

L'ordinamento degli enti locali tra modifiche contingenti e necessità di riforma organica: lo stato attuale del dibattito

di Francesca Palazzi

Sommario

1. *La necessità di una riforma organica dell'ordinamento delle autonomie locali e la questione pregiudiziale del legislatore competente.* – 2. *Le modifiche al Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali apportate dalle più recenti manovre finanziarie statali.* – 3. *Il nodo della individuazione delle funzioni fondamentali di Comuni e Province.* – 4. *Segue: fonti di disciplina e modalità di esercizio.*

1. La necessità di una riforma organica dell'ordinamento delle autonomie locali e la questione pregiudiziale del legislatore competente

Sono trascorsi ormai sette anni dall'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 2001, ma molte delle innovazioni introdotte attendono ancora di essere attuate. In tale contesto di inattuazione della riforma, ascrivibile a cause di varia natura ⁽¹⁾, si pone anche la perdurante necessità di riforma dell'ordinamento degli enti locali e di attuazione del nuovo art. 117, comma 2, lettera *p*), della Costituzione, che attribuisce competenza legislativa esclusiva allo Stato in materia di “legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane”.

L'individuazione delle funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane rappresenta uno snodo centrale

(1) Si sofferma, in particolare, sulla natura delle cause di questa situazione e sulle misure da assumere per fronteggiarla T. GROPPi, *Il Titolo V cinque anni dopo, ovvero la Costituzione di carta*, in *Le Regioni*, n. 3-4, 2007, p. 421 ss.

nella configurazione del nuovo assetto istituzionale della Repubblica, da affrontare in una prospettiva di revisione organica dell'ordinamento degli enti locali, come dimostrava anche la delega contenuta nell'art. 2 della legge n. 131 del 2003 (cd. legge La Loggia)⁽²⁾; il relativo termine di esercizio è però scaduto in assenza di attuazione e neppure le diverse proroghe legislative sono risultate utili al riguardo⁽³⁾.

La stessa prospettiva di revisione organica è stata posta a fondamento della nuova "Carta delle autonomie locali" che avrebbe dovuto raccogliere in un unico testo normativo tutti i decreti legislativi attuativi del disegno di legge recante delega al Governo per l'attuazione dell'articolo 117, comma 2, lett. *p*), della Costituzione e per l'adeguamento delle disposizioni in materia di enti locali alla legge costituzionale n. 3 del 2001; senonché lo scioglimento anticipato delle Camere nel mese di febbraio 2008 ne ha determinato la decadenza⁽⁴⁾.

Tale prospettiva di revisione organica, invece, non pare ispirare il "pacchetto" di riforme per l'ordinamento locale presentato, seppur ancora in via del tutto informale, dal Governo in carica, considerato che risulta articolato in cinque distinti disegni di legge, dedicati rispettivamente alle funzioni fondamentali, alla nuova Carta delle autonomie locali, alle Città metropolitane ed ai piccoli Comuni; il quinto, dedicato alla polizia locale, è stato solo preannunciato⁽⁵⁾.

(2) Tale norma, infatti, delegava il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi diretti alla individuazione delle funzioni fondamentali (art. 2, comma 1) ed alla revisione delle disposizioni in materia di enti locali, per adeguarle alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (art. 2, comma 2).

(3) L'originario termine fissato per l'esercizio della delega ai sensi dell'art. 2 della legge n. 131 cit. (un anno dall'entrata in vigore della legge) è stato prima prorogato al mese di giugno 2005 dalla legge 28 maggio 2004, n. 140 e successivamente al 31 dicembre 2005 dall'art. 5 della legge 27 dicembre 2004, n. 306.

(4) Ci si riferisce al disegno di legge recante "Delega al Governo per l'attuazione dell'art. 117, comma 2, lett. *p*), della Costituzione e per l'adeguamento delle disposizioni in materia di enti locali alla legge costituzionale n. 3 del 2001" (A.S. 1464).

(5) A giudizio di Legautonomie, l'intenzione del Governo di proporre una pluralità di disegni di legge "espone il processo riformatore al rischio più generale di farne perdere la necessaria visione unitaria ed integrata, con un conseguente irrigidimento del-

È del tutto prematuro, tuttavia, formulare qualsiasi osservazione su proposte di riforma ancora in fase di elaborazione ⁽⁶⁾; la finalità di questo scritto è, invece, quella di fare il punto sullo stato del dibattito, dottrinale e politico-istituzionale, avente ad oggetto il tema dell'ordinamento locale e delle funzioni fondamentali, tenendo anche conto, nella prospettiva di un rinnovato approccio a questi temi – che sicuramente non mancherà nel corso di questa legislatura – del lavoro svolto, prima in attuazione della legge delega La Loggia ⁽⁷⁾ e successivamente per la definizione dei contenuti della nuova Carta delle autonomie.

Si tratta di una riforma la cui attuazione presenta indubbiamente più aspetti problematici. Tra questi, assume rilevanza pregiudiziale la questione relativa all'individuazione del legislatore competente in materia di ordinamento degli enti locali.

La nuova formulazione dell'art. 117 della Costituzione ha determinato, come noto, il ribaltamento del criterio di delimitazione delle competenze legislative, passando dalla elencazione delle materie demandate alla competenza concorrente delle Regioni, in relazione alle quali la potestà legislativa regionale doveva esercitarsi “nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato” e nel rispetto dell'interesse nazionale ⁽⁸⁾, alla elencazione delle materie riservate alla competenza esclusiva dello Stato e di quelle a legislazione concorrente, in re-

le differenze che la divisione in più provvedimenti oggettivamente agevola a discapito dell'integrazione ordinamentale e delle politiche” (cfr. Documento Legautonomie, *Verso la riforma delle autonomie locali*, 31 ottobre 2008, in www.astrid-online.it).

(6) Si può solo rilevare come lo “spacchettamento” fa venir meno la sistematicità dell'intervento legislativo, che dovrebbe essere indirizzato non solo all'adeguamento del Testo Unico degli enti locali ma anche, e soprattutto, all'attuazione della riforma costituzionale del 2001.

(7) Il riferimento è allo schema di decreto legislativo approvato in via solo preliminare dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 2 dicembre 2005 (“Individuazione delle funzioni fondamentali e adeguamento dell'ordinamento degli enti locali alle disposizioni della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, a norma dell'art. 2 della legge 5 giugno 2003, n. 131”).

(8) Sull'interesse nazionale quale limite alla attività legislativa delle Regioni, mi sia consentito rinviare a F. PALAZZI, “Interesse nazionale. (Nella Costituzione del 1948)”, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 2008, in corso di pubblicazione.

lazione alle quali “spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservati alla legislazione dello Stato” (art. 117, comma 3, ultimo periodo, Cost.), mentre in tutte quelle non espressamente indicate si afferma la competenza generale/residuale delle Regioni.

Per quanto riguarda specificamente la legislazione nelle materie concernenti gli enti locali, l’art. 117, comma 2, lett. p), riserva alla competenza esclusiva dello Stato la disciplina in materia di “legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane”; tuttavia, non è facile delimitare gli esatti confini della riserva statale contenuta nell’art. 117, comma 2, lett. p), e, conseguentemente, individuare i rispettivi ambiti di competenza dei legislatori sull’ordinamento degli enti locali.

Si ritiene, innanzitutto, che l’interpretazione del nuovo sistema di ripartizione delle competenze legislative sulle materie che interessano gli enti locali non possa prescindere dall’intervenuta abrogazione dell’art. 128 della Costituzione ⁽⁹⁾, es-

(9) Secondo l’interpretazione di autorevole dottrina, legge generale è quella che disciplina in maniera uniforme per tutto il territorio nazionale l’intera materia che ne è oggetto, così che il legislatore ordinario è stato vincolato a disciplinare in maniera uniforme l’ordinamento di tutti i Comuni e le Province della Repubblica e a determinare uniformemente le loro funzioni, essendogli precluso intervenire, con leggi singolari o speciali, a delineare l’ambito di autonomia o a fissare le funzioni soltanto di alcuni enti. In tal senso, F. STADERINI, *La potestà statutaria dei minori enti locali territoriali e la riforma della legge comunale e provinciale*, in *Foro Amm.*, I, 1977, pp. 276-277. Un’interpretazione, quest’ultima, suffragata anche dai lavori preparatori della norma in esame; risulta, infatti, che nell’intendimento del Comitato di redazione l’espressione “leggi generali” è stata adottata al fine di “impegnare il legislatore ad una disciplina uniforme per tutti i Comuni e Province, in modo che, rispettivamente, tutte le Province e tutti i Comuni siano posti su un piede di perfetta uguaglianza di fronte alle leggi dello Stato”. Così nel commento all’art. 128 Cost., in *La Costituzione italiana illustrata con i lavori preparatori*, a cura di FALZONE-PALERMO-COSENTINO, Roma, 1954, p. 341. Su questa linea interpretativa, infine, si è attestata anche la giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha avuto più volte occasione di ribadire come l’ordinamento degli enti locali territoriali debba essere fissato, ai sensi dell’art. 128 Cost., in “modo organico e uniforme”, escludendo la possibilità di leggi singolari o in deroga. Cfr. sentenza n. 9 del 1961, in *Giur. cost.*, 1961, con nota di V. CRISAFULLI. Diversa è, invece, l’interpretazione di V. ITALIA il quale sostiene

sendo venuta a mancare, nel nuovo ordinamento, “quella funzione “unificante” prima riconosciuta alla legge statale che rappresentava allo stesso tempo la causa e la conseguenza del mantenuto ruolo centrale dello Stato, ed in ogni caso era l’asse portante di un sistema improntato essenzialmente all’uniformità”⁽¹⁰⁾.

Nel nuovo sistema delineato dalla riforma, pur non mancando la previsione di titoli di competenza statale volti alla salvaguardia di competenze unitarie di carattere generale⁽¹¹⁾, non appare tuttavia più ipotizzabile un intervento dello Stato che detti regole uniformi per tutti gli enti locali, in quanto la nuova disciplina costituzionale ha travolto la stessa nozione unitaria (e uniforme) di “ordinamento degli enti locali”, almeno nella accezione sviluppatasi in attuazione dell’abrogato art. 128 Cost., come complesso di “principi fissati da leggi generali della Repubblica”, principi aventi il ruolo di limitare, per fissare elementi unitari e uniformi, l’autonomia degli enti locali, pure costituzionalmente garantita dallo stesso art. 128 Cost.

Se consideriamo, dunque, gli oggetti di disciplina riservati alla competenza esclusiva dello Stato dall’art. 117, comma 2, lett. p, Cost. nel contesto sistematico del nuovo Titolo V, risulta subito evidente un certo ampliamento dei poteri delle regioni ordinarie al di là dei già consolidati poteri di determinazione delle funzioni degli enti locali.

che l’inciso “leggi generali” dell’art. 128 Cost. non può essere inteso nel senso che vi deve essere, necessariamente, una regola generale e uniforme per tutti i Comuni e per le Province. Le leggi generali devono limitarsi a determinare i principi delle rispettive funzioni, e nulla esclude, quindi, che queste leggi possano stabilire una differenziazione in ordine a diversi enti, proprio in corrispondenza alla loro diversa ampiezza e alle rispettive funzioni. Così V. ITALIA, *L’autonomia dei Comuni e delle Province nell’ordinamento regionale*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1975, II, pp. 1953-1955.

(10) Così F. PIZZETTI, *La ricerca del giusto equilibrio tra uniformità e differenza: il problematico rapporto tra il progetto originario della Costituzione del 1948 e il progetto ispiratore della riforma costituzionale del 2001*, in *Le Regioni*, n. 4, 2003, p. 609.

(11) Per una accurata disamina dei nuovi fattori unificanti del sistema, si rinvia a L. VANDELLI, *Interesse nazionale (Dopo la riforma costituzionale del 2001)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 2008, in corso di pubblicazione.

È necessario sottolineare, tuttavia, come già queste prime considerazioni non siano affatto unanimemente condivise. Al contrario, emergono nel panorama dottrinale varie opzioni interpretative circa la permanenza (o meno) di un ordinamento uniforme degli enti locali dopo la legge costituzionale n. 3 del 2001.

Secondo una prima tesi, si potrebbe considerare l'art. 117, comma 2, lett. *p*), come la riformulazione attenuata dell'art. 128 Cost., con conseguente sopravvivenza del principio di uniformità e riconoscimento di potestà legislativa esclusiva dello Stato, al di là del dato letterale, relativamente a tutti gli aspetti dell'ordinamento degli enti locali che non siano devoluti alla competenza della fonte statutaria⁽¹²⁾. In sostanza, nell'articolo 117, comma 2, lett. *p*), Cost., si intravede la riformulazione dell'abrogato art. 128 Cost.. Il riferimento contenuto nell'art. 117, comma 2, lett. *p*), proprio alle funzioni legittimerebbe la legge dello Stato a fissare i principi generali riguardanti tutto l'ordinamento locale.

Non sembra, tuttavia, possibile considerare questa tesi in linea con il senso complessivo della riforma costituzionale. Dal raffronto fra quanto statuito dall'art. 128 con quanto previsto dall'art. 117, comma 2, lett. *p*), emerge molto chiaramente come la sfera di operatività di quest'ultimo sia più ristretta e settoriale.

Secondo un'ulteriore lettura proposta dalla dottrina, per effetto dell'intervenuta abrogazione dell'art. 128, si sarebbe realizzato il definitivo superamento del regime uniforme dell'ordinamento degli enti locali, escludendosi, in materia, ogni competenza legislativa statale (ad eccezione, ovviamente, della legge di cui alla lett. *p*) del secondo comma dell'articolo 117) e regionale. La determinazione dei profili ordinamentali e organizzativi degli enti locali sarebbe demandata, nel rispetto di quanto disposto dalla richiamata legge statale, essenzialmente alla

(12) Non si può fare a meno di osservare come questa tesi, che trova fondamento in una interpretazione estensiva dell'art. 117, comma 2, lett. *p*), Cost., riscuota un certo successo, per intuibili ragioni, presso il Parlamento e il Governo.

competenza della fonte statutaria e regolamentare, coerentemente, del resto, all'intervenuta costituzionalizzazione di tali atti normativi. Non sarebbe più configurabile, dunque, un ordinamento locale bensì una pluralità di ordinamenti locali la cui concreta strutturazione è rimessa all'esercizio dell'autonomia normativa locale che, sul piano della sistematica delle fonti del diritto, verrebbe, conseguentemente, a porsi in relazione di competenza e non di gerarchia con la legge dello Stato di determinazione delle competenze degli organi di governo e delle funzioni⁽¹³⁾.

Una sola considerazione pare sufficiente per negare che l'ordinamento locale sia rimesso esclusivamente all'endiadi leggi dello Stato di cui all'art. 117, comma 2, lett. p), e statuti (che pure è stata sostenuta nel dibattito politico-istituzionale). Perché lo statuto degli enti locali possa essere realmente considerato fonte dell'ordinamento locale, posto in una relazione di competenza con leggi dello Stato occorrerebbe rinvenire nel testo della Costituzione una riserva di competenza. L'attuale testo della Costituzione, invece, non riserva alcuna specifica materia agli statuti locali e si limita esclusivamente a prevedere lo statuto quale fonte dell'autonomia, senza attribuirgli in via né concorrente né esclusiva determinate o determinabili materie di disciplina normativa. L'art. 123 della Costituzione, invece, quando disciplina gli statuti delle regioni, dispone espressamente che essi determinano la forma di governo ed i principi fondamentali di organizzazione e di funzionamento delle regioni. In sostanza, l'assetto istituzionale ed organizzativo delle regioni è rimesso integralmente, per espressa riserva costituzionale, alla

(13) F. LAUDANTE, *Brevi note sull'eventuale sopravvivenza di un ordinamento unificate degli enti territoriali subregionali alla luce del processo di "flessibilizzazione strisciante" della carta costituzionale*, in *Il nuovo regionalismo nel sistema delle fonti*, a cura di F. PINTO, Torino, Giappichelli, 2004, p. 114. Secondo l'Autore, "riconoscere alla Regione la capacità di ingerirsi nella conformazione dell'ordinamento degli altri enti territoriali significherebbe attribuirle un ruolo di *leadership* nel sistema delle autonomie e ciò appare in contrasto sia con la nostra tradizione costituzionale sia, ancora una volta, con lo spirito della riforma del 2001 che risulta, invece, imperniato sulla pari dignità costituzionale degli enti territoriali".

potestà normativa degli statuti regionali. Simile riserva, invece, non esiste per gli statuti locali. Sicché il loro ambito normativo dovrà continuare ad essere determinato dalla legge ordinaria, come nell'attuale regime. Legge ordinaria che sarà dello Stato con riferimento al sistema elettorale, agli organi di governo ed alle funzioni fondamentali; della Regione per tutte le restanti materie attinenti agli enti locali ⁽¹⁴⁾.

D'altra parte, se la Costituzione avesse voluto attribuire alla legge dello Stato la potestà di disciplinare l'ordinamento locale, lo avrebbe disposto espressamente; la revisione costituzionale del 2001 ha riservato invece allo Stato esclusivamente i poteri ordinamentali indicati dagli artt. 117, comma 2, lett. *p*), e 133, comma 1 (mutamento delle circoscrizioni provinciali e istituzione di nuove Province). Conseguentemente è possibile sostenere che le Regioni possano oggi disciplinare significativi profili dell'ordinamento locale, la cui individuazione risulta, però, assai incerta e controversa ⁽¹⁵⁾.

(14) L. OLIVERI, *Sulla permanenza di un ordinamento omogeneo degli enti locali dopo la legge costituzionale 3/2001*, in www.giustamm.it

(15) Si tratterebbe, in particolare: *a*) della circoscrizione territoriale dei Comuni (la competenza legislativa in materia, da concorrente che era, è diventata residuale, con il solo limite del rispetto del principio della consultazione delle popolazioni interessate; *b*) dell'ordinamento degli enti locali non dotati di autonomia costituzionale (ad esempio le Comunità montane), compresa la loro istituzione e soppressione; *c*) dell'organizzazione sovracomunale o sovraprovinciale (ad esempio le forme associative); *d*) dell'ordinamento interno dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane per ciò che non attiene alla materia elettorale, agli organi di governo ed alle funzioni fondamentali (ad esempio le disposizioni sui segretari comunali e provinciali), fatto salvo il potere regolamentare degli enti locali in materia di organizzazione interna; *e*) del coordinamento della finanza pubblica locale (l'art. 117, comma 3, Cost. rimette ora alla competenza legislativa concorrente la "armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario"). In tale senso, cfr. A. FERRARA, *L'incerta collocazione dell'ordinamento degli enti locali tra federalismo e municipalismo e il nodo delle "funzioni fondamentali"*, in www.federalismi.it, 4 marzo 2004, pp. 4-5. La classificazione dei poteri ordinamentali di cui alle lettere *b*), *c*) e *d*) dell'elenco è proposta da G. ROLLA, *Relazioni tra ordinamenti e sistema delle fonti. Considerazioni alla luce della legge costituzionale n. 3 del 2001*, in *Le Regioni*, n. 2/3, 2002, p. 336.

Autorevole dottrina⁽¹⁶⁾, compiendo un apprezzabile sforzo di ricostruzione sistematica, ha fornito una ri-lettura del Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, alla luce delle scelte fondamentali che il nuovo Titolo V ha compiuto con riferimento al tema che ci interessa: 1) la collocazione di tutti i livelli di governo (partendo dal basso: Comune, Provincia, Città metropolitana, Regione e Stato) in una posizione di piena parità istituzionale; 2) il ribaltamento dell'elencazione delle materie di competenza legislativa, con la individuazione tassativa di "materie" (o altre clausole di competenza) riservate allo Stato, in sede di legislazione esclusiva o di fissazione di principi fondamentali, mentre viene introdotta una generale clausola di residualità a favore della competenza legislativa regionale; 3) la rottura della nozione di "ordinamento degli enti locali"; 4) la costituzionalizzazione dei principi di sussidiarietà (verticale), di differenziazione, di adeguatezza come criteri per la distribuzione delle funzioni amministrative tra i livelli di governo; 5) il riconoscimento a Comuni, Province e Città metropolitane di una "potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite".

La prima osservazione di carattere generale, compiuta da tale dottrina, attiene al valore dello stesso Testo Unico e alla sua derogabilità: si sottolinea, in particolare, il venir meno della funzione di Testo Unico, nel senso che d'ora in poi le disposizioni, generali o relative ai singoli settori, sull'ordinamento degli enti locali si dovrebbero trovare in distinti corpi normativi, aventi diverso grado di vincolatività per gli enti locali e per la loro autonomia normativa⁽¹⁷⁾.

Dell'approfondita disamina riguardante ogni singola parte del d.lgs. n. 267 del 2000, in funzione di verifica di una persistente (o meno) copertura costituzionale, interessa sottolineare

(16) F. MERLONI, *Il destino dell'ordinamento degli enti locali (e del relativo Testo unico) nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 2/3, 2002, p. 409 ss.

(17) La necessità di superare la mera riedizione del Testo Unico, quale raccolta organica della disciplina vigente in materia di enti locali, è sostenuta anche da A. PAJNO, *Verso la Carta delle autonomie della Repubblica*, in www.astrid-online.it.

quanto affermato circa le disposizioni generali del Testo Unico sul ruolo della Regione nel sistema delle autonomie locali (artt. 4 e 5) e quelle relative ai soggetti (Titolo II del Testo Unico). In particolare, le prime si rivelerebbero del tutto improprie in una legge statale, dal momento che la Costituzione ha fissato le rispettive competenze dello Stato e delle Regioni nella determinazione degli elementi dell'ordinamento degli enti locali e lo Stato non può certo legiferare sulle modalità attraverso le quali le Regioni debbano esercitare la propria potestà regionale residuale/esclusiva.

Quanto ai soggetti è stato, invece, evidenziato che solo alcuni degli "enti locali" individuati all'art. 2 del Testo Unico sono oggetto di espresso riconoscimento costituzionale e solo per essi vale dunque la riserva di legge statale relativa alla determinazione delle funzioni fondamentali. Per gli altri, le Comunità montane e isolane e le Unioni di Comuni, la riserva di legge statale cessa e la loro previsione e disciplina è da ritenersi rimessa alla legislazione residuale delle Regioni⁽¹⁸⁾. I capi IV e V del Titolo II del Testo Unico (rispettivamente dedicati alle "Comunità montane" ed alle "Forme associative") appaiono, pertanto, interamente travolti dalla nuova disciplina costituzionale non essendo più lecito per il legislatore statale occuparsi di materie diverse da quelle di cui alla lettera *p*); la competenza in materia, dunque, non potrebbe che spettare alle Regioni, peral-

(18) In tal senso cfr. anche G. ROLLA, *Relazioni tra ordinamenti e sistema delle fonti. Considerazioni alla luce della legge costituzionale n. 3 del 2001*, op. cit., p. 336, il quale osserva che "se si confrontano gli oggetti che l'art. 117 Cost. riserva alla competenza esclusiva della legge statale con quelli che disciplina il d.lgs. 267/2000 – il quale contiene ai sensi del previgente art. 128 Cost. i principi in materia di ordinamento degli enti locali – è difficile non notare un'evidente differenza. In particolare, vi sono in quest'ultimo disposizioni che è arduo far rientrare nella materia "organi di governo" ovvero in quella "funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane". È il caso, ad esempio, delle parti relative alle forme associative, all'organizzazione degli uffici e del personale, ai servizi pubblici locali, ai controlli, all'ordinamento finanziario e contabile. In relazione ad alcune materie rientranti in tali oggetti si dovrebbe riconoscere una competenza legislativa esclusiva delle Regioni, con l'innovativa conseguenza di superare l'omogeneità nazionale del sistema degli enti locali, a favore di una differenziazione su base regionale".

tro già nel contesto costituzionale previgente fortemente coinvolte nella definizione delle caratteristiche istituzionali e delle funzioni delle Comunità montane ⁽¹⁹⁾.

Anche la tesi prospettata dalle Regioni è, ovviamente, nel senso di riservare alla Regione il potere di individuare le regole e la tipologia delle forme associative tra enti locali, ovvero i loro tratti ordinamentali, salvaguardando al contempo l'autonomia statutaria e normativa dell'ente locale per la parte concernente, rispettivamente, la forma di governo e l'organizzazione interna. Occorre, tuttavia, dar conto che all'interno del Comitato di indirizzo e coordinamento tecnico-scientifico costituito dal Ministero dell'Interno per l'attuazione della delega di cui all'art. 2 della legge n. 131 del 2003 sono emerse, oltre a quella appena riportata, altre tesi riguardo alla questione pregiudiziale del soggetto competente a disciplinare la materia: una di queste riserva all'autonomia normativa degli enti locali la scelta delle soluzioni associative e di cooperazione; secondo un'altra tesi (si noti, di segno nettamente opposto), l'approccio più corretto al problema delle forme associative sarebbe non quello di tipo soggettivo, consistente nel prendere le mosse dalla considerazione degli enti investiti della disciplina *de qua*, bensì quello di tipo oggettivo facente leva sulle funzioni e sulle relative modalità di esercizio. In tal modo, a giudizio del Comitato, sarebbe stato possibile rinvenire il fondamento della competenza legislativa statale, in tema di disciplina delle

(19) I commi 3, 4 e 5 dell'art. 27 del d.lgs. n. 267 del 2000 affidano alla Regione, pur in forma concertata con gli enti locali, compiti significativi in ordine agli assetti delle Comunità montane, tra i quali, quello di disciplinare con legge le comunità stesse, stabilendo: *a)* le modalità di approvazione dello statuto; *b)* le procedure di concertazione; *c)* la disciplina dei piani zonali e dei programmi annuali; *d)* i criteri di ripartizione tra le Comunità montane dei finanziamenti regionali e di quelli dell'Unione europea; *e)* i rapporti con gli altri enti operanti nel territorio. Occorre evidenziare, inoltre, che la costituzione di ciascuna comunità avviene con provvedimento del presidente della Giunta regionale. Sull'evoluzione normativa in materia di comunità montane e sul grado di incidenza della legislazione regionale sui vari aspetti dell'ordinamento delle Comunità montane, cfr. L. VANDELLI, E. BARUSSO, *Autonomie locali: Disposizioni generali. Soggetti*, in *Commenti al t.u. sull'ordinamento delle autonomie locali*, a cura di L. VANDELLI, Rimini, Maggioli, 2004, p. 841 ss.

forme associative, nell'art. 2, comma 4, lett. c), della legge di delega n. 131 del 2003 che prevedeva, nell'ambito dell'allocatione delle funzioni fondamentali, l'individuazione, da parte dello Stato, del livello ottimale per la gestione "anche associata" delle funzioni medesime.

Come è evidente, la questione, già all'epoca è risultata molto lontana dal poter essere risolta in modo certo e condiviso.

Nondimeno, la tesi che riserva alla Regione il potere di individuare le regole e la tipologia delle forme associative trova oggi conferma non solo nelle statuizioni del giudice amministrativo – che si è pronunciato sul tema sia in sede consultiva che giurisdizionale ⁽²⁰⁾ – ma anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale (cfr. sentenze 24 giugno 2005, n. 244; 23 dicembre 2005, n. 456). Quest'ultima, infatti, pone un punto fermo sulla questione del soggetto competente a disciplinare le Comunità montane, indicando esplicitamente che la regolamentazione della materia appartiene alla competenza legislativa residuale delle Regioni.

Piuttosto evidenti appaiono le ricadute di queste pronunce in relazione all'esigenza di una revisione del Testo Unico degli enti locali (d.lgs. n. 267 del 2000) che si ponga in linea con le disposizioni contenute nel nuovo Titolo V della parte seconda della Costituzione e con quanto affermato dalla Corte costituzionale sul tema delle Comunità montane ⁽²¹⁾. Ed anche se oggi

(20) Cfr. Parere Consiglio di Stato, sez. I, 29 gennaio 2003, n. 1506/2002; cfr., altresì, T.A.R. Puglia-Bari, sez. II, 19 settembre 2002, n. 4621, in *Foro amm., T.A.R.*, n. 10, 2002, p. 3378; più di recente, cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 7 febbraio 2006, n. 494.

(21) Nonostante la portata della pronuncia sia circoscritta al tema delle Comunità montane, l'argomento utilizzato ("l'indicazione [dell'art. 117, comma 2, lett. p]) deve ritenersi tassativa") induce a ritenere che tali sentenze siano suscettibili di investire tutti gli aspetti oggettivi e soggettivi dell'ordinamento locale non menzionati dalla disposizione costituzionale. Anzitutto, le altre forme associative fra enti locali. In secondo luogo l'ordinamento interno di Comuni, Province e Città metropolitane per ciò che non riguarda la legislazione elettorale e gli organi di governo, fatto salvo il potere normativo degli enti locali in tema di organizzazione. Così G. SCIULLO, *L'ordinamento degli enti locali e la competenza legislativa regionale*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 10, 2005, p. 1038.

non sussistono più le condizioni di legittimità per avviare percorsi attuativi di deleghe ormai scadute (così la delega contenuta nella legge La Loggia) o decadute (così la delega contenuta nel disegno di legge recante la nuova “Carta delle autonomie locali”), permane comunque la necessità di definire in via legislativa, con la maggiore chiarezza possibile, i nuovi spazi di competenza legislativa assegnati alle Regioni dalla riforma costituzionale del 2001.

2. Le modifiche al Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali apportate dalle più recenti manovre finanziarie

Pur in assenza di una revisione organica della disciplina sull'ordinamento degli enti locali, non sono mancate, nel corso degli anni, specifiche modifiche al Testo Unico degli enti locali, da parte del legislatore statale. Del resto, lo Stato è certamente legittimato a legiferare in virtù di vari titoli di competenza presenti nel nuovo art. 117 della Costituzione, tra i quali quello che ha giustificato alcune delle modifiche legislative apportate al Testo Unico degli enti locali è senz'altro rappresentato dal “coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario”.

In virtù di tale titolo di competenza, le più recenti manovre finanziarie dello Stato hanno apportato diverse modifiche al d.lgs. n. 267 del 2000, per lo più ispirate dal comune obiettivo di contenimento e riduzione della spesa pubblica.

Si tratta di misure condivise, nella loro finalità, da tutti i livelli di governo ⁽²²⁾, ma che hanno sollevato accessi dibattiti tra le varie componenti istituzionali. Tra queste si segnalano, in particolare:

- quelle volte a ridurre il numero delle circoscrizioni di de-

(22) La condivisione delle finalità è testimoniata dalla sottoscrizione, il 12 luglio 2007, del “Patto interistituzionale tra Governo, Regioni e Province autonome, Province, Comuni e Comunità montane per il perseguimento di obiettivi comuni, ai fini del contenimento del costo delle istituzioni”.

centramento comunale, attraverso la modifica dei parametri demografici relativi alla loro istituzione. Secondo la nuova formulazione dell'art. 17 del d.lgs. n. 267 del 2000 – modificato dall'art. 2, comma 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008) – i Comuni con popolazione inferiore ai 100 mila abitanti non hanno più la possibilità di articolare il proprio territorio in circoscrizioni; l'articolazione territoriale delle circoscrizioni è prevista nei soli Comuni con più di 250.000 abitanti (prima la soglia era di 100.000); i Comuni con popolazione tra i 100.000 e i 250.000 abitanti possono articolare il territorio per istituire le circoscrizioni di decentramento ma la popolazione media delle circoscrizioni non può essere inferiore a 30.000 abitanti. L'articolo 42-*bis* della legge 28 febbraio 2008 di conversione del decreto legge 31 dicembre 2007, n. 248 (recante "Proroga dei termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni urgenti in materia finanziaria") ha previsto che "Le disposizioni di cui all'articolo 2, comma 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, si applicano a decorrere dalle elezioni successive alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto" ⁽²³⁾;

- la regola che consente ad ogni amministrazione comunale

(23) Tali disposizioni hanno suscitato incertezza interpretativa in ordine alla decorrenza degli effetti, particolarmente in quei Comuni che, appartenendo alla fascia di popolazione tra i 30 mila ed i 100 mila abitanti ed avendo suddiviso il loro territorio in circoscrizioni, dovranno procedere alla loro soppressione. Di qui il quesito proposto dal Ministero dell'Interno al Consiglio di Stato (che si è pronunciato con il parere n. 1016/2008), secondo il quale l'espressione contenuta nel d.l. milleproroghe, per cui le disposizioni in esame "si applicano a decorrere dalle elezioni successive alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto", non può significare che i loro effetti abbiano a prodursi dalle prime elezioni successive alla data di entrata in vigore della legge, bensì alle specifiche elezioni che concernono gli organismi rappresentativi considerati dalla norma e, cioè, i consigli circoscrizionali al cui rinnovo si debba procedere successivamente a tale data. Secondo tale lettura, che è ad un tempo letterale ma anche sistematica, le elezioni da prendere in considerazione non sono quelle che comunque temporalmente si collocano dopo l'entrata in vigore di tale decreto legge, bensì ed esclusivamente quelle successive a tale data che riguardino appunto la sostituzione di quegli organismi rappresentativi che, in forza dell'entrata in vigore delle disposizioni in esame non potranno, per il futuro, essere rappresentative della popolazione di quel determinato territorio comunale.

l'adesione ad una unica forma associativa per ciascuna di quelle previste dagli articoli 31, 32 e 33 del Testo Unico di cui al d.lgs. n. 267 del 2000, fatte salve le disposizioni di legge in materia di organizzazione e gestione del servizio idrico integrato e del servizio di gestione dei rifiuti⁽²⁴⁾ (cfr. art. 2, comma 28, legge finanziaria 2008)⁽²⁵⁾;

- la riduzione del numero massimo degli Assessori componenti le Giunte, che non può superare le dodici unità (prima era sedici) (cfr. art. 47 d.lgs. n. 267 del 2000, come modificato dall'art. 2, comma 23, legge finanziaria 2008, il quale stabilisce inoltre che la nuova disposizione "entra in vigore a decorrere dalle prossime elezioni amministrative locali");

- le modifiche agli articoli 81, 82, 83 e 84, rispettivamente in materia di aspettative, indennità, divieto di cumulo e rimborso delle spese di viaggio degli amministratori locali, a fini di contenimento della spesa pubblica locale; alla medesima finalità è ispirato il comma 56 dell'art. 3 della legge finanziaria 2008, che demanda al regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi la fissazione dei limiti, dei criteri e delle modalità per l'affidamento di incarichi di collaborazione, di studio o di ricerca, ovvero di consulenze, a soggetti estranei all'amministrazione. Tale disciplina dovrà fissare altresì il limite massimo della spesa annua per gli incarichi e consulenze.

Un importante elemento di innovazione per le autonomie locali è rappresentato, inoltre, dalle recenti misure legislative in materia di sicurezza pubblica, introdotte con il d.l. 23 maggio 2008, n. 92 (cd. pacchetto sicurezza) convertito con modificazioni, in legge 24 luglio 2008, n. 125; in particolare, l'art. 6 di quest'ultima legge ha modificato l'art. 54 del d.lgs. n. 267/2000

(24) Tale regola era stata anticipata nel Patto interistituzionale sottoscritto il 12 luglio 2007, laddove impegnava tutti i livelli di governo a porre in essere azioni rispondenti a determinati principi ed obiettivi, tra i quali, appunto, l'introduzione della regola dell'alternatività, nello stesso territorio, tra le diverse forme associative dei Comuni.

(25) Per il caso della contemporanea appartenenza di un Comune ad una Comunità montana e ad una Unione di Comuni, si rimanda a R. FILIPPINI, A. MAGLIERI, *Le forme associative tra enti locali nella recente legislazione regionale: verso la creazione di differenti modelli ordinamentali*, paragrafo 6.2, in questa Rivista.

(TUEL) – che disciplina le attribuzioni del Sindaco nelle funzioni di competenza statale – attribuendo ai Sindaci nuovi poteri di intervento in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana, soprattutto al fine di prevenire e contrastare fenomeni di degrado delle città ⁽²⁶⁾

Un ultimo cenno, infine, alla “tormentata storia” della disciplina dei servizi pubblici locali, che fatica ancora a trovare il giusto equilibrio tra competenze legislative statali e regionali²⁷. Anche nella più recente modifica, introdotta dall’art. 23 *bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. con modif., in l. 6 agosto 2008, n. 133 (cd. manovra d’estate), non mancano profili di criticità proprio con riferimento alla questione dell’ambito della competenza legislativa regionale in materia ⁽²⁸⁾.

(26) Si segnalano, sull’argomento, gli approfondimenti di G. CAIA, “*Incolumità pubblica*” e “*sicurezza urbana*” nell’amministrazione della pubblica sicurezza (il nuovo art. 54 del TUEL), in www.giustamm.it, (Relazione al Convegno “Nuovi orizzonti della sicurezza urbana dopo la legge 24 luglio 2008, n. 125 ed il decreto del Ministro dell’Interno del 5 agosto 2008”, Bologna 25 settembre 2008, organizzato dalla Prefettura di Bologna e dall’Università degli studi – Scuola di specializzazione in studi sull’amministrazione pubblica); G. NAPOLITANO, *Sicurezza urbana, ruolo del Sindaco e delle polizie municipali nella visione del “pacchetto sicurezza”*. Come cambia l’art. 54 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, tra aspettative e grandi perplessità, in www.giustamm.it.

(27) Riguardo alla competenza legislativa in materia di servizi pubblici locali, la Corte costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi con la nota sentenza 27 luglio 2004, n. 272, stabilendo che i servizi pubblici, in quanto tali, non ricadono in alcuna potestà legislativa statale; tuttavia, lo Stato può intervenire in materia a titolo di tutela della concorrenza, ai sensi dell’art. 117, comma 2, lett. e), della Costituzione; pertanto, non sono censurabili tutte quelle norme che “garantiscono, in forme adeguate e proporzionate, la più ampia libertà di concorrenza nell’ambito di rapporti – come quelli relativi al regime delle gare o delle modalità di gestione e conferimento dei servizi – i quali per la loro diretta incidenza sul mercato appaiono più meritevoli di essere preservati da pratiche anticoncorrenziali” (punto 3 in diritto).

(28) Il comma 7 dell’art. 23-*bis* vincola, infatti, le Regioni e gli enti locali ad assumere le proprie decisioni relative ai bacini di gara (che diverranno poi bacini di esercizio dei servizi pubblici) “d’intesa con la Conferenza unificata”, limitando così la competenza regionale a stabilire la dimensione di esercizio dei servizi pubblici. Inoltre, anche il comma 10, lett. b), dell’art. 23-*bis* cit. – che demanda al Governo l’adozione di uno o più regolamenti al fine di: ...“b) prevedere, in attuazione dei principi di proporzionalità e di adeguatezza di cui all’art. 118 della Costituzione, che i comuni con un limitato numero di residenti possano svolgere le funzioni relative alla gestione dei

3. *Il nodo della individuazione delle funzioni fondamentali di Comuni e Province*

All'indomani dell'entrata in vigore della riforma costituzionale del 2001, è emersa da subito l'esigenza di capire quale fosse, nelle intenzioni del legislatore costituente, il significato da attribuire all'espressione funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane, contenuta nell'art. 117, comma 2, lett. p), Cost.

Si tratta di una questione che assume oggi una rinnovata centralità in relazione agli sviluppi del dibattito sul federalismo fiscale. Il disegno di legge n. 1117, recante "Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'art. 119 della Costituzione", propone, infatti, una classificazione delle spese degli enti locali che distingue tra spese riconducibili alle funzioni fondamentali, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. p), della Costituzione e spese relative ad altre funzioni, individuando per le prime un particolare meccanismo di finanziamento tale da garantirne l'integrale copertura finanziaria. Di qui, la necessità di capire quali siano le funzioni fondamentali, anche al fine di valutarne il costo.

Per questo si ritiene utile richiamare i termini essenziali del dibattito che si è aperto, sin dall'entrata in vigore della riforma costituzionale del 2001, sull'interpretazione della formula "funzioni fondamentali", il quale ha riguardato essenzialmente due aspetti, e cioè se per funzioni fondamentali dovessero intendersi solo quelle di carattere strumentale all'esercizio delle competenze degli enti territoriali (funzioni strumentali all'esistenza e all'operatività stessa dell'ente), ovvero se dovessero estendersi anche a quelle relative alle competenze e funzioni svolte da questi enti (funzioni essenziali per il soddisfa-

servizi pubblici locali in forma associata; ..." – pare del tutto estraneo ai profili di tutela della concorrenza. Per una analisi sistematica della disciplina introdotta dall'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, cfr. S. COLOMBARI, *La disciplina dei servizi pubblici locali: carattere integrativo e non riformatore dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008*, in www.giustamm.it, pubblicato il 31 ottobre 2008.

cimento dei bisogni primari delle comunità)⁽²⁹⁾.

Da una parte si può ritenere, infatti, che le funzioni fondamentali configurano, insieme alla connessa riserva sugli organi di governo ed alla legislazione elettorale, una competenza legislativa esclusiva statale concernente l'assetto istituzionale, la costituzione e il funzionamento degli organi di governo compresi gli aspetti apicali di disciplina dell'organizzazione e delle funzioni amministrative degli enti locali⁽³⁰⁾; ma si può anche ritenere che lo Stato abbia la competenza di determinare le funzioni fondamentali per ogni materia di legislazione settoriale⁽³¹⁾.

Nel primo caso troverebbe copertura costituzionale una parte soltanto delle norme attualmente recate dal Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali. Nel secondo, invece,

(29) F. PIZZETTI, *Commento all'articolo 2 della legge 5 giugno 2003, n. 131*, in *Legge "La Loggia". Commento alla l. 5 giugno 2003 n. 131 di attuazione del Titolo V della Costituzione*, a cura di C. CITTADINO, Rimini, Maggioli, 2003, p. 64.

(30) Così è per S. MANGIAMELI, *Riassetto dell'amministrazione locale, regionale e statale tra le nuove competenze legislative, autonomie normative ed esigenze di concertazione*, in *Il sistema amministrativo dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, a cura di G. BERTI, G.C. DE MARTIN, Roma, Luiss, 2002, p. 198 ss. In particolare, l'Autore osserva che lo Stato, in relazione alle "funzioni fondamentali" può disciplinare – in via esclusiva – "i principi e le disposizioni in materia di ordinamento degli enti locali" (così art. 1, comma 1, d.lgs. n. 267 del 2000), sia a completamento di quelle funzioni che sono direttamente previste dalla Costituzione, come la funzione statutaria (art. 114, comma 2, Cost.), quella normativa regolamentare (art. 117, comma 6, Cost.) e quella finanziaria (art. 119, commi 1 e 2, Cost.), e sia per quelle funzioni che non hanno trovato menzione nelle disposizioni costituzionali come la funzione organizzativa e quella amministrativa (v. art. 3, comma 4, d.lgs. n. 267 del 2000). La tesi volta a sostenere che con la formula "funzioni fondamentali" il legislatore costituzionale ha voluto far riferimento alla disciplina organizzativa degli organi di governo e ai loro rapporti, così come disciplinati nel d.lgs. n. 267 del 2000, è sostenuta anche da B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 131.

(31) La tesi in base alla quale le norme statali con cui sono definite le funzioni fondamentali degli enti locali sono di carattere trasversale "siccome idonee a distendersi su qualunque campo materiale e, perciò, a rimettere in discussione l'iniziale riparto delle materie (e delle competenze)", è sostenuta in dottrina da A. RUGGERI, *Riforma del Titolo V della Costituzione e autonomie locali (notazioni introduttive)*, in *Nuove Autonomie*, 2003.

questa materia sarebbe un potere funzionale del tutto autonomo da questo nucleo essenziale di funzioni ordinamentali che consentirebbe allo Stato, in maniera assai più ampia, di tagliare trasversalmente non solo gli ambiti di propria competenza esclusiva o concorrente, ma anche quelli di competenza residuale delle Regioni.

Questa seconda opzione interpretativa individua un settore di competenza statale talmente indefinito e indiscriminato, a fronte dell'evidente volontà del legislatore costituzionale di circoscrivere la riserva di legge statale rispetto alla vecchia disposizione dell'art. 128 Cost., da apparire decisamente sconsigliabile. Secondo autorevole dottrina "se si ammettesse che le funzioni fondamentali possono essere previste, non solo con leggi generali, ma anche con singole leggi di settore, vuoi perché chiamate a dettare i "principi fondamentali" della potestà concorrente, vuoi perché si preoccupano di garantire il ruolo degli enti locali nelle materie non elencate (e perciò di competenza regionale), la potestà legislativa regionale subirebbe una compressione enorme. Come si potrebbero disciplinare, per esempio, le funzioni amministrative "fondamentali" dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane in materia urbanistica, senza dettare al contempo una disciplina fortemente condizionante le scelte del legislatore regionale? Laddove la legge statale definisse il livello di esercizio di una certa funzione, avrebbe rivendicato a sé qualsiasi ulteriore valutazione circa la sussidiarietà, la differenziazione e l'adeguatezza: la legge regionale ne verrebbe definitivamente esclusa" (32). Non a caso anche i fautori della seconda interpretazione (fortemente auspicata dalle associazioni rappresentative degli enti locali, che temono il centralismo regionale) ne riducono la portata, precisando che lo Stato avrebbe solo il potere di individuare la "soglia minima e indefettibile" di funzioni amministrative che deve essere attribuita a tutti gli enti locali, in tutto il territorio nazionale

(32) R. BIN, *La funzione amministrativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 2/3, 2002, p. 371.

(³³). È evidente, in tale esegesi, la riproposizione, anche se con una nuova denominazione, di quelle “funzioni di interesse esclusivamente locale” che, prima della riforma del Titolo V della Costituzione, spettava allo Stato attribuire direttamente agli enti locali anche nelle materie di competenza regionale. È da considerare, però, che già il federalismo amministrativo “a Costituzione invariata” aveva portato, di fatto, alla disapplicazione del comma 1 dell’art. 118 Cost. (vecchia formulazione) nella parte in cui riconosceva allo Stato tale potestà (v. art. 4, legge n. 59/1997); disposizione che è stata, poi, formalmente abrogata e sostituita dalla legge costituzionale n. 3 del 2001.

Non pare dunque condivisibile tale interpretazione, in controtendenza rispetto ai nuovi assetti introdotti per effetto delle riforme Bassanini e volta a far rivivere una norma già espunta dall’ordinamento. La non equivalenza tra funzioni di interesse esclusivamente locale e funzioni fondamentali degli enti locali è stata, peraltro, affermata anche dalla Corte costituzionale in due decisioni, anche se non pienamente risolutive dei dubbi interpretativi richiamati: le sentenze 16 gennaio 2004, n. 16 e 29 gennaio 2004, n. 49 (³⁴).

Se consideriamo, invece, la competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di funzioni fondamentali nel nuovo contesto ordinamentale del Titolo V della Costituzione, appare evidente un ampliamento dei poteri delle Regioni ordinarie, al di là di quelli già consolidati di determinazione delle funzioni degli enti locali.

La revisione costituzionale del 2001, rotta la tradizionale unitaria nozione di ordinamento degli enti locali così come si ricavava dall’interpretazione del vecchio art. 128 Cost., ha riservato allo Stato esclusivamente i poteri ordinamentali indicati dall’art. 117, comma 2, lett. p), Cost., nonché dall’art. 133,

(33) F. MERLONI, *Il destino dell’ordinamento degli enti locali (e del relativo Testo unico) nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 2/3, 2002, p. 415.

(34) Per un commento alle sentenze, cfr. M. BARBERO, *Tipizzazione delle entrate di regioni ed enti locali e modalità di finanziamento delle funzioni amministrative: la posizione della Corte costituzionale (nota alle sentenze n. 16 e n. 49 del 2004)*, in www.federalismi.it, 19 febbraio 2004.

comma 1, Cost. (mutamento delle circoscrizioni provinciali e istituzione di nuove Province). Conseguentemente ne risulta rafforzata la posizione di centralità delle Regioni nella individuazione delle funzioni amministrative delle autonomie locali che ad esse è stata riconosciuta a partire dalla legge n. 142 del 1990 ma soprattutto, più di recente, dalla legge n. 59 del 1997 ed ora espressamente sancita dal nuovo art. 118 della Costituzione.

La dottrina, nell'ottica di interpretazione sistematica del disposto costituzionale, ha poi posto l'attenzione sul rapporto tra gli artt. 117, comma 2, lett. p) e 118 della Costituzione e si è interrogata sulla corrispondenza (o meno) tra funzioni fondamentali e funzioni proprie. Al riguardo, l'orientamento della dottrina non appare affatto univoco. Da una parte, infatti, vi è chi suggerisce di distinguere due sole tipologie di funzioni: fondamentali e conferite. Le funzioni fondamentali e le funzioni proprie sarebbero infatti la stessa cosa⁽³⁵⁾. La coincidenza fra queste due categorie di funzioni spiegherebbe le ragioni per cui a proposito delle funzioni proprie il comma 2 dell'art. 118 non faccia alcun riferimento alla fonte per la loro distribuzione, da individuarsi nella legge statale ai sensi della lett. p), del comma 2, dell'art. 117 Cost.⁽³⁶⁾.

Riguardo alle funzioni proprie la dottrina ha inoltre rilevato come non sono solo i Comuni ad esserne titolari. Il comma 2 dell'art. 118 Cost. pare infatti assegnare anche agli altri enti tali funzioni. Qualora, tuttavia, dovessero residuare dei dubbi, pare risolutivo quanto stabilito dall'art. 114, comma 2, Cost. in base al quale, accanto ai Comuni, anche "le Province, le Città metropolitane e le Regioni sono enti autonomi, con propri statuti,

(35) E. FOLLIERI, *Le funzioni amministrative nel nuovo Titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 2/3, 2003, p. 450. L'Autore rileva che "le funzioni fondamentali sono sicuramente proprie perché individuano i compiti essenziali e caratterizzanti degli enti territoriali e rappresentano la parte insopprimibile delle funzioni proprie. Quindi anche le funzioni fondamentali sono proprie e, più esattamente, parte delle funzioni proprie".

(36) A. CORPACI, *Revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo*, in *Le Regioni*, n. 6, 2001, p. 1314.

poteri e funzioni”⁽³⁷⁾.

La norma costituzionale appena richiamata, insieme a quella contenuta nel comma secondo dell'art. 118 Cost. (secondo la quale “I Comuni, le Province e le Città metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie [...]”) enuncia il principio della titolarità necessaria delle funzioni proprie, da parte di ciascun ente del governo territoriale. Come ha spiegato la dottrina, “ciò significa che la legislazione, statale e regionale, laddove attribuisce funzioni amministrative a detti enti”, oltre al rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, “è tenuta altresì a determinarne l'ambito funzionale tenendo conto di quelle funzioni che loro debbono essere necessariamente confermate (che non possono essere intaccate) in quanto costituiscono, secondo la tradizione disciplinare formatasi nel corso dei decenni, il nucleo identificativo degli enti stessi, come enti di governo della propria collettività”. Funzioni, dunque, che devono essere in ogni caso riconosciute alla titolarità degli enti ma che, tuttavia, “non possono essere identificate con tutte quelle esistenti, cioè via via accumulate in capo all'Ente locale in virtù delle successive stratificazioni legislative, poiché alcune di esse sono del tutto superflue, per nulla identificative dell'ente, e alcune, come è noto, imputate all'ente come organo dello Stato”⁽³⁸⁾.

Vi sarebbero poi le funzioni ulteriormente “conferite” ai diversi enti, con leggi statali o regionali, secondo le rispettive competenze.

Un diverso ed altrettanto autorevole orientamento dottrinale, invece, rifiuta la tesi di una coincidenza tra le funzioni fondamentali con quelle proprie e distingue tre categorie di funzioni: *fondamentali*, attribuite dal legislatore statale ai sensi della lettera p) dell'art. 117 Cost., per le quali vale il principio di ugua-

(37) G. FALCON, *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi artt. 118 e 117 della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 2/3, 2002, pp. 385-386.

(38) V. CERULLI IRELLI e C. PINELLI, *Normazione e amministrazione nel nuovo assetto costituzionale dei pubblici poteri*, in *Verso il federalismo. Normazione e amministrazione nella riforma del Titolo V della Costituzione*, a cura di ID., Bologna, Il Mulino, 2004, Collana Quaderni di Astrid, pp. 63-64.

gianza tra gli enti dello stesso livello; *proprie*, attribuite dal legislatore statale o regionale, le quali possono essere differenziate, in base al principio di adeguatezza, tra gli enti territoriali dello stesso livello; funzioni *conferite*, sono il risultato del moto ascendente della sussidiarietà, ossia le funzioni che, per assicurare l'esercizio unitario (art. 118, comma 1) possono essere sottratte ai Comuni (cui, in principio tutte le funzioni amministrative sono attribuite) e collocate a livello più alto ⁽³⁹⁾.

Secondo tale dottrina la questione non è solo terminologica, in quanto si tratta di determinare l'ambito in cui opera il principio di differenziazione. Il quesito che si pone al riguardo è se le funzioni fondamentali possano essere differenziate. La risposta presuppone necessariamente la definizione di funzione fondamentale: se si accoglie l'interpretazione per cui la riserva alla legge dello Stato, di cui all'art. 117, comma 2, lett. p), dovrebbe riguardare un nucleo assai ristretto di funzioni, e cioè quelle che costituiscono la proiezione dell'organizzazione delle funzioni di interesse statale, nonché quelle che sono imprescindibili, connaturate e connotanti il ruolo dei diversi livelli del governo locale, pare difficile sostenere che funzioni che siano "fondamentali" per un certo tipo di ente, possano essere al contempo differenziate, sottraendo dalla titolarità di certe funzioni attribuite ad un determinato livello di governo quegli enti che, per dimensioni o altro, non siano ritenuti adeguati ⁽⁴⁰⁾.

Secondo altra interpretazione, la tesi della corrispondenza tra funzioni fondamentali e funzioni proprie non convince per altra motivazione: sembrerebbe più ragionevole ritenere che il termine "funzioni fondamentali" non riguardi le funzioni amministrative, poiché il termine avrebbe significato atecnico attenendo alla competenza esclusiva statale nell'individuare per ciascun livello di governo i principi di fondo dell'attività degli enti ⁽⁴¹⁾.

(39) R. BIN, *La funzione amministrativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*, op. cit., pp. 369-370.

(40) R. BIN, *La funzione amministrativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*, op. cit., p. 370.

(41) S. CIVITARESE MATTEUCCI, *L'autonomia istituzionale degli enti locali dopo la*

Altri autori hanno poi compiuto una ricostruzione di carattere storico-normativa sulle funzioni proprie degli enti locali, secondo cui queste ultime dovrebbero definirsi come l'insieme delle funzioni la cui titolarità – al momento dell'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 2001 – spetta ai rispettivi enti locali in forza delle leggi previgenti. Non vi rientrerebbero, invece, quelle funzioni la cui titolarità è dello Stato o delle Regioni anche se l'esercizio è attribuito agli enti locali (per delega o avvalimento); e neppure le funzioni amministrative esercitate direttamente dallo Stato o dalle Regioni che, secondo le rispettive competenze, possono con legge – comunque e in ogni caso – essere attribuite o delegate (conferite) agli enti locali ⁽⁴²⁾.

Ma, come è stato osservato ⁽⁴³⁾, questa tesi presenta il difetto di irrigidire notevolmente la disciplina costituzionale di allocazione delle funzioni, svuotando di significato la competenza del legislatore statale in materia di funzioni fondamentali.

Tale ultima osservazione critica viene, però, smentita da chi propone una diversa lettura delle “funzioni fondamentali”, ritenendo che con tale formula il legislatore costituzionale abbia voluto far riferimento alla disciplina organizzativa degli organi di governo e ai loro rapporti, così come disciplinati nel d.lgs. n. 267 del 2000, recante il Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali. Se si propende per questa lettura, la tesi che identifica le funzioni proprie con le funzioni “storiche” degli enti locali, sembrerebbe ancor più garantista nei confronti di Comuni e Province, rispetto ad una mera elencazione nella legge statale di quali sono le “funzioni fondamen-

revisione del Titolo V, parte II della Costituzione. Il caso dei controlli, in *Le Regioni*, n. 2/3, 2002, p. 462.

(42) S. MANGIAMELI, *Riassetto dell'amministrazione locale, regionale e statale tra nuove competenze legislative, autonomie normative ed esigenze di concertazione*, in *Il sistema amministrativo dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, a cura di BERTI, DE MARTIN, Roma, Luiss, 2002, pp. 212-213. Condivide questa tesi G.C. DE MARTIN, *Processi di rideterminazione delle funzioni amministrative*, in *Il sistema amministrativo dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, op. cit., p. 106.

(43) F.S. MARINI, *Il nuovo Titolo V: l'epilogo delle garanzie costituzionali sull'allocazione delle funzioni amministrative*, in *Le Regioni*, n. 2/3, 2002, p. 403.

tali”, quasi ripetendo gli attuali artt. 13 e 19 del Testo Unico⁽⁴⁴⁾.

4. *Segue: ... fonti di disciplina e modalità di esercizio*

Quella del significato giuridico da attribuire all’espressione “funzioni fondamentali” è solo la prima delle questioni interpretative sorte in relazione alla competenza esclusiva dello Stato in materia di funzioni fondamentali.

In particolare, assume centrale rilevanza stabilire, come già anticipato, se lo Stato possa individuare, con singole leggi di settore, le funzioni fondamentali degli enti locali anche fuori delle materie di sua competenza esclusiva. Si tratta, in sostanza, di misurare l’ambito in cui lo Stato può esercitare la sua potestà esclusiva, fissata dall’art. 117, comma 2, lett. *p*).

Al riguardo, è stato osservato⁽⁴⁵⁾ che la lett. *p*) attiene proprio al criterio di riparto delle potestà legislative, configurandosi come un “titolo di ingerenza della legge statale nelle materie regionali”. Infatti, “nelle (altre) materie di potestà legislativa esclusiva statale il riferimento alle funzioni fondamentali non ha alcun senso: dato che in esse solo la legge statale può, per definizione, attribuire funzioni agli enti locali, fondamentali o meno che siano”. Si pone allora il problema “se la qualificazione di una funzione come fondamentale costituisca per il legislatore una scelta meramente libera, oppure una scelta da compiersi in base a parametri individuabili, e all’occorrenza sindacabili in sede di giudizio di legittimità costituzionale”. Al riguardo, sembra chiaro che debbano essere definite fondamentali quelle funzioni che abbiano “un peculiare rapporto con le caratteristiche e la ragion d’essere dell’ente. Le funzioni fondamentali sono quelle che lo caratterizzano come ente di quel determinato

(44) B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 131.

(45) G. FALCON, *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi artt. 118 e 117 della Costituzione*, op. cit., p. 396.

tipo, e che ne definiscono l'ambito di azione in termini tali che la sottrazione di ognuno degli ambiti definiti come fondamentali condurrebbe ad un mutamento significativo della fisionomia dell'ente". E tali competenze "dovrebbero essere concepite come garanzia di una significativa misura di assegnazione delle funzioni, ma non come disciplina specifica della materia. Al contrario, esse non dovrebbero pregiudicare la disciplina della materia".

Riguardo a questo ultimo profilo, la questione interpretativa che si è posta è se l'art. 117, comma 2, lett. p), Cost. rappresenti la fonte legittimante per la sola individuazione delle funzioni fondamentali oppure anche per la loro disciplina. La situazione diventerebbe davvero problematica, con gravi problemi di funzionamento amministrativo e violazione dell'art. 97 Cost., se si dovesse giungere di chiedere allo Stato non solo di indicare genericamente le funzioni, così come fatto nel Testo Unico, bensì anche di disciplinarle, spaccando così l'unitarietà delle materie conferite alla legge regionale dall'art. 117, commi 2 e 3, Cost., ovvero addirittura permettendo alla legge statale, non solo di indicare le funzioni, bensì di porre essa stessa la normativa di base⁽⁴⁶⁾.

Al riguardo, è stato precisato che "un conto è stabilire che una funzione è fondamentale e che deve essere attribuita a un determinato livello di governo territoriale (es. il Comune), compito questo rimesso alla legislazione statale; altro conto è poi la disciplina sostantiva dell'attività, che ben può essere dettata dalla legge regionale, ove ne abbia la competenza. Ad esempio, la legge dello Stato può stabilire che la pianificazione urbanistica spetta al Comune, mentre la legge regionale può e deve individuare i contenuti che il piano urbanistico deve avere in concreto; ancora la legge dello Stato può prevedere che i comuni debbano assicurare adeguati servizi di trasporto urbano, mentre spetta alla legge regionale individuare i principi in base ai quali i detti servizi devono essere erogati"⁽⁴⁷⁾.

(46) B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V*, op. cit., p. 131.

(47) V. CERULLI IRELLI e C. PINELLI, *Normazione e amministrazione nel nuovo asset-*

Dunque, uno degli aspetti più pericolosi che potrebbe celare l'operazione di definizione delle funzioni fondamentali da parte del legislatore statale è che quest'ultimo non si limiti ad individuare le funzioni, ma ritenga di poterne dettare anche una disciplina sostanziale. Da questo punto di vista, lo schema preliminare di revisione del TUEL approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 2 dicembre 2005 (attuativo della cd. legge La Loggia) si limitava ad individuare le funzioni fondamentali, senza dettarne una disciplina sostanziale, preservando in tal modo i rispettivi ambiti di competenza legislativa dello Stato e delle Regioni, in relazione alle diverse materie. Inoltre, in sede di determinazione delle funzioni fondamentali non si operava una tipizzazione specifica, analitica ed esaustiva dei contenuti delle attribuzioni locali, ma si manteneva una configurazione delle competenze attraverso l'indicazione di complessi di attribuzioni di tipo "aperto" non previamente tipizzate, bensì delimitate soltanto *ratione materiae*. In particolare, lo schema di decreto individuava le funzioni fondamentali definendo prima quelle "essenziali e imprescindibili per il funzionamento degli enti", passando poi alla definizione di quelle "essenziali e imprescindibili per soddisfare i bisogni primari delle rispettive comunità e per consentire il concorso delle autonomie territoriali alla tenuta e alla coesione dell'ordinamento della Repubblica in un quadro di leale collaborazione tra i diversi livelli di governo" (art. 4 dello schema di decreto) ⁽⁴⁸⁾. Lo schema di de-

to costituzionale dei pubblici poteri, op. cit., pp. 64-65.

(48) L'elenco delle prime – comune ai tre diversi livelli di governo – comprendeva:

- la funzione normativa;
- la funzione di programmazione e pianificazione nonché la partecipazione alle funzioni di programmazione e pianificazione economica, sociale, territoriale e ambientale di livello provinciale, regionale e nazionale;
- la funzione di organizzazione e gestione del personale;
- la funzione di controllo interno;
- la funzione di gestione finanziaria, tributaria e contabile;
- la funzione di vigilanza e controllo nelle aree funzionali di competenza;
- la funzione di raccolta ed elaborazione dei dati informativi e statistici nelle aree funzionali di competenza.

La seconda tipologia di funzioni era invece individuata per Comuni e Province sulla

creto non individuava “nuove” funzioni fondamentali ma veniva attribuito tale carattere solo ad una parte di quelle storiche e di quelle esercitate.

Particolare rilievo assumevano, nel contesto della disciplina delle funzioni fondamentali, le disposizioni dettate per disciplinare il loro esercizio. Di particolare interesse la norma che riconosceva ai Comuni la possibilità di esercizio delle funzioni fondamentali anche in forma associata. Più discutibile appariva, invece, la stessa norma nella parte in cui demandava ai Comuni la possibilità di promuovere le forme associative, “attivando, nel rispetto del principio di leale collaborazione, strumenti di reciproca concertazione per la individuazione dei livelli territoriali ottimali, dei soggetti e delle metodologie di gestione associata”. Tale disposizione indicava chiaramente la volontà del legislatore statale di estromettere le Regioni da qualsiasi potestà di intervento in materia, sposando dunque quella tesi secondo la quale la scelta delle soluzioni associative e di cooperazione sarebbero riservate all’autonomia normativa degli enti locali; soluzione tutt’altro che pacifica e condivisa.

Anche il disegno di legge per l’adozione della nuova Carta delle autonomie locali (A.S. 1464) incentivava l’esercizio in forma associata delle funzioni fondamentali, spingendosi persino a prevedere, tra le finalità e gli indirizzi generali, l’ “obbligatorietà dell’esercizio associato di determinate funzioni fondamentali da parte degli enti di minori dimensioni demografiche” (art. 1, comma 2, lettera *d*). L’enunciazione di tale principio non era però del tutto coerente con i principi della delega di cui all’art. 2, comma 3, ove si prevedeva l’esercizio associato di determinate funzioni fondamentali come una possibilità da garantire agli enti locali.

base delle funzioni storicamente svolte, attraverso una ricognizione che ha portato all’enucleazione dei tradizionali settori organici di materie (per i Comuni, “sviluppo economico e attività produttive”, “territorio, ambiente e infrastrutture”, “servizi alla persona e alla comunità” e, infine, il settore della “polizia amministrativa locale”; per le Province “sviluppo economico, sociale e delle attività produttive”, “territorio, ambiente e infrastrutture” e “polizia amministrativa locale”), all’interno dei quali sono state collocate le funzioni fondamentali.

La prospettiva dell'esercizio associato delle funzioni fondamentali viene ripresa anche nel recentissimo schema di disegno di legge, già citato, che delega il Governo all'individuazione e allocazione delle funzioni fondamentali, trattandosi di un efficace strumento per garantire l'attuazione del principio di adeguatezza⁽⁴⁹⁾.

Diversa è invece la prospettiva di applicazione del principio di differenziazione in sede di allocazione delle funzioni fondamentali dei Comuni, in base alle classi demografiche di appartenenza, che "minerebbe l'idea stessa della loro fundamentalità"⁽⁵⁰⁾.

(49) Tra i principi e i criteri direttivi stabiliti per l'esercizio della delega sulle funzioni fondamentali, da esercitarsi "anche in forma associata", rientra "l'indicazione dei criteri per garantire l'ottimale gestione nonché i livelli essenziali delle prestazioni" (art. 1, comma 3, lett. c). Su questo aspetto, cfr. le osservazioni di R. FILIPPINI, A. MAGLIERI, *Le forme associative tra enti locali nella recente legislazione regionale: verso la creazione di differenti modelli ordinamentali*, cit., in questa Rivista.

(50) Così, R. BIN, *Il Codice delle autonomie e i nodi irrisolti*, in *Le Regioni*, n. 6, 2006, p. 1054.