

I poteri sostitutivi statali in materia di fonti rinnovabili nel decreto "Burden sharing"

Pietro Falletta

1. I contenuti essenziali del decreto "Burden sharing"

1. Quadro normativo

Nella Gazzetta Ufficiale n. 78 del 2 aprile 2012, è stato pubblicato il decreto ministeriale 15 marzo 2012, approvato dal Ministero dello Sviluppo economico di concerto con il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del territorio e del Mare, e contenente la ripartizione regionale degli obiettivi italiani al 2020 di incremento delle fonti rinnovabili (cosiddetto "Burden sharing").

All'interno del decreto, vengono definiti e quantificati gli obiettivi intermedi e finali che ciascuna regione e provincia autonoma dovrà conseguire per raggiungere gli obiettivi nazionali fino al 2020, in materia di quota complessiva di energia da fonti rinnovabili sul consumo finale lordo di energia e di quota di energia da fonti rinnovabili nei trasporti.

L'adozione del decreto è stata prevista dal comma 167 dell'articolo 2 della legge n. 244/2007 (legge finanziaria 2008), così come modificato dall'articolo 8-bis del decreto legge 30 dicembre 2008, convertito con modificazioni dalla legge n. 13/2009. Nello specifico, detta norma precisava che il suddetto decreto dovesse tener conto:

- a) della definizione dei potenziali regionali tenendo conto dell'attuale livello di produzione delle energie rinnovabili;
- b) dell'introduzione di obiettivi intermedi al 2012, 2014, 2016 e 2018 calcolati coerentemente con gli obiettivi intermedi nazionali concordati a livello comunitario;
- c) della determinazione delle modalità di esercizio del potere sostitutivo del Governo ai sensi dell'articolo 120 della Costituzione nei casi di inadempienza delle regioni per il raggiungimento degli obiettivi individuati.

Già la norma primaria prevedeva, quindi, l'ipotesi di un intervento sostitutivo del Governo, ex art. 120, comma 2, Cost., da attivare, in questa fattispecie, "nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria", ovvero "quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica ed economica".

L'altro testo normativo di riferimento del decreto ministeriale è rappresentato dal d.lgs. 3 marzo 2011, n. 28 che ha attuato la direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti

rinnovabili¹. In particolare, l'articolo 37, comma 6, rinvia al decreto in esame per definire e quantificare la ripartizione fra regioni e province autonome della quota minima di incremento dell'energia prodotta con fonti rinnovabili, nonché per definire le modalità di gestione dei casi di mancato raggiungimento degli obiettivi da parte delle regioni e delle province autonome. Viene pertanto riservato al decreto, anche in questo caso, il compito di specificare le modalità di intervento in via sostitutiva da parte dello Stato in caso di inadempimento regionale.

1.2. La definizione degli obiettivi

Ai sensi del decreto, il consumo finale lordo di energia di una regione o provincia autonoma è dato dalla somma dei seguenti tre termini:

- a) consumi elettrici, compresi i consumi degli ausiliari di centrale, le perdite di rete e i consumi elettrici per trasporto;
- b) consumi di energia per riscaldamento e raffreddamento in tutti i settori, con esclusione del contributo dell'energia elettrica per usi termici;
- c) consumi per tutte le forme di trasporto, ad eccezione del trasporto elettrico e della navigazione internazionale.

Sono, invece, quattro gli elementi che incidono sul consumo di energia rinnovabile in una regione o provincia autonoma, ovvero:

- a) energia elettrica lorda da fonte rinnovabile prodotta da impianti ubicati nella regione; b) energia termica da fonte rinnovabile per riscaldamento/raffreddamento, prodotta e distribuita, anche mediante teleriscaldamento, da impianti di conversione ubicati nella regione o provincia autonoma, ad esclusione di quelli alimentati con biometano o biogas prelevato da reti di cui al punto d) del presente comma;
- c) biometano prodotto tramite impianti di produzione ubicati nella regione o provincia autonoma e immesso nella rete di distribuzione del gas naturale;
- d) biometano e biogas prodotto tramite impianti di produzione ubicati nella regione o provincia autonoma, immesso in reti di distribuzione private e impiegato per usi termici o di trasporto.

¹ La direttiva assegna ad ogni Stato membro il compito di assicurare che la propria quota di energia da fonti rinnovabili sul consumo finale lordo di energia nel 2020, calcolata secondo i parametri fissati dalle norme europee, sia almeno pari al proprio obiettivo nazionale generale per la quota di energia da fonti rinnovabili per quell'anno. Tali obiettivi nazionali generali obbligatori devono risultare coerenti con l'obiettivo di una quota pari almeno al 20 % di energia da fonti rinnovabili nel consumo finale lordo di energia della Comunità nel 2020.

Stante queste premesse, il decreto ministeriale introduce gli obiettivi regionali intermedi al 2012, 2014, 2016 e 2018 e gli obiettivi finali di contenimento dei consumi finali lordi e di sviluppo delle fonti rinnovabili.

Al riguardo, va anzitutto ricordato che il citato d.lgs. n. 28/2011 ha assegnato all'Italia l'obbligo di utilizzare al 2020 il 17% di energia da rinnovabili sul totale dell'energia consumata (energia elettrica, termica e per i trasporti).

In realtà, l'Italia dovrà arrivare a una produzione energetica nazionale da rinnovabili pari al 14,3%, cioè 17% meno la quota importata, a partire dall'8,2% della produzione attuale.

Inoltre, va precisato che gli obiettivi intermedi e finali per ciascuna regione sono evidentemente differenziati in relazione al diverso livello di produzione energetica ad oggi riscontrabile nelle varie realtà².

L'art. 3 del decreto chiarisce che gli obiettivi intermedi e finali potranno essere conseguiti attraverso una qualsiasi combinazione dei quattro elementi sopra illustrati che incidono sul consumo di energia rinnovabile, nonché attraverso gli strumenti previsti dall'articolo 37, comma 4, del d.lgs. n. 28/2011.

Al riguardo, il successivo art. 4 indica, in via orientativa, gli strumenti principali che consentono alle regioni di perseguire prioritariamente il contenimento dei consumi finali lordi.

In termini generali, le regioni possono:

- a) sviluppare modelli di intervento per l'efficienza energetica e le fonti rinnovabili su scala distrettuale e territoriale;
- b) integrare la programmazione in materia di fonti rinnovabili e di efficienza energetica con la programmazione di altri settori.

Più nello specifico, le attività che regioni e province autonome possono favorire per il perseguimento degli obiettivi fissati dal decreto sono le seguenti:

- a) misure e interventi nei trasporti pubblici locali, negli edifici e nelle utenze delle regioni e delle province autonome, nonché degli enti locali;
- b) misure e interventi di riduzione del traffico urbano;
- c) interventi per la riduzione dei consumi di energia elettrica nell'illuminazione pubblica e nel settore idrico;

² Regioni come Emilia-Romagna, Marche, Puglia, Basilicata, Campania, Liguria, Sicilia e Sardegna, dovranno moltiplicare per due o più la produzione da rinnovabili, mentre è invece richiesto molto meno a regioni come la Valle d'Aosta e il Trentino Alto Adige che sono già molto avanti sull'utilizzo delle fonti rinnovabili.

- d) diffusione degli strumenti del finanziamento tramite terzi e dei servizi energetici;
- e) incentivazione dell'efficienza energetica, nei limiti di cumulabilità fissati dalle norme nazionali.

1.3. Verifica degli obiettivi e monitoraggio

L'articolo 5 del decreto prevede modalità alquanto macchinose, e in parte incerte, di monitoraggio e verifica del raggiungimento degli obiettivi da parte delle Regioni.

Al riguardo, è previsto che l'attività di verifica decorra dal 2013, e sia svolta entro il 31 dicembre di ciascun anno dal Ministero dello Sviluppo economico, che controllerà per ciascuna regione e provincia autonoma la quota del consumo finale lordo di energia coperta da fonti rinnovabili, riferita all'anno precedente. L'esito della verifica annuale è comunicato al Ministero dell'Ambiente, al Ministero per i beni e le attività culturali, alla Presidenza del Consiglio dei ministri e alle regioni, con proposta di discussione in Conferenza Stato-regioni nonché, in caso di mancato conseguimento degli obiettivi intermedi, per l'esercizio dei poteri sostitutivi di cui al successivo articolo 6.

Va precisato che l'accennato sistema di verifica e monitoraggio è rimesso all'effettiva realizzazione della metodologia che si innesta all'interno del complesso sistema nazionale per il monitoraggio statistico dello stato di sviluppo delle fonti rinnovabili, previsto dall'art. 40 del d.lgs. n. 28/2011, ed applicato per rilevare i dati necessari a misurare, ai fini delle comunicazioni alla Commissione europea, il grado di raggiungimento degli obiettivi nazionali.

Il decreto in esame fissa un rapporto di assoluta interdipendenza tra questa metodologia e l'attività di verifica sul raggiungimento degli obiettivi regionali, tanto da ritenere possibile la verifica solo "a partire dall'anno successivo a quello dal quale risulti attivo il sistema statistico nazionale in materia di energia integrato secondo quanto previsto dall'art. 40, comma 1, del decreto legislativo n. 28 del 2011".

In definitiva, la mancata attivazione del sistema nazionale di monitoraggio inibisce al Governo qualsiasi attività di verifica sul raggiungimento degli obiettivi di ciascuna regione e, parimente, gli impedisce qualsiasi intervento in via sostitutiva.

Infine, il decreto prevede che, al fine di assicurare modalità coordinate e condivise di realizzazione, monitoraggio e verifica degli obiettivi, il Ministero dello Sviluppo economico istituisca un Osservatorio quale organismo permanente di consultazione e confronto tecnico sulle modalità di raggiungimento degli obiettivi regionali, nonché di supporto e di scambio di buone

pratiche in particolare finalizzate al contenimento dei consumi finali nell'ambito delle politiche territoriali³.

Annualmente, l'Osservatorio analizza il grado di raggiungimento degli obiettivi e le cause di eventuali scostamenti, proponendo le conseguenti azioni ritenute idonee al superamento delle circostanze impeditive.

In occasione del monitoraggio dell'anno 2016, qualora risultasse uno scostamento dall'obiettivo nazionale superiore al 20%, l'Osservatorio ne dovrà individuare le cause al fine di proporre al Ministero dello Sviluppo economico l'adozione di provvedimenti diretti a superare le criticità, anche attraverso la rimodulazione degli obiettivi regionali, dopo aver accertato l'efficacia e la qualità delle misure attivate da ciascuna regione e provincia autonoma, nonché il rispetto degli adempimenti di cui al d.lgs. n. 28/2011.

2. Il potere sostitutivo statale

L'art. 6 del decreto disciplina le modalità di gestione dei casi di mancato raggiungimento degli obiettivi da parte delle regioni.

Giova premettere che l'attivazione dei poteri sostitutivi previsti dalla norma sarà possibile solo a decorrere dal 2017, visto che, giusto in base al decreto, gli obiettivi intermedi e finali delle regioni risulteranno vincolanti soltanto a partire dal 2016.

L'iniziativa statale prenderebbe il via qualora le analisi e le verifiche condotte dall'Osservatorio previsto dall'articolo 5 dovessero riscontrare il mancato conseguimento degli obiettivi da parte di una o più regioni o province autonome.

In queste evenienze, il Ministro dello sviluppo economico invita la regione o la provincia autonoma a presentare entro due mesi osservazioni in merito. Entro i successivi due mesi, il Ministro, qualora abbia accertato, tenuto conto delle analisi e verifiche condotte dall'osservatorio, che il mancato conseguimento degli obiettivi è imputabile all'inerzia delle Amministrazioni preposte ovvero all'inefficacia delle misure adottate dalla regione o provincia autonoma, propone al Presidente del Consiglio dei Ministri di assegnare all'ente interessato un termine, non inferiore a sei mesi, per l'adozione dei provvedimenti necessari al conseguimento degli obiettivi.

³ L'Osservatorio è costituito da sedici componenti, di cui otto designati dal Ministero dello sviluppo economico, d'intesa con il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, il Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali e il Ministero per i beni e le attività culturali e otto designati dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano.

Decorso inutilmente detto termine, il Consiglio dei Ministri, sentita la regione interessata, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, adotta i provvedimenti necessari ovvero nomina un apposito commissario che, entro i successivi sei mesi, consegue la quota di energia da fonti rinnovabili idonea a coprire il deficit riscontrato. A tal fine, il commissario ricorre agli strumenti e alle modalità di cui all'articolo 37, comma 1, e comma 4, lettera a), del d.lgs n. 28 del 2011 - ossia a trasferimenti statistici di determinate quantità di energia rinnovabile, con oneri a carico della regione o della provincia autonoma. Alla riunione del Consiglio dei ministri partecipa il Presidente della Giunta della regione interessata al provvedimento, o un suo delegato.

La procedura anzidetta non si applica nel caso di raggiungimento degli obiettivi nazionali, intermedi o finale e può essere attivata solo nel caso in cui siano vigenti tutti i decreti per l'attuazione delle misure di sostegno per la produzione di energia elettrica e di energia termica da fonti rinnovabili previsti dal d.lgs. n. 28/2011.

Va evidenziato più di qualche dubbio in merito alla legittimità della procedura sostitutiva prevista dall'art. 6 del decreto.

In particolare, alla luce dei ripetuti interventi della Corte costituzionale sull'istituto del potere sostitutivo⁴, è possibile avanzare almeno due ordini di perplessità sul contenuto della disposizione ministeriale: la prima, di carattere strettamente formale, è connessa alla fonte utilizzata per disciplinare il procedimento in questione; la seconda, relativa più al merito del provvedimento, attiene alle garanzie procedurali indispensabili per il corretto esercizio del potere sostitutivo.

Quanto al primo profilo, è evidente che l'intera procedura sostitutiva non è disciplinata dalla legge ma dal regolamento ministeriale in esame, e quindi pone seri profili di legittimità rispetto al dettato costituzionale, che impone un intervento legislativo per la previsione e la disciplina dei poteri sostitutivi statali.

Al riguardo, è vero che la previsione con decreto ministeriale di poteri sostitutivi statali "nei casi di inadempienza delle regioni per il raggiungimento degli obiettivi individuati" è espressamente richiesta dal comma 167 dell'articolo 2 della legge n. 244/2007 (legge finanziaria 2008), così come modificato dall'articolo 8-bis del decreto legge 30 dicembre 2008, convertito con modificazioni dalla legge n. 13/2009. Nello specifico, detta norma precisava che il suddetto decreto dovesse tener

⁴ Si rinvia, *ex multis*, alle sentenze della Corte costituzionale n. 313 del 2003, e nn. 43, 69, 70, 71, 72, 73 e 112 del 2004.

conto, tra l'altro: "della determinazione delle modalità di esercizio del potere sostitutivo del Governo ai sensi dell'articolo 120 della Costituzione".

Già la norma primaria prevedeva, quindi, l'ipotesi di un intervento sostitutivo del Governo, ex art. 120, comma 2, Cost., da attivare, come chiarisce il decreto ministeriale nel proprio preambolo, "nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria", ovvero "quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica ed economica".

Tuttavia, tale previsione non pare idonea a rispettare il dettato dell'art. 120, comma 2, Cost., in particolare alla luce dell'univoca giurisprudenza costituzionale che richiede espressamente una legge per la previsione e per la disciplina dei poteri sostitutivi, e che sempre alla legge riserva il compito di definire i presupposti sostanziali e procedurali dell'intervento statale.

Nel caso di specie, la disciplina della procedura sostitutiva è integralmente contenuta nel decreto, e quindi nella fonte secondaria, con conseguente dubbia legittimità sia del decreto stesso, sia pure del citato comma 167 dell'articolo 2 della legge n. 244/2007, per contrasto con l'art. 120, comma 2, Cost..

Ammesso che sia superabile la predetta obiezione sul piano della legittimità della fonte utilizzata, vanno posti in evidenza ulteriori dubbi nel merito del provvedimento, in particolare con riguardo al rispetto del principio di leale cooperazione che costituisce, ormai, la leva essenziale per il funzionamento del sistema di riparto delle funzioni amministrative, soprattutto in presenza di esigenze "riallocative" di funzioni la cui titolarità spetterebbe a regioni o enti locali⁵.

Nel caso di specie, occorre verificare se le garanzie procedurali previste dal decreto ai fini dell'esercizio del potere sostitutivo risultino congrue nonché idonee a consentire all'ente sostituito di interloquire con gli organi deputati alla sostituzione, secondo quanto imposto dalle disposizioni

⁵ Per una lettura del principio di leale collaborazione come momento concertativo in cui si risolve l'applicazione del principio di sussidiarietà, cfr. G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli 2009, 44 ss.; sottolinea la necessità che un'applicazione esclusivamente procedimentale e concertativa del principio di sussidiarietà non comprometta la centralità dell'amministrazione comunale, G.C. DE MARTIN, *La funzione amministrativa tra Regioni ed enti locali*, in *Dir. Pubbl.*, 2005, 978; sempre in chiave critica verso una declinazione del principio di sussidiarietà che si esaurisca nel momento concertativo, cfr. F. BASSANINI, *La Repubblica della sussidiarietà. Riflessioni sugli articoli 114 e 118 della Costituzione*, in *www.astrid-online.it*, 2007, 9-10; A. D'ATENA, *Dimensioni e problemi della sussidiarietà*, in G.C. DE MARTIN, *Sussidiarietà e democrazia. Esperienze a confronto e prospettive*, Padova 2008, 31 ss.; S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2004, 3; A. ANZON, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regione*, in *Giur. cost.*, 2003, 2788, secondo cui esaltare il momento concertativo rischia «di svalutare se non di negare la forza giuridica del principio di sussidiarietà e configurarlo come principio eminentemente politico, rimesso al compromesso tra gli interessati».

del titolo V, parte seconda, della Costituzione e, soprattutto, dalla giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma del 2001.

Particolare attenzione, va, anzitutto, dedicata ai presupposti dell'intervento sostitutivo che, all'interno del decreto in esame, vengono esplicitati nel preambolo attraverso un richiamo diretto all'art. 120, comma 2, Cost. e, in particolare, al caso di "mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria", nonché "quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica ed economica".

In altri termini, il decreto individua quali presupposti per l'attivazione dei poteri sostitutivi statali le condizioni di carattere "straordinario" tipizzate nell'art. 120, comma 2, Cost. espressamente richiamato⁶. Inoltre, la procedura prevista dal decreto è modellata su quella di cui all'art. 8 della l. n. 131/2003 (cd. legge La Loggia)⁷, che, in attuazione dell'art. 120 Cost., prevede lo strumento della previa diffida alla regione, con la concessione di un termine non inferiore a sei mesi per intervenire, e la successiva sostituzione da parte del Consiglio dei ministri, in via diretta o attraverso un commissario *ad acta*, sentita la regione e alla presenza del Presidente della stessa.

Astrattamente, quindi, la norma rispetta tanto il richiamo ai presupposti costituzionali di attivazione del potere sostitutivo, quanto le garanzie procedurali previste in termini generali dalla legge La Loggia.

In realtà, occorre verificare l'effettiva correttezza di questi riferimenti normativi, giacché il rinvio alle forme e alle modalità del potere sostitutivo ex art. 120 Cost., è legittimo solo se, nel caso di specie, sussistano realmente i presupposti per ricorrere a detto istituto straordinario.

Al riguardo, un aspetto cruciale è quello relativo alla portata generale dell'art. 120 Cost. ed al suo rapporto con altre forme di intervento.

Infatti, visto il carattere "straordinario" della previsione dell'intervento sostitutivo ex art. 120, comma 2, Cost., la Corte costituzionale ha affermato la natura non esaustiva della disposizione ed

⁶ Sulla natura "tassativa" dei presupposti previsti dall'art. 120, comma 2, Cost, cfr. E. GIANFRANCESCO, *Il potere sostitutivo*, in T. GROPPI - M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino 2001, 185 ss; G. FONTANA, *I poteri sostitutivi nella Repubblica delle autonomie*, in www.issirfa.cnr.it, 2005, 13; C. MAINARDIS, *I poteri sostitutivi: una riforma costituzionale con (poche) luci e (molte) ombre*, in *Le Regioni*, 2001, 1383; F. GIUFFRÈ, *Note minime sui poteri sostitutivi e unità della Repubblica alla luce della recente legge 131 del 2003 (c.d. legge "La Loggia")*, in www.forumcostituzionale.it, 2003, 1 ss..

⁷ Per un commento alla legge La Loggia, con particolare riferimento all'art. 8, cfr. P. CAVALIERI - E. LAMARQUE (a cura di), *L'attuazione del nuovo Titolo V, Parte seconda, della Costituzione - Commento alla legge "La Loggia"*, Torino 2003; F. BASSANINI (a cura di), *Legge "La Loggia" - Commento alla legge 5 giugno 2003, n. 131 di attuazione del Titolo V della Costituzione*, Rimini 2003; G. FALCON (a cura di), *Stato, Regioni ed Enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, Bologna 2003; AA.VV., *Il nuovo ordinamento della Repubblica. Commento alla L. 5 giugno 2003, n. 131 (La Loggia)*, Milano 2003.

ammesso anche la legittimità della previsione di poteri sostitutivi statali di tipo “ordinario” nei confronti delle Regioni⁸.

In particolare, secondo la Corte è consentito, anche nel nuovo sistema dei rapporti tra i livelli istituzionali delineato dalla riforma del 2001, che, accanto all'intervento sostitutivo straordinario del Governo *ex art. 120 Cost.*, permanga un intervento sostitutivo “ordinario” esercitato dai livelli superiori nei confronti di quelli inferiori, purché rispettoso delle garanzie indicate dalla stessa Corte. Il giudice costituzionale radica quindi la legittimità di poteri sostitutivi ordinari non solo e non tanto nell'art. 120 Cost., quanto piuttosto nell'interpretazione sistematica dell'art. 117 e dell'art. 118: la loro previsione normativa è infatti ritenuta quale misura necessaria, da un lato, a evitare la compromissione di interessi unitari (diversi da quelli supremi indicati dall'art. 120) la cui tutela è insita nello stesso principio di sussidiarietà; dall'altro, a scongiurare la definitiva allocazione ad un livello di governo superiore di funzioni amministrative al verificarsi di una carenza od inerzia del soggetto titolare, scelta, quest'ultima, di certo sproporzionata rispetto ad un sistema che colloca nella dimensione locale l'amministrazione generale della Repubblica.⁹

In definitiva, esisterebbero due tipi di potere sostitutivo:

- quello “ordinario”, fondato sull'interpretazione sistematica dell'art. 117 e dell'art. 118 Cost., e che consente allo Stato e alla regione di sostituirsi agli altri livelli di governo “attraendo in sussidiarietà” alcune funzioni per necessità, soprattutto, di esercizio unitario della funzione stessa, a carattere temporaneo;
- quello “straordinario”, previsto dall'art. 120, comma 2, Cost., per conclamate e tipizzate esigenze di intervento statale - ma anche regionale - in ipotesi di particolare gravità.

Sempre in base alla ricostruzione della Corte, sono evidentemente differenti sia i presupposti dei due interventi, sia le garanzie procedurali riconosciute agli enti sostituiti.

Nel caso di potere sostitutivo “ordinario”, i presupposti dell'intervento statale risiedono nella semplice inerzia degli enti competenti e nell'esigenza di esercizio unitario connessa all'intervento del livello superiore. A queste condizioni, il legislatore, statale o regionale, potrà prevedere

⁸ Si veda, in particolare, la sentenza della Corte n. 43 del 2004, che ammette i poteri sostitutivi regionali. Per un commento, cfr. F. MERLONI, *Una definitiva conferma della legittimità dei poteri sostitutivi regionali*, in *Le Regioni*, 2004, 1083 ss..

⁹ Sul punto, cfr. G. MELONI, *L'amministrazione locale come amministrazione generale*, Roma 2005, 11 ss., e G.C. DE MARTIN, *Il processo di riassetto dei ruoli istituzionali dello Stato, delle Regioni e degli Enti locali*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, II, Milano 2005, 954 ss..

l'"attrazione in sussidiarietà" di talune funzioni sostituendosi, nei tempi e nei modi previsti dalla medesima legge, ai comuni o alle province "ordinariamente competenti".

In tali ipotesi, data la forte compressione dell'autonomia degli enti sostituiti, la Corte prevede garanzie procedurali particolarmente rigorose in favore di questi ultimi, tali da coinvolgerli adeguatamente in sede di predisposizione degli atti da assumere. Sul punto, una recente pronuncia della Corte, riferita propria all'attivazione di poteri sostitutivi in materia di energia, risulta alquanto esplicita. Si tratta della sentenza n. 165 del 2011¹⁰, dove la Consulta precisa, anzitutto, che, in materia di produzione, trasporto, distribuzione dell'energia, il raggiungimento dell'intesa è sempre necessaria¹¹. Ne deriva che le disposizioni statali potranno superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di "idonee procedure per consentire reiterate trattative volte a superare le divergenze". In sostanza, giusto all'esito dell'esperimento di tali procedure, il Governo potrà adottare una decisione unilaterale che superi una situazione di stallo ma solo dopo aver assicurato alle regioni forme e modi adeguati di partecipazione sulla decisione da assumere, a garanzia delle funzioni costituzionalmente attribuite alle stesse a seguito della riforma del titolo V. In caso contrario, infatti, si verificherebbero "drastiche previsioni di superamento unilaterale dell'intesa da parte dello Stato, ritenute dalla giurisprudenza di questa Corte come inidonee ad assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione, particolarmente in rilievo nelle ipotesi di attrazione in sussidiarietà".

Nel caso, invece, di potere sostitutivo "straordinario", risultano ben diversi tanto i presupposti quanto le garanzie procedurali previste per la sostituzione.

I presupposti consistono nella ricorrenza di una delle fattispecie gravi ed eccezionali di cui al secondo comma dell'art. 120 Cost.. Le garanzie per gli enti sostituiti sono quelle più blande, indicate dalla stessa giurisprudenza costituzionale, ed esplicitate, sotto il profilo strettamente procedimentale, dal citato art. 8 della legge La Loggia.

In particolare, la Consulta afferma che deve "prevedersi un procedimento nel quale l'ente sostituito sia comunque messo in grado di evitare la sostituzione attraverso l'autonomo adempimento, e di interloquire nello stesso procedimento". Detto procedimento si risolve, in virtù del predetto art. 8, l. n. 131/2003, nella diffida ad adempiere e nella concessione di un termine congruo all'ente sostituito, e nella successiva interpellanza dello stesso in sede di Consiglio dei ministri.

¹⁰ Per un commento alla sentenza, cfr. M. MICETTI, *La Corte censura il potere sostitutivo statale in materia di "interventi urgenti ed indifferibili" nel settore energetico*, in www.rivistaaic.it, n. 4/2001.

¹¹ Si veda anche la sentenza della Corte costituzionale n. 339 del 2009.

Ebbene, stante queste indefettibili premesse, occorre verificare se, nel caso di specie, sussistano i presupposti per l'attivazione di un potere sostitutivo di tipo "straordinario" e se, di conseguenza, risultino legittime le più blande garanzie procedurali ivi previste.

La risposta sembra essere negativa, visto, anzitutto, il contenuto dell'art. 6, comma 2, del decreto, laddove vengono esplicitati i presupposti dell'intervento sostitutivo in discorso.

In particolare, detti presupposti sono "l'inerzia delle Amministrazioni preposte ovvero l'inefficacia delle misure adottate dalla regione o provincia autonoma".

Sembrano, invero, presupposti non già di gravità ed eccezionalità tali da giustificare un intervento sostitutivo "straordinario", quanto piuttosto una sostituzione di tipo "ordinario".

La "ratio" della sostituzione straordinaria non può, in sostanza, risiedere in un semplice inadempimento degli enti competenti, ma nell'attualità di una situazione grave ed eccezionale che non è prefigurata, né prefigurabile tramite il decreto ministeriale in esame.

Si ripete, infatti, che le ipotesi tipizzate nell'art. 120, comma 2, Cost., non ancorano l'intervento statale ad una necessaria e previa inerzia o inadempienza dell'ente sostituendo, ma connotano i poteri sostitutivi alla stregua di misure volte a fronteggiare "emergenze istituzionali di particolare gravità, che comportano rischi di compromissione relativi ad interessi essenziali della Repubblica"¹².

Ebbene questo carattere *emergenziale*, che connota l'intervento sostitutivo statale e, al tempo stesso, ne fonda l'esercizio non rilevarebbe nel caso di specie.

Qui la previsione di un potere sostitutivo esercitabile per la semplice inerzia o per l'inadempimento degli enti competenti non può considerarsi legittimo anche per l'assenza di idonee garanzie procedurali che, a questo punto, non possono risolversi in quelle previste dal più volte menzionato art. 8 della l. n. 131 e integralmente ricalcate nell'ambito del decreto in esame.

Infatti, una volta affermato che l'ipotesi di potere sostitutivo ivi prevista non pare quella straordinaria di cui all'art. 120 Cost., ma, semmai, quella ordinaria, di cui al combinato disposto degli artt. 117 e 118 Cost., ne deriva evidentemente che le garanzie procedurali da introdurre in favore degli enti sostituiti dovrebbero essere quelle ben più stringenti previste per l'"attrazione in sussidiarietà".

In questo senso, dovrebbe instaurarsi una vera e propria sede dialettica tra Stato e regioni interessate affinché i due livelli possano interloquire e rimediare, in pieno spirito collaborativo e attraverso una

¹² Corte cost., sentenza n. 43 del 2004.

compartecipazione decisionale paritaria, alle inadempienze che hanno giustificato l'iniziativa statale.

In altri termini, la procedura sostitutiva prevista dal decreto *Burden sharing* si limita a prevedere una mera supplenza dello Stato nel caso di perdurate inadempienza della regione, sul modello della sostituzione straordinaria ed eccezionale di cui all'art. 120 Cost.; mentre non è prevista alcuna forma di concertazione tra i due livelli di governo, fatto salvo un non meglio precisato obbligo di sentire la regione interessata da parte del Consiglio dei Ministri, in sede di adozione dei provvedimenti necessari, oltre che la presenza necessaria, nella stessa sede, del Presidente della regione interessata.

In realtà, difettando i presupposti della sostituzione straordinaria e ricorrendo quelli della sostituzione ordinaria, il decreto (*rectius: la legge*, come sopra evidenziato) avrebbe dovuto disciplinare una procedura di stretta collaborazione fra Stato e regione al fine di addivenire a soluzioni pienamente condivise.

Proprio su quest'ultimo punto, la già citata sentenza n. 165/2011 della Corte precisa, peraltro, che la previsione "di un invito, rivolto al Presidente della regione o della provincia interessata, a partecipare – in posizione minoritaria – alla riunione del Consiglio dei ministri, nella quale si decide l'esercizio del potere sostitutivo, non può essere considerata valida sostituzione dell'intesa, giacché trasferisce nell'ambito interno di un organo costituzionale dello Stato un confronto tra Stato e regione, che deve necessariamente avvenire all'esterno, in sede di trattative ed accordi, rispetto ai quali le parti siano poste su un piano di parità".

In definitiva, nell'ambito della procedura prevista dal decreto *Burden sharing* mancano evidentemente quelle "idonee procedure" che consentono "reiterate trattative volte a superare le divergenze" tra Stato e regioni, e che garantiscano così la compartecipazione decisionale di queste ultime in una materia, quale quella dell'energia, rispetto a cui la Corte costituzionale ha più volte ritenuto indefettibile una stringente collaborazione tra i diversi livelli di governo.