

NOTE SULL'AVOCAZIONE DELLE COMPETENZE IN SUSSIDIARIETÀ

SOMMARIO: **I.** I presupposti di esercizio della competenza sussidiaria. La clausola dell'«esercizio unitario a fra politica e diritto». — **II.** La sussidiarietà come norma di competenza a struttura finalistica e la differenza rispetto alle materie-funzione. — **III.** L'accertamento **dell'incapacità-inadeguatezza** dell'ente inferiore e la «retroversione» del moto ascendente della sussidiarietà.

I. *I presupposti di esercizio della competenza sussidiaria. La clausola dell'«esercizio unitario» fra politica e diritto.* — La regola di prossimità di cui all'art. 118 comma 1 prima frase Cost. è interamente soddisfatta con la devoluzione delle funzioni ai Comuni, oppure apre il problema della verifica giuridica circa le condizioni della sua deroga.

Quando è integralmente eseguita, poiché la legge di conferimento indica nel Comune il soggetto destinatario delle funzioni, il principio di sussidiarietà è stato in realtà già applicato, ha costituito il vincolo direttivo di una potestà legislativa fondata su una norma di grado costituzionale o comunque sovraordinato alla legge (1). In ogni altro caso la sussidiarietà interviene su un'attribuzione originaria di funzioni, che sottopone a verifica empirica attraverso il *test* dell'efficacia-adequatezza e che, ricorrendone i presupposti, è autorizzata a modificare. Si apre così lo spazio per l'eccezione, quindi per la «risalita verso l'alto» della funzione amministrativa. Ne risulta che la norma di allocazione sussidiaria delle competenze trova ordinariamente applicazione attraverso l'esame delle condizioni che giustificano la deroga al principio di prossimità. Di qui il rovesciamento, nella prassi applicativa, del rapporto regola-eccezione e l'apparente paradosso che potrebbe esprimersi osservando come la sussidiarietà venga in rilievo come esclusivo titolo fondativo di una funzione amministrativa e normativa quando alla decisione di preferenza per il livello territoriale più basso (dunque alla primaria e più intuitiva declinazione della regola sussidiaria), si intenda derogare.

Ad evitare fraintendimenti linguistici si è proposto perciò di descri-

(1) Nel senso indicato nel testo G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.* 2002, 5 ss., 10, nt. 10.

vere il fenomeno, distinguendo dispositivi statici di sussidiarietà, nei quali essa indica il modo di esercizio e il vincolo direttivo di una competenza legislativa di conferimento altrimenti fondata e dispositivi dinamici, ove la sussidiarietà si pone propriamente come norma attributiva della potestà di regolazione (2).

E certo possibile che la Regione sposti le funzioni amministrative dalla loro « sede naturale » (il Comune) e che le faccia risalire verso la Provincia oppure le avochi a sé medesima, ma in questo caso la sussidiarietà rappresenta il fondamento giustificativo della funzione amministrativa, non già il titolo della competenza regolativa, la quale costituisce quindi il *prius*, non il *posterius* rispetto all'applicazione della norma di competenza sussidiaria. Donde l'ulteriore conclusione che il principio di sussidiarietà, che pur rende flessibile e quindi derogabile il riparto materiale per separazione delle funzioni legislative, lo fa però unilateralmente, a favore dello Stato. La Regione, infatti, non potrebbe invocare esigenze sussidiarie per rivendicare la propria potestà legislativa in materie di competenza esclusiva statale o per sottrarsi al rispetto dei principi della legislazione nazionale in materie concorrenti, per la ragione logicamente evidente che spostare per sussidiarietà verso la Regione una competenza statale equivarrebbe a sostenere che esigenze di esercizio « unitario », della funzione attratta sono soddisfatte dall'ente regionale meglio di quanto non lo siano da parte dell'ente che custodisce e incarna l'unità ordinamentale.

Per affrontare le numerose questioni applicative connesse al modo di operare della legislazione in sussidiarietà, è necessario anzitutto analizzare le condizioni cui la vincola l'art. 118 comma 1 Cost. Appare utile al riguardo una breve comparazione con due omologhi dispositivi sussidiari: quello previsto nell'art. 5 comma 2 del Trattato istitutivo della Comunità europea (ex art. 3 B) e quello recato dall'art. 72 del *Grundgesetz* tedesco.

L'ordinamento comunitario presenta un sistema distributivo di competenze che non si incardina sull'enumerazione di specifici oggetti o materie, ma assegna alla Comunità attribuzioni esclusive desumendole dalle finalità che costituiscono le sue « politiche » (3). La sussidiarietà,

(2) La partizione, proposta da J. ISENSEE, *Subsidiarität und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft*, I ed. Berlin 1968, qui citato nella seconda edizione del 2001, 227 è divenuta poi corrente nel dibattito scientifico.

(3) Ai sensi dell'art. 5 comma 1 TCE « la comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente trattato ». Sull'interpretazione in chiave teleologica delle competenze comunitarie si veda A. BLECKMANN, *Teleologie und dynamische Auslegung des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, in *Europarecht* 1979, 239 ss.

In ordine all'insufficiente delimitazione, in positivo e in negativo, dell'oggetto delle competenze comunitarie, sono sempre attuali i rilievi di A. D'ATENA, *Le Regioni*

che si applica alle sole competenze concorrenti (negativamente definibili come quelle che non hanno carattere di esclusività), e quindi opera in seconda battuta rispetto al principio di attribuzione, è configurata come norma di competenza a struttura funzionalistica (4). La scelta devolutiva dell'attribuzione si considera giustificata, difatti, ogni qualvolta si dimostri che una certa azione comunitaria è indispensabile per perseguire determinate finalità di interesse generale previste nei Trattati.

Quanto all'individuazione dei presupposti di esercizio, la formula dell'art. 5 TCE è molto precisa. Si prevede che la Comunità intervenga « soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione essere realizzati meglio a livello comunitario ». Dalla formulazione si ricava che la sussidiarietà si applica a specifici interventi (« azioni »), puntualmente definibili, non dunque a plessi organici di funzioni, e quindi a competenze generali; e che il *test* di accertamento della competenza consta di due verifiche, serialmente ordinate. La prima, che convenzionalmente prende il nome di controllo di efficienza comparata, è diretta ad appurare l'incapacità degli Stati membri di raggiungere gli obiettivi dell'azione prevista. La seconda, che usa essere definita come prova del valore aggiunto, mira a chiarire se l'intervento può essere svolto in condizioni di efficienza o di economicità migliori a livello comunitario, dal che si desume anche che a parità di condizioni rivive la preferenza per il livello nazionale, la regola di prossimità (5).

L'altro importante dispositivo di sussidiarietà, che offre spunti di vivo interesse per la sua vicinanza rispetto al meccanismo della sussidiarietà « legislativa » di conio italiano è quello previsto nell'art. 72 del *Grundgesetz* tedesco. Vi si disciplina la cosiddetta *konkurrierende Gesetzgebung*, formula che si preferisce qui tradurre con « legislazione in concorrenza », ad evitare una confusione concettuale con la competenza concorrente di cui all'art. 117 comma 3 Cost. In effetti, la legislazione

italiane e la Comunità economica europea, Milano 1981, 17 ss. e max. 22, ove si riflette sulla differenza fra il concetto di materia proprio della Costituzione italiana e quello interno all'ordinamento comunitario, che non adempie una funzione di individuazione dell'oggetto della competenza.

(4) La regola sussidiaria non opera per le competenze esclusive, nel senso che, in riferimento ad esse, si ritiene implicitamente che la scelta in ordine all'ente ritenuto in grado di meglio operare sul piano dell'efficienza e dell'efficacia sia stata compiuta in via generale e astratta dai Trattati e non sia in alcun modo derogabile.

(5) Faceva eco all'anzidetto art. 5, la disposizione di cui all'art. 11 comma 3 del « Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa », la cui procedura di ratifica è stata, come noto, bloccata dal negativo esito dei referendum francese e olandese. Il giudizio sull'applicazione della sussidiarietà si sviluppava così in due momenti: una prima verifica relativa alla possibilità di perseguire i fini dell'azione comunitaria attraverso l'azione di un livello territoriale di governo più basso; in seconda battuta, una valutazione comparativa di funzionalità ed efficienza dell'intervento previsto.

federale « *konkurrierende* », quando ne ricorrano i presupposti di esercizio, non risponde al riparto per modi di disciplina secondo lo schema distributivo principio/dettaglio, potendo sospingersi fino alla normazione puntuale della materia ed è pertanto autorizzata ad escludere del tutto dal campo normativo presidiato dal *Bund* la disciplina dei *Länder*.

L'originaria formulazione dell'articolo legava la competenza federale a legiferare, negli ambiti tassativamente indicati nell'art. 74 GG, a tre presupposti di esercizio: la dimostrata inefficacia del livello dei *Länder* a regolare dati oggetti o rapporti di vita; il potenziale contrasto della legislazione di un *Land* con gli interessi degli altri *Länder* o della comunità statale unitariamente considerata; l'esigenza (*Bedurfnis*) di tutelare l'unità giuridica o economica e in particolare l'uniformità delle condizioni di vita nella Federazione. L'interpretazione di quest'ultima previsione è stata improntata alla massima valorizzazione delle istanze di unificazione che la sorreggono, ciò che ha condotto a considerare la *Bedurfnisklausel* quale schietta espressione di discrezionalità legislativa, così sottraendola a una seria controllabilità giuridica (6). Di qui la revisione costituzionale del 1994 (7), che ha sostituito il riferimento alla « uniformità delle condizioni di vita », con quello alla « creazione di condizioni di vita omogenee » fra i *Länder* (8); ha convertito la necessità

(6) Nella sentenza del primo senato del Bundesverfassungsgericht del 22 aprile 1953 (BVerfGE 2, 213, 224 ss.) si legge ad esempio, con tratti di assoluta limpidezza concettuale, che « la questione se sussista l'esigenza di una disciplina legislativa federale è una questione di doverosa discrezionalità del legislatore, che, per sua natura non è giustiziabile e pertanto è in linea di principio sottratta al controllo di costituzionalità da parte del Bundesverfassungsgericht. Le condizioni per l'esercizio della potestà legislativa "concorrente" della Federazione di certo sono puntualmente qualificate nell'art. 72 comma 2 GG, diversamente da quanto avveniva nell'art. 9 della Costituzione di Weimar [che così recitava: Quando vi sia l'esigenza (Bedurfnis) di adottare prescrizioni unitarie, il Reich ha potestà legislativa relativamente a: 1. assistenza sociale; 2. difesa dell'ordine pubblico e della sicurezza"] — e attraverso questa puntuale enumerazione la libertà di scelta politica del legislatore federale è ristretta, e tuttavia la questione circa la sussistenza della necessità di intervenire (Bedurfnisfrage) conserva il carattere di una vera decisione discrezionale ». Non diverse le conclusioni alle quali il Tribunale costituzionale federale era giunto in una decisione del 29 novembre 1961 concernente la legislazione federale sulla chiusura domenicale dei negozi (BVerfGE 13, 230, 233 ss.). In quella circostanza si era ammesso che « la questione relativa alla sussistenza di una necessità di intervenire, ai fini del ricorso di una delle condizioni meglio definite nell'art. 72 comma 2, nei numeri da 1 a 3, deve essere assunta innanzitutto e principalmente da colui che è autorizzato ad agire, dunque dal legislatore federale ».

(7) La revisione è stata approvata con la quarantaduesima legge di modifica del *Grundgesetz* del 27 ottobre 1994 ed è entrata in vigore il 15 novembre 1994.

(8) La giustificazione politica della previsione è facilmente intelligibile: nel 1994, infatti, si erano già fatti evidenti i costi esorbitanti della riunificazione, che avevano condotto alla crisi del sistema di perequazione finanziaria, sicché la formula dell'uniformità delle condizioni di vita (fra Est e Ovest) minacciava di risultare irrealistica o comunque di gravare il Bund di oneri insostenibili. Si aggiunga che il concetto

soggettiva (*Bedurfnis*) dell'intervento legislativo federale in necessità oggettiva (*Erforderlichkeit*), contestualmente introducendo nell'art. 93 comma 1 GG un apposito ricorso al tribunale costituzionale federale per violazione della « clausola di necessità ». Infine ha significativamente soppresso gli ulteriori due presupposti di esercizio della *konkurrierende*: il *test* di inefficacia del livello dei *Länder* e la potenzialità lesiva di interessi di altri *Länder* o della comunità statale, che potevano lasciare largo campo alle insindacabili valutazioni politiche del *Bund*. Nel suo testo attuale, come risultante dalla revisione costituzionale del 28 agosto 2006, le condizioni per l'attivazione del dispositivo sussidiario in esame hanno conservato identica formulazione, ma è stato ridotto il novero delle materie in cui la *konkurrierende* è autorizzata a intervenire (9).

Nel confronto con quella comunitaria come con quella tedesca, la formula italiana si presenta più asciutta. È, innanzitutto, ad oggetto indeterminato, giacché si applica a tutte le funzioni amministrative senz'altra specificazione e quindi non definisce gli ambiti materiali nei quali la clausola sussidiaria può essere attivata, né li riferisce espressamente, come la formulazione comunitaria, a specifiche azioni (10).

La nozione italiana appare anche più incerta nella definizione delle condizioni di esercizio della competenza. L'unico presupposto enunciato chiaramente nell'art. 118 è di natura funzionale e consiste nell'esigenza di assicurare l'esercizio unitario di funzioni amministrative attribuite, in linea tendenziale, ai Comuni.

L'elemento caratterizzante il principio di sussidiarietà, secondo il suo modello astratto, è la decisione di preferenza per i livelli meno elevati di azione amministrativa, sulla premessa che affidare la cura degli interessi alle comunità più prossime rafforza la funzione integratrice delle singole parti e quindi risponde alla vocazione armonizzatrice del principio (11). È, tuttavia, consentito imporre la prevalenza dell'interesse ge-

di omogeneità (« *Gleichwertigkeit* »), come si osservò nel dibattito in commissione costituzionale, meglio rispondeva al modello federale rispetto all'idea di un'uniformazione livellante (così VOGEL, Resoconto stenografico della undicesima seduta della commissione costituzionale, 15 ottobre 1992, 18).

Se il problema della sussidiarietà è quello di porre in una combinazione storicamente mutevole i suoi due modi deontici (libertà e solidarietà-eguaglianza), la Legge fondamentale tedesca, attraverso lo specifico riferimento all'omogeneità delle condizioni di vita pone una barriera contro interpretazioni del principio che rendano predominante la dimensione competitiva del sistema federale tedesco svalutando oltremodo la vocazione collaborativo-solidaristica.

(9) Ai sensi del nuovo art. 72 comma 2 GG, la *konkurrierende* è ammessa solo nelle materie di cui all'art. 74 comma 1 numeri 4, 7, 11, 13, 15, 19, 20, 22, 25 e 26.

(10) Come invece fanno, ad esempio, i menzionati artt. 72 e 74 del GG tedesco.

(11) V. per tutti A. D'ATENA, Costituzione e principio di sussidiarietà, in Quad. cost. 2001, 13 ss.; Id., Lezioni di diritto costituzionale, II ed., Torino 2006, 86, ove si

nerale, identificato con l'interesse del livello superiore di governo, quando l'intervento corrisponda all'accrescimento del grado di coerenza e funzionalità del sistema dei rapporti fra livelli di governo e quindi al complessivo assetto della forma di Stato (12).

Questa peculiare esigenza è espressa, nella Costituzione italiana, attraverso il ricorso alla formula secondo la quale possono essere conferite funzioni amministrative a enti diversi dai Comuni, titolari della competenza generale, « per assicurarne l'esercizio unitario ». Nessun dubbio è possibile nutrire sul fatto che l'unitarietà di esercizio concerna la funzione amministrativa, cui è dedicato l'intero art. 118 Cost. Non di meno, quando la formula sia riferita al livello statale, è quasi inevitabile che a fondamento della scelta centralizzatrice si possano porre interessi e motivi riconducibili a una nozione di unità più largamente intesa e che l'unitarietà dell'azione amministrativa diventi lo strumento per realizzare un'unità normativo-formale, economica, organizzativa, tecnica, di indirizzo politico.

Si sperimenta allora tutta la difficoltà di fare oggetto di riflessione giuridica il concetto di unità, che è nozione presupposta, fondamento di pensiero, refrattario a ogni compiuta ed esaustiva formalizzazione giuridica. Le ragioni dell'unità, in effetti, non tollerano enumerazioni tassative, ma in quanto punto d'avvio e di chiusura dell'intero ordinamento, possono trovare sostegno nella forza indomabile della necessità per operare come condizione risolutiva implicita di ogni vincolo giuridico. Sul terreno applicativo del principio unitario il problema dei limiti normativi da imporre alla politica si presenta, insomma, nella sua forma più intensa e, per così dire, pura.

La prevalenza del principio unitario, per la sua inerenza e coesenzialità con l'idea della sovranità statale, è, in effetti, tanto immanente e implicita che pure quando vi siano formulazioni positive che, in particolari e delimitati ambiti, dispongono che esso receda dinanzi a principi costituzionali diversi, le norme che tale bilanciamento prevedono si scontrano con la difficoltà, così tipica del diritto costituzionale, di essere resi giuridicamente coercibili e regrediscono a direttive giuridicamente non vincolanti, capaci, semmai, di rilevare solo sul piano della responsabilità politica (13).

contrassegna la *Vorrangentscheidung* per l'ambito più vicino agli interessati come una delle coordinate strutturali della sussidiarietà.

(12) Spunti di grande interesse, su questo specifico aspetto, in P. RIDOLA, *Zi principio di sussidiarietà e la forma di Stato di democrazia pluralistica*, in A.A. CERVATI-S.P. PANUNZIO-P. RIDOLA, *Studi sulla riforma costituzionale*, Torino 2001, 193 ss.; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli 2003, 93, che dalla coincidenza del livello superiore con l'interesse generale dell'ordinamento fa scaturire la necessità giuridica e logica del principio di collaborazione.

(13) Un interessante esempio è fornito dalla disciplina dei limiti al potere decisionale attribuito ai *Länder* tedeschi nella fase ascendente di formazione del diritto

Non si vuole negare che competenze attribuite al fine di tutelare l'unità amministrativa, giuridica, economica della Repubblica siano traducibili in concetti giuridici, ma porre in risalto che tali nozioni presentano un grado di indeterminatezza interpretativa così elevato da rendere largamente decisiva la loro concretizzazione legale (14), di talché il relativo controllo costituzionale non può che assumere la forma di un debole sindacato esterno di non manifesta irragionevolezza (15).

In effetti, ovunque sia stato dato spazio a meccanismi di sussidiarietà, si è posto il problema della loro controllabilità giuridica.

Nell'ordinamento tedesco, come si è accennato, i presupposti di esercizio della *konkurrierende Gesetzgebung* sono stati originariamente considerati accessibili a un controllo giurisdizionale solo in un'estensione assai limitata. Lo scrutinio costituzionale restava infatti sostanzialmente circoscritto ad una verifica di non manifesta irrazionalità della scelta del legislatore federale; si svolgeva quindi nelle forme alquanto blande del

comunitario. Il § 5 Abs. 2, della legge sulla cooperazione del *Bund* e dei *Länder* negli affari dell'Unione europea, del 12 marzo 1993 (EUZBLG 1993, modificata da ultimo il 5 settembre 2006), che attua l'art. 23 GG, stabilisce che allorché siano toccati interessi dei *Länder* in una materia di loro competenza legislativa esclusiva e in particolare quando siano coinvolti dall'azione comunitaria, in un loro elemento essenziale, l'istituzione di uffici pubblici o il procedimento amministrativo, il Governo federale debba tenere in decisivo conto la presa di posizione del *Bundesrat*, salve sempre la responsabilità unitaria della Federazione relativamente alla politica estera e alle politiche di integrazione e di difesa, nonché l'integrità del bilancio federale. In caso di discrepanza fra la decisione del Governo e la presa di posizione del *Bundesrat*, qualora il contrasto non venga ricomposto in sede di intesa, prevale l'avviso del *Bundesrat* se questo lo confermi deliberando con la maggioranza dei due terzi. Nel contrasto fra principio di unità federale e sovranità degli Stati membri, sembrerebbe così testualmente assicurata la prevalenza del secondo sul primo.

(14) Si potrebbe addirittura dire che l'unità è un'essenza invisibile che pervade l'ordinamento e lo sostiene, assumendo nitidezza di contorni proprio quando sia posta a repentaglio. Tanto che parrebbe più agevole ricostruirne il significato « in negativo », quasi per contrapposizione, avendo riguardo alla varietà e alla natura dei poteri il cui esercizio è potenzialmente in grado di pregiudicarla o comprometterla. Al pari, se è lecito azzardare un parallelo, dell'istituzione che per dettato costituzionale, custodisce e simboleggia l'unità della Nazione: quel Presidente della Repubblica, il cui profilo teorico è stato frequentemente tracciato proprio partendo dalla rilevazione degli elementi che lo differenziano dagli altri poteri costituzionali e le cui funzioni si articolano diversamente ed assumono contenuti variabili a seconda del grado in cui si manifestano e dell'intensità con cui si pongono problemi di ricomposizione dell'unità politico-costituzionale.

(15) Il che non vuol dire che non vi siano casi nei quali « la mancanza di esigenze unitarie tali da far ritenere inadeguato il livello regionale di governo allo svolgimento della funzione amministrativa in questione » appaia « del tutto evidente », così da non richiedere una particolare dimostrazione: così Corte cost., sent. n. 285 del 2005, in questa *Rivista* 2005, 2777 ss., che ha dichiarato costituzionalmente illegittimi, fra gli altri, l'art. 22 comma 5, e l'art. 4 comma 5 del d.lgs. n. 28 del 2004, i quali attribuivano al Direttore generale competente del Ministero per i Beni culturali il potere di autorizzare l'apertura « di multisale con un numero di posti superiori a milleottocento ».

controllo di evidenza (Evidenzkontrolle). E solo a seguito della revisione costituzionale del 1994 è stato forgiato un modello di verifica giudiziale più penetrante (16), che ha posto le premesse per giungere alla prima decisione di annullamento di una legge federale per contrasto con la clausola di necessità (17).

Né maggior fortuna hanno avuto, nell'esperienza comunitaria, i tentativi di far valere la violazione del principio sulla base di indici formali, sotto il profilo del difetto di motivazione degli atti in punto di sussidiarietà, ovvero contestandone i presupposti sostanziali di esercizio. In tutte le decisioni in cui i ricorsi statali contestavano l'insussistenza in fatto di una maggiore efficacia relativa dell'azione comunitaria, la Corte di giustizia CE ha difatti concluso nel senso del rigetto (18).

(16) Cfr. sentenza del 24 ottobre 2002 (BVerfGE 106, 62, 135 ss.).

(17) La prima applicazione dell'art. 72 GG sfavorevole al *Bund* è stata la decisione del 16 marzo 2004 (BVerfGE 110, 141 ss. e max. 170 ss.), commentata da E. BUOSO, *Il primo annullamento di una disposizione legislativa federale ex art. 72, II c., Gmndgesetz*, in *Le Regioni* 2004, 1225 ss., relativa ad un ricorso diretto di costituzionalità proposto da un gruppo di allevatori e di proprietari di cani contro una legge che apportava alcune modifiche al codice penale tedesco, munendo della sanzione penale prescrizioni e divieti stabiliti dalla legislazione dei *Länder*. Si veda pure la pronuncia del 26 gennaio 2005, nella quale il *Bundesverfassungsgericht* conclude nuovamente nel senso della insussistenza della competenza federale.

(18) Non fa eccezione neppure la sentenza del 5 ottobre 2000, in causa C-376/98, *Germania c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*. In tale pronuncia, che ha annullato la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 luglio 1998, 98/43/CE, sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità e di sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco, il principio in esame non viene mai direttamente evocato. Il passaggio centrale della motivazione insiste piuttosto sull'argomento letterale e sul principio di attribuzione. Si legge infatti nel punto 83 della sentenza: «Dalla lettura combinata di tali disposizioni risulta che le misure di cui all'art. 100 A, n. 1, del Trattato sono destinate a migliorare le condizioni di instaurazione e di funzionamento del mercato interno. Interpretare tale articolo nel senso che attribuisca al legislatore comunitario una competenza generale a disciplinare il mercato interno non solo sarebbe contrario al tenore stesso delle disposizioni citate, ma sarebbe altresì incompatibile con il principio sancito all'art. 3 B del Trattato CE (divenuto art. 5 CE), secondo cui le competenze della Comunità sono competenze di attribuzione». Troppo poco, ci pare, per affermare che la Corte abbia svolto un compiuto esame della sussidiarietà e che ne abbia fatto l'argomento portante della motivazione come pure si è da taluni ritenuto. Un macroscopico segnale della sfiducia nell'attitudine del principio di sussidiarietà a porsi come effettivo parametro di valutazione giudiziale dell'azione comunitaria può rinvenirsi nell'emendamento n. 60, a firma Hjelm-Wallén, Petersson, Lebkberg, Kvist, al progetto di *Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità* del 27 febbraio 2003, allegato originariamente al Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa ed ora al Trattato di Lisbona, nel quale, proprio movendo dall'assunto che il principio di sussidiarietà sia «*political in nature*», si è giunti a proporre di escludere del tutto l'impugnazione di atti comunitari dinanzi alla Corte di giustizia che sia fondata su tale parametro. Al di là di questa posizione invero estrema, la debole forza giuridica del principio di sussidiarietà in ambito comunitario è unanimemente riconosciuta in dottrina: si veda, da ultimo, F. IPPOLITO,

L'incerta giustiziabilità dei dispositivi sussidiari è, del resto, inevitabile, dacché l'accertamento della competenza impone, come meglio si dirà nel paragrafo III, una verifica circa l'adeguatezza-idoneità dell'amministrazione ricevente a garantire, anche in forma associata con altri enti, l'efficiente esercizio di una funzione amministrativa (19) e dunque postula accertamenti e indagini di natura empirica che, per poter essere proficuamente svolti, presuppongono la disponibilità di una grande mole di elementi conoscitivi e di informazioni tecnico-scientifiche, per lo più esterne all'ordine delle conoscenze giuridiche. Pure immaginando che la Corte faccia massicciamente uso del proprio potere istruttorio e acquisisca dunque le cognizioni utili a ridurre il tasso di soggettività della decisione, l'applicazione giudiziaria dei dispositivi sussidiari continuerebbe, del resto, a correre sul filo dell'opportunità politica per la fondamentale ragione che nell'idea ancipite di sussidiarietà trovano accoglienza grandezze eterogenee, materiali e spirituali.

La decisione di preferenza per l'autonomia individuale e dei gruppi, che come norma di competenza è attributiva di risorse materiali, è al contempo espressione di un generale favor per la libertà, dunque rappresentativa di interessi non apprezzabili se non in senso spirituale. Se dunque, da un lato, il richiamo all'efficiente esercizio delle funzioni conferite potrebbe autorizzare l'intervento sussidiario non solo quando vi sia incapacità gestionale od organizzativa dell'ente di livello inferiore, ma anche quando il livello superiore assicuri un minor costo del servizio; dall'altro la vocazione alla libertà potrebbe giustificare una minore efficacia dell'azione amministrativa quando questa sia compensata dalla preservazione di una più intensa partecipazione alla cura degli interessi della comunità di riferimento. Il beneficio che procura la gestione autonoma dei propri interessi può rendere, insomma, tollerabili svantaggi materiali o motivare il rifiuto di benefici materiali, ove avvertiti come insopportabilmente diminutivi della propria facoltà di scelta.

Il controllo giudiziario della sussidiarietà, che deve rendere commensurabili finalità, interessi, istanze, grandezze eterogenee, materiali e immateriali, presenta perciò un insopprimibile tasso di politicità. Il che, da un lato, consente di dubitare che l'ostacolo principale per l'applicazione giuridica della regola sussidiaria debba rinvenirsi nella sua indeterminata di contenuto, anziché nella mancanza di chiari indirizzi politico-culturali atti a imprimere ad essa una direzione interpretativa (20).

Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto delle Comunità e nell'Unione europea, Milano 2007, 262 ss., 296, 302-303.

(19) Così, quasi testualmente, dispone l'art. 4 comma 3 lett. g) della l. n. 59 del 1997.

(20) Interessanti riflessioni in H. LECHER, *Das Subsidiaritätsprinzip: Strukturprinzip einer europäischen Union*, Berlin 1993, 69, che imputa il difetto di

Dall'altro lato rende necessaria l'elaborazione di procedimentalizzazione del principio per non consegnarne l'applicazione al soggettivismo giudiziale.

II. La sussidiarietà come norma di competenza a struttura finalistica e la differenza rispetto alle materie-funzione. — Esaminato nei suoi caratteri strutturali, il principio di sussidiarietà istituzionale si atteggia come una norma di competenza di natura finalistica, in quanto è vincolato all'esigenza di assicurare l'esercizio unitario della funzione amministrativa. Al pari delle competenze teleologiche « pure », la sfera di applicazione del principio non è infatti delimitabile in via interpretativa attraverso il riferimento a una materia, un bene, un istituto, ma tramite l'indicazione di specifiche finalità e obiettivi che lo Stato è chiamato a perseguire. In assenza di una formulazione costituzionale che ne circoscriva i confini ad alcune materie obiettivamente descritte, la competenza sussidiaria si estende a tutti gli ambiti in relazione ai quali l'interesse statale all'unificazione amministrativa si ponga come finalizzazione principale o concorrente della disciplina di rapporti, comportamenti umani, fattispecie (21). E in modo non dissimile dalle competenze di natura funzionale, la potestà legislativa di tipo sussidiario è ritenuta in relazione agli oggetti e rapporti strumentalmente connessi allo scopo o interesse statale, senza che sia preventivamente determinabile il grado di densità regolativa necessario per la disciplina degli stessi.

La sovrapposizione fra competenze sussidiarie e competenze di natura teleologica non è, tuttavia, integrale, sebbene il modo di operare nei confronti delle concorrenti potestà normative regionali sia per molti versi analogo (22). Residua, infatti, un importante profilo differenziale.

Diversamente da quanto accade con le materie-funzione, il processo mentale che conduce all'attribuzione della competenza per sussidiarietà non si esaurisce nel riconoscimento di una legittima finalità di intervento statale, ma richiede anche un'analisi del grado di inadeguatezza dell'ente sussidiato ad esercitare la funzione attratta. Nell'art. 118, in verità, non si accenna all'onere di accertare l'incapacità funzionale dell'ente territoriale immediatamente inferiore, ma che tale verifica sia necessaria può inferirsi con certezza dal congiunto operare, in quella disposizione, dell'obbligo di conferire le funzioni secondo «adeguatezza» e della presunzione di capacità operante a vantaggio del livello di governo più prossimo

giustiziabilità della sussidiarietà in sede comunitaria proprio alla mancanza di una visione comune del principio fra i diversi Paesi dell'Unione.

(21) In tal senso le competenze teleologiche o funzionali consentono di agganciare alla materia-base oggetti di disciplina che sarebbe stato possibile ricondurre, alla stregua di un'interpretazione obiettiva, ad ambiti di competenza regionale e sono perciò « trasversali » in ragione dell'interesse o del fine che le sorregge.

(22) Abbiamo cercato di dimostrarlo nel nostro *Le competenze legislative sussidiarie e trasversali*, in *Dir. pubbl.* 2004, 461 ss.

ai cittadini. Se ne trae, del resto, una conferma dalla ricognizione delle formulazioni contenute nella legislazione ordinaria.

Ai sensi dell'art. 4 comma 3, della l. n. 439 del 1989, con la quale è stata resa esecutiva in Italia la Carta europea dell'autonomia locale, firmata a Strasburgo il 15 ottobre 1985, «l'esercizio delle responsabilità pubbliche deve, in linea di massima, incombere di preferenza sulle autorità più vicine ai cittadini» e «l'assegnazione di una responsabilità ad un'altra autorità deve tener conto dell'ampiezza e della natura del compito e delle esigenze di efficacia e di economia». L'art. 4 della l. n. 59 del 1997, per parte sua, prevede che, in base al principio di sussidiarietà, siano attribuite la generalità dei compiti e delle funzioni amministrative ai comuni, alle province e alle comunità montane, secondo le rispettive dimensioni territoriali, associative e organizzative, con l'esclusione delle sole funzioni incompatibili con le dimensioni medesime e specifica che l'adeguatezza va commisurata «all'idoneità organizzativa dell'amministrazione ricevente a garantire, anche in forma associata con altri enti, l'esercizio delle funzioni». L'art. 7 della l. n. 131 del 2003 chiarisce infine che la «risalita» sussidiaria opera solo relativamente a funzioni «di cui occorra assicurare l'unitarietà di esercizio, per motivi di efficienza o efficacia dell'azione amministrativa, ovvero per motivi funzionali o economici o per esigenze di programmazione o di omogeneità territoriale».

In nessuna delle formulazioni del principio, tanto costituzionale quanto legislative, si prevede espressamente, come invece nell'art. 5 TCE, che la preferenza debba essere accordata al livello di governo superiore solo nel caso in cui questo assicuri migliori condizioni di efficienza e di economicità. Per questo profilo, l'attivazione della sussidiarietà comunitaria comporta un onere di giustificazione ulteriore (rispetto al test di inadeguatezza) a carico dell'istituzione che interviene e quindi sembrerebbe più garantista per il livello di azione statale. Il riferimento alla superiore efficienza economica imprime tuttavia alla nozione comunitaria una direzione potenzialmente più centralizzatrice rispetto alla formula italiana (23). Quando infatti l'istanza superiore viene autorizzata ad assumere come presupposto del suo intervento la maggiore efficacia ed economicità dell'azione, la disparità di mezzi fra i due soggetti che si contendono l'attribuzione porta inevitabilmente al sacrificio del principio di prossimità, cui si legano quello di responsabilità politica e di autonomia. L'omesso riferimento, nell'art. 118 Cost., al fine dell'allocazione

(23) L'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia CE palesa come il cosiddetto *test* del «valore aggiunto» risulti quello realmente decisivo ai fini dell'attribuzione di competenza verso le istituzioni comunitarie e come l'aver rinvenuto un indice di «maggiore efficacia» anche nella necessità di imporre *standard* minimi di tutela per tutti i cittadini dell'Unione europea, in presenza di difformi legislazioni nazionali, abbia reso oltremodo impervia ogni contestazione della competenza comunitaria che sia fondata sull'inosservanza del principio di sussidiarietà.

economicamente « migliore », offre perciò all'interprete la possibilità di bilanciare in modo più equilibrato i valori partecipativi di cui si fa veicolo la regola di prossimità con l'istanza funzionalista che si manifesta nel richiedere una più elevata efficienza dell'intervento sussidiario.

Nel giudizio sull'applicazione del principio di sussidiarietà, l'efficienza economica non è valutabile, dunque, come ragione sufficiente per imporre il sacrificio delle istanze democratiche cui rimanda il generale criterio di devoluzione funzionale verso i livelli di governo inferiori, né per comprimere la libertà di autodeterminazione individuale. Quando il dispiegarsi dell'azione pubblica nella sede istituzionale più vicina ai diretti destinatari produca inefficienze non patologiche, tali cioè da non compromettere gravemente l'esercizio dei diritti o l'erogazione delle prestazioni pubbliche, siffatte diseconomie possono essere tollerate. E l'accertamento di una superiore efficienza, significativamente denominato, in ambiente comunitario, *test* del « valore aggiunto », ad evocare un'analisi costi-benefici schiettamente economica, può restare privo di rilievo dinanzi all'esigenza di garantire con pienezza i valori immateriali racchiusi nell'idea sussidiaria: la libertà, l'autodeterminazione individuale e dei gruppi e la partecipazione democratica. L'opzione democratico-liberale potrebbe essere, infatti, interamente sacrificata all'istanza funzionalista solo revocando il fondamento etico-politico della sussidiarietà. Sul piano applicativo, questo orientamento ideologico dovrebbe indurre a considerare preferibile il livello più basso di allocazione non solo quando la funzione possa essere da questo esercitata in modo economicamente più vantaggioso, ma anche quando esso attinga solo un'efficacia analoga rispetto ai livelli di governo sovrastanti (24). A parità di condizioni, rivive infatti il favore per l'intervento degli enti minori.

III. L'accertamento dell'incapacità-inadeguatezzadell'ente inferiore e la « retroversione » del moto ascendente della sussidiarietà. — L'adeguatezza-capacità degli enti potenzialmente attributari della funzione, conformemente a quanto si è osservato in generale sulla struttura del titolo di competenza sussidiario, dovrebbe essere valutata in concreto, avendo ri-

(24) Lo evidenzia, molto opportunamente, J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip*, cit., 76, il quale su queste basi contesta la disposizione del § 67 DGO del 30 gennaio 1935 nel punto in cui autorizzava il Comune a svolgere attività imprenditoriale se il fine dell'azione economica non potesse essere raggiunto meglio e in modo economicamente più vantaggioso (*wirtschaftlicher*) dagli operatori privati. Per identiche ragioni A. D'ATENA, *Lezioni*, cit., 87-88, nt. 20, critica la formulazione originariamente contenuta nell'art. 56 del progetto della Commissione bicamerale D'Alema del giugno 1997, che, in ossequio ai principi di sussidiarietà e differenziazione, ripartiva « tra le Comunità locali, organizzate in Comuni e Province, le Regioni e lo Stato » (...) a le funzioni che non possono essere più adeguatamente svolte dalla autonomia dei privati, (corsivo nostro).

guardo alle dimensioni (25), alla demografia, alle capacità di spesa e di organizzazione dell'ente. Tuttavia le funzioni amministrative sono conferite con legge, che di necessità ricorre a generalizzazioni e a giudizi probabilistici. In questo processo di astrazione universalizzante, il *test* di incapacità, che la regola sussidiaria richiederebbe di svolgere caso per caso, si converte, perciò, da concreto in astratto: la posizione dei diversi enti territoriali rispetto all'attribuzione da conferire è apprezzata avendo riguardo alla loro media attitudine all'esercizio.

Per questo l'equilibrio, verso il quale la sussidiarietà incessantemente tende, fra efficacia dell'azione pubblica e decentramento autonomistico è tanto più perfettamente realizzato quanto più elevato sia il grado di omogeneità dimensionale, economica, demografica fra enti di pari livello. Ove invece sussistano disparità profonde di organizzazione e di mezzi, è fatale che ad alcuni enti siano attribuiti poteri più ampi di quelli concretamente esercitabili, mentre ad altri siano sottratte funzioni che essi sarebbero in condizione di svolgere in modo adeguato.

Questo inevitabile scostamento fra teoria e prassi applicativa della sussidiarietà è parzialmente attenuato dal ricorso al principio di differenziazione, che prescrive di tenere in considerazione la diversa capacità di gestione dei soggetti pubblici collocati su un identico livello di azione amministrativa. Le eventuali differenze fra le Regioni quanto alla rispettiva « adeguatezza », potranno così venire in rilievo nella sede delle intese bilaterali con lo Stato che corredano la legislazione statale sussidiaria, le quali costituiscono lo strumento privilegiato per attuare il principio di differenziazione.

Più in generale può osservarsi che ogni valutazione prognostica circa la capacità media di un certo livello dimensionale di svolgere in condizioni di efficienza ed economicità una data funzione amministrativa è operazione che richiede la disponibilità di risorse conoscitive non facilmente attingibili dal giudice delle leggi e implica comunque valutazioni e apprezzamenti complessi relativi all'idoneità e all'efficienza strumentale dell'azione pubblica, che rischiano di far scivolare il giudizio costituzionale sul terreno dell'opportunità politica. Con l'effetto che un *test* di insufficienza troppo blandamente condotto giustifichi in chiave sussidiaria un automatismo inefficiente, paralizzante e velleitario, che all'incollato appello alla partecipazione sacrifica la capacità di decisione e che, per converso, un controllo interamente ripiegato sul parametro dell'economia di gestione faccia della sussidiarietà lo strumento di un efficientismo tecnocratico dimentico delle ragioni della rappresentanza e della partecipazione popolare alla gestione del potere.

(25) Dal che discende secondo C. PADULA, *Principio di sussidiarietà verticale ed interesse nazionale: distinzione teorica, sovrapposizione pratica*, in questa Rivista 2006, 1, 817, che di regola debba escludersi l'attribuzione in via sussidiaria di funzioni amministrative a organi statali periferici.

È per questo assai frequente che, nel concreto svolgersi del controllo di legittimità costituzionale, l'adeguatezza venga riferita non già agli strumenti, bensì ai fini dell'azione pubblica, e che sia esclusa quella dell'ente inferiore quando l'interesse unificante che sorregge la legge potrebbe essere compromesso, o anche solo parzialmente sacrificato dall'intervento locale (26). La verifica empirica di idoneità resta così assorbita nel giudizio diretto a definire il tasso di diversificazione autonomistica che l'ordinamento può tollerare in relazione al fine perseguito dalla legge. Da quanto fin qui osservato, si comprende come il *test* di incapacità presenti un notevolissimo grado di difficoltà. Nondimeno esso costituisce momento essenziale nell'applicazione del titolo sussidiario.

In primo luogo è proprio la necessità di dimostrare l'inadeguatezza dell'ente di governo inferiore a distanziare la sussidiarietà dal vecchio limite dell'interesse nazionale: per attrarre la competenza allo Stato non è sufficiente evocare la presenza di interessi unificanti, ma occorre dimostrare che, nelle condizioni date, l'accentramento della funzione amministrativa presenta caratteri di infungibilità, giacché persegue obiettivi che non sarebbero realizzabili attraverso la combinazione delle differenziate scelte di autonomia e di autogoverno sociale.

Secondariamente, la verifica di adeguatezza-efficienza conferisce alla devoluzione sussidiaria delle competenze un dinamismo sconosciuto alle tecniche rigide di distribuzione di funzioni e una natura intrinsecamente provvisoria. La nozione di adeguatezza è, difatti, storicamente condizionata: un ente ordinariamente « capace » di svolgere una data funzione, in condizioni di eccezionalità può divenire incapace, così come può accadere il contrario. La distribuzione di funzioni amministrative fra i diversi enti deve, però, risultare conforme al principio di sussidiarietà-adequazione non solo nel momento in cui si procede, con legge, ad assegnare la funzione, ma lungo l'intero corso del suo esercizio. Ne discende che gli atti in cui si manifesta la competenza sussidiaria, in quanto poggiano sul presupposto fattuale dell'insufficienza del livello di

(26) Questo schema argomentativo ricorre nelle pronunce in cui l'inadeguatezza degli enti sussidiati è stata desunta dalla finalità di promozione del « *made in Italy* » a livello nazionale e internazionale (Corte cost., sentt. nn. 214 del 2006, in questa *Rivista* 2006, 2159 ss.; 88 e 339 del 2007, in questa *Rivista* 2007, rispettivamente 849 ss. e 3388 ss.); o dall'esigenza « di realizzare condizioni di mercato caratterizzate da trasparenza e stabilità informativa su tutto il territorio nazionale » (Corte cost., sent. n. 374 del 2007, in questa *Rivista* 2007, 4163). Si veda pure Corte cost., sent. n. 285 del 2005, in questa *Rivista* 2005, 2777 ss., ove la Corte considera inadeguati i livelli di governo inferiori « a soddisfare, da soli, lo svolgimento di tutte le tipiche e complesse attività di disciplina e sostegno del settore cinematografico » (...) « in quanto tali attività — diversamente opinando — risulterebbero esposte al rischio di eccessivi condizionamenti localistici nella loro gestione, a fronte, invece, della necessità di sostenere anche iniziative di grande rilevanza culturale prescindendo da questi ultimi ».

governo regionale, hanno natura intimamente precaria e con il mutare, diacronicamente, di tali circostanze di fatto possono restare privi di una base giustificativa.

In numerosi casi è avvocato in sussidiarietà l'esercizio di una funzione che esaurisce il suo oggetto con il perseguimento di un obiettivo definito e irripetibile, quale ad esempio la realizzazione di un'opera pubblica. In ipotesi del genere, la potestà amministrativa è internamente delimitata, anche temporalmente, dal carattere singolare e non reiterabile dell'azione da svolgere. Può però accadere che l'allocazione secondo sussidiarietà assuma a proprio oggetto l'esercizio di un'attività amministrativa che presenta il carattere della indefinita ripetibilità. In questi casi l'allocazione di funzioni non può mai dirsi irreversibile ed eterna. Non quando la competenza sia allocata sull'ente comunale, perché in tal caso essa può risalire, secondo le circostanze e le necessità politiche, verso i livelli di azione superiori; ma neppure quando la traslazione di competenza operi in favore dell'ente territoriale apicale. Il giudizio di inadeguatezza dei livelli di governo inferiori, che legittima l'avocazione statale di competenze, potrebbe infatti perdere il suo originario fondamento ove gli enti sussidiati si dotino nel tempo delle strutture organizzative e degli strumenti finanziari necessari per esercitare efficientemente la funzione attratta.

Potrebbe essere utile al riguardo il procedimento di cui all'art. 117 comma 8 Cost., là dove si prevede che « la legge regionale ratifica le intese della Regione con altre Regioni per il migliore esercizio delle proprie funzioni, anche con individuazione di organi comuni » (art. 117 comma 8). La disposizione, finora alquanto trascurata, consente a più Regioni di unire le forze per esercitare funzioni ad esse attribuite (e in questo senso « proprie »), ma sarebbe utilmente invocabile anche al fine di riappropriarsi di funzioni avocate in via sussidiaria dallo Stato.

In casi come quello illustrato, cui l'iniziativa politica delle Regioni potrebbe conferire caratteri di attualità, ma più in generale in ogni ipotesi in cui si registri un mutamento nella condizione di incapacità dell'ente sussidiato che fondava l'intervento sussidiario, si apre il problema di come far valere giuridicamente queste sopravvenienze fattuali per « invertire » il moto della sussidiarietà e tornare a far discendere verso il livello di azione più adeguato funzioni un tempo legittimamente unificate in sede nazionale.

La Costituzione non disciplina espressamente le ipotesi e le modalità di « retroversione » della sussidiarietà, ma volgendo lo sguardo verso un orizzonte comparativo, una soluzione estremamente lineare è suggerita dall'art. 72 comma 4 GG, e consiste nell'affidare alla medesima legge statale l'abrogazione della disciplina uniforme quando siano cessate le esigenze che avevano giustificato l'attrazione della funzione amministra-

tiva (27). Rimossa, ad opera della fonte a ciò competente, la disciplina statale di attività riconducibili a materie di legislazione concorrente o residuale, si riespanderebbe naturalmente la potestà regionale di allocare e regolare le funzioni amministrative relative. Non richiede però di essere dimostrato che con tale meccanismo le autonomie non sarebbero affatto garantite da rinnovate spinte centralizzatrici. Il rischio di una cristallizzazione in capo allo Stato di competenze avocate in deroga all'ordinario riparto delle competenze non può dirsi infatti adeguatamente scongiurato se non si individuano sistemi che riattivino il moto discendente della sussidiarietà per iniziativa dei soggetti controinteressati: gli enti sub-statali che hanno « subito » l'intervento sussidiario.

Occorre tener conto, in proposito, che la legislazione sussidiaria si caratterizza strutturalmente per il fatto di essere integrata da accordi fra Stato e Regioni in ordine alla cooperazione concreta nell'esercizio delle funzioni attuative. Quando, dunque, si renda necessario un riequilibrio fra gli enti coinvolti, senza che ciò faccia venire meno le ragioni che giustificavano la disciplina uniforme di livello nazionale, potrà farsi ricorso a nuove intese, modificative di quelle che corredevano la legge statale all'atto della sua adozione, senza che questo determini un'alterazione del quadro normativo formale sul quale l'azione pubblica si fonda.

Per chi non contesti del tutto la giurisprudenza costituzionale sul valore degli accordi nella legislazione sussidiaria, non dovrebbero sussistere difficoltà ad ammettere un'intesa che riporti a livello regionale alcune delle funzioni amministrative avocate dallo Stato. Si può anche ipotizzare che, attraverso accordi differenziati su scala regionale, varino correlativamente le modalità attuative dell'unitaria disciplina statale, secondo le diverse capacità di organizzazione e di spesa delle Regioni interessate. In questi casi, la legislazione statale conserverebbe il carattere di norma sulla competenza regionale, in quanto fornirebbe base legale ad un'attività amministrativa che, grazie agli accordi interistituzionali, potrebbe anche risultare in concreto ampiamente regionalizzata.

Più complesso il caso in cui l'ente sussidiato, assumendo di aver raggiunto la capacità di esercizio della funzione a suo tempo legittimamente avocata dallo Stato, ponga radicalmente in discussione il fondamento giustificativo della regolazione uniforme. Si apre qui il problema di come far valere la sopravvenuta illegittimità costituzionale, per incompetenza, della legge statale.

L'ipotesi di un'impugnazione in via principale è certamente da scartare: legare l'incostituzionalità alla variazione dei presupposti fattuali sui quali poggia la legislazione sussidiaria vanificherebbe, infatti, il ca-

(27) L'art. 72 comma 4 GG testualmente dispone: « Con legge federale può essere previsto che una disciplina legislativa federale che non sia più necessaria, nei sensi di cui al comma 2, possa essere sostituita dal diritto del *Land* a.

rattere perentorio dei termini di impugnazione previsti nell'art. 127 Cost.

Le Regioni e gli enti che non hanno legittimazione attiva al giudizio in via di azione, oltre ovviamente ai soggetti privati che vi abbiano interesse, potrebbero invece provocare un giudizio di impugnazione sugli atti amministrativi applicativi della legge statale, ponendo a base del ricorso la denuncia di incompetenza dell'autorità che ha adottato il provvedimento, per (sopravvenuta) violazione del principio di sussidiarietà-adequatezza da parte della legge che tale potere fonda. Attraverso la via del giudizio incidentale, la legge sussidiaria dovrebbe essere nuovamente scrutinata per stabilire se permanga un'insufficienza funzionale del livello di governo regionale. Tale accertamento compete in prima battuta al giudice remittente. Ove l'unico profilo nuovo della questione sollevata consista nel mutamento dei presupposti fattuali che avevano indotto la Corte cost. a ritenere giustificato l'intervento statale, la verifica circa la perdurante sussistenza di tali presupposti rappresenta, infatti, un passaggio essenziale della motivazione sulla non manifesta infondatezza. Il giudice delle leggi potrà sempre contestare la valutazione compiuta dal remittente e confrontare gli accertamenti in fatto posti a base dell'ordinanza di rinvio con le allegazioni delle parti o con gli ulteriori elementi istruttori che ritenesse di acquisire, ma è indubbio che il quadro conoscitivo presentato dal giudice *a quo* costituirebbe la base informativa primaria per decidere la questione di costituzionalità.

È da chiedersi, da ultimo, se non costituisca un possibile, più diretto rimedio, il ricorso a una legge regionale che, disponendo in contrasto rispetto alla legge statale, riconosca alla Regione la titolarità di funzioni che lo Stato aveva in precedenza attratto in via sussidiaria. Per poter contestare il venir meno del fondamento giustificativo della legge statale, occorrerebbe che l'ente a suo tempo « spogliato » della competenza la esercitasse in concreto, in tal modo rovesciando sullo Stato l'onere di impugnare la legge regionale contrastante con la normativa statale unificante e di dimostrare la perdurante incapacità di esercizio della funzione amministrativa da parte della Regione.

Quando la legge statale è regola d'azione di condotte private, non è difficile immaginare una successione temporale della legge regionale alla disciplina nazionale divenuta difforme alla competenza sussidiaria. Gli operatori giuridici potranno applicare la norma sopravveniente, che, fino alla sua impugnazione e declaratoria di incostituzionalità, resta l'esclusiva disciplina di quei rapporti di vita. Né è fonte di inconvenienti l'eventuale sovrapposizione della disciplina statale a quella regionale, quando si disponga in senso accrescitivo delle situazioni giuridiche soggettive, ad esempio, con l'erogazione per la medesima attività di prestazioni o contributi di diversa fonte. In casi del genere, la legislazione regionale non potrebbe avere l'effetto di disattivare l'erogazione di contributi iscritti nel bilancio dello Stato, né di autorizzarne il trasferimento diretto nelle

casce regionali, ma, fino all'eventuale declaratoria di incostituzionalità del finanziamento statale, convivrebbe con questo senza contraddizioni, potendo certo darsi finanziamenti di origine diversa riferibili a un'identica attività.

È invece fonte di insuperabili problemi applicativi l'ipotesi assai più frequente in cui la legge sussidiaria assuma contenuto regolativo di servizi generali, e organizzati all'uopo una serie di uffici e strutture burocratiche. In questo caso la sopravvenuta normativa regionale che i medesimi servizi riorganizzi affidandoli a uffici regionali o, per sussidiarietà orizzontale, a forme di partenariato con strutture private, procurerebbe conflitti non formalmente risolvibili con il ricorso al criterio cronologico o con l'appello alla sopravvenuta cedevolezza della normativa statale, e potrebbe essere motivo di grave confusione, se non di vera e propria paralisi amministrativa (si pensi a regole differenziate di polizia amministrativa, di organizzazione del servizio scolastico o di gestione delle aziende agricole).

Ciò basta per consentire con la ferma giurisprudenza costituzionale secondo la quale la contestazione di leggi statali non può avvenire che in sede giurisdizionale (28) e quindi per convenire che fuori dei casi di ricorso per conflitto di attribuzione o di giudizio di legittimità costituzionale, la retroversione della competenza sussidiaria resti affidata alla revisione degli accordi o all'unilaterale dismissione statale della competenza, sul modello dell'art. 72 comma 4 della legge fondamentale tedesca.

GINO SCACCIA

(28) Chiara, sul punto, Corte cost., sent. n. 198 del 2004, in questa *Rivista* 2004, 2025 ss., la quale, pur nel riconoscere « l'esistenza di una possibile dialettica fra i diversi livelli legislativi, anche con la eventualità di parziali sovrapposizioni fra le leggi statali e regionali », ha recisamente negato che il legislatore, statale o regionale, possa esercitare la potestà legislativa allo scopo di rendere inapplicabile nel proprio territorio una legge che ritenga costituzionalmente illegittima, oppure solo dannosa o inopportuna, anziché promuovere questione di legittimità costituzionale in via principale, ai sensi dell'art. 127 Cost. Si aggiunga che Corte cost., sent. n. 116 del 2006, in questa *Rivista* 2006, 1099 ss., ha statuito che « il perimetro, entro il quale assumono rilievo gli interessi al cui perseguimento è tesa l'attività legislativa, risulta rigorosamente conformato dalle norme costituzionali attributive di competenza, sicché non è concesso alla Regione di dedurre, a fondamento di un proprio ipotetico titolo di intervento, una competenza primaria riservata in via esclusiva allo Stato, neppure quando essa si intreccia con distinte competenze di sicura appartenenza regionale ».