrazione di funzioni amministrative regionali*, in *Corriere giuridico*, 1/2004, 41 ss.; A. D'ATENA, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*; A. ANZON *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*; e A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e Supremacy Clause sono davvero perfettamente equivalenti?*, in *Giur. cost.*, 2003, rispettivamente, 2776 ss., 2782 ss. e 2791 ss.; R. FERRARA, *Unità dell'ordinamento giuridico e principio di sussidiarietà: il punto di vista della Corte costituzionale*, in *Foro amm. - CdS*, 2004, 1018 ss.; G. RAZZANO, *La “reinterprete” della sussidiarietà nella recente giurisprudenza costituzionale, con particolare riguardo alle novità introdotte dalla sentenza n. 303/2003*, in *Giur. it.*, 2005, 201 ss.

- il principio dell'intesa vale anche per le regioni ad autonomia speciale e per le province autonome (15);
- la legge statale che avochi funzioni amministrative in sussidiarietà, ove espressamente previsto, può essere assistita dalla clausola di cedevolezza (2.1 - 16);
- il principio di sussidiarietà di cui all'articolo 118, primo comma, della Costituzione presenta pertanto - insieme al principio di adeguatezza con il quale va declinato - natura dinamica e metodologica e può rilevare solo in sede “processuale” (2.2) come principio della legislazione di avocazione di funzioni amministrative ovvero come principio di esercizio di tali funzioni, fondandosi su una previa intesa con gli enti spogliati delle funzioni attratte (12.2);
- la legge statale che avochi funzioni amministrative in sussidiarietà non lede le competenze regionali ma *deroga* al riparto di cui all'articolo 117, terzo comma (4.1), determinando “una temporanea compressione della competenza legislativa regionale che deve ritenersi non irragionevole, finalizzata com'è 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 ineffettività” (16);
- l'avocazione in sussidiarietà di funzioni amministrative disposta con legge ai sensi dell'articolo 118, primo comma, Cost. è pertanto *funzione diversa* dall'esercizio di poteri sostitutivi ai sensi dell'art. 120, secondo comma, Cost. (21);
- tale elaborazione di un principio dinamico della sussidiarietà consente di ritenere superato il vincolo dell'interesse nazionale, di cui la Corte nega la consistenza quale autonomo limite di legittimità o di merito delle competenze regionali (2.2);
- in Costituzione il riparto delle competenze non si fonda solo su materie ma anche su valori costituzionalmente protetti e ambiti di legislazione, casi questi ultimi in cui le competenze dello Stato e delle regioni si intrecciano, potendo giustificare l'avocazione allo Stato di talune funzioni amministrative regionali al fine di assicurarne l'effettività (2.3 - 11.1 - 16).

In sintesi secondo la Corte, in considerazione della spettanza della garanzia delle istanze unitarie della Repubblica, lo Stato, ai sensi dell'art. 118, primo comma, Cost., in occasioni straordinarie e al fine di assicurarne l'esercizio unitario²⁶ a livello statale, può avocare con

²⁶ Circa il rilievo della necessità di un'esigenza di “esercizio unitario” delle funzioni amministrative attratte, al di là del rilievo dell'intesa con l'ente regionale, si veda in particolare Corte cost., 22 luglio 2011, n. 232, punto 5.5. in diritto, e ult. giur. cost. ivi cit., con nota di M. MENGOZZI, *Chiamata in sussidiarietà ed “esplicitazione” dei relativi presupposti*, in *Giur. cost.*, 2011, 477 ss.

legge determinate funzioni amministrative regionali nelle materie di competenza concorrente e residuale di cui ai commi terzo e quarto dell'art. 117 Cost., e quindi anche la corrispondente competenza legislativa, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza.

Si tratta di un potere che può essere esercitato solo con legge statale e previa intesa (principio dell'intesa) con le regioni o province autonome interessate, cioè sulla base di un previo accordo tra Stato da una parte e regioni o province autonome dall'altra²⁷.

Alla stessa Corte si deve una definizione consolidata alla luce della propria giurisprudenza dell'istituto dell'avocazione in sussidiarietà di funzioni amministrative regionali o locali²⁸: “Secondo la giurisprudenza di questa Corte, l'esigenza di un esercizio unitario a livello statale di determinate funzioni amministrative, abilita lo Stato a disciplinare siffatto esercizio per legge. E ciò anche se quelle funzioni siano riconducibili a materie di legislazione concorrente o residuale. In tal caso, i principi di sussidiarietà e di adeguatezza (in forza dei quali si verifica l'ascesa della funzione normativa dal livello regionale a quello statale) possono giustificare una deroga al normale riparto di competenze contenuto nel titolo V della parte II della Costituzione. A condizione, naturalmente, che la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, assistita da ragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità e rispettosa del principio di leale collaborazione con le Regioni”.

La legge di avocazione determina dunque una temporanea compressione delle competenze legislative regionali, che non è irragionevole se finalizzata ad assicurare l'immediato svolgersi delle funzioni amministrative attratte per soddisfare esigenze unitarie che non possono essere esposte al rischio della ineffettività²⁹, e comunque nel rispetto dei principi di sussidiarietà e adeguatezza³⁰ che, ai sensi del primo comma dell'art. 118 Cost., governano il conferimento (in via legislativa) delle funzioni amministrative agli enti locali. Inoltre l'intervento legislativo statale deve essere proporzionato all'esigenza di consentire l'esercizio unitario delle funzioni amministrative attratte³¹.

²⁷ Così, ad esempio, Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 6, punto 7 in diritto; 24 giugno 2005, n. 242, punti 6-7 in diritto; 19 luglio 2005, n. 285, punto 9 in diritto; 14 ottobre 2005, n. 383, punto 30 in diritto. Più di recente si veda, ad esempio, Corte cost., 5 aprile 2012, n. 80, punto 5.6 in diritto.

²⁸ Si veda, ad esempio, Corte cost., sent. 20 marzo 2009, n. 76, punto 2 in diritto.

²⁹ Corte cost., 1° ottobre 2003, n. 303, punti 1.1, 2.1, 2.2, 7, 12.2, 15, 16 in diritto.

³⁰ In tal senso espressamente Corte cost., 1° ottobre 2003, n. 303, punto 4.1 in diritto.

³¹ Corte cost., 9 novembre 2007, n. 374, punto 3 in diritto.

L'intesa non occorre in caso di "retroversione" delle competenze amministrative avocate in sussidiarietà, sempre possibile in considerazione della natura precaria e temporanea dell'avocazione, come ha evidenziato ancora una volta la Corte costituzionale³².

È importante notare che la Corte, nell'individuare il diverso fondamento costituzionale del potere di avocazione, ha anche dimostrato la differenza tra tale potere e i poteri sostitutivi di cui all'art. 120, secondo comma, Cost.: in caso di avocazione 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* e va quindi definita in relazione alle pertinenti norme costituzionali.

1.4. I poteri sostitutivi di cui all'art. 120, secondo comma, Cost. si possono esercitare anche in via legislativa?

L'evoluzione costante della giurisprudenza costituzionale in materia di poteri sostitutivi ha consentito di mettere a fuoco una ulteriore novità, la possibilità che l'art. 120, secondo comma, Cost., sia interpretato nel senso che esso legittima interventi sostitutivi anche in via legislativa.

Occorre però una attenta disamina di tale giurisprudenza per non far dire alla Corte più di quanto effettivamente si possa desumere dalle sue pronunce.

Va preliminarmente ricordato che il potere sostitutivo in esame non ha natura "politica", quindi non consente al sostituto di determinare autonomamente i fini dell'azione sostitutiva, che deve ricondursi a una inadempienza o a una omissione dell'ente sostituito oppure alla ricorrenza di uno dei casi straordinari previsti dalla Costituzione³³.

Inoltre è difficile ascrivere *a priori* un intervento (in ipotesi) legislativo a titolo sostitutivo esclusivamente sotto l'uno piuttosto che l'altro titolo di cui agli artt. 117, quinto comma, e 120, secondo comma, Cost., nonostante l'autoqualificazione del potere operata dal legislatore, in quanto comunque la legge è lo strumento politico tipico per l'esercizio delle competenze di Stato e regioni ripartite dall'art. 117 Cost.

Sotto tale profilo deve osservarsi che, come ogni legge, anche quella "sostitutiva" deve essere conforme al principio di legalità costituzionale nei termini ampiamente esposti in apertura,

³² Corte cost., 11 marzo 2011, n. 79, spec. punto 5 in diritto, con nota di D. CHINNI, A. DANESI, *Chiamata in sussidiarietà con intesa e rinuncia con decreto-legge*, in *Giur. it.*, 2012, 520 ss.

³³ In tal senso sembrano anche le riflessioni di A. DE MICHELE, *L'art. 120 della Costituzione e il suo ruolo nella riforma del Titolo V*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2008, 623 ss., spec. 637-639 e 641.

mentre un provvedimento amministrativo sostitutivo soggiace al solo principio di legalità “ordinaria”³⁴.

Da questo punto di vista il titolo sostitutivo non può legittimare la legge a operare alcuna mutazione delle competenze dell'ente sostituito e delle attribuzioni dei suoi organi direttamente definite dalla Costituzione o, per rinvio, dagli statuti regionali, cosa che invece la legge di avocazione, limitatamente alle competenze attratte, può fare sotto un diverso titolo, l'art. 118, primo comma, Cost. come interpretato dalla Corte a partire dalla sentenza n. 303 del 2003.

Il precedente più risalente al quale in dottrina si fa riferimento per dimostrare che il potere sostitutivo può essere esercitato in via legislativa, e segnatamente con decreto-legge, è rappresentato dall'art. 4 del decreto-legge 27 dicembre 2006, n. 297, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 febbraio 2007, n. 15, aveva disposto la “sospensione dell'applicazione” della legge della regione Liguria 31 ottobre 2006, n. 36, in esecuzione dell'ordinanza della Corte di giustizia delle Comunità europee (CGCE) 19 dicembre 2006³⁵. Come risulta solo dalla relazione illustrativa del disegno di legge di conversione e dall'*iter* parlamentare relativi al decreto-legge n. 297 del 2006³⁶ non anche dal relativo preambolo, tale intervento sostitutivo è stato ricondotto all'art. 120, secondo comma, Cost.³⁷.

Durante il procedimento di conversione del decreto-legge n. 297 del 2006 tale legge regionale n. 36 del 2006 era stata abrogata dalla legge regionale 2 febbraio 2007, n. 4. In particolare la Liguria con legge regionale 31 ottobre 2006, n. 35, aveva disciplinato in generale la caccia in deroga conforme alla disciplina comunitaria, alla quale con la successiva legge n. 36 aveva derogato temporaneamente per consentire la caccia dello storno nella stagione venatoria 2006/2007.

In materia l'Italia ha recepito la direttiva 79/409/CEE con la legge 11 febbraio 1992, n. 157, recante “Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio”. Tuttavia la Commissione europea ha più volte manifestato la propria insoddisfazione per le numerose deroghe disposte dalle regioni ai divieti posti dalla direttiva. A fronte di una

³⁴ Sul distinto rilievo dei principi di legalità costituzionale e ordinaria si rinvia a R. DICKMANN, *Processo legislativo e limiti della legge*, cit., spec. 10 e nota 18, e agli ult. rif. giur. e bibl. ivi cit.

³⁵ Sul punto si veda diffusamente R. DICKMANN, *Legge di sospensione e potere sostitutivo*, in *Rass. parlam.*, 2007, 425 ss.

³⁶ Si veda l'A.C. 2112, XV; si vedano anche alla Camera dei deputati, gli atti del Comitato per la legislazione e della Commissione Affari costituzionali, in *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari*, 17 gennaio 2007, rispettivamente, 4 e 16-17 e 25.

³⁷ In tal senso anche il commento di C.B. CALINI, *Un nuovo intervento sostitutivo dello Stato sulle Regioni per violazione della normativa comunitaria: il D.L. 27 dicembre 2006, n. 297 e l'"esecuzione" dell'ordinanza del 19 dicembre 2006 del Presidente della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Giustizia amministrativa* (www.giustamm.it), 1/2007, spec. § 3.

specifica procedura di infrazione (n. 2001/2211) avviata per il mancato recepimento dell'art. 9 della direttiva in questione, l'Italia ha approvato la legge 3 ottobre 2002, n. 221, che ha aggiunto un art. 19-*bis* alla citata legge n. 157 del 1992. Tuttavia si sono succedute ancora numerose procedure di infrazione provocate da inadempimenti regionali a quanto previsto dalla citata direttiva.

Per risolvere il problema il Governo aveva ritenuto di intervenire in un primo tempo con il decreto-legge 16 agosto 2006, n. 251, decaduto per mancata conversione, modificando l'art. 19-*bis* della legge n. 221 del 2002 e agendo "in via sostitutiva" sulle difformi leggi e delibere regionali, al fine di risolvere il pluriennale contenzioso con la Commissione. A tal fine l'art. 8 del decreto-legge n. 251 del 2006 prevedeva che le regioni, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto, adeguassero il proprio ordinamento alle disposizioni dell'art. 19-*bis* della legge 11 febbraio 1992, n. 157, come modificato dallo stesso decreto, abrogando o modificando le proprie leggi regionali, le delibere e gli atti applicativi e, infine, i calendari venatori nelle parti difformi dalle suddette disposizioni. Decorso inutilmente tale termine, le leggi e gli atti regionali difformi si sarebbero intesi abrogati ed annullati. In attesa dell'adeguamento erano comunque sospesi gli effetti dei provvedimenti regionali in deroga alle predette disposizioni, al fine di evitare di compromettere gli interessi protetti dalla normativa comunitaria.

A causa della mancata conversione del decreto-legge 16 agosto 2006, n. 251, il Governo ha ritenuto necessario provvedere a titolo sostitutivo con l'art. 4 del citato decreto-legge n. 297 del 2006 almeno con riferimento alla situazione di inadempienza determinata dalla legge della regione Liguria n. 36 del 2006.

Sul punto gli argomenti registrabili nei lavori preparatori del disegno di conversione di tale decreto, e in particolare il riferimento al tenore letterale dell'art. 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131, che stabilisce le modalità di esercizio del potere sostitutivo, non sembrano dirimenti al fine di riferire oggettivamente il potere esercitato all'art. 120, secondo comma, piuttosto che all'art. 117, quinto comma, Cost., come pure sarebbe possibile nel caso di specie.

Infatti l'art. 4 di tale decreto non si dispiega *sostituendo* la legge regionale n. 36 del 2006, ma sospendendone l'applicazione. Non incide cioè sull'atto ma sulla relativa efficacia.

Sul punto si ricorda quanto rilevato in apertura circa l'assenza di un titolo costituzionale alla sostituzione ordinaria in via legislativa dello Stato alle Regioni, per effetto del riparto delle competenze legislative operato dall'art. 117 Cost.; tale disposizione inoltre al quinto comma legittima solo un rapporto di cedevolezza tra discipline legislative statali e regionali nei casi ivi indicati.

Si ricorda anche quanto sostenuto circa il fatto che la disciplina di cui all'art. 120, secondo comma, Cost. deve intendersi di stretta interpretazione e che nel relativo modulo di esercizio deve essere incluso un necessario rapporto cooperativo tra ente sostitutivo ed ente sostituito secondo il principio dell'intesa, modulo che – nonostante gli auspici della Corte – non si può compiutamente trasfondere nell'esercizio della funzione legislativa che, secondo la Costituzione, esclude nel procedimento di formazione della legge la partecipazione dei suoi destinatari, ammessi eventualmente a partecipare alla formazione del solo atto di iniziativa³⁸.

Lo Stato (e per esso il Governo) con l'art. 4 del decreto-legge n. 297 del 2006 aveva inteso precludere l'ulteriore applicazione della legge della regione Liguria n. 36 del 2006 in esatta corrispondenza - anche lessicale - all'obbligo (comunitario) discendente dalla pronuncia della CGCE, ma non aveva anche dettato una disciplina transitoria sostitutiva, pur potendolo fare ai sensi dell'art. 117, quinto comma, con i caratteri della supplenza e della cedevolezza, come peraltro aveva tentato con il precedente decreto-legge n. 251 del 2006.

Nello stesso tempo, sanzionando un eccesso di potere del legislatore regionale che aveva determinato una violazione del diritto comunitario da parte dell'Italia, lo Stato - unico responsabile in materia – con il decreto-legge aveva assicurato il rispetto dell'art. 117, primo comma, Cost.

Né può ritenersi che il legislatore statale abbia sostanzialmente abrogato la legge regione Liguria n. 36 del 2006 non indicando alcun termine alla sospensione dispostane in quanto la durata della sospensione è oggettivamente determinabile nel periodo temporale compreso tra il 27 dicembre 2006, data di entrata in vigore del decreto-legge, ed il 31 gennaio 2007, quando in ogni caso si sarebbe esaurita l'efficacia della legge regionale n. 36 del 2006, ai sensi della lettera c) del comma 1 dell'art. 1 di tale legge³⁹.

Si è quindi evidenziato come un intervento sostitutivo ai sensi dell'art. 120, secondo comma, Cost. possa disporsi anche in via legislativa, con decreto-legge, su singoli atti regionali anche legislativi, a condizione di non incidere direttamente sugli atti degli enti sostituiti, nel rispetto del principio di legalità costituzionale al quale anche i poteri sostitutivi sono soggetti, come evidenziato al paragrafo 1.1. In tal caso è legittimo un decreto-legge che, come nel caso

³⁸ In tal senso, mancando un atto di iniziativa legislativa in senso proprio ai fini della decretazione d'urgenza, la fase di interlocuzione Stato-regione per calibrare l'intervento sostitutivo ai principi di leale collaborazione e di sussidiarietà non può che essere extra-legislativa, tra Governo e organi regionali, cioè precedente all'emanazione del decreto-legge e non sanabile nel corso della relativa conversione presso le Camere, in quanto afferente ai relativi presupposti di costituzionalità ex art. 77, secondo comma, Cost. Quindi l'inadempienza o i casi di cui al secondo comma dell'art. 120 Cost. devono anche assurgere a livello di circostanze straordinarie di necessità e urgenza per essere presupposto per il ricorso da parte del Governo alla decretazione d'urgenza.

³⁹ Si veda R. DICKMANN, *Legge di sospensione e potere sostitutivo*, cit., 432, dove si è dimostrato che una legge che sospenda *sine die* un'altra disposizione legislativa in realtà la abroga.

esaminato, precluda l'ulteriore produzione di effetti di una legge regionale, sospendendola, in attesa che l'ente provveda in senso conforme alle istanze unitarie da tutelare, mentre non sarebbe legittimo se, ad esempio, l'abrogasse o, peggio, la modificasse.

Anche se alcuni voci in dottrina hanno ammesso anche ordinariamente la possibilità di interventi sostitutivi in forma di decreto-legge⁴⁰, si è avuto occasione di chiarire che l'art. 120, secondo comma, non può legittimare un potere sostitutivo preventivo o suppletivo: si tratta infatti di un potere sostitutivo necessariamente successivo, non libero nel fine ma condizionato all'accertamento di tassative circostanze, quindi limitato nella possibilità di operare originali valutazioni politiche.

In aggiunta si osserva che, ai sensi del secondo comma dell'art. 120 Cost. e nel rispetto dell'ordine costituzionale in cui tale disposizione si giustifica, si possono disciplinare con legge solo *modalità* di esercizio del potere sostitutivo, prevedendo il ricorso a un commissario *ad acta* in caso di inerzia oppure l'annullamento dell'atto contestato, da disporre in via amministrativa previa diffida a provvedere diretta all'organo responsabile dell'ente sostituito.

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 di tale potere sostitutivo determinazioni discrezionali del legislatore propriamente politiche, non vincolate nel fine.

È alla luce di queste indicazioni, e delle pronunce della Corte che le supportano, che devono leggersi le previsioni di cui all'art. 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

⁴⁰ 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 nella legge n. 131 del 2003*, in *I processi di attuazione del federalismo in Italia*, a cura di B. Caravita, Milano, Giuffrè, 2004, 348 ss.; E. GIANFRANCESCO, *Il potere sostitutivo*, in *La Repubblica delle autonomie*, a cura di T. Groppi e M. Olivetti, Torino, Giappichelli, 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, 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 e il modello originario a confronto*, Torino, Giappichelli, 2002, 217; G. MARCHETTI, *Le autonomie locali fra stato e regioni*, Milano, Giuffrè, 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, Giappichelli, 2002, 150-151; G. VERONESI, *Il regime dei poteri sostitutivi alla luce del nuovo art. 120, comma 2, Cost.*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2002, 739-743; C. MAINARDIS, *I poteri sostitutivi statali: una riforma con (poche) luci e (molte) ombre*, in *Le Regioni*, 2001, 1379 e 1369 ss. (spec. 1379).

figura del commissario *ad acta* e l'esercizio diretto del potere sostitutivo adottando i "provvedimenti necessari, *anche normativi*".

Poiché all'esercizio del potere sostitutivo di cui all'art. 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 e il regime delle impugnazioni per esso previsto⁴¹.

Si conferma quindi l'opinione⁴² per la quale sarebbe incongruo supportare per il tramite del tenore letterale dell'art. 8, comma 1, della legge n. 131 del 2003 un'interpretazione dell'art. 120, secondo comma, Cost. finalizzata ad ammettere l'esercizio diretto del potere sostitutivo del Governo in via legislativa con forme tali da alterare il regime giuridico dell'atto sostituito. Invece un decreto-legge di sospensione di atti regionali potrebbe conciliarsi con le riflessioni precedenti perché avrebbe un rilievo di "legge di procedure", non toccando il contenuto degli atti, anche legislativi, sospesi.

La Corte nella propria giurisprudenza non fornisce indicazioni esplicite sul punto.

In particolare, nella sentenza n. 236 del 2004, la Corte non si è pronunciata sulla possibilità – contestata dalle ricorrenti – che il potere sostitutivo fosse esercitato direttamente in via normativa, eventualmente anche legislativa (nella specie si denunciava la configurazione con legge ordinaria – l'art. 8, comma 1, della legge n. 131 del 2003 – di un decreto-legge "atipico")⁴³.

Tale questione si è riproposta nella sentenza n. 240 del 2004, dove la Corte si era soffermata sulla legittimità delle previsioni del decreto-legge 28 marzo 2003, n. 49, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 maggio 2003, che disciplinano l'esercizio del potere sostitutivo del Governo nei confronti delle amministrazioni pubbliche anche locali cui competono gli adempimenti previsti dal predetto decreto (art. 10, commi 42-45). Essendo il decreto-legge impugnato precedente alla legge n. 131 del 2003, la Corte – argomentando circa la natura generale delle norme di cui all'art. 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,

⁴¹ In tal senso si veda chiaramente quanto precisato in Corte cost., 1° ottobre 2003, n. 303, punto 2.1 in diritto.

⁴² Già in R. DICKMANN, *Processo legislativo e limiti della legge*, cit., 123-124 (dove si esclude anche che tali poteri possano esercitarsi con qualsiasi tipo di atto normativo, regolamenti compresi).

⁴³ Corte cost., 19 luglio 2004, n. 236, punto 4 in diritto.

non può infatti farsi discendere l'abrogazione di norme speciali che quel potere disciplinino per specifiche materie nelle quali sussista una competenza delle Regioni”⁴⁴.

Occorre aspettare la sentenza n. 361 del 2010 per imbattersi in una affermazione che sembra favorevole all'esercizio ordinario in via legislativa dei poteri sostitutivi. Tuttavia in tale occasione la Corte ha solo ammesso in astratto “il potere del Governo di adottare atti con forza di legge in sostituzione di leggi regionali, (...) eccezionalmente derogando al riparto costituzionale delle competenze legislative fra Stato e Regioni, tramite l'esercizio in via temporanea dei propri poteri di cui all'art. 77 Cost.”⁴⁵. Non ha chiarito se tale ammissione equivalga a una apertura all'esercizio in via legislativa del potere sostitutivo di cui all'art. 120, secondo comma, Cost., ovvero debba ricondursi nel quadro della propria giurisprudenza in materia di avocazione di competenze amministrative, e connesse competenze legislative, delle regioni, nelle materie di relativa competenza legislativa concorrente e residuale⁴⁶, come parrebbe preferibile ritenere eccependo la laconicità delle espressioni usate.

1.5. Il commissario ad acta può esercitare poteri normativi?

1.5.1. La sentenza n. 2 del 2010.

La Corte si è posta la questione se il commissario *ad acta* nominato sotto il titolo della sostituzione *ex art. 120*, secondo comma, Cost., possa o meno esercitare poteri normativi, nella specie legislativi.

In una prima occasione, con la sentenza n. 2 del 2010 la Corte è sembrata ammetterlo, quanto meno per il potere sostitutivo del Governo nei confronti delle regioni interessate da disavanzi sanitari non rientrati, anche se con i propri argomenti ha in qualche modo diluito sotto alcuni profili la differenza che aveva contribuito ad evidenziare tra potere sostitutivo e avocazione in sussidiarietà di competenze amministrative regionali mediante legge⁴⁷.

Per esaminare la questione occorre soffermarsi sulla specifica disciplina considerata dalla Corte, regolata a partire dall'art. 1, comma 180, della legge 30 dicembre 2004, n. 311 (legge

⁴⁴ Corte cost., 19 luglio 2004, n. 240, punto 2 in diritto.

⁴⁵ Corte cost., 17 dicembre 2010, n. 361, punto 5 in diritto.

⁴⁶ Sul punto si rinvia al paragrafo 1.5.2.

⁴⁷ Corte cost., 14 gennaio 2010, n. 2, con nota di R. DICKMANN, *Il commissario ad acta può esercitare il potere sostitutivo in via normativa?*, in *Federalismi.it*, n. 3/2010. Si veda la ricostruzione del quadro normativo contenuta in Corte dei conti, Sezione centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato, *Relazione sulla gestione delle risorse statali destinate alla riduzione strutturale del disavanzo del servizio sanitario nazionale*, approvata con delibera n. 22/2009/G, depositata il 28 dicembre 2009 (spec. 7 ss.), in *Federalismi.it*, n. 2/2010, con commento di E. JORIO, *La Corte dei conti boccia i piani di rientro regionali del debito pregresso della sanità*, *ibidem*.

finanziaria 2005), poi modificato dall'art. 4 del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 maggio 2005, n. 80.

L'art. 1, comma 796, lettera *b*), della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007), dopo interventi in materia di precedenti leggi finanziarie, ha istituito un fondo transitorio, da ripartirsi tra le regioni interessate, subordinando l'accesso a tali risorse alla sottoscrizione di un apposito accordo, nuovamente comprensivo di un piano di rientro dai disavanzi, il cui azzeramento è previsto entro l'anno 2010⁴⁸.

Le risorse destinate a ripianare i debiti delle cinque regioni interessate dai disavanzi sanitari sono state anticipate dallo Stato sulla base dell'art. 2, commi 46-48, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008). In particolare al comma 46 si prevede che, in attuazione degli accordi sottoscritti tra lo Stato e le Regioni Lazio, Campania, Molise e Sicilia ai sensi dell'art. 1, comma 180, della legge n. 311 del 2004, con i quali le Regioni interessate si obbligano al risanamento strutturale dei relativi servizi sanitari regionali, anche attraverso la ristrutturazione dei debiti contratti, “lo Stato è autorizzato ad anticipare alle predette regioni, nei limiti di un ammontare complessivamente non superiore a 9.100 milioni di euro, la liquidità necessaria per l'estinzione dei debiti contratti sui mercati finanziari e dei debiti commerciali cumulati fino al 31 dicembre 2005, determinata in base ai procedimenti indicati nei singoli piani e comunque al netto delle somme già erogate a titolo di ripiano dei disavanzi”. Il comma 47 dispone che le regioni interessate, in funzione delle risorse trasferite dallo Stato di cui al comma 46, “sono tenute a restituire, in un periodo non superiore a trenta anni, le risorse ricevute”. Al comma 48 si prevede che “all'erogazione delle somme di cui ai commi 46 e 47, da accreditare su appositi conti correnti intestati alle regioni interessate, lo Stato procede, anche in *tranche* successive, a seguito del riaccertamento definitivo e completo del debito da parte delle regioni interessate, con il supporto dell'*advisor* contabile⁴⁹, come previsto nei singoli piani di rientro, e della sottoscrizione di appositi contratti, che individuano

⁴⁸ Tale disposizione costituisce principio fondamentale della materia “coordinamento della finanza pubblica”, di cui all'art. 117, terzo comma, Cost., che la Corte ha ritenuto “diretto al contenimento della spesa pubblica sanitaria” (Corte cost., 17 marzo 2010, n. 100, punto 3.2.1 in diritto), sicché gli accordi di rientro previsti nella disposizione citata hanno natura vincolante per le regioni, anche ai fini dell'esercizio delle relative competenze legislative, atteso che la più recente interpretazione della nozione di “coordinamento della finanza pubblica” fatta propria dalla giurisprudenza costituzionale è ormai “costante nel ritenere che norme statali che fissano limiti alla spesa di enti pubblici regionali sono espressione della finalità di coordinamento finanziario” (come da ultimo riconosciuto nelle sent. 24 luglio 2009, n. 237, punto 17 in diritto, e 8 maggio 2009, n. 139, punti 3.1 e 3.2 in diritto), per cui il legislatore statale può “legittimamente imporre alle Regioni vincoli alla spesa corrente per assicurare l'equilibrio unitario della finanza pubblica complessiva, in connessione con il perseguimento di obiettivi nazionali, condizionati anche da obblighi comunitari” (sent. 18 febbraio 2010, n. 52, punto 12 in diritto).

⁴⁹ Sulla figura dell'*advisor contabile* si veda Corte dei conti, *Relazione*, cit. in nota 5, spec. 56 ss. e 92; sulla struttura e funzione dei piani di rientro si veda, *ibidem*, spec. 17 ss.

le condizioni per la restituzione, da stipulare fra il Ministero dell'economia e delle finanze e ciascuna regione. All'atto dell'erogazione le regioni interessate provvedono all'immediata estinzione dei debiti pregressi per l'importo corrispondente e trasmettono tempestivamente la relativa documentazione ai Ministeri dell'economia e delle finanze e della salute”⁵⁰.

Nel quadro di tale disciplina alcune delle regioni interessate hanno sottoscritto con lo Stato specifici accordi sulla base di piani di rientro dai disavanzi sanitari, impegnandosi ad assumere iniziative anche organizzative e di riqualificazione del servizio sanitario regionale per perseguire l'equilibrio economico, assicurando al contempo i livelli essenziali di assistenza sanitaria.

Tali iniziative includono adeguamenti delle pertinenti normative regionali.

Il caso in esame si riferisce alla Regione Lazio. Poiché tale Regione non avrebbe rispettato gli adempimenti previsti dallo specifico accordo sottoscritto il 28 febbraio 2007, il Governo, previa diffida, ha attivato la “procedura sostitutiva” di cui all’art. 4, comma 2, del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222, nominando con deliberazione del Consiglio dei ministri del 11 luglio 2008 il presidente della Regione Lazio quale commissario *ad acta*.

Poiché la Regione Lazio, con legge 11 agosto 2008, n. 14, ha adottato una serie di misure ritenute limitative dell’ambito di operatività di tale commissario *ad acta*, il Governo ha impugnato tale legge, poi modificata in talune parti con legge regionale 20 maggio 2009, n. 17, eccependone l’illegittimità per i profili che si andranno ad esaminare.

Infine la legge 23 dicembre 2009, n. 191 (legge finanziaria 2010) ai commi 76-91 e 92-98 dell’art. 2 reca norme che si sovrappongono o modificano la disciplina preesistente in materia, come chiaramente risulta dall’ultimo periodo del comma 85 del citato articolo, da interpretare per le regioni commissariate alla luce di quanto previsto dal successivo comma 88.

Si ricorda quanto rilevato circa la configurazione del potere sostitutivo di cui all’art. 120, secondo comma, Cost., quale categoria nella quale ricondurre il titolo del Governo all’adozione, direttamente o per il tramite di un commissario, di atti amministrativi, imputabili direttamente all’ente sostituito, di cui il commissario *ad acta* dovrebbe essere considerato organo straordinario.

Conseguentemente deve ritenersi escluso che il Governo possa incidere direttamente in via normativa, legislativa o regolamentare, su singoli atti degli organi sostituiti, alterandone la

⁵⁰ Il quadro normativo risulta completato dall’art. 11 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 30 luglio 2010, n. 122, e dall’art. 1, commi 50-52 della l. 13 dicembre 2010, n. 220 (legge di stabilità 2011), che peraltro non alterano i termini delle questioni di cui al testo.

natura giuridica originaria, perché la sostituzione, come si è precisato nel paragrafo 1.1, causalmente è una relazione giuridica interorganica, non intersoggettiva.

Nella materia esaminata dalla Corte risalta un complesso e diretto intervento legislativo statale, che presenta i tratti propri sia della sostituzione sia dell'avocazione in via legislativa delle competenze amministrative regionali in materia sanitaria. Su tale base i poteri del commissario *ad acta* sono stati congegnati per garantire l'obiettivo del rientro dai disavanzi regionali senza specificazione degli atti da compiere, se non in relazione alla relativa natura (normativi, amministrativi, organizzativi, gestionali). Quindi, più che a un commissario *ad acta*, che la Costituzione legittima a sostituirsi a *organi* di enti locali, ci si trova di fronte a un "commissario *ad functionem*", i cui poteri sono stati individuati in rapporto all'obiettivo di sanare il disavanzo sanitario della regione interessata all'asserito scopo di garantire i livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria.

Si è quindi posto il problema della legittimità degli atti compiuti dalla gestione commissariale. In particolare, sul piano amministrativo, organizzativo e gestionale la relativa legittimità si deve parametrare al solo quadro normativo statale o anche a quello regionale? Sul piano costituzionale poi gli atti del commissario incontrano limiti nell'organizzazione delle attribuzioni degli organi regionali?

Ne deriva la necessità di ponderare la legittimità costituzionale di tale figura commissariale.

Al di là del *nomen iuris* usato dal legislatore, il commissario *ad acta* in esame sembra un delegato alla gestione di un ente locale il cui consiglio sia stato sciolto perché incapace di amministrare e commissariato.

Al riguardo è appena il caso di ricordare che per le regioni l'art. 126 Cost. prescrive che occorre un decreto motivato del Presidente della Repubblica per disporre lo scioglimento del consiglio regionale, facendolo cessare dalle funzioni, e la rimozione del presidente della giunta che abbiano compiuto atti contrari alla Costituzione o alla legge ovvero per ragioni di sicurezza nazionale, previo parere della Commissione parlamentare per le questioni regionali. È evidente che se con la legislazione in esame si mantiene "in sella" il presidente della giunta regionale, che potrebbe essere responsabile della creazione (o del mancato rientro) del disavanzo sanitario⁵¹, si preservano anche le attribuzioni del consiglio e della giunta della regione interessata.

⁵¹ Così Corte dei conti, *Relazione*, cit. in nota 5, spec. 98, punto gg).

Inoltre la legislazione in esame non consente al Governo di scegliere come commissario *ad acta*, ai sensi dell'art. 120, secondo comma, Cost., una figura diversa, in ciò violando l'attribuzione del Governo ivi prevista.

Si tratta di profili problematici evidenti, con implicazioni sul piano della legittimità costituzionale della legislazione in materia, che la Corte costituzionale n. 2 del 2010 non ha valutato.

La questione si complica ove si consideri che i presidenti di regione nominati commissari *ad acta*, almeno in una prima versione della legislazione statale emergenziale⁵², erano competenti ad adottare direttamente provvedimenti anche impositivi di carattere tributario come l'aumento dell'addizionale Irpef e l'innalzamento dell'aliquota Irap (art. 1, comma 174, della legge n. 311 del 2004), ovvero a provvedere direttamente nel caso in cui la regione, diffidata ai sensi dell'art. 4, comma 1, del decreto-legge n. 159 del 2007, non abbia adottato gli atti, *anche normativi*, idonei a conseguire il risanamento. In proposito ci si è soffermati sul decreto con il quale il presidente della Giunta della Regione Calabria⁵³ ha disposto la *sospensione*, limitatamente all'esercizio 2008, *dell'efficacia* dell'art. 25 della legge regionale 11 maggio 2007, n. 9, al fine di reperire le risorse necessarie al ripianamento del disavanzo sanitario della propria regione.

I commissari *ad acta* nominati nei casi in questione sarebbero dunque legittimati ad adottare provvedimenti normativi?

A parere personale la speciale legislazione in materia non pare giustificare, ancorché sotto il titolo sostitutivo, il riconoscimento di un originale potere, non contemplato né dalla Costituzione né dagli statuti regionali, in base al quale i presidenti di regione possano intervenire *in via normativa* ai fini del ripianamento dei disavanzi sanitari regionali.

In primo luogo gli atti legislativi statali e regionali secondo la Costituzione sono un numero chiuso. Né la Corte sembra ritenere che le disposizioni legislative statali a supporto di tale potere implicino la creazione di una nuova tipologia di atti normativi del presidente della giunta *in quanto* commissario *ad acta*.

Inoltre, se con provvedimenti (pertanto) amministrativi un presidente-commissario può sospendere l'efficacia di una legge regionale, finisce con il disporre *in luogo* del consiglio

⁵² Il sistema cambia con la legge finanziaria 2006, che introduce automatismi preservati nelle successive manovre finanziarie; si veda in proposito E. JORIO, *L'extra deficit sanitario: tra un sistema di controllo conflittuale e piani di rientro non propriamente adeguati*, in *Federalismi.it*, n. 19/2008.

⁵³ R. DICKMANN, *Sull'esercizio del "potere legislativo" a titolo sostitutivo da parte dei commissari ad acta*, in *Federalismi.it*, n. 14/2008. L'atto in questione è il decreto del presidente della regione Calabria n. 2 del 26 maggio 2008.

regionale, titolare esclusivo della competenza legislativa regionale ai sensi dell'art. 121 Cost., che si è visto essere preservata.

La Corte ha rivelato le proprie perplessità per quanto concerne la legittimità di tali atti quando abbiano come riferimento disposizioni legislative⁵⁴.

Cioè l'intervento commissariale è legittimo se non contraddice alcuna legge o alcun regolamento regionale.

L'unico modo per confermare l'effettività dei poteri commissariali è sostenere che eventuali norme regionali in materia dovrebbero ritenersi sospese per effetto della disciplina legislativa statale che qualifica tale potere sostitutivo.

In tal senso secondo la Corte il legislatore regionale non può limitare i poteri del commissario *ad acta* che agisca nell'esercizio di poteri sostitutivi⁵⁵, anche se ha dovuto riconoscere che tale commissario comunque non è titolare di funzioni normative straordinarie⁵⁶.

Nel paragrafo 1.4 si è evidenziato a quali condizioni possa configurarsi legittimamente l'esercizio del potere sostitutivo, cioè mediante un atto legislativo statale di sospensione di atti regionali anche legislativi. Nei casi in esame, dopo aver escluso la natura normativa, in particolare legislativa, degli atti adottabili dai presidenti-commissari, si potrebbe ritenere che la relativa competenza a intervenire in ambiti già regolati da atti normativi regionali non implichi esercizio di originali poteri normativi del commissario in quanto gli atti normativi regionali dovrebbero ritenersi *sospesi* dalla legge statale, sulla scorta delle intese forti rappresentate dagli accordi stipulati sulla base dei piani di rientro.

Questa conclusione, in assenza di qualsiasi indicazione concertata con la regione interessata ed evidenziata nella legislazione statale, è sufficiente? Oppure occorre che la sospensione di leggi e regolamenti regionali risulti esplicitamente dalla legislazione statale? Anche da questo profilo la questione non è stata esaminata dalla Corte, che ha escluso che la regione possa intervenire normativamente in materia di spettanza commissariale.

Si deve aggiungere che, se l'art. 121, secondo comma, Cost. affida solo al consiglio regionale le attribuzioni legislative (e quelle regolamentari, fatte salve le diverse previsioni statutarie), il

⁵⁴ In un *obiter dictum* della sent. 23 aprile 2010, n. 141, punto 2.2 in diritto, la Corte, in relazione a tale profilo, e con particolare riferimento al rispetto del principio della gerarchia delle fonti, ha espresso i propri dubbi circa la "legittimità costituzionale della scelta legislativa di affidare ad un decreto del Presidente della Regione la capacità di incidere su un atto legislativo adottato dal Consiglio regionale".

⁵⁵ Tale principio trova conferma nella successiva sent. 11 marzo 2011, n. 78, punto 4.2 in diritto, dove fissa il principio generale per il quale le regioni non possono con proprie leggi rimodulare competenze assegnate al commissario *ad acta*, in modo da generare interferenze con le relative competenze.

⁵⁶ Corte cost., sent. 17 dicembre 2010, n. 361, spec. punto 2 in diritto; M. BELLETTI, *Poteri statali di garanzia e decisione ultima, commissariamenti e centralizzazione delle decisioni*, in *Le Regioni*, 2011, 513 ss, individua ulteriori atti commissariali in luogo di legge rispetto a quelli citati nel testo.

presidente della giunta non ha competenze normative proprie: può solo promulgare le leggi ed emanare i regolamenti regionali. Sul punto lo statuto della regione Lazio⁵⁷ precisa che (art. 37, comma 1) il presidente della giunta non ha l'iniziativa legislativa, di titolarità, tra gli altri, della giunta⁵⁸.

Può una legge statale derogare a queste chiare previsioni sotto il titolo della sostituzione *ex art. 120*, secondo comma, Cost.? Si è detto nel paragrafo 1.1 che l'esercizio dei poteri sostitutivi non può alterare l'ordine delle attribuzioni dei poteri e degli organi costituzionali e di rilevanza costituzionale.

Oltretutto le attribuzioni del presidente della giunta regionale sono dettagliate dal quarto comma del citato art. 121 Cost., dove si precisa che egli “rappresenta la Regione; dirige la politica della Giunta e ne è responsabile; promulga le leggi ed emana i regolamenti regionali; dirige le funzioni *amministrative* delegate dallo Stato alle Regioni, *conformandosi* alle istruzioni del Governo della Repubblica”.

Dato il quadro costituzionale, statutario e legislativo sopra tratteggiato e alla luce delle considerazioni generali offerte nel paragrafo 1.1 pare preferibile la lettura per la quale il presidente della regione, anche in quanto commissario *ad acta*, rimane un organo della regione sostituita, e quindi non diventa un “organo straordinario dello Stato”, come pure hanno ritenuto il Governo e la Corte⁵⁹, perché ne deriverebbe un'alterazione delle attribuzioni degli organi delle regioni non legittimata dalla Carta costituzionale.

Quindi, anche se il presidente-commissario è direttamente responsabilizzato nel perseguimento degli obiettivi affidatigli dal Governo a titolo sostitutivo, la legislazione statale dovrebbe essere interpretata nel senso che tale figura non sia legittimata a eccedere dalle attribuzioni costituzionalmente assegnategli come presidente della giunta regionale, e quindi non possa esercitare poteri normativi, spettanti al consiglio (salvi i casi in cui gli statuti affidino i poteri regolamentari alla giunta).

La Corte non ha affrontato questi importanti profili connessi all'esercizio del potere sostitutivo, indebolendo oltremodo il complesso degli argomenti spesi nella sentenza in esame.

Desumendo l'illegittimità della disciplina statale nella parte in cui contempla competenze commissariali anche normative, si dovrebbe ritenere che l'azione dei presidenti-commissari dovrebbe snodarsi solo sul piano amministrativo, organizzativo e regionale, mentre sul piano

⁵⁷ Legge regionale statutaria 11 novembre 2004, n. 1.

⁵⁸ La definizione della titolarità dell'iniziativa legislativa regionale è competenza esclusiva dello statuto, ai sensi dell'art. 123, primo comma, Cost.

⁵⁹ Corte cost., 14 gennaio 2010, n. 2, punto 5 in diritto.

“normativo”, evocato dalla legislazione in questione, dovrebbero restare salve le attribuzioni normative dei consigli regionali: rispetto a essi si giustifica un impulso del commissario rispetto a preesistenti eventuali leggi e regolamenti regionali, che potrebbero al più ritenersi sospesi nell’efficacia a seguito della nomina del commissario (meglio sarebbe a tal fine se fossero specificamente individuati con la legge statale, che – come dimostrato nel paragrafo 1.4 – ne avrebbe la competenza), non anche essere rimuovibili dall’ordinamento giuridico o modificabili *in parte qua* dal commissario.

La tesi prospettata non sembra supportata dalla Corte, che con la sentenza in esame ha creato piuttosto nuovi dubbi circa i limiti costituzionali dei poteri sostitutivi.

La Consulta sembra aver configurato, forse più per la forza d’inerzia delle relative argomentazioni che di riflessioni strutturate, un “potere sostitutivo atipico e rinforzato” risultante dal concorso dei profili causali del potere sostitutivo *ex art.* 120, secondo comma, Cost. e dell’avocazione legislativa delle competenze regionali in materia sanitaria: ai fini dell’esercizio di tale potere le valutazioni di sussidiarietà e di adeguatezza sono state compiute dal legislatore e la leale collaborazione è stata assicurata nella definizione degli accordi stipulati sulla base dei piani di rientro.

Il legislatore statale con la legge n. 191 del 2009 (legge finanziaria 2010) sembra confermare tale modello, disponendo (art. 2, comma 83) che il commissario *ad acta* “adotta tutte le misure indicate nel piano, nonché gli ulteriori atti e provvedimenti *normativi*, amministrativi, organizzativi e gestionali da esso implicati in quanto presupposti o comunque correlati e necessari alla completa attuazione del piano” e “verifica la piena ed esatta attuazione del piano a tutti i livelli di governo del sistema sanitario regionale”.

La Corte ha inoltre escluso un carattere specifico del potere sostitutivo propriamente normativo di cui all’art. 117, quinto comma, Cost.: la natura suppletiva e cedevole degli atti normativi statali sostitutivi, sostenendo che, una volta attivato il potere sostitutivo con la nomina del commissario *ad acta*, la regione non può esercitare tardivamente le proprie competenze tramite i propri organi⁶⁰, anche se in modo virtuoso.

Sul punto la Corte qualche mese dopo la ricordata sentenza n. 361 del 2010, di cui al paragrafo successivo, ha solo precisato che le regioni non possono con proprie leggi rimodulare competenze assegnate al commissario *ad acta* in modo da generare interferenze con le relative competenze⁶¹.

⁶⁰ Peraltro si tratta di un aspetto molto controverso nella giurisprudenza amministrativa, come documenta S. PAPA, *La sussidiarietà alla prova*, cit., 300 ss.

⁶¹ Corte cost., 11 marzo 2011, n. 78, spec. punto 4.2 in diritto.

Non si è curata cioè del fatto che una simile deduzione contrasta con il vincolo al rispetto dei principi di leale collaborazione e di sussidiarietà di cui all'art. 120, secondo comma, Cost.

La Consulta dovrebbe dunque chiarire in che termini questo “potere sostitutivo atipico e rinforzato” sia costituzionalmente legittimo. Altrimenti, deve ritenersi che il presidente di regione nominato commissario *ad acta* sia dotato di poteri che lo legittimano (per legge) anche a derogare al riparto costituzionale delle attribuzioni degli organi regionali.

Forse la Corte attende di precisare le proprie indicazioni sul punto sulla scorta di conflitti di attribuzione del consiglio regionale contro eventuali specifici “atti commissariali ad effetto normativo”.

Si è sostenuta in proposito l'eccezionalità della disciplina costituzionale della sostituzione dello Stato alle regioni e ad altri enti locali, argomentando sulla base del carattere derogatorio di tale disciplina rispetto al riparto costituzionale delle competenze tra Stato ed enti territoriali e del fatto che la disciplina di cui all'art. 120, secondo comma, Cost. deve intendersi di conseguenza di stretta interpretazione, da attuare accertando il rispetto del modulo dell'intesa tra Stato e regioni.

Si è escluso invece che l'art. 120, secondo comma, Cost. consenta di derogare all'ordine delle attribuzioni degli organi costituzionali e di rilevanza costituzionale.

Inoltre la tesi per la quale l'impianto della peculiare sostituzione in esame previa avocazione della competenza legislativa sulla materia sia validamente supportato dal solo accordo regionale stipulato sulla base del piano di rientro del disavanzo, che dovrebbe valere come “intesa forte”, non consente di ritenere rispettate le indicazioni della Corte nella sentenza n. 303 del 2003, che richiede il ricorso al modulo della concertazione *ogni qual volta* vengano in questione tanto l'esercizio della funzione legislativa statale mediante avocazione quanto l'esercizio del potere sostitutivo⁶².

Si aggiunga che la Corte dei conti ha contestato la stessa qualità e veridicità dei piani di rientro sulla base dei quali si snoderebbe il citato potere sostitutivo⁶³.

È quindi preferibile confermare la tesi per la quale l'art. 120, secondo comma, Cost., consenta al Governo di intervenire a titolo sostitutivo, con propri atti anche legislativi, solo per sospendere l'efficacia di singoli atti, anche normativi, regionali e di derogare temporaneamente all'ordine delle competenze di cui agli artt. 117 e 118 Cost., non anche la tesi che con legge dello Stato si possa derogare all'ordine delle attribuzioni di cui al citato art.

⁶² Corte cost., 1° ottobre 2003, n. 303, punto 2.2 in diritto. La Corte, nella sent. n. 240 del 2004, cit. in nota 2, chiarisce, tra le altre, la necessità che la legge statale “predisponga congrue garanzie procedimentali, in conformità al principio di leale collaborazione”.

⁶³ Si veda Corte dei conti, *Relazione*, cit. in nota 5, spec. 18-20.

121 Cost., conferendo la titolarità della funzione legislativa o regolamentare regionale all'organo commissariale, non contemplato dalla Costituzione.

1.5.2. La giurisprudenza successiva.

La Corte è tornata sulla questione con la sentenza n. 361 del 2010, risolvendo il quesito se il Presidente di una Regione nominato commissario *ad acta* ai sensi dell'art. 120, secondo comma, Cost., possa o meno disporre delle competenze legislative del consiglio regionale. La risposta della Corte è stata chiaramente contraria⁶⁴.

La sentenza è stata resa con riferimento all'atto denominato "legge della Regione Calabria 11 febbraio 2010, n. 5" recante "Attuazione dell'Intesa sancita in data 1° aprile 2009, ai sensi dell'art. 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, tra Stato, Regioni ed Autonomie locali, concernente misure per il rilascio dell'economia attraverso l'attività edilizia. Approvata dal Presidente della Giunta Regionale quale commissario *ad acta* con Decreto n. 24 del 9 febbraio 2010".

Come si desume dalle premesse della sentenza in commento, l'intervento commissariale in sostituzione del legislatore regionale sarebbe stato in qualche modo avallato dallo stesso Ministro per i rapporti con le Regioni. Approvata l'intesa con proprio decreto n. 24 del 9 febbraio 2010 in qualità di commissario *ad acta* ed in luogo del consiglio regionale sostituito, il Presidente della Regione Calabria ha poi promulgato nell'esercizio delle proprie attribuzioni il testo risultante come "legge regionale 11 febbraio 2010, n. 5", pubblicandola nel *Bollettino Ufficiale* della Regione del 22 febbraio 2010. Accortosi della questione, invero tardivamente e soprattutto dopo aver in qualche modo concorso a "legittimare" l'emanazione del suddetto atto, il Governo ha sostenuto che il commissario *ad acta*, promulgando e pubblicando un testo divergente dalle direttive impartitegli, ha violato gli artt. 118 e 120 Cost., nei termini illustrati nelle premesse in fatto della sentenza.

Il Consiglio della Regione Calabria con l'art. 11 della legge reg. 11 agosto 2010, n. 21, ha poi "abrogato" la predetta pseudo-legge.

Nell'incertezza della questione, il Governo ha proposto sia ricorso in via principale contro l'atto sostitutivo - legge nel presupposto che avesse comunque forza di legge, sia conflitto di

⁶⁴ Corte cost., 17 dicembre 2010, n. 361, con note di R. DICKMANN, *La Corte (si) chiarisce: i commissari ad acta non possono esercitare poteri sostitutivi in via normativa*, in *Federalismi.it*, n. 2/2011; V. TAMBURRINI, *Sull'esercizio in forma indiretta dei poteri sostitutivi statali. Lo strano caso della legge commissariale*, in www.forumcostituzionale.it, 8 aprile 2011; A. RUGGERI, *Dalla giurisprudenza di fine anno una opportuna precisazione in tema di disciplina (con legge costituzionale) delle fonti*, in www.forumcostituzionale.it; G. D'ALESSANDRO, *La Corte costituzionale e le "mere parvenze di legge": una prima lettura della sent. n. 361 del 2010*, in www.giustamm.it (22 dicembre 2010); A. CELOTTO, *Uno strano caso di abrogazione eliminativa*, in www.giustamm.it (31 dicembre 2010).

attribuzione avverso i relativi atti di promulgazione e di pubblicazione, ritenendo che il Presidente della Giunta, operando in qualità di commissario *ad acta* nominato dal Governo, avesse approvato un testo difforme dalle proprie indicazioni. La Corte, ritenendo i ricorsi connessi, li ha riuniti ai fini di una decisione congiunta⁶⁵.

Poiché la Regione Calabria ha rimosso l'atto impugnato con l'art. 11 della citata legge reg. 11 agosto 2010, n. 21, la Corte ha dichiarato l'estinzione del processo introdotto dal ricorso in via principale, non anche quello introdotto dal ricorso per conflitto di attribuzione, in quanto rinunciato dal Consiglio dei ministri solo dopo la previa discussione davanti alla Corte⁶⁶.

La Corte ha comunque dichiarato inammissibile anche tale ricorso in quanto gli atti di promulgazione e di pubblicazione impugnati hanno ad oggetto “una mera parvenza di legge, priva dei necessari requisiti previsti dalla Costituzione per poter essere ritenuta atto legislativo, e pertanto insuscettibile fin dalla sua origine di determinare effetti di alcun genere”, secondo le note indicazioni rese della stessa nella sentenza n. 152 del 1982⁶⁷.

Come si è visto, l'atto in questione è stato approvato non già dal Consiglio regionale, cui l'art. 121 Cost. demanda l'esercizio delle potestà legislative attribuite alla Regione, ma da un organo del tutto privo di tale attribuzione. Nei primi commenti si è posta l'attenzione sul perentorio “no” della Corte a considerarlo un atto legislativo *esistente*, ancorché viziato. La stessa legge reg. n. 21 del 2010, che lo ha “abrogato”, in realtà come dice la Corte lo ha “eliminato” nella sua consistenza materiale. In tal senso deve pertanto ritenersi che la parola “abrogazione” sia stata usata dal legislatore regionale in modo improprio, come nota la Corte parlando di eliminazione, trattandosi piuttosto di una dichiarazione di nullità priva di effetti costitutivi, propri invece dell'abrogazione.

Comunque la stessa Corte aveva prefigurato il principio alla base della sentenza in esame alcuni mesi prima, esprimendo dubbi circa la “legittimità costituzionale della scelta legislativa di affidare ad un decreto del Presidente della Regione la capacità di incidere su un atto legislativo adottato dal Consiglio regionale”, nell'ambito della procedura di rientro dei disavanzi sanitari regionali⁶⁸.

⁶⁵ Corte cost., 17 dicembre 2010, n. 361, punto 2 in diritto.

⁶⁶ Corte cost., 17 dicembre 2010, n. 361, punto 4 in diritto.

⁶⁷ Corte cost., 29 luglio 1982, n. 152, spec. punto 2 in diritto.

⁶⁸ Corte cost., sent. 23 aprile 2010, n. 141, punto 2.2 in diritto.

1.5.3. Alcune questioni aperte.

Dopo aver affermato il “divieto costituzionale di affidare ad un diverso organo gli eccezionali poteri di natura legislativa del Consiglio dei Ministri o – tanto più – di incaricarlo addirittura di adottare una legge regionale, che è invece un potere proprio del solo organo rappresentativo della Regione”⁶⁹, può dunque ritenersi che la Corte abbia superato la propria sentenza n. 2 del 2010 nella parte in cui ammetteva che il commissario *ad acta* potesse disporre in generale anche di poteri normativi.

Dalla sentenza n. 361 derivano le seguenti implicazioni di principio:

- a) il ricorso al potere sostitutivo *ex art.* 120, secondo comma, Cost. non può alterare l’ordine costituzionale delle attribuzioni, nella specie creando nuovi tipi di atti legislativi di competenza di organi che non hanno funzioni legislative;
- b) anche se la Corte ha affermato che il Governo a titolo sostitutivo può adottare un decreto-legge, a condizione che tale intervento rappresenti una deroga eccezionale al riparto costituzionale delle competenze tra Stato e Regioni, come tale motivata tra i presupposti di costituzionalità del provvedimento *ex art.* 77, secondo comma, Cost., tale affermazione sembra piuttosto una conferma dell’istituto dell’avocazione di competenze regionali, quindi presuppone il rispetto del principio dell’intesa;
- c) (pertanto) potrebbe ammettersi un potere propriamente sostitutivo esercitato in via legislativa sotto il titolo dell’art. 120, secondo comma, solo per sospendere leggi o regolamenti regionali, preservando il riparto di competenze in vigore tra Stato e regioni, non anche, ad esempio, per modificarli⁷⁰.

Più in generale la tesi esposta consente di differenziare gli istituti dell’avocazione in sussidiarietà di competenze legislative (che muta il titolo della competenza) dall’esercizio in via legislativa del potere sostitutivo per sospendere leggi o regolamenti regionali (che non lo muta). Solo adottando questo distinguo si possono sciogliere ulteriori nodi interpretativi non risolti dalla Corte, ed in particolare:

- a) la regione può intervenire tardivamente, rendendo inutile l’esercizio del potere sostitutivo legislativo statale, perché non perderebbe la propria competenza legislativa a intervenire in senso conforme alle indicazioni del Governo precedenti l’intervento sostitutivo;
- b) (pertanto) l’intervento legislativo statale sostitutivo sarebbe cedevole, cioè disposizioni legislative o regolamentari regionali sopravvenute prenderebbero automaticamente il posto delle corrispondenti disposizioni del decreto-legge in ipotesi esplicitamente adottato sotto il

⁶⁹ Corte cost., 17 dicembre 2010, n. 361, punto 5 in diritto.

⁷⁰ Sul tema si veda quanto osservato in R. DICKMANN, *Legge di sospensione e potere sostitutivo*, cit., 425 ss.

titolo dell'art. 120, secondo comma, Cost., che cesserebbero conseguentemente di avere vigore, ripristinando l'ordine delle competenze alle quali avrebbe temporaneamente derogato il decreto-legge;

c) in tal modo il decreto-legge sostitutivo statale non si sostituirebbe ad atti normativi regionali, che i competenti organi della regione potrebbero opportunamente adottare conformemente alle relative attribuzioni costituzionali;

c) infine rispetto ad un intervento legislativo *ex art. 77 Cost.*, adottato sotto il titolo dell'art. 120, secondo comma, Cost., non dovrebbe essere previamente raggiunta un'intesa forte Stato-regione⁷¹, secondo quanto prescritto dalla Corte costituzionale per l'avocazione in sussidiarietà, dal quale il primo istituto si differenzia nei termini esaminati, ma il Governo dovrebbe solo "sentire" l'organo interessato.

In tal modo si può leggere la giurisprudenza della Corte in termini coerenti, superando i dubbi generati dalla sentenza n. 2 del 2010, dove la Corte aveva sfumato la differenza tra esercizio del potere sostitutivo con legge statale e avocazione in sussidiarietà di competenze regionali, differenza che invece deve essere ribadita per la diversa base costituzionale dei due istituti, l'art. 120, secondo comma, per il primo, e l'art. 118, primo comma, il secondo.

A tal fine la Corte ha espressamente chiarito in una successiva pronuncia che il potere sostitutivo non può essere previsto nei casi in cui vi sia stato uno spostamento di competenze amministrative a seguito di avocazione, ritenendo che la leale collaborazione, necessaria in tale circostanza, non possa essere sostituita da un atto unilaterale dello Stato⁷².

Se invece occorre intervenire su atti non normativi regionali, il Governo con il decreto-legge deve ricorrere alla figura del commissario *ad acta*. In proposito si ricorda che la sentenza n. 2 del 2010 aveva qualificato espressamente tale commissario quale "organo straordinario *dello Stato*"⁷³ nell'economia della propria tesi non ostile alla possibilità che questi potesse esercitare poteri anche normativi.

Avendo cercato di dimostrare che è preferibile configurare la sostituzione come una relazione interorganica e non intersoggettiva, si può rilevare l'opportunità che la Corte rimediti tale affermazione, riconoscendo al commissario natura di organo straordinario non dello Stato (del

⁷¹ Oltretutto si è osservato come il raggiungimento di un'intesa non si concilierebbe affatto con le circostanze di straordinaria necessità e urgenza a presupposto dell'adozione di un decreto-legge *ex art. 77 Cost.* (A. D'ATENA, *Diritto regionale*, Torino, 2010, 318).

⁷² Si veda Corte cost., 12 maggio 2011, n. 165, punto 6 in diritto, che richiama Corte cost., 14 ottobre 2005, n. 383, spec. punto 30 in diritto.

⁷³ Corte cost., 14 gennaio 2010, n. 2, punto 5 in diritto

resto il sostituto è il Governo⁷⁴) bensì dell'ente sostituito, in modo che i relativi atti si configurino come non “estranei” alle funzioni degli organi regionali sostituiti e conseguentemente ne seguano il regime giuridico proprio, compresi i gravami ad essi opponibili nelle sedi giurisdizionali naturali da parte degli eventuali soggetti lesi.

Infine si osserva che, se il commissario fosse organo del Governo come sostiene la Corte nella sentenza n. 2 del 2010, si avrebbe per effetto di una operazione interpretativa un mutamento degli organi giurisdizionali competenti indotto dall'imputabilità degli atti in sostituzione allo Stato, non alla regione sostituita, in contraddizione con quanto previsto dall'art. 25, primo comma, Cost., che garantisce la conservazione del giudice naturale precostituito per legge.

2. I poteri sostitutivi delle regioni (note).

La Corte ha riconosciuto la legittimità dei poteri sostitutivi regionali a partire dalla sentenza n. 43 del 2004⁷⁵.

Per legittimare i poteri sostitutivi regionali la Corte ha argomentato nel senso che la formulazione del secondo comma dell'art. 120 *non ne esclude la legittimità*, 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 costituzionale⁷⁶.

Con la sentenza n. 240 del 2004 la Corte ha fornito una serie di indicazioni riepilogative della propria giurisprudenza in materia di poteri sostitutivi ex art. 120 Cost., che consentono di individuare i limiti entro i quali il legislatore statale può prevederlo e disciplinarlo⁷⁷, configurando tale disposizione costituzionale come il fondamento di una categoria giuridica piuttosto che di un istituto unitario.

Sostiene la Corte, riferendosi ai poteri sostitutivi delle regioni: “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

⁷⁴ La Corte ha chiarito che non possono configurarsi con legge poteri sostituiti ex art. 120, secondo comma, Cost., esercitati da organi o enti diversi dal Governo (Corte cost., 12 maggio 201, n. 165, spec. punto 6 in diritto) o al di fuori delle circostanze tassativamente ivi indicate. Comunque il potere sostitutivo deve essere esercitato dal Governo nel rispetto di procedure stabilite dalla legge a garanzia dei principi di sussidiarietà e leale collaborazione (*ibidem*).

⁷⁵ Corte cost., 21 ottobre 2003, n. 313; 27 gennaio 2004, n. 43; 2 marzo 2004, n. 69. Si vedano anche le note di R. DICKMANN, *I poteri sostitutivi regionali al vaglio della Corte*, in *Foro amm. - CdS*, 2004, 637 ss. e F. MERLONI, *Una definitiva conferma della legittimità dei poteri sostitutivi regionali*, in *Le Regioni*, 2004, 1074 ss.

⁷⁶ 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.

⁷⁷ Corte cost., 19 luglio 2004, n. 240, punto 4 in diritto.

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 procedurali, in conformità al principio di leale collaborazione”.

Pertanto, ad esempio, la Corte ha affermato che la regione non può assegnare poteri sostitutivi al difensore civico regionale, evidenziando il “valore costituzionale dell’autonomia degli enti locali”⁷⁸.

La Corte ha indicato che da tale disposizione è desumibile un modulo generale per la sostituzione in via amministrativa nei casi descritti, confermando le proprie precedenti sentenze n. 43 e 69 del 2004, nelle quali aveva messo a fuoco i poteri sostitutivi regionali.

La questione della natura amministrativa dei poteri sostitutivi regionali esercitati secondo il modulo di cui all’art. 120 Cost. è stata affrontata dalla Corte nelle sentenze 4 luglio 2008, n. 250, e 12 dicembre 2008, n. 405, dove si è espressamente pronunciata nel senso dell’illegittimità costituzionale di leggi regionali che conferiscono natura legislativa ai provvedimenti di deroga a obblighi comunitari, impedendone l’annullamento nei casi in cui sussistono le condizioni per l’esercizio del potere sostitutivo da parte del Governo ai sensi dell’art. 19-bis, comma 4, della legge 11 febbraio 1992, n. 157 (Protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio). Si noti che anche in questa circostanza la Corte ha fatto attenzione a non qualificare tale potere di annullamento come “sostitutivo”, infatti la relativa funzione sostitutiva si desume dalla riconducibilità del modulo di cui al comma 4 del citato art. 19-bis a quello di cui al secondo comma dell’art. 120 Cost.

Per effetto del complesso delle indicazioni della Corte il fondamento costituzionale dei poteri sostitutivi regionali, oltre a scaturire dall’art. 120 Cost., che contiene il modulo della sostituzione, è presupposto nel sistema di organizzazione delle relazioni istituzionali tra regioni ed enti infraregionali, sistema sul quale purtroppo la Costituzione non reca indicazioni esplicite dopo la soppressione dei controlli regionali sugli atti degli enti locali, di cui all’abrogato art. 130 Cost.

Questa ricostruzione si può alla Corte, che nella sentenza n. 313 del 2003⁷⁹, aveva prefigurato la propria successiva giurisprudenza inaugurata con la sentenza n. 43 del 2004.

La Corte aveva spiegato che, se il potere sostitutivo di cui all’art. 120 ha carattere “straordinario e aggiuntivo”, non si può ritenere smentita la consolidata tradizione legislativa che ammetteva pacificamente interventi sostitutivi ad opera di organi regionali nei confronti

⁷⁸ Corte cost., 15 giugno 2004, n. 173, punto 2.1 in diritto; 29 aprile 2005, n. 167, punto 2 in diritto.

⁷⁹ Corte cost., 21 ottobre 2003, n. 313, punto 9 in diritto.

degli enti locali⁸⁰: la formulazione del secondo comma dell'art. 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 di cui alla citata disposizione costituzionale⁸¹.

Gli argomenti usati dalla Corte permettono in particolare di ritenere che il secondo periodo del secondo comma dell'art. 120 Cost. 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 principio di leale collaborazione⁸². È cioè “potere sostitutivo” regionale quel potere che la legge regionale qualifichi come tale, nel rispetto del modulo di cui al secondo comma dell'art. 120 Cost., che ne garantisce l'armonia con la Costituzione.

Il fondamento di tali poteri è dunque in via originaria la legge regionale, che tuttavia per non essere incostituzionale deve corrispondere a determinati requisiti.

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 procedurali⁸³;
- 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*)”⁸⁴, la cui obbligatorietà sia il riflesso degli interessi unitari alla cui salvaguardia provvede

⁸⁰ Corte cost., 27 gennaio 2004, n. 43, punto 3.3 in diritto, e 2 marzo 2004, n. 69, punti 2 e 3 in diritto.

⁸¹ Corte cost., 27 gennaio 2004, n. 43, punto 4 in diritto, e 2 marzo 2004, n. 69, punto 4 in diritto.

⁸² 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, Giuffrè, 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, Giappichelli, 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 e 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.; 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, Giuffrè, 1998; A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, Padova, Cedam, 2003.

⁸³ La Corte si riferisce sul punto a Corte cost., 13 giugno 1989, n. 338, punto 4.3 in diritto.

⁸⁴ La Corte rinvia al riguardo a Corte cost., n. 10 febbraio 1988, n. 177, punto 5.2 in diritto.

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 regione o sulla base di una decisione di questo⁸⁵;
- 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.

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. Inoltre anch'essi devono esercitarsi nel rispetto dei principi di sussidiarietà e leale collaborazione e con la partecipazione dell'ente sostituito (non formale ma reale).

⁸⁵ La Corte richiama Corte cost., 19 luglio 1994, n. 342, punto 4 in diritto, e 21 ottobre 2003, n. 313, punto 9 in diritto.

Parte II

3. Differenza tra i poteri sostitutivi e i poteri di ordinanza del Governo in casi di necessità e di urgenza.

La sentenza n. 277 del 2008 della Corte consente di completare le precedenti considerazioni instaurando un raffronto tra gli atti in sostituzione e gli atti adottati nell'esercizio dei poteri di ordinanza a seguito della dichiarazione dello stato di emergenza con delibera del Consiglio dei ministri, ai sensi dell'art. 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, come modificata dal decreto-legge 15 maggio 2012, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2012, n. 100, e dell'art. 5 del decreto-legge 7 settembre 2001, n. 343, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 novembre 2001, n. 401⁸⁶.

Ai sensi dell'art. 5, comma 1, della citata legge n. 225 del 1992 nei casi straordinari ivi previsti all'art. 2, comma 1, lett. c), ovvero nella relativa imminenza, il Consiglio dei ministri, sulla proposta qualificata ivi indicata, delibera lo stato di emergenza, determinandone durata ed estensione territoriale in stretto riferimento alla qualità e alla natura degli eventi, disponendo in ordine all'esercizio del potere di ordinanza nonché indicando la pubblica amministrazione competente in via ordinaria a subentrare dopo la scadenza dello stato di emergenza. La dichiarazione della durata dello stato di emergenza non può, di regola, eccedere i novanta giorni, prorogabili, di regola, per non più di sessanta, ai sensi del comma 1-bis del medesimo art. 5⁸⁷. Nella cornice della dichiarazione del Consiglio dei ministri il comma 2 consente al Capo del Dipartimento della Protezione civile di provvedere con *ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente*, nei limiti e secondo i criteri indicati in tale

⁸⁶ In questa sede non si prendono in considerazione i poteri di ordinanza "tradizionali" previsti dal diritto amministrativo "comune", sui quali, per considerazioni in ordine alla relativa dubbia costituzionalità alla luce del rinnovato quadro costituzionale, si veda in particolare V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 355-361, e ult. rif. bibl. ivi cit. Sui poteri di ordinanza di cui al testo si vedano in generale, oltre V. CERULLI IRELLI, *op. ult. cit.*, 345 ss., anche F. BARTOLOMEI, *Ordinanza (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, Giuffrè, 1980, 976 ss.; M. ALAJMO, *Note sui provvedimenti amministrativi di necessità e d'urgenza*, in *Nuove autonomie*, 2001, 13 ss.; G. BERTAZZO, *Le misure d'urgenza in tema di rifiuti*, in *Sanità pubblica*, 2001, 547 ss.; G.M. MEZZAPESA, *Provvisorietà delle ordinanze contingibili ed urgenti*, in *Giust. civ.*, 2002, II, 415 ss.; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, Giuffrè, 2003, 421 ss.; A. ANDRONIO, *Le ordinanze di necessità ed urgenza per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2004, 63 ss.; M. GNES, *I limiti del potere d'urgenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 641 ss.; ID., *Limiti e tendenze dei poteri d'urgenza*, in *Annuario 2005 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2006, 209 ss.; ID., *Le ordinanze di protezione civile per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella Regione Campania*, in *Riv. giur. mezz.*, 2008, 433 ss.; G. MARAZZITA, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, in www.forumcostituzionale.it;

⁸⁷ Lo stato di emergenza può essere prorogato in via legislativa anche oltre tali termini, come avvenuto, ad esempio, ai sensi dell'art. 1, comma 3, del d.l. 6 giugno 2012, n. 74, convertito, con modificazioni, dalla l. 1° agosto 2012, n. 122.

dichiarazione e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico. Le ordinanze sono emanate acquisendo l'intesa delle regioni territorialmente interessate. Le ordinanze possono essere emanate anche da altra autorità se è così stabilito dalla predetta dichiarazione. Tali ordinanze, che devono contenere l'indicazione delle principali norme alle quali si deroga e che devono essere motivate, sono pubblicate nella *Gazzetta Ufficiale* e sono impugnabili davanti al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133, lett. p), del codice del processo amministrativo.

Tali poteri si giustificano finché esista e permanga una delle situazioni di necessità di cui alle citate disposizioni: gli atti e i provvedimenti adottati sono quindi destinati a perdere efficacia con l'esaurirsi delle circostanze e dei presupposti di straordinarietà che ne hanno consentito l'adozione.

Tali atti o provvedimenti sono adottati dagli organi indicati dalla legge n. 225 del 1992 in luogo di atti di ordinaria competenza regionale o locale⁸⁸.

La Corte costituzionale⁸⁹ ha riconosciuto che con tale legge il legislatore statale ha adottato un modello fondato su di una organizzazione non centralizzata ma diffusa a carattere policentrico per l'esercizio di poteri emergenziali.

In tale prospettiva, le competenze e le relative responsabilità sono state ripartite tra i diversi livelli istituzionali di governo in relazione alle seguenti tipologie di eventi che possono venire in rilievo:

- a) eventi da fronteggiare mediante interventi attuabili dagli enti e dalle amministrazioni competenti in via ordinaria (art. 2, comma 1, lettera a));
- b) eventi che impongono l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni competenti in via ordinaria (art. 2, comma 1, lettera b));
- c) calamità naturali o connesse con l'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità ed estensione devono, con immediatezza di intervento essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo (art. 2, comma 1, lettera c), sostituita dal citato decreto-legge n. 59 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 100 del 2012).

⁸⁸ Per una ricostruzione di tali poteri si veda V. CERULLI IRELLI, *op. ult. cit.*, 361 ss.

⁸⁹ Corte cost., 16 luglio 2008, n. 277, punto 2 in diritto; 14 luglio 2006, n. 284, punto 2 in diritto, con note di S. MANGIAMELI, *Lo stato di emergenza e le competenze regionali*; e G. FARES, *Ordinanze statali di necessità ed urgenza e salvaguardia dell'autonomia regionale: limite dei principi fondamentali o chiamata in sussidiarietà?*, rispettivamente, in *Giur. cost.*, 2006, 2926 ss. e 2932 ss.

In particolare, lo Stato, sulla base di quanto previsto dall'art. 5 della legge n. 225 del 1992, ha nella sostanza una specifica ed esclusiva competenza⁹⁰ a disciplinare gli eventi di natura straordinaria di cui al citato art. 2, comma 1, lettera c).

La Corte ha in proposito specificato⁹¹ che le previsioni di cui agli artt. 5 della legge n. 225 del 1992 e 107 del decreto legislativo n. 112 del 1998 sono “espressive di un principio fondamentale della materia della protezione civile, sicché deve ritenersi che esse delimitino il potere normativo regionale, anche sotto il nuovo regime di competenze legislative delineato dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3”, e che “lo Stato è, dunque, legittimato a regolamentare – in considerazione della *peculiare connotazione* che assumono i ‘principi fondamentali’ quando sussistono ragioni di urgenza che giustificano l’intervento unitario del legislatore statale – gli eventi di natura straordinaria di cui all’art. 2, comma 1, lettera c), della stessa legge n. 225 del 1992, anche mediante l’adozione di specifiche ordinanze autorizzate a derogare, in presenza di determinati presupposti, alle stesse norme primarie”.

Tale lettura è stata criticata in dottrina, ritenendo che si tratta di un giro di parole con le quali la Corte avrebbe in realtà operato un ritaglio di competenze in favore dello Stato nella materia *de qua* e che invece gli interventi governativi adottati sotto il titolo delle citate norme di legge debbano essere ascritti nella categoria dei poteri sostitutivi di cui all’art. 120, secondo comma, Cost.⁹².

Al riguardo non si ritiene condivisibile tale interpretazione, nonché quella, alternativa, volta ad individuare in tali norme un caso di avocazione da parte dello Stato di competenze amministrative regionali e locali⁹³.

La competenza che si fonda sul quadro normativo in esame si legittima sulla base del potere del Consiglio dei ministri di deliberare e revocare lo stato di emergenza, determinandone durata ed estensione territoriale in stretto riferimento alla qualità straordinaria e alla natura degli eventi.

La Corte ha stabilito una stretta connessione tra tali poteri e il titolo di legislazione esclusiva dello Stato in materia di ambiente, affermando che la tutela dell’ambiente si connette “in modo quasi naturale con la competenza regionale concorrente della ‘protezione civile’”⁹⁴.

L’esercizio di questi poteri deve avvenire d’intesa con le Regioni interessate sulla base di quanto disposto dall’art. 107 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, nonché dall’art. 5,

⁹⁰ Corte cost., 30 ottobre 2003, n. 327, punto 2 in diritto.

⁹¹ Corte cost., 14 luglio 2006, n. 284, punto 3.1.1 in diritto, dove richiama in senso conforme Corte cost. 3 marzo 2006, n. 82, punto 3.2 in diritto, nonché 30 ottobre 2003, n. 327, punto 2 in diritto.

⁹² S. MANGIAMELLI, *op. ult. cit.*, 2929-2930 e 2932.

⁹³ G. FARES, *op. ult. cit.*, 2938.

⁹⁴ In ultimo si veda Corte cost., 14 luglio 2006, n. 284, punto 3.1.1 in diritto.

comma 2-bis, della legge n. 225 del 1992 e dall'art. 5, comma 2, del [decreto-legge n. 343 del 2001, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 401 del 2001](#).

Le attività di previsione e prevenzione delle ipotesi di rischio sono state affidate alla competenza regionale, senza distinzione tra le diverse tipologie di eventi calamitosi (art. 108, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 112 del 1998). Alle province e ai comuni è stata affidata l'attuazione dei programmi regionali.

Le regioni, nell'esercizio delle attività di previsione e prevenzione, in ossequio ai principi (desumibili dall'art. 4 della legge delega 15 marzo 1997, n. 59) di sussidiarietà, cooperazione e adeguatezza, devono tenere conto degli indirizzi operativi predisposti dal Presidente del Consiglio dei ministri, ovvero dal Ministro dell'interno da lui delegato, di intesa con le Regioni stesse e gli enti locali, nonché dell'attività consultiva e propositiva della Commissione nazionale per la previsione e la prevenzione dei grandi rischi e degli indirizzi e dei criteri generali formulati dal Dipartimento della protezione civile (art. 107 del decreto legislativo n. 112 del 1998 e art. 5 del decreto-legge n. 343 del 2001, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 401 del 2001).

La gravità degli eventi calamitosi, nonché l'intrinseca difficoltà delle operazioni di soccorso e l'immediatezza con cui le stesse devono essere poste in atto può coinvolgere tutte le amministrazioni pubbliche.

L'art. 107, comma 1, lettere b) e c), del decreto legislativo n. 112 del 1998 ha chiarito che il potere di dichiarare e revocare lo stato di emergenza e il potere di ordinanza hanno rilievo nazionale, data la sussistenza di esigenze di unitarietà, coordinamento e direzione, escludendo quindi che il riconoscimento di poteri straordinari e derogatori della legislazione vigente possa avvenire da parte della legge regionale⁹⁵.

Pare pertanto possibile qualificare i poteri di ordinanza come di natura propriamente amministrativa, perché giustiziabili davanti al giudice amministrativo, ed espressivi di una originale competenza materiale concorrente, rispetto alla quale, nell'ambito dell'art. 117, terzo comma, Cost., il sistema della legislazione statale sopra illustrato vale come legislazione di principio dotata di una "peculiare connotazione", in quanto consente l'esercizio di poteri amministrativi anche *in deroga* alla normativa primaria – per quanto concerne sia l'ordine delle competenze sia il principio di legalità, da cui discende la tipicità e la nominatività dei provvedimenti amministrativi⁹⁶ – a condizione che:

⁹⁵ Corte cost., 3 marzo 2006, n. 82, punti 3.2 e 3.3 in diritto.

⁹⁶ V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, cit., 353-354, e ult. rif. bibl. *ivi cit.*

- si tratti “di deroghe temporalmente delimitate, non anche di abrogazione o modifica di norme vigenti”⁹⁷;
- tali poteri “siano ben definiti nel contenuto, nei tempi, nelle modalità di esercizio”⁹⁸;
- il relativo esercizio e ambito di efficacia sia concertato con le regioni interessate⁹⁹, non potendo, in particolare, il loro impiego realizzarsi “senza che sia specificato il nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza e le norme di cui si consente la temporanea sospensione”¹⁰⁰.

Tali provvedimenti devono pertanto ritenersi legittimi fin quando perdurino le ricordate circostanze di necessità ai sensi dell’illustrato quadro normativo, nell’ambito del quale gli interessi perseguiti assumono una valenza nazionale e non possono essere confinati al territorio di riferimento. Ovviamente a tal fine servono specifiche e dettagliate indicazione “di cornice”, indispensabili ad assicurarne la legittimità in quanto ne costituiscono la motivazione, come espressamente richiesto dall’art. 5, comma 5, della legge n. 225 del 1992. Per tale ragione la Corte costituzionale ha precisato che tali provvedimenti, “indipendentemente dal loro (più o meno delimitato) ambito territoriale di efficacia” e anche se “posti in essere dai commissari delegati, *sono atti dell’amministrazione centrale dello Stato* (in quanto emessi da organi che operano come *longa manus* del Governo) finalizzati a soddisfare interessi che trascendono quelli delle comunità locali coinvolte dalle singole situazioni di emergenza, e ciò in ragione tanto della rilevanza delle stesse, quanto della straordinarietà dei poteri necessari per farvi fronte”¹⁰¹.

I provvedimenti adottati a titolo d’urgenza, ancorché formalmente imputabili a commissari delegati, non possono essere sospesi o modificati dalle regioni interessate, ma, avendo natura amministrativa, possono essere impugnati davanti al giudice amministrativo e, sussistendone i presupposti, eventualmente anche davanti alla Corte costituzionale per conflitto di attribuzioni.

Eventuali leggi regionali volte a paralizzare l’efficace di provvedimenti adottati nell’ambito del descritto quadro normativo sono illegittime per violazione dell’art. 117, terzo comma, Cost., in quanto in contrasto con gli evocati principi fondamentali¹⁰².

⁹⁷ Corte cost., 14 aprile 1995, n. 127, punto 2 in diritto (e ult. giur. cost. ivi cit.).

⁹⁸ Corte cost., 9 novembre 1992, n. 418, punto 5 in diritto.

⁹⁹ Corte cost., 14 luglio 2006, n. 284, punto 3.3 in diritto.

¹⁰⁰ Corte cost., 14 aprile 1995, n. 127, punto 2 in diritto.

¹⁰¹ Corte cost., 26 giugno 2007, n. 237, punto 5.1 e 5.3.1 in diritto.

¹⁰² In tal senso Corte cost., 16 luglio 2008, n. 277, punti 2.4 e 2.5 in diritto; 14 luglio 2006, n. 284, punto 3.3 in diritto.

Data l'autonoma e originale base costituzionale e il fatto che tali atti rimangono di imputazione statale, non locale, i poteri di ordinanza non possono che essere del tutto estranei al sistema dei poteri sostitutivi di cui all'art. 120, secondo comma, Cost., come confermato anche dalla speciale giurisdizione esclusiva riconosciuta dal ricordato art. 133, lett. p), del codice del processo amministrativo per le ordinanze e i provvedimenti commissariali adottati in tutte le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'art. 5, comma 1, della legge n. 225 del 1992¹⁰³.

4. Il titolo e i presupposti della sostituzione come requisiti di legittimità dell'atto sostitutivo.

Avviandoci alla conclusione della presente analisi si possono formulare alcuni “corollari” di quanto esaminato nelle pagine precedenti.

Il titolo della sostituzione qualifica dunque sotto il profilo causale il provvedimento dell'ente sostituito rendendolo legittimo rispetto a quello che altrimenti sarebbe un vizio di incompetenza ma non ne muta la natura giuridica né lo rende competente a superare eventuali attribuzioni costituzionali di organi degli enti sostituiti.

Tale titolo non può comunque valere a superare l'assenza di competenze del sostituto rispetto al sostituito.

Il titolo della sostituzione deve essere evidenziato e circostanziato nella motivazione dell'atto con riferimento sia alla situazione di fatto che giustifica la sostituzione (i presupposti) sia con riferimento al quadro normativo che ne assicura la legalità formale (legge di procedure).

Se si dimostra che la sostituzione è in realtà pretestuosa in quanto funzionale ad un intervento invasivo di attribuzioni costituzionalmente definite o lesivo della competenza dell'ente sostituito, può dichiararsi la nullità del provvedimento sostitutivo per difetto assoluto di attribuzione ovvero se ne può pronunciare l'illegittimità per incompetenza del sostituto, nei termini previsti, rispettivamente, dagli artt. 21-septies¹⁰⁴ e 21-octies¹⁰⁵ della legge 7 agosto 1990, n. 241.

¹⁰³ Al riguardo si veda M.R. CIUFFI, *Il rito processuale in materia di ordinanze e provvedimenti commissariali di emergenza dichiarata ai sensi della legge 24 febbraio 1992, n. 225*, in *Federalismi.it*, n. 15/2008.

¹⁰⁴ Art. 21-septies (*Nullità del provvedimento*): “1. È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge. 2. Le questioni inerenti alla nullità dei provvedimenti amministrativi in violazione o elusione del giudicato sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo”.

¹⁰⁵ Art. 21-octies (*Annullabilità del provvedimento*): “1. È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza. 2. Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in

Per eventuali decreti-legge se ne può invocare l'incostituzionalità per carenza dei requisiti di cui all'art. 77, secondo comma, Cost.

Come rilevato, l'analisi dei poteri sostitutivi può compiersi correttamente solo se, centrando l'attenzione sul titolo della funzione in concreto esercitata, si accede all'idea che tali poteri si legittimano in quanto esplicitazione di una generale clausola di chiusura dell'ordinamento costituzionale (e dell'ordine giuridico che su di esso si fonda) funzionale a garantirne l'univocità: nel relativo esercizio si possono adottare atti, anche normativi, che si qualificano sul piano causale per la competenza a derogare motivatamente e in modo circostanziato all'ordinario riparto costituzionale delle competenze (non anche delle attribuzioni) sulla base di specifici titoli costituzionali, gli artt. 117, quinto comma, e 120, secondo comma.

Al di fuori di questa base normativa si fuoriesce dal titolo sostitutivo per ricadere, ad esempio, nella dimensione dei poteri di ordinanza o dell'avocazione legislativa di competenze amministrative regionali o locali, che – come rilevato – si legittimano su differenti titoli costituzionali.

Si tratta di un punto cruciale che si spera di aver messo sufficientemente in evidenza.

Mentre i poteri sostitutivi non possono esercitarsi scontando scelte politiche “libere”, ovvero esercitando competenze non spettanti all'ente sostituito, l'avocazione legislativa sconta una scelta politica originale del legislatore statale, l'attrazione in sussidiarietà della *titolarietà* di competenze amministrative della regione, mentre per i poteri di ordinanza esiste una temporanea competenza governativa a compiere scelte ordinariamente di competenza di altri organi, anche locali, necessitata da oggettive circostanze straordinarie espressamente previste dalla legge, che assicura la necessaria legalità all'esercizio governativo di tali competenze.

Tra i presupposti per l'esercizio dei poteri sostitutivi la dottrina individua l'inerzia dell'ente da sostituire¹⁰⁶, alla quale si può assimilare l'insufficienza del risultato¹⁰⁷, e l'urgenza di provvedere¹⁰⁸.

In caso di prolungata inattività dell'ente, fatta constare nelle forme della messa in mora o della richiesta di adempiere entro un termine determinato¹⁰⁹, il Governo può intervenire,

concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”.

¹⁰⁶ M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, Padova, Cedam, 2004, 11-12, 31 e nota 69; C. MAINARDIS, *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale*, Milano, Giuffrè, 2007, 119 ss. e 132 ss..

¹⁰⁷ Al riguardo si condivide il rilievo di M. BOMBARDELLI, *op. ult. cit.*, 217-218, che include nel concetto di “inerzia” la mancanza di un atto utile, ove questo in particolare sia urgente, e la presenza di un atto inutile rispetto ai fini assegnati dalla legge all'ente.

¹⁰⁸ M. BOMBARDELLI, *op. ult. cit.*, 33-34.

¹⁰⁹ Così ancora M. BOMBARDELLI, *op. ult. cit.*, 40.

mediante un commissario *ad acta*, per il compimento dell'atto dovuto, del quale la giurisprudenza prescrive la natura di atto vincolato, privo di discrezionalità nell'*an*¹¹⁰.

Sotto questo profilo non si ritiene legittimo configurare ai sensi dell'art. 120, secondo comma, Cost., l'esercizio del potere sostitutivo mediante annullamento di atti di regioni o enti locali, nel presupposto della dichiarata incostituzionalità del potere di annullamento straordinario del Governo di cui all'art. 2, comma 3, lett. *p*), della legge 23 agosto 1988, n. 400¹¹¹, riferito agli atti illegittimi delle regioni e delle province autonome¹¹².

A parere personale la citata disposizione nel mutato contesto del titolo V non dovrebbe consentire nemmeno l'annullamento straordinario da parte del Governo di singoli atti di enti locali infraregionali¹¹³, mentre tale potere potrebbe essere rintracciato in capo agli organi di governo delle regioni secondo il modulo della sostituzione di cui all'art. 120, secondo comma, Cost.

Altro requisito formale per il legittimo esercizio del potere in via sostitutiva è l'assegnazione all'ente da sostituire di un "congruo termine per adottare i provvedimenti dovuti o necessari", ai sensi del comma 1 dell'art. 8 della legge n. 131 del 2003: decorso inutilmente tale termine il Governo può intervenire in via sostitutiva.

Né la sostituzione dovrebbe esercitarsi seguendo il procedimento tipico di adozione dell'atto presso l'ente sostituito, visto che l'iniziativa spetta al sostituto e che occorre la consultazione (ancorché effettiva) dei competenti organi della regione (o dell'ente locale) per assicurare il rispetto delle esigenze sopra descritte.

Va in ogni caso assicurato il rispetto del principio di proporzionalità, espressamente evocato dall'art. 8, comma 5, della legge n. 131 del 2003 in rapporto alle finalità della sostituzione.

Infine, dopo aver rilevato che con l'espressione "poteri sostitutivi" si intende in realtà parlare di "esercizio in via sostitutiva di poteri e funzioni degli enti sostituiti", si pone la questione dell'impugnabilità del provvedimento sostitutivo (e della correlata legittimazione ad impugnarlo) da parte dell'ente sostituito.

Sul punto la giurisprudenza amministrativa non offre letture univoche.

¹¹⁰ Corte cost., 18 febbraio 1988, n. 177, punto 5.2 in diritto.

¹¹¹ Corte cost., 21 aprile 1989, n. 229.

¹¹² In tal senso C. MAINARDIS, *Poteri sostitutivi statali*, cit., 228; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, Enc. giur., Roma, Treccani, 1993, 7-8.

¹¹³ In tal senso, ad esempio, la giurisprudenza amministrativa ritiene applicabile l'art. 138 del t.u. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali di cui al d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267. Si vedano in particolare i pareri Cons. Stato, sez. I, 22 febbraio 2005, n. 12068/2004; Cons. Stato, sez. I, 16 marzo 2005, n. 9771/2004; Cons. Stato, sez. I, 2 aprile 2003, n. 1313/2003; si veda a titolo di esempio l'annullamento straordinario di una disposizione di uno statuto comunale, disposta con d.P.R. 21 febbraio 2008, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 66 del 18 marzo 2008. Ammette l'annullamento "gerarchico" M. BOMBARDELLI, *op. ult. cit.*, 35.

A parere personale occorre distinguere a seconda che la sostituzione sia compiuta direttamente dall'ente sostituto, come di norma avviene ai sensi dell'art. 117, quinto comma, Cost., ovvero per il tramite di un *commissario ad acta*.

Nel primo caso l'impugnazione dell'atto dovrebbe intendersi consentita all'ente sostituto solo per contestare il titolo della sostituzione, quindi essenzialmente in una dimensione di conflitto di competenze.

Nel secondo caso invece, accedendo alla tesi per la quale il *commissario ad acta* è un organo straordinario e temporaneo dell'ente sostituto nominato per il compimento di singoli atti imputabili direttamente all'ente sostituto¹¹⁴, dovrebbe escludersi che l'ente sostituto possa impugnare gli atti da questo compiuti, visto che tali atti sono direttamente imputabili all'ente stesso. Ciò si argomenta anche alla luce del divieto per l'ente sostituto di precludere l'esercizio del potere sostitutivo esercitato nei propri confronti, come evidenziato nelle pronunce della Corte costituzionale ricordate nel paragrafo 1.5.1.

In entrambi i casi deve invece ammettersi l'impugnazione da parte degli interessati e dei controinteressati¹¹⁵ per gli effetti prodottisi in corrispondenza della natura giuridica degli atti in sostituzione.

Nel primo caso di sostituzione non c'è dunque possibilità di ritenere instaurato tra ente sostituto ed ente sostituto alcun rapporto giuridico di natura organica: l'esercizio dell'iniziativa, che dà avvio al procedimento, è di esclusiva pertinenza statale, anche se nel relativo ambito è necessaria la consultazione dell'ente interessato in omaggio al principio di leale collaborazione¹¹⁶.

Nel secondo caso invece la sostituzione si compie nell'ambito di un procedimento, amministrativo, nel quale la sostituzione tra organi statali e regionali (o tra organi regionali e locali) esprime anche una relazione organica originale, in virtù della quale il *commissario ad acta* è organo straordinario e temporaneo dell'ente sostituto.

¹¹⁴ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, cit., 231; in giurisprudenza. si veda, in tal senso l'orientamento dominante ricostruito in Cons. Stato, sez. IV, 27 aprile 2004, n. 2520 (in www.issirfa.cnr.it). In senso opposto, si veda tuttavia Corte cost., 14 gennaio 2010, n. 2, punto 5 in diritto, che definisce il presidente della regione nominato *commissario ad acta* nell'ambito delle procedure per il rientro dei disavanzi sanitari come "organo straordinario dello Stato".

¹¹⁵ In tal senso si veda Consiglio della giustizia amministrativa, sez. giur., sent. 15 aprile 2009, n. 245, spec. punto 2 in diritto.

¹¹⁶ Si tratta di una consultazione che può anche avvenire in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome ovvero, all'occorrenza, in sede di Conferenza unificata, ai sensi del d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281, e che deve risolversi comunque in una intesa "forte". A tal fine secondo la Corte l'interlocuzione tra Stato e regione, per essere conforme al principio di leale collaborazione, deve avvenire su di un piano paritario e deve essere effettiva, consistendo in reiterate trattative fino al raggiungimento dell'intesa (si veda in ultimo Corte cost., 11 luglio 2012, n. 179, punto 5.2.1 in diritto, che consolida sul punto Corte cost., 27 luglio 2005, n. 339, punto 2 in diritto).

5. In conclusione: straordinarietà della sostituzione tra poteri e illegittimità dei poteri sostitutivi ordinari.

Si può concludere la presente analisi ritenendo in primo luogo dimostrato che il sistema dei poteri sostitutivi non include i poteri governativi d'ordinanza e il potere dello Stato di avocare con legge competenze e funzioni amministrative regionali, che si fondano sulla base di originali e distinti titoli costituzionali. Ove appaia contestabile il giustificativo causale degli atti adottati nel quadro di tali poteri, occorre preventivamente accertare la legalità costituzionale della legge di riferimento, che potrebbe, ad esempio, aver disposto il ricorso ai poteri di ordinanza in ipotesi non riconducibili ai casi previsti dalla legislazione che li legittima illustrati al paragrafo 3, con ciò integrando occasionalmente e direttamente il quadro normativo generale in materia, ovvero aver avvocato in sussidiarietà competenze amministrative regionali in assenza delle circostanze indicate nel paragrafo 1.3.

Si può inoltre ritenere dimostrato che il ricorso ai poteri sostitutivi, essendo la sostituzione un titolo per derogare all'ordinario riparto di competenze tra stato, regioni ed enti locali, presenta natura eccezionale rispetto all'ordinario riparto delle competenze normative e amministrative di cui al titolo V della parte II della Costituzione.

Non si condividono quindi le letture volte a preservare in vigore previsioni legislative di poteri sostitutivi "ordinari" tra stato ed enti locali, in particolare di quelli previgenti alla riforma costituzionale del 2001¹¹⁷, né ad avallare l'individuazione di poteri sostitutivi fuori dal modello di cui all'art. 120, secondo comma, Cost.¹¹⁸.

In particolare deve chiarirsi che non possono configurarsi come poteri sostitutivi "ordinari" i cosiddetti "controlli sostitutivi", in quanto, con la modifica e l'abrogazione dei controlli statali sugli atti delle regioni e di quelli regionali sugli atti degli enti locali è venuto meno il presupposto - originariamente rilevato dalla Corte sotto il vigore del previgente modello¹¹⁹ - della sostituibilità ordinaria dello Stato sugli enti locali o delle regioni sugli enti infraregionali. Si è infatti sottolineato in apertura di saggio il superamento della logica dei

¹¹⁷ In tal senso sembra invece orientato C. MAINARDIS, *Poteri sostitutivi statali*, cit., 65 ss., che, muovendo dalle previsioni dell'art. 118 Cost. e sulla base di una "sponda" rinvenuta nella sent. Corte cost. 27 gennaio 2004, n. 43, desume "poteri sostitutivi ordinari" in generale dall'art. 5 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, e in particolare da singole leggi adottate nel presupposto della legislazione generale di riparto delle competenze amministrative ai sensi dell'art. 118, primo comma, Cost. (*ibidem*, 94-95, 148 ss. e 152-153). Anche M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, cit., 241 ss. sembra ammettere tale figura, anche se con riferimento ad una serie di fattispecie che non sembrano ascrivibili all'istituto in esame (sostituzione vicaria e supplenza; dichiarazioni sostitutive; autocertificazioni; ecc.). Parla di poteri sostitutivi ordinari anche A. DE MICHELE, *L'art. 120 della Costituzione*, cit., spec. 630-631 e 669 ss.

¹¹⁸ Ad esempio, la Corte cost. non considera "organo di governo" ai fini dell'esercizio del potere sostitutivo regionale verso enti infraregionali il difensore civico regionale (Corte cost., 6 aprile 2004, n. 112; 15 giugno 2004, n. 173; ord. 28 giugno 2004, n. 203).

¹¹⁹ Si veda, ad esempio, Corte cost., 18 febbraio 1988, n. 177, punto 5.2 in diritto.

controlli dello Stato sugli atti delle regioni e di quelli regionali sugli atti degli enti locali, che caratterizzava il precedente sistema dei relativi rapporti.

Deve pertanto ritenersi che i controlli sostitutivi siano ordinariamente ammessi solo all'interno di uno stesso ente e tra organi gerarchicamente ordinati, quindi intenti al perseguimento del medesimo interesse dell'ente di riferimento, e nel relativo ambito di competenza¹²⁰, ovvero nei confronti di enti non dotati di autonomia costituzionale, come le cessate comunità montane¹²¹ o le unioni di comuni.

I controlli sostitutivi presuppongono una relazione di *gerarchia* tra un organo controllore e un organo controllato, che può configurarsi solo nell'ambito del medesimo ente e che quindi esula dai presupposti per l'applicazione delle previsioni costituzionali in esame, che non contemplano alcun tipo di gerarchia tra Stato, regioni ed enti locali, sulla base di quanto previsto dall'art. 114 Cost.

¹²⁰ Sul punto si veda R. DICKMANN, *Processo legislativo e limiti della legge*, cit., 117, nota 81, con rif. alle previsioni di cui all'art. 2, comma 4, lett. e), della l. 5 giugno 2003, n. 131. Invece C. MAINARDIS, *op. ult. cit.*, ammette un potere sostitutivo ordinario che non differenzia adeguatamente dalla categoria dei controlli sostitutivi (*ibidem*, 88 ss.), anche se sembra circoscriverlo alle ipotesi di inerzia da parte dell'ente sostituito (*ibidem*, 119 ss. e 132 ss.).

¹²¹ La Corte cost., 1° dicembre 2006, n. 397, punto 7 in diritto, ha escluso che il modulo di cui all'art. 120, secondo comma, Cost. possa vincolare le regioni nell'esercizio dei poteri sostitutivi nei confronti delle comunità montane (e delle unioni di comuni), in quanto non comprese nell'elenco degli enti costitutivi della Repubblica di cui all'art. 114 Cost. Si vedano anche le note di R. DICKMANN, *La Corte precisa i limiti dei controlli sostitutivi delle regioni sulle comunità montane*, in *Federalismi.it*, n. 1/2007; F. COSTANTINO, *Il potere sostitutivo nei confronti delle comunità montane tra sussidiarietà, principio del giusto procedimento e codice delle autonomie*, in *Dir. amm.*, 2007, 587 ss.