

Legalità e federalismo nella Costituzione di Luigi Condemi*

I - Il presente argomento, pur nell'apparente semplicità della sua formulazione, induce a non poche considerazioni: alcune soggettive, altre di respiro più vasto.

In prima approssimazione si manifesta, anzitutto, la dimensione del tema proposto, che è una cellula di quel più ampio organismo, - cioè la Costituzione - della quale porta in sé tutti i geni pur differenziandosi per talune peculiarità che lo caratterizzano.

Dunque, "Legalità e Federalismo". E la "e" in posizione di congiunzione, che unisce le due parti dell'argomento di cui ci occupiamo, è giustapposta: entrambe, infatti, sono tra loro strettamente collegate.

Non è, quindi, un rapporto antinomico quello che caratterizza i due termini in questione, bensì un rapporto di interazione osmotica fra gli stessi; vale a dire, una reciproca influenza di due concetti solo in parte diversi.

Ciò premesso, riteniamo utile, per una logica trattazione della materia, avvalerci del noto schema ciceroniano: *Rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambiguo primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam....*

Già, *postremo habere regulam ...* Ma per poter avere "la regola" - cioè, in questo caso, l'interpretazione delle norme costituzionali per ciò che attiene ai principi di legalità e di federalismo - divideremo l'argomento in due parti (appunto, *tribuere in partes*), cercando di trattarle singolarmente. E ciò proprio seguendo il suddetto metodo ciceroniano, che abbiamo voluto riportare non per una forma saccente di esercitazione retorica, ma per la necessità di una logica esposizione.

II - La nozione del principio di legalità riveste particolare interesse per parecchie e diverse ragioni, non ultime quelle concernenti la puntualizzazione del c.d. "Stato di diritto"¹, il quale è notoriamente ritenuto una conquista fondamentale del mondo occidentale, vuoi sotto il profilo giuridico, vuoi sotto l'aspetto storico-politico, vuoi ancora perché tale concetto ha permeato di sé tutta la cultura moderna. Ed è un

* Professore di Programmazione e controllo nella Facoltà di Giurisprudenza della LUMSA

¹ 1 V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, t. I, Padova 1971 54;

principio oltremodo delicato per via delle crisi che sovente lo insidiano².

In questa sede prenderemo in considerazione sia le perspicue osservazioni del Fois³, sia quelle del Sandulli e di alcuni altri autori⁴, che hanno posto l'accento sul rapporto tra legge e attività della P.A., oltre che sulla relazione tra principio di legalità e attività giurisdizionale.

Per avere contezza, dunque, del principio di legalità riteniamo opportuno cercare di individuare il suo fondamento giuridico. E lo facciamo esaminando le relative problematiche mediante approcci successivi, sulla base delle varie ipotesi che la dottrina più attenta ha preso in considerazione nel corso del tempo.

Al riguardo, data la tipica natura del nostro ordinamento, nel quale le norme non scritte non hanno un eccezionale rilievo, siamo dell'avviso che siano le norme scritte quelle che possono fornirci, per così dire, la chiave d'accesso alla soluzione del problema.

Tra queste ultime dedichiamo la nostra attenzione, in questa sede, esclusivamente a quelle costituzionali, le quali rappresentano sostanzialmente il fondamento di tutte le altre. Esse possono essere prese in considerazione sia per i principi impliciti in esse contenuti, sia per quelli espressamente esplicitati. Diremo poi di questi ultimi.

Intanto, sotto il primo profilo, il principio di legalità (secondo alcuni) discende generalmente dalla "sovranità del Parlamento", dallo "Stato di diritto" e dalla "separazione dei poteri".

In proposito, dobbiamo evidenziare che i tre i concetti sopra indicati, anche se è vero che anch'essi trovano fondamento nella nostra Costituzione complessivamente considerata, non pare possano costituire la matrice specifica del principio di cui ci stiamo occupando. Si potrebbe dire, metaforicamente, che, forse, hanno in parte pure le stesse impronte digitali, ma non basta. Perché è il principio di legalità che, semmai, è componente dello "Stato di diritto". E' questo principio che, semmai, partecipa della "sovranità del Parlamento". E' questo principio che, semmai, è presupposto della "separazione dei poteri".

Del resto, far leva su tali concetti per spiegarsi il fondamento del principio di legalità non è sufficiente; anzi, data la loro genericità ed

² F. Satta, Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico, Padova 1969, 23 e ss.;

³ S. Fois, Legalità (il principio di), in Enciclopedia del diritto, 659;

⁴ A.M. Sandulli, L'attività normativa della pubblica amministrazione, Napoli, 1970, 30 e ss.; C. Mortati, Istituzioni di diritto pubblico, I, Padova 169, 223 e ss.; Carlassare, Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità, Padova, 1966, 113 e ss.;

indeterminatezza, il riferimento ad essi non pare possa essere accettato⁵. Peraltro da taluni autori sembra addirittura essere negato⁶.

Ma procediamo per approssimazioni successive, sperimentando altre ipotesi.

Alcuni fanno riferimento all'art. 76 della Costituzione. Il loro convincimento nasce dal fatto che la disposizione in esso contenuta concerne la delegazione legislativa e che da tale disposizione dovrebbe desumersi un principio di legalità sostanziale, dato che, facendo essa riferimento alla necessaria specificazione dei "principi e criteri direttivi" nella legge di delega, ne risulterebbe, perciò stesso, la regola generale per la quale la legge deve non soltanto costituire il fondamento degli atti del governo, ma deve altresì prefissare il contenuto di tali atti. Almeno nel senso di porre dei limiti perimetrali a siffatto contenuto nel rispetto dei "principi e criteri" prestabiliti.

Questa tesi non viene generalmente accolta, poiché si osserva che da una norma avente natura eccezionale – dato che di regola è il Parlamento l'intestatario della funzione legislativa e non il Governo – non può inferirsi un principio generale.

Il Crisafulli⁷ rinviene il fondamento del principio di legalità sia nell'art. 97 della Costituzione, sia nel successivo art. 113.

La prima norma, come è noto, sancisce che "i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione". Ed è proprio sul principio dell'"imparzialità" che si fonda tale assunto. Si sostiene, infatti, che la legge "dispone" in un dato senso e che l'amministrazione deve "provvedere" in conseguenza.

In sostanza, si afferma che la legge è il necessario e logico presupposto generale dell'attività della pubblica amministrazione.

A siffatta tesi il Giannini⁸ osserva che esistono non pochi argomenti per sostenere una netta distinzione ontologica tra "imparzialità" e "legalità".

La seconda norma, cioè l'art. 113, è citata dal Crisafulli quale ulteriore sede del principio di legalità, in quanto il Nostro parte dalla premessa che la legalità – intesa nel senso di raffrontabilità dell'atto amministrativo con la norma astratta – non può non essere contenuta, appunto, nel predetto articolo 13, atteso che, altrimenti, non si potrebbe

⁵ S. Fois, Legalità (principio di), cit., 669 e ss.;

⁶ V. Crisafulli, Lezioni di diritto costituzionale, cit., 54 e ss.;

M.S. Giannini, Diritto amministrativo, Milano, 1970, 1260 e ss.

⁷ V. Crisafulli, Fonti del diritto (diritto costituzionale), in Enciclopedia del diritto, 937;

V. Crisafulli, Principio di legalità e giusto procedimento, in Giur. Cost., 1962, 133 e ss.;

⁸ M.S. Giannini, Diritto amministrativo, cit., 83;

dar luogo ai rimedi di carattere giurisdizionale avverso quegli atti della pubblica amministrazione ritenuti lesivi “dei diritti e degli interessi legittimi”.

Il Fois, invece, individua il fondamento giuridico del principio di legalità nell’art. 101 Cost., che, secondo tale autore, contiene le sole norme (tra quelle fin qui considerate) che possano valere essenzialmente (se non esclusivamente) a risolvere il relativo problema.

Egli, partendo dal disposto del secondo comma di detto art. 101 – laddove è sancito che “ i giudici sono soggetti soltanto alla legge”- sostiene che “in proposito sembra possa comunque dirsi che la stretta connessione tra legalità e secondo comma dell’art. 101 Cost. risulta prima di tutto dal fatto che, se è vero che ai giudici è affidato, come compito istituzionale, l’esercizio della funzione giurisdizionale, e se è vero che quest’ultima rappresenta il principale strumento mediante il quale si vuole assicurare, nelle concrete controversie causate da conflitti di interessi, il rispetto dell’ordinamento giuridico, tutto ciò implica che proprio dai principi costituzionali relativi alla funzione giurisdizionale potranno desumersi elementi di risposta al quesito sul se e in che senso la legalità rappresenti uno dei fondamentali aspetti della struttura dell’ordinamento giuridico e quindi uno, se non il principale, tra i criteri cui deve ispirarsi ogni attività rivolta appunto ad assicurare il rispetto di tale ordinamento. In particolare la legalità rappresenta il criterio in base al quale il giudice deve, nei singoli casi, impostare la risposta al quesito relativo a quale “comando”, “precetto” o “regola” egli debba considerare applicabile, o comunque utilizzare, nella soluzione delle suddette controversie. La prima e necessaria condizione per una simile risposta è rappresentata dal principio che “i giudici sono soggetti soltanto alla legge”, principio che, a prima vista, sembra debba significare, anche e principalmente, che il giudice deve utilizzare i suddetti “comandi”, “precetti” o “regole”, solo se voluti dalla legge, e solo nei limiti ed alle condizioni stabilite al riguardo dalla legge.

Fin qui la teoria del Fois, la quale ha senz’altro un valido fondamento; ma, a nostro parere, c’è un’altra norma contenuta in Costituzione, che può condurre al medesimo risultato. Si tratta dell’art. 24, primo comma.

Orbene, non v’è dubbio che la norma di cui al secondo comma dell’art. 101 Cost. citata dal Fois, ha carattere generale, in quanto riguarda tutti i giudici nel momento in cui sono chiamati ad intervenire per il ripristino dell’ordinamento giuridico qualora si ritenga sia stato violato. Ed è pertinente al quesito di cui ci stiamo occupando. Solo che in questo caso il problema del fondamento della legalità viene os-

servato prendendo in considerazione il suo profilo soggettivo, cioè l'organo giudicante. Ma giudicante che cosa? Giudicante una controversia che può avere ad oggetto o un diritto o un interesse legittimo.

Senonché, tale oggetto è proprio quello di cui si occupa il citato art. 24 Cost., laddove è sancito che “tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”. Solo che in questo caso ciò che viene in evidenza è il profilo oggettivo. Il risultato finale, però, non cambia. E' proprio lo stesso. Di diverso 'è solamente il punto di osservazione.

Per altro verso, non possiamo infine non osservare che il principio di legalità è immanente in tutte le norme della Costituzione, anche diverse da quelle finora esaminate, visto che essa costituisce un sistema armonioso e coerente.

III - Fin qui abbiamo lueggiato, per tratti generalissimi, il fondamento giuridico del principio di legalità. Abbiamo, altresì, accennato ai legami che in parte astringono tale principio a quello relativo al federalismo. Il quale, a sua volta, è collegato ai principi dell' autonomia e del regionalismo; per cui, per avere una migliore intelligenza di tale fenomeno, non possiamo esimerci dal premettere un breve excursus storico sull'impostazione strutturale della nostra Costituzione, con particolare riguardo al sistema delle autonomie dei più importanti enti pubblici territoriali, che del federalismo sono in parte presupposto.

Occorre, anzitutto, considerare che il modello costituzionale che si è affermato in Europa, a seguito della rivoluzione francese del 1789 e della relativa costituzione del 1791, poggia sul principio dell'unità ed indivisibilità dello Stato.

La stessa natura, infatti, ha pure la nostra Costituzione del 1948, la quale, all'art. 5, sancisce che la Repubblica è “una e indivisibile”.

Senonché, nella stessa norma è però contenuta una differenza di non poco conto; vale a dire, è contestualmente affermato un altro principio, secondo il quale la Repubblica medesima, pur nella sua unicità ed indivisibilità, “riconosce e promuove le autonomie locali...”, temperando, quindi, il suo principio unitario. Essa, pertanto, dà ampio spazio ad entità territoriali sub-statali, dotate di autonomia politica.

Trattasi, pertanto, di un perfetto temperamento tra il principio unitario ed il principio autonomistico; quest'ultimo ulteriormente accentuato dall'art. 114, come novellato dalla legge costituzionale n.3 del 2001, che addirittura pone gli enti minori territoriali in un rapporto di equiordinazione con lo Stato. Infatti, è ivi sancito che “la Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane,

dalle Regioni e dallo Stato”, perciò senza vincolo di gerarchia tra tali enti.

Sull’attenuazione del principio dell’unità e dell’indivisibilità dello Stato si sono attestate pure le costituzioni del Portogallo (1976) e della Spagna (1978). Anche la Francia ha in parte rivisto la propria originaria impostazione unitaria, statuendo al primo comma dell’art.1 che: “La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale (...). Son organisation est décentralisée”.

E’ stato nel Novecento che le Nazioni, ripudiando un inveterato orientamento filosofico di tipo razionalista, che aveva determinato la creazione di Stati monolitici, si sono aperte di più al popolo, consentendo il riconoscimento di pluralità di gruppi eterogenei e accordando loro una appropriata tutela⁹.

Nella Costituzione italiana è dato rinvenire due diversi tipi di enti territoriali autonomi: le autonomie regionali e quelle locali. E mentre le prime sono il portato di soluzioni imposte dall’alto – infatti le regioni sono “costituite” con l’art.131 Cost. – gli enti locali invece sono “riconosciuti” (art. 5).

I due diversi verbi utilizzati dal legislatore costituente manifestano chiaramente la differenza. Infatti, si “costituisce” ciò che non esiste, viceversa si “riconosce” quel che è sempre esistito.

Per gli enti locali il medesimo legislatore costituente ha agito allo stesso modo di come si è regolato per la disciplina relativa ai nuclei familiari (art. 29) laddove è detto che “La Repubblica ‘riconosce’ i diritti della famiglia...” Ciò non poteva non avvenire nella medesima maniera, visto che tanto la famiglia quanto i comuni rappresentano le cellule primigenie della società.

I nuclei famigliari sono esistiti, ancorché di fatto, fin dall’epoca degli Astrolopitechi, cioè addirittura prima dell’avvento dell’homo sapiens; gli statuti comunali, invece, si sono consolidati, sotto il profilo giuridico, molto tempo dopo. Il loro completo riconoscimento, infatti, si fa risalire al Medioevo, e precisamente al secolo XIV, sulla base delle clausole contenute nella pace di Costanza (1183), stipulata fra la “Lega lombarda” (rectius l’Italia) e l’imperatore di Germania, Federico I Rothbart (il Barbarossa), della famiglia Hohenstaufen, a seguito della battaglia di Legnano (1167), dalla quale uscì vittoriosa la Lega¹⁰.

⁹ Kelsen, Il concetto sociologico e il concetto giuridico di Stato, Studio critico sul rapporto tra Stato e diritto, Ed. scientifiche It. 1997;

Santi Romano, Lo stato moderno e la sua crisi, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 16, 1987;

¹⁰ F. Calasso, Medio Evo del Diritto, Milano, 1954, 499 e ss.;

Fu a cavallo del 1300 che i Commentatori della scuola di diritto della città di Bologna, non solo con la teoria oggettivistica della “iurisdiction” (Bartolo da Sassoferrato), teorizzarono il sistema delle autonomie – da quella “minima”, esercitata dal proprietario nei confini della propria terra, a quella “maxima”, esercitata dall’imperatore “in mundo” – ma adombrarono con la teoria dello “ius gentium” (Baldo degli Ubaldi) il diritto naturale che ciascun individuo ha di essere padrone del proprio destino e di non ripetere tale diritto da soggetti esterni. Egli è sovrano di se stesso.

Siffatta ultima teoria, fu enunciata senza che l’autore avesse, all’epoca, piena consapevolezza che nel tempo avrebbe rappresentato la base della sovranità popolare negli ordinamenti giuridici moderni.

Da ciò discende che l’autonomia, che in origine era intesa nel senso di “facoltà di governarsi con leggi proprie” è ormai entrata con significati diversi nella corrente terminologia giuridica, nella quale è spesso accompagnata da un aggettivo che volta a volta pone in evidenza ora l’uno ora l’altro aspetto di quella indipendenza politica o istituzionale, normativa ed organizzativa, che costituisce l’essenza dell’autonomia stessa. Questa da sempre ha formato oggetto di particolare attenzione da parte dei politici e dei dottori del diritto, che la considerano come uno dei mezzi attraverso cui si esprimono e si realizzano le esigenze fondamentali della vita di ogni individuo, sia che questi venga riguardato come soggetto a sé, sia che lo si voglia considerare siccome membro di una società giuridicamente organizzata, cioè come “cives”. E che tale autonomia sia meritevole di tutela lo si evince anche dalla tendenza, ormai consolidata, intrapresa dal Consiglio d’Europa, il quale ha redatto la Carta dell’autonomia locale, ratificata dallo Stato italiano con la legge 30 dicembre 1989, n.439.

IV - Abbiamo avanti affermato che il federalismo ha in parte quale presupposto anche il sistema delle autonomie. Solo che ciò non può avvenire (e non crediamo che sia opportuno che avvenga) prendendo in considerazione parti del territorio della Nazione che non siano quelle fissate dall’art. 131 della Costituzione, la quale individua specificamente venti regioni.

Chi volesse, invece, far riferimento, ad esempio, alla pianura padana, considerandola come una unità storico-politica a sé stante, a nostro sommessimo parere, commetterebbe un errore di fondo non giustificabile: la Padania non è altro che una pianura alluvionale, che è stata formata dal fiume Po, il quale, nascendo dal Monviso e sfociando nel mare Adriatico, riceve lungo il suo corso gli affluenti di sinistra, che

dilavano le Alpi, e quelli di destra che dilavano gli Appennini. Nient'altro che questo. E' solamente un fatto geografico. E il voler ricercare ad ogni costo motivi storico-giuridici che delimitino tale territorio, globalmente considerato, fino a farlo assurgere a dignità di entità autonoma anche sotto il profilo politico-amministrativo, è fuori di ogni logica. Né può aver alcun pregio l'attuale simbolismo pseudo etnico-storico del fiore delle Alpi cerchiato in uno stemma insieme con la figura di Alberto da Giussano con scudo e spada. Né, ancora, può avere pregio il riferimento al "Carroccio" e alla "Lega Lombarda" nella battaglia di Legnano del 1176, e all'asserita partecipazione a tale battaglia dei soli comuni della Lombardia. Ciò non è assolutamente vero. E' un equivoco, nato probabilmente dall'uso dell'aggettivo "Lombarda" che accompagna la "Lega". Nella battaglia di Legnano contro il Barbarossa, oltre ai soldati dei comuni della Lombardia (e non tutti) c'erano truppe toscane, pontificie, napoletane, calabresi e siciliane. Ne è dimostrazione inequivocabile il seguente fatto storico: "nel congresso tenutosi nel duomo di Ferrara nel 1177, dopo la battaglia di Legnano e prima del trattato di Costanza, accanto ai rappresentanti della Lega Lombarda si schierava l'ambasceria del rex Siciliae, la potenza diplomatica più forte d'Europa dopo l'imperatore del Sacro Romano Impero. Erano convenuti, appunto, per prepararsi a trattare con l'imperatore in persona, tutti concordi e decisi a difendere fino alla morte l'honor Italiae", sicché con ragione l'oratore che in nome di tutti prese la parola, poté rivolgersi ad Alessandro III, affermando: 'Venerande pater, universa Italia pedibus vestrae Dominationis se inclinat'. L'episodio è raccontato dallo storico contemporaneo Romualdo Salernitano, per avventura testimone perché, come cugino del re normanno, capeggiava l'ambasceria del regno di Sicilia (in Muratori, Rerum Italiae. Scriptores, VII, 220)"¹¹.

L'intervento degli abitanti delle altre regioni italiane per difendere la valle padana e, se del caso, liberarla dal giogo straniero (quasi sempre di ceppo germanico), non si verificò soltanto nel 1176 a Legnano, ma anche nella guerra mondiale del 15-18. I caduti (circa 600 mila) sono elencati nei monumenti eretti a loro memoria in tutti i paesi d'Italia. Vi figurano i nomi di soldati (e sono tantissimi) delle regioni meridionali; uomini, spesso ignoranti e analfabeti, che nulla sapevano del Carso, del Piave, del Tagliamento, ecc., luoghi nei quali persero la vita per il medesimo "honor Italiae" del 1176 di Legnano. Erano persone originarie delle terre del sole, morte fra le montagne innevate del

¹¹ F. Calasso, Medio Evo del Diritto, cit., 22;

confine nordiche; del confine lombardo veneto. Sempre per liberare l'Italia dallo straniero.

V - Tutto ciò, comunque, non contrasta con il principio del federalismo. Questo può senz'altro essere realizzato. Ovviamente, senza intaccare l'"unità e l'indivisibilità" della Repubblica, come sancito dall'art. 5 della Costituzione.

In proposito, osserviamo che il costituzionalismo europeo del secolo appena trascorso ha accettato e praticato le istanze pluralistiche locali¹². Ne è eloquente esempio la Costituzione spagnola del 1931, che ha riconosciuto particolare valore a realtà sia linguistiche che culturali a vasti territori della nazione.

Per quanto riguarda l'Italia, dobbiamo osservare che nel nostro ordinamento giuridico è entrata a far parte la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n.3, la quale non avendo ottenuto nell'ultima delle due prescritte letture in sede legislativa la maggioranza dei due terzi dei voti favorevoli dei membri del Parlamento, è stata sottoposta (su apposita richiesta) a referendum popolare confermativo che – come è noto - ha avuto esito positivo.

La dottrina e talune istituzioni della Repubblica si sono variamente soffermate sull'esame di tale legge, puntualizzando e precisando la sua portata che, invero, di giorno in giorno si è manifestata sempre più incisiva per le conseguenze che ha determinato nell'ordito costituzionale. Essa ha apportato numerose modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione; modifiche – come ha osservato la Corte dei conti¹³ in un suo referto al Parlamento – “non di facciata, ma che incidono profondamente nel sistema disegnato dal costituente del 1947, tanto che oggi risulta addirittura difficile – contrariamente a quanto avveniva prima – considerare in senso alternativo i termini di Stato e Repubblica, ostando al riguardo la formulazione del nuovo art. 114 della Costituzione.

Attualmente, infatti, lo Stato non è più, nella misura di un tempo, l'ente pubblico esponenziale dell'ordinamento repubblicano, ma uno dei cinque soggetti territoriali, elencati, appunto, nel medesimo art. 114, nel quale, in una sorta di diffusione di sovranità, vi figurano anche i Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni, nei cui

¹² D'Atena, Il territorio regionale come problema di diritto costituzionale, relazione al Convegno internazionale “Le variazioni territoriali nello Stato composto”, Università di Padova - sede di Rovigo – 23-24 aprile 2007;

¹³ Corte dei conti: Deliberazione n.2 del 2002, approvativa della Relazione sull'attività degli enti locali per l'esercizio 2000;

confronti lo Stato si trova in un rapporto di sostanziale equiordinazione”.

Ciò posto, dobbiamo rilevare che una delle innovazioni di maggior rilievo della legge in questione è costituita dal rovesciamento del principio enumerativo circa le materie di competenza dello Stato, nel senso che è sancita l'attribuzione alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione statale (commi II e IV dell'art. 117 novellato).

Sul versante delle funzioni amministrative, sono i Comuni gli enti che hanno una posizione di marcato rilievo; e ciò principalmente perché essi sono diventati titolari, in via generale di tutte le funzioni di amministrazione attiva, salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, le funzioni medesime non debbano essere conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza (art. 118, 1° comma).

Di tali principi, quello di “sussidiarietà” è connesso alle dimensioni territoriali, associative ed organizzative dell'ente agente, avendo comunque come elemento peculiare la più stretta vicinanza ai cittadini interessati.

Siffatto principio opera e in senso “verticale”, e in senso “orizzontale”, ed è temperato da quello dell'adeguatezza.

Nella prima ipotesi esso si muove sia dall'alto verso il basso, nel senso che tutte le funzioni amministrative vanno ad addensarsi tendenzialmente in testa al comune – sia dal basso verso l'alto – quando, per assicurare l'esercizio unitario delle funzioni medesime, si rende necessario conferirle agli enti via via più grandi e meglio attrezzati.

Nella seconda ipotesi – relativa al principio della sussidiarietà orizzontale – lo Stato, le Regioni, le Città metropolitane, le Province ed i Comuni devono favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli ed associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale (4° comma dell'art. 118 novellato).

Ovviamente, l'attivazione della sussidiarietà orizzontale – vale a dire l'assegnazione dell'esercizio di funzioni amministrative a cittadini da parte dei predetti enti territoriali – occorre che sia preceduta da un'operazione di intestazione delle funzioni stesse a tali enti sulla base della sussidiarietà verticale.

Il “principio di differenziazione” riguarda l'allocazione delle funzioni, prendendo in considerazione le differenti caratteristiche territoriali, demografiche, strutturali e associative degli enti chiamati a svolgerle.

Infine, il “principio di adeguatezza” fa riferimento all’idoneità organizzativa e strutturale dell’ente a garantire, anche in forma associativa, l’esercizio delle funzioni.

Da quanto sopra emerge che il comune, oggi, si trova collocato in una posizione operativa di privilegio rispetto agli altri enti territoriali. Bisogna risalire al 1183 – quando l’imperatore Federico I Hohenstaufen e la Lega lombarda firmarono a Costanza la Magna Charta delle autonomie comunali – per riscontrare un riconoscimento di un così elevato grado di dignità attribuito al più piccolo degli enti locali.

Continuando in ordine all’allocazione delle funzioni, si osserva che il 2° comma dell’art. 118 (novellato) attribuisce ai comuni, alle province e alle città metropolitane la titolarità di funzioni amministrative, “proprie” e di quelle “conferite” con legge statale o regionale secondo le rispettive competenze.

Giova precisare che le “funzioni proprie” sono generalmente quelle fondamentali dell’ente. Esse rappresentano il nucleo essenziale del suo essere soggetto autonomo costituzionalmente garantito, e spetta esclusivamente allo Stato-persona, ai sensi dell’art. 117, 2° comma lettera p) Cost., individuarle con legge.

Le “funzioni conferite” sono quelle la cui “titolarità” nasce da leggi statali o regionali mediante specifica attribuzione. E, trattandosi di “titolarità”, non può non esservi inclusa la “delega” – contrariamente a quanto avvenuto con il “conferimento” di cui alla legge n. 59 del marzo 1997 – atteso che, come è noto, nella delega la “titolarità” della competenza è del delegante, il quale rimane sempre il “dominus” della materia.

Con la conseguenza che essa può essere sempre revocata.

Premesso quanto sopra, dobbiamo osservare che tra le tante modifiche arretrate al titolo V della Costituzione dalla citata legge n. 3 del 2001 c’è l’abrogazione dell’art. 125, 1° comma, e dell’art. 130.

Trattasi, come è noto, delle norme relative ai controlli esterni sugli atti amministrativi, rispettivamente delle regioni (ad opera delle commissioni statali di controllo) e degli enti locali (ad opera dei comitati regionali di controllo).

Le due norme in questione lasciavano al Parlamento il compito di disciplinare i predetti controlli sia sotto il profilo della legittimità, sia sotto il profilo del merito. E il Parlamento vi provvedeva emanando nel corso del tempo diversi plessi normativi, finché, da ultimo, abrogate le disposizioni concernenti il merito, appuntò la propria attenzione al solo profilo della legittimità, peraltro riducendo drasticamente il numero degli atti da sottoporre al controllo.

Ciò è avvenuto nella considerazione che il controllo esterno di merito avrebbe finito per colpire al cuore l'essenza stessa dell'agire autonomo.

Orbene, è in tale situazione che è venuta ad impingere la più volte citata legge costituzionale n.3 del 2001, la quale ha tagliato in radice le due predette disposizioni contenute nella Costituzione del 1948. Per cui, si è determinato un vuoto nel sistema dei controlli esterni, atteso che gli artt. 125, 1° comma, e 130 della Costituzione medesima erano le regole legittimanti, in via diretta, le disposizioni normative di grado inferiore regolatrici dei controlli esterni degli atti amministrativi di regioni ed enti locali.

Per vero, dobbiamo convenire che l'abrogazione di tali norme si appalesa coerente con la ridefinizione di autonomia degli enti territoriali minori, la cui accentuazione è stata chiaramente voluta dal costituente del 2001.

Del resto, da tempo ormai il legislatore ordinario e, per certi versi, la stessa Corte costituzionale, avevano intrapreso un indirizzo che, mentre evidenziava la scarsa congruità di un sistema di controlli esterni orientati all'accertamento della legittimità dei singoli atti, privilegiava un sistema di controlli interni a ciascun ente pubblico in cui avessero adeguato rilievo i profili dell'efficienza, dell'efficacia e dell'economicità dell'attività amministrativa; la quale, peraltro, è, come è noto, una coordinazione funzionale di atti singoli.

Non pare esistano dubbi circa la permanenza dei controlli interni, i quali sono svolti nell'interesse delle amministrazioni pubbliche interessate. Essi non hanno alcun aggancio diretto a norme costituzionali, ma rispondono all'esigenza che ogni ente pubblico avverte di autocontrollarsi e, quindi, di creare a tale scopo una serie di sensori interni per correggere da sé le proprie disfunzioni.

Il problema, invece, si pone a proposito dei controlli esterni, che, come è noto, sono svolti nell'interesse dell'ordinamento generale.

A riguardo, la Corte dei conti (nella succitata relazione) ha evidenziato che due pareva fossero le ipotesi in campo. Una, che voleva che, una volta venute meno le norme legittimanti di livello costituzionale (artt. 125 e 130), anche quelle di grado inferiore dovessero essere considerate caducate in via derivata. L'altra, che considerava ancora in vita le norme di settore, pur essendo venute meno l'appoggio diretto della Costituzione. Quest'ultima ipotesi è stata poi abbandonata.

Comunque, la prima ipotesi faceva anche leva sul fatto che la Corte costituzionale (sentenza 62 del 1973) aveva considerato di carattere generale e tipico i controlli di cui agli abrogati artt. 125 e 130, "i quali

sono anche per la coscienza comune e per la pratica amministrativa, i controlli quasi per antonomasia, che, con la loro presenza, le loro modalità di applicazione e le varie intensità di cui sono di volta in volta dotati, condizionano nel loro complesso le autonomie degli enti territoriali e concorrono a definirne la posizione nell'ordinamento giuridico".

Di conseguenza, venuta meno la copertura costituzionale, le norme regolatrici di rango inferiore non potevano non essere considerate decadute, anche in quanto non coerenti con l'ormai rafforzata condizione di autonomia degli enti nei cui confronti avrebbero dovuto essere applicate. Per altro verso, si poteva obiettare che una tale circostanza avrebbe fatto venir meno l'accertamento del rispetto della legalità nell'esplicazione dell'attività amministrativa di regioni ed enti locali; legalità che è immanente in tutto l'ordito costituzionale. Si sarebbe determinata, inoltre, un'ingiustificabile asimmetria con il sistema dei controlli esterni (che rimangono pienamente in vita) concernenti lo Stato (art. 100 Cost. e legge 14 gennaio 1994, n.20).

Non pare dubbio, comunque, che i controlli amministrativi sugli enti territoriali richiedano una copertura costituzionale. La quale, anche se non specifica – come era quella di cui agli abrogati artt. 125 e 130 – può esserlo a causa del collegamento ad esigenze pubbliche costituzionalmente tutelate anche in via generale, così come potrebbe avvenire, ad esempio, con riferimento al "principio di imparzialità" contenuto nell'art. 97 della Costituzione.

Del resto, con la sentenza n. 29 del 1995 la stessa Corte costituzionale ha seguito tale criterio quando ha ritenuto legittimo l'art.3 della citata legge n.20 del 1994, istitutiva del controllo sulla gestione di tutte le amministrazioni pubbliche territoriali.

Il giudice delle leggi, infatti, nella sua diffusa motivazione ha fatto riferimento ai principi di cui agli artt. 28, 81, 97 e 119 della Costituzione, pur nella considerazione che le relative disposizioni non avessero una specifica e diretta attinenza al controllo sulla gestione.

Occorre ancora osservare che il costituente del 2001, abrogando gli artt. 125, 1° comma, e 130 Cost., non ha inteso eliminare dallo scenario della gestione della cosa pubblica il profilo della legittimità dell'azione amministrativa e, quindi, il principio di legalità. Non poteva (né voleva) farlo, poiché tale principio – come avanti evidenziato – oltre a permeare di sé la maggior parte delle disposizioni costituzionali, rappresenta sempre un "prius" rispetto ad ogni altro profilo dell'attività amministrativa.

Invero, con la predetta abrogazione il costituente ha inteso soprattutto cancellare gli organi esercitanti il controllo. E lo ha fatto per il rispetto dovuto al principio di autonomia degli enti territoriali specificamente previsti in Costituzione; principio di autonomia consacrato dagli artt. 114 e 5 della Costituzione medesima.

Altrimenti, rimanendo in vita i predetti organi di controllo tale principio sarebbe stato chiaramente frustrato e contraddetto. Infatti sarebbe stato incoerente – e, quindi, inammissibile – che organi appartenenti a soggetti oggi non più sovraordinati potessero svolgere funzioni di controllo di legittimità – se del caso sfocianti in pronunce impeditive o repressive – su atti di altri soggetti assolutamente non sottordinati e aventi pari dignità costituzionale.

E' per tutte queste ragioni che la Corte dei conti ha ritenuto che gli abrogati artt. 125, 1° comma, e 130 Cost. hanno travolto in senso distruttivo le norme disciplinanti le commissioni statali di controllo ed i comitati regionali di controllo, fermo restando che il controllo esterno di legittimità e regolarità dovesse comunque essere effettuato.

Rimarrebbe, quindi, senza titolarità l'esercizio delle relative funzioni, le quali riguardano atti – come, ad esempio, quelli di natura tributaria, i bilanci, i rendiconti, ecc. – che sono di fondamentale importanza per la finanza di tutto il settore pubblico.

E' un settore, questo, che necessita di essere coordinato in attuazione del nuovo art. 117 della Costituzione. Non solo, ma, ai sensi del successivo art. 119 (riformato) – che sancisce i principi di “perequazione” e “solidarietà” – abbisogna di un controllo ad ampio raggio per verificare la corretta applicazione dei meccanismi relativi al prelievo ed al riparto del gettito tributario oltre che il regolare ed efficiente uso dello stesso da parte di tutte le pubbliche amministrazioni operanti nel Paese. Né, evidentemente, tale compito può essere lasciato alle singole regioni; e ciò per tre ordini di motivi di non difficile intelligenza: a) a ciascuna regione manca il quadro d'insieme del fenomeno; b) un organo di controllo, espressione della stessa regione interessata, renderebbe poco credibile l'esercizio della funzione; c) si avrebbero organi di controllo differenti fra le varie regioni, con intuibile mancanza di uniformità di comportamento.

A questo punto sorgeva il problema di chi, in base all'ordinamento vigente, dovesse assumere le predette funzioni, essendo impensabile l'eliminazione dei controlli di legalità.

Al riguardo, sembrava fondata l'attribuzione alla Corte dei conti. E lo sarebbe stata perché la Corte è un'istituzione neutrale, che non ha nessun rapporto funzionale con regioni ed enti locali, né di sovraordi-

nazione, né di sottordinazione. Essa è un organo della Repubblica, di rilevanza costituzionale, composta di magistrati che, in quanto tali, godono di uno “status” di autonomia ed indipendenza, soggetti come sono soltanto alla legge. Non solo, ma per tradizione e professionalità sono particolarmente attenti e sensibili alla gestione della finanza pubblica. La quale è, allo stesso tempo, una e plurima, nel senso che, pur dando vita a numerosi centri di spesa facenti capo ad enti pubblici diversi, tuttavia è anche una, considerato che unica è la fonte di entrata, cioè il contribuente.

Orbene, la Corte dei conti, in virtù dell’art. 3 comma 1, della legge n. 20 del 1994, attualmente svolge il controllo preventivo su un determinato numero di atti del Governo ed inoltre, ai sensi del successivo comma 4, prima parte, essa deve svolgere, “anche in corso di esercizio il controllo successivo sulla gestione del bilancio e del patrimonio delle amministrazioni pubbliche, nonché sulle gestioni fuori bilancio e sui fondi di provenienza comunitaria, verificando la legittimità e la regolarità delle gestioni, nonché il funzionamento dei controlli interni a ciascuna amministrazione”.

Ovviamente, in quanto amministrazioni pubbliche sono soggetti a tale controllo successivo di legittimità e regolarità anche gli enti locali e le regioni.

Ancora. Ai sensi dello stesso comma 4, seconda parte, la Corte, inoltre, “accerta, anche in base all’esito di altri controlli, la rispondenza dei risultati dell’attività amministrativa agli obiettivi stabiliti dalla legge, valutando comparativamente costi, modi e tempi dello svolgimento dell’azione amministrativa”.

In questo caso trattasi del vero e proprio controllo sulla gestione che è essenzialmente di tipo “collaborativo”, la cui finalità è volta ad accertare, appunto, la rispondenza dei risultati dell’attività amministrativa agli obiettivi programmatici; attività amministrativa che deve essere considerata alla stregua dei parametri dell’efficienza, dell’efficacia e dell’economicità.

Il risultato dell’esame eseguito dalla Corte è versato agli stessi amministratori degli enti controllati ai fini di eventuali interventi di autocorrezione affinché abbiano piena contezza dell’attività gestionale compiuta.

Il tutto, in ultimo riflesso, arriva ai cittadini, i quali non solo vengono a conoscenza della gestione delle risorse da essi fornite all’ente da cui sono amministrati, ma, a seguito della più volte citata legge costituzionale n.3, anche di quelle provenienti da altre regioni a cagione

dell'applicazione dei principi di "perequazione" e di "solidarietà" (artt. 117, II comma lett. e) e 119, II e IV comma).

Ciò posto, dobbiamo al riguardo richiamare la già citata sentenza n. 29 del 1995, con la quale la Corte costituzionale ha riconosciuto la piena legittimità della cennata legge n. 20 attributiva all'Istituto del controllo sulla gestione, facendo leva non sull'art. 100 Cost. – che tratta specificamente delle funzioni di controllo della Corte dei conti –, ma, come avanti evidenziato, sugli artt. 28, 81, 97 e 119 (vecchio testo), i quali solamente in via indiretta hanno attinenza ai controlli.

Orbene, la stessa Corte costituzionale ha affermato che siffatto tipo di controllo non crea alcun "vulnus" al sistema delle autonomie, dato che esso è di ausilio agli enti controllati, nei cui confronti – giova ripeterlo – si pone come fatto collaborativo per il buon andamento delle gestioni.

In conclusione, il comma 4 dell'art. 3 della legge n. 20 attribuisce alla Corte dei conti due diversi tipi di controllo successivo su tutte le amministrazioni pubbliche: con la sua prima parte commette – si badi bene in via successiva – la verifica della legittimità e della regolarità delle gestioni; con la sua seconda parte dispone che essa accerti – sempre in via successiva – i risultati delle stesse.

Nel primo caso trattasi di un controllo successivo di tipo giuridico; nel secondo caso il controllo è di tipo economico.

Ora, prima dell'emanazione delle legge costituzionale n. 3 del 2001 i risultati del predetto controllo successivo di legittimità e regolarità erano utilizzati solamente ad integrazione (ed ai fini) del controllo sulla gestione. E ciò perché il controllo di legittimità – considerato per sé solo ed in via preventiva – era riservato per norma costituzionale (artt. 125 e 130) alle commissioni statali di controllo ed ai comitati regionali di controllo. Ma, una volta soppressi questi ultimi organi di controllo per via dell'abrogazione delle due predette norme costituzionali legittimanti, osserviamo che il comma 4, prima parte dell'art. 3 della più volte citata legge n. 20, avrebbe avuto in sé tutti i presupposti per espandersi fino ad inglobare le perdute competenze del Co.Re.Co. e delle commissioni statali di controllo. Sempreché, ovviamente, il Parlamento lo avesse sancito con un proprio ed apposito provvedimento legislativo.

Il Parlamento, però, con la legge n. 131 del 2003 ha optato per un'altra soluzione, attribuendo alla Corte dei conti il solo controllo referente successivo sulla gestione degli enti territoriali diversi dallo Stato. Infatti, oggi le sezioni regionali di controllo della Corte rassegnano i referti agli enti controllati, svolgono funzioni consultive nei

confronti di tali enti e, quanto alla loro composizione sono integrati da due membri designati dal consiglio di ciascuna regione e dal consiglio degli enti locali.

VI - Appuntiamo, ora, la nostra attenzione alle prospettive di riforma in senso federale verso il Senato delle Regioni, in una sorta di assetto istituzionale, costruito sulla base di un “costituzionalismo multilivello”.

Gli esempi più significativi li riscontriamo nel Senato americano del 1787 e in quello del Bundesrat tedesco del 1871¹⁴.

Occorre, comunque, tener presente che la storia d’Italia è soprattutto una storia di enti locali e non di regioni. Ma il legislatore costituzionale del 2001 (legge n.3), avendo posto sostanzialmente sullo stesso piano (art. 114), quali elementi costitutivi della Repubblica, “Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni e Stato”, ha in effetti determinato una forte incidenza anche degli enti territoriali minori sull’ordinamento generale e la loro partecipazione alla vita del Paese, soprattutto relativamente alle funzioni amministrative.

A tale riguardo, grande importanza istituzionale sono venuti ad assumere il Consiglio delle autonomie locali, per opera dello Statuto (art. 123, ultimo comma, Cost.) e la necessaria consultazione degli enti locali in relazione all’eventuale attribuzione di “ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia” alle Regioni (art. 116, III comma, Cost.).

In considerazione di ciò, riveste fondamentale importanza individuare un luogo di convergenza e compensazione politica fra Stato e Regioni, dato che queste ultime hanno assunto un ruolo di primario rilievo sia per le loro competenze legislative, sia per il forte legame che esse hanno con il territorio.

Questo luogo non può non essere, “de iure condendo”, che il Senato federale (o Camera delle Regioni), appunto, dove le Regioni e gli Enti locali abbiano una loro imprescindibile voce.

Ciò potrebbe avvenire avendo quale modello di riferimento il Bundesrat austriaco, calibrando le relative rappresentanze tenendo conto dell’entità della popolazione delle diverse Regioni.

In questa sede, sempre nella prospettiva di riforma dello Stato in senso federale, non si può trascurare il profilo fiscale.

In proposito, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 423 del 2004, ha in forma quasi epigrafica fissato la portata dell’art. 119 Cost., precisando che: “ in base al nuovo testo dell’art.119, le Regioni – co-

¹⁴ S. Mangiameli, Un Senato delle autonomie per l’Italia federale, Napoli, 2003;

me gli Enti locali – sono dotate di autonomia finanziaria di entrata e di spesa – comma I – e godono di risorse autonome rappresentate da tributi ed entrate propri, nonché dispongono di partecipazioni al gettito di tributi erariali riferibile al proprio territorio – comma II - . E per i territori con minore capacità fiscale per abitante, la legge dello Stato istituisce un fondo perequativo senza vincoli di destinazione – comma III - . Nel loro complesso tali risorse devono consentire alle Regioni ed agli altri enti locali di finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite – comma IV-. Non di meno, al fine di promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, di rimuovere gli equilibri economici e sociali, di favorire l’effettivo esercizio dei diritti della persona o di provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni, lo Stato può destinare risorse aggiuntive ed effettuare interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni – Comma V –“.

In attuazione dell’art.119 sopra citato è stata emanata la legge n. 42 del 2009, la quale contiene una delega a favore dell’Esecutivo in materia di federalismo fiscale. E ciò al fine di assicurare – attraverso la definizione dei principi fondamentali del coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario e la definizione della perequazione – l’autonomia finanziaria dei Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni. Essa prevede che venga emanata una serie di decreti legislativi di attuazione.

Tali decreti soltanto in parte risultano già adottati, mentre altri aspettano di trovare la loro definitiva emanazione.

Quale sarà il loro impatto nella vita del Paese è ancora presto per dirlo.