



RIVISTA
AMMINISTRATIVA
DELLA
REPUBBLICA ITALIANA

GIORNALE UFFICIALE

DELLE AMMINISTRAZIONI CENTRALI E PROVINCIALI, DEI COMUNI E
DEGLI ENTI E ISTITUZIONI PUBBLICHE DI ASSISTENZA E DI BENEFICENZA

— • —

Fondata nel 1850 da

Vincenzo Aliberti

continuata da

Leopoldo Piccardi

Anton Luigi Paoletti

diretta da

Nicolò Paoletti

Gennaro Ferrari

Filippo Lubrano

Giuseppe Guarino

Mario Sanino

INDICE

CONTRIBUTI AL DIRITTO E ALLA SCIENZA DELL'AMMINISTRAZIONE

- CRISTINA DE BENETTI: *Il riordino degli enti locali: dalla distribuzione delle competenze alla locazione delle funzioni* Pag. 741
- PIETRO ADAMI: *La nullità del provvedimento amministrativo. Considerazioni sostanziali e processuali* » 747

VITA E PROBLEMI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

- RAFFAELLA MIRANDA: *La tutela dell'aria nel codice dell'ambiente* » 773
- MAURIZIO ASPRONE: *Le authorities indipendenti: caratteri distintivi* » 827
- ROBERTO CORSINO - DANIELE MORRA: *Venezia e la sua laguna, normative speciali e pianificazione ambientale* » 839

APPENDICE

- Legislazione statale » 859
- Indice anno 2007** » I

CONTRIBUTI AL DIRITTO E ALLA SCIENZA DELL'AMMINISTRAZIONE

CRISTINA DE BENETTI

IL RIORDINO DEGLI ENTI LOCALI: DALLA DISTRIBUZIONE DELLE COMPETENZE ALLA ALLOCAZIONE DELLE FUNZIONI

1. *Riforma del Titolo V e riordino degli enti locali: quadro d'insieme.*

La tematica proposta «*Il riordino degli enti locali: dalla distribuzione delle competenze alla allocazione delle funzioni*» fonda le proprie radici nella riforma del Titolo V della Costituzione.

In particolare fondamento primo del cd. riordino degli enti locali è il disposto di cui al riscritto art. 114 Cost., che nel sancire la pari ordinazione di tutti gli enti che costituiscono la Repubblica – Stato, Regioni, Città metropolitane, Province, Comuni –, riconosce in capo agli stessi poteri propri e funzioni proprie, venendo a comportare la necessità di ridisegnare l'assetto della distribuzione sia della potestà legislativa tra Stato e Regioni in materia di «*ordinamento degli enti locali*» sia della funzione amministrativa tra Stato, Regioni, Province, Comuni ex artt. 117 e 118 Cost.

Per quanto più interessa rispetto alla tematica in esame, gli artt. 117 e 118 Cost., come riformati, fissano le rispettive competenze di Stato e Regioni nella determinazione degli elementi dell'ordinamento degli enti locali.

In termini generali giova rammentare che, a seguito dell'abrogazione dell'art. 128 e della riforma degli artt. 117 e 118 Cost., il potere dello Stato di disciplinare in toto ed in termini generali «(tutto) *l'ordinamento degli enti locali*», potere esercitato da ultimo con l'emanazione del TUEL, scema ora nella potestà legislativa esclusiva di disciplinare la materia «*legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città Metropolitane*», incontrando pertanto il doppio limite e della potestà regionale di definire nelle materie di competenza «*il sistema amministrativo locale nella Regione*» e del potere normativo regolamentare comunale e provinciale di definire la propria organizzazione interna.

Risulta, dunque, precluso allo Stato disciplinare materie riservate all'ambito di competenza delle Regioni.

In tal senso per quanto attiene alla titolarità del potere normativo

in tema di disciplina delle comunità montane, la Corte costituzionale con sentenza 244/2005, pur riconoscendo che tali entità sono state ante riforma Titolo V – e sono tuttora – qualificate enti locali dal d. lgs. 267/2000, ha sancito che alla luce dell'art. 114 Cost. la medesima disciplina spetti ora alla competenza legislativa residuale delle Regioni. Ne deriva l'attuale contrasto degli artt. 27, 28 e 29 del TUEL con il riformato quadro costituzionale e dunque la necessità, allorché si disciplinerà il «riordino», di una loro abrogazione, non potendosi più, dopo la riforma del Titolo V, ritenere che la disciplina delle comunità montane sia ricompresa nella lett. p) dell'art. 117 Cost. («*legislazione elettorale, organi di governo, e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città Metropolitane*»).

Per quanto specificatamente attiene alla allocazione delle funzioni amministrative rilevano, oltre all'art. 114, le previsioni di cui:

– all'art. 117, comma 2, lett. p), che riserva alla legge dello Stato la disciplina delle *funzioni fondamentali* di Comuni, Province e Città metropolitane;

– all'art. 118, comma 2, che, con riferimento agli enti di cui sopra, menziona *funzioni proprie e funzioni conferite*, prevedendo che le seconde siano allocate con legge statale e/o regionale secondo le rispettive competenze;

– all'art. 118, comma 1, che, enunciato il principio della competenza generale del Comune, prevede che da essa possano essere scorporate, a vantaggio di tutti gli altri enti territoriali (Province, Città metropolitane, Regioni e Stato), le funzioni di cui deve essere assicurato l'esercizio unitario sulla base dei principi di *sussidiarietà*, differenziazione e adeguatezza.

Come noto, ad oggi i maggiori problemi interpretativi sono provocati dalla terminologia usata dal legislatore costituzionale per qualificare le funzioni amministrative: funzioni proprie, fondamentali e conferite.

La dottrina dal 2001 ad oggi ha fornito molteplici interpretazioni del dato letterale, non mancando chi (in particolare Corpaci, Pizzetti, Cammelli) ha ritenuto le funzioni proprie e quelle fondamentali del tutto assimilabili e coincidenti con le attribuzioni individuate dal legislatore statale, le quali, essendo comuni a tutti gli enti del medesimo tipo indipendentemente dalla Regione di rispettiva appartenenza, ne conoscerebbero la vocazione funzionale, meritando, per questa ragione, il predicato di *fondamentali*.

A tali funzioni verrebbero a contrapporsi le funzioni *conferite*, che, essendo assegnate agli enti locali dalle Regioni, costituirebbero, analogamente alle vecchie funzioni *delegate*, un elemento regionalmente variabile.

Ma tale ricostruzione offerta dalla dottrina trova ostacolo nel dato letterale del secondo comma dell'art. 118, alla luce del quale le funzioni *conferite* possono essere conferite, non solo con legge regionale, ma anche con legge statale. Il che è evidentemente incompatibile con la lettura appena illustrata.

Altra dottrina (in particolare D'Atena) ha inteso l'espressione funzioni fondamentali come sinonimo di funzioni indefettibili, ritenendo che lo Stato possa attribuire agli enti locali, sia funzioni *fondamentali* attingendo, oltre che alle materie di competenza legislativa statale, a quelle di competenza legislativa regionale, sia funzioni *conferite*, attingendo, in questo caso, alle sole materie sottoposte alla sua legislazione esclusiva. E analoghe considerazioni valgono per le Regioni, abilitate a *conferire* funzioni agli enti locali, nell'ambito delle materie di propria competenza legislativa. A tali funzioni si aggiungono, inoltre, quelle che Stato e Regioni assegnino a se medesimi, per assicurarne – ai sensi del primo comma dell'art. 118 – l'esercizio unitario.

Anche tale ricostruzione però trova ostacolo nel dato letterale degli artt. 117 e 118, in quanto lascia irrisolto il problema delle ivi nominate funzioni *proprie*, il riferimento alle quali risulterebbe, infatti, privo di qualsiasi spiegazione.

Peraltro, in merito appunto alle funzioni *proprie* la dottrina (in particolare Mangiameli) ha altresì proposto la tesi secondo cui l'art. 118, comma 2, alluderebbe alle funzioni costituenti patrimonio storico degli enti da esso nominati (comuni, province e città metropolitane) e, cioè, alle funzioni ad essi spettanti in base alla normativa vigente all'entrata in vigore della riforma costituzionale, le quali, consolidatesi per effetto di questa, a stretto rigore, non potrebbero essere riallocate altrove.

Ma anche tale lettura non risolve il problema dello svuotamento della competenza del legislatore statale in materia di funzioni fondamentali, essendo difficile immaginare l'esistenza di funzioni di questa natura ulteriori rispetto al patrimonio costituito dalle funzioni storiche.

In conclusione, nell'insieme, pare di poter riscontrare come la dottrina da ultimo, non riuscendo a dare una lettura organica del quadro costituzionale, abbia optato per una lettura svalutativa del disposto costituzionale.

2. Segue: La riallocazione delle funzioni amministrative.

Dopo questo brevissimo *excursus* sulle principali posizioni della dottrina in tema di riallocazione delle funzioni amministrative e preso atto della insoddisfacente ricostruzione offerta, pare opportuno proporre una diversa lettura del quadro costituzionale sul tema, partendo da una questione di metodo.

In primis è d'uopo rammentare, ma anche riaffermare, come la allocazione delle funzioni amministrative sia e debba essere governata dal principio di legalità.

Vero destinatario dei principi costituzionali fin qui richiamati, ed in particolare degli enunciati di cui agli artt. 114, 117 e 118, è dunque il legislatore, sia esso statale sia esso regionale.

Ecco, allora, che il nuovo quadro costituzionale impone al legislatore il superamento del principio del rigido parallelismo tra distribuzio-

ne della potestà legislativa per materia e distribuzione delle competenze amministrative, sancito prima della riforma dagli articoli 117 e 118 della Costituzione, superamento da porsi in essere in nome di una flessibile allocazione delle funzioni che deve essere guidata dai principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza.

È, dunque, il dato normativo che deve dare attuazione a tali principi. Vediamo come.

Correttamente in tal senso, sia l'art. 2 della legge 131/2003, cd legge La Loggia, sia l'art. 1 del d.d.l. approvato dal Consiglio dei Ministri il 19 marzo 2007, recante «*Legge delega al Governo per l'attuazione dell'art. 117, secondo comma, lett. p), della Costituzione e per l'adeguamento delle disposizioni in materia di enti locali alla legge costituzionale n.3 del 2001*» (che, si noti, all'art. 2, c. 7, non manca di abrogare esplicitamente l'art. 2 della legge La Loggia), conferiscono una doppia delega al legislatore delegato, rispettivamente, per l'individuazione/allocazione delle funzioni fondamentali, da un lato, e per l'adeguamento delle disposizioni in materia di enti locali, dall'altro, precludendo pertanto al legislatore delegato di riallocare le funzioni amministrative utilizzando lo strumento del TUEL.

Inoltre sia l'art. 2, comma 4, della legge La Loggia, sia l'art. 2, comma 3, del d.d.l. «*Legge delega al Governo per l'attuazione dell'art. 117, secondo comma, lett. p), della Costituzione e per l'adeguamento delle disposizioni in materia di enti locali alla legge costituzionale n.3 del 2001*» stabiliscono che il legislatore delegato nell'esercizio della delega valorizzi i «*principi di sussidiarietà, di adeguatezza e di differenziazione nella allocazione delle funzioni fondamentali*» (così legge La Loggia), ovvero i «*principi di sussidiarietà, di adeguatezza, di semplificazione, di concentrazione e di differenziazione nella individuazione delle condizioni e delle modalità di esercizio delle funzioni fondamentali*» (così d.d.l.) ossia il legislatore delegante impone al delegato di pervenire ad una individuazione dei modi di allocazione delle funzioni nei confronti degli enti locali valorizzando la reale capacità di gestione delle funzioni nel caso concreto.

In tal modo il legislatore delegante *de jure condito* e *de jure condendo* pare cogliere correttamente la portata della riforma costituzionale, superando le incertezze interpretative che, a prima lettura all'indomani della entrata in vigore della novella costituzionale, avevano condotto la dottrina a ricercare nello stesso testo costituzionale i tratti distintivi delle tre categorie di funzioni, proprie, fondamentali, conferite, concludendo – come abbiamo visto – per la svalutazione del dato terminologico.

Dicevamo, dunque, che la «soluzione» va ricercata più a monte, risolvendo una questione di metodo.

In particolare non va dimenticato che le tre declinazioni della funzione amministrativa offerte dal quadro costituzionale, funzioni proprie, fondamentali, conferite, non possono certo prescindere nel loro venir allocate e, dunque, individuate dal principio di legalità.

In altri e più chiari termini l'art. 118, comma 2, fornisce i principi ai quali il legislatore sia esso statale sia esso regionale deve attenersi nel conferire le funzioni amministrative agli enti locali, funzioni che – sia

chiaro – sono tutte «conferite» nella misura in cui la loro attribuzione/allocazione deve avvenire per legge nel rispetto del principio di legalità.

Ciò su cui la Costituzione innova è, appunto, il metodo che il legislatore statale e regionale deve seguire nella allocazione delle funzioni fondamentali e non.

In particolare il legislatore deve dar voce al principio di sussidiarietà, oltre che di differenziazione e adeguatezza.

Ed è proprio questo il tratto «rivoluzionario» della riforma del Titolo V: il passaggio nella allocazione delle funzioni dal principio di gerarchia/competenza al principio di sussidiarietà.

Infatti, il principio di sussidiarietà implica il totale superamento del sistema gerarchico, in cui il superiore ha tendenzialmente tutti i poteri dell'inferiore, sicché può sempre avocare a sé stesso l'esercizio del potere che sta ponendo in essere un suo subordinato.

Con il principio di sussidiarietà il procedimento si inverte. Il potere appartiene ossia è *proprio* dell'inferiore ed il superiore interviene solo se richiesto.

Se, infatti, la funzione è *propria* del Comune, allora solo il Comune ente titolare può giudicare dell'idoneità e sufficienza del proprio potere per adempiere alla specifica funzione del caso concreto.

Il titolare del potere è veramente titolare allorché può insindacabilmente dire se e quando il proprio potere è o non è adeguato per l'esercizio della funzione specifica.

La titolarità del potere, quindi, implica sempre anche la facoltà di giudizio sull'idoneità e sufficienza del potere stesso nell'esercizio della funzione concreta.

Da quanto fin qui esposto deriva che la allocazione/individuazione delle funzioni – ed in modo particolare di quelle fondamentali – non può che essere il risultato di un procedimento di «leale collaborazione» tra i soggetti che saranno poi chiamati a svolgerle, procedimento che, nel dovuto rispetto del principio di legalità, non può che essere disciplinato con legge e che deve dare voce al principio di sussidiarietà.

In altri termini i principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, di cui all'art. 118 Cost. e all'art. 2 della legge La Loggia e del d.d.l., trovano reale applicazione soltanto se i destinatari delle funzioni possono esprimersi circa la possibilità di adeguatamente/efficacemente sostenerle in relazione alla concreta essenzialità della funzione rispetto alle dimensioni ed alle specificità degli enti.

Solo così vi è attuazione e, dunque, pieno rispetto dei principi costituzionali di cui all'art. 114, che vogliono gli enti tutti titolari di poteri *propri*, poteri che possono trattenere o demandare ad altri, attuando il principio di sussidiarietà tramite un processo codecisionale tipizzato dal legislatore.

A contrario ridurre gli enti locali a meri soggetti passivi di scelte unilateralmente assunte dallo Stato e/o dalle Regioni con leggi di mero conferimento dall'alto equivarrebbe a negare la pari dignità istituzionale sancita dall'art. 114 della Costituzione.

Il legislatore statale, dunque, non è chiamato a definire ex novo le funzioni fondamentali, ma fermo il TUEL, che infatti va «solo» adeguato alla riforma del Titolo V e non riscritto in toto, deve disciplinare i processi di riallocazione delle funzioni, e così anche il legislatore regionale laddove competente.

Il legislatore è, dunque, chiamato «solo» a disciplinare sedi, organi e procedure di raccordo tra gli enti tutti di cui all'art. 114 Cost. per l'individuazione a mezzo di procedimenti di codecisione della allocazione delle funzioni.

Del resto successivamente alla riforma del Titolo V, la Corte costituzionale ha affermato in più occasioni la necessità di momenti di raccordo procedimentale tra gli enti al fini di allocare, prima, e di gestire, poi, le funzioni amministrative.

In particolare la Corte costituzionale con la nota sentenza 303/2003 ha precisato che «i principi di sussidiarietà e adeguatezza» hanno e debbono avere «una valenza squisitamente procedimentale, poiché l'esigenza di esercizio unitario che consente di attrarre, insieme alla funzione amministrativa, anche quella legislativa, può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un iter in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovverosia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà» (così sent. 303/2003, punto 2.2. dei motivi di diritto).

E così, ancora, successivamente la Corte con le sentenze 259/2004 e 214/2005 ha riaffermato il medesimo principio ossia la necessità di procedimenti di codecisione tipicizzati ex lege in tema di ritrasferimento di funzioni amministrative dalla Regione, che a sua volta le aveva ricevute dallo Stato, agli enti locali (cfr. altresì, TAR, Puglia, Lecce, II, 484/2005 in tema di esercizio di funzioni amministrative proprie da parte del Comune).

In conclusione nella individuazione delle funzioni, il principio di sussidiarietà va ora declinato dal legislatore nell'ottica della valorizzazione dell'autonomia, creando un sistema dinamico di amministrazione, in luogo del precedente sistema statico, in cui ora, in attuazione dell'autonomia costituzionalmente garantita dal Titolo V della Costituzione agli enti territoriali tutti, l'assetto delle funzioni sia il frutto di una scelta concertata, scelta che può essere rimessa in discussione da una richiesta di intervento del soggetto sussidiato.

Quindi, l'art. 114 e tutta la riforma del Titolo V necessitano per la loro costituzionalmente legittima attuazione di una legge di principio che delinea i caratteri del nuovo sistema di amministrazione imperniato non su una rigida ridistribuzione di competenze, ma su una tipizzazione ex lege dei procedimenti partecipati da tutti gli enti per la allocazione flessibile delle funzioni, che, dunque, una volta allocate si qualificano proprie, fondamentali o conferite.

Questo il compito di riordino del legislatore delegante e delegato.

PIETRO ADAMI

LA NULLITÀ DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO. CONSIDERAZIONI SOSTANZIALI E PROCESSUALI

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *Le invalidità. Inesistenza e nullità.* – 3. *La giurisdizione amministrativa sull'atto nullo.* – 4. *L'azione di nullità davanti al G.A.* – 5. *Imprescrittibilità e stabilità degli effetti.*

1. *Premessa*

Con la riforma del 2005, ad opera delle leggi n. 15 e 80, è stato fortemente rivisto l'intero ambito delle invalidità dell'atto amministrativo, in parte attraverso il recepimento di tendenze giurisprudenziali che venivano affermandosi già da un ventennio, in parte studiando soluzioni completamente originali.

L'innovazione della legge (sostanziale) sul procedimento amministrativo, con l'introduzione di un nuovo intero capo IV bis dedicato all'efficacia ed invalidità del provvedimento, ha rinnovato un dibattito, invero mai sopito, sull'applicabilità e compatibilità con il diritto amministrativo di categorie generali dell'ordinamento, plasmate essenzialmente in ambito civilistico.

L'innovazione legislativa, è l'occasione di riesaminare i concetti di inesistenza – annullabilità – nullità – irregolarità, sui quali da sempre si confrontano Autori e giurisprudenza, anche per provarne ad offrire un'interpretazione «costituzionalmente orientata», in una prospettiva di ampliamento della tutela dei diritti e degli interessi.

La stessa legge sul procedimento amministrativo chiarisce che il provvedimento può essere nullo, oltre che annullabile, e che può altresì essere colpito da vizi qualificabili come non invalidanti (irregolarità). Indispensabile per una corretta esegesi della norma è una corretta qualificazione dei vizi in esame, e soprattutto delle loro conseguenze.

L'importante cammino che ha portato al riconoscimento della nullità dell'atto amministrativo, intrapreso con la nota sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 6 del 1984 (1), in tema di violazione ed elusione del giudi-

(1) Ad. Plen. 19 marzo 1984 n. 6 in *Foro amm.*, 1985, I, 745 e ss. con nota di F. FRANCIOSI, *Inerzia ed ottemperanza del giudicato: spunti per una riflessione sull'atto di ottemperanza.*