

ATTUAZIONE DEL TIT. V E DELLA LEGGE LA LOGGIA

SITUAZIONE

A cura di:
Alberto Chellini (C.R. Toscana)

I principi generali della legge n. 131/2003 con particolare riferimento all'ordinamento e agli statuti degli enti locali (*).

(Carlo Marzuoli)

Sommario - 1. *Introduzione* - 2. *Le indicazioni della legge n. 131: una sintesi* - 3. *Il dato più importante e le domande che ne seguono* - 4. *Le funzioni* - 4.1. *Le funzioni fondamentali* - 4.2. *Ancora in tema di prima determinazione di ciò che è da intendere per funzioni* - 4.3. *L'aspetto più problematico ed incerto* - 4.4. *Quali sono i soggetti da prendere in considerazione nel momento di individuazione delle funzioni fondamentali* - 4.5. *Un ultimo punto: le funzioni e la dimensione della potestà normativa* - 5. *Autonomia statutaria ed aspetti connessi. Una precisazione* - 6. *La dimensione dell'autonomia statutaria (contenuto tipico)* - 7. *Una valutazione complessiva della legge n. 131* - 8. *Una valutazione analitica* - 8.1. *Organizzazione in generale* - 8.2. *Organi di governo* - 8.3. *Rapporti con gli altri enti (forme associative)* - 8.4. *Capacità di diritto privato e forme organizzative privatistiche* - 8.5. *Rapporto di lavoro, privatizzazione* - 8.6. *Controlli* - 9. *Riepilogo e conclusioni: la necessità tecnica di una prospettiva che muova dai diritti dei cittadini.*

1. Introduzione

L'argomento riguarda i rapporti fra i principi di carattere generale della legge n. 131/2003 e l'ordinamento degli enti locali. Ma non si potrà non parlare del Titolo V, di cui la legge n. 131/2003 dichiaratamente vuol essere mezzo di attuazione.

Quanto all'ordinamento degli enti locali, intenderei per tale ciò che riguarda l'assetto complessivo di base delle amministrazioni locali, sia in termini di funzioni che in termini di organizzazione, indipendentemente, per il momento, dai centri di produzione giuridica a cui compete provvedervi (se uno o più: Stato, Regione, Ente locale medesimo). Questa, come noto, non è una premessa ma il problema o uno dei più importanti.

Anticiperei il risultato: la legge n. 131/2003 è inadeguata, per un verso perché è invasiva e per un altro perché è espressione di un punto di vista troppo limitato, il che si segnala al solo scopo di mettere in luce aspetti che possano contribuire ad interpretare e dunque ad attuare la legge n. 131/2003 in un certo modo invece che in un altro, anche per ridurre i dubbi di costituzionalità.

(*) Nelle more della pubblicazione di questo testo, è sopravvenuta la *Relazione del COMITATO DI INDIRIZZO E DI COORDINAMENTO TECNICO-SCIENTIFICO PER L'ATTUAZIONE DELLA DELEGA DI CUI ALL'ART. 2 DELLA LEGGE 5 GIUGNO 2003, N. 131* (si può leggere su <http://www.astridonline.it>). Non è possibile darne conto, salvo aggiungere che essa propone linee e schemi interpretativi in larga parte diversi e spesso opposti rispetto a quanto qui sostenuto. Sulle problematiche considerate si possono vedere AA.VV., *Commento alla legge 5 giugno 2003, N. 131 (c.d. legge La Loggia)*, Maggioli, Rimini, 2003; G. FALCON (curatore), *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, il Mulino, Bologna, 2003, 2003; G. VESPERTINI, *La legge di attuazione del nuovo titolo V della Costituzione*, in *Giorn. dir. amm.* 2004 (e su <http://www.astridonline.it>).

2. Le indicazioni della legge n. 131: una sintesi

La legge n. 131 ha attribuito al Governo il potere di procedere, con uno o più decreti legislativi, all'individuazione delle funzioni fondamentali ai sensi dell'art. 117, c. 2, lettera *p* Cost. (art. 2, c. 1) e di provvedere, *"nell'ambito della competenza legislativa dello Stato, alla revisione delle disposizioni in materia di degli locali, per adeguarle alla legge costituzionale n. 3/2001"* (art. 2, c. 2). I principi ed criteri direttivi da seguire (art. 2, c. 4) sono i seguenti, per sommi capi:

- a)* rispetto delle competenze legislative dello Stato, delle Regioni e delle competenze costituzionali degli enti locali, nonché valorizzazione della loro potestà statutaria e normativa;
- b)* individuazione delle funzioni fondamentali sulla base di una serie di parametri: tenuta e coesione dell'ordinamento della Repubblica, caratteristiche proprie di ogni ente, bisogni primari della comunità di riferimento, funzioni storicamente svolte;
- c)* valorizzazione dei principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione e indicazione di criteri per la gestione associata fra Comuni;
- d)* previsione di strumenti per la leale collaborazione fra tutti gli enti territoriali, Stato compreso, e individuazione di specifiche orme di consultazione e di raccordo;
- e)* attribuzione alla potestà statutaria del potere di individuare sistemi di controllo interno per garantire efficienza, efficacia ed economicità, e forme di intervento in materia di questioni finanziarie e di bilancio;
- f)* disciplina dell'ordinamento finanziario e contabile (di cui peraltro non ci si occuperà);
- g)* revisione (cioè modificazione, integrazione, soppressione, coordinamento formale) delle disposizioni legislative sugli enti locali *"limitatamente a quelle che contrastano con il nuovo Titolo V"*;
- h, i, l)* Città metropolitana, organi politici, elezioni, incompatibilità;
- m)* mantenimento delle disposizioni sul controllo sugli organi, sui servizi di competenza statale attribuiti al sindaco, sui procedimenti in tema di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica *"nonché (del)le disposizioni volte ad assicurare la conformità dell'attività amministrativa alla legge, allo statuto e ai regolamenti"*;
- n)* valorizzare le forme associative anche per i servizi di competenza statale affidati ai comuni;
- o)* *"garantire il rispetto delle attribuzioni degli enti di autonomia funzionale"*;
- p)* indicare le norme abrogate.

Vi è, poi, un'altra apposita disposizione (l'art. 4) per disciplinare l'attuazione degli art. 114, c. 2, e 117, c. 6, Cost., in materia di potestà normativa degli enti locali, statutaria e regolamentare.

3. Il dato più importante e le domande che ne seguono.

L'elencazione, per quanto sommaria, dà immediatamente il senso dell'incidenza della legge sul tema che ci interessa.

Al di là delle varie questioni segnalate (la legge contiene una delega, contiene due deleghe; alcuni dei principi e criteri direttivi sono in realtà l'oggetto della delega, ecc.), il dato centrale è questo. La legge, almeno a prima vista, pare occuparsi di tutto quel che riguarda gli enti locali. E' una "resurrezione" dell'ordinamento degli enti locali nel senso di oggetto giuridico rimesso ad unico centro di produzione giuridica, quello statale, di contro a chi, sulla base del nuovo titolo V, ne aveva decretato la fine.

Ne derivano (almeno) due esigenze: verifica della plausibilità dell'interpretazione or ora ipotizzata e della sua conformità al nuovo Titolo V.

L'aspetto di costituzionalità non può essere accantonato, non solo in vista di una finalità giuridicamente repressiva (della legge), ma, innanzitutto, preventiva, per interpretare la legge n. 131/2003 nel senso di assumere le linee, se e quando possibile, più rispondenti al testo costituzionale.

Affronterei le questioni in ordine a due parti: le funzioni e le potestà normative (statutaria e regolamentare).

4. Le funzioni.

Solamente alcuni problemi.

4.1. Funzioni fondamentali.

La lettera *p* del comma 2 dell'art. 117 Cost. rimette la loro definizione allo Stato.

La legge n. 131, per identificarle pone i caratteri dell'essenzialità e dell'imprescindibilità riferiti a due profili: il funzionamento degli enti; il soddisfacimento dei bisogni primari delle comunità di riferimento.

Sul piano sistematico, le funzioni concernenti il soddisfacimento dei diritti e degli interessi dei cittadini sono altro da quelle concernenti il funzionamento dell'ente. Ad esempio, la funzione di amministrazione attiva è altro rispetto a quelle di consulenza e di controllo, specie se di controllo interno. Ancor più lontana è la funzione di organizzazione degli uffici e di gestione del personale, ecc.

In effetti, le "funzioni" per "il funzionamento" (come dice la legge), riguardano, in tutto o in parte, l'ente in sé, considerato come strumento per le attività di tipo finale, quelle volte a soddisfare gli interessi dei cittadini (costruire la strada, rilasciare o negare il permesso di costruire, regolare la circolazione, ecc.). Dunque, in tutto o in parte, invadono un campo che giuridicamente si configura come "organizzazione"; basta leggere l'art. 123 Cos., che inserisce il "funzionamento" come uno degli (ovvi) oggetti dello statuto regionale.

Ora, la formula "*funzioni fondamentali*" di cui all'art. 117 sicuramente intende le funzioni finali, mentre è assai dubbio che voglia includere anche quelle concernenti il funzionamento. Infatti, queste ultime almeno in parte (ma una parte grande) coincidono con l'organizzazione e la Costituzione tratta dell'organizzazione degli enti locali in altre sedi: in modo esplicito nella stessa lettera *p*, ma nei soli ed esclusivi limiti degli organi di governo (e delle leggi elettorali), ed in modo implicito quanto investe il tema della potestà statutaria. Conclusione: il riferimento alle "*funzioni*" concernenti il "*funzionamento*" è di dubbia costituzionalità ed è invasivo di aspetti relativi all'organizzazione. Attraverso le "*funzioni fondamentali*", quando riferite al funzionamento, si riagganciano tutti i possibili aspetti dell'ente locale, come dimostrato ad esempio dalla citata lettera *e* (vedi § 2).

E' un esito palesemente contrastante con quella intrinseca limitatezza dell'intervento statale in materia di funzioni fondamentali che è chiaramente imposto dall'art. 117, c. 2, lettera *p*, che elenca una serie di cose differenti.

4.2. Ancora in tema di prima determinazione di ciò che è da intendere per funzioni.

L'art. 117 lettera parla di funzioni e di funzioni parla la legge n. 131.

I servizi, che fra l'altro rinviano alla storia più autentica e più innovativa delle amministrazioni locali minori, dove stanno?

Direi che anch'essi stanno qui. La formula costituzionale intende centrare le attività finali, quelle destinate a soddisfare i bisogni dei cittadini, cioè l'unica ragione che giustifica l'esistenza delle istituzioni, e non importa che consistano in esercizio di potestà (funzioni in senso stretto) o in prestazioni (servizi).

Dunque, in tema di servizi, in linea generale e di principio, è da tenere il medesimo timone che vale per le funzioni, salvo – naturalmente – ciò che coinvolge il diritto comunitario, la tutela della concorrenza, l'ordinamento civile (penso alle discipline speciali in materia di società a partecipazione pubblica), e altre norme costituzionali, specie sui diritti della persona.

4.3. L'aspetto più problematico ed incerto.

E' particolarmente importante richiamare il dato testuale dell'art. 117. L'art. 117 afferma: "*Lo Stato ha legislazione elusiva nelle seguenti materie a) (...) p) legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali, ecc.*

Dunque: la Costituzione non usa termine alcuno per indicare l'operazione che lo Stato deve fare; non "determinazione", né "individuazione", né "elencazione", né "specificazione", ecc. Non si può dunque assumere alcuno di quei termini come dato da interpretare per arrivare ad una qualche conclusione su ciò che lo Stato dovrà fare. La questione (per fortuna) si gioca su aspetti più sostanziali.

Ecco una prima ipotesi: le funzioni fondamentali sono le funzioni che riguardano la popolazione ed il territorio comunale nel settore dei servizi alla persona, oppure dell'assetto e dell'utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico (si veda l'art. 13 TU vigente D. Lgs. n. 267/2000). L'unico elemento oggettivamente significativo attiene alla materia. E' troppo poco; ad esempio consentirebbe (di per sé, a parte altri aspetti che ora non interessano) di ridurre le funzioni in materia di territorio alla mera raccolta delle richieste di permesso di costruire, o alla ricezione (alla ricezione e basta) delle denunce di inizio di attività, oppure ad ancora meno, fino ad ipotizzare attività puramente automatizzabili con il risultato ultimo di fare del Comune un soggetto che dovrebbe in realtà essere sostituito con un congegno meccanico, sicuramente più efficiente, più economico e più imparziale (rispetto non solo al Comune, ma all'amministrazione in generale, ove essa dovesse svolgere attività esecutive, meccaniche e ripetitive).

Certo, questo orientamento implica la sottrazione di una parte del ruolo delle amministrazioni locali minori alle politiche regionali. Ma è la soluzione più rispondente al Titolo V.

Gli enti locali minori sono componenti della Repubblica, dal punto di vista della qualità della legittimazione, alla pari di Stato e di Regioni (art. 114), il che presuppone non una parificazione sotto ogni possibile punto di vista (ad esempio non dei poteri: Corte Cost. sent. 274/2003), ma sicuramente dei punti di vista rispetto ai quali vi è totale parificazione (come la legittimazione e ciò che ne può conseguire).

Ebbene, se a livello di norma costituzionale la determinazione della funzione dovesse limitarsi ad una sorta di conferimento potenziale, perché circoscritto ad un ambito di solo possibili attribuzioni, il Comune risulterebbe essere un vuoto involucro. Infatti, l'ente pubblico, e l'ente pubblico territoriale per sua natura e storia, è, alla fin fine, la funzione resa (o il servizio) al cittadino. Del resto, se così non fosse, non credo che si potrebbe cogliere il particolare peso dell'autonomia statutaria degli enti locali.

La prescrizione dell'art. 117 Cost., convive con quella del successivo art. 118 (sulla distribuzione delle funzioni), nel senso che non solo subisce, ma anche condiziona le sue possibili interpretazioni.

Riterrei preferibile perciò una diversa ipotesi: ad esempio, sono funzioni fondamentali quelle che riguardano l'assetto e l'utilizzazione del territorio, compresa l'adozione delle misure di pianificazione e le funzioni di attuazione, sulla scorta, ad esempio, dello schema utilizzato dal testo unico vigente, a proposito delle province (penso all'art. 19 e soprattutto all'art. 20 del TU D. Lgs. n. 267/2000).

4.4. Quali sono i soggetti da prendere in considerazione nel momento di individuazione delle funzioni fondamentali.

Come è noto, quando si è situati in un sistema, la posizione di ciascuno si definisce in base a quella della concorrenza: chi sono, nel caso, i concorrenti?

Direi: gli enti territoriali di cui all'art. 114 Cost. Sono loro i pezzi della Repubblica. La legge n. 131, cita anche Unioni di Comuni e Comunità montane (art. 7, c. 1 e c. 2). E questo può essere un problema.

Ma il punto su cui merita ora portare l'attenzione è un altro: la previsione di cui alla lettera *o* dell'art. 2 legge n. 131, dove si dice: "*garantire il rispetto delle attribuzioni degli enti di autonomia funzionale*", formula che torna in evidenza, insieme al principio di sussidiarietà orizzontale, nell'art. 7 legge n. 131, in tema di principi per l'attuazione dell'art. 118 Cost.

A termini di Costituzione, le autonomie funzionali che possono pretendere una garanzia costituzionale di competenza in danno degli enti territoriali (è il problema che a suo tempo si pose in ordine all'individuazione degli altri enti locali di cui all'art. 118 testo originario) sono solo le "*istituzioni di alta cultura, le università, le accademie*" (art. 33 Cost.) e "*l'autonomia delle istituzioni scolastiche*" (art. 33, implicitamente, e art. 117, c. 3, in modo espresso), peraltro non illimitata, come (finalmente) ha detto Corte Cost. n. 13/2004, mentre non lo sono le Camere di Commercio ed è opportuno aggiungere che Corte Cost. n. 477/2000, diffusamente richiamata dai sostenitori della rilevanza costituzionale di detti ultimi enti, non smentisce affatto quanto vengo osservando.

Direi dunque che la lettera *o* dell'art. 2 della legge n. 131 è costituzionalmente accettabile solo se interpretata nel modo indicato. Fra l'altro sarebbe davvero singolare che mentre scompaiono gli altri "*enti locali*", presenti nel vecchio, ma non nel nuovo, titolo V (come ha notato Rolla), si desse corpo (sul piano costituzionale) ad una categoria extratestuale: le "autonomie funzionali", appunto.

Ancora una precisazione: tutto questo non può essere contraddetto con il ricorso al principio di sussidiarietà orizzontale, per la ragione che questo principio è un'altra cosa (rispetto alle autonomie funzionali), sotto tantissimi profili ed in ogni caso perché si riferisce all'autonoma "*iniziativa*" non di enti pubblici, ma "*dei cittadini, singoli o associati*"; e i cittadini singoli non sono enti pubblici, né sono tali i cittadini associati: rimangono una vicenda di autonomia e di libertà privata, come del resto ci ha spiegato la fondamentale Corte Cost. n. 396/1988 sulle Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza.

4.5. Un ultimo punto: le funzioni e la dimensione della potestà normativa.

Della potestà statutaria, ci si occuperà fra poco; ora si considera la potestà normativa a cui è riferibile l'art. 117, c. 6, Cost., con la precisazione che, in questo contesto, l'organizzazione di cui si parla è quella concernente le singole funzioni, e non il modello generale ed ordinario, che è rimesso alla potestà statutaria ed a quella di attuazione dello statuto.

In materia regolamenti sull'organizzazione e l'esercizio delle funzioni, come noto, la legge n. 131, con l'art. 4, c. 4, rispetto alla prescrizione dell'art. 117, c. 6, introduce due ulteriori elementi: la potestà regolamentare comprende anche la "*gestione*" delle funzioni ed è riservata all'ente locale, "*nell'ambito della legislazione dello Stato o della Regione, che ne assicura i requisiti minimi di uniformità...*".

Ebbene, l'art. 4, tutto considerato, sembra contribuire alla soluzione di problemi non di poco conto.

4.5.1. Oggetto della potestà normativa: svolgimento delle funzioni.

Si può avere una versione restrittiva: solo il percorso per arrivare da una partenza (il potere attribuito) ad un approdo (la decisione nel caso concreto); oppure una più ampia, tale da comprendere anche aspetti sostanziali relativi al potere ed alla decisione: ad esempio, presupposti di fatto, requisiti sostanziali, limiti; aspetti che conformano i diritti e gli interessi giuridicamente rilevanti dei cittadini. Si pensi al regolamento urbanistico o al regolamento edilizio.

La legge n. 131 pare muoversi in questa direzione laddove parla di "*gestione*": la gestione è innanzitutto un fatto sostanziale, non organizzativo né procedurale.

Ma, in particolare, appare rilevante un'altra previsione: quella per cui legge statale e legge regionale (art. 4, c. 4, ultima parte, legge n. 131) indicano i "*requisiti minimi di uniformità*". Essa, infatti, acquista un preciso ruolo e significato proprio se messa in relazione con aspetti sostanziali, perché incide su elementi effettivi fondanti una comune appartenenza (la "regionalità" o la dimensione nazionale) e perché proprio per questo riprova che gli aspetti sostanziali appartengono al livello comunitario più ampio (regionale o statale) esclusivamente per i "*requisiti minimi di uniformità*" e non per l'intero.

4.5.2. Poi vi è il problema degli atti con i quali questa potestà normativa locale può essere – appunto - limitata, soprattutto nei suoi aspetti sostanziali. E qui il tema è se solo la legge o anche il regolamento.

Il dato testuale parla di leggi e dunque parrebbe a questo punto da escludere la possibilità di limiti di carattere regolamentare. Ma qualche dubbio rimane, anche di ordine costituzionale, rispetto ad una così meccanica ed assoluta esclusione del potere regionale di imporre limiti con regolamento. Preferirei un'impostazione più sostanzialistica, anche per evitare che ciò che si esclude per l'atto regolamentare possa essere introdotto con atti diversi: piani, programmi, ecc., di cui la legislazione regionale è ampiamente dotata.

5. Autonomia statutaria ed aspetti connessi. Una precisazione.

L'autonomia statutaria, in specie nel nuovo testo costituzionale, esprime una posizione specifica di autonomia, più ampia di altre, costituzionalmente garantita.

Mi riferirò al contenuto tipico. Quello atipico continuerà ad incontrare i limiti a cui è in generale soggetto.

6. La dimensione dell'autonomia statutaria (contenuto tipico).

6.1. Ferma l'esigenza di differenziare in relazione ai vari diversi possibili oggetti della potestà statutaria, è indispensabile iniziare dalla verifica di quale sia la dimensione statutaria in riferimento al suo contenuto tipico.

Come è noto, in breve, le posizioni più nette sono una più due.

a) La potestà statutaria si innesta immediatamente nella Costituzione; per quanto riguarda il suo contenuto necessario, e salva l'interferenza di specifiche disposizioni, come quella sulla legge statale esclusiva in materia di organi di governo, configura una "materia", è un ambito, una cosa, riservata in esclusiva alla fonte dell'ente locale, salvi – appunto – i principi costituzionali.

b) A questa si contrappone radicalmente la tesi che esplicita o presuppone che non ha cittadinanza, nel nostro ordinamento costituzionale, la previsione di una fonte primaria diversa dalla legge o atti equiparati. L'idea è che la legge interviene su tutto. Ma, quale legge? Quella statale o quella regionale?

ba) Secondo alcuni quella statale. In particolare, ciò si ricaverebbe anche dal senso unitario e complessivo della lettera *p* dell'art. 117 Cost. (legislazione elettorale, organi di governo, funzioni fondamentali). Senonché la lettera *p* non è redatta proprio in forma tale da impedire la configurabilità stessa di un significato complessivo - sintetico ulteriore rispetto alle sue singole specifiche parti? In ogni caso: si dice che quel significato (complessivo - sintetico) implicherebbe una potestà statale anche sull'ordinamento interno degli enti locali.

bb) Secondo altri (fra cui Rolla), si punta sulla legislazione regionale residuale, soprattutto perché è venuto meno l'art. 128 (che rinviava a leggi generali della Repubblica) e perché la competenza statale è da ritenere ristretta ai singoli oggetti di cui alla lettera *p* dell'art. 117.

Innanzitutto, credo che debba essere esclusa la legge statale. L'organizzazione, sicuro oggetto della potestà statutaria in generale, non si trova menzionata in alcuna disposizione concernente la legislazione statale esclusiva e neppure in alcuna delle disposizioni concernenti gli ambiti di legislazione concorrente.

Di conseguenza, la legge di cui si va alla ricerca dovrebbe poter essere solo la legislazione regionale "residuale" (ma non possiamo trascurare l'invito alla prudenza, quanto al ricorso a questo tipo di legge, che viene dalla Corte: sent. 370/2003, sugli asili nido).

L'alternativa è fra l'esclusività della potestà statutaria locale, salvo singole parti espressamente indicate (organi politici), e la potestà regionale residuale.

6.2. Per giustificare la soluzione giuridicamente preferibile, conviene oltrepassare le definizioni e por mente ai dati strutturali del fenomeno di cui si parla.

Prenderei a base del discorso questo aspetto. La potestà statutaria in esame (salvo eccezioni) riguarda sicuramente l'organizzazione propria di tipo burocratico.

Questa parte dell'organizzazione ha una funzione servente rispetto alle sedi di governo, livello su cui cade e si esaurisce la potestà uniformatrice della legge statale, e perciò dovrebbe essere misurata sulle reali capacità e possibilità del singolo ente.

La presenza di una competenza legislativa regionale (ma il profilo vale in generale) per organizzare un apparato servente altrui, un apparato interno, è dunque in qualche misura singolare.

A parte questa notazione, su un altro versante, la presenza di un livello legislativo neppure può avvalersi della problematica dibattuta a proposito dell'art. 97 Cost.

La riserva di legge di cui all'art. 97 ha lo scopo di dare ingresso al principio di democraticità (Parlamento) in una materia, l'organizzazione amministrativa, che nelle monarchie costituzionali era tradizionale prerogativa dell'esecutivo. Però, questa esigenza, nel caso che interessa, è già soddisfatta perché la competenza statutaria dovrebbe proprio spettare all'organo consiliare.

L'art. 97 Cost., peraltro, è una miniera: offre interesse anche sotto un altro connesso aspetto. E' noto che si discute se esso (art. 97) comporti anche una riserva normativa di tipo regolamentare. Tale tesi è di regola respinta perché, in riferimento all'amministrazione statale, l'uso del regolamento significa attribuzione di potere all'organo di maggioranza (il Governo, o il Ministro) con evidente compressione di quel principio di democraticità che è l'anima autentica dell'art. 97. Ciò significa che, quando il potere normativo viene in rilievo come competenza non dell'organo rappresentativo della maggioranza ma dell'organo rappresentativo di tutti (l'assemblea), quella ragione non opera e dunque è ben possibile configurare la riserva. E questo è proprio ciò che avviene, quanto meno, con la potestà statutaria locale, che, in quanto (parrebbe) di competenza consiliare, soddisfa pienamente quel principio di democraticità che è l'anima dell'art. 97.

Non è finita. Sempre l'art. 97. La norma parla di buon andamento e di responsabilità; e come è possibile avere discipline al riguardo adeguate se chi decide ed opera non ha la disponibilità dell'organizzazione che deve utilizzare per esercitare l'attività? Se essa gli è imposta da altri (Regione o Stato che sia)? E' un altro elemento, non secondario, in un sistema giuridico costruito secondo ragionevolezza, per piegare la bilancia dal lato della competenza statutaria esclusiva.

7. Una valutazione complessiva della legge n. 131.

E' il momento di confrontare la legge n. 131 con quanto via via segnalato.

In genere, al riguardo, si prende in considerazione l'art. 4. Il comma 1 dice che gli enti locali hanno potestà normativa "*secondo i principi fissati dalla Costituzione*"; il comma 2 afferma che lo statuto, "*in armonia con la Costituzione e con i principi generali in materia di organizzazione pubblica,*" ferma la legge statale ex art 117, c. 2, lettera p, "*stabilisce i principi di organizzazione e di funzionamento dell'ente, le forme di controllo, anche sostitutivo, nonché le garanzie delle minoranze e le forme di partecipazione popolare*".

A ben vedere, però, questa è la disposizione che si occupa in modo "ufficiale" dell'argomento, ma non è l'unica. Basta ricordare ciò che appare nell'elenco dei principi e criteri direttivi di cui all'art. 2 ed in particolare l'ambivalenza della nozione di funzione se riferita non ai bisogni dei cittadini, ma al funzionamento dell'ente (vedi § 4.1)

L'autonomia statutaria pare disciplinata più lì (art. 2, lettere *a, c, d, f*), che qui (art. 4); comunque i due pezzi si integrano fra loro benissimo al fine di disegnare una generale competenza legislativa statale in materia di organizzazione e di ordinamento degli enti locali.

Senonché a questo punto è chiaro chi è la vera vittima: non la Regione, ma proprio l'amministrazione locale, ritenuta incapace di provvedere a sé stessa proprio per quegli aspetti che le sono i più congeniali, i più appropriati e che dunque potrebbero anche consentire una maggiore efficienza ed efficacia del sistema istituzionale complessivo.

L'amministrazione locale è pariordinata (nell'art. 114), ma al tempo stesso (secondo la legge n. 131) neppure ha potestà di autodeterminare la propria organizzazione interna ed il proprio ordinamento. Questi due assunti sono confliggenti.

I commentatori (molti), cercano riparo utilizzando la tesi del carattere ricognitivo delle indicazioni dell'art. 4, ma è un rimedio debole, se non altro perché tale carattere è smentito dalle previsioni contenute nei già più volte citati principi e criteri direttivi di cui all'art. 2, che ricognitivi non sono.

8. Una valutazione analitica

Si deve almeno accennare a singoli aspetti.

8.1. Organizzazione in generale.

La legge parla dei "*principi generali in materia di organizzazione pubblica*". A rigore, questi, sono cosa diversa dai principi costituzionali e dunque, a parte la difficoltà di individuare principi generali in materia di organizzazione, si introducono vincoli ulteriori, che non mi sembrano giustificabili, a questi effetti.

8.2. Organi di governo.

8.2.1. Un primo interrogativo riguarda che cosa sia da intendere per organi di governo. Per non attardarsi su forse inutili questioni, il punto ha un suo particolare rilievo in relazione alla possibilità di prevedere apparati a composizione politica (di vario tipo) con la funzione di esprimere pareri, valutazioni o altro (ma con ruolo simile) in ordine all'azione dell'ente (ricordo la sentenza n. 107/1976 della Corte Cost. sui Consigli di quartiere in Sicilia).

Se e finché resta fermo che detti apparati non hanno una responsabilità decisionale "finale" (diciamo "provvedimentale" in senso lato) non sono qualificabili come organi di governo.

Le ragioni sono più di una: la lettera *p* dell'art. 117 parla di "*organi*" di "*governo*": e la nozione di organo di governo (sul piano generale) non coincide con quella di apparato politico; inoltre, chi non è titolare di potestà (in senso stretto), non è organo, ma ufficio; infine, il fenomeno pare riconducibile in tutto o in certa misura alla partecipazione popolare, che è altra cosa dagli organi di governo, come espressamente afferma lo stesso art. 4 prima citato.

Altro è il discorso qualora si prevedano strutture organizzative i cui caratteri oggettivi e soggettivi finiscano per ridurre l'unicità soggettiva dell'ente, il suo essere forma istituzionale individuativa della sorte comune di una collettività territoriale, ad un mero elemento formale, magari rilevante ai soli fini della responsabilità patrimoniale (che, cioè, serve solo come riferimento per la responsabilità patrimoniale conseguente ad fatti dannosi prodotti da unità organizzative per il resto separate): in queste ipotesi, verso le quali possono talora indirizzarsi certi fenomeni di decentramento, direi che saremmo nel campo degli organi di governo.

8.2.2. Decisamente centrale, invece, è il tema del tipo di competenze attribuibili agli organi di governo dal punto di vista della distinzione fra politica e amministrazione. Alla legge dello Stato spetta indicare le competenze e dunque questa indicazione fatalmente inciderà anche sulla separazione fra politica e amministrazione o fra attività di indirizzo ed attività di gestione.

Sul punto, vorrei solo segnalare la correttezza di una soluzione che lasciasse margini alla potestà statutaria. Per queste ragioni.

La separazione fra politica e amministrazione è importante, ma non è un valore assoluto, anche perché è una finzione. Sul piano oggettivo non vi è separazione, ma continuità fra politica e amministrazione, almeno quando si tratta di potestà discrezionali.

Poi, perché questa esigenza vale in modo assai diverso a seconda dei settori di cui si tratta, come è dimostrato proprio dalla varietà delle forme organizzative che si trovano nell'esperienza del nostro ordinamento: dal modello del segretariato generale (mi riferisco ai ministeri) alle amministrazioni indipendenti. Del resto, gli stessi testi normativi (TU D. Lgs. n. 165/2001, sull'organizzazione della P.A. e sulla privatizzazione del rapporto di lavoro; TU D. Lgs. n. 267/2000) hanno prospettazioni non proprio identiche in ordine alle diverse amministrazioni (statali o locali); e una posizione a sé deve essere fatta alle Regioni.

Conclusione: in realtà, il principio non è la "separazione" fra politica e amministrazione, ma è l'insieme: imparzialità - buon andamento. I principi sono questi; la separazione fra politica e amministrazione è semplicemente uno dei criteri, di per se stesso relativo ed elastico, con cui possono trovare esplicazione quei due principi. Ciò è tanto più da dire quanto più si consideri che imparzialità e buon andamento, pur se scritti nella medesima disposizione, traducono tendenze contrastanti e dunque esigono tecniche necessariamente modulabili affinché si possano realizzare equilibri volta a volta adeguati ai vari contesti.

Su questo piano mi parrebbe coerente una formula (nella legge statale) aperta; dovrebbe avere largo spazio la potestà statutaria; non si possono imporre ai vari livelli di governo delle soluzioni che esprimono solo alcune ipotesi, fra altre egualmente ragionevoli, quanto al bilanciamento fra le ragioni dell'imparzialità e quelle del buon andamento.

Comunque, rimane fermo che la separazione può essere disciplinata, in riferimento alla lettera *p* dell'art. 117, c. 2, Cost., solamente in punto di competenze degli organi di governo e dunque entro tali limiti; non può invece costituire argomento per dettare disposizioni che riguardino altri profili, quali la configurazioni di un apposito organo non di governo.

8.3. Rapporti con gli altri enti (forme associative).

E' un aspetto proprio dell'autonomia (statutaria e non degli enti). D'altra parte, se vi sono problemi di congruità fra organizzazione ed attività, le strade sono altre: Città metropolitana, circoscrizioni. Ci sono, inoltre, gli accordi, che sono figura generale, e infine le istanze volte a consentire e praticare principi di collaborazione, ecc., come – in primo luogo - il Consiglio delle autonomie locali. Infine vi è l'applicazione del principio di adeguatezza e degli altri principi *ex art. 118*, che potranno costituire parametri sostanziali, in relazione alle esigenze di ogni intervento, e non secondo un astratto prontuario, per avviare, innanzitutto in sede di formazione delle leggi, quel lavoro di confronto (di nuovo il Consiglio delle autonomie locali) indispensabile per costruire un assetto organizzativo effettivamente rispondente allo scopo.

Per quanto mi riguarda, si dovrebbe pertanto seguire un'interpretazione assai leggera delle disposizioni della legge n. 131.

8.4. Capacità di diritto privato e forme organizzative privatistiche.

Qui non ricorrono terminologie pubblicistiche, ma il tema è centrale E' sulla base della capacità di diritto privato che Comuni e Province, sin dall'origine, hanno potuto far fronte a interessi sociali non considerati dalla legislazione e perciò non assunti a giustificazione della previsione di poteri autoritativi. E' il tema dei servizi, dei servizi economici e non economici, dove appunto, l'intervento si avvale in gran parte di atti di diritto privato comune.

Anche in questo settore ragionerei come per l'ordinario: in mancanza di specifiche ragioni, vale l'autonomia dell'ente. Naturalmente la legge ci vuole se ed in quanto si tratti di forme solo in apparenza privatistiche, oppure massicciamente derogatorie rispetto alla disciplina di diritto privato, o di privilegio, e simili. Ma, in tali evenienze, il titolo dell'altrui intervento è "*ordinamento civile*", art. 117, c. 2, lettera *f*, e dunque il protagonista è lo Stato.

8.5. Rapporto di lavoro, privatizzazione

Questa è materia di ordinamento civile e dunque si può intervenire solo da quel lato. Vi è peraltro, da sempre, un problema che ha margini molto opinabili, ma che deve essere affrontato. E' la distinzione fra organizzazione e rapporto di lavoro. La qualificazione in termini di "*ordinamento civile*" copre ciò che è rapporto di lavoro, ma non copre ciò che è organizzazione dell'ente. Ora, dal punto di vista costituzionale (ma qui si investono parti diverse dal Titolo V), non è facile stabilire il confine fra ciò che è da configurare come rapporto di lavoro (in applicazione del principio costituzionale della tutela del lavoro e dei lavoratori) o come organizzazione dell'amministrazione (in applicazione dei principi di imparzialità, di buon andamento e di strumentalità dell'organizzazione all'interesse pubblico, il che può giustificare l'attribuzione di potestà autoritative all'amministrazione), che è questione da risolvere non in astratto ma in relazione a contesti più circostanziati; in ogni caso, se è lo stesso legge statale, a considerare un certo profilo come organizzazione, credo proprio che altrettanto debba valere per l'ente locale. In conclusione: la legge statale precisi che cosa è organizzazione e che cosa nell'ambito dell'organizzazione deve essere rimesso a potestà pubbliche; poi, in detto ambito, ogni ente interverrà con i propri autonomi poteri.

8.6. Controlli

Già detto: sulla base dell'art. 117, non si dovrebbe intervenire. Invece la legge n. 131 dispone diversamente, prevedendo, con l'art. 2, c. 4, alla lettera *e*, la necessaria attribuzione all'autonomia statutaria di controlli interni (perché in mancanza non lo si potrebbe fare?), e misure in tema di vicende finanziarie; ed alla lettera *m*, il mantenimento "in vigore (del)le disposizioni volte ad assicurare la conformità dell'attività amministrativa alla legge, allo statuto, ai regolamenti".

Presone atto, aggiungerei che se la disposizione di cui alla lettera *e* dell'art. 4, c. 1, legge (specie in tema di controlli interni) può fare un danno limitato, altrettanto non può dirsi per le questioni trattate dalla lettera *m* dell'art. 4, c. 1, legge n. 131, ed essi stanno sicuramente oltre quanto affermato nell'art. 117, c. 2, lettera *p*.

9. Riepilogo e conclusioni: la necessità tecnica di una prospettiva che muova dai diritti dei cittadini

Come anticipato, nelle parti considerate, gli art. 2 e 4, e soprattutto l'art. 2, della legge n. 131, sono largamente invasivi, innanzitutto dell'autonomia degli enti locali.

L'auspicio, a parte il rilievo pratico che si vorrà dare alle possibili questioni di costituzionalità, è che sia possibile contenerne gli effetti in via interpretativa, magari utilizzando le stesse disposizioni citate laddove ripetono che non intendono alterare il quadro del riparto costituzionale delle competenze. Non è facile, ed il compito di chi deve provvedervi è davvero impegnativo e di grande responsabilità.

Ma ciò che in generale merita di essere sottolineato è la ristrettezza della prospettiva. La legge mette l'interprete dinanzi ad un'alternativa ingrata: o rinuncia a far valere il rispetto della ripartizione costituzionale delle competenze (laddove attribuiscono autonomia e funzioni agli enti locali) o rischia di compromettere valori essenziali, come il controllo (in senso lato), come certi principi (di civiltà giuridica) in tema di procedimento amministrativo, ecc., per i quali spesso si invoca una fonte più lontana, capace di una dimensione generale ed uniforme (la legge statale).

Senonché questa alternativa non è imposta dal testo costituzionale, anzi, è il contrario. Infatti, i titoli costituzionali per assicurare i valori essenziali che stanno dentro quelle voci ci sono, come del resto è ripetutamente anche se indirettamente emerso, e sono ad esempio: la lettera *e* dell'art. 117, c. 2 (tutela della concorrenza), oppure la lettera *l* (giurisdizione, ordinamento civile e penale, giustizia amministrativa), e soprattutto la lettera *n* (livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali).

Peraltro, per vederli non in modo episodico e non in via di emergenza, ma come elementi organici di un unico quadro, bisogna affacciarsi dalla finestra giusta.

Per me, la finestra giusta è quella di convertire il tema stesso dell'ordinamento delle istituzioni in una questione da impostare innanzitutto dal lato dei diritti e degli interessi dei cittadini, e di guardare ai problemi di funzionamento e di organizzazione dell'amministrazione come specificazioni dei diritti assicurati dall'ordinamento civile, dalla tutela della concorrenza, dai livelli essenziali (ecco qui i titoli per l'intervento, che naturalmente dovrà avere contenuti congrui rispetto a quel titolo): si pensi a forme di controlli in punto di legittimità come proiezione del diritto ad un certo livello essenziale dell'attività dell'amministrazione (anche quando consiste nell'esercizio di un potere); oppure si pensi, più un generale, al diritto (la formula è nell'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali) alla buona amministrazione.

D'altra *parte*, senza questo, il nuovo Titolo V, a che serve ?

Prof. Giancarlo ROLLA – Ordinario di diritto costituzionale all'Università di Genova

Il rapporto tra la L.n.131 del 2003 e le competenze normative della Regione in materia di ordinamento degli enti locali

1. Il mio intervento si propone di evidenziare possibili contraddizioni tra alcune previsioni della legge 131/2003 e la competenza attribuita alle Regioni in materia di ordinamento degli enti locali dalla legge costituzionale 3/01.

A tal fine mi pare opportuno introdurre alcune considerazioni preliminari, utili per motivare le valutazioni finali: le quali attengono, in particolare, al modello di decentramento territoriale del potere che si sta affermando. A tal proposito, credo che sia superata una visione di tipo duale delle autonomie e che lo stesso concezione di regionalismo collaborativo tenda ad assumere nuovi contorni.

Si stanno formando forme di autonomia "relazionale", caratterizzate da una pluralità di ordinamenti giuridici articolati su più livelli e basati contemporaneamente sui principi di autonomia e di integrazione. Si potrebbe parlare, in proposito, di sistemi reticolari, composti da ordinamenti reciprocamente autonomi ma tra loro coordinati e concomitanti.

Questi sistemi, per poter funzionare correttamente, devono fondarsi su alcune regole condivise, tra le quali ad esempio: il passaggio dall'applicazione rigida dei principi di gerarchia e di competenza per risolvere i rapporti tra le norme all'utilizzazione di regole capaci di "armonizzare le attività normative"; la realizzazione di processi decisionali ispirati al criterio della "leale collaborazione"; l'individuazione di adeguati strumenti di coordinamento per assicurare le esigenze unitarie; l'utilizzazione della sussidiarietà per attribuire e distribuire le competenze.

Dall'applicazione di siffatte regole derivano alcune conseguenze rilevanti: tre in particolare meritano un cenno specifico.

La prima è che questo modello di relazioni tra Comuni, Province, Regioni e Stato, non altera il sistema delle competenze normative ed amministrative contenute negli artt. 117 Cost. e 118 Cost., ma influisce sulle modalità di esercizio di esse. L'attenzione dovrebbe essere rivolta, per quanto concerne lo svolgimento delle attività amministrative, alle possibili forme di integrazione procedurale: ne consegue l'importanza sia di attribuire un ruolo incisivo al Consiglio delle Autonomie Locali all'interno dei processi normativi e decisionali delle Regioni, sia di rafforzare gli strumenti di partecipazione e di negoziazione funzionale.

Sul fronte del rapporto fra le fonti, invece, si tratta di applicare le regole per la prevenzione delle antinomie e dei possibili contrasti: in particolare, il principio di suppletività e di cedevolezza nei rapporti tra legislazione statale e regionale, ma anche tra normazione regionale e normazione comunale e provinciale. In proposito, è essenziale che non venga abrogata la disposizione contenuta nell' art. 1.3 del decreto legislativo 267/00.

La seconda conseguenza insita nel modello di regionalismo relazionale e di integrazione è rappresentata dal fatto che dar vita a sistemi di autonomie occorre considerare l'autonomia e l'unità del sistema come valori complementari, che necessariamente debbono interagire. E ciò impone di precisare tanto gli elementi essenziali che caratterizzano l'autonomia, quanto gli strumenti che consentono di garantire l'unitarietà.

La terza conseguenza consiste nel necessario riconoscimento che gli strumenti qualificanti l'autonomia e quelli che assicurano l'unitarietà del sistema non possono essere creati dal legislatore ordinario, ma debbono avere un fondamento costituzionale, come emerge chiaramente dall'art. 114.2 Cost., il quale afferma che Regioni, Province e Comuni sono enti autonomi secondo i principi fissati dalla Costituzione.

Voglio richiamare l'attenzione su tale comma, dal momento che l'attenzione dei commentatori si è prevalentemente appuntata sul primo comma dell'art. 114 Cost., che stabilisce che "La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato". Siffatto riconoscimento è importante in quanto esprime l'idea di un assetto istituzionale policentrico, i cui soggetti sono elementi autonomi, costitutivi di una realtà unitaria: la realtà unitaria è la Repubblica ed i soggetti costitutivi sono distribuiti secondo tre livelli istituzionali (Stato, Regioni, governi locali).

Tuttavia, il primo comma non può essere interpretato a prescindere dal secondo comma, il quale precisa la posizione costituzionale ed i compiti dei diversi livelli istituzionali: affermando, in primo luogo, che sussiste una differenziazione qualitativa tra sovranità ed autonomia, e quindi tra i poteri del soggetto sovrano e quelli degli enti dotati di autonomia.

In secondo luogo, l'art. 114.2 Cost. non riconosce – a differenza del precedente testo costituzionale – alcuna valenza costituzionale alla categoria "enti locali". Infatti, gli enti autonomi che ai sensi degli artt. 117 e 118 Cost. godono di competenze normative ed amministrative tutelate costituzionalmente sono esclusivamente le Regioni, le città metropolitane, le Province ed i Comuni.

Di conseguenza, gli "altri enti locali" hanno un fondamento meramente legislativo, rientrando – a mio avviso – nella competenza legislativa residuale delle Regioni.

Infine, mi pare importante valorizzare il principio codificato dall'art. 4 del decreto legislativo 267/00, secondo il quale le autonomie locali debbono essere organizzate secondo "sistemi regionali"; d'altra parte, la stessa scelta del legislatore costituzionale di riservare alla legislazione statale la determinazione delle funzioni "fondamentali" dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane implica che tali enti territoriali possiedano, accanto ad un complesso omogeneo di poteri, anche attribuzioni e modelli organizzativi differenziati.

2. Se interpretiamo la legge 131/03 alla luce degli schemi di riferimento individuati in precedenza, emergono alcuni profili di dubbia costituzionalità.

Tale legge, che può essere tipologicamente annoverata tra quelle di armonizzazione o di adeguamento costituzionale, non costituisce una novità nel panorama legislativo. Non molto dissimile fu la funzione, in passato, della legge 62/53, sulla costituzione e sul funzionamento degli organi regionali. Così come,

in prospettiva comparata, si possono richiamare le leggi di armonizzazione previste dall'art. 150 della Costituzione spagnola.

Ma proprio l'esperienza spagnola ci insegna che tali tipi di legge devono completare, mai sostituire o aggiungere qualcosa rispetto alle previsioni costituzionali. In altri termini, le leggi di adeguamento costituzionale non devono introdurre norme "creative", pena la loro illegittimità costituzionale.

Entrando, poi, nel dettaglio delle disposizioni della legge 131/03 in materia di ordinamento degli enti locali, si può notare – innanzitutto – che alcune di esse attribuiscono ai Comuni ed alle Province opportunità che già possiedono in base al decreto legislativo 267/00: è il caso, ad esempio, della previsione dell'art. 2.4 lett. e) in merito alla possibilità di individuare i sistemi di controllo interno.

Inoltre, dalla lettura della legge 131/03 sono possibili due letture diverse dell'espressione "funzioni fondamentali" richiamata dall'art. 117.2 lett. p) Cost.: un'espressione quanto mai ambigua, fonte di interpretazioni assai differenziate, che oscillano tra quella di "materia", di "compiti" o di "funzione" nel suo stretto significato giuridico.

In quest'ultimo caso, l'espressione "funzioni fondamentali" dei Comuni e delle Province non può che riferirsi alle modalità di esercizio delle funzioni normative ed amministrative (e sulla base di tale significato, la delega al Governo di cui all'art. 2 della legge 131/03 attribuisce allo Stato competenze in ordine alla disciplina dei controlli). Mentre alla luce delle altre interpretazioni, "funzioni fondamentali" diviene sinonimo di compiti che debbono essere svolti omogeneamente da tutti i Comuni e le Province: ma in tal caso, si determina una sovrapposizione tra la delega di cui all'art. 2 e le procedure di attuazione dell'art. 118 Cost. disciplinate dall'art. 7 della medesima legge.

Alcune disposizioni della legge 131/03 appaiono, poi, non allineate con le previsioni costituzionali. Ad esempio, diversi articoli attribuiscono al legislatore statale competenze in materia agli "altri enti locali", che dovrebbero rientrare – invece - nella potestà residuale delle Regioni: come emerge dall'analisi combinata degli artt. 117.2lett p. e 117.4 Cost.

E' il caso, ad esempio, dell'art. 2.4. lett. c) (criteri per la gestione associata tra i Comuni), lett. d) (specifiche forme di raccordo e consultazione tra Enti Locali e Regioni), lett. o) (enti di autonomia funzionale); ovvero dell'art. 7 quando si riferisce ancora agli enti di autonomia funzionale ed alle comunità montane.

Ingenera confusione, poi, la lett. n) dell'art. 2.4. che qualifica nuovamente il Sindaco come ufficiale di governo, nonostante l'avvenuta abrogazione dell'art. 129 Cost.

Inoltre, potrebbe porre dei dubbi di legittimità l'articolo 7.7 allorchè in ordine alla Corte dei Conti, annovera fra le competenze di quest'ultima anche la verifica del perseguimento degli obiettivi: potrebbe trattarsi di una forma di controllo di merito.

In definitiva, mi pare che la legge 131/03 in materia di ordinamento dei Comuni e delle Province abbia innovato rispetto alle disposizioni costituzionali e tali innovazioni vanno interamente a discapito di competenze costituzionali delle Regioni. Pare che il legislatore ordinario abbia tentato surrettiziamente di "reintrodurre" la formula dell'art. 128 Cost. (abrogato, come è noto, dalla legge

costituzionale 3/01) secondo la quale la materia dell'ordinamento degli enti locali era riservata alla potestà legislativa dello Stato: ma con una aggravante, dal momento che l'art. 128 Cost. demandava tale competenza ad una legge generale e di principio, mentre l'art. 117.2 lett. p) parla genericamente di legge dello Stato.