

Bologna, 6 gennaio 2013

Dopo aver reso il parere 28.12.2012 richiestoci dal Nuovo Comitato Art.33, abbiamo preso visione del parere reso al Sindaco dal Segretario generale. Completiamo dunque la nostra tesi alla luce degli argomenti proposti dal Segretario Generale.

Riteniamo tecnicamente infondati gli argomenti con cui è sostenuta la tesi della impossibilità per il Sindaco di Bologna di indire il referendum consultivo in coincidenza con le elezioni politiche nazionali (tesi peraltro che –non possiamo trascurarlo– non solo contrasta con la tradizione di partecipazione popolare democratica sempre proclamata dalla Amministrazione comunale della nostra città, ma anche offende la logica, il buon senso comune e principi ovvi di economicità).

Non è vero che lo Statuto comunale che abbia previsto l'istituto del referendum consultivo (come il Comune di Bologna fece nel 1991) possa derogare alla legge nazionale che disciplina tale istituto (consentendo l'accorpamento referendum/elezioni politiche), sottraendosi ai limiti che il legislatore stesso ha stabilito e ha voluto che fossero rispettati proprio nel momento in cui il Comune si avvalsesse di quella facoltà.

Lo statuto comunale è una fonte secondaria e non primaria, subordinata alla legge, oltre che alla Costituzione, secondo i principi in materia di sistema delle fonti del diritto.

Il fatto che l'art. 114 della Costituzione stabilisca che i comuni, insieme agli altri territoriali, sono "*enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla costituzione*" non cambia la sostanza circa la collocazione dello statuto all'interno del sistema delle fonti.

Intanto: l'autonomia statutaria è "secondo i principi fissati dalla costituzione". Dalla Costituzione non sono previste disposizioni di principio che stabiliscano che gli statuti comunali siano dotati di "forza di legge", ovvero che gli statuti siano "fonti primarie". Per principio unanimemente accolto dalla dottrina (cfr. per tutti V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984), il sistema degli "atti con forza di legge" e delle "fonti primarie" – ossia quelle subordinate solo alla Costituzione – costituisce un *numerus clausus* inderogabile.

In secondo luogo, nessuna disposizione della Costituzione disciplina la potestà statutaria dei comuni, mentre è, a differenza, disciplinata la potestà statutaria delle regioni (art. 123 Cost.). La conseguenza è che la disciplina degli statuti comunali richiede necessariamente *l'interpositio legislatoris*, la necessaria disciplina del legislatore, del legislatore statale innanzitutto. Questa disciplina era ed è ancora contenuta - anche dopo la revisione costituzionale del titolo V della Costituzione - nell'art. 6 del Tuel (d.lgs. 267 del 2000). Infatti, l'art. 4 della legge n. 131 del 2003 (cd. legge La Loggia) non ha innovato la disciplina: del resto non avrebbe potuto il Parlamento mutare (con legge ordinaria) il sistema delle fonti del diritto derogando i principi del "*numerus clausus*" delle fonti e la tipologia degli "atti con forza di legge". A conferma la cd. "legge La Loggia" si limita a stabilire che i "*comuni (...) hanno potestà normativa secondo i principi fissati dalla Costituzione*" e che la "*potestà normativa consiste nella potestà statutaria e in quella regolamentare*". In particolare, per quanto

concerne lo statuto del comune, prevede che esso *“in armonia con la Costituzione e con i principi generali in materia di organizzazione pubblica, nel rispetto di quanto stabilito dalla legge statale di attuazione dell’art. 117, secondo comma, lett. p), della Costituzione, stabilisce i principi di organizzazione e funzionamento dell’ente, le forme di controllo, anche sostitutivo, nonché le garanzie delle minoranze e le forme di partecipazione popolare”*.

Non è senza rilievo, il fatto che l’efficacia della disposizione contenuta nell’art. 4 citato è funzionalmente collegata all’adozione da parte dello Stato della legge collegata all’esercizio della competenza ex art. 117, comma 2, Cost.: in assenza di questa legge (che il nostro Parlamento non ha ancora approvato) si applica ancora integralmente il Tuel del 2000, che nessuna legge, neppure la legge n. 131 del 2003 ha abrogato. Proprio l’art. 1 del Tuel stabilisce tre principi generali destinati a regolare i rapporti tra fonti statali e regionali in materia di autonomia degli enti locali. Il primo: *“Il presente testo unico contiene i principi e le disposizioni in materia di ordinamento degli enti locali”*; il secondo: *“La legislazione in materia di ordinamento degli enti locali e di disciplina dell’esercizio delle funzioni ad essi conferite enuncia espressamente i principi che costituiscono limite inderogabile per la loro autonomia normativa”*; terzo: *“...le leggi della Repubblica non possono introdurre deroghe al presente testo unico se non mediante espressa modificazione delle sue disposizioni”*.

La conseguenza evidente è che già il Tuel limitava l’autonomia degli enti locali a “principi” della legislazione statale e che, soprattutto, proprio il Tuel stabilisce la regola della “abrogazione espressa” delle sue regole positive (principi e disposizioni).

E’ pure vero che la legge n. 131 del 2003 fa ora riferimento al nuovo limite della “armonia con la Costituzione”. Per comprendere questo limite occorre rifarsi alla giurisprudenza, specie quella che si è formata sul medesimo limite stabilito dall’art. 123 della Costituzionale, in ordine agli statuti delle regioni ordinarie.

La giurisprudenza della Corte costituzionale, con riferimento agli statuti regionali, disattendendo le letture della dottrina più spinte a favore dell’autonomia regionale, ha stabilito che il limite della “armonia con la Costituzione” significa subordinazione dello statuto regionale a tutte le disposizioni della Costituzione, dato che *“il riferimento all’armonia, lungi dal depotenziarla, rinsalda l’esigenza di puntuale rispetto di ogni disposizione della Costituzione, poiché mira non solo ad evitare il contrasto con le singole previsioni di questa, dal quale non può certo generarsi armonia, ma anche a scongiurare il pericolo che lo statuto, pur rispettoso della lettera della Costituzione, ne eluda lo spirito”* (sent. n. 304 del 2002, confermata nelle sentt. nn. 2 del 2004, 378 del 2004, 12 del 2006).

Pertanto (ammesso e non concesso che possa stabilirsi un parallelo tra lo statuto di una regione –ente dotato di pieno riconoscimento e piena autonomia costituzionale e lo statuto di un comune –soggetto menzionato nella Costituzione la cui autonomia resta assegnata alle leggi della Repubblica) resta il fatto che il limite della “armonia con la Costituzione”, se assunto come limite generale, non sottrae nessuno statuto (regionale o comunale) dal rispetto tanto del “testo” quanto dello “spirito” della Costituzione, e, se quel limite è riferito specificamente agli statuti comunali, non conferisce ad essi (non potrebbe, del resto) uno spazio di autonomia più ampia di quella assegnata alle regioni.

Occorre ricordare, peraltro, che la giurisprudenza amministrativa successiva all’entrata in vigore del titolo V della parte II della Costituzione, ponendo nel nulla le tesi più ardite di parte minoritaria della dottrina, ha interpretato in maniera

restrittiva la potestà statutaria degli enti locali, considerando gli statuti *fonti subordinate alla legge* e, in particolare, *fonti subordinate alle disposizioni del Tuel* che, in caso di dubbio, devono essere interpretate in modo conforme alla legge e non *contra legem*, per *rispettare il principio costituzionale di legalità*.

Secondo il Consiglio di Stato è pacifica la *“natura secondaria della normativa statutaria comunale rispetto alle fonti legislative statali e regionali”*, dato che *“la potestà autorganizzativa degli enti locali (...) è (...) subordinata alla disciplina legislativa statale, diretta a fissare regole omogenee in ambito nazionale e consentire eventuali margini di autonoma scelta ai singoli enti”*, essendo lo statuto comunale *“fonte normativa di grado inferiore ed a natura regolamentare”* (Cons. Stato, sez. V, 9.6.2008 n. 2872; Cons. Stato, sez. VI, 10.9.2008, n. 4333; Cons. Stato, sez. IV, 18.5.2007, n. 2571). In ogni caso, per il giudice amministrativo, al fine di salvaguardare la legittimità degli statuti comunali, è necessario adottare un’interpretazione delle disposizioni statutarie conforme a legge e *“ciò in linea con il principio di riparto normativo delineato dal novellato art. 117 Cost.”* (Tar Toscana, sez. II 21.2.2008, n. 181); nonché un’interpretazione conforme a Costituzione, in modo da *“non impedire l’effettiva attuazione di (un) principio costituzionale”* (Tar Lazio 20.1.2012, n. 679, in relazione al principio di parità di genere nelle nomine assessorili); dovendosi lo statuto comunale qualificare *“come atto normativo secondario, capace, entro certi limiti, di innovare l’ordinamento e che, nell’ambito della gerarchia delle fonti, può essere considerato come fonte subprimaria, incapace di derogare o di modificare una legge e collocata appena al di sopra delle fonti regolamentari”* (Tar Calabria, sez. II, 7.3.2008, n. 492 e n. 493), poiché *“il quadro delle fonti è costituito dalla legge sull’ordinamento degli enti locali (t.u.e.l.) e, a cascata, dallo Statuto comunale e dal relativo regolamento”* (Tar Campania – Napoli, sez. I, 22.10.2008, n. 19672).

Anche dopo le riforme costituzionali del 2001 e la progressiva estensione dell’autonomia degli enti locali, la giurisprudenza amministrativa continua a riconoscere un pieno valore parametrico al Tuel: se *“la previsione del potere normativo locale tra le prerogative direttamente contemplate dalla Costituzione ha ulteriormente rafforzato il valore degli statuti”*, tuttavia, afferma in modo inequivoco il giudice amministrativo, *“ciò non vuol dire che l’attuale assetto normativo del Testo unico abbia perso il ruolo di punto di riferimento normativo dei principi statali cui la normazione in materia di Enti locali (e prima ancora degli Enti territoriali) deve pur sempre fare riferimento”* (Tar Lazio, sez. II, 14.1.2009).

Le disposizioni della legge n. 131 del 2003 non hanno per nulla modificato, né, si ripete ancora una volta, avrebbero potuto farlo, questo quadro generale nel quale inserire la potestà statutaria dei comuni.

Il limite dei *“principi generali in materia di organizzazione pubblica”*, alla stregua di quanto detto, non costituisce altro se non un limite alla potestà statutaria che o può ritenersi compreso già nel Tuel, a partire dall’art. 1 citato, o che non può aver modificato il quadro dei principi generali di riferimento.

Anche a voler seguire una tesi diversa, che qui non si vuole affatto avvalorare, ritenendo – come fa il parere del Segretario generale del Comune di Bologna – la formula dell’art. 4 della legge n. 131 del 2003 più restrittiva di quella del Tuel, nel senso di lasciare maggiore spazio all’autonomia statutaria del comune, nel caso di specie resta tutto da dimostrare se tra i *“principi di organizzazione pubblica”* non rientri anche la previsione contenuta nell’art. 8 del Tuel, laddove stabilisce che *“Le consultazioni e i referendum di cui al presente articolo devono riguardare materie di*

*esclusiva competenza locale e non possono avere luogo in coincidenza con operazioni elettorali provinciali, comunali e circoscrizionali*". Non si può assumere in maniera superficiale e apodittica, come fa, invece, il parere reso dal Segretario generale del Comune di Bologna che *"essi sono i principi generali contenuti non nelle singole leggi in materia di organizzazione degli enti locali, ma nel complesso delle leggi dell'ordinamento che dettano norme in materia di organizzazione pubblica"*. I "principi generali" sono frutto o di prescrizioni espressamente stabilite dal legislatore o il risultato di ricostruzione da parte dell'interprete utilizzando, questo l'aspetto essenziale, l'intero ordinamento giuridico. Nel nostro caso, la ricostruzione interpretativa deve utilizzare insieme alla Costituzione, anche le norme vigenti in materia di organizzazione pubblica degli enti locali, tra le quali, quelle contenute nel Tuel, tuttora vigenti e non abrogate espressamente da leggi successive e utilizzate dalla giurisprudenza.

Proprio il tenore della disposizione contenuta nel comma 3 dell'art. 8 del Tuel dimostra, in maniera evidente, che il legislatore ha lì posto una disposizione "di principio": stabilendo tanto che consultazioni e referendum debbano riguardare *"materie di esclusiva competenza locale"* quanto che entrambi *"non possono avere luogo in coincidenza con operazioni elettorali provinciali, comunali e circoscrizionali"*. Il carattere *"esclusivamente locale"* delle materie è un vincolo generale all'esercizio delle potestà normative e amministrative del comune: che si tratti di un principio non richiede particolari sforzi di chiarificazione. Ma, è altrettanto evidente, che proprio quel limite di competenza sia strettamente collegato, costituendone norma-presupposto, alla previsione che esclude soltanto la coincidenza con *"operazioni elettorali provinciali, comunali e circoscrizionali"* ossia, proprio con tipi di elezione di carattere "locale" (e non nazionale o regionale). L'ambito materiale esclusivamente locale delle consultazioni (ossia l'oggetto), rende perfettamente coerente e, ai nostri fini, *egualmente e integralmente vincolante per i comuni*, la volontà del legislatore statale di vietare forme di partecipazione popolare diretta dei cittadini *solo ed esclusivamente* nei casi di contemporaneo svolgimento di elezioni provinciali, comunali o circoscrizionali. *Con riferimento a operazioni elettorali diverse, quali quelle regionali e nazionali, infatti, il comune non ha e non potrebbe avere nessuna competenza costituzionalmente e legislativamente prevista*. Di conseguenza, una previsione statutaria o regolamentare che disponesse in questo senso sarebbe viziata, oltretutto per violazione di un principio generale previsto per legge, anche da carenza assoluta di potere.

In ultima analisi, si può sinteticamente affermare quanto segue:

- 1) lo statuto comunale è fonte secondaria, subordinata alla Costituzione e a tutte le fonti di rango primario, *in primis* alla legge (statale e regionale), per il principio del *numerus clausus* delle fonti primarie;
- 2) il limite della "armonia con la Costituzione" esige che gli statuti comunali rispettino tutte le regole (il testo) e lo spirito della Costituzione, con conseguente necessità, in caso di dubbio, di preferire l'interpretazione conforme a Costituzione e al sistema delle fonti del diritto da essa previsto;
- 3) lo statuto comunale, in particolare, deve rispettare i principi costituzionali in materia di sovranità popolare e di esercizio dei diritti di partecipazione politica (artt. 1, 48, 75 Cost.);
- 4) in caso di contrasto tra norma statutaria e principi costituzionali, l'interprete deve privilegiare l'interpretazione meno restrittiva per l'esercizio di un diritto fondamentale;

- 5) il limite dei “principi generali” contenuto nel Tuel e nella legge n. 131 del 2003 va inteso nel senso che, in caso di dubbio, tra l’interpretazione *contra legem* e quella *secundum legem*, l’interprete e qualunque amministratore pubblico e, *a fortiori*, il sindaco di un comune, deve privilegiare quest’ultima, in virtù del principio costituzionale di legalità e di preferenza di legge;
- 6) nel caso di specie, l’art. 8, comma 3, del Tuel costituisce espressione di un principio generale dell’organizzazione pubblica riferita agli enti locali, inderogabile da parte della potestà statutaria comunale.
- 7) L’art. 7 dello statuto comunale è perciò radicalmente illegittimo per violazione di legge e per carenza assoluta del potere di derogare una disposizione di principio della legge (art. 8 del Tuel).

Alla luce di quanto sopra diviene insostenibile anche la tesi del Segretario Generale che il Consiglio Comunale avrebbe implicitamente confermato il divieto statutario di concomitanza con ogni altra operazione di voto sia locale che nazionale. Lo avrebbe fatto tutte le volte in cui, pur procedendo a modificare lo Statuto, non avrebbe tuttavia modificato la parte di cui qui si discute. Non è dato sapere perché il Consiglio Comunale non abbia apportato la modifica conseguente alla nuova legge del 2000. Resta il fatto che tale modifica era ed è obbligata e doverosa. In mancanza e inadempienza, l’art. 7 è illegittimo e deve essere interpretato in modo conforme alla legge statale e alla Costituzione.

Né si dica –infine– che solo il Consiglio comunale e non il Sindaco potrebbe svolgere una tale (l’unica corretta e sensata!) interpretazione. Tesi singolare, che vedrebbe il Sindaco costretto a procedere *contra legem* a un atto di sua esclusiva competenza – la indizione referendaria – quale meccanico e cieco esecutore di una regola illegittima, superata e contraria allo spirito di sincera partecipazione democratica.

In fede

Prof. Andrea Morrone



Prof. Avv. Maria Virgilio

