

**Il nuovo titolo V: l'epilogo delle garanzie costituzionali  
sull'allocazione delle funzioni amministrative**

di Francesco Saverio Marini

**1. La "decostituzionalizzazione" delle regole sull'allocazione delle funzioni amministrative**

La ripartizione di competenze amministrative nel nuovo testo costituzionale sembra ispirarsi ad un modello "flessibile" e "dinamico".

Gli aspetti maggiormente innovativi possono, infatti, ravvisarsi nel superamento del principio del "parallelismo" delle funzioni (cfr. D'Atena; Panunzio e, *contra*, Bin) e nella "decostituzionalizzazione" delle materie.

Sotto il primo profilo, il legislatore costituzionale è sembrato ispirarsi al c.d. "federalismo d'esecuzione", radicando la competenza legislativa negli enti territoriali maggiori ed affermando, nell'articolazione del potere amministrativo, una preferenza per l'ente minore. In tal modo, il cumulo presso lo stesso ente delle funzioni legislative ed amministrative, che nel precedente modello costituzionale rappresentava la regola, sembra destinato a diventare l'eccezione.

Quanto alla "decostituzionalizzazione", appare corretto affermare che nel nuovo testo costituzionale è rimessa alla legge la determinazione delle funzioni da «attribuire» (o, *rectius*, da «trasferire») ai Comuni e quelle da «conferire» agli altri enti.

Nell'art. 118 della Costituzione, infatti, non sono predeterminati gli ambiti delle competenze attraverso un'enumerazione delle materie, ma si delineano soltanto le procedure di assegnazione dei poteri. A ciò dovrebbe - tra l'altro - conseguire l'inutilizzabilità da parte dello Stato e della Regione del "conflitto intersoggettivo" a tutela della propria sfera di competenza amministrativa, che è garantita solo a livello legislativo.

A tale rilievo è, poi, connessa la problematica distinzione tra le funzioni regolamentari e quelle amministrative. Le prime sono, infatti, articolate secondo un modello tendenzialmente rigido e costituzionalmente garantito, anche attraverso il ricorso alla Corte costituzionale per conflitto di attribuzioni. In particolare, si prevede la regola del "parallelismo" tra le funzioni regolamentari e le funzioni legislative "di dettaglio": allo Stato (salva delega alle Regioni) spettano, infatti, le funzioni regolamentari nelle materie di propria legislazione esclusiva, mentre alle Regioni sono attribuite le funzioni regolamentari in tutte le altre materie.

Al verificarsi, dunque, dell'ipotesi in cui un ente sia titolare solo della funzione amministrativa e non di quella regolamentare, assume una particolare rilevanza la distinzione tra l'atto c.d. di "alta amministrazione" e l'atto sostanzialmente regolamentare. Per il momento, tuttavia, non sembra un eccesso di prudenza quello di limitarsi a porre il problema, in attesa di verificare quali saranno i criteri o gli elementi sintomatici che la Corte costituzionale elaborerà per distinguere le due funzioni (amministrativa e regolamentare).

**2. La "sopravvivenza" delle leggi sulla ripartizione delle competenze amministrative**

Nel nuovo art. 118, 1° comma, si prevede che tutte le funzioni amministrative sono attribuite in via di principio ai Comuni, ma che tali funzioni possono essere conferite, qualora vi sia l'esigenza di assicurarne l'esercizio unitario, alle Città metropolitane, alle Province, alle Regioni e allo Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.

Ad interpretare letteralmente la disposizione costituzionale sembrerebbe che, dall'entrata in vigore della riforma, tutte le funzioni amministrative spettino in via esclusiva ai Comuni e che solo successivamente la legge possa intervenire per conferirle agli enti di maggiori dimensioni. Ne conseguirebbe l'illegittimità sopravvenuta non solo dei decreti di trasferimento delle funzioni (tra cui i decreti "Bassanini"), ma di tutte le norme statali e regionali che attribuiscono funzioni amministrative ad enti diversi dal Comune.

Al di là di tali conseguenze applicative, l'interpretazione non sembra, tuttavia, meritevole di accoglimento, per il

contrasto in cui si pone con il principio costituzionale del "trasferimento". Dal combinato disposto dell'art. 97 e dell'VIII disp. trans. Cost. si induce, infatti, che l'ente titolare della funzione amministrativa non possa esercitarla finché un atto non ne assicuri la "copertura", attraverso il trasferimento degli uffici, del personale e delle risorse finanziarie e attraverso la dismissione delle stesse risorse nell'ente trasferente (D'Atena). Solo in tal modo, del resto, può evitarsi la carenza o la duplicazione di uffici e soddisfarsi il principio del buon andamento dell'amministrazione.

Sulla base, dunque, di tali presupposti, può ritenersi che l'impatto della riforma sul riparto di competenze amministrative sia meno dirompente di quanto la formulazione costituzionale sembrerebbe disporre.

## 2. Il problema delle funzioni amministrative degli enti locali

Secondo il modello di ripartizione della competenze amministrative accolto nel 1° comma dell'art. 118, il conferimento dovrebbe rappresentare un moto "ascendente", nel senso che la legge dovrebbe intervenire solo per spostare verso l'alto le funzioni "originariamente" spettanti ai Comuni (Bin).

Muovendo da siffatte premesse, risulta quasi contraddittorio il 2° comma dello stesso art. 118, che, nel disciplinare le funzioni amministrative degli enti locali, prevede che «i Comuni, le Province e le Città metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze».

La disposizione, invero non perspicua, sembrerebbe, infatti, riconoscere funzioni «proprie» anche alle Province e alle Città metropolitane e funzioni «conferite» anche ai Comuni; mentre, ai sensi del primo comma, le prime sembrerebbero essere attribuite solo ai Comuni e le seconde solo a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato.

La difficoltà interpretativa potrebbe in parte risolversi identificando le funzioni «proprie» con le funzioni «fondamentali», disciplinate dallo Stato ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. p) (Pizzetti; Corpaci; Cammelli). Tali funzioni (conferite) alle Province e alle Città metropolitane dovrebbero, infatti, considerarsi «proprie», in quanto sottratte alla disponibilità della Regione. Ma anche così non si spiegherebbero le funzioni «conferite» ai Comuni, che per il 1° comma sembrerebbero godere della competenza generale.

Per una diversa ipotesi ricostruttiva, che si fonda prevalentemente su argomenti storico-normativi, le funzioni «proprie» dovrebbero definirsi come l'insieme delle funzioni la cui titolarità - al momento dell'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 2001 - spetti ai rispettivi enti locali in forza delle leggi previgenti. Nelle funzioni «proprie» non 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 e Regioni, che - secondo le rispettive competenze - con legge possono - comunque e in ogni caso - essere attribuite o delegate (*conferite*) agli enti locali" (Mangiameli).

La tesi presenta, però, il difetto di irrigidire notevolmente il modello costituzionale di allocazione delle funzioni amministrative, in palese contraddizione con il primo comma che sembra, al contrario, ispirarsi ad un modello estremamente flessibile, caratterizzato solo dalla presenza di principi "generalissimi". Inoltre, anche da un punto di vista terminologico, può rilevarsi che con la prospettata distinzione tra funzioni «proprie» e «conferite» si finirebbe per attribuire allo stesso termine, contenuto nei primi due commi dell'art. 118, un significato opposto. Nel primo comma, il conferimento indicherebbe, infatti, un moto ascendente nell'allocazione delle funzioni (dal Comune agli enti di maggiori dimensioni); nel secondo, invece, esso si tradurrebbe in un meccanismo che varrebbe a spostare le funzioni "verso il basso" (dallo Stato e dalle Regioni verso gli enti locali).

Si potrebbe allora prospettare una diversa interpretazione e riferire l'inciso «secondo le rispettive competenze» non alla legge, ma agli enti territoriali in relazione alla tipologia di funzioni. In questa prospettiva, il 2° comma dell'art. 118 si limiterebbe ad elencare le funzioni amministrative degli enti locali così come delineate nel 1° comma, esplicitando la riserva di legge (statale o regionale) per le funzioni amministrative conferite.

Più chiaramente, tale disposizione stabilirebbe che i Comuni, le Province e le Città metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie e conferite, ma di queste funzioni godono «secondo le rispettive competenze» e, quindi, ai Comuni spetterebbero quelle «proprie» e alle Province e alle Città metropolitane quelle «conferite» (da legge statale o regionale).

Quanto, infine, alle funzioni «fondamentali» degli enti locali, alle quali fa espresso riferimento il 2° comma dell'art. 117,

può rilevarsi che non si tratta di una categoria omogenea a quella delle funzioni «proprie» e «conferite». La fondamentale, infatti, prescinde dal fatto che le funzioni siano «proprie» dei Comuni o «conferite» a Province e Città metropolitane, e rappresenta soltanto un criterio utilizzato dal legislatore costituzionale per differenziare la competenza statale dalla competenza regionale (che residualmente riguarda le funzioni "non fondamentali") nell'allocazione delle funzioni amministrative presso gli enti locali.

### 3. La riserva di legge sul conferimento

Tra le molteplici questioni interpretative che pone la nuova disciplina costituzionale, assume un particolare rilievo quella relativa all'individuazione del soggetto competente ad allocare le funzioni amministrative tra i diversi enti territoriali. In termini molto elementari il problema è determinare "chi decide".

Provando a rispondere a tale interrogativo, può affermarsi, con una certa sicurezza che "a decidere" debba essere il "legislatore".

Il 2° comma dell'art. 118, pur riferendosi espressamente solo agli enti territoriali minori (Comuni, Province e Città metropolitane), stabilisce, infatti, che le funzioni debbano essere conferite con «legge» statale o regionale. Ma la riserva di legge sembra da estendere analogicamente al «conferimento» delle funzioni amministrative agli enti territoriali maggiori (Regioni e Stato). Anche perché la *ratio* della norma è quella di consentire un sindacato unitario sull'atto di allocazione delle funzioni amministrative da parte della Corte costituzionale, al fine di verificarne la conformità ai principi codificati nel primo comma.

Il 3° comma dell'art. 118 dispone, inoltre, che la «legge statale» deve regolare in alcune materie forme di coordinamento e di intesa fra Stato e Regioni. Risulterebbe, pertanto, del tutto ingiustificato che la Costituzione consentisse di ripartire le competenze amministrative anche con regolamento e introducesse, invece, una riserva assoluta di legge per la disciplina delle fattispecie collaborative, richiedendo la finalità garantistica di quest'ultima un'analogia riserva sull'articolazione delle funzioni amministrative.

Peraltro, la forma legislativa dell'atto che dispone l'attribuzione o il conferimento delle funzioni amministrative sembra imposta anche dall'art. 97 Cost., che prevede una "riserva relativa" di legge per l'organizzazione dei pubblici uffici (Cammelli).

Infine, se sull'articolazione delle materie fossero ammessi atti regolamentari, si svuoterebbe di significato la norma sul potere sostitutivo. Se, infatti, il Governo con regolamento già godesse del potere di riservarsi alcune funzioni amministrative, non si comprenderebbe perché l'art. 120, 3° comma, Cost., gli attribuisca un analogo potere, sottoponendolo a limiti più penetranti e ad un procedimento che assicuri il rispetto del principio di sussidiarietà e di leale collaborazione. L'esigenza del potere sostitutivo sorge, al contrario, proprio dal fatto che il Governo non può (auto-) conferirsi le funzioni amministrative, che la legge ha già provveduto ad allocare tra i diversi livelli territoriali. Sotto tale aspetto, può dirsi che la sostituzione rappresenta nel modello costituzionale, un'*extrema ratio* a carattere "eccezionale" e "riparatore".

### 4. Lo Stato e la Regione nell'allocazione delle competenze amministrative

Determinata la forma dell'atto di allocazione delle funzioni amministrative, occorre ancora stabilirne l'imputazione soggettiva, ossia l'ente titolare del potere. Il problema è, dunque, se l'atto debba essere una legge regionale o statale.

Secondo una prima opinione, varrebbe, al riguardo, l'elenco dell'art. 117 Cost.

Così, se la potestà legislativa sulla singola materia è riservata allo Stato, dovrebbe essere la legge statale ad allocare le funzioni amministrative tra i diversi enti territoriali; diversamente, per le materie di legislazione esclusiva regionale, il potere spetterebbe alla Regione. Esemplificando, mentre per l'ordine pubblico o la tutela dei beni culturali la decisione sulla competenza amministrativa sarebbe nella esclusiva disponibilità del legislatore statale; le funzioni amministrative sull'agricoltura sarebbero, invece, ripartite dal legislatore regionale.

La tesi riassuntivamente esposta non sembra, tuttavia, meritevole di accoglimento.

Anzitutto, il criterio prospettato non sarebbe di agevole applicazione nelle materie di legislazione concorrente.

Ad accogliere, inoltre, la tesi qui criticata, lo Stato non godrebbe più di alcuna funzione amministrativa nelle materie di legislazione esclusiva regionale, in quanto la legge regionale non potrebbe certo individuare ambiti funzionali che richiedano un esercizio unitario a livello statale. In tal modo, lo Stato perderebbe del tutto il potere di coordinamento delle funzioni amministrative, non potendo intervenire né attraverso la determinazione legislativa dei principi fondamentali, né attraverso il controllo sugli atti regionali, né, infine, attraverso il c.d. potere di "indirizzo e coordinamento", che, previsto in via legislativa, "diverrebbe" (se già non lo era) incostituzionale. Tale prospettiva sembra, tuttavia, esclusa dal 1° comma dell'art. 118, che prevede in tutte le materie la possibilità del conferimento di funzioni amministrative allo Stato per soddisfare le esigenze unitarie.

Né può replicarsi che nelle materie regionali la possibilità del conferimento allo Stato sarebbe soddisfatta dalla previsione del potere sostitutivo, perché - come accennato - questo istituto ha carattere eccezionale e presuppone che l'ente sostituito (e non l'ente sostituto) sia il titolare del potere.

Per determinare il legislatore competente sembra, dunque, preferibile muovere dalle lett. g) e p) del 2° comma dell'art. 117, che riservano alla legislazione esclusiva dello Stato l'«ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali» e le «funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane». Sulla base di tali disposizioni, può ritenersi che alla legge statale sia attribuito il potere di determinare in ogni "materia" le funzioni che devono essere svolte dagli organi dello Stato o dagli enti pubblici nazionali e le «funzioni fondamentali» degli enti subregionali. La legge regionale, invece, godendo della "competenza" generale e residuale, potrebbe solo determinare quando ricorra un interesse regionale unitario e stabilire le funzioni «non fondamentali» degli enti locali.

Né sembra opponibile che l'attribuzione dello Stato a sé medesimo di competenze amministrative nelle materie riservate al legislatore regionale "porterebbe a conseguenze abnormi sul piano del nuovo sistema costituzionale", poiché "significherebbe radicare una nuova, vastissima, competenza di carattere "trasversale" del legislatore statale" (Pizzetti). Potrebbe, infatti, replicarsi che tale "materia" legislativa, non solo si ricava espressamente dalla lett. g) del 2° comma dell'art. 117, ma, anche quanto ad "ampiezza", risulta equivalente ad altre materie dello stesso elenco, come la "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e politici" o l'ordinamento civile e penale.

In conclusione, il modello costituzionale sembra strutturato "a cascata": lo Stato, con legge, avrebbe il potere di accertare l'infrazionabilità dell'interesse, a livello nazionale, riservandosi le connesse funzioni amministrative, e di allocare altre funzioni presso gli enti locali; il legislatore regionale, negli "spazi" lasciati dal legislatore statale, potrebbe, invece, determinare le funzioni che richiedono l'esercizio unitario a livello regionale e distribuire agli enti locali le funzioni rimanenti.