

Una definitiva conferma della legittimità dei poteri sostitutivi regionali

(commento alla sentenza n. 43 del 2004)

di Francesco Merloni

(in corso di pubblicazione in "le Regioni", n. 4/2004)

Contenuto e importanza della decisione

La sentenza si pronuncia su un ricorso con il quale il Governo ha sollevato questione di legittimità costituzionale di una disposizione di un legge della Regione Veneto che prevede che il potere della Regione di procedere alla nomina di un commissario *ad acta* qualora il Comune non abbia modificato, nel termine di dodici mesi dall'entrata in vigore della legge, gli strumenti urbanistici, con la previsione della disciplina urbanistico-edilizia dei complessi ricettivi all'aperto esistenti e, ove occorra, con la individuazione delle aree specificamente destinate agli insediamenti turistico-ricettivi.

Il motivo principale del ricorso del Governo consisteva nella pretesa spettanza in via esclusiva al Governo del potere sostitutivo, in base alla lettura dell'art.120, secondo comma, della Costituzione, che, da un lato, prevede un potere sostitutivo in capo al "Governo" e, dall'altro rinvia alla "legge" (da intendersi come legge statale) per la definizione delle "procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione".

La Corte ha considerato il ricorso infondato sulla base di una netta distinzione tra il potere sostitutivo previsto dall'art.120, comma 2, che si configura come potere "straordinario", a tutela di "taluni interessi essenziali che il sistema costituzionale attribuisce alla responsabilità dello Stato", e gli ordinari poteri sostitutivi che possono essere introdotti dalla legislazione di settore, statale o regionale, secondo le rispettive competenze, attributiva di funzioni. Di qui la piena configurabilità, a determinate condizioni sostanziali (presupposti) e procedurali, di un potere sostitutivo regionale nei confronti degli enti locali, anche nella loro posizione costituzionale rafforzata (dal nuovo Titolo V e in particolare dal nuovo articolo 114 Cost.).

La sentenza n.43 non è la prima che la Corte ha pronunciato in questa materia. Già prima della riforma del Titolo V la Corte (si veda soprattutto la sentenza n.177 del 1988) aveva riconosciuto la legittimità di poteri sostitutivi regionali, a condizione che essi fossero disciplinati con legge, affidati agli organi di governo della Regione e svolti secondo procedure rispettose dell'autonomia degli enti locali, prima fra tutte il diritto all'intervento nella procedura e l'assegnazione di un termine per provvedere.

Anche dopo la legge costituzionale n.3 del 2001 la Corte era intervenuta nella materia, ma all'interno di questioni di maggiore portata, senza riuscire a dare una interpretazione organica della nuova norma costituzionale sul potere sostitutivo. Basti ricordare altre due sentenze del 2003, che confermavano l'esistenza di poteri sostitutivi ulteriori rispetto a quello straordinario previsto dall'art.120, comma 2, Cost., rispettivamente statali (sent. n.39) e regionali (sent. n.313).

La sentenza n. 43 ha, invece, un impianto ricostruttivo decisamente più organico e fornisce una lettura più stabilizzata dell'art.120, comma 2, cui la Corte intende conformarsi anche per il futuro, come si ricava dall'esplicito richiamo alla stessa sentenza n. 43 operato da un lunga serie di successive sentenze sullo stesso tema (sent. numero 69, 70, 71, 72, 73, 112 e, da ultimo, n. 173 del 2004). Essa si rivela anche di notevole interesse per la interpretazione di altre disposizioni costituzionali connesse, in particolare quelle dell'art.118 sulle funzioni amministrative e sul principio di sussidiarietà .

Il potere sostitutivo"straordinario" prima e dopo l'art.120 del nuovo Titolo V.

Poiché non si può, in questa sede, ricostruire le vicende della introduzione del potere sostitutivo nel nostro ordinamento è sufficiente qui richiamare l'antecedente immediato, anche sul piano della formulazione testuale, dell'art.120, comma 2, Cost., cioè l'articolo 5 del d.lgs. n. 112 del 1998.

Per la prima volta veniva allora introdotto un potere sostitutivo con riferimento alle funzioni proprie e non solo alle funzioni delegate; per la prima volta tale potere non era previsto solo nei confronti delle Regioni, ma anche degli enti locali.

In particolare il mancato riferimento alle sole funzioni delegate (dallo Stato alle Regioni) comportava la necessità di costruire un più generale (e straordinario) potere sostitutivo, il cui esercizio non trovava il suo fondamento nella titolarità statale delle funzioni il cui esercizio fosse stato delegato, ma su interessi unitari ed essenziali, la cui tutela doveva ritenersi affidata allo Stato, pur in presenza di funzioni attribuite dalla legge alle Regioni o agli enti locali.

La giustificazione per un tale e nuovo potere sostitutivo, in un contesto generale di forte ridimensionamento dei poteri di coordinamento verticale dello Stato, stava proprio nell'ampiezza del decentramento che si andava a realizzare in attuazione della delega della legge n.59 del 1997. Tanto più nettamente separate erano le aree di competenza dei vari livelli di governo, tanto più forte si faceva l'esigenza di strumenti che, sia pure eccezionalmente e solo in caso di "accertata inattività che comporti inadempimento agli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea o pericolo di grave pregiudizio agli interessi nazionali", consentissero al Governo di intervenire, non più direttamente (cioè assumendo il potere di adottare i provvedimenti necessario al posto dell'amministrazione inerte), ma solo attraverso la nomina di un commissario *ad acta*.

Importante, poi, sottolineare che lo stesso art. 5, al comma 4, fa salve "le disposizioni in materia di poteri sostitutivi previsti dalla legislazione vigente". Legislazione statale con riferimento alle funzioni delegate alle regioni; legislazione regionale, con riferimento alle funzioni delegate agli enti locali. Con una sola apparente simmetria, perché il potere sostitutivo generale e straordinario era previsto solo in capo al Governo e non alle Regioni, che restavano prive di poteri sostitutivi nei confronti degli enti locali per le funzioni loro attribuite.

Riletto sulla base di questo antecedente, anche lo stesso art.120, comma 2, Cost. si fonda su una analoga preoccupazione di tutela di interessi unitari, semmai ancor più rafforzata dalla nuova situazione complessiva della distribuzione delle competenze, questa volta realizzata per via di modifica costituzionale. In un nuovo Titolo V caratterizzato per la più netta e garantita separazione delle competenze, sia legislative (tra Stato e Regioni) che amministrative (tra tutti i livelli di governo) e per la pratica assenza (con esclusione dello stesso art.120) di un adeguata normativa sulla leale collaborazione tra i diversi livelli costitutivi della "Repubblica".

Depurato delle disposizioni di tipo procedurale l'art.120, ha lo stesso impianto dell'art. 5 del d.lgs.n.112 (potere straordinario, conferito al solo Governo), salvo l'ampliamento dei casi e dei presupposti per l'esercizio dei poteri sostitutivi.

Impianto che poi ritroviamo, quasi intatto, nell'art.8 della legge n.131 del 2003, che contiene proprio le norme procedurali previste dal secondo periodo del comma 2 dell'art.120 Cost. Anche in questo ultimo caso ritroviamo la distinzione tra un esercizio "ordinario" (del potere straordinario) ed un suo esercizio "urgente", che giustifica una diversa procedura.

Di fronte alla ricordata evoluzione legislativa, nella quale uno straordinario potere sostitutivo si era affiancato a, ma non aveva riassorbito l'ampia casistica di poteri sostitutivi ordinari previsti dalla legislazione, statale e regionale, di settore, la Corte ha avuto buoni argomenti per connettere anche al potere sostitutivo di cui all'art.120 una natura straordinaria, che "lascia impregiudicata l'ammissibilità e la disciplina di altri casi di interventi sostitutivi", da considerarsi "ordinari".

In tal modo anche il rinvio operato dal secondo periodo ad una legge che disciplini le procedure resta confinato alla disciplina del solo potere sostitutivo del Governo. Il potere è solo statale, la legge che lo disciplina può essere solo statale.

Il potere sostitutivo straordinario è ormai disciplinato, insieme, dalla norma costituzionale e dall'art. 8 della legge n.131. L'art.5 del d.lgs. n.112 del 1998 è da ritenersi abrogato, salvo il quarto comma, che continua a far salvi i poteri sostitutivi ordinari previsti dalla legislazione, statale e regionale, di settore.

Resta impregiudicata, anzi allo stato sembra esclusa, la possibilità di configurare un potere regionale sostitutivo anch'esso generale e straordinario. La legge regionale potrà prevedere poteri sostitutivi solo di tipo ordinario, nella propria legislazione di settore, anche nel caso di funzioni attribuite (non più solo delegate) agli enti locali. Con ciò si afferma che la Regione, pur titolare di importanti competenze legislative, anche a titolo esclusivo, non è titolare di

interessi unitari di carattere generale, tali da giustificare un potere sostitutivo di tipo straordinario del tipo di quello riconosciuto al Governo.

Distribuzione delle funzioni amministrative e poteri sostitutivi ordinari

Nel ragionamento seguito dalla Corte è fortissima la connessione tra legislazione distributiva delle funzioni amministrative e poteri sostitutivi.

Il passaggio più significativo di questo ragionamento è il seguente: un'applicazione piena e coerente del principio di sussidiarietà impone l'attribuzione (il riconoscimento come proprie) ai Comuni (e in successione alle Province e alle Città metropolitane) delle funzioni amministrative. Nell'attribuire le funzioni il legislatore competente (lo Stato o la Regione) può identificare interessi unitari curati non con la riserva di pezzi di funzioni al livello superiore (in questo caso allo stesso livello di governo del legislatore), ma con la previsione di attività obbligatorie. Nel caso di specie, se la funzione urbanistica è del Comune l'interesse del legislatore regionale alla pianificazione dei complessi turistico-ricettivi è curato rendendo per i Comuni obbligatoria, nel quadro della propria funzione di pianificazione urbanistica, questa specifica pianificazione settoriale. Se il Comune non opera secondo le indicazioni della legge, l'unica conseguenza possibile è l'esercizio del potere sostitutivo e non la collocazione della "funzione ad un livello di governo più comprensivo, assicurandone "l'esercizio unitario" ai sensi del primo comma dell'articolo 118 della Costituzione: conseguenza evidentemente sproporzionata e contraria al criterio generale insito nel principio di sussidiarietà".

Per questo, afferma la Corte, la possibilità per la legge regionale di prevedere ordinari poteri sostitutivi nella disciplina di settore è coerente non solo con la delega, ma con l'attribuzione di funzioni agli enti locali, rispetta e rafforza il principio di sussidiarietà, evita un improprio "ritaglio" di competenze all'interno delle funzioni, che possono così essere affidate agli enti locali in modo organico e chiaramente percepibile dei cittadini.

Quanto alla configurazione dei poteri sostitutivi ordinari della Regione, la sentenza richiama una sua consolidata giurisprudenza che ha posto limiti all'esercizio di tali poteri eccezionali (in quanto comportano una modificazione, sia pure temporanea, dell'assetto delle competenze e una limitazione dell'autonomia locale, oggi ancor più fortemente garantita dalla Costituzione):

Riserva di legge

Preventiva e chiara individuazione dei "presupposti sostanziali e procedurali"

Riferimento alle sole attività "prive di discrezionalità nell'an", la cui obbligatorietà sia il riflesso degli interessi unitari alla cui salvaguardia provvede l'intervento sostitutivo"

Decisione da parte di un organo di governo della Regione

Adeguate garanzie procedurali (termine per provvedere, intervento nella procedura, ecc.).

Da segnalare, infine, che la Corte, nel caso in esame, relativo all'art.91, comma 8, del testo unico delle leggi sul turismo della Regione Veneto, rileva che, in realtà, la norma non corrisponde pienamente ai requisiti appena richiamati, perché manca della individuazione dell'organo competente a nominare il commissario *ad acta* e perché "non precisa il relativo iter procedimentale", ma non si ferma davanti a questo limite pur grave che, trattandosi di una "norma incompleta", impedisce in ogni caso di attivare questo potere sostitutivo fino alla sua integrazione con "altre norme, anche di carattere generale, da cui si possano ricavare le specificazioni e le precisazioni predette". La Corte, al contrario, conscia della necessità di risolvere il quesito principale, quello della generale ammissibilità di poteri sostitutivi regionali, preferisce dare a questo una risposta, anche al fine di risolvere un ampio contenzioso sul punto, pervicacemente sollevato dal Governo con riferimento a tutte le ipotesi di potere sostitutivo previste dalle leggi regionali dopo l'entrata in vigore della riforma del Titolo V.

Richiamati i contenuti principali della sentenza e chiarita la sua notevole importanza per la interpretazione del nuovo art.120 della Costituzione, si svolgono di seguito alcune brevissime riflessioni che la sua lettura può suggerire, con riferimento (punto 4) alla configurazione che vengono ormai ad assumere le diverse tipologie di potere sostitutivo e al più generale principio di leale collaborazione (punto 5).

Potere sostitutivo, controlli, efficienza ed effettività nell'esercizio delle funzioni amministrative.

La lettura sistematica dell'art.120, comma 2, della Costituzione e delle norme di legge statale che disciplinano le procedure per l'esercizio del potere sostitutivo straordinario del Governo, insieme con la norma del comma 4 dell'art.5 del d.lgs .n.112 del 1998 (non abrogato dalla legge n.131 del 2003) configurano almeno tre tipologie di potere sostitutivo, in rapporto agli interessi tutelati con l'esercizio del potere.

In primo luogo abbiamo i *poteri sostitutivi ordinari di prima generazione*, quelli più risalenti, introdotti dalla legislazione statale e regionale in rapporto a funzioni amministrative *delegate*. In questo caso il soggetto delegante (lo Stato o la Regione), che mantiene la titolarità della funzione, interviene in caso di inerzia del soggetto delegatario, e lo fa a *tutela di interessi pubblici "propri"*, di cui, cioè, continua ad essere responsabile, anche se la cura concreta è stata affidata ad altri.

L'inerzia non è tale (per esempio perché è episodica, puntuale) da giustificare la piena riappropriazione (con legge) della funzione ed è sufficiente l'esercizio del potere sostitutivo, che deve, però, essere espressamente previsto e disciplinato. Potere che può anche assumere la forma dell'esercizio diretto, da parte del soggetto delegante, della funzione delegata nel caso specifico (con riferimento al concreto interesse curato).

La decisione se procedere o meno all'esercizio del potere sostitutivo spetta all'organo di governo, perché essa, dovendosi sostituire un soggetto comunque dotato di autonomia, ha un indubbio contenuto politico. L'atto da adottarsi in sostituzione, al contrario, può avere contenuto gestionale; in questo caso la competenza spetterà agli organi amministrativi, cioè alla dirigenza dell'ente che esercita il potere sostitutivo.

Alla delega di funzioni, infine, può connettersi anche un (residuo) potere di controllo. I controlli da ritenersi soppressi dopo l'abrogazione dell'art.130 Cost. sono sicuramente quelli relativi alle funzioni attribuite (riconosciute come proprie) agli enti locali. Per le funzioni delegate, invece, non può escludersi la configurazione di controlli sulle attività svolte, anche al fine di intervenire tempestivamente con i conseguenti provvedimenti (potere sostitutivo o, nei casi più gravi, riappropriazione della funzione).

In secondo luogo abbiamo i *poteri sostitutivi ordinari*, ma relativi a funzioni amministrative *attribuite* (riconosciute come proprie). Di questi la Corte ci ha ribadito la piena legittimità, in connessione con il potere legislativo generale di attribuzione delle funzioni amministrative (secondo il principio di sussidiarietà). La legge, statale e regionale, nel distribuire, dal basso, le funzioni, può individuare attività di loro esercizio che siano rese obbligatorie, per la cura di interessi generali, senza per questo modificare l'assetto delle competenze.

L'inerzia non è tale da giustificare uno spostamento (con legge) della funzione verso un superiore livello di governo, ma giustifica solo l'esercizio di un potere sostitutivo. Questo, a maggior ragione, dovrà essere sempre previsto e disciplinato dalla legge e non potrà svolgersi in altra forma dalla nomina di un commissario *ad acta*. Qui non vi è alcuna riappropriazione, anche temporanea, di funzioni (della funzione continua ad essere titolare il soggetto sostituito), ma solo un intervento volto a curare un interesse generale della comunità (male) amministrata dal soggetto inerte.

La decisione sull'intervento è dell'organo politico, il commissario *ad acta* è l'organo amministrativo competente all'adozione dell'atto.

Qui non vi è alcuno spazio per forme di controllo sistematico dell'attività degli enti sostituiti, ma, semmai, per forme, di verifica dell'effettivo esercizio delle funzioni.

L'interesse curato, quindi non è un interesse proprio di chi esercita il potere sostitutivo, ma un interesse generale all'effettivo svolgimento della funzione.

In terzo luogo abbiamo il *potere sostitutivo straordinario del Governo*, esercitabile nei confronti di Regioni ed enti locali, in rapporto a funzioni amministrative delegate e attribuite.

Il potere è solo statale e riservato al Governo e riguarda non solo il compimento di atti amministrativi, ma anche di atti normativi.

Il fondamento non è solo l'inerzia, ma anche il compimento di atti lesivi di interessi unitari "essenziali". Si può dire che il

Governo non opera a tutela di un interesse statale "proprio", ma di un interesse generale, dell'ordinamento (della Repubblica), la cui cura concreta è affidata nel caso specifico allo Stato. Non si interviene per garantire l'effettività delle funzioni amministrative, ma solo quando l'inerzia (l'ineffettività) o l'azione compiuta costituiscono lesione degli interessi superiori protetti.

Quanto alle forme di esercizio, si potranno seguire le soluzioni prima prospettate per le funzioni delegate da un lato e per le funzioni attribuite dall'altro: esercizio anche diretto nel primo caso, esercizio sempre attraverso commissario *ad acta* nel secondo.

Anche per il potere sostitutivo straordinario non si giustificano forme di controllo sistematico sull'attività degli enti da sostituire. La segnalazione dell'inerzia o della violazione, trattandosi di interessi superiori ed essenziali, non deriverà da un'opera permanente di controllo, ma dalla conoscenza che in qualunque modo il Governo avrà acquisito di tali fatti o atti.

Potere sostitutivo e leale collaborazione.

Se pone una parola chiara, forse definitiva, sul problema della legittimità di poteri regionali di sostituzione, la sentenza in commento non contribuisce molto a dare lumi sul più generale principio di leale collaborazione, di cui il potere sostitutivo, secondo il secondo periodo dell'art.120 comma 2, sarebbe una espressione.

Sarebbe in realtà l'unica espressione, dal momento che il principio non viene evocato in nessun altro articolo del testo costituzionale novellato.

La giurisprudenza della Corte ha fin qui richiamato il principio con varie finalità, la più frequente delle quali è stata la giustificazione di interventi (di riserve di competenze) di livelli di governo superiori nei confronti di livelli inferiori. La leale collaborazione come principio di necessaria interconnessione tra funzioni amministrative distribuite tra livelli diversi.

La distribuzione delle competenze tende ad essere realizzata sempre più per separazione, netta distinzione. I principi di sussidiarietà e di adeguatezza (il connesso principio di *unicità* che, previsto dalla legge n.59 del 1997, non è stato però costituzionalizzato, al contrario degli altri), impongono l'attribuzione agli enti locali, partendo dal Comune, di complessi organici di funzioni, evitando, per quanto è possibile, la frammentazione delle competenze, il concorso di più competenze di livelli di governo diversi nell'esercizio della stessa funzione. Su questo punto la sentenza n.43 appare molto chiara.

La separazione di competenze non significa, però, il loro esercizio separato, al di fuori delle esigenze che, in rapporto allo svolgimento di una funzione, possano avere diversi soggetti e livelli di governo. Di qui la legittimità di forme di collaborazione, di esercizio coordinato di funzioni spettanti a livelli di governo diversi, ma anche di interventi sostitutivi, nei casi in cui l'inerzia di uno dei soggetti nell'esercizio delle funzioni proprie possa compromettere gravemente interessi unitari, ordinariamente individuati, o di tipo essenziale e curati con interventi straordinari.

Il nuovo testo costituzionale non valorizza in termini positivi il principio di leale collaborazione. Non lo esplicita come principio generale di rapporto tra livelli di governo. Non lo sviluppa, individuando specifiche forme e attività di raccordo. Il risultato è che il principio viene richiamato a giustificare (ma anche, come subito vedremo, a limitare) l'esercizio del potere sostitutivo cioè di un intervento volto a rimuovere le patologie del rapporto tra livelli di governo, mentre non viene disciplinata e incoraggiata la fisiologia del rapporto, cioè l'imprescindibile necessità di coordinare, per il raggiungimento di finalità di interesse comune (o superiore), l'esercizio di funzioni attribuite a soggetti diversi.

Così il principio di leale collaborazione si riduce, nel testo dell'art.120, comma 2, a ben poca cosa. In buona sostanza il richiamo alla leale collaborazione vale, in termini riassuntivi, a imporre determinati presupposti e, soprattutto, determinate procedure per l'esercizio del potere sostitutivo. Leale collaborazione, quindi, significa necessario raccordo con l'ente inerte (o che ha commesso la violazione degli interessi essenziali in gioco), il quale, prima di essere sostituito, deve poter ravvedersi in tempo e comunque deve poter concorrere al procedimento di esercizio del potere sostitutivo. In questo senso il richiamo al principio coincide quasi esattamente con il "decalogo" dei presupposti dell'esercizio dei poteri sostitutivi che la sentenza n.43 ha puntualmente elencato.

Così come leale collaborazione significa "proporzionalità" dell'intervento sostitutivo.

Letto solo nel quadro dell'art.120, comma 2, quindi, il principio ha un'applicazione assai più ristretta di quanto non sia necessario, in un sistema che ha ormai adottato il pluralismo amministrativo come regola di assetto generale, con forti garanzie della posizione "statica" di ciascun soggetto "costitutivo della Repubblica" (ai sensi dell'art.114 Cost.), ma senza una minima attenzione agli aspetti "dinamici", alle regole (rispetto reciproco, parità di posizione nel raccordo, scambio di informazioni e così via) che possano favorire un vera cultura della cooperazione interistituzionale.

Si tratta della legge regionale 4 novembre 2002, n.33 (Testo unico delle leggi regionali in materia di turismo). La norma impugnata è l'art.91, comma 8.

Sulla sentenza sono già intervenuti: G.M.SALERNO, *Principio di legalità ed efficienza pubblica nella "partita a tre" fra stato, Regioni ed enti locali*, in *Federalismi. it*, numero 3/2004; R.DICKMANN, *La Corte riconosce la legittimità dei poteri sostitutivi regionali*, in *Federalismi.it.*, numero 4/2004.

A tal fine si vedano G.SIRIANNI, *Inerzia amministrativa e poteri sostitutivi*, Milano, Giuffrè, 1991 e C.BARBATI, *Inerzia e pluralismo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1992.

Come ha sottolineato M.CAMMELLI, nel suo commento all'articolo, in G.FALCON (a cura di), *Lo Stato autonomista*, Bologna, Il Mulino, 1998.

Come previsto dalla legge n.382 del 1975 (art.2) e dalla legge n.400 del 1988 (art.2).

Sul punto si veda F.MERLONI, *La leale collaborazione nella Repubblica delle autonomie*, in *Dir.Pubbl*, n.3, 2002, pagg.827 e segg.

Legge recante "disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n.3" (c.d. "legge La Loggia").

In questo caso, poiché l'urgenza è riferita ai casi previsti dall'art.120, che non vengono ulteriormente precisati e sviluppati, essa si realizzerà sia per inerzia che per violazione degli interessi unitari. Sono quindi da ritenersi superate le preoccupazioni di Cammelli (nel commento sopra citato) circa la configurabilità di un potere sostitutivo fondato su una generica urgenza e non sull'urgenza conseguente all'inerzia.

In questo senso appare difficile condividere l'opinione di chi (R.DICKMANN, *La Corte riconosce...* op. cit.), sulla base della lettura di questa sentenza, ha ritenuto il secondo periodo del secondo comma dell'art.120 "autonomo" rispetto alla disposizione di cui al periodo precedente, quasi fosse un comma "mancato", quando la sentenza afferma con molta chiarezza che "la legge di cui è in parola nell'ultimo periodo dell'articolo 120, secondo comma è bensì la legge statale, ma in quanto la disciplina procedurale ivi prevista, pur se espressiva di principi di portata più generale, è quella relativa all'esercizio dei poteri straordinari di sostituzione delle amministrazioni di qualunque livello, spettanti al Governo a norma del periodo precedente".

Sono salvi, quindi, anche i poteri sostitutivi previsti da legge regionale attributiva a pieno titolo di funzioni amministrative agli enti locali

Dopo la riforma costituzionale è possibile parlare solo di interventi del livello di governo superiore a garanzia di interessi unitari tutelati dalla Costituzione, mentre, anche per lo Stato, non è più possibile configurare una sovraordinazione gerarchica dello Stato nei confronti di Regioni ed enti locali.

La Corte non si pronuncia in questa sentenza sul contenuto delle definizioni usate nel nuovo art.118. In particolare sulla eventuale distinzione tra funzioni *attribuite* e funzioni *proprie*. Ho già avuto modo di pronunciarmi sul punto (Vedi F.MERLONI, *Il destino dell'ordinamento degli enti locali (e del relativo testo unico) nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in questa rivista, n.2/3, 2002), ritenendo, sotto il profilo giuridico, le due espressioni come perfettamente equivalenti. Funzioni attribuite o proprie hanno lo stesso trattamento (per esempio, il riconoscimento dell'autonomia normativa di cui all'art.117, comma 6, è riferito alle funzioni attribuite, ma vale sicuramente per quelle proprie). La vera distinzione è tra funzioni stabilmente assegnate come proprie (attribuite) e funzioni *delegate*. Come si vedrà la distinzione ha riflessi anche sull'esercizio dei poteri sostitutivi.

La sentenza non richiama espressamente il principio della sostituzione solo a mezzo di commissario *ad acta*, ma questo

sembra intrinseco almeno al potere sostitutivo per le funzioni attribuite, mentre per quelle delegate, poiché la titolarità è della Regione, potrebbe essere ammesso anche una sostituzione diretta.

Come dimostrato dalla lunga serie di successive sentenze, già richiamate (numero 69, 70, 71, 72, 73, 112 e, da ultimo, n. 173 del 2004), sullo stesso oggetto risolte poi agevolmente dalla Corte, con ampio e costante rinvio alle motivazioni contenute nella sentenza n.43.

Problematica, questa, del tutto inesplorata in Italia (si vedano le esperienze, soprattutto inglesi, di *auditing* dell'azione degli enti locali) e aperta ai rischi di una riattivazione, sotto mentite spoglie, degli antichi poteri di controllo. Problematica che potrebbe esser affrontata solo in presenza di alcune presupposti di fondo: la indipendenza dei soggetti chiamati alla verifica, l'assenza di meccanismi sanzionatori o, peggio, riduttivi dell'autonomia locale, la trasparenza delle rilevazioni.

In questo senso, espressamente, l'art.8 della legge n.131 del 2003. Sul punto già sono state sollevate perplessità, dal momento che il potere sostitutivo è, per definizione, circoscritto al caso concreto che ha dato luogo alla lesione di interesse (inerzia o violazione) e può giustificare una puntuale e transitoria modificazione dell'ordinario assetto delle competenze. L'adozione di atti normativi in sostituzione avrebbe, invece, il valore di una modificazione di tipo duraturo (legittimando, ad esempio, ulteriori attività amministrative compiute in modificazione dell'ordinario assetto delle competenze). Uno spazio per un intervento normativo ci sarebbe solo se la normativa così adottata fosse transitoria, destinata a regolare solo gli interventi eccezionali da disporre con l'intervento sostitutivo e fosse in ogni caso cedevole, cioè destinata a perdere efficacia in presenza di un normale esercizio del potere normativo da parte del soggetto sostituito. Ove si addivenisse a considerare costituzionalmente legittimo un potere sostitutivo anche per atti normativi, resterebbe il problema della possibilità di un intervento di questo tipo per le Regioni. Allo stato, legandosi oggi (nella legge n.131) il potere sostitutivo normativo al solo potere straordinario di cui all'art,120, ciò sarebbe negato.

L'assenza di una disciplina organica del principio di leale collaborazione e le sue conseguenze sono stati già analizzati in altra sede (vedi F.MERLONI, *La leale collaborazione...* , op.cit.)

Proporzionalità espressamente richiamata dall'art.8 della legge n.131 del 2003, che può essere declinata come limitazione dell'intervento sostitutivo allo stretto necessario per la cura degli interessi lesi e al minimo possibile sacrificio dell'autonomia dell'ente sostituito.