

Marcello M. Fracanzani*

L'INSIDIOSA SUSSIDIARIETÀ nella riforma del Titolo V della Costituzione

Che il principio di sussidiarietà sia ormai entrato nel nostro ordinamento positivo è un dato di fatto, consacrato dal novellato articolo 118 della Costituzione. Che il principio di sussidiarietà costituisca quella “coperta troppo corta” di cui parlavano i nostri maestri per descrivere un concetto declinato ad usi diversi, ma incapace di risolvere i problemi, è sensazione diffusa, ancorché faccia torto all’originaria nobiltà che il termine può vantare.¹ E l’utilizzo disinvolto del concetto, specie nei testi fondamentali dell’ordinamento, è indice di quel particolare consenso che si genera attorno ad un termine, ad una proposizione o ad un principio quando esso consente di essere egualmente interpretato in più modi. Sicché tutti sono d’accordo ad usarlo, nell’intimo convincimento che poi alla parola o al principio sarà dato il significato che ciascuno segretamente coltiva.

Così è per la sussidiarietà che, avviluppati nello stesso suono, nasconde i diversi intenti dei suoi alfieri, spesso (piacevolmente) stupiti –provenendo da schieramenti opposti- di trovarsi riuniti sotto quella che appare la stessa bandiera: la sussidiarietà, appunto.

Infatti, la lettura di una novella legislativa, anche di grande impatto, com’è una consistente modifica della Costituzione, spesso non manifesta subito tutta la sua portata. Sarà dovuto a quella sindrome, di cui ci parlava Feliciano Benvenuti, per la quale ogni ente ed organo tende a mantenere il proprio potere ed ad acquisirne il più possibile, guardando con sospetto, prima, e minimizzando, poi, quegli interventi del legislatore che possano intaccarne la posizione.

Occorre allora calare la novella costituzionale nell’ordinamento giuridico per saggiarne la concreta incisività in rapporto con le altre norme: è metafora efficace quella dell’ordinamento giuridico come “tessitura”, ove un filo mosso dal legislatore in una certa parte, produce una serie di “nodi” nei punti più impensati. Fuor di metafora, ogni riforma legislativa produce più effetti di quanti non fossero nelle intenzioni dello stesso legislatore. Di più, la maggior parte degli effetti non è nemmeno immaginata dagli autori della riforma, soprattutto per quelle parole che, di volta in volta, assumono il carattere di panacea, di espressione graziosa che non compromette, di lemma *à la page*. Oggi tocca alla sussidiarietà che, dopo aver fatto ingresso nel diritto positivo nel 1997 e con l’ospitalità nell’art. 3, comma 5, del D.lgs. n. 267/00, sugli enti locali, trova allocazione definitiva nel novellato articolo 118 della Carta, come si diceva.²

Altrove³ si è scritto che l’intervento del legislatore può portare disordine se non preceduto da un atto di *fronesis*, di prudenza regia, nel ponderare gli effetti degli

* Straordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico nell’Università di Bari - Casamassima

¹ Cfr., con riferimento al recepimento – travisamento dell’originario principio nell’esperienza dell’Unione europea, il perspicuo contributo di E. ANCONA, “...il più vicino possibile ai cittadini”. *Problematiche e prospettive della sussidiarietà nell’ordinamento comunitario*, in “Iustitia”, (LIII) 2000, p. 315.

² Per un’idea delle concezioni di sussidiarietà latenti anche nell’Assemblea costituente, poi non tradotte in forma esplicita nella Carta, cfr. E. TOSATO, *Sul principio di sussidiarietà dell’intervento statale*, in “Nuova Antologia”, 1959, p. 451, ora in IDEM, *Persona, società intermedie e Stato*, Milano, 1989, p. 83.

³ Cfr., *si vis*, il nostro *Alle radici teoriche dell’interesse legittimo*, in “Diritto processuale amministrativo”, 1997, p. 279.

elementi che sta manipolando: solo questo vuol essere il senso del seguente esempio, volutamente provocatorio, ma verosimile, di applicazione del principio di sussidiarietà.

Con l'intento di aprire un dibattito, più che di fornire certezze, propongo un caso pratico, non reale, ma verosimile, per saggiare tutti gli effetti concreti della novella costituzionale. Il responsabile dell'ufficio commercio di un piccolo comune del Veneto si trova "tra l'incudine ed il martello": un grosso gruppo economico presenta istanza per l'apertura di una media struttura di vendita ex D.lgs. n. 114/98 e L.R. Veneto n. 37/99. La fattispecie è oggettivamente complicata ed egli viene, da una parte, sollecitato dal sindaco affinché adotti provvedimento negativo, magari sotto minaccia di mancato rinnovo dell'incarico apicale dell'ufficio. Dall'altra, il gruppo economico insiste, agitando lo spettro della richiesta di risarcimento del danno nella misura del mancato guadagno per ogni giorno di illegittimo ritardo nel rilascio di un provvedimento che ritiene dovutogli. L'esempio può essere amplificato in un comune balneare, ove la stagione commerciale si concentra tutta nei tre mesi estivi, magari aggiungendo il condimento di una minaccia di denuncia per omissione d'atti d'ufficio in caso di inerzia protratta, mentre sul fronte opposto vanno disponendo l'artiglieria alcuni piccoli commercianti, presentando (singolarmente!) istanza di partecipazione al procedimento, con deposito di memorie ex art. 9 L. n. 241/90, illustrando le ragioni contro il rilascio e preannunciando ricorso avanti il T.A.R., non occorre nemmeno ripeterlo, in caso di rilascio dell'autorizzazione da parte del comune. Ed anche qui, oltre alla responsabilità penale che è personale, la riconosciuta illegittimità del provvedimento di rilascio (o non) dell'autorizzazione al commercio è suscettibile di risarcimento del danno, cui è chiamato in prima battuta l'ente pubblico al quale tale provvedimento risale, ma –in seconda battuta- saranno chiamati tutti i funzionari che hanno concretamente concorso a "confezionare" l'atto, vi fossero tenuti o meno, essendo sottoposti al sindacato della Corte dei conti ed all'esercizio dell'azione di responsabilità della competente Procura regionale.

Come si toglie d'impaccio il nostro funzionario? Se rilascia scontenta il sindaco e i piccoli negozianti, se nega si espone in prima persona ad un'azione di danno (previo annullamento del provvedimento) che spaventerebbe chi ha spalle economiche più robuste delle sue. E, in tutto questo, la pratica presenta oggettivi problemi e difficoltà interpretative.

Facciamo un passo indietro.

Il nuovo articolo 117 della Costituzione attribuisce la potestà legislativa generale in capo alle regioni, riservando allo Stato la legislazione esclusiva in pochissime materie, tassativamente elencate e, peraltro, di scarsa incidenza diretta nei confronti del cittadino, cioè a dire scarsamente suscettibili di lesione di interesse individuale nella loro attuazione amministrativa. Vi è poi un elenco di materie a legislazione concorrente, ovvero con norme di principio fissate dallo Stato e specificazione ad opera della legge regionale. Infine, preme sottolineare che la potestà regolamentare è tutta in capo alle regioni, salvo quella attuativa di leggi di riserva statale, sempre che anche di questa non venga delegata l'emanazione alle regioni.

L'aspetto è importante, poiché (contrariamente a quanto si potrebbe desumere dall'art. 118, come si dirà) l'ampiezza della competenza amministrativa discende dalla legge. Com'è noto è la legge che fissa limiti e scopi dell'azione amministrativa, attribuendo ad enti ed organi i relativi poteri: legiferare significa orientare la comunità individuando politicamente i fini che le convengono, amministrare significa organizzare cose e

persone nel perseguimento e nell'attuazione dei fini predeterminati dalla legge, che costituisce termine e parametro della legalità amministrativa. Ora, se l'art. 117 attribuisce alle regioni la potestà legislativa in via generale e la potestà regolamentare quasi in via esclusiva, ne consegue che le regioni diventano il fulcro dell'attività amministrativa che di quella legislazione costituisce attuazione. Ed un tanto dev'essere tenuto presente guardando all'art. 118 che attribuisce (non delega) la funzione amministrativa ai comuni, salvo –ai fini dell'esercizio unitario- l'intervento di città metropolitane, province regioni in base ai principi di proporzionalità adeguatezza e, soprattutto, sussidiarietà.

Il principio di sussidiarietà è più insidioso di quanto non appaia in prima battuta. È noto il riferimento all'aiuto – *subsidiium* – che sostiene il concetto: l'ente più vicino ai cittadini (anzi, in prima battuta, il cittadino stesso) svolge quanto è nelle sue capacità e, solo in caso di insufficienza dei suoi poteri chiede l'intervento dell'ente sovraordinato. Leggendo attentamente l'art. 118 della Carta fondamentale si nota che il baricentro dell'attività amministrativa è nel comune, cui sono attribuite –in prima battuta ed in via generale- le funzioni amministrative, quando non ricorrano esigenze di esercizio unitario. Gli altri enti (città metropolitane, province e regione) possono intervenire solo se richiesti in aiuto. E chi stabilisce quando il comune ha bisogno di aiuto? Il comune stesso. Preme chiarire questo concetto: il sistema gerarchico prevede che il superiore abbia tendenzialmente tutti i poteri dell'inferiore, sicché può avocare a sé stesso quanto sta svolgendo un suo subordinato. Con il principio di sussidiarietà si procede in senso opposto: il potere è dell'inferiore ed il superiore interviene solo se richiesto. Se, infatti, il potere è del comune, egli solo può giudicare dell'idoneità e sufficienza del suo potere per adempiere ad una certa funzione. È chiaro che l'intervento di provincia e regione su di un comune, dichiarando che il potere del comune non è sufficiente, riprodurrebbe il principio gerarchico: il superiore giunge non richiesto ed avoca a sé la faccenda, a nulla valendo le proteste dell'inferiore. Perché vi sia intervento sussidiario, la richiesta deve partire dal basso, cioè il titolare del potere è veramente titolare allorché può insindacabilmente dire se e quando il suo potere è sufficiente per adempiere a quanto sta attendendo. Quale titolarità di potere ha un soggetto quando un terzo può dichiarare che esso ha bisogno di aiuto e, su tale motivo filantropico, intromettersi e far propria la questione? La titolarità del potere, quindi, implica sempre anche la facoltà di giudizio sull'idoneità e sufficienza del potere stesso.

Per tornare allora all'esempio concreto, il capo ufficio commercio di un piccolo comune che venga investito di una domanda di rilascio di autorizzazione per media struttura di vendita,⁴ può (già oggi) dichiarare con succinta motivazione (insindacabile dalla regione) che le sue cognizioni non sono sufficienti ed invocare l'intervento sussidiario della regione, cui spetta la competenza generale in materia di commercio. La provincia infatti, chiamata in prima battuta, potrà intervenire solo nel ristrettissimo ambito delle materia di sua competenza. In altri termini, in base alla riforma, il comune è titolare della funzione amministrativa, quando non ricorrano esigenze di esercizio unitario, per i quali i suoi poteri e le sue risorse sono insufficienti ad soddisfare le richieste dei cittadini. Il comune è chiamato in prima battuta a rispondere alle istanze dei cittadini; ma, ove ritenga di non avere risorse e poteri sufficienti, si rivolge all'ente immediatamente più ampio, secondo il principio di sussidiarietà, secondo il quale gli

⁴ Com'è noto, la competenza al rilascio di autorizzazione al commercio per media struttura di vendita è attribuita al comune: cfr. D.lgs. n. 114/98.

affari sono trattati dall'ente "il più possibile vicino ai cittadini". Escluso che trovi aiuto nella città metropolitana (anzi che trovi la stessa città metropolitana), il nostro funzionario dirigerà le sue richieste alla provincia, che, però, al momento non ha competenza in materia di commercio. Verosimilmente questa, come tutte le altre pratiche, finiranno a quell'ente che, avendo competenza legislativa generale, ha anche (e per conseguenza), capacità amministrativa generale sussidiaria: la regione.

Stringendo, poiché con il D.lgs. n. 112/98 sono passati ai comuni l'80% delle competenze ministeriali e poiché le funzioni amministrative generali sono attribuite ai comuni, per quanto detto finora e per quel che si dirà ancora, con la riforma del Titolo V la regione acquista potestà legislativa ed amministrativa generale sussidiaria, essendo chiamata ad aiutare i comuni che di ciò la richiederanno; ed un tanto almeno fino alla riforma delle province.

Tornando al nostro esempio, il capo ufficio commercio del piccolo comune dichiarerà l'insufficienza del proprio potere ed invierà all'ufficio commercio della regione l'intero fascicolo. Nel fascicolo, con il potere a decidere della domanda, giungerà nell'ufficio regionale anche la responsabilità: ormai sappiamo che potere amministrativo e responsabilità (amministrativa, penale, civile e contabile) vanno a braccetto.⁵ L'ufficio regionale, poi, non potrà rispedito indietro la pratica, affermando che si tratta di una fattispecie ordinaria, poiché così facendo opererebbe quel giudizio sulla congruità del potere dell'inferiore che gli è precluso: se infatti l'ufficio regionale potesse giudicare quando è esperibile l'invocazione del principio di sussidiarietà, come abbiamo detto, quest'ultimo eserciterebbe sul comune un potere gerarchico che la riforma costituzionale ha voluto rovesciare. Si è detto, infatti, che solo il titolare del potere ha facoltà di giudicare se la fattispecie può essere da lui utilmente evasa, ovvero se è opportuno attivare il principio di sussidiarietà; tale valutazione, al contrario, è inibita all'amministrazione superiore, chiamata in aiuto.

Ma non basta. Le ragioni che possono indurre l'ufficio commercio del piccolo comune ad invocare il principio di sussidiarietà possono essere sì di natura qualitativa (la pratica è complessa e non si vuole assumersi la responsabilità di un atto amministrativo illegittimo, con il rischio di dover risarcire il danno), ma anche di natura quantitativa (le pratiche sono tante, due dipendenti sono ammalati, e c'è il rischio di non rispettare i termini, con le conseguenze risarcitorie di cui sopra). Ed allora succederà che le giunte comunali (in realtà il sindaco che nomina e revoca gli assessori), chiamate alla programmazione triennale della pianta organica ex art. 91 D.lgs. n. 267/00, dovendo rispondere delle spese verso i proprio concittadini – elettori, come si dirà subito, stringeranno le spese e terranno gli uffici "all'osso", invitandoli "a far lavorare" gli uffici regionali da chiamarsi in opportuno "sussidio", trasferendo tutte le pratiche che non possono essere evase agevolmente in sede comunale.

Ci si potrebbe chiedere: allo stesso modo in cui il comune investe la regione in forza del principio di sussidiarietà, quest'ultima non può invocare l'aiuto dello Stato? A ben

⁵ La correlazione proporzionale tra potere e responsabilità, anzi la responsabilità come caratteristica di ogni potere giuridico, è un'affermazione costante (più o meno consapevole) che dalla dottrina giuspubblicistica tedesca tra XIX e XX secolo giunge in legato ai pionieri del diritto pubblico italiano, contribuendo a plasmare la fortunata figura di servitore dello Stato, come prototipo del pubblico dipendente, tanto che limitazioni alla sua responsabilità sono sempre sospette di costituzionalità, richiedendo l'intervento del Giudice delle Leggi per verificare che non si traducano in privilegi ingiustificati: cfr. recentemente Corte cost. 30.12.98, n. 453, in "Giur. Cost.", 1998, fasc. 6.

guardare, nell'articolo 118, ove si parla di amministrazione e di sussidiarietà si prevede l'intervento di città metropolitane, province, regioni e –appunto- lo Stato. Non di meno occorre tener presente –ed ecco che se ne intuisce l'importanza- come la potestà legislativa in via generale spetti alla regione; e la legge è la ragione ed il fondamento dell'attività amministrativa; sicché la “catena” del rinvio per sussidiarietà verticale amministrativa si interrompe dove trova il suo limite, cioè la legge: se la legge è regionale, lì finisce la possibilità di chiedere aiuto. In altri termini, crediamo che l'amministrazione statale non possa essere richiesta di intervento in sussidiarietà per contribuire ad attuare una legge della regione: potestà legislativa ed apice amministrativo –a nostro avviso- coincidono. A riprova, se amministrare significa organizzare cose e persone in attuazione di un fine predeterminato dalla legge, allora si deve ritenere che l'amministrazione dello Stato non possa essere chiamata ad organizzare cose e persone in attuazione delle leggi emanate dalle diverse regioni.

Un secondo argomento a favore di questa linea interpretativa può essere letto anche nel nuovo articolo 119 che attribuisce piena autonomia finanziaria agli enti territoriali: ciascun ente dovrà far fronte al funzionamento della propria amministrazione mediante le proprie entrate.⁶ In altri termini, ciascun candidato sindaco, o presidente di provincia o regione, sottoporrà un certo programma agli elettori, indicando quanti soldi chiederà loro per realizzarlo; altro candidato proporrà un programma meno audace, dichiarando di farvi fronte con una somma proporzionalmente minore; un terzo dichiarerà di voler realizzare il suo programma senza spese aggiuntive, ma operando alienazioni di beni della P.A. Si tratta di una nuova correlazione di potere e responsabilità, cioè del mandato a raggiungere un certo obiettivo con un certo *budget*, come già adesso avviene per i dipendenti all'interno degli uffici (c.d. responsabili di *budget*). Tuttavia, occorre coordinare questa dichiarazione di autonomia finanziaria contenuta nell'art. 119 Cost. novellato, con l'art 23 della stessa Costituzione, che prevede la riserva di legge per ogni imposizione di tassa. Ciò significa che se per imporre una prestazione patrimoniale è necessaria una legge, allora solo le regioni possono imporre le tasse, istituendo anche le imposte a favore degli enti locali (com'è attualmente l'ICI per i comuni). Questa considerazione rafforza quanto detto sopra in ordine all'impossibilità per la regione di invocare la sussidiarietà statale in settori amministrativi sui quali ha competenza legislativa.

Se infatti lo Stato ha potestà fiscale solo perequativa (art. 119 Cost. novellato), allora deve concludersi che non può imporre tributi per materia che non gli appartengono e per le quali non deve provvedere; sicché, per ulteriore conseguenza, non può essere chiamato *in via sussidiaria* ad aiutare le regioni per attività amministrative che tendono a realizzare obiettivi previsti da una legge non sua. Quindi, nel nostro caso, lo Stato non può essere richiesto di aiuto in via sussidiaria da parte della regione per espletare l'attività amministrativa relativa alla disciplina del commercio, la cui competenza legislativa è solo regionale e per la quale, conseguentemente, non vi sono ragioni di “esercizio unitario” di funzioni amministrative sopra regionali e, comunque, si tratta di un'attività per cui lo Stato non ha risorse.

Vorremmo sintetizzare ulteriormente con una catena sillogistica: l'art. 118 attribuisce al comune la funzione amministrativa generale, con l'intervento in via sussidiaria degli enti sovraordinati di volta in volta dotati di competenza più generale in materia. Se il potere è del comune, a lui spetta la facoltà di giudicare sull'idoneità del proprio potere e

⁶ Profetico M. BERTOLISSI, *Lineamenti costituzionali del “federalismo fiscale”*, Padova, 1982, p. 8; altresì IDEM, *Identità e crisi dello Stato costituzionale in Italia*, Padova, 2002, p. 310.

stabilire quando esso è insufficiente e si deve applicare il principio di sussidiarietà, per ragioni qualitative (pratica difficile) o quantitative (tante pratiche in scadenza). L'ente superiore, se richiesto di intervento, non lo può rifiutare, con un giudizio sulla difficoltà della pratica, giudizio che gli è inibito, non essendo il titolare del potere, ma solo colui che è chiamato *in aiuto*. Lo Stato, richiesto di aiuto dalla regione, a mente dell'art. 118 novellato, potrà rifiutare sul duplice motivo che non ha competenza legislativa, cioè di individuazione degli obiettivi dell'azione amministrativa di cui si tratta, e che non ha risorse finanziarie dedicate allo scopo, avendo potestà fiscale solo perequativa tra regioni.

Già gli enti locali cominciano ad interessarsi alla novità, immaginando come si possa sfruttare il principio per attuare risparmi mantenendo ridotte le piante organiche, rinviando alla regione il maggior numero possibile di pratiche. Il che altera anche l'attribuzione delle competenze tra comune e regione.

Che questa non sia la sussidiarietà di cui parlavano Leone XIII e Pio XII appare scontato. Meno scontato che qualche amministratore locale non tenti di approfittare della costruzione testé esposta.

Ed allora il caso approderà al giudice amministrativo.

MARCELLO M. FRACANZANI