

*Quaderni del "Gruppo di Pisa"*

**DIRITTO COSTITUZIONALE  
E DIRITTO AMMINISTRATIVO:  
UN CONFRONTO GIURISPRUDENZIALE**

*Atti del convegno svoltosi a Lecce il 19-20 giugno 2009*

*a cura di*

**G. Campanelli, M. Carducci, N. Grasso, V. Tondi della Mura**



**G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO**

## INDICE

	<i>pag.</i>
PRESENTAZIONE: DAL "CONFRONTO" GIURISPRUDENZIALE ALL'ADMINISTRATIVE CONSTITUTIONALISM <i>Michele Carducci</i>	IX
RELAZIONE INTRODUTTIVA <i>Lorenza Carlassare</i>	3
PARTE I	
RELAZIONI	
IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E I DIRITTI DI PARTECIPAZIONE <i>Andrea Cardone</i>	17
I LIVELLI ESSENZIALI DELLE PRESTAZIONI CONCERNENTI I DIRITTI SOCIALI <i>Claudio Panzera</i>	57
LA CONDIZIONE GIURIDICA DELLO STRANIERO NEL "DIALOGO" TRA CORTE COSTITUZIONALE E GIUDICE AMMINISTRATIVO <i>Andrea Deffenu</i>	106
PRINCIPI COSTITUZIONALI E GIUDICE AMMINISTRATIVO IN MATERIA DI PUBBLICO IMPIEGO <i>Giovanna Montella</i>	147

STATUS E CARRIERA DEI MAGISTRATI: UN (TENTATIVO DI) CONFRONTO TRA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE E GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA	pag. 169
<i>Tommaso Giovannetti</i>	

## PARTE II

## COMUNICAZIONI

I LIVELLI ESSENZIALI DELLE PRESTAZIONI E IL DIRITTO ALL' ABITAZIONE DEGLI STRANIERI	213
<i>Francesca Biondi Dal Monte</i>	
RISERVE DI LEGGE E DI GIURISDIZIONE, PLURALITÀ DI GIURISDIZIONI E RAPPORTI TRA LE DUE FUNZIONI DEL CONSIGLIO DI STATO: SPUNTI COSTITUZIONALI DAI PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI STRANIERI E DI CITTADINANZA	227
<i>Paolo Bonetti</i>	
LA IDENTIFICAZIONE DEI LEP COME CLAUSOLA DI «NON RETROCESSIONE»	247
<i>Anna Silvia Bruno</i>	
LO STATUS DEL MAGISTRATO DEL CONSIGLIO DI STATO TRA FUNZIONE CONSULTIVA E GIURISDIZIONALE, LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE CEDU E LA MINORE TENSIONE DEL GIUDICE NAZIONALE COSTITUZIONALE E AMMINISTRATIVO SUL "VALORE" DELL' APPARENZA	257
<i>Carlo Calvieri</i>	
KING CANUTE E L'INDIPENDENZA DELLA MAGISTRATURA	274
<i>Gian Luca Conti</i>	

- IL "CASO FORLEO" TRA CSM E GIUDICE AMMINISTRATIVO pag.  
289  
*Francesco Dal Canto*
- CHI È LA "VITTIMA" DELLO *SPOILS SYSTEM*? UN CONFRONTO TRA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA E GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE 306  
*Federica Grandi*
- «CONSONANZE POLITICHE», PROCEDIMENTO E «FUNZIONI FONDAMENTALI»: NOTE SU ALCUNI ORIENTAMENTI DEI GIUDICI AMMINISTRATIVI 320  
*Nicola Grasso*
- RICORSO DELLE MINORANZE CONSILIARI E AUTONOMIA NORMATIVA LOCALE 328  
*Pierdomenico Logroscino*
- LA REGOLAZIONE AUTONOMA COME *PATH DEPENDENCE* DELL' «AMBITO» PROCEDIMENTO IL NUOVO ART. 29 DELLA L. 241/1990 336  
*Michele Macrì*
- LO STRANIERO E LA CONQUISTA DEI DIRITTI SOCIALI ANCHE ALLA LUCE DEL NUOVO "PACCHETTO SICUREZZA" 355  
*Vincenzo Marzullo*
- STATUS* DEI MAGISTRATI E LIBERTÀ DI ASSOCIAZIONE 372  
*Maria Grazia Nacci*
- QUADRATURA DEL CERCHIO O ARTIFICIO? DELLA PROBLEMATICAM SINONIMIA TRA 'FONDAMENTALI' E 'PROPRIE', IN RIFERIMENTO ALLE FUNZIONI DEGLI ENTI LOCALI 416  
*Cristina Napoli*

LO "STATUTO COSTITUZIONALE" DEL DIRIGENTE PUBBLICO <i>Cecilia Pannacciulli</i>	pag. 429
BREVI NOTE SUL CONTROLLO GIURISDIZIONALE DEGLI ATTI DEGLI ORGANI DI AUTOGOVERNO DELLE MAGISTRATURE: INDIPENDENZA, IMPARZIALITÀ E TERZIETÀ DEL GIUDICE <i>Marco Pierangeli</i>	467
SULLA SENSIBILITÀ COSTITUZIONALE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO <i>Nicola Pignatelli</i>	479
LINEAMENTI DI UNO STUDIO SUI LIVELLI ESSENZIALI DELLE PRESTAZIONI, DAL PUNTO DI VISTA DELLA TEORIA DELLA NORMAZIONE E DELLA TEORIA DELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE <i>Antonio Ruggeri</i>	496
PARTE III	
RELAZIONI DI SINTESI	
LA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA TRA "GIUSTO PROCEDIMENTO" E "GIUSTO PROCESSO" <i>Stelio Mangiameli</i>	519
RELAZIONE DI SINTESI DEL GRUPPO DI LAVORO SU "LIVELLI ESSENZIALI DELLE PRESTAZIONI E CONDIZIONE GIURIDICA DELLO STRANIERO" <i>Marta Cartabia</i>	543
STATUS DEI DIPENDENTI PUBBLICI E CARRIERA DEI MAGISTRATI <i>Elisabetta Catelani</i>	554

QUADRATURA DEL CERCHIO O ARTIFICIO?  
DELLA PROBLEMATICAM SINONIMIA  
TRA 'FONDAMENTALI' E 'PROPRIE',  
IN RIFERIMENTO ALLE FUNZIONI DEGLI ENTI LOCALI

CRISTINA NAPOLI

1. La ricerca avente ad oggetto l'“organizzazione del governo locale” condotta da P. De Luca e gli approfondimenti sviluppati nell'*atelier* pomeridiano hanno costituito l'occasione per riflettere sulla nozione di *funzioni fondamentali degli enti locali* di cui all'art. 117, c. 2, lett. *p*), ed in particolare sulla relazione intercorrente tra esse ed il restante contenuto della lett. *p*) da un lato e le funzioni amministrative *proprie* di cui all'art. 118, c. 2 Cost. dall'altro.

Il c.d. guazzabuglio terminologico cui la riforma costituzionale del 2001 ha dato vita, individuando gli enti locali come destinatari di funzioni *fondamentali* (art. 117, c. 2, lett. *p*) Cost.), funzioni amministrative *attribuite* (artt. 117, c. 6, 118, c. 1 e 119, c. 4 Cost.), *proprie* e *conferite* (art. 118, c. 2 Cost.), ha, di fatto, consegnato all'interprete l'onere di chiarire il disegno costituzionale relativo all'attività amministrativa locale. Ed in questo senso, non sorprende come, non pervenendo da parte della giurisprudenza particolari indicazioni a riguardo, nel tentativo di operare una semplificazione all'interno del tutt'altro che immediato quadro costituzionale in tema di individuazione, titolarità ed esercizio delle funzioni amministrative locali, gran parte della dottrina ed il legislatore statale di attuazione del titolo V Cost., abbiano prospettato e prospettino una sostanziale equiparazione tra le funzioni *fondamentali* di cui all'art. 117, c. 2, lett. *p*) Cost. e le funzioni amministrative *proprie* di cui all'art. 118, c. 2 Cost., quelle funzioni amministrative, cioè, che, diversamente da quelle *conferite* menzionate nel medesimo comma, sembrano non postulare quella discrezionalità del legislatore alloca-

tore espressione dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, appartenendo, piuttosto, al livello comunale, provinciale e metropolitano in quanto, per così dire, tipiche, caratteristiche, peculiari di quel determinato livello di governo, anche avendo riguardo alle funzioni c.d. *storicamente* esercitate dai diversi enti territoriali.

Attraverso le riflessioni della dottrina, gli indirizzi derivanti dalla legislazione di attuazione del titolo V e dalla giurisprudenza amministrativa e costituzionale in materia, ci si propone di verificare se ed in quale misura il legislatore costituzionale del 2001, con il riferimento alle funzioni fondamentali degli enti locali, abbia effettivamente inteso riferirsi allo svolgimento di quelle funzioni amministrative che caratterizzano gli enti locali dotati di dignità costituzionale ovvero se sia possibile avanzare una diversa interpretazione di esse che valorizzi maggiormente il dato testuale e sistematico derivante dalla riforma costituzionale.

2. Come anticipato, la tesi del tutto maggioritaria in dottrina riconosce nelle funzioni fondamentali il nucleo "intangibile" di attribuzioni amministrative<sup>1</sup>: tenendo, cioè, fermo il principio generale per cui, sulla base dell'art. 118, c. 1 Cost., ai Comuni spettano tutte le funzioni amministrative, salvo quelle, per ragioni di esercizio unitario, collocate a livelli più alti, si sostiene che per essere definita fondamentale una funzione debba presentare il carattere dell'indefettibilità o della necessarietà, essa debba, cioè, caratterizzare il tipo di ente cui si riferisce, definendone l'ambito di azione di modo che l'assenza della funzione medesima muti la natura dell'ente stesso<sup>2</sup>. Per

<sup>1</sup> Sull'identificazione tra funzioni *fondamentali* e funzioni *proprie* v. G. D'AURIA, *Funzioni amministrative e autonomia finanziaria delle regioni e degli enti locali*, in *Foro it.*, 2001, 212; R. TOSI, *La legge costituzionale n. 3 del 2001: note sparse in tema di potestà legislativa e amministrativa*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1240; A. CORPACI, *Revisione del titolo V della parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo*, in *Le Regioni*, 2001, 1314; M. CAMMELLI, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, 1293; F. PIZZETTI, *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico «esplosivo»*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1179; E. FOLLIERI, *Le funzioni amministrative nel nuovo titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2003, p. 450; G. MARCHETTI, *Le autonomie locali tra stato e regioni*, Milano, 2003, 170-171.

<sup>2</sup> In questo senso v. G. FALCON, *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi artt. 117 e 118 della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, 397; S. CASSESE, *L'amministrazione nel*

questa via, infatti, le funzioni fondamentali rappresenterebbero «*“elementi essenziali” degli enti, direttamente connessi alla natura degli stessi e ai bisogni “primari” della collettività di riferimento. Ed è per tale ragione che ai vari livelli di governo locale [...] diversi saranno gli ambiti di funzioni fondamentali che la legge statale dovrà individuare*»<sup>3</sup>.

E posta la titolarità statale della potestà di individuare le funzioni fondamentali locali, diverse sono le conseguenze normative che se ne fanno derivare.

Da un lato, infatti, si sostiene che essa comporti la sottrazione alla disponibilità del legislatore regionale della facoltà di individuare le funzioni (amministrative) fondamentali, *alias* proprie, all'interno delle materie di potestà legislativa concorrente e residuale di tal che l'individuazione delle funzioni fondamentali sarebbe, pertanto, un'operazione che percorre trasversalmente l'art. 117 Cost., in alcun modo tenendo conto della ripartizione delle competenze legislative tra Stato e regioni: lo Stato, in altri termini, non incontrerebbe il limite del riparto di competenze legislative<sup>4</sup>, potendo indicare, per non dire elencare, le funzioni da ritenersi fondamentali all'interno di ogni sorta di funzione amministrativa<sup>5</sup>, quale che sia l'ente territoriale cui spetta la potestà normativa sulla materia<sup>6</sup>.

---

*nuovo titolo V della Costituzione*, in *Giornale dir. amm.*, 2001, 1194; F. MERLONI, *Il destino dell'ordinamento degli enti locali (e del relativo Testo unico) nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, 415.

<sup>3</sup> Così F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Tomo I, Milano, 2006, 1026.

<sup>4</sup> In questo senso ancora B. CARAVITA DI TORITTO, *La Costituzione dopo la riforma del titolo V*, Torino, 2002, 128 e 131; A. D'ATENA, *La difficile transizione. In tema di attuazione della riforma del titolo V*, in *Le Regioni*, 2002, 309; L. TORCHIA, *La potestà legislativa residuale delle regioni*, in *Le Regioni*, 2002, 359.

<sup>5</sup> Così A. CELOTTO, A. SARANDREA, *Le funzioni amministrative*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Torino, 2003, 187.

<sup>6</sup> Diversamente, R. BIN, *La funzione amministrativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, 369-371, ammette che le funzioni fondamentali siano quelle funzioni attribuite dalla legge dello Stato per le quali non potrebbe operare il principio di differenziazione: la riserva di legge statale di cui all'art. 117, c. 2, lett. p) dovrebbe riguardare un nucleo assai ristretto di funzioni, ovvero quelle che costituiscono la proiezione dell'organizzazione delle funzioni di interesse statale (i «Compiti del Comune per servizi di competenza statale» come si esprime l'art. 14 del TU sugli enti locali), nonché quelle che sono imprescindibili, connaturate e connotanti il ruolo dei diversi livelli del governo locale.

Dall'altro lato, verosimilmente per arginare il carattere indefinito ed indiscriminato che verrebbe così ad assumere la competenza statale, altra dottrina tenta di ridurne la portata<sup>7</sup>, evidenziando come lo Stato avrebbe il solo potere di individuare la "soglia minima e indefettibile" di funzioni amministrative da attribuirsi agli enti locali<sup>8</sup>, il livello di governo, cioè, al quale imputare la funzione fondamentale, mentre, nella fase successiva, quella cioè della disciplina puntuale della stessa, tornerebbe ad operare il criterio della competenza legislativa fissato in Costituzione e sarebbe indiscutibilmente la regione ad intervenire con proprie leggi per dettare la concreta disciplina di una funzione fondamentale rientrante nelle materie di potestà legislativa (concorrente e) residuale<sup>9</sup>. E ciò unicamente in ragione del fatto che là dove si attribuisse al legislatore statale la possibilità di disciplinare puntualmente anche le funzioni fondamentali rientranti nelle materie di cui al terzo ed al quarto comma dell'art. 117 Cost., così sovvertendo l'elenco in esso contenuto, si azzererebbe sostanzialmente ogni principio di autonomia e di equiordinazione fra i poteri territoriali<sup>10</sup>.

3. La tesi dell'equiparazione tra funzioni fondamentali e funzioni amministrative proprie degli enti locali pare trovare ulteriore riscontro nella legislazione statale di attuazione al titolo V Cost., l. n. 131 del 2003, e nei disegni di legge aventi ad oggetto la Carta delle autonomie cui è pervenuto il Governo della Repubblica nella scorsa e nella legislatura in corso.

Quanto alla legge c.d. La Loggia, infatti, l'art. 2 della medesima ha definito le funzioni fondamentali degli enti locali come «*essenziali per il funzionamento di Comuni, Province e Città metropolitane nonché per il soddisfacimento di bisogni primari delle comunità di riferimento*». Il legislatore del 2003, in particolare, tra i principi ed i criteri direttivi indicati al governo ha fatto riferimento all'*individuazione* delle funzioni fondamentali dei Comuni,

<sup>7</sup> R. BALDUZZI, *Le autonomie locali dopo la revisione costituzionale del titolo V*, in *Quad. reg.*, 2003, 77.

<sup>8</sup> F. MERLONI, *Il destino dell'ordinamento degli enti locali*, cit., 415; A. D'ATENA, *La difficile transizione*, cit., 309.

<sup>9</sup> Così A. CELOTTO, A. SARANDREA, *Le funzioni amministrative*, cit., 188; A. CORPACI, *Gli organi di governo e l'autonomia organizzativa degli enti locali. Il rilievo della fonte statutaria*, in *Le Regioni*, 2002, 1018 ss.

<sup>10</sup> Così F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 1026.

delle Province e delle Città metropolitane «in modo da prevedere, anche al fine della tenuta e della coesione dell'ordinamento della Repubblica, per ciascun livello di governo locale, la titolarità di funzioni connaturate alle caratteristiche proprie di ciascun tipo di ente, essenziali e imprescindibili per il funzionamento dell'ente e per il soddisfacimento di bisogni primari delle comunità di riferimento, tenuto conto, in via prioritaria, per Comuni e Province, delle funzioni storicamente svolte»<sup>11</sup> e, ancora, alla valorizzazione dei «principi di sussidiarietà, di adeguatezza e di differenziazione nella allocazione delle funzioni fondamentali in modo da assicurarne l'esercizio da parte del livello di ente locale che, per le caratteristiche dimensionali e strutturali, ne garantisca l'ottimale gestione anche mediante l'indicazione dei criteri per la gestione associata tra i Comuni»<sup>12</sup>.

In secondo luogo, benché non approdato all'approvazione da parte delle Assemblee legislative, è il caso di far quantomeno cenno al d.d.l. delega sul c.d. "Codice delle autonomie" varato dal governo nella scorsa legislatura<sup>13</sup>, contenente, per quanto qui in particolare interessa, una nuova delega al governo per l'individuazione delle funzioni fondamentali di cui all'art. 117, c. 2, lett. p) Cost. Ed anche in questa occasione, le funzioni fondamentali venivano ricondotte alle «funzioni amministrative connaturate alle caratteristiche proprie di ciascun tipo di ente essenziali ed imprescindibili per il funzionamento dell'ente stesso», oltre che quelle storicamente svolte, in particolare, considerando «tra le funzioni fondamentali dei comuni tutte quelle che li connotano come ente di governo di prossimità, tra le funzioni fondamentali delle province quelle che le connotano come enti per il governo di area vasta, tra le funzioni fondamentali delle città metropolitane, oltre a quelle spettanti alle province, anche quelle di governo metropolitano»<sup>14</sup>.

Infine, relativamente allo schema di d.d.l. attualmente all'attenzione del

<sup>11</sup> Art. 2, c. 4, lett. b).

<sup>12</sup> Art. 2, c. 4, lett. c).

<sup>13</sup> Il 19 gennaio 2007, c.d. d.d.l. Lanzillotta, dal nome del Ministro per gli affari regionali allora in carica, contenente «Delega al Governo per l'attuazione dell'articolo 117, secondo comma, lettera p) della Costituzione, per l'istituzione delle città metropolitane e per l'ordinamento di Roma Capitale della Repubblica. Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 118, commi primo e secondo della Costituzione e delega al Governo per l'adeguamento delle disposizioni in materia di enti locali alla legge Costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3».

<sup>14</sup> Art. 2, c. 3, lett. d).

Consiglio dei Ministri, recante «*Disposizioni in materia di organi e funzioni degli enti locali, semplificazione e razionalizzazione dell'ordinamento e carta delle autonomie locali*», anch'esso propone di fatto un'equiparazione tra funzioni fondamentali e funzioni proprie<sup>15</sup>, procedendo, diversamente da quanto sinora visto, non con una definizione, bensì con un'elencazione delle medesime. Il capo dedicato alle funzioni fondamentali, il II, dopo aver individuato quelle funzioni che attengono all'organizzazione ed al funzionamento dell'ente di governo<sup>16</sup>, infatti, completa l'elenco con una serie di funzioni riguardanti la cura concreta di interessi generali da parte di Comuni, Province e Città metropolitane<sup>17</sup>.

4. Quanto alla giurisprudenza amministrativa e costituzionale in materia, esse non sembrano fornire particolari stimoli all'indagine in corso, non avendo la problematica relativa all'esatta qualificazione delle funzioni fondamentali degli enti locali ed alla presunta equiparazione tra esse e le funzioni proprie di cui all'art. 118, c. 2 Cost. costituito oggetto di apposito

---

<sup>15</sup> Il capo dedicato all'attuazione dell'art. 118 Cost., il III, infatti, dispone «*Ferme restando le funzioni fondamentali dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane individuate dalla presente legge, entro nove mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, il Governo è delegato ad adottare nelle materie di cui all'articolo 117, comma secondo, della Costituzione [...] uno o più decreti legislativi, aventi ad oggetto: a) l'individuazione e il trasferimento delle restanti funzioni amministrative in atto esercitate dallo Stato o da enti territoriali che, non richiedendo l'unitario esercizio a livello statale, sono attribuite sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, a Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni; b) l'individuazione delle funzioni che rimangono in capo allo Stato*». Tale norma, infatti, attiene esclusivamente alle funzioni che sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza lo Stato è chiamato a distribuire sui diversi livelli di governo: quelle, cioè, che l'art. 118 Cost. chiama "conferite"; mentre nessun cenno è fatto alle funzioni "proprie" di fatto equiparate a quelle fondamentali.

<sup>16</sup> Ed in particolare, riguardo ai Comuni, alle Province ed alle Città metropolitane: la normazione sulla organizzazione e lo svolgimento delle funzioni, la programmazione e la pianificazione delle funzioni spettanti, l'organizzazione generale dell'amministrazione e la gestione del personale, il controllo interno, la gestione finanziaria e contabile, la vigilanza ed il controllo nelle aree funzionali di competenza, l'organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale/sovra comunale/metropolitano.

<sup>17</sup> Prevedendo, poi, quanto alla potestà legislativa competente che «*Le funzioni fondamentali[...] sono disciplinate dalla legge statale o dalla legge regionale, secondo il riparto della competenza per materia di cui all'articolo 117, commi secondo, terzo e quarto, della Costituzione*» (art. 5).

approfondimento. Ed in questo senso fanno difetto chiare linee interpretative afferenti a questa o quella giurisprudenza capaci di mettere in moto quella "circolazione di modelli" cui fa cenno P. DE LUCA nella sua relazione, benché in questa sede si faccia riferimento a modelli di diritto sostanziale e non giurisprudenziale.

Relativamente alla giurisprudenza amministrativa a riguardo, pur essendo rinvenibili sentenze che, in riferimento al contenuto della lett. p), dell'art. 117, c. 2 Cost. unitariamente inteso, riconducano il medesimo alla disciplina degli organi di governo degli enti locali e delle connesse sfere di competenza<sup>18</sup>, in altre la tesi dell'equiparazione tra funzioni fondamentali e funzioni proprie<sup>19</sup> pare del tutto pacifica<sup>20</sup>, se non addirittura presupposta<sup>21</sup>.

E che si tratti di un difficoltoso coordinamento interpretativo quello tra la lett. p) dell'art. 117 e il c. 2 dell'art. 118 lo dimostra proprio la giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale, benché recentemente, in relazione allo

<sup>18</sup> In questo senso v. Consiglio Stato, sez. V, 23 gennaio 2007, n. 209 secondo il quale «Il nuovo art. 117, cost., nel ripartire la competenza legislativa tra Stato e regioni, attribuisce alla competenza legislativa esclusiva dello Stato la materia "legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali dei comuni, province e città metropolitane", con la conseguenza che la determinazione degli organi di governo dei comuni, con le connesse sfere di competenza, appartiene in via esclusiva alla legislazione statale...»; in questo senso anche TAR Salerno Campania, 4 luglio 2006, n. 943, il quale, peraltro, aggiunge che a dimostrazione della definizione data «tra i criteri per la delega al Governo per la revisione delle disposizioni in materia di enti locali a fini di adeguamento alla l. cost. n. 3 del 2001 è stato inserito quello per la "valorizzazione della potestà statutaria e regolamentare dei comuni, delle province e delle città metropolitane"».

<sup>19</sup> Anche se, piuttosto che di equiparazione, è preferibile parlare di possibilità di ricondurre le funzioni fondamentali alla categoria, evidentemente ritenuta più ampia, delle funzioni proprie.

<sup>20</sup> Ad es. il Tar Puglia Bari, sez. II, 26 novembre 2004, n. 5501 ha avuto modo di sottolineare come «le funzioni amministrative di cui sono titolari i Comuni sono quelle proprie (il riferimento, qui, è sì alla legislazione esclusiva statale di cui alla lett. p) dell'art. 117 che al fascio di compiti storicamente appartenuto ed appartenente agli enti locali sulla base della legislazione preesistente, per assolvere al quale il Comune ha visto consolidarsi nel tempo e già prima della riforma del titolo V della Costituzione, una sua propria, adeguata organizzazione) e quelle conferite con legge statale o regionale secondo le rispettive competenze».

<sup>21</sup> È il caso in cui la materia dell'"assistenza" è sì fatta rientrare, dopo la l.c. n. 3 del 2001, nelle materie di potestà legislativa residuale delle regioni, ma con il limite derivante dall'art.

Statuto della regione Friuli Venezia Giulia, si sia sbilanciata a favore di un'equiparazione tra di esse<sup>22</sup>, con la sentenza n. 43 del 2004, nello stabilire che debba sempre essere la legge, statale e regionale, ad operare la concreta allocazione delle funzioni amministrative, al punto n. 3.2. del Considerato in diritto ha sottolineato come ciò debba avvenire «*Quale che debba ritenersi il rapporto fra le "funzioni fondamentali" degli enti locali di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera p), e le "funzioni proprie" di cui a detto articolo 118, secondo comma*», in tal modo evidentemente sorvolando la questione interpretativa di fondo. E che tale elusione possa giustificarsi con l'intento di lasciare al legislatore il compito di dipanare la problematica in oggetto pare doversi escludere dalla circostanza per cui la richiamata pronuncia sia successiva alla legge n. 131 del 2003, la quale, come visto, sembrerebbe aver optato per una equiparazione tra funzioni *fondamentali* e funzioni *proprie*; ed in questo senso non è forse del tutto peregrina l'ipotesi per cui la Corte abbia non a caso voluto lasciare in qualche modo "aperta" tale problematica, non rifacendosi alle scelte fatte dal legislatore ordinario in sede di attuazione del titolo V Cost.

5. Sebbene confermata dall'attività del legislatore ordinario ed accolta in talune pronunce giurisprudenziali, l'interpretazione prevalente in tema di funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane pare nien-

---

117, c. 2, lett. m) e p). In questo senso v. TAR Genova Liguria, sez. II, 7 luglio 2005, n. 1022 secondo il quale «*La specifica materia dell'"assistenza", a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, oramai rientra nelle materie di esclusiva competenza legislativa regionale, ferma restando la esclusiva competenza statale nella "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" e nella materia della "legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, province e Città metropolitane"*».

<sup>22</sup> Con la pronuncia n. 238 del 2007, la Corte costituzionale ha dichiarato l'infondatezza delle questioni di costituzionalità sollevate dal Governo contro talune norme dello Statuto del Friuli Venezia Giulia ritenute lesive dell'autonomia degli enti locali. Essa, infatti, ha stabilito che «*deve escludersi che il mancato esplicito riconoscimento, nel censurato art. 8, delle funzioni "proprie" delle province - che peraltro possono identificarsi con quelle fondamentali esplicitamente menzionate dal medesimo art. 8 -, implichi il disconoscimento dell'esistenza di un nucleo di funzioni intimamente connesso con il riconoscimento del principio autonomistico degli enti locali di cui all'art. 5 cost., dovendosi comunque escludere la configurabilità, in generale, di competenze storicamente consolidate dei vari enti locali addirittura immutabili da parte sia del legislatore statale che di quello regionale*».

t'affatto convincente, oltre che poco confacente alle ragioni dell'autonomia senz'altro al centro della revisione costituzionale di inizio secolo. Diversamente dalla tesi predominante, infatti, si ritiene, che le suddette funzioni fondamentali siano cosa diversa dalle funzioni amministrative in generale e dalle funzioni "proprie" in particolare di cui all'art. 118, c. 2 Cost.<sup>23</sup>, riguardando esse, piuttosto, *l'identità istituzionale e organizzativa di vertice degli enti locali*<sup>24</sup>, quella sfera di attribuzioni, cioè, che qualificano le autonomie territoriali locali come enti dotati di autonomia politica.

A sostegno di tale interpretazione rilevano sia argomentazioni formali che sostanziali.

6. Quanto alle prime, viene, innanzitutto, in considerazione il contenuto della lett. p) nella sua totalità: la nozione di funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane, difatti, non pare potersi scindere dalla restante parte della locuzione di cui alla lettera medesima, la quale riserva alla potestà legislativa esclusiva dello Stato la disciplina relativa alla *legislazione elettorale, agli organi di governo ed alle funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane*. Tale "materia" com-

<sup>23</sup> F.S. MARINI, *Il nuovo titolo V: l'epilogo delle garanzie costituzionali sull'allocatione delle funzioni amministrative*, in *Le Regioni*, 2002, 404, benché ritenga la categoria delle "funzioni fondamentali" non omogenea a quella delle funzioni "proprie" o di quelle "conferite", sottolinea come «la fundamentalità [...] prescinde del 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'allocatione delle funzioni amministrative presso gli enti locali».

<sup>24</sup> Q. CAMERLENGO, *Art. 118*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 2338. Camerlengo, peraltro, ritiene che l'interpretazione delle funzioni fondamentali come "amministrative" contrasti sistematicamente con il modello di amministrazione che risulta dalla Costituzione riformata: «l'idea che siano identificabili funzioni amministrative intangibili, perciò insuscettibili di sottrazione in quanto coesenziali alla fisionomia dell'ente, contraddice la dimensione dinamica e flessibile del modello basato sui principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza. [...] Ove certe funzioni amministrative venissero qualificate come fondamentali la possibilità di disporne una diversa collocazione in caso di inadeguatezza risulterebbe preclusa proprio dal loro carattere fondamentale, dal momento che una simile sottrazione altererebbe l'intrinseca identità dell'ente locale interessato» (2339-2340).

plessivamente intesa pare del tutto allontanarsi dalla competenza in merito all'individuazione ed all'allocazione delle funzioni amministrative di cui all'art. 118 Cost. per riferirsi, piuttosto, all'assetto istituzionale locale, alla disciplina relativa, oltre alla legge elettorale locale, all'*organizzazione* ed al *funzionamento* degli organi locali di vertice<sup>25</sup>. In questo diverso significato, in altri termini, le funzioni fondamentali non afferiscono alle *materie*, bensì alle *modalità di svolgimento* dell'attività degli enti locali, al tradizionale ambito, cioè, dell'ordinamento degli enti locali<sup>26</sup>, sia pur entro confini più ristretti rispetto a quelli derivanti dalla concreta attuazione dell'abrogato art. 128 Cost.<sup>27</sup>: la formulazione della lett. p) del c. 2 dell'art. 117 Cost. pare, pertanto, avere riguardo alla forma di governo degli enti locali ed in tal modo, evidentemente, si chiarisce il carattere "fondamentale" di dette funzioni: le valutazioni di *adeguatezza* sottese al modello di cui all'art. 118 Cost. attengono alla funzione amministrativa intesa come cura concreta di interessi generali e non al funzionamento dell'apparato istituzionale dell'ente locale, questo sì assolutamente fondamentale ed in quanto tale intangibile e necessitante di una disciplina tendenzialmente unitaria su tutto il territorio nazionale, la quale, è indubbio, deve, comunque, esplicarsi nel rispetto dell'autonomia statutaria e regolamentare degli enti locali, garantite rispettivamente dagli artt. 114, c. 2 e 117, c. 6 Cost.

Ancora, non ritenendo opportuno indugiare sulla circostanza, peraltro emersa in dottrina, per cui la lett. p) in esame si riferisca semplicemente alle

<sup>25</sup> Cfr. S. MANGIAMELI, *Riassetto dell'amministrazione locale, regionale e statale tra le nuove competenze legislative, autonomie normative ed esigenze di concertazione*, in G. BERTI, G.C. DE MARTIN (a cura di), *Il sistema amministrativo dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, Roma, 2002, 198 ss.

<sup>26</sup> In questo senso S. CIVITARESE MATTEUCCI, *L'autonomia istituzionale e normativa degli Enti locali dopo la revisione del Titolo V, parte II della Costituzione. Il caso dei controlli*, in *Le Regioni*, 2002, 462.

<sup>27</sup> La prospettiva ordinamentale sembrerebbe, peraltro, trovare conferma nell'ambito della riforma della parte seconda della Costituzione avanzata dal governo nel corso della XIV legislatura e bocciata dal corpo elettorale nel referendum costituzionale svoltosi il 25 e il 26 giugno 2006. L'art. 117, c. 2, lett. p) nel testo riformato prevedeva, infatti, accanto alla riserva di legge statale in materia di «*legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane*», un'altra, avente ad oggetto l'«*ordinamento della capitale*».

“funzioni” e non alle “funzioni amministrative”<sup>28</sup>, è soltanto tenendo distinte le due fattispecie che è possibile dare una più lineare interpretazione dell’art. 118 Cost., il quale, al secondo comma, quanto al meccanismo distributivo, richiama, e non poteva, del resto, essere altrimenti, gli ambiti di competenza del legislatore statale e di quello regionale: quest’ultimo, infatti, aderendo all’interpretazione prospettata dalla dottrina maggioritaria, verrebbe a perdere buona parte della sua capacità, o per meglio dire, potestà allocativa.

7. Venendo, invece, alle argomentazioni sostanziali, pare il caso di soffermarsi, innanzitutto, sulla principale implicazione derivante dall’equiparazione *de qua*, ovvero lo scardinamento del riparto di competenze di cui ai c. 2, 3 e 4 dell’art. 117, Cost., in forza del quale la lett. p) equivarrebbe ad una sorta di meta-materia che consentirebbe allo Stato di tagliare trasversalmente gli ambiti materiali rimessi alla potestà legislativa esclusiva, concorrente e residuale ai fini dell’individuazione delle funzioni amministrative intangibili degli enti locali. A tale riguardo, difatti, si rileva che, se è vero, come è stato autorevolmente messo in luce, che la competenza legislativa regionale si sostanzia fondamentalmente nella disciplina dei rapporti amministrativi, nella disciplina, cioè, «delle istituzioni di cui la comunità si dota per assicurare il benessere complessivo e dei comportamenti che i soggetti debbono tenere a tale scopo, nonché la disciplina delle risorse e dei poteri [...] che alle istituzioni responsabili devono essere riconosciuti affinché essi possano adempiere efficacemente al loro compito»<sup>29</sup>, allora pare difficile immaginare che, all’interno di una riforma rivolta, senz’altro, a valorizzare (anche) la potestà legislativa regionale, il legislatore costituzionale del 2001 abbia, al contempo,

<sup>28</sup> In questo senso S. CIVITARESE MATTEUCCI, *L’autonomia istituzionale e normativa degli Enti locali*, cit., 462, il quale, infatti, sottolinea come qualora il legislatore costituzionale avesse voluto riferirsi alle funzioni amministrative avrebbe utilizzato anche nella lettera p) dell’art. 117, c. 2 la locuzione “funzioni amministrative” fondamentali. *Contra* F. MERLONI, *Il destino dell’ordinamento degli enti locali*, cit., 415, nota n. 8.

<sup>29</sup> Così G. FALCON, *L’autonomia amministrativa e regolamentare*, in *Le Regioni*, 2004, il quale sottolinea come la competenza legislativa regionale finisca per essere «lo spazio di libertà di cui godono le Regioni nella disciplina dei rapporti amministrativi, al di fuori delle materie [materie-materie] esclusivamente statali, dei vincoli che derivano dalle interferenze autorizzate o imposte dai compiti esclusivamente statali (materie-compito) e dei principi fondamentali posti nelle materie elencate come concorrenti» (392-393).

inteso sottrarre ai legislatori regionali, all'interno delle materie di cui ai c. 3 e 4 dell'art. 117 Cost., la facoltà di individuare ed allocare proprio quelle funzioni amministrative (che impropriamente si stanno chiamando) "intangibili".

In secondo luogo, seguendo l'interpretazione prevalente sembrerebbe sostanzialmente riproporsi, sia pur con una nuova denominazione, la categoria delle *funzioni di interesse esclusivamente locale* che, vigente il vecchio art. 118 Cost., venivano attribuite dallo Stato alle Province, ai Comuni e agli altri enti locali nelle materie oggetto di competenza legislativa regionale<sup>30</sup>: tali funzioni, tuttavia, già travolte dalle modifiche apportate al sistema amministrativo dalla legge n. 59 del 1997, sono venute definitivamente meno con il nuovo art. 118 Cost. ed in alcun modo al principio di continuità è consentito «*far rivivere per equivalente formale una norma già sostanzialmente espunta dall'ordinamento*»<sup>31</sup>.

In terzo luogo, si ritiene che il mancato inserimento nell'elenco di cui alla lett. p) dell'art. 117 Cost. del livello regionale di governo possa trovare spiegazione non soltanto, ed evidentemente, nella circostanza per cui il c. 2 dell'art. 118 Cost. pare aver optato per una "amministrazione prevalentemente locale" di tal che non dovrebbero potersi individuare funzioni amministrative "intangibili" spettanti al livello regionale o statale, ma anche nella riconducibilità della legislazione elettorale e della forma di governo regionale rispettivamente alla potestà legislativa concorrente di cui all'art. 122, c. 1 Cost. ed alla potestà statutaria regionale di cui al combinato disposto artt. 122, u. c. e 123, c. 1 Cost.

---

<sup>30</sup> Peraltro, l'impossibilità di ricondurre le funzioni fondamentali alle funzioni di interesse esclusivamente locale si ricava dalla sentenza n. 16 del 16 gennaio 2004 della Corte costituzionale (dove al punto n. 4 del Considerato in diritto si legge che «*Per quanto attiene alle funzioni amministrative, la legge statale non è più competente a determinare "le funzioni" dei Comuni e delle Province, né ad attribuire loro le funzioni "di interesse esclusivamente locale" nelle materie di competenza regionale, come accadeva alla stregua degli articoli 128 e 118, primo comma, del vecchio testo, ma solo a disciplinare le "funzioni fondamentali" degli enti locali territoriali (articolo 117, secondo comma, lettera p). Per il resto, il legislatore statale può dettare norme nelle sole materie di competenza esclusiva elencate nell'articolo 117, secondo comma, e principi fondamentali in quelle di competenza concorrente elencate nell'articolo 117, terzo comma*»).

<sup>31</sup> In tal senso A. FERRARA, *L'incerta collocazione dell'ordinamento degli enti locali tra federalismo e municipalismo e il nodo delle "funzioni fondamentali"*, disponibile su [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 3.

8. Sulla base di quanto detto, le funzioni fondamentali *ex art.* 117, c. 2, lett. *p)* Cost., attenendo al *funzionamento dell'ente locale*, vale a dire alle concrete modalità di azione dello stesso, non dovrebbero potersi valutare, diversamente da quanto accade là dove le si qualifichi in termini di funzioni amministrative, come una sorta di "concessione" del legislatore statale, da ritenersi più o meno accentratore a seconda della quantità di funzioni indicate come fondamentali. Il reale parametro su cui valutare il *quantum* di decentramento amministrativo, in altri termini, dovrebbe rintracciarsi nell'individuazione non delle funzioni fondamentali locali, presupposto indefettibile dell'attività amministrativa locale, bensì delle funzioni amministrative di cui all'art. 118 Cost. la cui distribuzione tra i vari livelli di governo è demandata al legislatore statale o regionale in relazione alla rispettiva competenza.

Ad ogni modo, benché la tesi in questa sede accolta tenda a sostenere le ragioni dell'autonomia locale ragionevolmente in misura maggiore rispetto a quella avversata, forse non sorprende come gli enti locali e le associazioni rappresentative dei medesimi, sprovvisti di idonei strumenti per difendersi dall'inerzia e dal carattere storicamente accentrato dalla legislazione regionale in tema di decentramento amministrativo, di fatto favoriscano l'interpretazione maggioritaria nel tentativo di aumentare quanto più possibile il numero di funzioni dal legislatore statale qualificate come intangibili degli enti locali e per questa via "cristallizzarlo".

€ 60,00

