



federalismi.it

Rivista di diritto pubblico italiano,
comunitario e comparato

**LE “ZONE A BUROCRAZIA ZERO” TRA PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ,
MOTIVAZIONE DELLA LEGGE E LIVELLI ESSENZIALI DELLE PRESTAZIONI.
TRAENDO SPUNTO DALLA SENT. N. 232 DEL 2011**

di

Simone Pajno

*(Professore associato di Diritto costituzionale –
Facoltà di Scienze politiche, Università degli studi di Sassari)*

30 novembre 2011

1. Premessa – 2. Le questioni sottoposte alla Corte – 3. La motivazione, tra livelli essenziali e avocazione in sussidiarietà – 4. La “esplicitazione” legislativa del giudizio di adeguatezza – 5. La “vera” ragione di incostituzionalità delle “zone a burocrazia zero” – 6. La censura ignorata dalla Corte – 7. Cosa ne sarà delle “zone a burocrazia zero”? – 8. I livelli essenziali delle prestazioni: l’ambiguità della motivazione – 9. *Segue*: i caratteri strutturali – 10. *Segue*: la differenziazione territoriale – 11. *Segue*: può lo Stato utilizzare questo titolo di legittimazione per avocare funzioni amministrative? – 12. A proposito delle “nuove” zone a burocrazia zero.

1. Premessa

Secondo i giudici di Palazzo della Consulta la norma che introduce nell’ordinamento e disciplina le “zone a burocrazia zero” è costituzionalmente illegittima. Si tratta dell’articolo 43 del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78 (*Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*), come convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122. Il testo di questa disposizione così recitava:

«1. Possono essere istituite nel Meridione d'Italia zone a burocrazia zero. 2. Nelle zone di cui al comma 1 istituite, nel rispetto del principio di sussidiarietà e dell'art. 118 della Costituzione, in aree non soggette a vincolo con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro dell'interno, le nuove iniziative produttive avviate successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto godono dei seguenti vantaggi: a) nei riguardi delle predette nuove iniziative i provvedimenti conclusivi dei procedimenti amministrativi di qualsiasi natura ed oggetto avviati su istanza di parte, fatta eccezione per quelli di natura tributaria, di pubblica sicurezza e di incolumità pubblica, sono adottati in via esclusiva da un Commissario di Governo che vi provvede, ove occorrente, previa apposite conferenze di servizi ai sensi della legge n. 241 del 1990; i provvedimenti conclusivi di tali procedimenti si intendono senz'altro positivamente adottati entro 30 giorni dall'avvio del procedimento se un provvedimento espresso non è adottato entro tale termine. Per i procedimenti amministrativi avviati d'ufficio, fatta eccezione per quelli di natura tributaria, di pubblica sicurezza e di incolumità pubblica, le amministrazioni che li promuovono e li istruiscono trasmettono, al Commissario di Governo, i dati e i documenti occorrenti per l'adozione dei relativi provvedimenti conclusivi. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano agli atti riguardanti la pubblica sicurezza e l'incolumità pubblica; b) ove la zona a burocrazia zero coincida, nelle Regioni Abruzzo, Basilicata, Calabria, Campania, Molise, Puglia, Sardegna e Sicilia, con una delle zone franche urbane individuate dalla delibera CIPE dell'8 maggio 2009, n. 14, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 159 dell'11 luglio 2009, le risorse previste per tali zone franche urbane ai sensi dell'articolo 1, comma 340, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, sono utilizzate dal Sindaco territorialmente competente per la concessione di contributi diretti alle nuove iniziative produttive avviate nelle zone a burocrazia zero; c) nella realizzazione ed attuazione dei piani di presidio e sicurezza del territorio, le Prefetture-Uffici territoriali di governo assicurano assoluta priorità alle iniziative da assumere negli ambiti territoriali in cui insistono le zone di cui al comma 1».

Con la sentenza n. 232 del 2011, depositata il 22 luglio, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di questa disposizione limitatamente alla parte in cui essa è destinata ad applicarsi anche ai procedimenti amministrativi che si svolgono entro l'ambito delle materie di competenza regionale concorrente e residuale.

La decisione con la quale si arriva alla declaratoria di incostituzionalità merita di essere segnalata per diversi profili di interesse. In particolare, la medesima suscita considerazioni sui seguenti temi:

- i)* lo scrutinio di sussidiarietà *ex art.* 118, primo comma, Cost., e il rapporto tra quest'ultimo e l'istituto di matrice giurisprudenziale della c.d. "sussidiarietà legislativa";
- ii)* la possibilità che tale scrutinio faccia leva sulla motivazione della legge;
- iii)* le caratteristiche che devono contraddistinguere una previsione normativa affinché essa sia ascrivibile alla competenza legislativa esclusiva statale sui «livelli essenziali delle prestazioni», e in particolare: *a)* le fattezze di una "prestazione essenziale"; *b)* la possibilità che tale norma affidi a una struttura amministrativa statale l'attività volta a garantire la prestazione; *c)* l'ammissibilità di "differenziazioni territoriali" delle prestazioni.

In questo contributo proverò a illustrare gli aspetti problematici sottesi a ciascuno di questi temi. L'ultimo di essi, peraltro, è rilevante anche per valutare la legittimità costituzionale dell'art. 3, commi 4 e 6, del d.l. 13 maggio 2011, n. 70 (*Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia*)¹, il quale ha introdotto una nuova previsione concernente "zone a burocrazia zero", con una significativa differenza rispetto a quella originaria. Può dunque essere utile compiere una valutazione della sua legittimità costituzionale anche in base agli elementi desumibili dalla decisione che qui si prende in particolare considerazione.

2. Le questioni sottoposte alla Corte

Come si vedrà meglio più avanti, i giudici di Palazzo della Consulta hanno ritenuto la normativa impugnata costituzionalmente illegittima in quanto operante una "avocazione in sussidiarietà" della funzione legislativa in assenza delle condizioni che legittimano tale operazione.

La Corte ha inoltre riservato a separate pronunce la decisione delle questioni di legittimità costituzionale promosse dalla ricorrente in relazione ad altre disposizioni del medesimo atto normativo, utilizzando la tecnica ormai da qualche anno adoperata per giudicare delle impugnazioni di parte regionale delle manovre finanziarie².

Merita sin d'ora di essere segnalato, infine, che la sent. 232 ha accolto la prima e principale questione che il ricorso proponeva in relazione all'art. 43 del d.l. n. 78, per violazione degli

¹ Convertito dalla legge n. 106 del 2001.

² Si noti peraltro che la questione sull'art. 43 era stata sollevata soltanto dalla Regione Puglia. Non c'è stata dunque, come in altre circostanze, la contestuale separazione (di diverse questioni proposte dalla medesima ricorrente) e riunione (di questioni aventi il medesimo oggetto proposte da diverse ricorrenti).

artt. 117, terzo e quarto comma, Cost.³ (d'ora in poi: *questione I*), evitando però di pronunciarsi su altre due censure concernenti la medesima disposizione. Viene infatti esplicitamente dichiarata assorbita⁴ la questione proposta in via subordinata, secondo la quale l'art. 43 del d.l. n. 78 del 2010 sarebbe stato da ritenere incostituzionale, per violazione degli artt. 117, terzo e quarto comma, e 118, primo comma, Cost., in quanto in esso l'istituzione delle "zone a burocrazia zero" è affidata ad un semplice «*decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro dell'interno*»: ciò in spregio della giurisprudenza costituzionale che si è soffermata sugli aspetti procedurali dell'istituto, la quale richiede, invece, che la normativa statale preveda la necessità dell'intesa con la Regione interessata (d'ora in poi: *questione II*)⁵. Nessuna esplicita considerazione ha invece avuto, nella sent. n. 232 del 2011, una ulteriore questione proposta nel ricorso introduttivo del giudizio: ossia quella che affermava l'illegittimità costituzionale dell'art. 43 citato per violazione dell'art. 118, primo comma, Cost., in quanto – a prescindere dalla sussistenza o meno di un titolo di legittimazione statale – la allocazione in capo allo Stato delle funzioni amministrative coinvolte dalla disposizione impugnata, operata da quest'ultima in modo astratto e generalizzato, sarebbe stata da ritenere in contrasto con i principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, i quali, a mente della norma costituzionale citata, devono governare la distribuzione delle funzioni amministrative tra i diversi livelli di governo (d'ora in poi: *questione III*)⁶. Se l'assorbimento della *questione II* appare ineccepibile e non solleva particolari problemi, sarà invece necessario svolgere qualche rilievo sulla *questione III*, e sulla sua (mancata) considerazione da parte della Corte.

3. La motivazione, tra livelli essenziali e avocazione in sussidiarietà

La sent. n. 232 accoglie la censura che la Regione Puglia aveva proposto per violazione degli artt. 117, terzo e quarto comma, e 118, secondo comma, Cost., lamentando la carenza di un titolo di legittimazione della legge statale a disciplinare anche procedimenti amministrativi

³ Inspiegabilmente, peraltro, la sent. n. 232 riporta – quali parametri individuati dalla ricorrente – i commi secondo e terzo dell'art. 117, correggendo tale individuazione nel senso indicato nel testo (par. 1 del *Ritenuto in fatto* e par. 4 del *Considerato in diritto*): inexplicabilmente, perché il ricorso era invece assolutamente esplicito, sia nella epigrafe della censura, sia nel suo sviluppo, nel riferirsi ai commi terzo e quarto dell'art. 117 Cost. (si veda il par. 16 dell'atto introduttivo del giudizio, pubblicato in G.U. n. 50 del 15 dicembre 2010, e reperibile anche al sito internet della Corte costituzionale: www.cortecostituzionale.it).

⁴ Par. 6 del *Considerato in diritto*.

⁵ Par. 17 del ricorso introduttivo del giudizio.

⁶ Si veda il par. 1 del *Ritenuto in fatto*, al terzo capoverso, nonché il par. 16.3 del ricorso introduttivo del giudizio.

destinati ad esplicarsi in ambiti materiali di competenza regionale concorrente o residuale, con contestuale allocazione allo Stato della relativa competenza amministrativa⁷. Secondo la *questione I*, infatti, tale titolo non poteva reperirsi né nell'art. 117, terzo comma, Cost., poiché la competenza a dettare principi fondamentali della materia non include quella ad allocare funzioni amministrative; né nell'art. 117, secondo comma, lett. *m*), Cost., poiché la normativa in esame non prende in considerazione una “prestazione” individuandone un livello minimo da assicurare su tutto il territorio nazionale, procedendo piuttosto a imputare all'amministrazione statale un “fascio” generico e indeterminato di funzioni amministrative; né, infine, nell'art. 118, primo comma, Cost., e nel meccanismo della c.d. “avocazione in sussidiarietà” dal medesimo implicato, in quanto le disposizioni contestate non rispondono – da più punti di vista – allo “statuto costituzionale” che la giurisprudenza della Corte ha disegnato per questo istituto.

Al riguardo la sent. n. 232 osserva quanto segue.

Innanzitutto, essa esclude che il titolo di legittimazione della disciplina impugnata possa essere individuato nell'art. 117, secondo comma, lett. *m*), Cost., concernente i livelli essenziali delle prestazioni, rilevando che tale titolo «*non può essere invocato se non in relazione a specifiche prestazioni delle quali la normativa statale definisca il livello essenziale di erogazione (sentenze n. 383 e n. 285 del 2005), mediante la determinazione dei relativi standard strutturali e qualitativi, da garantire agli aventi diritto su tutto il territorio nazionale in quanto concernenti il soddisfacimento di diritti civili e sociali tutelati dalla Costituzione stessa*»⁸.

Come si vede, la Corte accoglie, al riguardo, le argomentazioni regionali. Il punto è però motivato ulteriormente dalla sentenza, la quale aggiunge, *ad abundantiam*, una ulteriore considerazione che – come si mostrerà più avanti – potrebbe rivelarsi di una qualche importanza per i futuri sviluppi legislativi e giurisprudenziali. La normativa statale, infatti, non può essere ritenuta esplicazione della competenza legislativa a dettare livelli essenziali

⁷ Par. 16.2 del ricorso.

⁸ Par. 5.2 del *Considerato in diritto*.

Secondo l'Avvocatura dello Stato, peraltro, l'art. 43 impugnato rientrerebbe anche «*nell'ambito dei poteri statali di coordinamento della finanza pubblica in quanto dirett(o) a favorire la ripresa e lo sviluppo del sistema produttivo, nell'ottica di una maggiore competitività delle imprese*» (così la sent. n. 232, al par. 2 del *Ritenuto in fatto*). La Corte fa giustizia di questa balzana argomentazione (per vero sovente riproposta dalla difesa erariale), che porterebbe a ritenere legittimata in base al titolo del “coordinamento della finanza pubblica” qualunque norma abbia un significativo impatto economico-finanziario, osservando che «*la disposizione censurata (...) lungi dal porre obiettivi di riequilibrio finanziario (...), e tantomeno dall'indicare generali strumenti o modalità di riequilibrio per il perseguimento di siffatti obiettivi, prescrive una disciplina di dettaglio in tema di trattazione e definizione di procedimenti amministrativi, del tutto estranea alla evocata materia*» (par. 5.2 del *Considerato in diritto*).

delle prestazioni che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale anche in quanto, *«prevedendo la possibilità di istituzione di “zone a burocrazia zero” solo in talune parti del territorio statale (il Meridione d’Italia), tende viceversa ad avvantaggiare, rispetto alla generalità degli utenti che intendono intraprendere nuove iniziative produttive, quelli che agiscono nelle suddette zone»* (par. 5.2 del *Considerato in diritto*).

La sent. n. 232, in secondo luogo, ribadisce quelle conclusioni della giurisprudenza costituzionale secondo le quali, nelle materie di competenza concorrente, lo Stato può allocare a se stesso funzioni amministrative soltanto facendo ricorso allo strumento della c.d. “avocazione in sussidiarietà”, e non, invece, utilizzando la competenza a porre i principi fondamentali della materia⁹.

Infine – secondo la Corte – non può essere invocato a fondamento dell’intervento legislativo statale l’istituto della “chiamata in sussidiarietà”. Ciò in quanto tale intervento non riesce a giustificarsi alla luce dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, il rispetto dei quali è indispensabile affinché lo Stato possa derogare al riparto di competenze stabilito nell’art. 117, terzo comma, Cost. Più specificamente, al riguardo la Corte, richiamando i precedenti giurisprudenziali di maggiore importanza sul tema, evidenzia che *«affinché (...) nelle materie di cui all’art. 117, terzo e quarto comma, Cost., una legge statale possa legittimamente attribuire funzioni amministrative a livello centrale ed al tempo stesso regolarne l’esercizio, è necessario che essa detti una disciplina logicamente pertinente (dunque idonea alla regolazione delle suddette funzioni), che risulti limitata a quanto strettamente indispensabile a tale fine e che sia adottata a seguito di procedure che assicurino la partecipazione dei livelli di governo coinvolti attraverso strumenti di leale collaborazione o, comunque, attraverso adeguati meccanismi di cooperazione per l’esercizio concreto delle funzioni amministrative allocate in capo agli organi centrali (da ultimo, sentenza n. 278 del 2010)»*¹⁰.

Secondo la decisione in commento, tali test non sono superati dalla disciplina contestata. L’analisi della medesima, caratterizzata da «un campo di applicazione generalizzato (riferito a tutti i procedimenti amministrativi in tema di nuove iniziative produttive) e quindi idoneo a coinvolgere anche procedimenti destinati ad esplicarsi entro ambiti di competenza regionale

⁹ Par. 5.4 del *Considerato in diritto*.

Parzialmente differente è la questione della possibilità per lo Stato di allocare a Regioni ed enti locali funzioni amministrative nelle materie di cui al terzo comma dell’art. 117, facendo uso della propria competenza sui principi fondamentali. Al riguardo cfr. di recente M. Salvago, *I comuni nella giurisprudenza della Corte costituzionale successiva alla riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 14/06/2011, 7-9.

¹⁰ Par. 5.5 del *Considerato in diritto*.

concorrente o residuale» – conduce infatti «a ritenere fondati i dubbi di legittimità costituzionale, *in ragione della assenza nel contesto dispositivo di una qualsiasi esplicitazione, sia dell'esigenza di assicurare l'esercizio unitario perseguito attraverso tali funzioni, sia della congruità, in termini di proporzionalità e ragionevolezza, di detta avocazione rispetto al fine voluto ed ai mezzi predisposti per raggiungerlo, sia della impossibilità che le funzioni amministrative de quibus possano essere adeguatamente svolte agli ordinari livelli inferiori*»¹¹.

Da qui, dunque, la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 43 del decreto-legge n. 78 del 2010, come convertito, con modificazioni, dalla legge n. 122 del 2010, nella parte in cui esso è destinato ad applicarsi anche ai procedimenti amministrativi che si svolgono entro l'ambito delle materie di competenza regionale concorrente e residuale.

4. La “esplicitazione” legislativa del giudizio di adeguatezza

Per il prosieguo del discorso conviene prendere le mosse da quella che la motivazione sopra sommariamente ripercorsa individua come la “ragione” della incostituzionalità delle previsioni della norma sulle “zone a burocrazia zero”. La Corte parte dal presupposto secondo il quale, concernendo la disposizione impugnata anche materie ricadenti nell'ambito della competenza concorrente e della competenza residuale regionale, per ritenere costituzionalmente legittimo un intervento statale di allocazione a organi dello Stato di funzioni amministrative (quale quello in oggetto) si rende necessario andare alla ricerca di un titolo di legittimazione alla “allocazione di funzioni” diversi da quelli di cui all'art. 117, secondo comma, Cost., in particolare verificando l'eventuale sussistenza delle condizioni per la c.d. “sussidiarietà legislativa”.

La sent. n. 232, al riguardo, dopo aver rievocato tralaticciamente le affermazioni generali dei primi e più noti precedenti (si tratta delle sentt. nn. 303 del 2003 e 6 del 2004), ritiene di dover escludere la sussistenza di tali condizioni in considerazione non già della non rispondenza sostanziale dell'operazione di allocazione ai principi di sussidiarietà e adeguatezza, secondo uno dei test fino ad ora – per vero con non poca incertezza – individuati dalla giurisprudenza costituzionale¹², né facendo leva sulla mancanza di adeguati strumenti collaborativi nelle previsioni normative contestate¹³; bensì in virtù della assenza nel loro

¹¹ Par. 5.5 del *Considerato in diritto*.

¹² Cfr. la veloce sintesi contenuta *infra*, al par. 11.

¹³ Questo ultimo profilo, in effetti, la Corte non avrebbe potuto prenderlo in considerazione nell'ambito dell'esame della censura in questione, poiché essa verteva soltanto sugli aspetti “sostanziali” del principio di

«contesto dispositivo» di una qualsiasi allegazione di ragioni in grado di sostenere la avocazione in sussidiarietà delle funzioni in questione. La Corte costituzionale pare richiedere, dunque, ai fini del buon esito dello scrutinio di sussidiarietà, una vera e propria *motivazione* della legge concernente in particolare l'applicazione di questo principio nel caso di specie.

Il tema della motivazione degli atti legislativi, evidentemente, è di quelli che non può essere esaustivamente affrontato *en passant*¹⁴. Sul punto non può non essere segnalata, però, la eccentricità dell'approccio rispetto agli assunti comunemente tenuti fermi dalla giurisprudenza costituzionale, almeno a partire dalla ormai “celebre” sent. n. 14 del 1964, secondo la quale «*di norma, non è necessario che l'atto legislativo sia motivato, recando la legge in sé, nel sistema che costituisce, nel contenuto e nel carattere dei suoi comandi, la giustificazione e le ragioni della propria apparizione nel mondo del diritto*»¹⁵. È vero che tale assunto trova una parziale eccezione proprio nel caso del decreto legge (e qui di decreto legge si discute, anche se già oggetto di conversione): per questo atto normativo è vigente un obbligo di introdurre un preambolo con funzione motivazionale. Tale precetto è posto, come è noto, dall'art. 15 della legge n. 400 del 1988. Anche se fosse desumibile dalla Costituzione, come sostiene parte della dottrina¹⁶, però, esso riguarderebbe soltanto *le ragioni di straordinaria necessità e urgenza che hanno spinto il Governo alla adozione del decreto legge*, e non il contenuto dispositivo delle norme nel medesimo reperibili sotto differenti profili¹⁷.

In ogni caso, la declaratoria di incostituzionalità *per assenza di motivazione circa le ragioni che sorreggono la avocazione di una funzione* al livello statale è una assoluta novità nel panorama della giurisprudenza costituzionale concernente il principio di sussidiarietà, anche se non sono mancate, in dottrina, interventi volti ad evidenziare l'opportunità – proprio in

sussidiarietà, mentre agli aspetti “procedurali” della c.d. “sussidiarietà legislativa” era dedicata, nel ricorso, l'ultima censura, cui si è fatto cenno più sopra, e che viene dichiarata assorbita.

¹⁴ Oltre al “classico” V. Crisafulli, *Sulla motivazione degli atti legislativi*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 1937, I, 415 ss., di recente si veda S. Boccaltte, *La motivazione della legge: profili teorici e giurisprudenziali*, Padova, Cedam, 2008.

¹⁵ Par. 3 del *Considerato in diritto*. Ciò non comporta, evidentemente, che la Corte non utilizzi la motivazione, ove presente, nell'ambito del proprio giudizio di costituzionalità. Cfr., a mero titolo di esempio, la sent. n. 109 del 1993 e la sent. n. 171 del 2007.

¹⁶ Sul punto, anche per indicazioni bibliografiche, cfr. S. Boccaltte, *La motivazione della legge*, cit., 124 ss.; Id., *Tra norma e realtà: riflessioni sulla motivazione del decreto legge alla luce della sent. n. 171 del 2007*, in www.federalismi.it, 5 settembre 2007, 9-10.

¹⁷ Cfr. C. Salazar, *La motivazione nella più recente produzione legislativa: niente di nuovo sotto il sole?*, in *Rassegna parlamentare*, 1996, 430-431; G.U. Rescigno, *Qualità della legislazione e principio di legalità*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2000, 160; S. Boccaltte, *Tra norma e realtà*, cit., 10-11; Id., *La motivazione della legge*, cit., 151-152.

vista di una efficace giustiziabilità di quest'ultimo – di introdurre apparati motivazionali nel “contesto dispositivo” degli atti legislativi di allocazione¹⁸.

Nel caso della sent. n. 232, ad ogni modo, sembra difficile non restare perplessi dal modo in cui la Corte ha giustificato la declaratoria di incostituzionalità della norma oggetto del giudizio, e per più di una ragione.

I. Dalla sentenza che qui si commenta pare lecito desumere che la violazione del parametro costituzionale invocato dalla Regione ricorrente prescinde dalla effettiva insussistenza di ragioni in grado di fondare la avocazione in sussidiarietà: è sufficiente il rilievo formale dell'assenza, nel contenuto dispositivo dell'atto, di una motivazione al riguardo. C'è da dire, innanzi tutto, che questa conclusione non è affatto coerente con la giurisprudenza richiamata nella decisione, dal momento che sia la sent. n. 303 del 2003 che la sent. n. 6 del 2004 facevano inequivocabilmente riferimento a valutazioni “sostanziali” delle norme impugnate, prescindendo dalla eventuale allegazione «nel contesto dispositivo», di ragioni a sostegno della avocazione in sussidiarietà¹⁹. Il fondamento della accennata conclusione, inoltre, non è minimamente illustrato dalla sent. n. 232. Al riguardo, sarebbe stato necessario almeno farsi carico dell'orientamento giurisprudenziale sopra ricordato circa l'insussistenza dell'obbligo di motivazione per gli atti legislativi, magari evidenziando come l'eccezione rispetto al principio generale individuato dalla sent. n. 14 del 1964 sia fondata sulla presunzione (ovviamente superabile: ma a questo servirebbe, appunto, la motivazione) della adeguatezza del livello comunale di governo rispetto allo svolgimento delle funzioni implicata dal tenore dell'art. 118, primo comma, Cost.²⁰.

¹⁸ Cfr., per tutti, G.U. Rescigno, *Sulla attuazione del principio di sussidiarietà. Nota per l'audizione dell'11 dicembre 2006 presso le Commissioni Affari costituzionali congiunte di Camera e Senato*, par. 8, reperibile in www.astrid-online.it.

¹⁹ In effetti, nella sent. n. 303 del 2003 è reperibile l'affermazione, che a prima vista parrebbe rilevante al riguardo, secondo cui «quando si intendano attrarre allo Stato funzioni amministrative in sussidiarietà, di regola il titolo del legiferare deve essere reso evidente in maniera esplicita perché la sussidiarietà deroga al normale riparto delle competenze stabilito nell'art. 117 Cost.» (par. 4.1 del *Considerato in diritto*). Tuttavia non si può proprio dire che in questo passo la Corte richieda, ai fini del buon esito dello scrutinio di sussidiarietà, la motivazione della norma legislativa sotto il profilo della inadeguatezza del livello regionale a svolgere la funzione. Ciò per due ragioni: i) innanzi tutto perché il brano citato parrebbe riferirsi più che alla *motivazione*, a quella che – con lessico “comunitario” – potrebbe definirsi *base giuridica* della norma, ossia il titolo di legittimazione che il legislatore statale ritiene di esercitare; ii) in secondo luogo perché tale indicazione è richiesta, secondo la Corte, «di regola», in quello che sarebbe l'assetto preferibile, ma non lo è però da una vera e propria norma giuridica vincolante: e ciò è mostrato chiaramente dal seguito della pronuncia, che riconosce il titolo di intervento dello Stato prescindendo da una sua allegazione formale. Sul passaggio della sent. n. 303 in questione, cfr. G. Scaccia, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, Esi, 2009, 117-118.

²⁰ In relazione a questo approccio (anche se su temi differenti dal principio di sussidiarietà) cfr. C. Salazar, *La motivazione nella più recente produzione legislativa*, cit., 430 ss.

II. Ma è davvero convincente questo ragionamento? Possiamo affermare che, dal momento che la Costituzione introduce una presunzione a favore della spettanza agli enti di minori dimensioni delle funzioni amministrative, il legislatore deve motivare la propria decisione di allocare la medesima agli enti di dimensioni maggiori? Siamo disposti a generalizzare questo modo di ragionare, affermando che tutte le volte in cui la Costituzione introduce una presunzione in favore di un determinato assetto il legislatore debba motivare la propria decisione di discostarsene, pena l'incostituzionalità della legge? Non mi pare che ci siano sufficienti elementi per giungere a queste conclusioni, e per escludere la legittimità costituzionale di un atto normativo che si allontani dalle presunzioni costituzionali ove – pur in assenza di motivazione – ci si convinca dell'esistenza di *buone ragioni* in favore di questa decisione.

III. Il caso del decreto legge può essere utile per mettere alla prova il ragionamento sotteso all'argomentare della sent. n. 232: l'art. 77 Cost. è basato evidentemente sulla presunzione di illegittimità costituzionale dei decreti con forza di legge adottati dal Governo (salvo il caso di una precedente delega legislativa), a meno che non sussistano casi straordinari di necessità e urgenza. Si tratta quindi, anche in questo caso, di una *presunzione superabile*²¹.

Ebbene, proprio in relazione a un decreto legge, in anni recenti, la Corte ha offerto elementi che spingono chiaramente in una direzione opposta rispetto a quella della decisione qui in commento. La sent. n. 171 del 2007, infatti, nel rilevare l'assenza dei necessari presupposti di straordinaria necessità e urgenza, evidenzia come lo scrutinio volto a verificare «se risulti evidente o meno la carenza del requisito della straordinarietà del caso di necessità e d'urgenza di provvedere» debba essere condotto «*alla stregua di indici intrinseci ed estrinseci alla disposizione impugnata*»²². La motivazione contenuta nella disposizione impugnata, se presente – e lo era, nel caso di specie – viene tenuta ovviamente in considerazione. Ma il giudizio circa la legittimità costituzionale della decisione di superare la presunzione costituzionale non si limita a quanto risulta da quest'ultima: è un giudizio sostanziale, a tutto tondo, che fa leva sulla diretta apprensione, da parte dei giudici costituzionali, della realtà

²¹ Efficace è a questo riguardo la sent. n. 171 del 2007, la quale nota come «*tenuto conto del tenore dell'art. 70 Cost.*», la norma di cui all'art. 77 potrebbe apparire superflua «*se non le si attribuisse il fine di sottolineare che le disposizioni dei commi successivi – nel prevedere e regolare l'ipotesi che il Governo, in casi straordinari di necessità e d'urgenza, sotto la sua responsabilità, adotti provvedimenti provvisori con forza di legge, che perdono efficacia se non convertiti in legge entro sessanta giorni – hanno carattere derogatorio rispetto all'essenziale attribuzione al Parlamento della funzione di porre le norme primarie nell'ambito delle competenze dello Stato centrale*» (par. 3 del *Considerato in diritto*). Su questa decisione vedi comunque più avanti, nel testo.

²² Par. 6 del *Considerato in diritto*. Sul punto, efficacemente, S. Boccalatte, *Tra norma e realtà*, cit., 20 ss.

esterna alla disposizione impugnata, e sulla autonoma valutazione dell'una e dell'altra, alla luce delle norme costituzionali.

Mi pare difficile trovare buone ragioni per escludere che un simile approccio debba essere mantenuto anche nella valutazione del superamento della presunzione in favore della attribuzione delle funzioni amministrative in favore degli enti più vicini ai cittadini contenuta nell'art. 118, primo comma, Cost., di cui si discorre nel caso di specie. Certamente la sent. n. 232 del 2011 non offre ragione alcuna.

5. La “vera” ragione di incostituzionalità delle “zone a burocrazia zero”

La motivazione posta dalla sent. n. 232 del 2011 a fondamento della declaratoria di incostituzionalità, dunque, lascia perplessi, perché sposta l'attenzione dagli aspetti sostanziali a quelli formali concernenti la presenza della “motivazione” del provvedimento legislativo. Ciò non vuol dire, tuttavia, che il dispositivo non sia da condividere e che la *questione I* non fosse da accogliere. Tutt'altro. Concentrandosi sugli aspetti sostanziali, infatti, la conclusione della incostituzionalità delle “zone a burocrazia zero”, così come configurate dall'art. 43 del d.l. n. 78 del 2010, appare alla stregua di un esito necessitato.

Il nodo del problema era stato efficacemente individuato dall'atto introduttivo del giudizio: la “genericità” della avocazione in sussidiarietà realizzata dalla norma in questione²³. La norma oggetto del giudizio, infatti, affidava ad una amministrazione statale un “fascio” di funzioni amministrative non determinate, e individuate solo per il tramite della loro relazione con le «nuove iniziative produttive».

Tale genericità rileva in questa sede almeno da due differenti punti di vista. Conviene prendere in considerazione entrambi.

Il primo è quello reso evidente nel contesto della sent. n. 232. Si tratta della circostanza secondo la quale la avocazione in sussidiarietà riguarda funzioni destinate a esplicarsi non solo nell'ambito di materie di competenza esclusiva statale, ma anche in materie di competenza concorrente, o affidate alla “residualità regionale”. Questo profilo è rilevante perché comporta la impossibilità, per lo Stato, di realizzare la allocazione di funzioni operata con la norma impugnata nella misura in cui essa riguardi ambiti materiali ricompresi nel terzo e nel quarto comma dell'art. 117, a meno che non si ritengano sussistenti i requisiti in presenza dei quali è consentito utilizzare lo strumento della c.d. “sussidiarietà legislativa”.

²³ Cfr. il par. 16.2 del ricorso.

Il secondo profilo è strettamente legato al primo, ma mantiene una sua autonomia. Qui la “generalità” rileva non in quanto non consente di “delimitare” gli ambiti materiali nei quali si verte, ma in quanto non consente di individuare le specifiche funzioni in relazione alle quali è necessario compiere la valutazione di adeguatezza-inadeguatezza dei livelli di governo sub-statali ai fini del giudizio di sussidiarietà *ex art.* 118, primo comma, Cost. È evidente che, in mancanza di questa puntuale identificazione, tale giudizio non può essere svolto, poiché la adeguatezza o la inadeguatezza di un livello di governo può essere predicata soltanto in relazione a singole funzioni, o – al più – in relazione a classi di funzioni omogenee²⁴.

Il legame con il primo profilo balza subito agli occhi: come mette in chiaro la giurisprudenza costituzionale, lo strumento della “sussidiarietà legislativa” è utilizzabile solo per dettare norme legislative le quali avochino e disciplinino funzioni amministrative (in materie differenti da quelle di cui al secondo comma dell’art. 117) al cui svolgimento le Regioni devono ritenersi inadeguate. In conseguenza, il primo *test* da affrontare per valutare la correttezza di una “avocazione in sussidiarietà”, operata dallo Stato in una materia diversa da quelle di competenza esclusiva, è la verifica della inadeguatezza del livello regionale allo svolgimento della funzione interessata²⁵.

D’altra parte, però, anche la portata autonoma di questo profilo è evidente. Un problema di rispetto del principio di sussidiarietà, e dunque di giudicare della adeguatezza-inadeguatezza del livello regionale allo svolgimento della funzione, si pone infatti anche in relazione a quei casi che rientrano nell’ambito della competenza statale: quando, dunque, non è in discussione la legittimazione della legge dello Stato ad allocare funzioni amministrative e ci si pone invece il problema del destinatario di tale allocazione. Venuto meno il principio del parallelismo con la riforma costituzionale del 2001, infatti, una legge dello Stato in una materia di competenza esclusiva ben può essere incostituzionale per violazione dell’art. 118, primo comma, Cost., allocando al livello statale una funzione amministrativa allo svolgimento della quale le Regioni potevano essere ritenute idonee.

²⁴ Così, sul punto, l’atto introduttivo del giudizio: «*Per giudicare della adeguatezza-inadeguatezza di un livello territoriale di governo rispetto alla svolgimento di funzioni amministrative è indispensabile prendere in considerazione singole funzioni. Ciò in quanto tale giudizio, sia che faccia leva sull’ambito valutativo coinvolto (sentt. n. 6 del 2004; 196 del 2004, part. par. 29 del Considerato in diritto; 242 del 2005), sia che faccia leva sui possibili effetti negativi che l’eccessiva vicinanza ad interessi radicati nel territorio possa determinare sulla imparzialità della decisione amministrativa (sent. n. 285 del 2005), sia che faccia leva sulla inidoneità delle burocrazie regionali a gestire ingenti quantità di denaro (sent. n. 160 del 2005), non può che essere compiuto in relazione alle caratteristiche specifiche dei singoli e concreti compiti amministrativi dei quali si discute. È del tutto evidente, in altre parole, che per capire se un determinato livello di governo è adeguato allo svolgimento di funzioni amministrative, deve esse considerata la singola funzione, con le sue proprie caratteristiche, poiché da esse dipenderà la valutazione di adeguatezza-inadeguatezza in concreto dell’ente preso in esame*» (par. 16.2 del ricorso).

²⁵ Cfr., ad es., la sent. n. 6 del 2004, par. 6 del *Considerato in diritto*.

6. La censura ignorata dalla Corte

Come si accennava più sopra, nel ricorso introduttivo del giudizio veniva in effetti proposta alla Corte anche la *questione III*, che faceva leva proprio sulle considerazioni da ultimo esposte. Al par. 16.3 di tale atto, infatti, si affermava esplicitamente la illegittimità costituzionale dell'art. 43 del d.l. n. 78 del 2010, per violazione del principio di sussidiarietà di cui all'art. 118, primo comma, Cost., a causa della genericità della allocazione di funzioni, anche ove «*si volesse ritenere esistente un titolo di legittimazione della competenza legislativa statale reperendolo nel comma secondo, o nel comma terzo, dell'art. 117 Cost.*».

Per le ragioni più sopra accennate anche tale questione avrebbe dovuto essere considerata fondata: una allocazione “generica” di funzioni amministrative, caratterizzate anche da notevoli differenze le une dalle altre, non consente di tener conto delle peculiarità di ciascuna di queste ultime. Solo in tal modo, invece, sarebbe possibile ritenere sussistenti, di volta in volta, quelle esigenze di esercizio unitario che giustificano la avocazione al livello statale delle medesime.

Come si accennava, però, la questione di costituzionalità appena richiamata – pur essendo menzionata nella parte narrativa della sentenza – non è stata in alcun modo tenuta in considerazione all'atto della decisione. O almeno, la motivazione non ne porta alcuna traccia. Tale circostanza suscita alcune considerazioni.

Innanzitutto, parrebbe agevole un primo rilievo critico: “ignorare” una questione di costituzionalità è comunque una violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Si potrebbe però ritenere che, nel caso di specie, si tratti di un peccato veniale, dal momento che la decisione è comunque nel senso della incostituzionalità della norma impugnata, e quindi l'esito del giudizio non sarebbe stato significativamente influenzato dall'esame nel merito della questione “ignorata”. Al più – proseguendo in questa direzione – sarebbe stato necessario dichiarare espressamente l'assorbimento di quest'ultima. Ma le cose stanno davvero così? Ci sono buone ragioni per rispondere negativamente.

Come si è evidenziato, infatti, l'incostituzionalità lamentata con questa censura prescindeva dall'ambito materiale in cui ricadevano i procedimenti amministrativi coinvolti: in base a quanto detto poc'anzi, la “genericità” della individuazione delle funzioni avocate allo Stato è in grado di determinare *comunque* la violazione dell'art. 118, primo comma, Cost., anche in relazione a quelle funzioni ricadenti in materie di competenza esclusiva statale, e alla allocazione delle quali, dunque, lo Stato è legittimato ai sensi dell'art. 118, secondo comma, Cost.

Le conclusioni che è necessario trarre da quanto appena esposto sono evidenti. L'esame nel merito della questione "ignorata" non sarebbe stato influente per l'esito del giudizio di costituzionalità. Tutt'altro. Il suo accoglimento avrebbe condotto ad una declaratoria di incostituzionalità "secca" dell'art. 43, e non, invece, limitata alla parte in cui essa si applica anche ai procedimenti amministrativi che si svolgono entro l'ambito delle materie di competenza regionale concorrente e residuale. Come si vede, una differenza non da poco.

A mitigare il giudizio negativo dell'operato della Corte può intervenire, però, la considerazione del modo in cui l'atto introduttivo del giudizio ha prospettato la censura *de qua*. Nel ricorso, infatti, quest'ultima è sì proposta ove «*si volesse ritenere esistente un titolo di legittimazione della competenza legislativa statale reperendolo nel comma secondo, o nel comma terzo, dell'art. 117 Cost.*», ma anche – si tratta della stessa proposizione – «*nella denegata ipotesi in cui non si condividessero le argomentazioni*» poste a fondamento della doglianza accolta dalla sent. n. 232.

Come si vede, il modo in cui la questione è stata sollevata non manca di ambiguità: se la prima espressione suggerisce infatti di interpretare la censura come riferita anche a quella parte della norma destinata a trovare applicazione ai procedimenti che si svolgono in ambiti materiali di competenza esclusiva statale, la seconda pone chiaramente la questione *de qua* in rapporto di subordinazione con quella precedentemente esposta nel ricorso: valorizzando questo secondo aspetto a scapito del primo, dunque, i giudici di Palazzo della Consulta ben potevano evitare di pronunciarsi nel merito, avendo accolto la censura prospettata dalla ricorrente in via principale.

Si tratta di un esito che, se per le considerazioni appena esposte può trovare un qualche fondamento nel modo in cui la Corte era stata sollecitata dalla Regione ricorrente, da altro punto di vista non può che lasciare insoddisfatti, innanzi tutto perché lascia sopravvivere nell'ordinamento, sia pure solo in parte, una norma in relazione alla quale la stessa Corte costituzionale ha mostrato di ritenere sussistenti profili di violazione dell'art. 118, primo comma, Cost., e del principio di sussidiarietà. In secondo luogo, perché una decisione nel merito, e nel senso accennato, avrebbe contribuito a far chiarezza su un punto troppo spesso sottovalutato dalla giurisprudenza costituzionale: il venir meno del principio del parallelismo tra funzioni legislative e funzioni amministrative determinato dall'entrata in vigore della legge cost. n. 3 del 2001. Non sono pochi, infatti, i casi in cui i giudici di Palazzo della Consulta hanno senz'altro deciso per la spettanza statale di una funzione amministrativa sulla scorta della mera affermazione della sussistenza di una competenza legislativa esclusiva dello

Stato in materia²⁶. Viceversa, in base all'art. 118, primo comma, Cost., tale ultimo dato non prova nulla: anche nelle materie di cui al secondo comma Cost. lo Stato potrà attribuire a se stesso funzioni amministrative solo ove ciò risulti giustificato alla luce del principio di sussidiarietà.

7. Cosa ne sarà delle “zone a burocrazia zero”?

La sent. n. 232, dunque, accoglie solo la *questione I*, e in conseguenza limita la declaratoria di illegittimità costituzionale alla parte della normativa censurata destinata ad applicarsi anche ai procedimenti amministrativi che ricadono nell'ambito delle materie di competenza legislativa concorrente o residuale regionale. Formalmente (ma solo formalmente), dunque, la disposizione resta intatta.

Tale esito rende necessario interrogarsi circa la sorte dell'istituto predisposto dall'art. 43 del d.l. n. 78 a seguito dell'intervento della Corte. Al riguardo deve essere considerato soprattutto il disposto secondo il quale, nelle “zone a burocrazia zero”, *«nei riguardi delle (...) nuove iniziative i provvedimenti conclusivi dei procedimenti amministrativi di qualsiasi natura ed oggetto avviati su istanza di parte, fatta eccezione per quelli di natura tributaria, di pubblica sicurezza e di incolumità pubblica, sono adottati in via esclusiva da un Commissario di Governo che vi provvede, ove occorrente, previa apposite conferenze di servizi ai sensi della legge n. 241 del 1990»*. In seguito alla sent. n. 232 tale disposizione potrà applicarsi soltanto in relazione ai procedimenti che siano interamente di competenza dell'amministrazione statale, ovvero in relazione ai procedimenti la cui competenza è allocata dalla legge ad amministrazioni substatali, ma che ricadano integralmente nell'ambito delle materie di cui all'art. 117, secondo comma, Cost. Alla luce di questi rilievi – e anche alla luce della

²⁶ Un esempio può essere quello della sent. n. 249 del 2009, nella quale si respingono le censure regionali avverso le norme concernenti la nuova composizione del Comitato nazionale dell'albo dei gestori ambientali, le cui competenze concernono la *«verifica della sussistenza dei requisiti prescritti dalla legge per lo svolgimento delle attività di raccolta, trasporto, commercio ed intermediazione dei rifiuti, nonché di gestione degli impianti di smaltimento e di recupero degli stessi, da parte delle imprese che chiedano l'iscrizione al medesimo albo, in vista del principale obiettivo della garanzia del rispetto, da parte delle predette imprese, dei livelli omogenei di tutela dell'ambiente, in tutto il territorio nazionale»*. Ebbene, detti organi operano *«in un ambito riconducibile alla materia della tutela dell'ambiente, di competenza esclusiva statale, sicché la riduzione del numero dei componenti di derivazione regionale all'interno dei medesimi non determina alcuna lesione delle sfere di competenza regionale»* (par. 23 del *Considerato in diritto*). La confusione tra il profilo della spettanza della competenza legislativa e quello della allocazione della funzione amministrativa è evidente. In altre circostanze invece la Corte, nel respingere le censure regionali, sovrappone gli aspetti materiali della competenza legislativa e quelli funzionali del principio di sussidiarietà, senza consentire al lettore di individuare con chiarezza la ragione che fonderebbe la legittimità costituzionale della allocazione ad organi statali della funzione *de qua* (cfr., ad es., la sent. 247 del 2009, parr. 3.5. e 3.6 del *Considerato in diritto*). Talvolta, infine, si evidenzia correttamente come la sussistenza di una competenza legislativa esclusiva dello Stato non dice nulla sulla spettanza della funzione amministrativa: così, ad es., nella sent. n. 235 del 2009, al par. 9 del *Considerato in diritto*. Come si vede il punto, nella giurisprudenza costituzionale, è dolente.

circostanza secondo la quale molti dei procedimenti che interessano le (nuove) attività produttive sono ascrivibili a materie di competenza legislativa concorrente, se non regionale residuale – è plausibile ritenere che l’interesse alle suddette “zone”, e la stessa effettiva praticabilità della loro istituzione, siano molto scemati a seguito della declaratoria di incostituzionalità operata dalla sent. n. 232.

Si consideri, infine, che l’istituto delle “zone a burocrazia zero” ha un senso, in quanto strumento di semplificazione amministrativa, nella misura in cui riesce a predisporre una struttura che funga da *interfaccia* unico per il soggetto privato che voglia intraprendere una nuova attività economica, sul modello dello sportello unico per le attività produttive. Dopo la sent. n. 232 tale obiettivo non potrà più essere raggiunto, poiché l’*interfaccia* predisposto dall’art. 43 del d.l. n. 78 del 2010 potrà essere costituito solo per i procedimenti che ricadono nelle materia di competenza esclusiva statale.

8. I livelli essenziali delle prestazioni: l’ambiguità della motivazione

Un ulteriore profilo di interesse della decisione in questione concerne le affermazioni, più sopra citate, che in essa sono reperibili in relazione alla possibilità di considerare le “zone a burocrazia zero” quali esplicitazione della potestà legislativa statale nella materia dei “livelli essenziali delle prestazioni” di cui all’art. 117, secondo comma, lett. m), Cost.

Come sopra evidenziato, in prima battuta la Corte esclude questa possibilità sulla scorta dell’argomento secondo il quale tale titolo «*non può essere invocato se non in relazione a specifiche prestazioni delle quali la normativa statale definisca il livello essenziale di erogazione (sentenze n. 383 e n. 285 del 2005), mediante la determinazione dei relativi standard strutturali e qualitativi, da garantire agli aventi diritto su tutto il territorio nazionale in quanto concernenti il soddisfacimento di diritti civili e sociali tutelati dalla Costituzione stessa*» (par. 5.2 del *Considerato in diritto*). Subito dopo, tuttavia, ritiene di dover aggiungere che «*poiché tale competenza esclusiva, per sua natura trasversale, consente allo Stato una forte restrizione dell’autonomia legislativa delle Regioni allo scopo appunto di assicurare un livello uniforme di godimento dei diritti civili e sociali tutelati dalla Costituzione stessa (sentenza n. 387 del 2007), ad essa evidentemente non può farsi riferimento rispetto ad una scelta legislativa che, prevedendo la possibilità di istituzione di “zone a burocrazia zero” solo in talune parti del territorio statale (il Meridione d’Italia), tende viceversa ad avvantaggiare, rispetto alla generalità degli utenti che intendono intraprendere nuove iniziative produttive, quelli che agiscono nelle suddette zone*». Tali

affermazioni introducono nella decisione alcuni profili di ambiguità che non possono certo essere visti con favore.

In particolare, non è chiaro, nella motivazione della decisione, in che rapporto siano i due argomenti evocati dalla Corte, ossia: *a)* l'affermazione secondo la quale è possibile ricondurre alla materia dei "livelli essenziali" solo norme che prevedano *specifiche prestazioni definite nel loro livello minimo di erogazione, nonché delle quali sia stata operata la determinazione dei relativi standard strutturali e qualitativi*; e *b)* l'affermazione secondo la quale non può essere ascritta all'art. 117, secondo comma, lett. *m)*, Cost., una disciplina che preveda "prestazioni" differenziate per il territorio nazionale, come – appunto – l'art. 43 *de quo*.

Non risulta agevolmente comprensibile, infatti, la relazione sussistente tra tali affermazioni. Secondo una prima ipotesi, sia la *a)* che la *b)* rappresentano autonome e distinte ragioni di incostituzionalità della normativa statale. Questa interpretazione deve però presupporre un sottinteso, non esplicitato dalla sentenza: che l'art. 43 non individua *specifiche prestazioni definite nel loro livello minimo di erogazione* in modo sufficiente per essere ascritto alla citata competenza statale. In quest'ottica il rilievo *sub b)* sarebbe *ad abundantiam*.

La seconda possibilità – proprio facendo leva sulla "lacuna" segnalata – potrebbe essere la seguente: l'affermazione *a)* si limita a richiamare alcune considerazioni generali, presenti nella giurisprudenza costituzionale, circa i livelli essenziali delle prestazioni, mentre l'affermazione *b)* contiene la "vera" ragione della impossibilità di considerare l'art. 43 del d.l. 78 quale esplicazione della competenza statale di cui all'art. 117, secondo comma, lett. *m)*, Cost.

Sia l'argomento *a)* che l'argomento *b)* offrono interessanti spunti di riflessione, anche in relazione alle nuove "zone a burocrazia zero" istituite dall'art. 3 del d.l. n. 70 del 2011. Cominciamo dal primo.

9. Segue: i caratteri strutturali

Cosa è una "prestazione", ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. *m)*, Cost.? Di cosa lo Stato è legittimato a porre i "livelli essenziali"?

In alcune circostanze è facile farsi un'opinione. I servizi sanitari rappresentano probabilmente il caso più agevole: in tale ambito, ad esempio, si è ritenuto che lo Stato ha legittimamente utilizzato il titolo di intervento *de quo* in relazione alle prestazioni di assistenza specialistica

ambulatoriale, ed in particolare le prestazioni terapeutiche e riabilitative e la diagnostica strumentale²⁷, nonché in relazione alla diagnosi precoce in campo oncologico²⁸.

In altre situazioni maturare un punto di vista può essere più difficile. Ma andiamo con ordine, e vediamo, innanzi tutto, quali sono le indicazioni che fornisce la giurisprudenza costituzionale²⁹. Sul punto è possibile prendere le mosse dalla affermazione, contenuta dalla stessa sent. n. 232, e già riportata più sopra, secondo l'art. 117, secondo comma, lett. m), Cost. «non può essere invocato se non in relazione a specifiche prestazioni delle quali la normativa statale definisca il livello essenziale di erogazione (...), mediante la determinazione dei relativi standard strutturali e qualitativi, da garantire agli aventi diritto su tutto il territorio nazionale in quanto concernenti il soddisfacimento di diritti civili e sociali tutelati dalla Costituzione stessa»³⁰. Si tratta di una formula che, con una significativa variante introdotta proprio dalla sentenza in commento, ha ormai carattere tralaticio³¹.

Essa pone alcuni problemi.

Innanzitutto limita la competenza esclusiva dello Stato nella materia in questione alla fissazione dei livelli delle prestazioni di diritti civili e sociali già «tutelati dalla Costituzione stessa». La legge dello Stato, dunque, non potrebbe individuare “nuovi” diritti, oltre a quelli già costituzionalmente riconosciuti, o – al limite – dotati di implicito fondamento costituzionale. Certo, tale approccio risolve il quesito che ci stiamo ponendo in questo paragrafo, poiché, al riguardo, rinvia a un catalogo di diritti costituzionalmente fondati, ma ha un grosso limite: impone un confine alla competenza esclusiva statale del quale non c'è traccia nell'art. 117, secondo comma, Cost., e che non pare essere deducibile per implicito da altre disposizioni della Costituzione³². Non è dunque un caso, probabilmente, che i precedenti della giurisprudenza costituzionale sul punto non contengano una indicazione siffatta: essa rappresenta una “aggiunta” alla formula tradizionale operata dalla sent. n. 232, e – per le ragioni sopra accennate – deve ritenersi erronea. Non possiamo dunque ritenere che lo Stato

²⁷ Sent. n. 203 del 2008, par. 6.3. del *Considerato in diritto*.

²⁸ Sent. n. 45 del 2008, par. 4.1 del *Considerato in diritto*.

²⁹ Una analitica ricognizione della giurisprudenza sul punto, non solo costituzionale, ma anche amministrativa, è reperibile in C. Panzera, *I livelli essenziali delle prestazioni fra giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, in *Federalismo fiscale*, 2009, 133 ss.

³⁰ Par. 5.2 del *Considerato in diritto*.

³¹ Si vedano, oltre alle sentt. nn. 383 e n. 285 del 2005 (rispettivamente ai parr. 3 e 12 del *Considerato in diritto*), citate dalla stessa sent. n. 232, anche le sentt. nn. 207 del 2010 (par. 3.2 del *Considerato in diritto*); 10 del 2010 (par. 6.3 del *Considerato in diritto*); 168 del 2008 (par. 3.2.3 del *Considerato in diritto*); 50 del 2008 (par. 4 del *Considerato in diritto*); 181 del 2006 (par. 4.2 del *Considerato in diritto*); 120 del 2005 (par. 2 del *Considerato in diritto*); 423 e 16 del 2004 (rispettivamente ai par. 7.3.1 e 6 del *Considerato in diritto*).

³² Né, del resto, la sent. n. 232 abbozza alcuna motivazione al riguardo.

sia legittimato a fissare i “livelli essenziali” delle prestazioni inerenti i soli diritti costituzionali.

Depurata dalla recente aggiunta, la formula giurisprudenziale ci dice, dunque, soltanto che il titolo di legittimazione dell’intervento statale può essere invocato soltanto per prestazioni “in senso stretto”, aventi come contenuto un *dare* o un *facere*, delle quali sia anche individuato un “livello minimo”³³. Tale approdo appare confermato anche dalla giurisprudenza con cui la Corte ha escluso, in svariate occasioni, che possano essere legittimate dalla competenza esclusiva in materia di “livelli essenziali” previsioni legislative statali in vario modo connesse alle “prestazioni” in senso stretto, ma certamente distinte da esse, come ad esempio quelle volte a regolare gli aspetti organizzativi di queste ultime, ovvero a provvedere agli aspetti finanziari³⁴. Esso, però, non consente di circoscrivere senz’altro l’ambito dell’art. 117, secondo comma, lett. *m*) ai classici “diritti a prestazione” tipici dello stato sociale. Del resto, ciò è esplicitamente escluso dal tenore letterale della disposizione da ultimo citata, che discorre di «diritti *civili* e sociali».

Al riguardo è sovente invocata l’ipotesi dell’indennizzo in caso di espropriazione per pubblica utilità, che spiega efficacemente un senso in cui può discorrersi di “prestazioni” dovute al privato dalla pubblica amministrazione concernenti quei “diritti civili” richiamati dalla disposizione costituzionale³⁵. I problemi più rilevanti, tuttavia, sono probabilmente relativi all’ambito in relazione al quale la difesa erariale, nel presente caso, aveva invocato l’art. 117, secondo comma, lett. *m*), Cost.: ossia quello delle relazioni tra privato e pubblica amministrazione, con particolare riguardo al procedimento amministrativo.

La questione può essere sintetizzata in questo modo: la legge statale può individuare un *dare* o un *facere* a cui la pubblica amministrazione è tenuta, in generale nei suoi contatti con i privati, e in specie nel procedimento amministrativo, in modo trasversale rispetto alle materie, in ciò legittimata dalla citata disposizione costituzionale?

³³ Una estensione della competenza legislativa statale a profili ulteriori rispetto a un *dare* o un *facere* sembrerebbe invece ammessa da una certa giurisprudenza amministrativa sulla quale si sofferma C. Panzera, *Giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza amministrativa*, cit., 177 ss., part. 181.

³⁴ Escludono che gli aspetti organizzativi dei servizi volti a fornire le prestazioni possano essere ricompresi nell’ambito della lett. *m*) dell’art. 117, secondo comma, Cost., le sentt. nn. 200 del 2009 (par. 27 del *Considerato in diritto*), 371 del 2008 (par. 5 del *Considerato in diritto*), 387 del 2007 (par. 5.1 del *Considerato in diritto*) e 120 del 2005 (par. 2 del *Considerato in diritto*). A escludere che nel medesimo ambito possano essere ricompresi meri finanziamenti di spesa, invece, sono le sentt. nn. 133 del 2010 (par. 3 del *Considerato in diritto*), 168 del 2008 (par. 3.2.3 del *Considerato in diritto*), 50 del 2008 (par. 4 del *Considerato in diritto*) e 423 del 2004 (par. 7.3.1 del *Considerato in diritto*).

³⁵ Sul punto cfr. la sent. n. 73 del 2004, la quale, in un *obiter dictum*, evidenzia come, in relazione all’entità dell’indennizzo «*potrebbe porsi un’esigenza di definizione uniforme*» (par. 9 del *Considerato in diritto*).

La dottrina, al riguardo, si è soffermata sovente sulla possibilità che norme statali sul procedimento amministrativo possano essere ricomprese nell'area indicata dall'art. 117, secondo comma, lett. *m*), proponendo in genere una risposta in senso positivo, anche se quasi mai spingendosi ad individuare con precisione la “prestazione” dell'amministrazione che consentirebbe la ascrizione delle singole norme considerate a tale titolo di intervento³⁶.

La giurisprudenza costituzionale, dal canto suo, suggerisce qualche elemento per rispondere in senso affermativo alla domanda proposta più sopra. Al riguardo è necessario menzionare le note sentt. nn. 398 e 399 del 2006, che hanno considerato legittimata dalla competenza statale in tema di livelli essenziali la normativa concernente l'accesso alle informazioni ambientali, quale *species* del diritto di accesso³⁷. In tale caso non è difficile individuare il *dare* o il *facere* cui è tenuta l'amministrazione. La legislazione offre altri spunti, talvolta più problematici. Rileva a questo riguardo innanzi tutto il ben noto art. 29 della legge n. 241 del 1990, il cui comma 2-*bis* afferma che «*attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione le disposizioni della presente legge concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento, di individuarne un responsabile, di concluderlo entro il termine prefissato e di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa, nonché quelle relative alla durata massima dei procedimenti*». Anche in questi casi non è difficile individuare il *dare* o il *facere* cui è obbligata la pubblica amministrazione nei confronti dei soggetti privati. In altre circostanze, invece, non è così.

La DIA, ad esempio, è stata qualificata “livello essenziale di prestazione” dalla lettera *b*) del comma 1 dell'art. 10, della l. 18 giugno 2009, n. 69 (*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*), il quale ha aggiunto il comma 2-*ter* al citato art. 29 della legge n. 241. Esiste in questo caso un *dare* o un *facere* cui è tenuta l'amministrazione? Soprattutto ove si ascriva il fenomeno della DIA alla sfera

³⁶ Cfr., con varietà di accenti, C.E. Gallo, *La riforma della legge sull'azione amministrativa ed il nuovo titolo V della costituzione*, in www.giustamm.it, il quale propone una lettura molto ampia dei “livelli essenziali”, che consisterebbero nel «complesso delle pretese che il cittadino può vantare nei confronti dell'amministrazione, intesa come amministrazione autorità, e ciò vale segnatamente per i diritti civili, e come amministrazione che eroga servizi e prestazioni, e ciò vale per i diritti sociali» (4); R. Virgilio, *L'applicabilità della L. 241/1990 alla luce del Titolo V della Costituzione*, ivi; A. Celotto, M.A. Sandulli, *Legge n. 241 del 1990 e competenze regionali: un “nodo di gordio”*, anch'esso in www.giustamm.it; R. De Nictolis, *Legge generale sul procedimento amministrativo e legislazione regionale: alla ricerca del procedimento amministrativo nella Costituzione*, in *Il Foro Amministrativo-T.A.R.*, 2004, 1609 ss., part. 1614; G. Fares, *Il procedimento amministrativo*, in G. Corso, V. Lopilato (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2006, 561 ss., spec. 567-569; M. Cocconi, *Il giusto procedimento fra i livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2010, 1021 ss., reperibile anche in www.grupposanmartino.it.

³⁷ Si vedano, rispettivamente, i parr. 5.2 e 2.1 del *Considerato in diritto*. Sul tema cfr. E. Carloni, *Diritti di accesso e livelli essenziali delle prestazioni*, in *Informatica e diritto*, 2008, 45 ss., reperibile anche presso l'indirizzo internet <http://vlex.it/vid/accesso-livelli-essenziali-prestazioni-60055750>.

delle liberalizzazioni, la risposta parrebbe negativa³⁸. In tal senso, del resto, pare che si sia mossa la giurisprudenza costituzionale, la quale – con la sent. n. 303 del 2003 – ha ritenuto che la base costituzionale per la DIA in materia edilizia andasse reperita non già nell’art. 117, secondo comma, lett. m), quanto piuttosto nella competenza dello Stato a stabilire principi fondamentali in materia di governo del territorio³⁹. Analoghe difficoltà, ovviamente, presenta l’istituto della SCIA (*segnalazione certificata di inizio attività*), introdotto dal comma 4-bis dell’art. 49 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (*Misure urgenti di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*), nel testo integrato dalla relativa legge di conversione. Per quanto il successivo comma 4-ter del medesimo art. 49 preveda che «*il comma 4-bis attiene alla tutela della concorrenza ai sensi dell’articolo 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, e costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ai sensi della lettera m) del medesimo comma*», non pare che tale ascrizione sia corretta. Non è ravvisabile, infatti, alcuna “prestazione”, nel senso evidenziato più sopra: nessun *dare* o *facere* è imposto alla pubblica amministrazione ed è esigibile dal privato. Ci si limita ad intervenire sul regime giuridico di una attività privata, e sui modi in cui questa può essere iniziata⁴⁰.

Provando a tirare le somme in relazione alle “zone a burocrazia zero”, pare evidente che non bisogna farsi ingannare dalla rilevata ambiguità della sent. n. 232. Lo studio della giurisprudenza pregressa, nel cui solco si colloca tale decisione (sia pure con la novità sopra segnalata) ci consegna con chiarezza questa conclusione: la normativa oggetto del giudizio non può essere ritenuta adottata in attuazione dell’art. 117, secondo comma, lett. m), Cost., non solo perché ha un ambito di applicazione limitato a «*talune parti del territorio statale*», ma anche perché non pone, a carico dell’amministrazione (e a beneficio del privato) alcun

³⁸ Come è noto, in dottrina e nella giurisprudenza amministrativa si contendono il campo due differenti modi di vedere la DIA. Secondo un primo approccio essa sarebbe da ricondurre al fenomeno delle liberalizzazioni, mentre secondo il punto di vista opposto andrebbe ascritto a quello della semplificazione amministrativa. Nella sent. n. 303 del 2003 della Corte costituzionale, al par. 11.2 del *Considerato in diritto*, è contenuto uno spunto nel secondo senso.

L’impossibilità di leggere nella DIA un obbligo di *dare* o *facere* a favore del privato, ove si propenda per il primo corno dell’alternativa è evidente. Anche nell’ipotesi opposta, tuttavia, mi pare necessario giungere alle medesime conclusioni, poiché non si sarebbe di fronte ad altro che ad una particolare organizzazione procedimentale volta al conseguimento di un atto amministrativo, certo finalizzata a sveltire i tempi dell’azione della pubblica amministrazione, ma senza individuare una specifica prestazione. In sintesi, anche ove si preferisse la configurazione “pubblicistica” della DIA, essa non sarebbe altro che un particolare modo di organizzare il procedimento e di disciplinare la formazione dell’atto. Nessun obbligo di *fare* o *dare* a carico dell’amministrazione, e a beneficio del privati, dunque.

³⁹ Cfr. il par. 11.2 del *Considerato in diritto*.

⁴⁰ Tale conclusione è supportata anche dal comma 6-ter dell’art. 19 della legge n. 241, introdotto dalla lett. c) del comma 1 dell’art. 6, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (*Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*), ai sensi del quale «*la segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività si riferiscono ad attività liberalizzate e non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili*».

preciso obbligo di *dare* o *facere*, limitandosi a predisporre un assetto organizzativo del procedimento amministrativo, in particolare allocando allo Stato un fascio di funzioni amministrative. Leggendo la sent. n. 232 alla luce del filone giurisprudenziale nel quale la medesima si colloca l'ambiguità è sciolta, e sia l'argomento *a)* che l'argomento *b)* rappresentano, in essa, autonome e distinte ragioni che impediscono di ritenere la normativa statale fondata sul parametro costituzionale da ultimo richiamato.

10. Segue: la differenziazione territoriale

Anche l'argomento *b)*, appena richiamato, suscita peraltro qualche riflessione.

A prima vista parrebbe che la lettera e la *ratio* dell'art. 117 secondo comma, lett. *m)*, Cost., non concedano alcuno spazio alla differenziazione territoriale. I livelli essenziali delle prestazioni devono essere garantiti *su tutto il territorio nazionale*: Si tratta, evidentemente, di uno strumento pensato proprio come *argine* alla differenziazione territoriale, come "rete di sicurezza" che può anche essere attivata nel caso di "fallimento" dell'ordinaria distribuzione delle funzioni amministrative imperniata sul principio di sussidiarietà tramite lo strumento del potere sostitutivo straordinario⁴¹. Nella fissazione dei livelli essenziali delle prestazioni, dunque, parrebbe esclusa la possibilità di introdurre differenziazioni di trattamento su base territoriale.

Alcuni spunti offerti dalla giurisprudenza costituzionale, tuttavia, suggeriscono di limitare la portata di tale conclusione.

I giudici di Palazzo della Consulta, in più di una circostanza, hanno condivisibilmente evidenziato come il legislatore statale possa legittimamente decidere di differenziare il livello delle prestazioni, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. *m)*, su base personale. La sent. n. 121 del 2010, ad esempio, nel riconoscere che la legislazione dello Stato concernente l'offerta abitativa di alloggi sociali possa essere fondata su tale base costituzionale⁴² ha evidenziato che la individuazione prioritaria dei destinatari «rientra a pieno titolo nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, che deve avere carattere soggettivo, oltre che oggettivo, giacché occorre sempre tener presente le differenti condizioni di reddito, che incidono in modo diretto sulla fissazione del singolo "livello minimo", da collegare alle concrete situazioni dei soggetti beneficiari»⁴³. La precedente sent. n. 203 del 2008, concernente le

⁴¹ Sul potere sostitutivo straordinario come strumento predisposto dalla Costituzione per il caso del "fallimento della sussidiarietà" sia consentito rinviare a S. Pajno, *I poteri sostitutivi nei confronti degli enti territoriali*, Palermo, :duepunti, 2007, cap. V, in part. il par. 3.

⁴² Per un precedente in tal senso si veda anche la sent. n. 166 del 2008, par. 7 del *Considerato in diritto*.

⁴³ Par. 7 del *Considerato in diritto*.

prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale, ha inoltre evidenziato non solo che è compatibile con il titolo di intervento statale *de quo* la determinazione di misure di compartecipazione economica degli assistiti, ma anche che tale compartecipazione può assumere sia la forma di un ticket fisso, sia quella di contributi variabili, purché tali criteri abbiano carattere omogeneo tra le varie Regioni, poiché «dell’offerta concreta fanno parte non solo la qualità e quantità delle prestazioni che devono essere assicurate sul territorio, ma anche le soglie di accesso, dal punto di vista economico, dei cittadini alla loro fruizione»⁴⁴.

Il “livello essenziale” di una prestazione, dunque, può essere fissato dallo Stato tenendo conto anche delle diverse condizioni in cui versano i potenziali beneficiari, facendosi carico delle differenti situazioni di bisogno di questi ultimi. In base, come si diceva, ad una *differenziazione personale*. Il nodo che in questa sede interessa, però, è che nella valutazione sottesa alla differenziazione personale possono legittimamente incidere fattori *territoriali*. Una differenziazione personale in base al reddito, ad esempio, può essere calibrata anche tenendo conto del differente potere d’acquisto che il medesimo reddito ha in realtà territoriali differenti.

In sintesi, non si può non concordare con l’affermazione della sent. n. 232 del 2011, secondo la quale la lett. m) dell’art. 117, comma secondo, Cost., non può essere invocata in relazione ad interventi che si rivolgano solo a parte del territorio nazionale. Ciò non equivale, però, a sostenere che i fattori territoriali non possano *in alcun modo* incidere nella identificazione del livello delle prestazioni, potendo viceversa essere considerati nell’ambito di una più generale differenziazione a base personale.

Applicando queste conclusioni al caso in esame, la decisione della Corte appare ineccepibile: le “zone a burocrazia zero” non considerano il fattore territoriale quale elemento di una differenziazione personale, ma realizzano una vera e propria “differenziazione a base territoriale” che impedisce di ricondurle alla competenza esclusiva statale in materia di “livelli essenziali delle prestazioni”.

11. Segue: può lo Stato utilizzare questo titolo di legittimazione per avocare funzioni amministrative?

Il caso che qui ci occupa può inoltre stimolare a chiedersi se – al di là degli ostacoli sui quali ci si è soffermati negli ultimi paragrafi – una norma del legislatore nazionale con la quale viene allocata allo Stato una funzione amministrativa possa mai essere legittimata dall’art.

⁴⁴ Par. 7 del *Considerato in diritto*.

117, comma secondo, lett. *m*), Cost. Il quesito, peraltro, ha una sua attualità in quanto capita non di rado che l'Avvocatura dello Stato difenda norme siffatte nel giudizio principale invocando la disposizione costituzionale da ultimo menzionata.

Nella giurisprudenza degli anni immediatamente successivi alla riforma costituzionale del 2001 il problema pareva essere stato risolto in senso negativo. Ecco quanto affermava la sent. n. 320 del 2004:

«È del tutto estranea al secondo comma dell'art. 117 Cost. la trasformazione, ipotizzata dall'Avvocatura generale, del potere statale di predeterminazione normativa dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali in questa particolare materia in una loro diretta "realizzazione" da parte dello Stato, a correzione di ipotetiche "discipline sbilanciate" poste in essere dalle singole Regioni. Ai sensi del nuovo Titolo V della seconda parte della Costituzione, lo Stato dispone di altri strumenti per garantire un uso corretto dei poteri regionali: a tal fine rilevano, in particolare, proprio la eventuale predeterminazione normativa da parte dello Stato dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, nonché l'attribuzione al Governo, ai sensi del secondo comma dell'art. 120 Cost., del potere di intervenire in via sostitutiva pure a "tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali"»⁴⁵.

Dunque, nessuna "diretta prestazione" può essere fondata sull'art. 117, secondo comma, lett. *m*): questa disposizione legittima soltanto all'esercizio del potere normativo e, in combinato disposto con l'art. 120, secondo comma, Cost., alla "prestazione sostitutiva" in caso di inadempienza degli enti competenti.

Di recente, però, le cose sono cambiate.

La Corte costituzionale, infatti, nella sent. n. 10 del 2010, ha ritenuto di dover rispondere positivamente al quesito sopra indicato, sia pure individuando alcuni limiti e condizioni. Nella citata decisione, infatti, si legge che:

«(l'art. 117, comma secondo, lett. *m*) può (...) essere invocato anche nei particolari casi in cui la determinazione del livello essenziale di una prestazione non permetta, da sola, di realizzare utilmente la finalità di garanzia dallo stesso prevista (espressiva anche dello stretto legame esistente tra tale parametro ed i principi di cui agli artt. 2 e 3, secondo comma, Cost.). In

⁴⁵ Par. 7 del *Considerato in diritto*.

particolare, la ratio di tale titolo di competenza e l'esigenza di tutela dei diritti primari che è destinato a soddisfare consentono di ritenere che esso può rappresentare la base giuridica anche della previsione e della diretta erogazione di una determinata provvidenza, oltre che della fissazione del livello strutturale e qualitativo di una data prestazione, al fine di assicurare più compiutamente il soddisfacimento dell'interesse ritenuto meritevole di tutela (sentenze n. 248 del 2006 e n. 383 e n. 285 del 2005), quando ciò sia reso imprescindibile, come nella specie, da peculiari circostanze e situazioni, quale una fase di congiuntura economica eccezionalmente negativa.

Un tale intervento da parte dello Stato deve, in altri termini, ritenersi ammissibile, nel caso in cui esso risulti necessario allo scopo di assicurare effettivamente la tutela di soggetti i quali, versando in condizioni di estremo bisogno, vantino un diritto fondamentale che, in quanto strettamente inerente alla tutela del nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana, soprattutto in presenza delle peculiari situazioni sopra accennate, deve potere essere garantito su tutto il territorio nazionale in modo uniforme, appropriato e tempestivo, mediante una regolamentazione coerente e congrua rispetto a tale scopo»⁴⁶.

Dunque, la competenza statale in materia di "livelli essenziali delle prestazioni" può fondare anche la «*diretta erogazione di una determinata provvidenza*», nel caso in cui: a) «ciò sia reso imprescindibile (...) da peculiari circostanze e situazioni, quale una fase di congiuntura economica eccezionalmente negativa»; b) l'intervento in questione «risulti necessario allo scopo di assicurare effettivamente la tutela di soggetti i quali, versando in condizioni di estremo bisogno, vantino un diritto fondamentale che, in quanto strettamente inerente alla tutela del nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana deve potere essere garantito su tutto il territorio nazionale in modo uniforme, appropriato e tempestivo».

⁴⁶ Par. 6.3 del *Considerato in diritto*.

Desti perplessità, peraltro, il richiamo alle sentt. nn. 248 del 2006, e 383 e 285 del 2005, operato dal passo citato nel testo, poiché tale decisioni appaiono addirittura essere invocate in favore della direzione opposta di quella prescelta dalla sent. n. 10 del 2010. In particolare, si consideri questo passo della citata sent. n. 248, tratto dalla precedente sent. n. 383: «*il potere di predeterminare eventualmente – sulla base di apposite disposizioni di legge – i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, anche nelle materie che la Costituzione affida alla competenza legislativa delle Regioni, non può trasformarsi nella pretesa dello Stato di disciplinare e gestire direttamente queste materie, escludendo o riducendo radicalmente il ruolo delle Regioni. In ogni caso, tale titolo di legittimazione può essere invocato solo in relazione a specifiche prestazioni delle quali la normativa nazionale definisca il livello essenziale di erogazione, mentre esso non è utilizzabile al fine di individuare il fondamento costituzionale della disciplina, da parte dello Stato, di interi settori materiali*» (così la sentenza n. 383 del 2005, ma anche la sentenza n. 285 del 2005)» (par. 4.1 del *Considerato in diritto*). Dunque, l'art. 117, secondo comma, lett. m), Cost., non può fornire il fondamento per "gestire direttamente" l'erogazione delle prestazioni nel loro livello essenziale, ma può soltanto costituire la base giuridica per la "definizione del livello essenziale di erogazione delle prestazioni".

Sul punto è innanzi tutto possibile notare come le condizioni appena evocate non consentano di ritenere l'art. 43 del d.l. n. 78 del 2010 legittimato dal titolo di intervento statale in materia di livelli essenziali: se qualche dubbio potrebbe sussistere per la condizione *sub a)*, in considerazione della ben nota congiuntura economica del momento presente⁴⁷, certamente non può dirsi soddisfatta la condizione *sub b)*. La istituzione di “zone a burocrazia zero”, per quanto possa ritenersi politicamente importante la semplificazione amministrativa, non pare proprio essere volta al soddisfacimento di diritti fondamentali inestricabilmente connessi alla dignità della persona umana.

Ad ogni modo – ed a prescindere dalle caratteristiche del caso concreto – il punto di vista della giurisprudenza costituzionale non pare condivisibile. Cerchiamo di capire perché.

Al riguardo un primo elemento di riflessione è suggerito dalla considerazione secondo la quale nelle (altre) materie contenute nell'art. 117, secondo comma, Cost., lo Stato non ha alcun bisogno di invocare il titolo di legittimazione della lett. *m)* per fissare il livello di una prestazione: può senz'altro utilizzare la competenza materiale in questione. Se poi la prestazione dovrà essere offerta dall'amministrazione statale o da quelle degli enti territoriali substatali è un problema differente, che andrà valutato alla stregua dell'art. 118, primo comma, Cost. In conseguenza è possibile affermare che la disposizione concernente i “livelli essenziali delle prestazioni” serve allo Stato in relazione ad ambiti materiali affidati alla competenza concorrente ovvero alla potestà legislativa residuale regionale⁴⁸. Anche in questo caso, tuttavia, il problema del *quid* viaggia su binari differenti da quello del *quis*. L'art. 117, secondo comma, Cost., abilita la legge statale a determinare il *quid* (ossia la prestazione) mentre non offre alcun elemento per ritenere che il *quis* possa essere individuato nell'amministrazione dello Stato. Ancora una volta, dunque, la norma dalla quale farsi guidare è l'art. 118, primo comma, Cost, ed il principio di sussidiarietà. Se lo Stato ritiene necessario ai fini della adeguatezza della prestazione che la medesima venga offerta dai suoi apparati amministrativi, allora è su quest'ultimo versante che dovrà essere valutata la legittimità costituzionale della pretesa statale: sul versante della inadeguatezza delle amministrazioni degli altri enti territoriali a erogare efficacemente la prestazione in questione.

⁴⁷ ...anche se, a tal fine, andrebbe dimostrata quantomeno la plausibilità di un rapporto di strumentalità tra la adozione della norma in esame e il conseguimento di effetti economici positivi.

⁴⁸ L'argomentazione sviluppata nel testo ha quale implicito presupposto la natura “trasversale” della materia dei “livelli essenziali della prestazione”, in virtù della quale non solo è ben possibile, ma è anche necessario che una norma ricada al contempo in tale materia ed in un diverso ambito materiale di tipi “oggettuali”. Si tratta di un presupposto che – sebbene non privo di aspetti che meriterebbero di essere indagati maggiormente – è generalmente condiviso in dottrina. Sul punto è dunque possibile fermarsi qui.

Per la verità, nelle pieghe della argomentazione della sent. n. 10 del 2010, più sopra citata, pare affacciarsi un test di adeguatezza-inadeguatezza dei livelli substatali: la “diretta prestazione” da parte dello Stato, ai sensi dell’art. 117, secondo comma, lett. m), deve ritenersi consentita solo quando ciò sia «*imprescindibile*» al fine di assicurare la piena garanzia dei diritti *de quibus*: ossia solo quanto la allocazione della funzione alle Regioni non raggiungerebbe tale obiettivo.

Nel caso specifico che riguarda l’attività consistente nel fornire prestazioni ad un livello minimo essenziale, la prova di questa “imprescindibilità” – ossia della inadeguatezza dei livelli regionali – può tuttavia essere davvero diabolica, soprattutto alla luce delle seguenti considerazioni.

I) La individuazione del criterio alla stregua del quale compiere il giudizio di adeguatezza-inadeguatezza sotteso al principio di sussidiarietà è un problema che non può certo essere affrontato in questa sede. Se ci si limita a riferirsi (senza alcuna pretesa di esaustività) ai criteri fino ad ora utilizzati dalla giurisprudenza costituzionale otteniamo però questi risultati⁴⁹:

- in diverse decisioni (ad es., sent. 6 del 2004; sent. n. 196 del 2004; sentt. nn. 242 e 383 del 2005) si fa leva sull’ambito valutativo implicato dall’esercizio della funzione; applicando questo criterio, è evidente che l’esecuzione di un *dare* o di un *facere*, predeterminato legislativamente, da parte di una struttura amministrativa nei confronti di un privato non coinvolge un ambito valutativo necessariamente ultraregionale: questo approccio conduce dunque senz’altro a negare la “imprescindibilità” dell’affidamento allo Stato della funzione ai fini dell’efficace soddisfacimento del diritto;
- in un caso i giudici di Palazzo della Consulta hanno ritenuto inadeguato il livello regionale in virtù della possibilità di «eccessivi condizionamenti localistici» nella gestione delle funzioni *de quibus* (sent. n. 285 del 2005): si tratta di un criterio la cui compatibilità con la stessa struttura logica del principio di sussidiarietà è tutta da verificare, stante il *favor* per la valutazione compiuta ai livelli di governo minori che questo comporta, e considerato che la possibilità di “condizionamenti localistici” è presente nel caso dell’esercizio di qualunque funzione; ad ogni modo, ove si ritenesse di applicarlo al caso dei livelli essenziali bisognerebbe dimostrare che *quella specifica funzione*

⁴⁹ Cfr., sul punto, M. Armanno, *Il principio costituzionale di sussidiarietà. I. Premesse teoriche. Modelli operativi. Esperienza dell’Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2010, 56 ss.

amministrativa, in relazione alla quale lo Stato ha fissato la misura di un *dare* o un *facere* a beneficio del privato, rischia di subire un condizionamento *particolarmente forte* da parte degli interessi locali, e tali da sviarla dal suo corso naturale⁵⁰;

- talvolta, inoltre, la Corte ha fatto riferimento alla “esiguità della somma stanziata” per ritenere adeguato il livello regionale di governo, evidentemente, invece, ritenuto non adeguato a gestire somme di grande entità (sent. n. 160 del 2005). Anche in questo caso il criterio utilizzato appare non in linea con la logica della sussidiarietà. Ove, ad ogni modo, si ritenesse di applicare questo criterio avremmo bisogno di un “misuratore” della “quantità di denaro” che i livelli regionali possono essere ritenuti idonei a gestire che davvero non si sa dove potrebbe essere reperito.

II) A prescindere dal criterio che si ritenga di dover utilizzare per il giudizio di adeguatezza-inadeguatezza ai sensi dell’art. 118, primo comma, Cost., peraltro, esso non potrà mai consistere nella sufficiente disponibilità di risorse economiche, poiché – come la stessa Corte ha evidenziato – nel nostro diritto costituzionale è presente il “*principio di corrispondenza tra funzioni e risorse*”. In base all’art. 119, quarto comma, Cost., infatti, le risorse finanziarie di cui ordinariamente dispongono gli enti territoriali che costituiscono la Repubblica – quindi quelle regolate dai primi tre commi dello stesso art. 119 – «consentono» – ossia «*devono consentire*», come ha precisato la sent. n. 37 del 2004⁵¹ – «di finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite». Insomma: prima vengono le funzioni.

Non è dunque consentito dal nostro diritto costituzionale affidare allo Stato i compiti amministrativi volti ad assicurare direttamente una delle prestazioni di cui all’art. 117, secondo comma, lett. *m*), Cost., sulla base di una inadeguatezza *in astratto* degli enti territoriali substatali legata alla capienza del loro bilancio⁵².

III) Infine, coerentemente con quanto appena evidenziato, la Costituzione prende *esplicitamente* in considerazione l’ipotesi in cui uno o più enti territoriali substatali si mostrino, in concreto, inadeguati a fornire le prestazioni nel loro livello essenziale individuato dallo Stato ai sensi dell’art. 117, secondo comma, lett. *m*): viene in considerazione innanzi

⁵⁰ Dal momento che la esposizione al condizionamento da parte degli interessi locali è *sempre* presente, infatti, tale approccio dovrebbe condurre alla assurda conseguenza di ritenere *sempre* inadeguato il livello locale. A meno che non si riesca a dimostrare – come si accennava nel testo – che la funzione considerata è *particolarmente* esposta.

⁵¹ Par. 5 del *Considerato in diritto*.

⁵² In questa prospettiva si muove, del resto, la legge 5 maggio 2009, n. 42 (*Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell’articolo 119 della Costituzione*), e in particolare i suoi artt. 8,9 e 11.

tutto l'art. 120, secondo comma, Cost., in forza del quale, come è noto, il Governo può sostituirsi «*a organi delle Regioni, delle città metropolitane, delle Province e dei Comuni (...) quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*»⁵³.

Si noti peraltro che la sola eccezione prevista al “principio di corrispondenza” evocato più sopra è reperibile ancora nell'art. 119, al comma quinto: si tratta delle “risorse aggiuntive” e degli “interventi speciali” che lo Stato può destinare a determinati enti territoriali, nel caso in cui – tra l'altro – ciò sia necessario «*per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona*». Dunque, si può ritenere, anche quando l'ente territoriale in questione non sia in grado, in concreto, di assicurare le prestazioni concernenti i diritti civili e sociali in modo tale da rendere aderenti al livello minimo essenziale fissato dalla legislazione statale.

In sintesi, dunque, la carenza del bilancio degli enti substatali non potrà mai rappresentare un motivo sufficiente per *non* affidare ai medesimi lo svolgimento di una prestazione amministrativa, neanche una prestazione della quale lo Stato abbia fissato un livello essenziale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. *m*), Cost. In tale circostanza, infatti, lo Stato dovrà o adeguare, tramite gli strumenti del coordinamento della finanza pubblica, le risorse della categoria di enti interessati, se la carenza è sistemica; ovvero, se ad essere carenti risultano singoli enti territoriali, dovrà intervenire con gli strumenti di cui all'art. 119, quinto comma, Cost., o con il potere sostitutivo straordinario di cui all'art. 120, secondo comma, Cost., tra i presupposti di attivazione del quale è compresa proprio l'inadempienza degli enti *sostituendi* dell'obbligo di assicurare i livelli essenziali delle prestazioni. La inadeguatezza finanziaria degli enti substatali, dunque, non può mai rilevare come ragione di inadeguatezza di questi ultimi allo svolgimento della funzione di prestazione dei livelli essenziali, e dunque come prova della “imprescindibilità” del livello statale.

⁵³ Un caso recente di disciplina legislativa della sostituzione straordinaria per la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni è reperibile nell'art. 2, comma 7, del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 149 (*Meccanismi sanzionatori e premiali relativi a regioni, province e comuni, a norma degli articoli 2, 17 e 26 della legge 5 maggio 2009, n. 42*), il quale così prevede: «*Con riguardo a settori ed attività regionali diversi dalla sanità, ove una regione dopo la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni nonché dei relativi costi standard e la definizione degli obiettivi di servizio, non provveda alla attuazione dei citati livelli e al raggiungimento degli obiettivi di servizio in coerenza con le previsioni di cui all'articolo 18 della legge 5 maggio 2009, n. 42, il Presidente della Giunta regionale è nominato commissario ad acta ai sensi dell'articolo 8 della citata legge n. 131 del 2003, per l'esercizio dei poteri sostitutivi*».

12. A proposito delle “nuove” zone a burocrazia zero

Come si accennava nel primo paragrafo, di recente l’istituto delle “zone a burocrazia zero” è stato ripreso dalla legislazione statale. Si consideri, al riguardo, l’art. 3, commi 4 e 6, del d.l. 13 maggio 2011, n. 70 (*Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l’economia*). La prima delle disposizioni citate prevede la possibilità di istituire, *«nei territori costieri, con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su richiesta delle imprese del settore che operano nei medesimi territori, previa intesa con le Regioni interessate, i Distretti turistico-alberghieri con gli obiettivi di riqualificare e rilanciare l’offerta turistica a livello nazionale e internazionale, di accrescere lo sviluppo delle aree e dei settori del Distretto, di migliorare l’efficienza nell’organizzazione e nella produzione dei servizi, di assicurare garanzie e certezze giuridiche alle imprese che vi operano con particolare riferimento alle opportunità di investimento, di accesso al credito, di semplificazione e celerità nei rapporti con le pubbliche amministrazioni»*. Il successivo comma 6, invece, dispone che *«i Distretti costituiscono “Zone a burocrazia zero” ai sensi dell’articolo 43 del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, e ai medesimi si applicano le disposizioni di cui alle lettere b) e c) del comma 2 del predetto articolo 43»*.

Possono essere ritenute costituzionalmente legittime tale previsioni?

Il percorso sin qui seguito conduce decisamente verso una risposta negativa, per le seguenti ragioni.

I. Innanzi tutto, è evidente che la violazione degli artt. 117, terzo e quarto comma, e 118, primo comma, Cost., più sopra evidenziata, si ripropone anche in questa circostanza: come nel caso dell’art. 43 del d.l. n. 78 del 2010 viene avvocato da parte dello Stato un “fascio” di funzioni amministrative solo genericamente individuato, con ciò rendendosi impraticabile il giudizio di adeguatezza-inadeguatezza sotteso al principio di sussidiarietà. Di conseguenza la norma è incostituzionale sia perché riguarda anche funzioni amministrative ricadenti in materia di competenza concorrente o residuale regionale, senza che ricorrano le condizioni per la c.d. “chiamata in sussidiarietà” della funzione legislativa; sia perché – a prescindere dall’esistenza di un titolo di legittimazione materiale, e dunque anche in relazione a quelle funzioni che ricadono in ambiti di competenza esclusiva statale – realizza una allocazione delle medesime al livello centrale prescindendo dalla inadeguatezza del livello regionale, e dunque in violazione del principio di sussidiarietà.

II. In secondo luogo, neanche in questo caso è possibile ritenere che l’art. 117, secondo comma, lett. m), Cost., valga a fondare la competenza dello Stato ad adottare una norma siffatta. Innanzi tutto per la dirimente considerazione secondo la quale quest’ultima non pone

a carico dell'amministrazione precisi obblighi di *dare* o *facere* a beneficio del privato, e quindi non può essere ritenuta espressiva di "livelli essenziali di prestazione". In secondo luogo perché – come si è provato a mostrare più sopra – la disposizione costituzionale in parola non può giustificare dirette erogazioni di prestazioni da parte dello Stato prescindendo dal principio di sussidiarietà (a parte, evidentemente, il caso della erogazione in sostituzione straordinaria *ex art. 120*, secondo comma, Cost.). Infine, perché – se è vero che la nuova normativa fa venir meno il più macroscopico degli elementi che, secondo la sent. n. 232 del 2011, impediva l'operazione di sussunzione dell'art. 43 del d.l. n. 78 nell'ambito dell'art. 117, secondo comma, lett. *m*), Cost., non limitando la possibilità di istituire le "zone" al Mezzogiorno d'Italia – è però agevole evidenziare che anche le "zone" istituite dalla nuova normativa, coincidendo le medesime con i "distretti turistici" ai sensi dell'art. 3, comma 4, del d.l. n. 70 del 2011, sono limitate a porzioni del territorio nazionale. Anche in relazione alle norme istitutive medesime, dunque, si dovrebbe concludere per la impossibilità di ritenere invocabile, a fondamento dell'intervento statale, l'art. 117, secondo comma, lett. *m*), Cost., che discorre esplicitamente di «*livelli essenziali delle prestazioni (...) che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*».

L'art. 3, comma 6, del d.l. n. 70 del 2011 merita, in chiusura, altre due considerazioni, legate alla tecnica del rinvio che è stata utilizzata per istituire le nuove "zone".

Innanzitutto, deve essere segnalato che, nonostante queste ultime coincidano con i "distretti turistici", le agevolazioni burocratiche esistenti al loro interno non sono assolutamente limitate alle attività produttive concernenti il settore del turismo, poiché di tale limitazione non c'è traccia nella norma oggetto del rinvio.

Infine, appare evidente che – dal momento che tale norma è stata colpita dalla declaratoria di incostituzionalità nei termini sopra precisati – anche gli effetti delle nuove "zone a burocrazia zero" riguarderanno soltanto i procedimenti di competenza dell'amministrazione statale e i procedimenti di altre amministrazioni, ma solo nella misura in cui essi ricadano nell'ambito della competenza esclusiva dello Stato. Il che, come è evidente, allenta ancor di più il legame di queste nuove "zone" con il turismo, dal momento che quest'ultimo rientra, per uniforme riconoscimento giurisprudenziale, nella competenza residuale regionale *ex art. 117*, quarto comma, Cost.