

INDICE

INTRODUZIONE	4
--------------------	---

Capitolo Primo

<i>Il principio di adeguatezza: natura, funzione e fonti normative</i>	12
1. Il principio di adeguatezza	13
2. L'adeguatezza in relazione ai principi di differenziazione e sussidiarietà: natura autonoma o "assorbita"?.....	16
3. Il principio di proporzionalità/adeguatezza nell'ordinamento comunitario	19
4. Le funzioni amministrative dalla Costituzione alla riforma costituzionale del 2001.....	21
4.1. I principi come metodo di allocazione delle funzioni	24
5. Le problematiche legate alla natura dei piccoli comuni	30
5.1. La prospettiva del d.d.l. Calderoli in materia di piccoli comuni	31
5.2. La determinazione dell'A.T.O. come sussidio per i piccoli comuni....	33
5.2.1. A.T.O. rifiuti e A.T.O. servizio idrico integrato.....	36
6. Sviluppi normativi del principio di adeguatezza: dalla legge Bassanini del '97 all'affermazione nella legge La Loggia	40
6.1. Le diverse "facce" dell'adeguatezza nel testo approvato dalla Commissione Bicamerale	48
6.2. Le soluzioni prospettate dal tuel per l'esercizio di funzioni dei comuni.....	50
6.3. La nuova formulazione dell'art. 118 Cost. dopo la riforma del titolo V	54

Capitolo Secondo

<i>I risvolti applicativi del principio di adeguatezza: le forme associative</i>	57
1. Vantaggi e criticità della gestione associata	58
1.1. I requisiti della gestione associata.....	59
1.2. L'oggetto della gestione associata.....	60
1.3. Lo studio di fattibilità.....	61
1.4 I principi alla base della gestione associata	63
1.5. La gestione associata obbligatoria	65
2. L'evoluzione normativa delle forme associative fino alla legge 142/90.....	68

2.1. Le forme associative dalla legge 59/1997 alla legge 265/1999 (Napolitano-Vigneri).....	72
2.2. Le forme associative nella riforma costituzionale del 2001	76
3. La tipizzazione associativa nella legislazione regionale	77
4. Le forme associative previste dall'ordinamento.....	79
5. I consorzi: dalle origini alla legge 142/90	80
5.1. I consorzi nel tuel	84
5.2. La legislazione regionale in materia di organismi consortili.....	88
5.3. La costituzione nei consorzi: convenzione e statuto consortile.....	89
5.4. La struttura organizzativa dei consorzi	92
5.5. I consorzi obbligatori e i consorzi che gestiscono a mezzo di s.p.a. ...	94
5.6. I consorzi come contributo al miglioramento della gestione dei servizi comunali	96
5.7. Alcuni importanti orientamenti giurisprudenziali su aspetti di merito e procedurali in materia di consorzi	98
6. La questione "montagna" dalle origini fino ai disegni di legge del 1969.....	100
6.1. Le Comunità Montane dalla l. 1102/1971 fino agli interventi normativi successivi alla l. 142/90.....	102
6.2. La Comunità Montana nel tuel	108
6.3. Gli organi, le funzioni, l'autonomia statutaria e finanziaria delle Comunità Montane.....	110
6.4. Le Comunità Montane alla luce della riforma del titolo V.....	114
6.5. La legislazione regionale di riordino delle Comunità Montane in attuazione della legge finanziaria del 2008.....	116
6.6. Importanti orientamenti giurisprudenziali in tema di Comunità Montane.....	119
6.7. La Comunità isolana o dell'arcipelago (rinvio)	122
7. L'Unione di comuni: l'evoluzione normativa fino al d.lgs. 267/2000 ..	123
7.1. Ordinamento e funzioni delle unioni nella legislazione regionale	126
7.2. L'evoluzione finanziaria: le modalità e i criteri di allocazione delle risorse	127
7.3. Lo statuto e l'atto costitutivo: intenzioni e dimensioni	128
7.4. Gli organi dell'Unione.....	130
7.5. La decisione di adesione ad una Unione: i principali contenuti	131
7.6. Le Unioni di comuni in Italia.....	132
8. Le Associazioni di comuni.....	135
8.1. Fonti normative, assetto funzionale e strutturale delle Associazioni	136
8.2. I contributi associativi ed altri strumenti di sostegno dell'attività associativa	138
8.3. L'ANCI e le altre associazioni	139
9. Le forme di decentramento: circoscrizioni, circondari e municipi.....	140

Capitolo Terzo

<i>I contratti tra Pubbliche Amministrazioni come espressione di concertazione tra enti</i>	146
1. Gli enti locali e la capacità di diritto privato	147
2. La concertazione e i modelli contrattuali nella pubblica amministrazione	148
3. La natura giuridica degli accordi tra le Pubbliche Amministrazioni....	151
4. Le fonti legislative degli accordi fino all'art. 15 l. 241/90.....	152
4.1. Le norme del diritto civile applicabili agli accordi amministrativi ex art. 11 l. 241/90	154
5. Le convenzioni nell'art. 30 tuel.....	155
5.1. La natura delle convezioni: aspetti soggettivi, oggettivi e finalità....	159
5.2. Le fattispecie convenzionali facoltative	161
5.3. Le fattispecie convenzionali obbligatorie	163
5.4. La c.d. "statutizzazione" delle convezioni	164
6. Gli accordi di programma e la legislazione statale in materia.....	165
6.1. Le particolarità dell'accordo di programma nella legislazione regionale.....	171
6.2. Natura e formazione dell'accordo di programma: dalla promozione alla pubblicazione	173
6.3. La differenza tra accordi organizzativi e accordi di programma.....	177
7. Conclusioni	178
<i>Bibliografia di riferimento</i>	186
<i>Sitografia</i>	196

INTRODUZIONE

Il principio di adeguatezza è un principio giovane del quale si trova traccia per la prima volta nella l. n. 59 del 1997. Nel campo del diritto amministrativo esso stabilisce che l'entità organizzativa, che è potenzialmente titolare di una potestà amministrativa, deve avere un'organizzazione adatta a garantire l'effettivo esercizio di tali potestà; l'adeguatezza va considerata sia rispetto al singolo ente, sia rispetto all'ente associato con altri enti per l'esercizio delle funzioni amministrative. Dal combinato di questo principio con il principio di sussidiarietà si ricava che se l'ente territoriale a cui è affidata una funzione amministrativa che, per il principio della sussidiarietà dovrebbe essere quello più vicino al cittadino amministrato, non ha la struttura organizzativa per rendere il servizio, questa funzione deve essere attribuita all'entità amministrativa territoriale superiore. Mentre il principio di sussidiarietà è il principio del possibile sul piano "ordinamentale", il principio di adeguatezza è quello del possibile sul piano della "idoneità organizzativa". Il primo capitolo prende in rassegna la natura, le funzioni e le fonti normative di tale principio. Circa il primo aspetto, già dalla definizione fornita, desumiamo un forte legame con la sussidiarietà: il subsidium, infatti, sta nella seconda linea di riserva, qualora la prima non sia idonea a garantire l'esercizio delle funzioni amministrative. Infatti secondo parte della dottrina, l'adeguatezza dovrebbe essere assorbita dalla sussidiarietà, di cui è una mera espressione, per cui stupisce che il legislatore abbia voluto costituzionalizzare espressamente un principio che non ha una esistenza autonoma, ma solamente implicita. Altra parte della dottrina supporta un profilo dimensionale dell'adeguatezza, che a sua volta è fattore ascendente della

sussidiarietà. L'inadeguatezza dell'ente minore deve essere dimensionale, nel senso che la funzione deve essere svolta ad un livello più ampio: ciò si verifica non solo quando l'atto amministrativo ha dimensione nazionale ma anche quando la sua adozione necessita di una visione d'insieme. Il principio di differenziazione, invece, impone di considerare la realtà di fatto delle istituzioni territoriali nel territorio nazionale e dunque di distinguere, nell'attribuzione delle funzioni amministrative e nella disciplina dell'organizzazione, gli enti in base alla propria capacità di governo, alle differenti situazioni economiche e demografiche, alle articolate realtà territoriali. È possibile dunque che enti dello stesso livello, nell'esercizio delle funzioni amministrative, non solo possiedano competenze differenti, ma possano esercitarle in base a regole differenti, senza che a ciò sia d'ostacolo la astratta predeterminazione, da parte del legislatore, del livello più adeguato allo svolgimento di una data attività amministrativa: proprio l'adeguatezza può condurre alla differenziazione tra enti dello stesso livello. L'affermazione del principio di adeguatezza a livello comunitario si è avuta con il Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, adottato il 2 ottobre 1997 ed allegato al Trattato di Amsterdam e sotto il nome di proporzionalità: l'Unione deve intervenire solo se necessario e tendenzialmente optare per il «mezzo più leggero, purchè adeguato al raggiungimento dello scopo». In definitiva per l'intervento dell'istituzione superiore occorrono due requisiti: necessarietà e proporzionalità. Nel nostro sistema tale impostazione è del tutto assente, infatti il legislatore non ha inteso utilizzarlo come elemento regolatore dell'esercizio della potestà legislativa statale, quando concorre con quella regionale. Analizzando tale principio, insieme alla sussidiarietà e alla

differenziazione, come metodo di allocazione delle funzioni, se si facesse riferimento solo alle funzioni fondamentali la differenza tra esse e le funzioni conferite scemerebbe ed essendo abilitato a compiere quest'operazione il legislatore statale, la competenza del legislatore regionale prevista dall'art. 118, comma 2, in tema di funzioni «conferite» risulterebbe conseguentemente compromessa. Con questo non s'intende affermare che i suddetti principi non siano utilizzabili per l'individuazione – allocazione delle funzioni «fondamentali» ma essi non possono non concorrere con altri criteri individuativi - allocativi, come confermato dal dettato dell'art. 2 della legge La Loggia (l.n. 131/2003). È proprio quest'ultima a radicare fortemente nel nostro ordinamento il famoso tris di principi. Infatti all'art. 2 si statuisce, tra le altre cose, che il Governo deve :«...c) valorizzare i 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». Il criterio sub c) sembra ribadire quanto già espresso nell'art.118 Cost., per cui è lecito chiedersi se era tanto necessario specificarlo. In realtà se lo si considera un elemento meramente ricognitivo di un vincolo costituzionale esistente, non si fa fatica ad accettarlo. La tematica dell'esercizio delle funzioni amministrative da parte dei Comuni è affrontata, in maniera importante, nell'art. 13 d.lgs. 267/2000. In questa sede occorre prestare attenzione al comma 2 che consente al Comune di attuare sia forme di decentramento che di cooperazione con altri Comuni e con la Provincia, quando ciò sia necessario ad assicurare il principio di adeguatezza dell'ente alle funzioni da esercitare. Il legislatore non è

più attento a chi e a che cosa si gestisce ma al come si gestisce, nell'intento di assicurare un riordino del sistema amministrativo che contemperi sussidiarietà e adeguatezza. L'articolo in questione riconferma in capo alla regione il compito di incentivare l'esercizio associato di funzioni da parte di Comuni, soprattutto se di piccole dimensioni. Ma la distribuzione delle funzioni amministrative viene riformata ai fini della formulazione dell'art. 118 Cost.: le funzioni amministrative sono di regola svolte a livello comunale, salvo che, per "assicurarne l'esercizio unitario", siano conferite ai livelli superiori fino allo Stato. I criteri sanciti per la dislocazione delle funzioni amministrative ai vari livelli sono, ancora una volta, la sussidiarietà, la differenziazione e l'adeguatezza. Appartiene, particolarmente, ai piccoli comuni la maggiore difficoltà nel mantenere una gestione dei servizi conforme al principio di adeguatezza. Risulta difficile, infatti, migliorare la qualità dei servizi senza perdere di vista i costi: i piccoli comuni acquistano a prezzi più elevati a causa delle piccole quantità; hanno difficoltà a privatizzare i servizi perché la limitata dimensione ne limita la remunerabilità, fanno uno scarso utilizzo delle costose attrezzature acquistate per la gestione dei servizi, hanno bilanci rigidi e organici ridotti. I piccoli comuni possono trarre vantaggio dalla reciproca cooperazione, purchè l'ambito non sia né troppo ridotto (principio di adeguatezza), né troppo esteso (principio di sussidiarietà). Ambedue le estreme situazioni non consentono di raggiungere il nostro obiettivo: un ambito ridotto non risolverebbe il problema dell'efficacia e dell'efficienza dei servizi; un ambito eccessivamente ampio farebbe correre il rischio di perdere il contatto con l'utente. Si è ritenuto che la dimensione demografica ideale si aggira intorno ai 20.000 abitanti: un comune del genere sarebbe in grado di disporre del giusto grado

di specializzazione e dei mezzi necessari per gestire al meglio i servizi lavorativi e le complessità. Purtroppo in Italia gli enti con questa consistenza demografica sono solo il 3,36%. Per i piccoli comuni la soluzione più idonea è la gestione associata di servizi e funzioni. Ma in che modo potrebbe esercitarsi la gestione associata, quali potrebbero essere i vantaggi e quali le problematiche che potrebbero insorgere? Si rinvia la curiosità del lettore allo sviluppo dell'interessante tematica. È evidente, però, che le novità principali per i piccoli Comuni sono contenute nel d.l. 78/2010, così come convertito dalla legge n. 122/2010, che impone l'obbligatorietà della gestione associata di molte funzioni dei piccoli Comuni. L'art. 24, commi da 27 a 31, del d.l. impone l'obbligatorietà della gestione associata delle funzioni fondamentali nei Comuni fino a 5.000 abitanti, che il comma 28 estende anche a quelli con popolazione stabilita dalle leggi regionali e comunque inferiore ai 3.000 abitanti, appartenenti o appartenuti a comunità montane, attraverso unione e/o convenzione. Il comma 29, invece, vieta lo svolgimento singolare delle funzioni fondamentali già gestite in modo associato e l'utilizzo di più di una sola forma associativa per la medesima funzione. Il comma 30 statuisce che spetta alle Regioni, nelle materia di loro competenza, in concerto con i Comuni, la determinazione della dimensione territoriale ottimale, escludendo dall'obbligo i Comuni capoluoghi di provincia e quelli con più di 100.000 abitanti. Il comma 31 specifica che il Presidente del Consiglio deve emanare, entro 3 mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, un decreto che fissi i termini entro cui i Comuni devono "comunque" dare attuazione a queste disposizioni e la dimensione demografica minima delle gestioni associate. Le forme associative sono state introdotte di volta in volta nel nostro ordinamento con continui interventi circa la loro natura.

Originariamente il nostro ordinamento prevedeva un unico modulo di aggregazione tra enti locali, il consorzio, a carattere monofunzionale, cioè destinato a svolgere un solo tipo di attività. Sarà poi la legge 142 del 1990 a dare una configurazione sistemica alle forme associative: in primo luogo ritroviamo i Consorzi che, tuttavia, non sono più configurati come veri e propri enti locali, ma assumono il profilo di enti strumentali degli enti locali, ma la vera novità è rappresentata dall'Unione di Comuni che rappresenta un vero e proprio ente locale costituito da due o più Comuni per l'esercizio associato di più funzioni o servizi al fine di arrivare, nel periodo di tempo massimo di dieci anni, ad una completa fusione degli stessi in un nuovo Comune, grazie ad eventuali contributi regionali, obiettivo spesso non facile da raggiungere visto l'eccessivo campanilismo. La legge 142 del 1990 interviene anche in materia di Comunità montane, nel senso anzitutto di qualificarle come veri e propri enti locali di livello intermedio tra i Comuni e le Province nell'ambito delle zone montane. Successivamente la legge 265 del 1999 (cd. Napolitano - Vigneri) prevede il necessario esercizio associato di tutte le funzioni comunali e non più solo di quelle conferite, sempre entro gli ambiti ottimali individuati dal legislatore regionale, provvede a modificare drasticamente la disciplina delle Unioni di Comuni qualificandole come mere forme associative a carattere polifunzionale, non implicanti più necessariamente la fusione, introduce le Comunità isolate, qualifica le Comunità Montane come unioni montane. Il TUEL conferma in buona parte quanto già previsto da parte della legge n. 265 del 1999, salvo la nuova definizione delle Comunità Montane, non più come Unioni montane, bensì come «Unioni di Comuni. L'art. 13 tuel statuisce che «il comune, per l'esercizio delle funzioni in ambiti territoriali adeguati, attua sia forme di

decentramento sia di cooperazione con altri comuni e con la provincia». Il Testo unico prevede come forme associative la convenzione, il consorzio, l'Unione di comuni, la Comunità montana/isolana. Ulteriori strumenti di collaborazione previsti dalla legislazione regionale sono l'Associazione di comuni e l'accordo di programma. Sempre nel secondo capitolo si analizza ciascuna di tali forme associative sviluppandone l'evoluzione normativa, la legislazione regionale in materia, gli orientamenti giurisprudenziali, il sostegno finanziario, la costituzione e la struttura organizzativa, le funzioni, il quadro italiano. D'altro canto gli enti di maggiori dimensioni, esercitano meglio le proprie funzioni mediante circoscrizioni di dimensioni più ridotte, istituite al loro interno, sempre conformemente al principio di adeguatezza, per cui la legge individua come strumenti di decentramento le circoscrizioni, i municipi e i circondari. Tra le forme di cooperazione, come abbiamo precedentemente annunciato, sussistono anche gli accordi tra PP.AA. (convenzioni, accordi di programma,...) trattati, invece, nel terzo capitolo. Essi offrono lo spunto per affrontare la problematica della concertazione in campo amministrativo e quella inerente l'uso degli strumenti privatistici in ambito pubblico. Si assiste, in altri termini, ad una perdita di centralità del provvedimento amministrativo, da una parte ; dall'altra parte, invece, la diffusione delle figure pattizie fra soggetti pubblici. Ciò che è evidente è la riduzione, negli ultimi decenni, dell'ambito dell'autoritatività della P.A: l'essenza del fenomeno amministrativo si sposta dal profilo dell'autorità a quello della funzione, infatti i poteri pubblicistici si connotano in quanto tali solo per la funzionalizzazione ai fini indicati dalla legge e non per l'imperatività. A rispecchiare tale problematica è anche il dibattito sulla natura di tali accordi: pubblica, privata o tertium genus? Ma è

solo con l'art. 15 l. 241/90 che l'esercizio consensuale della potestà amministrativa diviene un modo di essere dell'azione amministrativa, alternativo all'esercizio autoritativo della stessa. Tale disposizione statuisce che « anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 14, le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune. Per detti accordi si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni previste dall'articolo 11, commi 2, 3 e 5.». Il comma 2 prescrive, per la stipulazione, la forma scritta ad substantiam , salvo diversa disposizione, e l'applicabilità dei principi civilistici in tema di obbligazioni e contratti, salvo deroga ed incompatibilità, un richiamo che porta con sé, ancora una volta, un consistente bagaglio di dubbi e dibattiti dottrinali. Dopo la trattazione generale si prendono in rassegna, nello specifico le convenzioni e gli accordi di programma, sempre seguendo lo stesso iter utilizzato per analizzare le altre forme associative.

Capitolo primo

*Il principio di adeguatezza: natura, funzione
e fonti normative.*

1. Il principio di adeguatezza

Il principio di adeguatezza è un principio giovane del quale si trova traccia per la prima volta nella l. n. 59 del 1997. Nell'art. 56 del progetto della Bicamerale tale principio compare sotto forma di avverbio: « Nel rispetto delle attività che possono essere adeguatamente svolte dall' autonoma iniziativa dei cittadini, anche attraverso le formazioni sociali, le funzioni pubbliche sono attribuite a comuni, province, regioni e stato, sulla base dei principi di sussidiarietà e differenziazione »¹. Nel campo del diritto amministrativo, esso stabilisce che l'entità organizzativa che è potenzialmente titolare di una potestà amministrativa, deve avere un'organizzazione adatta a garantire l'effettivo esercizio di tali potestà; l'adeguatezza va considerata sia rispetto al singolo ente, sia rispetto all'ente associato con altri enti per l'esercizio delle funzioni amministrative. Dal combinato di questo principio con il principio di sussidiarietà² si ricava che se l'ente territoriale a cui è affidata una funzione amministrativa che, per il principio della sussidiarietà dovrebbe essere quello più vicino al cittadino amministrato, non ha la struttura organizzativa per rendere il servizio, questa funzione deve essere attribuita all'entità amministrativa territoriale superiore³. Mentre il principio di sussidiarietà è il principio del possibile sul piano “ordinamentale”, il principio di adeguatezza è quello del possibile sul

¹ G. Razzano, *Sui principi di sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza, leale collaborazione*, in P. Carnevale - F. Modugno (a cura di), *Nuovi rapporti Stato-Regioni dopo la legge costituzionale n.3 del 2001*, Giuffrè Editore, Milano, 2003, p.50.

² Secondo questo principio la generalità delle funzioni amministrative deve essere trasferita in capo ai comuni, «con esclusione delle sole funzioni che richiedono l'unitario esercizio ad un livello più ampio» (art. 118 Cost.).

³ www.wikipedia.org, agg. 2010

piano della **“idoneità organizzativa”**: tutto ciò che è possibile esercitare a livello locale, va attribuito⁴. La riforma costituzionale del 2001 ha aperto le porte ad una forma moderata di *vero e proprio federalismo* che assegna alle province il baricentro dell’attività legislativa ed ai comuni quello dell’attività amministrativa. Essa è il passo decisivo che porta ad un innovativo dettato dell’art.118 Cost., contenente i principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza, completando il processo di riforma in senso federalista. Tutti e tre i principi sono determinanti per l’allocazione delle funzioni, ma l’ultimo in particolare impone, per una efficiente ed efficace gestione dei servizi, il ricorso ad **ambiti territoriali ottimali (A.T.O.)**, ovvero di **“adeguate dimensioni”** (da qui **principio di adeguatezza**). Nella multiforme realtà amministrativa locale, caratterizzata da patologie di segno opposto (grandi conurbazioni da un lato, comuni polverosi dall’altro), nasce una forte esigenza di aggregazione/scorporo degli enti, alla ricerca della **“dimensione ottima”**(Pareto)⁵. Gli enti devono predisporre misure di adeguatezza tali da consentire lo svolgimento delle funzioni nella loro pienezza. Alcune funzioni, infatti, richiedono un’azione amministrativa mirata, risorse finanziarie idonee, un’organizzazione strutturale e professionale sufficiente,...tutte caratteristiche di cui spesso i piccoli enti deficitano. Tuttavia ove le condizioni non esistono, occorre crearle appositamente al fine di integrare le potenzialità degli enti in difficoltà⁶. Alla luce di questo la legge n.142 del 1990 ha introdotto le forme associative, in grado di rafforzare tali potenzialità. Per contro gli enti di maggiori dimensioni esercitano meglio alcune funzioni mediante la suddivisione in

⁴ E. M. Marengi, *L'autonomia locale tra decentramento e federalismo*, Gentile Editore, Salerno, 2002, pp.21-22.

⁵ M. Mordenti, *La gestione associata delle funzioni negli enti locali*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2003, pp.15-18.

⁶ E. M. Marengi, *op. cit.*, pp. 21-22.

circoscrizioni: il decentramento, in questo caso, fa sì che i problemi più vicini al cittadino siano risolti a livello di quartiere, sempre in conformità al principio di adeguatezza e sussidiarietà. Dunque il principio di adeguatezza si traduce nella politica delle aggregazioni comunali, fondate sull'associazionismo. Una volta stabilito che una determinata funzione amministrativa coinvolge interessi di una determinata dimensione territoriale, dunque, non necessariamente l'ente relativo, sia esso un comune o una provincia, può divenirne il titolare, in quanto potrebbe non presentare in concreto una capacità di governo adeguata. In tal caso la funzione viene conferita all'ente di livello superiore ovvero all'organizzazione associativa degli enti minori. Il legislatore ha stabilito una relazione diretta tra titolarità della funzione, dimensione degli interessi, capacità di governo del singolo ente. La legge finanziaria del 2001 (legge n. 388 del 2000) aveva previsto un processo accelerato di aggregazione degli enti locali, d'intesa tra province e regioni, e nelle more il conferimento alle prime delle funzioni e dei compiti conferiti dallo Stato e dalle regioni agli enti locali. La norma non ha trovato applicazioni concrete, ma è sintomatica di un orientamento del nostro ordinamento nella prospettiva dell'adeguatezza⁷.

⁷ *Sussidiarietà (principio di)*, Enciclopedia Treccani, 2003, p.3.

2. L'adeguatezza in relazione ai principi di differenziazione e sussidiarietà: natura autonoma o "assorbita"?

Fin dalla l. n.59 del 1997, l'adeguatezza appare da subito legata alla differenziazione ma ancor di più alla sussidiarietà. Quando infatti ci si riferisce alla idoneità organizzativa dell'amministrazione ricevente, per quest'ultima si intende quella più vicina all'interesse del cittadino: dunque la sussidiarietà costituisce il cardine di riferimento per l'adeguatezza, suo pleonastico criterio applicativo. Il *subsidium*, infatti, sta nella seconda linea di riserva, qualora la prima non sia idonea a garantire l'esercizio delle funzioni amministrative. Dunque è la sussidiarietà a consentire il transfert di competenza all'ente superiore confacente. In definitiva, secondo parte della dottrina⁸, l'adeguatezza dovrebbe essere assorbita nella sussidiarietà, di cui è una mera espressione, per cui stupisce che il legislatore abbia voluto costituzionalizzare espressamente un principio che non ha una esistenza autonoma, ma solamente implicita. Altra parte della dottrina⁹ supporta un profilo dimensionale dell'adeguatezza, che a sua volta è fattore ascendente della sussidiarietà. L'inadeguatezza dell'ente minore deve essere dimensionale, nel senso che la funzione deve essere svolta ad un livello più ampio: ciò si verifica non solo quando l'atto amministrativo ha dimensione nazionale ma anche quando la sua adozione necessita di una visione d'insieme. Non a caso l'art.4 della l. n. 59/1997 richiede che tutti i conferimenti avvengano nel

⁸ B. Cavallo, *Istituzioni di Diritto Amministrativo – Teoria e prassi della Pubblica Organizzazione*, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pp. 449 – 450.

⁹ S. Bartole - R. Bin - G. Falcon – R. Tosi, *Diritto regionale*, Bologna, 2005, p.186; P. Veronesi, *I principi in materia di raccordo Stato-Regioni dopo la riforma del titolo V*, in *Regioni*, 2003, p.1381 ss.

rispetto del « principio di sussidiarietà con l'attribuzione della generalità dei compiti e delle funzioni amministrative ai comuni, alle province, alle comunità montane secondo le rispettive dimensioni territoriali, associative e organizzative, con esclusione delle sole funzioni incompatibili con le dimensioni medesime, attribuendo le responsabilità pubbliche,...all'autorità territorialmente e funzionalmente più vicina ai cittadini interessati ». È evidente che il fattore ascendente della sussidiarietà può essere solo l'inadeguatezza dimensionale, sotto il profilo territoriale o organizzativo e non la mera opportunità di svolgere in maniera accentrata una funzione amministrativa di interesse nazionale che ben potrebbe essere svolta dagli enti territoriali. La formulazione dell'art. 4 citato supporta una accezione della sussidiarietà in senso forte e conduce ad intendere l'esercizio unitario come esercizio veramente unitario. Ancora molto significativo è l'art.1 delle l. n. 59/1997, attinente al conferimento delle funzioni e dei compiti amministrativi relativi alla cura degli interessi e allo sviluppo della comunità, il quale precisa che oggetto del conferimento devono essere funzioni e compiti localizzabili nei rispettivi territori, dunque tutti quelli che, dal punto di vista dimensionale, rientrano nel raggio d'azione degli enti territoriali¹⁰. Il principio di differenziazione, invece, impone di considerare la realtà di fatto delle istituzioni territoriali nel territorio nazionale e dunque di distinguere, nell'attribuzione delle funzioni amministrative e nella disciplina dell'organizzazione, gli enti in base alla propria capacità di governo, alle differenti situazioni economiche e demografiche, alle articolate realtà territoriali. Esso pone fine all'omogeneità del governo locale. Il principio di adeguatezza è una conseguenza della differenziazione: mentre il secondo mira a scardinare l'uniformità

¹⁰ C. Padula, *Principio di sussidiarietà verticale ed interesse nazionale: distinzione teorica, sovrapposizione pratica*, Padova, 2006, pp.9 – 10, in <http://www.federalismi.it>

della disciplina giuridica per gli enti del medesimo livello, l'obiettivo del primo è la riforma della struttura del governo locale fondata sulla politica delle aggregazioni comunali e dell'associazionismo¹¹. È possibile dunque che enti dello stesso livello, nell'esercizio delle funzioni amministrative, non solo possiedano competenze differenti, ma possano esercitarle in base a regole differenti, senza che a ciò sia d'ostacolo la astratta predeterminazione, da parte del legislatore, del livello più adeguato allo svolgimento di una data attività amministrativa: proprio l'adeguatezza può condurre alla differenziazione tra enti dello stesso livello¹². Il concetto di differenziazione contenuto nell' art. 118 della Cost.¹³ è concetto di relazione tra enti a dimensione maggiore ed enti a dimensione minore. Proprio a questo principio si collega il criterio della riserva di funzione all'ente maggiore, in caso di accertata necessità di "esercizio unitario"¹⁴. Non è difficile intravedere nell'espressione "salvo che" ex art. 118 Cost. un recupero della dimensione dell'interesse come criterio per distribuire le funzioni tra enti locali. Comparando la differenziazione con il principio di adeguatezza è evidente che il primo non è mera ripetizione del secondo e non lo assorbe in sé. «L'adeguatezza orienta la ripartizione per parametri di idoneità organizzativa non per interessi rappresentati»¹⁵. Essa rappresenta un criterio di ripartizione sensibile ai profili della soggettività: la scelta si

¹¹ F. Bassanini – L. Castelli, *Semplificare l' Italia – Stato, Regioni, Enti locali*, Passigli Editori, Bagno a Ripoli (FI), 2008, pp.53 - 54.

¹²P. Carnevale – F. Modugno, *op. cit.*, p.51.

¹³Secondo E. M. Marengi, il concetto di differenziazione nella l. n. 59 del 1997 è apparentemente solo un criterio di allocazione delle funzioni riferito agli enti titolari della potestà di conferimento. La differenziazione è effetto, non causa del processo di definizione. E. M. Marengi, *Conclusioni*, in V. Domenichelli (a cura di), *La società « pubblica » tra diritto privato e diritto amministrativo - Atti del Convegno – Padova, 8 giugno 2007*, CEDAM, 2008, p. 197 - 198.

¹⁴« Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario...» Art. 118 Cost.

¹⁵ *Ivi*, p. 202.

orienta nei confronti del soggetto meglio attrezzato sul piano delle risorse umane e finanziarie. Rispetto alla differenziazione, l'adeguatezza rappresenta un processo minore, destinato ad una valutazione di tipo organizzatorio che non tocca le condizioni ordinamentali. Se il legislatore avesse voluto solo una valutazione del genere non ci sarebbe stato motivo di rivolgersi al metodo, maggiormente qualificato, della differenziazione¹⁶.

3. Il principio di proporzionalità/adeguatezza nell'ordinamento comunitario.

Mentre l'evoluzione del principio di sussidiarietà è avvenuta nell'ordinamento comunitario in maniera progressiva e quasi spontanea già a partire dai primi anni di vita dell'istituzione sovranazionale, l'affermazione del principio oggetto della nostra analisi si è avuta nel Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, adottato il 2 ottobre 1997 ed allegato al Trattato di Amsterdam. Nell'ordinamento comunitario la sussidiarietà e la proporzionalità hanno una relazione stretta ma non si identificano affatto: il primo (art.5, comma 1) è punto di riferimento per il riparto di competenze fra organi e poteri; il secondo (art.5, comma 3) è principio regolatore d'intensità dei relativi interventi. La proporzionalità trova applicazione solo successivamente alla risoluzione positiva della competenza dell'Unione europea ad adottare una determinata misura, dopo di che essa impone che il livello superiore adotti il «mezzo più leggero, purchè adeguato al

¹⁶ *Ivi*, pp. 200 – 203.

raggiungimento dello scopo»¹⁷. L'Unione deve intervenire solo se *necessario* e tendenzialmente optare per azioni complementari a quelle degli Stati membri. Ormai la necessarietà è diventata modalità applicativa della proporzionalità, posizione sulla quale si è assestata anche la Corte di giustizia europea. In definitiva per l'intervento dell'istituzione superiore occorrono due requisiti: necessarietà e proporzionalità. In Italia il principio di adeguatezza, sinonimo di proporzionalità, compare nella Costituzione dopo la revisione del titolo V tra i principi alla base della devoluzione delle funzioni amministrative, accanto alla sussidiarietà ed alla differenziazione. Essa può essere letta sia in chiave centralistica (le funzioni non possono essere molte perché devono essere adeguate alla dimensione comunale, per cui è limite alla sussidiarietà), sia in chiave localistica (le funzioni attribuite ai Comuni devono essere quante più possibili, per cui è strumento di attuazione della sussidiarietà). Mentre il sistema tedesco, che conosce da tanto il principio di sussidiarietà, riferisce correttamente la proporzionalità alla misura dell'intervento statale e perciò, sancito attraverso la clausola di necessarietà, a garanzia delle attribuzioni dei Lander nella legislazione concorrente¹⁸. Nel nostro sistema tale impostazione è del tutto assente, infatti il legislatore non ha inteso utilizzarlo come elemento regolatore dell'esercizio della potestà legislativa statale, quando concorre con quella regionale. I principi di differenziazione e adeguatezza non sembrano in grado di specificare la modalità applicativa della sussidiarietà a favore dei comuni. L'art.8 della legge La Loggia assegna alla Corte Cost. la competenza a risolvere gli eventuali conflitti legislativi tra Stato e

¹⁷ V. S. Gozi, *Il governo dell'Europa*, Bologna, 2000, p.97.

¹⁸ Nell'ordinamento tedesco il principio di sussidiarietà, insieme alla necessarietà e alla proporzionalità, concretizza clausole disciplinanti i rapporti tra i diversi livelli di governo, attraverso l'adozione di criteri flessibili per il raggiungimento di obiettivi unitari, comuni sia alla federazione che ai Lander.

Regioni, non includendo però gli enti locali fra i soggetti legittimati alla proposizione dei conflitti di attribuzione. Dunque non vi è alcuna disposizione che tuteli i Comuni in caso di invasione delle proprie sfere di competenza da parte dello Stato e delle Regioni. Né vi è una specificazione espressa del significato dell'adeguatezza, lasciando vivo un pericoloso livello di indeterminazione¹⁹.

4. Le funzioni amministrative dalla Costituzione del 1948 alla riforma costituzionale del 2001.

Per funzioni amministrative si devono intendere le attività di amministrazione in senso tecnico, come quelle tese alla cura degli interessi della collettività. Esse consistono sia in attività propriamente giuridiche (contratti, negozi unilaterali, atti e provvedimenti amministrativi,...), sia in attività materiali (operazioni e prestazioni). Tra di esse non sono comprese le funzioni regolamentari, quelle cioè intese a stabilire la normazione secondaria nelle diverse materie di competenza dei diversi enti, che sono disciplinate da altre norme costituzionali (art. 117 Cost., comma 6)²⁰. Nella Costituzione del '48 il sistema di attribuzione delle funzioni amministrative si basava sul **principio del parallelismo** tra funzioni legislative e funzioni amministrative. Per cui la Costituzione individuava dapprima le materie²¹ in cui era riconosciuta competenza legislativa alle regioni, per poi determinare una corrispondente competenza amministrativa

¹⁹ E. Bonelli. *Sussidiarietà, necessità e proporzionalità/adeguatezza nell'ordinamento comunitario e in alcune esperienze europee*, in *Diritto e cultura*, 2001, I, p.23 ss..

²⁰ V. Cerulli Irelli, *Il nuovo assetto dell'amministrazione*, 7 ottobre 2004, p. 16, in www.federalismi.it.

²¹ L'art. 117 Cost. indicava, ad es., l'assistenza sanitaria e ospedaliera, il turismo, l'agricoltura, l'urbanistica,....

nelle medesime. Agli enti locali spettavano le funzioni attinenti alla cura degli interessi esclusivamente locali, mentre alla legge dello Stato ogni funzione non frazionabile a livello regionale e ogni altra non intestata. Alla luce di questi criteri era possibile individuare le seguenti funzioni: a) funzioni degli enti locali estranee alle competenze legislative e amministrative delle regioni, determinate da leggi della Repubblica ex art 128 Cost.; b) funzioni esercitate dagli enti locali in materie regionali o mediante delega o tramite diretta attribuzione tramite legge statale; c) compiti del comune per servizi di competenza statale. Tali assetti sono stravolti dalla l. n. 59 del 1997 che finisce col ricomprendere nel conferimento, fenomeni di trasferimento, delega ed attribuzioni, col definire l'oggetto dei conferimenti²², le materie che(ne sono escluse e i principi motore: sussidiarietà (art. 4, c. 3, lett. a), cooperazione tra stato, regioni ed enti locali (lett. d), responsabilità ed unicità dell'amministrazione (lett. c), adeguatezza (lett. g), differenziazione (lett. h), copertura finanziaria (lett. i), autonomia organizzativa, regolamentare e di responsabilità degli enti locali (lett. l)²³. Il titolo V ha innovato profondamente il principio di attribuzione delle funzioni, rovesciandolo a 360 gradi, localizzandole nel punto più basso, i comuni e da lì ripartire verso l'alto. Ciò significa che spettano ai comuni tutte le funzioni che non sono espressamente riservate ad altri soggetti; che il legislatore può allocare le funzioni partendo dal livello più vicino ai cittadini, salendo

²² «... tutte le funzioni e compiti amministrativi relativi alla cura degli interessi e alla promozione dello sviluppo delle rispettive comunità, nonché tutte le funzioni e i compiti amministrativi localizzabili nei rispettivi territori in atto esercitati da qualunque organo o amministrazione dello Stato, centrali o periferici, ovvero tramite enti o altri soggetti pubblici » (art. 1 comma 2 l. n. 59/97).

²³ L. Vandelli, *Il sistema delle autonomie locali*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 123 – 126.

ai livelli più alti solo se tali enti si presentino come poco idonei²⁴. Il nuovo quadro costituzionale impone al legislatore il superamento del principio del parallelismo, in nome di una flessibile allocazione delle funzioni, guidata dai principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. La Costituzione ci dice insomma che è possibile derogare al principio di sussidiarietà, ricorrendo in alternativa e motivatamente alla differenziazione ed all'adeguatezza. L'applicazione del primo comporta un giudizio di carattere socio – economico che coinvolge tre aspetti: la categoria degli enti preposti alla cura di quegli interessi, i destinatari della funzione, l'ambito spaziale di competenza dell'ente. L'applicazione del secondo comporta esaminare il problema sotto il profilo dell'efficienza, dell'efficacia e dell'economicità dell'azione amministrativa da porre in essere. La ponderazione tra questi criteri spetta al legislatore statale o regionale, secondo le reciproche competenze²⁵. L'art. 118, comma 1, va interpretato secondo la teoria della dimensione degli interessi: il legislatore attribuisce la titolarità di una determinata funzione amministrativa secondo la dimensione locale, regionale o nazionale dell'interesse curato. Ovviamente operando in questo ambito il principio di sussidiarietà in modo incisivo, la dimensione degli interessi deve essere letta privilegiando la dimensione locale. Ciò che è certo è che la distinzione in materie non è criterio di attribuzione delle funzioni amministrative, come nel caso del riparto della legislazione; dunque viene utilizzato un criterio di massima elasticità.

²⁴ « Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza ». Art 118 Cost.

²⁵ In materia di «cittadinanza, stato civile ed anagrafi», ad esempio, saranno le leggi dello Stato a valutare l'adeguatezza dei Comuni e a definirne le funzioni; d'altro canto in materia di artigianato, commercio, trasporti, la competenza spetta alle Regioni.

4.1. I principi come metodo di allocazione delle funzioni.

I criteri individuativi – allocativi delle funzioni «fondamentali» non possono coincidere con quelli stabiliti per le funzioni «conferite». Qualora, infatti, le funzioni «fondamentali» fossero da individuarsi e allocarsi sulla scorta dei principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione, la distinzione fra funzioni «fondamentali» e funzioni «conferite» introdotta dal legislatore della riforma del Titolo V scemerebbe necessariamente, giacché tutte le funzioni assegnabili agli enti locali in base ai principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione sarebbero da attribuirsi sub specie di funzioni «fondamentali»; in secondo luogo, essendo abilitato a compiere quest'operazione il legislatore statale, la competenza del legislatore regionale prevista dall'art. 118, comma 2, in tema di funzioni «conferite» risulterebbe conseguentemente compromessa, giacché non residuerebbero funzioni «conferite» (o meglio conferibili) una volta assegnate dal legislatore statale quelle «fondamentali». Con questo non s'intende affermare che i suddetti principi non siano utilizzabili per l'individuazione – allocazione delle funzioni «fondamentali», ma solo rilevare che all'interno della valutazione rimessa al legislatore statale essi non possono non concorrere con altri criteri individuativi-allocativi. Tale conclusione trova, del resto, supporto nelle previsioni contenute in disposizioni di legge o di disegni di legge volte a dare attuazione all'art. 117, comma 2, lett. p), Cost.²⁶. L'art. 2 della legge 131/2003, cd. legge La Loggia, e 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*

²⁶ G. Sciuolo, *La semplificazione dell'organizzazione*, in *Diritto amministrativo*, 2009, II, p. 413 ss.

Costituzione e per l'adeguamento delle disposizioni in materia di enti locali alla legge costituzionale n. 3 del 2001», conferiscono al legislatore delegato una doppia delega per l'allocazione delle funzioni e per l'adeguamento delle disposizioni in materia di enti locali, impedendogli di utilizzare il TUEL come strumento di riallocazione. Le sopracitate disposizioni stabiliscono che il legislatore delegato nell'esercizio della delega valorizzi i «principi di sussidiarietà, di adeguatezza e di differenziazione nell'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.), utilizzando un metodo di allocazione che valorizzi la reale capacità di gestione delle funzioni nel caso di specie. Il legislatore statale della legge La Loggia ha concentrato la sua competenza nella individuazione delle funzioni fondamentali di comuni, province e città metropolitane, in vista del buon funzionamento dell'ente ma soprattutto della soddisfazione dei bisogni della comunità di riferimento, vero obiettivo della sussidiarietà. In secondo luogo prevede la possibilità, con riguardo alle funzioni amministrative, di una gestione associata tra i comuni, in attuazione dei principi di differenziazione e di adeguatezza²⁷. Tale impostazione consente il superamento delle incertezze interpretative²⁸ riguardanti i tratti

²⁷ G. Razzano, *Sui principi di sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza, leale collaborazione*, in P. Carnevale - F. Modugno (a cura di), *Nuovi rapporti Stato-Regioni dopo la legge costituzionale n.3 del 2001*, Giuffrè Editore, Milano, 2003, pp. 38 – 39.

²⁸« I maggiori problemi interpretativi sono provocati dal dato letterale: parte della dottrina (Corpaci, Pizzetti, Cammelli) ha ritenuto le funzioni proprie e quelle fondamentali del tutto coincidenti con le attribuzioni individuate dal legislatore statale, le quali sono uguali per tutti i tipi di enti indipendentemente dalla regione di appartenenza. Di contro le funzioni conferite, essendo assegnate agli enti locali dalle regioni, costituiscono un elemento ragionevolmente variabile. Quest'orientamento è in contrasto però con la lettera dell'art. 118 Cost. per il quale le funzioni conferite possono essere attribuite anche tramite legge statale. Seconda altra dottrina (D'Atena), il

distintivi delle tre tipologie di funzioni, proprie, fondamentali e conferite, declassandole ad una mera questione di metodo. Infatti l'art 118 Cost. fornisce i principi ai quali il legislatore deve attenersi per poter eseguire un conferimento in nome del principio di legalità, di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. Tali principi trovano reale applicazione solo se i destinatari delle funzioni sono in grado di esprimersi circa la possibilità di adeguatamente/efficacemente sostenerle in relazione alle dimensioni ed alla specificità degli enti. A contrariis ridurre gli enti locali a meri soggetti passivi di scelte unilateralmente assunte dall'alto dallo Stato e/o dalle Regioni, significherebbe negare la pari dignità istituzionale riconosciuta dall'art. 114 della Costituzione. L'applicazione di tali disposizioni potrebbe produrre un aumento del carico operativo in capo alle amministrazioni comunali che non ha precedenti nell'ambito della storia istituzionale italiana e, soprattutto, porrebbe notevoli problemi soprattutto in riferimento alla grande eterogeneità che caratterizza le dimensioni dei comuni italiani.

termine "fondamentali" è usato come sinonimo di indefettibili, ritenendo che lo Stato possa attribuire agli enti locali sia funzioni fondamentali che conferite. Lo stesso vale anche per le regioni. Anche questa ricostruzione trova ostacolo nel dato letterale degli artt. 117 e 118 Cost., in quanto non darebbe spiegazione alle ivi nominate funzioni proprie », C. De Benedetti, *Il riordino degli enti locali: dalla distribuzione delle competenze alla allocazione delle funzioni*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 2007, pp. 742 – 743.

Regione	Comuni	di cui Piccoli Comuni		Popolazione Residente al 31/12/08	di cui nei Piccoli Comuni	
		v.a.	%		v.a.	%
Piemonte	1.206	1.071	89%	4.432.571	1.319.505	30%
Valle d'Aosta	74	73	99%	127.065	62.086	72%
Lombardia	1.545	1.091	71%	9.742.676	2.145.162	22%
Trentino - Alto Adige	339	307	91%	1.018.657	467.910	46%
Veneto	581	314	54%	4.885.548	805.721	16%
Friuli-Venezia Giulia	218	157	72%	1.230.936	298.499	24%
Liguria	235	183	78%	1.615.064	248.766	15%
Emilia-Romagna	341	153	45%	4.337.979	416.437	10%
Toscana	287	135	47%	3.707.818	329.420	9%
Umbria	92	60	65%	894.222	130.613	15%
Marche	246	178	72%	1.569.578	332.101	22%
Lazio	378	253	67%	5.626.710	462.669	8%
Abruzzo	305	251	82%	1.334.675	369.094	28%
Molise	136	124	91%	323.795	133.138	48%
Campania	551	334	61%	5.812.962	701.432	12%
Puglia	258	85	33%	4.079.702	223.881	5%
Basilicata	131	99	76%	590.601	117.965	34%
Calabria	409	326	80%	2.008.709	699.861	33%
Sicilia	390	198	51%	5.037.799	483.094	10%
Sardegna	377	313	83%	1.671.001	510.094	32%
Totale	8.100	5.708	70%	60.045.068	10.397.438	17%

Fonte:elaborazione Cittalia su dati Istat 2008

Come è possibile evincere dai dati riportati in tabella, stabilendo la soglia al di sotto della quale un Comune viene qualificato come **piccolo** a 5.000 abitanti, ben il **70% dei Comuni italiani** (pari a 5.708 su 8.100) si trova in tali condizioni, per un ammontare complessivo di popolazione di quasi 10 milioni e 400 mila persone pari ad oltre un sesto dell'intera popolazione nazionale. La situazione si presenta inoltre in modo molto differenziato tra le differenti Regioni per cause essenzialmente di carattere storico, con Piemonte, Valle d'Aosta, Lombardia, Trentino-Alto Adige, Friuli-Venezia Giulia, Liguria, Marche, Abruzzo, Molise, Basilicata, Calabria e Sardegna che riportano dati superiori alla media nazionale, mentre Emilia-Romagna, Toscana e Puglia presentano percentuali ben al di sotto.



Inoltre, com'è possibile evincere dalla cartina, è possibile notare che i piccoli Comuni si trovano principalmente lungo l'arco alpino e prealpino e si concentrano particolarmente lungo l'intera dorsale appenninica, non senza tuttavia alcune significative presenze anche in prossimità delle coste e nel territorio delle isole maggiori. Alla luce di questi dati, è facile intuire come un processo di decentramento delle funzioni e di valorizzazione sostanziale dell'autonomia politica nei suoi tre profili essenziali di autonomia normativa, amministrativa e finanziaria, vedrebbe con ogni probabilità la stragrande maggioranza dei Comuni priva delle risorse organizzative e strumentali in grado di garantire un'efficace esercizio delle funzioni loro spettanti, con una conseguente impossibilità di fare fronte alle esigenze della comunità di riferimento. Solamente attraverso la realizzazione dei livelli di adeguatezza di tutte le amministrazioni comunali sarà possibile garantire la tenuta unitaria dell'ordinamento mediante il rispetto del principio di eguaglianza sostanziale e dei «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» di cui all'art. 117

Cost., secondo comma, lett. m), che rappresentano la garanzia e, al tempo stesso, il presupposto necessario per realizzare un assetto istituzionale fortemente autonomistico. Gli interventi normativi proposti in questo senso sono stati molteplici, a partire da quelli che puntavano ad accorpate tra loro in modo coattivo i piccoli Comuni, per arrivare a quelli che miravano ad abolire le Province con l'intento di creare dei non meglio identificati livelli amministrativi sovracomunali laddove vi fossero Comuni di piccole dimensioni²⁹. Successivamente alla riforma del titolo V, la Corte Costituzionale si è espressa molteplici volte circa la necessità di momenti di raccordo tra gli enti, al fine di allocare, prima, e di gestire, poi, le funzioni. All'uopo la nota sentenza n. 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 cooperazione orizzontale, ovverosia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà»³⁰. In definitiva, nella

²⁹ A.M. Baroni, *La disciplina delle forme associative e lo sviluppo dell'autonomia comunale*, Tesi di laurea in Diritto delle autonomie territoriali, Università LUISS, a.a. 2009/2010.

³⁰ Così *sentenza costituzionale n. 303/2003*, punto 2.2 dei motivi di diritto. Analogo principio ribadito anche dalle sentenze n. 259/2004 e n. 214/2005. Con la sent. 303/2003, la Corte costituzionale ha offerto un contributo di fondamentale rilevanza in ordine alla portata degli innovativi principi introdotti dalla riforma costituzionale del 2001. In particolare, la tesi accolta da questo Collegio illumina la proiezione eclettica del canone della sussidiarietà verticale, vale a dire la sua capacità di affrancarsi dall'area toccata dai soli poteri amministrativi per abbracciare spazi di intervento, vale a dire l'intera azione di governo che si sostanzia in leggi, atti normativi e provvedimenti amministrativi. I principi di sussidiarietà e di adeguatezza, che in questo modo possono dispiegare appieno la loro vocazione dinamica. In effetti, la «concezione procedimentale e consensuale» (2.2) di tali principi presuppone che, accanto agli indispensabili requisiti della proporzionalità e della rigorosa ragionevolezza, la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia oggetto di una intesa con la Regione interessata. In estrema sintesi, per la Corte costituzionale, alla luce dei principi di sussidiarietà ed adeguatezza : 1) anche nelle materie di potestà legislativa concorrente le funzioni amministrative

individuazione delle funzioni, il principio di sussidiarietà va ora declinato dal legislatore nell'ottica di valorizzare l'autonomia costituzionalmente garantita a tutti gli enti dalla riforma del 2001 e lo assetto di tali funzioni deve essere frutto di una scelta concertata, che può essere messa in discussione solo da una richiesta di intervento da parte del soggetto sussidiato³¹.

5. Le problematiche legate alla natura di piccoli comuni.

L'accrescimento dei servizi da un punto di vista quantitativo, ne impone un miglioramento sotto l'aspetto qualitativo. Con il «decentramento si potrebbero avere risultati positivi sotto il profilo dell'efficacia del servizio; si pone però, soprattutto negli enti più piccoli, un problema di costi e quindi di efficienza»³². Risulta difficile, infatti, migliorare la qualità dei servizi senza perdere di vista i costi. I piccoli comuni acquistano a prezzi più elevati a causa delle piccole quantità; hanno difficoltà a privatizzare i servizi perché la limitata dimensione ne limita la remunerabilità; scarso utilizzo delle costose attrezzature acquistate per la gestione dei servizi; bilanci rigidi e organici ridotti. Tali enti hanno difficoltà ad attuare le recenti riforme: le risorse loro trasferite, accumulate dallo Stato ai fini del

possono essere conferite ad autorità statali, per la tutela di esigenze di carattere unitario insuscettibili di frazionamento o localizzazione territoriale; 2) una volta operato tale conferimento, anche la funzione legislativa è attratta, in toto, nello spazio interessato dalle determinazioni normative assunte a livello statale, e la legge statale non può promuovere iniziative di delegificazione; 3) la descritta devoluzione delle competenze amministrative e, dunque, legislative è subordinata, oltre che al rispetto dei parametri di proporzionalità e di ragionevolezza, ad una intesa con la Regione interessata.

³¹ C. De Benedetti, *Il riordino degli enti locali: dalla distribuzione delle competenze alla allocazione delle funzioni*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 2007, pp. 744 – 746.

³² M. Mordenti, *La gestione associata delle funzioni negli enti locali*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna (RN), 2003, p.20.

decentramento dei compiti, non sono sufficienti a compensare tutte le spese. La stessa riforma federalista potrebbe costare 50 miliardi di euro in più agli enti locali, che si trovano ad erogare servizi non più garantiti dallo Stato. Alla luce di questo spiacevole quadro, si è sovente sentito parlare di decentramento senza risorse.

5.1. La prospettiva del d.d.l. Calderoli in materia di piccoli comuni.

Con la riforma delle autonomie locali, introdotta dalla l.142/1990, vengono alla luce molti problemi, tra cui quello dei piccoli Comuni. Nasce spontaneo chiedersi se la riforma è stata fatta per la maggioranza dei Comuni italiani, che hanno popolazione intorno ai 5000 abitanti, o se per i Comuni grandi e i Comuni capoluogo. Una timida risposta è giunta circa venti anni dopo con il d.d.l. Calderoli. Secondo alcuni autori³³ il disegno di legge sul Codice delle autonomie dà una definizione ed una disciplina in materia non esaustiva; i veri problemi però non sono affrontati. Tale realtà amministrativa non è trascurabile, in quanto più di 5.000 Comuni su 8.100 sono Comuni medi o piccoli. Essi sono stati definiti con spregio Comuni polvere, per la loro ridotta organizzazione e le scarse risorse, dimenticandone l'importanza in base al principio di sussidiarietà. Tali Comuni hanno una vitalità secolare, sono le radici dell'amministrazione locale; essi non sono "foglie secche" da scartare, ma i loro problemi devono essere affrontati nella totalità e raccordati alla realtà odierna. La definizione, insita nel disegno di legge in materia di piccoli Comuni,

³³ V. Italia, *La questione dei «piccoli comuni» nel disegno di legge Calderoli – La definizione e la disciplina dei piccoli Comuni*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2009, XXI, pp.2217 – 2218.

si lega solo al numero di abitanti, senza prevedere nulla sulla loro struttura e attività. Il problema è che si dimentica di considerare la vigenza in materia degli artt. 5, 114 comma 1 e 2, 117 comma 6, 118, 119 Cost., da cui si desumerebbe che le particolarità della loro organizzazione dovrebbero essere previste dai loro statuti. A ben vedere la questione dei piccoli comuni è vetusta e precedente alla legge 142/1990, anche se il dibattito si è acceso prevalentemente in occasione di essa; una bella legge che però sembra fatta solo per medi e grandi Comuni. L'autonomia statutaria e regolamentare consente ai nostri piccoli enti di confezionare un proprio abito su misura sia in riferimento alla gestione delle risorse che ai programmi; resta innegabile però che valgono per tutti i Comuni le medesime procedure sia per gli appalti di lavori e servizi sia per la formulazione del sistema dei bilanci. Oggetto del dibattito, come abbiamo già annunciato, è l'identificazione dei piccoli comuni. Infatti piccolo e grande non significano nulla se in comparazione; l'aggettivo si riferisce al numero di abitanti e l'art.29 del d.d.l. Calderoli individua come tali quelli con popolazione residente pari o inferiore ai 5.000 abitanti. Il dato numerico si riferisce solo alla popolazione residente, trascurando i flussi migratori a scopi turistici, ed è un buon parametro tenuto conto di una pluralità di fattori: demografici, i servizi resi, la loro organizzazione gestionale. Da un punto di vista contabile, i documenti relativi al sistema dei bilanci verranno adottati secondo modelli semplificati, garantendo comunque gli elementi essenziali per il consolidamento dei conti pubblici. Inoltre nei piccoli comuni il procedimento per l'affidamento e l'esecuzione degli appalti di lavori pubblici è attribuito al responsabile dell'ufficio tecnico o della struttura corrispondente, sintomo della volontà di responsabilizzare la struttura che si occupa degli appalti. Tale iniziativa legislativa è

percepita da molti³⁴ come favorevole poiché riesce a risolvere, almeno in parte, le problematiche suesposte, anche se sarebbe stato utile un maggiore sforzo sistematico al fine di riunire in un unico corpus normativo la normativa sui piccoli comuni.

5.2. La determinazione dell’A.T.O. (ambito territoriale ottimale) come sussidio per i piccoli comuni.

Per far fronte alle difficoltà incontrate nell’erogazione dei servizi, i piccoli comuni possono trarre vantaggio dalla reciproca cooperazione, purchè l’ambito non sia né troppo ridotto (principio di adeguatezza), né troppo esteso (principio di sussidiarietà). Ambedue le estreme situazioni non consentono di raggiungere il nostro obiettivo: un ambito ridotto non risolverebbe il problema dell’efficacia e dell’efficienza dei servizi; un ambito eccessivamente ampio farebbe correre il rischio di perdere il contatto con l’utente, determinante per la sussidiarietà, di far cadere l’efficacia della gestione (gli esperti non sono facilmente raggiungibili, le procedure si complicano, la cooperazione diventa ardua), di far incrementare i costi per far fronte a queste difficoltà. A questo punto l’unica soluzione per abbassare i costi sarebbe tagliare i servizi. Al fine di determinare l’ambito ottimale bisogna bilanciare gli estremi e trovare un punto di equilibrio per ogni realtà locale, tenendo in debito conto le caratteristiche territoriali, demografiche, culturali e produttive degli enti, nonché la tipologia dei servizi da associare. In base a quest’ultimo criterio possiamo auspicare:

³⁴ L. Camarda, *I piccoli Comuni nel disegno di legge Calderoli*, in *Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2009, XXI, p.2218.

- un ambito territoriale ottimale di ampie dimensioni per i **servizi a rilevanza industriale**³⁵, per conseguire margini rilevanti di economia di spesa; tali servizi devono essere affidati a un soggetto terzo (società partecipata o soggetto selezionato mediante gara);
- un ambito territoriale ottimale piuttosto esteso per i **servizi a rete**, privi di rilevanza industriale (rete pubblica su banda larga, rete civica telematica, ecc...);
- un ambito territoriale ottimale di dimensioni medio – piccole (Unione/Associazione di comuni) per i **servizi di natura istituzionale**. Le difficoltà di coordinamento connesse ad un ambito sovra comunale aumentano di pari passo con l'estensione dell'ambito stesso.

Un ambito piuttosto esteso consente di puntare con maggiore efficacia allo sviluppo del territorio, perfezionando gli strumenti di marketing territoriale. Per l'esercizio associato delle funzioni si potrebbe optare per un ambito non troppo ampio (unione/associazione di limitate dimensioni); tuttavia, qualora si opti per un ambito più vasto occorre apportare alcuni accorgimenti, in modo da salvaguardare i necessari collegamenti con gli amministratori degli enti e con gli utenti. Alcune regioni, Toscana e Emilia Romagna, hanno determinato la soglia minima di 10.000 abitanti, che coincide con il limite minimo fissato dal legislatore nazionale per l'istituzione di nuovi comuni (art.15 t.u.e.l.); al di sotto si scadrebbe in una taglia troppo piccola, incapace di intercettare risorse adeguate e di dar luogo

³⁵ L'art.35 l. 448/2001 ha demandato l'individuazione dei servizi a rilevanza industriale ad un regolamento governativo, non ancora emanato. Nel frattempo alcune norme vigenti ne hanno già individuato alcuni come la distribuzione di gas naturale, il trasporto pubblico locale, il servizio idrico integrato, la gestione dei rifiuti.

a programmi di ampio respiro³⁶. Statisticamente risulta che i comuni di media grandezza realizzano le performance migliori. Si è ritenuto che la dimensione demografica ideale si aggira intorno ai 20.000 abitanti: un comune del genere sarebbe in grado di disporre del giusto grado di specializzazione e dei mezzi necessari per gestire al meglio i servizi lavorativi e le complessità. Purtroppo in Italia gli enti con questa consistenza demografica sono solo il 3,36%; viceversa sono circa 2.000 i comuni con meno di 1.000 abitanti e la maggior parte sono concentrati al nord, in parte al sud, meno nelle regioni del centro. In definitiva l'ambito ottimale va inquadrato tra i 10.000 e i 100.000 abitanti. Senza alterare l'attuale assetto dei comuni, bisogna rompere l'uniformità, attraverso una diversa articolazione istituzionale del territorio, decentrando le grandi città e associando i piccoli comuni, nel rispetto della loro storica identità distintiva. In ogni caso bisogna procedere ad uno studio di fattibilità che possa trovare la combinazione ideale tra sussidiarietà e adeguatezza: si tratta di individuare gli obiettivi principali e dunque scegliere quale strada percorrere verso essi³⁷. L'Emilia Romagna è stata la regione capostipite di quest'esperienza, dando piena attuazione all'art.33 tuel. Il metodo utilizzato è stato sempre quello dell'incentivazione, senza forzature; gli enti locali sono stati vincolati ad un programma di riordino territoriale solo in relazione alle funzioni loro attribuite a seguito della legge Bassanini, conformemente all'art.33 tuel; per le altre funzioni le regioni si limitano a stimolare e coordinare. Sono gli enti a scegliere la forma associativa, le metodologie e gli enti con cui associarsi. Tale scelta non è molto agevole in quanto ogni opzione presenta vantaggi e svantaggi. La scelta tra associazione e unione

³⁶ M. Mordenti – P. Monea, *La gestione associata delle funzioni e dei servizi negli enti locali*, in *Comuni d'Italia*, 2003, I, p.17.

³⁷ M. Mordenti, *op. cit.*, p.26 ss.

richiede un'attenta valutazione dell'integrazione delle varie realtà e del livello di cooperazione gestionale che si intende raggiungere; l'unione sembra essere lo strumento più idoneo qualora si decida di gestire in maniera associata una percentuale significativa di funzioni.

5.2.1. ATO rifiuti e ATO servizio idrico integrato

L'ambito territoriale ottimale (ATO), è un territorio su cui sono organizzati servizi pubblici integrati, ad esempio quello idrico o quello dei rifiuti. Tali ambiti sono individuati dalle Regioni con apposita legge regionale (nel caso del Servizio Idrico Integrato con riferimento ai bacini idrografici), e su di essi agiscono le Autorità d'Ambito, strutture con personalità giuridica che organizzano, affidano e controllano la gestione del Servizio Integrato. Gli ATO Acqua sono stati originariamente istituiti a seguito della legge 5 gennaio 1994 n. 36 "Disposizioni in materia di risorse idriche" che ha riorganizzato i servizi idrici aggregando sotto un'unica autorità (l'Autorità d'Ambito) i servizi di acquedotto, fognatura e depurazione in tutte le loro fasi, ivi comprese le relative tariffe. L'Autorità d'ambito che opera nel territorio di ciascun ATO ha lo scopo di garantire un ottimale approvvigionamento d'acqua potabile, privilegiando la qualità ma anche salvaguardando le risorse idriche nel rispetto dell'ambiente; inoltre tutela il consumatore, stante il regime di monopolio in cui operano i gestori del "Servizio idrico integrato": (captazione, adduzione e distribuzione dell'acqua, collettamento e depurazione delle acque reflue)³⁸. E' esclusa dal SII la gestione delle reti per acque meteoriche (acque bianche). ATO 5 predispone il Piano di ambito, nel quale vanno definiti: a) il modello gestionale e organizzativo

³⁸ *Ambito territoriale ottimale*, agg. 30 Apr. 2011, in www.wikipedia.org.

prescelto; b) il piano finanziario degli investimenti; c) il programma degli interventi necessari e i relativi tempi di attuazione; d) gli obiettivi e gli standard di qualità del servizio idrico integrato, eventualmente articolati per zone territoriali; e) la tariffa e la relativa articolazione. Il Servizio gestione rifiuti urbani e assimilati comprende lo spazzamento e il lavaggio di strade e piazze pubbliche, la raccolta e il trasporto dei rifiuti, il loro avvio al recupero e allo smaltimento, compreso il trattamento preliminare. Gli Ato rifiuti (ma anche quelli idrici) sono figli del decreto legislativo 152 del 2006, art.201. Esso prevedeva che la gestione del servizio rifiuti, cura delle strade, raccolta e smaltimento, venisse organizzata su omogenei e delimitati ambiti territoriali. Prevedendo due innovazioni strutturali diverse e contigue: a) una “Autorità di Ambito” espressione politica dei comuni di quel territorio che programmasse e vigilasse sullo svolgimento del servizio pubblico dei rifiuti di una porzione di territorio; b) un consorzio intercomunale che appaltasse ad un’unica organizzazione esterna la gestione materiale e quotidiana del servizio rifiuti, puntando al risparmio ed all’efficienza. Lo scopo degli ATO rifiuti è quello di evitare la frammentazione delle gestioni a favore di un sistema unitario che porti beneficio non solo al fattore “ambiente”, ma anche a quello economico e tecnico. All’interno dell’ambito territoriale ottimale viene quindi organizzata la gestione dei rifiuti solidi urbani. In materia di rifiuti in Campania gli ATO sono stati definiti alla luce delle differenti esigenze territoriali che si sono evidenziate nelle attività di gestione del ciclo dei rifiuti. Per la provincia di Napoli, visto il forte impatto antropico nonché le specifiche problematiche territoriali, sono definiti tre distinti SUB-ATO. Il Piano Regionale per la gestione dei rifiuti in Campania si fonda su 7 ATO (di cui 3 SUB-

ATO), comprendenti differenti comuni³⁹. La Regione definisce le modalità amministrative ed operative di costituzione e funzionamento degli ATO, sentite le Province e i Comuni interessati e nel rispetto della normativa vigente. In ciascun ATO si sarebbe dovuta raggiungere la percentuale del 35 % di raccolta differenziata entro il 31 dicembre 2007 e garantita l'autosufficienza nella gestione del ciclo integrato, secondo quanto disposto dalla normativa vigente, entro tre anni dalla costituzione. La seguente tabella illustra la produzione di rifiuti in ognuno degli ATO:

ATO	Area/Provincia	n° Abitanti	Produzione totale [ton/anno di RSU]
1	Napoli Ovest	859.144	474.509.109
2	Napoli	1.263.997	699.034.440
3	Napoli Est e Sud	955.536	466.328.652
4	Caserta	865.299	406.322.285
5	Benevento	288.954	111.906.693
6	Avellino	435.720	130.399.218
7	Salerno	1.096.889	467.580.796

I valori di produzione sono quelli comunicati dagli stessi Comuni e sono riferiti all'anno 2004⁴⁰. Risulta evidente a tutti che si è trattato di una ricetta organizzativa che nel centro-nord Italia ha funzionato

³⁹ Ad es. l'ATO 6 comprende tutti i comuni della provincia di Avellino, l'ATO 7 tutti i comuni della provincia di Salerno.

⁴⁰ Adeguamento del piano regionale dei rifiuti della Campania, art.1, comma 2 del decreto legge 245/2005 convertito in legge 21/06, in www.protezionecivile.it.

egregiamente. Nel Sud ed in Sicilia, invece, ha assunto le sembianze di un calvario. In Campania gli Ato hanno fallito la loro missione per le troppe illegalità consumate alla luce del sole. La Camera dei deputati ha approvato la soppressione dell'esistenza degli Ato rifiuti e degli Ato idrici. Un improvviso stravolgimento legislativo, presentatosi sotto l'innocua denominazione di emendamento "comma quinquies all'art.1" del decreto legge n°2 del 25 gennaio 2010, intitolato "interventi urgenti per enti locali e regioni"⁴¹. La Lega di Bossi, con fredda efficienza, ha piazzato questo colpo mortale ad una parte consistente del sistema politico-economico di potere e di governo allegro del centrodestra nel Mezzogiorno d'Italia. Anche la Corte Costituzionale si è espressa in materia di Ato rifiuti, sottolineando la stretta connessione con il principio di adeguatezza. Infatti con una sentenza pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n.43, Serie speciale, del 1998, essa conferma il principio di autosufficienza in materia di rifiuti urbani non pericolosi, cosa che non è possibile per quanto concerne i rifiuti tossici nocivi, poiché non appare "logicamente determinabile" per essi un ambito territoriale ottimale. In relazione allo smaltimento dei rifiuti pericolosi, il principio dell'autosufficienza deve essere bilanciato con altri criteri riscontrabili

⁴¹L'art. 2, comma 186-bis, della Legge 23 dicembre 2009 n. 191, introdotto dall'art. 1, comma 1-quinquies della Legge 26 marzo 2010 n. 42 prevede:«Decorso un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono soppresse le Autorità d'ambito territoriale di cui agli articoli 148 e 201 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni. Decorso lo stesso termine, ogni atto compiuto dalle Autorità d'ambito territoriale è da considerarsi nullo. Entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, le regioni attribuiscono con legge le funzioni già esercitate dalle Autorità, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza. Le disposizioni di cui agli articoli 148 e 201 del citato decreto legislativo n.152 del 2006 sono efficaci in ciascuna regione fino alla data di entrata in vigore della legge regionale di cui al periodo precedente. I medesimi articoli sono comunque abrogati decorso un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge». Tale disposizione è stata introdotta dal Parlamento in sede di conversione del decreto legge 25 gennaio 2010 n. 2 "Interventi urgenti concernenti enti locali e regioni"

nella legislazione statale di principio, in particolare quello dell'idoneità dell'ambito territoriale di svolgimento dell'attività rispetto al perseguimento di fini quali la migliore tutela dell'ambiente o della salute pubblica. Tale orientamento parrebbe aderire ad una nozione di sussidiarietà più elastica, che prescinde dalla valutazione della minore o maggiore prossimità dell'ambiente territoriale rispetto all'utente, fondandosi per lo più su un giudizio di minore o maggiore adeguatezza, condotto attraverso gli strumenti di bilanciamento degli interessi e il giudizio di ragionevolezza. Il principio di sussidiarietà annuncia solo che il criterio giuridico di assegnazione delle funzioni è superato; bisogna ricorrere al criterio politico dell'adeguatezza, politico perché gode di una certa percentuale di soggettività⁴².

6. Sviluppi normativi del principio di adeguatezza: dalla legge Bassanini del '97 all'affermazione nella legge La Loggia.

Nel corso dell'ultima legislatura è stato realizzato un forte processo di decentramento di funzioni e di compiti amministrativi dallo Stato alle regioni e agli enti locali, segnatamente a seguito della l.n.59/97 e dei successivi decreti legislativi di attuazione. Questo processo può essere denominato "federalismo amministrativo". Esso si snoda attraverso quattro linee d'azione:

- La legge n.59/97 enuncia per la prima volta il principio che le competenze in materia di amministrazione spettanti allo Stato e alle Regioni, non coincidono con quelle in materia di

⁴² L. Imarisio, *La Corte Costituzionale e le categorie concettuali del principio di sussidiarietà: un ruolo del Giudice costituzionale nella determinazione dell'«ambito territoriale ottimale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2001, I, pp. 375 – 376.

legislazione. E in conseguenza si afferma il principio che anche nelle materie di competenza legislativa statale, che nel testo costituzionale allora vigente, sono tutte tranne quelle espressamente elencate all'art.117, le funzioni e i compiti amministrativi spettano per regola agli enti del governo territoriale, regioni, province e comuni, salva espressa riserva stabilita dalla legge, di alcune materie, alla competenza dell'amministrazione statale. Queste materie, com'è noto, sono elencate all'art.1 della stessa l.n. 59/97;

- la seconda linea d'azione prevede l'attuazione del principio di sussidiarietà. Esso privilegia la dislocazione dell'amministrazione a livello locale, e segnatamente comunale, tanto nelle materie di attribuzione legislativa statale quanto in quelle regionali. E ciò viene recepito dalla legge n.59/97 prescrivendo che nelle materie di competenza statale siano gli stessi decreti legislativi attuativi della legge a dislocare l'amministrazione sulla base del principio; mentre nelle materie regionali siano le regioni con propria legge⁴³. La dislocazione a livello locale delle funzioni amministrative da parte delle regioni, viene considerata presupposto della stessa operatività del trasferimento a favore delle regioni stesse (art. 4, 1° e 5° co. l. 59/97; art. 3 d.lvo n. 112/98). In ciò il legislatore ha inteso anche dare piena attuazione al principio costituzionale dell'art.118, generalmente trascurato, che prevedeva, com'è noto, che l'esercizio delle funzioni amministrative nelle materie regionali avvenisse di norma mediante delega agli enti locali;
- in terzo luogo, compare nella legge il problema della riorganizzazione del governo territoriale. Se il principio di

⁴³ Vedi sentenza Corte Cost. n.408/98.

sussidiarietà impone per regola la dislocazione dell'amministrazione a livello locale, e segnatamente comunale, occorre che il governo locale abbia un'organizzazione e una dimensione adeguata per l'assunzione delle nuove responsabilità. Insomma la dimensione organizzativa e in conseguenza la capacità di governo propria dei singoli enti locali, diventa fattore da tenere in considerazione preliminare ai fini del trasferimento delle funzioni. E così compaiono per la prima volta nella legge i principi di differenziazione e adeguatezza. Gli enti locali della medesima categoria non sono tutti uguali ma anzi sono tra loro profondamente diversi; e in conseguenza diverso può e deve essere l'ambito funzionale proprio di ciascuno di essi. Si impone con forza il principio di adeguatezza che tende necessariamente alla riorganizzazione del governo locale secondo dimensioni ottimali. Sul punto, com'è noto, le modifiche apportate alla legge l.n. 42/90 (dalla l.n. 265/98) hanno privilegiato a tal fine lo strumento, ben collaudato dall'esperienza francese, dell'associazionismo comunale. Il legislatore ha ritenuto che tale principio e la sua realizzazione a livello locale costituissero presupposto per la stessa attuazione del processo di trasferimento, disponendo che la dislocazione a livello locale delle nuove funzioni e dei nuovi compiti avvenisse in concreto solo una volta compiuto il processo di aggregazione (art. 3, 2° co., d.lgs. 112/98);

- la quarta linea di azione è intesa a realizzare, sia pure nei limiti imposti dal testo costituzionale allora vigente, l'autonomia dell'amministrazione e del governo territoriale.). I controlli di legittimità vengono ridotti al minimo, soprattutto per effetto della legge n.127/97, limitandosi agli atti di carattere normativo

e ai documenti di bilancio; e con il dichiarato intento del legislatore di procedere ulteriormente una volta rimosso l'ostacolo dato dalla previsione costituzionale dei comitati di controllo. Muove in tal senso anche il riconoscimento delle funzioni proprie degli enti locali, che essi devono autodefinire, senza dover subire più l'imposizione da parte del legislatore statale⁴⁴.

I principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza sono stati ulteriormente radicati nell'ordinamento italiano con la cd. Legge "La Loggia" (legge n° 131/2003), dal nome dell'omonimo ministro, recante le "Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla L. Cost. le 8/10/2001 n° 131". Difatti all'art. 2 c. 4° della L. 131/2003 viene ribadito che il Governo, nella revisione delle disposizioni in materia di Enti Locali si deve attenere ai seguenti principi e criteri direttivi:«...c) valorizzare i 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;... n) valorizzare le forme associative anche per la gestione dei servizi di competenza statale affidati ai Comuni;... q) rispettare i principi desumibili dalla giurisprudenza costituzionale...». In questi criteri non mancano ambiguità e contraddizioni; il criterio sub c) sembra ribadire quanto già espresso nell'art.118 Cost., per cui è lecito chiedersi se era tanto necessario specificarlo. In realtà se lo si considera un elemento meramente ricognitivo di un vincolo costituzionale esistente, non si fa

⁴⁴ V. Cerulli Irelli, *Consolidamento delle riforme amministrative e innovazioni costituzionali: problemi attuativi e di integrazione*, 2002, in www.astrid-online.it.

fatica ad accettarlo. Va osservato, però che la sussidiarietà a cui si fa riferimento sarebbe solo quella verticale, il che stridrebbe con la salvaguardia, richiamata sub o), delle funzioni attribuite alle autonomie funzionali, cosa che sarebbe solo compatibile con un'apertura verso la sussidiarietà orizzontale. Il criterio sub n) non presenta particolari spunti di riflessione, se non il fatto che esso si presenta come conferma del favor dei governi locali nei confronti delle forme associative, soprattutto per la gestione dei servizi e per l'esercizio delle funzioni statali, in particolare quelle fondamentali. Su questo punto le Regioni, sostenute da autorevole dottrina, hanno ribadito a lungo la propria competenza, considerando la materia dell'associazione tra enti estranea a quelle indicate nell'art.117, comma secondo, lett. p). La norma di cui alla lettera c), in combinato disposto con quella della lettera n) rappresenta una rivendicazione della competenza statale, basata sul presupposto che rientra tra le competenze del legislatore delegato l'eventuale modifica della legislazione in vigore in materia di forme associative. Il principio sub q) sembra essere una sorta di clausola di stile poiché è ovvio che il legislatore delegato debba rispettare la Costituzione per quanto riguarda i vincoli che da essa discendono. Tuttavia parlare di una mera clausola di stile sembra riduttivo. Tale specificazione merita una giusta attenzione in quanto mette in chiaro l'importanza del ruolo dei giudici costituzionali nell'ordinamento interno e comunitario e quella del dettato costituzionale nei rapporti tra i diversi livelli di governo territoriale⁴⁵. Tali criteri danno luogo ad un'interpretazione estensiva della Costituzione, in particolare dell'art. 117, lett. p, e dell'art. 118. Infatti né le forme associative degli enti locali, né le autonomie funzionali trovano un riferimento esplicito nel nuovo testo

⁴⁵ AA.VV. , *Legge "La Loggia" – Commento alla l. 5 giugno 2003 n.131 di attuazione del Titolo V della Costituzione*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna (RN), 2003, p.69 ss.

costituzionale. Invece i richiami espliciti fatti nella legge La Loggia, postulano che il legislatore statale si senta legittimato dall'art. 117 Cost., comma 2, lett. p, a legiferare in materia di forme associative e a considerare le autonomie funzionali come un limite a tale competenza, in riferimento all'individuazione delle funzioni fondamentali degli enti. Dal punto di vista giuridico, la prima cosa è più facile da accettare, perché il criterio di cui alla lett. n) riguarda i servizi di competenza statale affidati ai Comuni e dunque attiene alla delega del secondo comma dell'art. 2, ovvero quella relativa alla revisione delle norme in vigore, necessaria alla luce del nuovo assetto costituzionale. Più difficile è accettare un'interpretazione così estensiva dell'art. 118, inteso come autolimitazione del legislatore, nonostante parte della dottrina auspichi da tempo un'interpretazione in tal senso⁴⁶. A ben vedere l'art.2 si configura più come una legge di delega autonoma, inserita in un'altra legge di delega, che una parte armonica dell'impianto della legge n. 131/2003⁴⁷. Anche l'art.7 della suindicata legge si pone come norma di attuazione della riforma del titolo V Cost. e dell'art. 118 in tema di conferimento di funzioni amministrative di funzioni amministrative a Regioni ed enti locali. Il comma 1⁴⁸ ribadisce che spetta allo Stato ed alle Regioni, alla luce del

⁴⁶Sulle autonomie funzionali vedi A. Poggi, *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e orizzontale*, Giuffrè, Milano, 2001.

⁴⁷G. Falcon, *Stato regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, il Mulino, Bologna, 2003, p. 72 ss.

⁴⁸«Lo Stato e le Regioni, secondo le rispettive competenze, provvedono a conferire le funzioni amministrative da loro esercitate alla data di entrata in vigore della presente legge, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, attribuendo a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato soltanto quelle di cui occorra assicurare l'unitarietà di esercizio, per motivi di buon andamento, efficienza o efficacia dell'azione amministrativa ovvero per motivi funzionali o economici o per esigenze di programmazione o di omogeneità territoriale, nel rispetto, anche ai fini dell'assegnazione di ulteriori funzioni, delle attribuzioni degli enti di autonomia funzionale, anche nei settori della promozione dello sviluppo economico e della gestione dei servizi. Stato, Regioni, Città metropolitane, Province, Comuni e Comunità montane favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà. In ogni caso, quando sono impiegate risorse pubbliche, si applica l'articolo 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Tutte le altre funzioni

sistema delineato dall'art.117 Cost., il compito di conferire agli enti locali diversi dai Comuni le funzioni amministrative da ciascuno esercitate alla data di entrata in vigore della legge, secondo i principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. Ai Comuni spettano in via residuale tutte le altre funzioni. Essi, secondo la norma, possono esercitare le loro funzioni in forma singola o associata, ovvero attraverso le Comunità montane e le unioni di Comuni. Il comma in esame mentre ha confermato la competenza della disciplina della funzione amministrativa in capo all'ente che ha sulla materia la funzione legislativa, ha posto un freno al potere legislativo, mantenendo le funzioni in capo agli enti che le esercitavano già. Questa disposizione ha tranquillizzato i massimi rappresentanti delle autonomie locali, che ritenevano che attribuire ai Comuni la residualità delle funzioni, stravolgesse la *ratio* dell'art.118 Cost. Esso imporrebbe valutazioni provenienti dal basso verso l'alto, ovvero a partire dai Comuni; tale ipotesi è perlopiù teorica in quanto è chiaro che all'ente titolare della funzione legislativa sulla materia spetta la disciplina delle funzioni ad essa inerenti. Il rispetto del testo costituzionale impone il coinvolgimento massimo dei rappresentanti degli enti locali a livello statale e regionale. L'art 118 legittima la sottrazione delle funzioni ai Comuni grazie alla formula dello "esercizio unitario". Questa espressione generica trova un'esplicazione nella norma in esame. Quest'ultima dispone che occorre ricorrere al livello superiore quando sia necessario garantire il buon andamento, l'efficacia, l'efficienza, l'economicità dell'azione amministrativa oppure per logiche legate all'omogeneità territoriale.

amministrative non diversamente attribuite spettano ai Comuni, che le esercitano in forma singola o associata, anche mediante le Comunità montane e le unioni dei Comuni.». Art 7, comma 1, legge n.131/2003.

La specificazione si presenta come tassativa ma in realtà non lo è perché non è compito del legislatore ordinario vincolare l'interpretazione di disposizioni costituzionali. Le specificazioni sono ragionevoli ma tutte riconducibili al principio di adeguatezza e vagliabili solo dalla Corte Costituzionale. Per quanto concerne la tematica delle associazioni tra enti, prima della legge in esame, essa era ritenuta di competenza regionale perché non rientrante nei tre oggetti di competenza statale (legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali). L'art.2 mina questa convinzione prevedendo la valorizzazione delle forme associative tra i criteri direttivi della delega al governo per l'individuazione delle funzioni fondamentali. L'ultima parte del comma 1 si rifà al concetto di sussidiarietà orizzontale, nell'accezione costituzionale dell'espressione; essa inoltre richiama espressamente il concetto di autonomia funzionale, specificando che l'assegnazione di ulteriori funzioni agli enti di autonomia funzionale possa riguardare anche i settori dello sviluppo economico e della gestione dei servizi. Quindi sembrerebbe che gli enti di autonomia funzionale non solo non perdano competenze a seguito del novo conferimento, ma siano destinatarie di nuove funzioni. Ma questa ipotesi è da scartare perché contrastante con il primo comma dell'art.118 Cost., che individua in modo tassativo i soggetti beneficiari del nuovo conferimento (Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni e Stato), escludendo le comunità montane, previste alla fine del primo comma dell'articolo in esame⁴⁹. Tali destinatari prima di esercitare le funzioni dovranno

⁴⁹ G. Falcon, *op. cit.*, p.151.

valutare sempre l'applicabilità del principio di sussidiarietà orizzontale⁵⁰.

6.1. Le diverse “facce” dell'adeguatezza nel testo approvato dalla Commissione Bicamerale⁵¹.

La nostra riflessione si incentra, a questo punto, sul secondo inciso del comma 1 dell'art.56 del testo approvato dalla Commissione Bicamerale⁵², che recita: «La titolarità delle funzioni compete rispettivamente a Comuni, Province, Regioni e Stato, secondo criteri di omogeneità e di adeguatezza». La norma opera una sorta di prequalificazione degli interessi ed in base alla loro natura decide di affidarli alla cura di uno dei soggetti pubblici esistenti⁵³. Essa, dando particolare rilievo all'aspetto quantitativo, sembra derogare ai principi di sussidiarietà e dell'adeguatezza, correlando la dimensione degli enti

⁵⁰Parte della dottrina ha sostenuto che il richiamo di tale principio nell'art.7 della legge n.131/2003 serve ad affermarlo come principio del nuovo conferimento di funzioni, che non sono però attribuibili alle autonomie funzionali, cosa che contrasterebbe con la nostra Costituzione.

⁵¹ Testo risultante dalla pronuncia della Commissione parlamentare per le riforme costituzionali del 4 Novembre 1997.

⁵² «Nel rispetto delle attività che possono essere adeguatamente svolte dall'autonoma iniziativa dei cittadini, anche attraverso le formazioni sociali, le funzioni pubbliche sono attribuite a Comuni, Province, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà e differenziazione. La titolarità delle funzioni compete rispettivamente ai Comuni, alle Province, alle Regioni e allo Stato, secondo i criteri di omogeneità e adeguatezza. La legge garantisce le autonomie funzionali. È attribuita ai Comuni la generalità delle funzioni regolamentari ed amministrative anche nelle materie di competenza legislativa dello Stato o delle Regioni, ad eccezione delle funzioni espressamente attribuite dalla Costituzione, dalle leggi costituzionali o dalla legge alle Province, alle Regioni o allo Stato, senza duplicazione di funzioni e con l'individuazione delle rispettive responsabilità. Senza oneri finanziari aggiuntivi possono essere istituite aree metropolitane anche con ordinamenti differenziati. I Comuni con popolazione inferiore al minimo stabilito dalla legge approvata dalle due Camere, ovvero situati in zone montane, esercitano anche in parte le funzioni loro attribuite mediante forme associative, alle quali è conferita la medesima autonomia riconosciuta ai Comuni. Gli atti dei Comuni, delle Province e delle Regioni non sono sottoposti a controlli preventivi di legittimità o di merito». *Art.56 del testo della Bicamerale del 1997.*

⁵³ R. Marrama – M.R. Spasiano, *Spunti di riflessione intorno al criterio di adeguatezza*, in *Nuove Autonomie*, II - III, 2000, pp.266 – 268.

alla tipologia delle funzioni affidate, anche se la dimensione territoriale non risulti più adeguata alla gestione degli interessi. Inoltre procedere all'allocazione delle funzioni in nome dell'adeguatezza risulta ancora più difficile, dovendo operare congiuntamente con il menzionato criterio dell'omogeneità, inteso come tendenziale standardizzazione della distribuzione delle funzioni. Le riflessioni, contenute nel Rapporto Giannini sulla eccessiva frammentazione della realtà locale italiana, sono sufficienti a comprendere che bisogna evitare forme di automatismi nell'attribuzione delle competenze che mal si concilierebbero con l'applicazione del principio di adeguatezza. Un'ulteriore significato di adeguatezza si può individuare nell'art.62 del testo della Commissione Bicamerale laddove, in riferimento al Fondo perequativo a favore dei territori economicamente più svantaggiati, statuisce che: «Scopo del Fondo è quello di consentire ai Comuni, alle Province e alle Regioni beneficiari, di svolgere le funzioni ed erogare i servizi di loro competenza ordinaria ad un livello di adeguatezza medio ed in condizioni di massima efficienza ed economicità». In questo caso è chiaro che il nostro principio è inteso come necessità di una valutazione di tipo qualitativo sulla gamma di servizi che le istituzioni sono tenute a fornire agli utenti, ovvero "adeguamento" dei servizi pubblici alla richiesta di qualità di vita proveniente dai cittadini⁵⁴. In questa direzione il legislatore ha a disposizione strumenti di tutela facilmente accessibili da parte dei destinatari, i quali possono ottenere la soddisfazione sperata in tempi adeguati.

⁵⁴ In tale versione il principio di adeguatezza è più vicino a quello di efficacia dell'azione amministrativa inteso come effettiva capacità di perseguimento degli obiettivi da parte della P.A..

6.2. Le soluzioni prospettate dal tuel per l'esercizio di funzioni dei Comuni.

Gli artt. 13 e 33 del d.lgs. n.267/2000 (tuel) disciplinano la tematica dell'esercizio delle funzioni amministrative spettanti al Comune. Il primo comma dell'art. 13⁵⁵ riproduce il contenuto dell'art. 9 della legge 142/1990. Esso continua ad individuare gli ambiti di intervento con i settori organici in cui vennero sistemate le funzioni amministrative con il d.p.r. n.616 del 1977. La sola variazione consiste nell'utilizzo dell'espressione "servizi alla persona e alla comunità" in luogo della vecchia formula "servizi sociali". Questa innovazione non è solo nominalistica in quanto i servizi sociali diventano nel d.lgs. n.59/1997 una delle materie rientranti nei servizi alla persona e alla comunità, formula precedentemente priva di un significato specifico e suscettibile di differenziate interpretazioni in base al contesto. È evidente che l'individuazione delle aree di intervento è meramente esemplificativo, come dimostra l'avverbio "precipuamente". Oltre queste variazioni dall'importanza relativa, diverso è sicuramente il contesto normativo in cui opera la norma. L'art.13, infatti, deve essere letto alla luce dell'art.3, commi 2 e 5, che richiama il ruolo della sussidiarietà verticale e orizzontale così come delineato nella legge 59/1997 nella definizione delle sfere di competenza dei differenti livelli di governo. Un'altra importante

⁵⁵ «Spettano al comune tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale, precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, dell'assetto ed utilizzazione

del territorio e dello sviluppo economico, salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze. Il comune, per l'esercizio delle funzioni in ambiti territoriali adeguati, attua forme sia di decentramento sia di cooperazione con altri comuni e con la provincia». *Art. 13 tuel.*

chiave di lettura è fornita dall'art.4. Se infatti il principio di base è quello del conferimento al sistema delle autonomie di tutte le funzioni amministrative, salvo quelle riservate allo Stato o spettanti alle Regioni in quanto richiedono l'unitario esercizio a livello regionale, ciò vuol significare che quelle spettanti al comune si individuano a contrariis, come funzioni residuali non conferite ad altri soggetti. Ciò che più ci interessa in questa sede è il secondo comma che, anche in questo caso, ricalca in parte l'impostazione della legge 142/1990, ma poi in materia di esercizio di funzioni, consente al Comune di attuare sia forme di decentramento che di cooperazione con altri Comuni e con la Provincia, quando ciò sia necessario ad assicurare il principio di adeguatezza dell'ente alle funzioni da esercitare. Anche questo comma va letto in chiave sistematica, considerando tutta la disciplina che il testo unico detta in materia di esercizio di funzioni, che riconduce inevitabilmente all'art. 118 Cost. Il legislatore non è più attento a *chi* e a *che cosa* si gestisce ma al *come* si gestisce, nell'intento di assicurare un riordino del sistema amministrativo che contemperi sussidiarietà e adeguatezza⁵⁶. D'altro canto l'art. 33 tuel⁵⁷,

⁵⁶ G. Pastori, *La redistribuzione delle funzioni: profili istituzionali*, in *Regioni*, 1997, p. 749 ss.

⁵⁷ «1. Le regioni, nell'emanazione delle leggi di conferimento delle funzioni ai comuni, attuano il trasferimento delle funzioni nei confronti della generalità dei comuni. 2. Al fine di favorire l'esercizio associato delle funzioni dei comuni di minore dimensione demografica, le regioni individuano livelli ottimali di esercizio delle stesse, concordandoli nelle sedi concertative di cui all'articolo 4. Nell'ambito della previsione regionale, i comuni esercitano le funzioni in forma associata, individuando autonomamente i soggetti, le forme e le metodologie, entro il termine temporale indicato dalla legislazione regionale. Decorso inutilmente il termine di cui sopra, la Regione esercita il potere sostitutivo nelle forme stabilite dalla legge stessa. 3. Le regioni predispongono, concordandolo con i comuni nelle apposite sedi concertative, un programma di individuazione degli ambiti per la gestione associata sovracomunale di funzioni e servizi, realizzato anche attraverso le unioni, che può prevedere altresì la modifica di circoscrizioni comunali e i criteri per la corresponsione di contributi e incentivi alla progressiva unificazione. Il programma è aggiornato ogni tre anni, tenendo anche conto delle unioni di comuni regolarmente costituite. 4. Al fine di favorire il processo di riorganizzazione sovra comunale dei servizi, delle funzioni e delle strutture, le regioni provvedono a disciplinare, con proprie leggi, nell'ambito del programma territoriale di cui al comma 3, le forme di incentivazione dell'esercizio associato delle funzioni da parte dei comuni, con l'eventuale previsione nel proprio bilancio di un apposito fondo. A tale fine, oltre a quanto stabilito dal comma 3 e dagli articoli 30 e 32, le regioni si attengono ai

a differenza delle norme che lo precedono e lo seguono, che individuano forme di associazione e cooperazione fra enti, riconferma in capo alla regione il compito di incentivare l'esercizio associato di funzioni da parte di Comuni, soprattutto se di piccole dimensioni. Le Regioni insieme ai Comuni determineranno gli ambiti territoriali ottimali per l'esercizio associato delle funzioni e dei servizi da parte dei Comuni di piccole dimensioni. Saranno però unicamente questi ultimi a scegliere la forma associativa idonea, optando magari per l'unione di Comuni piuttosto che la convenzione, compiendo l'attività necessariamente entro il termine fissato dalla Regione, la quale, in caso di inerzia, provvederà in via sostitutiva. Il comma 3 assegna alla Regione il potere di predisporre un programma triennale⁵⁸, in accordo con i Comuni, per identificare gli ambiti per la gestione associata sovracomunale di funzioni e forme di incentivazione per muoversi in tal senso: un apposito fondo di bilancio⁵⁹ in cui i contributi vengono erogati in base al grado di aggregazione e alla sua buona riuscita, con ulteriore maggiorazione se si sfocia in una unione o fusione⁶⁰. Parte della dottrina sostiene che l'art.33 sia un tentativo mal riuscito di coordinare le disposizioni in materia di incentivazione regionale

seguenti principi fondamentali: a) nella disciplina delle incentivazioni: 1. favoriscono il massimo grado di integrazione tra i comuni, graduando la corresponsione dei benefici in relazione al livello di unificazione, rilevato mediante specifici indicatori con riferimento alla tipologia ed alle caratteristiche delle funzioni e dei servizi associati o trasferiti in modo tale da erogare il massimo dei contributi nelle ipotesi di massima integrazione; 2. prevedono in ogni caso una maggiorazione dei contributi nelle ipotesi di fusione e di unione, rispetto alle altre forme di gestione sovracomunale; b) promuovono le unioni di comuni, senza alcun vincolo alla successiva fusione, prevedendo comunque ulteriori benefici da corrispondere

alle unioni che autonomamente deliberino, su conforme proposta dei consigli comunali interessati, di procedere alla fusione». *Art.33 tuel.*

⁵⁸ Tale programma si estende all'intera gamma dei Comuni della Regione, prescindendo dalle caratteristiche demografiche.

⁵⁹ Ulteriori forme di incentivazione possono essere stabilite con apposita legge.

⁶⁰ M. Bertolissi, *L'ordinamento degli enti locali – Commento al testo unico sull'ordinamento delle autonomie locali del 2000 alla luce delle modifiche costituzionali del 2001*, Il Mulino, Bologna, 2002, pp.194 – 195.

all'esercizio associato delle funzioni, quali quelle del d.lgs. 112/1998 e della l. 142/1990. Dunque non si è realizzato un effettivo coordinamento ma solo una sistemazione letterale dell'articolato normativo, lasciando all'interprete il compito di risolvere, volta per volta, le problematiche inerenti al rapporto tra le varie forme di incentivazione previste nei commi 2, 3 e 4, mentre il comma 1 sembra esservi stato inserito senza una spiegazione logico – sistematica⁶¹. Inoltre a livello regionale si è manifestata una disomogeneità disciplinare⁶² circa l'individuazione e l'attuazione degli ambiti ottimali. Tale determinazione tiene conto o di parametri oggettivi (la dimensione geografica, la contiguità territoriale fra i Comuni, le caratteristiche geomorfologiche del territorio, le classi di popolazione, i tipi di servizi da assicurare), o della mera iniziativa volontaria dei Comuni, o di ambedue i criteri. Quanto alla dimensione demografica del livello ottimale, questa, solitamente, non deve essere inferiore ai 10.000 abitanti; tuttavia si sono verificate delle deroghe per Comuni con popolazioni inferiori a tale soglia, che mostrino la capacità organizzativa per poter esercitare le funzioni conferite dagli enti locali. Ulteriore disomogeneità riguarda l'organo competente ad individuare gli ato, che spetta a volte al Consiglio regionale, altre volte alla Giunta. Ancora altre diversità si manifestano in riferimento al programma di riordino triennale: l'organo competente all'adozione, la disciplina della partecipazione alla sua definizione da parte dei Comuni in alcune ipotesi, il termine di aggiornamento. In riferimento al primo punto anche qui la scelta è tra il Consiglio e la Giunta; circa il secondo aspetto, solitamente, la partecipazione dei Comuni è

⁶¹ F. Caringella - A. Giuncato – F. Romano, *L'ordinamento degli enti locali – Commentario al testo unico*, IPSOA, Italia, 2007, p.336.

⁶² E. Giardino, *Le forme associative degli enti locali nella legislazione regionale*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 2009, I, p.715 ss.

prevista sia nella fase di iniziativa, sia in quella decisoria, spesso attraverso la Conferenza Stato - Regioni - Autonomie locali; per quanto riguarda l'ultimo aspetto si tende a rispettare il termine triennale, ex art.33 tuel, comma 3. L'incentivazione si è rivelata un'ottima spinta verso la gestione associata, essendo stata attuata in particolar modo dalla l. 42/2009 (*“Delega al governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell’art.119 della Costituzione”*), là dove dispone la «previsione di forme premiali per favorire unioni e fusione tra comuni, anche attraverso l'incremento dell' autonomia impositiva o maggiori aliquote di compartecipazione ai tributi erariali». Il conferimento di questi incentivi presuppone l'effettiva operatività delle gestioni associative, nonché una previa istruttoria di verifica del reale funzionamento delle stesse. Inoltre è il Programma di riordino territoriale a specificare i criteri per la corresponsione degli incentivi alle diverse forme di gestione associata in base alla tipologia della forma associativa, dei servizi e delle funzioni coinvolti, del grado di integrazione e del livello di raggiungimento degli obiettivi di efficienza ed efficacia. Nelle diverse previsioni si può rilevare il discrimen tra contributi ordinari e straordinari e la preferenza per alcune forme associative quali le Unioni di comuni e le Comunità montane.

6.3. La nuova formulazione dell'art.118 Cost. dopo la riforma del titolo V.

Il Titolo V della Costituzione offre, da un lato, un riparto di competenze diverso da quello precedente e, dall'altro, una diversa distribuzione delle funzioni amministrative. Esso ha limitato, rispetto

a prima, l'intervento del legislatore statale anche in ambiti di grande rilievo. Ciò che ci interessa prendere in considerazione in questa sede è la nuova organizzazione amministrativa prospettata che ripartisce le funzioni tra enti in posizione di pari ordinazione (Stato, Regioni, Province, Città metropolitane, Comuni). L'investitura dovrà toccare, in primo luogo, il Comune: tale istituzione risulta quella meglio in grado di percepire l'intensità con la quale gli interessi in gioco sono avvertiti dalla collettività territoriale. Come già precedentemente enunciato, le funzioni amministrative sono di regola svolte a livello comunale, salvo che, " per assicurarne l'esercizio unitario", siano conferite ai livelli superiori fino allo Stato. I criteri sanciti per la dislocazione delle funzioni amministrative ai vari livelli sono: la sussidiarietà, rivolta a privilegiare l'istituzione più prossima alla collettività alla quale gli interessi fanno capo; la differenziazione e l'adeguatezza⁶³, il primo tendente ad attribuire competenze differenti ad istituzioni omogenee ma con struttura e dimensioni diverse, il secondo mirante ad ottenere che ogni istituzione sia posta in condizione di gestire competenze proporzionate alle sue forze e perciò adeguate alla sua organizzazione e ai mezzi di cui dispone. Un'osservazione che può essere formulata è che non vengono individuati dall'art. 118, comma 1, Cost., i campi d'intervento dei singoli enti, ma solo i criteri di assegnazione, operandosi, così, una scelta nel senso della "decostituzionalizzazione delle materie" (MARINI). A chi spetta, dunque, il compito di effettuare tale assegnazione, sulla base dei criteri indicati in costituzione? Innanzitutto, in base al combinato disposto degli artt. 97 e 118 Cost. e della disp. trans. VIII, Cost., non è sostenibile la tesi dell'immediato trasferimento delle funzioni ai Comuni, dovendosi provvedere a tal

⁶³Si ricorda che tali criteri, ormai costituzionalizzati, sono stati estrapolati da una più ampia gamma di criteri direttivi elencati nell'art.4 della legge 15marzo 1997, n.59.

fine con legge statale, che trasferisca al contempo anche le necessarie risorse umane, finanziarie e strumentali⁶⁴. L'assegnazione avverrà mediante legge statale o regionale, a seconda delle rispettive competenze, a favore di quella tra le istituzioni di cui all'art. 114 Cost., ritenuta meglio in grado di assolvere i compiti. Spetta alla legge statale o regionale, a cui spetta la relativa competenza, procedere alla disciplina della funzione affidata. Tuttavia dovrà riservarsi alle istituzioni affidatarie la riserva normativa necessaria per il completamento della disciplina, a garanzia dell'autonomia delle regioni e degli enti territoriali⁶⁵.

⁶⁴ L. Barbuto, *L'art. 118 della Costituzione tra originaria formulazione e prospettive di modifica*, 2004, in www.diritto.it.

⁶⁵ A. de Roberto, *Il titolo V della Costituzione e la sua attuazione*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, , III, 2008, pp.270 – 271.

Capitolo secondo

*I risvolti applicativi del principio di
adeguatezza: le forme associative.*

1. Vantaggi e criticità della gestione associata.

Nel capitolo precedente abbiamo analizzato sommariamente tutte le caratteristiche dei piccoli Comuni ed abbiamo potuto constatare come siano proprio essi quelli più a rischio di sopravvivenza per i motivi suindicati. Vista la loro palese difficoltà nel mantenere una gestione dei servizi conforme al principio di adeguatezza, la soluzione più idonea è la gestione associata di servizi e funzioni. In termini di **efficienza** i Comuni che si uniscono possono realizzare sia economie di raggio d'azione (riduzione dei costi unitari visto l'utilizzo delle medesime risorse), sia economie di scala (riduzione dei costi unitari al crescere delle unità prodotte dal gruppo di enti)⁶⁶. Può aversi un miglioramento anche sotto il profilo dell'**efficacia**, intesa sia come miglioramento di servizi già erogati, sia come erogazione di nuovi: maggiore professionalità degli addetti reperibili, specializzazione in ogni campo. Gli altri obiettivi legati al miglioramento del servizio sono: 1) semplificazione dei procedimenti amministrativi; 2) estensione delle pratiche migliori (benchmarking); 3) omogeneità delle scelte sia politiche che gestionali; 4) recepimento uniforme e tempestivo delle novità legislative; 5) maggiore efficacia delle procedure di gara e di concorso, grazie all'aumento della massa critica (ad es., la base d'asta di una fornitura); 6) reperimento di contributi statali e regionali più consistenti, grazie all'ambito sovracomunale del soggetto richiedente; 7) reperimento degli stessi incentivi erogati dallo Stato e dalla regione alle gestioni associate⁶⁷. Questo quadro roseo però potrebbe essere macchiato da eventuali problematiche:

⁶⁶ E. Racca, *Piccoli e grandi, separati in casa*, in *Guida agli enti locali*, 1999, XXXIII, p.87 ss..

⁶⁷ M. Mordenti, *La gestione associata delle funzioni negli enti locali*, Maggioli editore, Santarcangelo di Romagna, 2003, pp.22 – 23.

1) eccessivo campanilismo; 2) carenze nella progettazione della gestione associata e assenza di coordinamento; 3) resistenze dell'apparato burocratico; 4) personale impreparato/non incentivato; 5) confusione procedurale; 6) dispersione della responsabilità; 7) limiti tecnologici; 8) eccessive differenze geomorfologiche, storiche, culturali, organizzative. Alla luce di tali punti critici, parte della dottrina⁶⁸ non si è espressa in maniera molto favorevole alla gestione associata. Si è avviato un processo aggregativo che ha solo sfiorato i livelli istituzionali, interessando solo alcuni compiti comunali e trascurando programmi di sviluppo territoriale in ambiti significativi. Più che di nuovi assetti organizzativi, si è trattato di modeste forme di cooperazione. Sicuramente ci troviamo di fronte ai primi sintomi di una nuova mentalità collaborativa, che però non è tale da stravolgere la struttura base e la filosofia tradizionale di funzionamento degli enti locali, che è per lo più rimasta inalterata. Le moderne metodologie di sviluppo, che richiedono ambiti territoriali adeguati, mal si conciliano con le attuali mentalità, ancora legate ad una visione localistica delle politiche territoriali.

1.1 I requisiti della gestione associata.

Affinchè possa predisporre una gestione associata si richiedono una serie di condizioni essenziali:

- l'esistenza di un accordo politico solido e ampio inerente ad un progetto di sviluppo di area vasta, che prescindendo dall'esistenza di amministrazioni di colore diverso;

⁶⁸ F. Trimarchi, *Qualche osservazione sulla riforma dell'amministrazione locale. Pluralismo istituzionale e funzionamento del sistema*, in *Le Regioni*, 2009, p.391.

- l'utilizzo nel progetto delle migliori risorse umane disponibili;
- l'unificazione delle strutture, ferma restando la predisposizione di front office presso gli enti;
- l'uso di soluzioni tecnologiche adeguate per connettere efficacemente l'intero ambito (Internet, Intranet), utilizzando per ogni servizio sempre lo stesso software;
- la determinazione di regole semplici, valevoli per tutti (es. regolamenti unici);
- la presenza di una leadership politica (sindaco/presidente) e di una leadership tecnica (segretario/direttore), a capo del progetto, che assicuri il coordinamento necessario⁶⁹.

1.2. L'oggetto della gestione associata.

I Comuni possono associare le loro **funzioni** e i **servizi**. La distinzione tra i due termini non è del tutto chiara, infatti spesso sono utilizzati indifferentemente sia nella prassi, sia dallo stesso legislatore, quasi concepiti in un rapporto *species a genus*. Per quel che riguarda la gestione attraverso forme associative dei servizi pubblici locali, occorre operare una distinzione in base alla rilevanza economica di questi ultimi⁷⁰. La nostra analisi deve avere come punto di riferimento iniziale l'art. 112 del d.lgs. 267/2000 (tuel), rubricato "Servizi e interventi pubblici locali". L'art. 112, introduttivo di tale titolo, stabilisce che «gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e

⁶⁹ M. Mordenti – P. Monea, *La gestione associata delle funzioni e dei servizi*, in *Comuni d'Italia*, 2003, I, p.16

⁷⁰ F. Mazzella, *La gestione associata di servizi e funzioni comunali*, in www.gazzettaamministrativa.it.

promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali». Il legislatore assorbe e riassume le due categorie tradizionali di servizio pubblico: 1) i servizi pubblici in senso soggettivo, vale a dire le attività di competenza dei pubblici soggetti; 2) i servizi pubblici in senso oggettivo, ossia le prestazioni erogate al fine di realizzare un interesse pubblico. Sotto il profilo della modalità di gestione il tuel, nel testo riformulato dalla legge finanziaria del 2002, suddivide i servizi pubblici locali in due gruppi: i servizi a rilevanza industriale (art.113), che dovranno essere gestiti da una società di capitali, selezionata con gara; altri servizi pubblici locali (art.113 bis), che possono essere gestiti in economia o in concessione a terzi o ancora affidati direttamente a istituzione, azienda speciale, società costituita o partecipata dall'ente locale. Tale classificazione può essere facilmente sostituita dalla distinzione tra servizi con o senza rilevanza economica.

1.3. Lo studio di fattibilità.

Il maggior carico di compiti ed attività che i principi di decentramento e di sussidiarietà (verticale) hanno riversato sui Comuni ha indotto la Regione a favorire la costituzione di forme di gestione associata delle funzioni e dei servizi, finanziando sia progetti e studi volti alla costituzione delle stesse, sia progetti volti a verificare la fattibilità ed opportunità dell'ampliamento e miglioramento della gestione associata di nuove funzioni o servizi, trovando soluzioni affinché tale ampliamento non comporti un aumento proporzionale della spesa pubblica e sia mantenuto, ed anzi migliorato, il livello di efficienza prodotto. Prima di attivare un progetto di gestione associata, bisogna predisporre uno studio di fattibilità, che cerchi di fornire agli

amministratori i necessari elementi di analisi sia sotto il profilo giuridico che organizzativo. Lo studio, solitamente viene svolto da un gruppo composto da segretari, direttori, responsabili di servizio degli enti, affiancati da consulenti esterni e guidati da un politico di riferimento. Dal punto di vista contenutistico, in generale, oggetto dello studio è la rilevazione e l'analisi dei seguenti aspetti:

- quadro normativo di riferimento;
- assetti istituzionali e organizzativi degli enti (dimensione, popolazione, territorio, articolazione della struttura e dei livelli di responsabilità, dotazione organica,);
- funzioni e servizi: linee di attività, attuali forme di gestione, personale assegnato, indicatori di prodotto e di processo, livello di informatizzazione,

Lo studio si basa su due fonti informative: le interviste ad amministratori, dirigenti e personale collegato alle attività oggetto di valutazione di forme gestionali alternative; l'analisi della documentazione dell'ente e di altra normativa (statuti, regolamenti, delibere, pianta organica..), che aiuti a costruire un progetto di sviluppo delle funzioni su cui si incentra lo studio. Questo attento studio deve portare alle seguenti conclusioni: 1) quali sono i punti di eccellenza dei singoli enti, da mettere possibilmente in condivisione; 2) quali le problematiche da affrontare; 3) i servizi da associare e con quale modello organizzativo (analisi cost – benefit); 4) l'ambito ottimale; 5) la forma associativa più adatta nel caso di specie; 6) le tappe necessarie per predisporre le condizioni ottimali della gestione associata. Partire con il piede giusto è fondamentale per ridurre al massimo il rischio di trovarsi di fronte agli ostacoli iniziali quali un'eccessiva attesa nel recepimento dei risultati iniziali, fraintendimenti, percezione falsata di

iniquità tra costi e ricavi,... tutti elementi che potrebbero minare la fiducia che è alla base di ogni patto associativo⁷¹.



1.4. I principi alla base della gestione associata

I principi cardine della gestione associata si traggono per lo più dalla “Carta europea delle autonomie locali” (Strasburgo 1985):

- Principio di libera associazione e libertà di forma degli accordi tra pubbliche amministrazioni;
- principio di autonomia organizzativa dei soggetti a cui vengono attribuite funzioni amministrative;

⁷¹ Studi di fattibilità, in www.regione.emila-romagna.it

- principio di partecipazione tra diversi livelli di governo del territorio attraverso il coordinamento tra Stato, Regioni ed Enti locali;
- principio di garanzia delle responsabilità, ovvero necessità di precisare all'interno di accordi di associazione (consorzi, convenzioni, accordi di programma ecc.) quali sono le responsabilità di ciascun soggetto sottoscrittore;
- principi di derivazione comunitaria: efficacia, efficienza, economicità;
- principio di competizione pubblico/privato, ovvero capacità del soggetto pubblico di competere con il soggetto privato. Questo principio acquisterà sempre più importanza in prospettiva dello sviluppo del modello di accreditamento dei servizi;
- principio di adeguatezza organizzativa. Tale principio attiene alla scelta del soggetto più adeguato e idoneo alla gestione di un determinato servizio e alla motivazione della scelta di un determinato modello di gestione;
- principio di sussidiarietà;
- derivazioni del principio di adeguatezza e di sussidiarietà: le funzioni in materia socio-sanitaria sono affidate alle Regioni e agli Enti locali. Allo Stato è riservata solo la determinazione dei livelli essenziali di assistenza.

1.5. La gestione associata obbligatoria.

Le novità principali per i piccoli Comuni sono contenute nel d.l. 78/2010, così come convertito dalla legge n. 122/2010, che impone l'obbligatorietà della gestione associata di molte funzioni dei piccoli Comuni. Questa novella necessita di un mutamento delle attribuzioni, dell'organizzazione, del finanziamento, del rapporto tra vertici e cittadinanza. Questa scelta mette fine a scontri politici, dottrinali, giurisprudenziali che si animavano da circa venti anni, cioè da quando Bettino Craxi, allora Presidente del Consiglio, propose all'assemblea dell' ANCI, l'abolizione dei piccoli Comuni. Nonostante la reazione a questa scelta legislativa si sia mostrata perlopiù favorevole, in quanto effettivamente i piccoli Comuni riuscivano a svolgere solo le funzioni essenziali, non riuscendo ad erogare numerosi servizi, è criticabile la scelta di utilizzare una manovra finanziaria, mentre la collocazione naturale sarebbe stata la riforma delle autonomie locali. Andando all'analisi della manovra⁷², l'art. 24, commi da 27 a 31, del d.l. 78/2010, impone l'obbligatorietà della gestione associata delle funzioni fondamentali nei Comuni fino a 5.000 abitanti. Il comma 27 conferma l'orientamento costituzionale che rimette alla legge statale l'individuazione delle funzioni degli enti locali. Le funzioni fondamentali sono quelle già elencate all'art. 21, comma 3, della legge 142/1990: generali di amministrazione, di gestione e controllo, polizia locale, istruzione pubblica, trasporti, territorio e ambiente, fatta eccezione per l'edilizia residenziale pubblica e locale, settore sociale. Il comma 28 stabilisce che queste funzioni sono obbligatoriamente gestite in forma associata da parte dei Comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti (ad eccezione di Campione d'Italia), e di

⁷² A. Bianco, *La gestione associata diventa obbligatoria*, in *Comuni d'Italia*, 2010, V, pp.28 – 29.

quelli con popolazione stabilita dalle leggi regionali e comunque inferiore ai 3.000 abitanti, appartenenti o appartenuti a comunità montane, attraverso unione e/o convenzione. Il comma 29 vieta lo svolgimento singolare delle funzioni fondamentali già gestite in modo associato e l'utilizzo di più di una sola forma associativa per la medesima funzione. Il comma 30 statuisce che spetta alle Regioni, nelle materia di loro competenza, in concerto con i Comuni, la determinazione della dimensione territoriale ottimale, fermo restando il numero minimo di abitanti previsto da tale legge ed escludendo dall'obbligo i Comuni capoluoghi di provincia e quelli con più di 100.000 abitanti. Il comma 31 specifica che il Presidente del Consiglio deve emanare, entro 3 mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, un decreto che fissi i termini entro cui i Comuni devono "comunque" dare attuazione a queste disposizioni e la dimensione demografica minima delle gestioni associate. Questa disposizione ha suscitato molte critiche su diversi aspetti e contraddizioni insite nella stessa. Ad esempio il quotidiano economico – giuridico "Italia oggi", in un suo articolo ha ribadito che « la norma contenuta nella manovra correttiva (dl 78/2010) che impone la gestione associata delle funzioni nei piccoli comuni non funziona, innanzitutto perché è calata dall'alto ed è confusionaria e semplicistica, in secondo luogo perché anticipa una riforma istituzionale (quella della Carta delle autonomie) utilizzando norme che invece di chiarire complicano »⁷³. La prima critica inerisce il rapporto tra legislazione regionale e nazionale, in quanto mentre spetta alla seconda l'individuazione delle funzioni fondamentali dei Comuni, è anche vero che tocca alla prima la disciplina delle forme associative. Tale scelta si spiega probabilmente

⁷³ Riccione - "No alla gestione associata obbligatoria": la stampa nazionale dedica ampio spazio alla kermesse romagnola, in www.unioni.anci.it, agg. 24/09/2010.

come il tentativo di evitare censure di legittimità da parte della Corte costituzionale. La seconda attiene ai Comuni interessati: infatti mentre inizialmente ci si riferisce a quelli con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti, poi si estende il vincolo anche ai Comuni appartenenti o appartenuti a comunità montane con popolazione stabilita da leggi regionali e comunque inferiore ai 3.000 abitanti...c'è dunque una forte confusione, da chiarire, sulle soglie minime della dimensione. La terza perplessità riguarda gli strumenti da utilizzare: si fa esclusivo riferimento alle unioni di comuni e convenzioni. Viene esclusa la possibilità di dar vita ai consorzi ma a ben vedere l'art.18 dello stesso decreto impone ai piccoli Comuni di istituire consigli tributari in forma associata tramite consorzi. Sembra escluso anche le comunità montane ma in realtà sono consentite implicitamente visto che l'art.27 del d.lgs. 267/2000 definisce le comunità montane come unioni di comuni. La quarta minima riguarda la soglia ottimale minima: mentre il comma 30 assegna tale compito alle regioni, nelle materie rientranti nella legislazione concorrente e in quelle di competenza esclusiva regionale, il comma 31 riserva tale competenza al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri. Questa medesima discrepanza si verifica in merito alla fissazione del termine entro cui avviare tale progetto. Bisognerebbe inoltre chiarire quali sono le funzioni da gestire in forma associata, visto che la legge 142/1990 che le ha individuate ha preso in considerazione solo la ripartizione delle risorse e non finalità istituzionali. Alla luce di tutto questo sono proliferate le unioni di comuni, ad oggi circa 200, e le convenzioni; tuttavia a questo incremento della gestione associata non è corrisposto un aumento proporzionale della gestione dei servizi in modo unitario. Spesso, infatti, sono state assegnate alle forme associative compiti nuovi o funzioni di scarsa importanza. Spesso alcune unioni sono

fallite o per una contrazione degli incentivi finanziari o per ostilità del personale.

2. L'evoluzione normativa delle forme associative fino alla legge 142 del 1990.

Le forme associative sovracomunali rappresentano una risorsa dalle potenzialità enormi dal momento che permettono di mantenere inalterata l'allocazione delle funzioni amministrative tra i differenti livelli di governo, ma, al tempo stesso, dotano i piccoli Comuni di uno strumento organizzativo di grandissima importanza in grado di soddisfare le carenze strumentali e organizzative che li caratterizza. Tale prospettiva risulta essere tanto più importante quanto più si riferisce alle funzioni fondamentali che dovrebbero rappresentare delle vere e proprie invarianti di sistema per tutti i Comuni e che, individuando una sorta di "zoccolo duro" di competenze caratterizzanti il livello di governo comunale, non sarebbe possibile trasferirle ad un altro livello di governo. Storicamente l'espressione forme associative si caratterizza per indicare tipologie di organismi che assumono forme estremamente differenti: forme strutturali e forme funzionali (ovvero quelle che danno vita ad una nuova soggettività giuridica rispetto a quelle preposte al mero svolgimento comune di alcune attività), forme volontarie e forme coattive - obbligatorie imposte dalla legge, forme plurifunzionali e forme monofunzionali. Nella maggior parte dei casi, solamente le forme associative a carattere strutturato permettono ai piccoli Comuni di realizzare i livelli di adeguatezza necessari, mediante la strutturazione di consorzi, di Associazioni, di Comprensori, di Comunità Montane e di Unioni di Comuni; mentre non sarebbero

sufficienti quelle a carattere non strutturato come le convenzioni, le intese e gli accordi di programma. Originariamente il nostro ordinamento prevedeva un unico modulo di aggregazione tra enti locali, il consorzio, a carattere monofunzionale, cioè destinato a svolgere un solo tipo di attività. Ne è risultata una mappa di enti assai eterogenea per ambiti territoriali e funzioni. Nonostante le differenze regionali l'evoluzione normativa si è caratterizzata per alcune linee di fondo: la ridisciplina dei consorzi, l'istituzione dei comprensori⁷⁴, l'utilizzo delle associazioni intercomunali per l'esercizio ottimale delle funzioni sovracomunali. Questa fase si concluderà negli anni '80 con leggi regionali che redistribuiranno le funzioni già demandate a comprensori o ad associazioni tra le Province e i Comuni, lasciando a questi ultimi la scelta di utilizzare o meno le forme associative⁷⁵. Più precisamente è dal 1971 al 1974⁷⁶ che il legislatore interviene sulla natura tradizionale del consorzio, sia per attrarlo nell'orbita regionale, così che esso sia non solo gestore di funzioni comunali, ma anche punto di riferimento per l'esercizio di talune funzioni regionali, sia per conferirgli un ruolo più organico, riuscendo a conseguire il consorzio volontario di tutti i comuni della regione, secondo un preciso disegno: la mappa consortile tende in alcuni settori, particolarmente nel settore socio – sanitario, ad essere generalizzata all'intero territorio regionale, secondo ambiti prefigurati. Nel 1971, invece, con legge dello Stato nacquero le Comunità Montane che vennero qualificate come enti di diritto pubblico e livelli di governo preposti all'attività di programmazione e pianificazione in ambito economico - sociale nelle zone montane, al fine di ridurre gli squilibri tra queste e le altre aree del paese. Il carattere obbligatorio delle stesse

⁷⁴ Per comprensori si intendono organi periferici della Regione, composti dai rappresentanti degli enti locali.

⁷⁵ L. Vandelli, *Il sistema delle autonomie locali*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp.61 – 62.

⁷⁶ L. Vandelli, *Le forme associative tra enti territoriali*, Giuffrè editore, Milano, 1992, p.12.

portò tutte le Regioni ordinarie ad istituirle in tempi piuttosto brevi, prevedendo altresì che esse potessero assolvere ad alcuni compiti di carattere gestionale (ad es. interventi in materia di pascoli, boschi e bonifica). Tra il 1974 – 1977 molte Regioni suddivisero il proprio territorio in comprensori, vale a dire ambiti e sedi finalizzati alla programmazione di livello intermedio, convinti dell'inadeguatezza della Provincia. Essi sono stati concepiti per lo più come organi della Regione, composti però essenzialmente dai rappresentanti degli enti locali. Agli inizi degli anni '80 il recupero del ruolo delle province ha portato alla crisi di tale forma aggregativa a vantaggio di deleghe in favore delle province stesse. Dal 1977 al 1982 l'attenzione del legislatore regionale si porta sulle associazioni intercomunali⁷⁷, considerate come livello ottimale di esercizio delle funzioni sovra comunali, categoria sicuramente più ampia di quella solo sanitaria ad esse demandata dalla legislazione nazionale. Le Associazioni trovavano il loro fondamento nel D.P.R. 616/1977, che, nel riallocare le funzioni dal livello regionale a quello locale, attribuiva alle Regioni il potere di individuare nuovi ambiti di esercizio e di intervenire autoritativamente per l'aggregazione dei Comuni. Alle Regioni spettava il compito di definire l'organizzazione delle associazioni ed il loro rapporto con i singoli Comuni, inoltre quello di estendere il loro ruolo ad ulteriori settori. Questa forma associativa è andata esaurendosi dopo le rivendicazioni di potere delle Province: si è dovuto procedere alla redistribuzione delle funzioni delegate tra Province, Comuni e Comunità Montane, mentre le Associazioni intercomunali sono rimaste in piedi solo in ambito sanitario. Tra il 1982 e il 1990 l'atteggiamento regionale si presenta come rinunciante alla configurazione di ogni livello intercomunale plurifunzionale; la

⁷⁷ L. Vandelli, op.ult.cit., pp. 8 – 9.

differenza tra associazioni e consorzi tende a sfumare; beneficiarie delle deleghe, già demandate ad associazioni e comprensori, diventano le Province. La **legge 142 del 1990** rappresenta il primo intervento organico in materia di ordinamento degli enti locali dopo l'entrata in vigore della Costituzione del 1948 e, in quanto tale, dà un configurazione sistemica alle forme associative a carattere strutturato. In primo luogo ritroviamo i consorzi che, tuttavia, non sono più configurati come veri e propri enti locali, ma assumono il profilo di enti strumentali degli enti locali che decidono autonomamente di costituirli al fine di gestire, d'ora in poi, uno o più servizi sotto la guida di un Presidente, di un'Assemblea, di un Direttore e di un Consiglio di amministrazione. La vera novità è rappresentata dall'Unione di Comuni che rappresenta un vero e proprio ente locale costituito da due o più Comuni per l'esercizio associato di più funzioni o servizi al fine di arrivare, nel periodo di tempo massimo di dieci anni, ad una completa fusione degli stessi in un nuovo Comune, grazie ad eventuali contributi regionali. L'obiettivo finale della fusione non è andato in porto in quanto si è dovuto confrontare, infatti, con il forte senso campanilista ancora presente nelle piccole realtà comunali, e con le stesse resistenze della popolazione, timorosa di dover modificare sensibilmente le normali modalità con cui è abituata a relazionarsi con l'amministrazione comunale ed i suoi servizi. La legge 142 del 1990 interviene anche in materia di Comunità Montane correggendo alcuni errori che caratterizzavano la legge del 1971, nel senso anzitutto di qualificarle come veri e propri enti locali di livello intermedio tra i Comuni e le Province nell'ambito delle zone montane, ma senza alcun tipo di profilo di autonomia costituzionalmente garantita e, in secondo luogo, di prevedere esplicitamente la possibilità che esse possano svolgere alcune funzioni amministrative

in forma associata. Al tempo stesso si inseriscono alcune previsioni volte ad escludere da queste i Comuni più grandi o quelli con percentuale minima di territorio montano. La legge sulla montagna n. 97 del 1994, prevedendo ulteriori interventi in favore dei Comuni montani, produrrà un ulteriore rafforzamento del profilo associativo delle Comunità Montane⁷⁸.

2.1. Le forme associative dalla legge 59/1997 alla legge 265/1999 (Napolitano – Vigneri).

La più recente legislazione, dunque, preso atto delle difficoltà incontrate dal disegno di cooperazione intercomunale così come predisposto dalla legge 142 del 1990, si è diretta verso obiettivi meno ambiziosi, ma più facilmente raggiungibili, tentando di favorire ed incentivare, in maniera graduale e progressiva, l'esercizio associato delle funzioni e dei servizi amministrativi. Il principio fondamentale è rappresentato dalla gradualità delle forme e dell'intensità delle aggregazioni, le quali, lungi dal comportare automatiche fusioni alla scadenza di un termine, rappresentano già di per se la fonte di numerosi vantaggi economici⁷⁹. Il processo di conferimento di funzioni è stato avviato dalla legge 59/1997 e proseguito con il d.lgs. 112/98, che hanno riaperto la problematica dell'inadeguatezza degli enti minori a svolgere una serie rilevante di funzioni e si sono posti come obiettivo primario la diffusione delle forme associative. In queste leggi si manifesta la tendenza a valorizzare il ruolo delle Comunità Montane, alle quali il decreto del 1998 fa riferimento in più

⁷⁸ A. M. Baroni, op.cit., p.15

⁷⁹ C. Iannello, *La gestione associata delle funzioni e dei servizi nei Comuni di piccole dimensioni*, in www.db.formez.it, p.6.

occasioni: in materia di manifestazioni fieristiche, protezione civile, assistenza scolastica e professionale, ecc...In tali contesti spesso le Comunità Montane erano concepite non come soggetti di gestione delle funzioni, ma come soggetti di pianificazione intermedia. Il decreto puntava su forme, soggetti e modalità liberamente scelte dai Comuni ma entro il termine ed entro gli ambiti predeterminati dalla Regione. Nell'ipotesi in cui la scelta non sia fatta entro il termine, essa è rimessa alla Regione; il legislatore statale ha scandito perfettamente la successione degli interventi⁸⁰. Tutto questo rappresenta una inversione di tendenza da parte del legislatore circa le modalità con cui far fronte all'inadeguatezza dimensionale dei Comuni: la creazione di nuovi enti intermedi e la fusione dei piccoli Comuni retrocedono rispetto all'estensione delle forme associative. In questa direzione si muove la legge n. 265/1999⁸¹ che si spinge oltre l'art. 3 del d.lgs. 112/98, prevedendo il necessario esercizio associato di tutte le funzioni comunali e non più solo di quelle conferite, sempre entro gli ambiti ottimali individuati dal legislatore regionale. La legge 265 del 1999 (cd. Napolitano - Vigneri) abbandona infatti la prospettiva della fusione dei piccoli Comuni, prendendo dunque atto del fallimento di tale politica, sposando invece in pieno quella dell'esercizio associato delle funzioni: provvede a modificare drasticamente la disciplina delle Unioni di Comuni qualificandole come mere forme associative a carattere polifunzionale, non implicanti più necessariamente la fusione dei Comuni ad esse aderenti; conferma la tripartizione degli organi tipica di tutti gli enti locali costituzionalmente garantiti con un Presidente, un Consiglio e una Giunta; introduce sullo stesso modello organizzativo una nuova tipologia di forme associative: le Comunità

⁸⁰ L. Vandelli, *Il sistema delle autonomie locali*, Il Mulino, Bologna, 2004, p.63 ss..

⁸¹ C. Tubertini, *Le forme associative e di cooperazione fra enti locali tra principi di autonomia e di adeguatezza*, in *Istituzioni del federalismo*, 2000, pp.307 – 308.

isolane; qualifica le Comunità Montane come unioni montane. Nonostante questa ultima disposizione, non si può parlare di una piena sovrapposizione tra comunità montane e unioni di comuni, che restano enti decisamente diversi⁸². Tale legge interviene a modifica della legge 142/1990, in particolare sul secondo comma dell'art.11, in cui si prevedeva la redazione di un programma regionale quinquennale di mutamento delle circoscrizioni dei piccoli comuni, nonché di fusione dei medesimi, a favore di un programma di riordino territoriale regionale triennale di individuazione degli ambiti per la gestione associata dei servizi e funzioni, ambiti all'interno dei quali la cooperazione tra enti poteva essere realizzata "anche attraverso le Unioni"(quindi anche mediante diverse formule associative); tale programma avrebbe potuto rideterminare alcune circoscrizioni territoriali e prevedere incentivi all'unificazione, il tutto concordato in apposite sedi concertative⁸³. Inoltre, per la prima volta nel nostro ordinamento, è stata introdotta una disciplina generale sugli incentivi regionali all'esercizio associato di funzioni da parte dei Comuni: l'art.26 bis precisa che spetta alle leggi regionali individuare le forme di incentivazione nell'ambito del programma triennale suindicato. Esse avrebbero potuto accantonare le risorse necessarie in un apposito fondo, somministrandole poi sulla base di criteri normativi prefissati: a) massima erogazione per il più alto grado di integrazione; b) ulteriori incentivi a favore delle Unioni di comuni; c) evitare di subordinare la corresponsione degli incentivi all'obbligo di successiva fusione; d) ulteriori incentivi per quelle unioni che avessero, spontaneamente, optato per la fusione. Il termine per l'adozione delle leggi regionali di incentivazione è di 18 mesi a partire dall'entrata in

⁸² R. Scarciglia, *L'autonomia normativa, organizzativa e amministrativa degli enti locali dopo la legge 3 agosto 1999, n. 265*, in *Le istituzioni del federalismo*, II, 2000, p. 291 ss.

⁸³ Così dispone l'art.6, comma 1, lett.a, della legge 265/1999.

vigore della presente legge, trascorso inutilmente il quale il Governo, sentite le Regioni inadempienti e la Conferenza unificata, provvederà esso stesso a dettare la normativa sulle incentivazioni. La disciplina in materia appariva fortemente frammentata in quanto vigevano al contempo almeno tre disposizioni: l'art. 3, comma 2 del d.lgs. 112/1998, l'art. 11, comma 2, e l'art. 26 bis l. 142/1990⁸⁴. Per il legislatore l'assenza di un quadro di incentivi regionali è da scongiurare con ogni mezzo perché rischia di compromettere la realizzazione dell'adeguatezza funzionale e di vanificare gli effetti del programma di riordino territoriale. Al fine di evitare tale disomogeneità normativa, il legislatore ha cercato di riunire tutta la disciplina dell'incentivazione regionale in un unico articolo, l'art. 33 del tuel, trascrivendo pressoché pedissequamente i periodi secondo, terzo, quarto, quinto dell'art. 3 d.lgs. 112/1998, comma 2, dell'art. 11 l. 142/1990, comma 2, e dell'art. 26 bis della l. 142/1990. Lo sforzo di coordinamento non sembra però soddisfacente sia perché non sono stati né soppressi, né espressamente richiamati i periodi da due a cinque dell'art. 3 su richiamato, cosa che ha accresciuto il caos ermeneutico; sia perché le disposizioni riportate sono state solo meccanicamente trascritte ma non integrate ed adattate sistematicamente e teleologicamente al nuovo contesto. Il testo unico sull'ordinamento degli enti locali del 2000 conferma l'orientamento in favore della promozione dei livelli di adeguatezza dei Comuni mediante la promozione dell'esercizio associato delle funzioni amministrative attraverso l'individuazione dei livelli ottimali da parte delle Regioni, rifiutando in questo modo definitivamente tanto la logica della differenziazione, quanto quella delle fusioni coattive.

⁸⁴ F. Caringella – A. Giuncato – F. Romano, *L'ordinamento degli enti locali – Commentario al testo unico*, IPSOA, Italia, 2007, pp. 326 – 329.

Quanto alla configurazione delle forme associative, il TUEL conferma in buona parte quanto già previsto da parte della legge n. 265 del 1999, salvo la nuova definizione delle Comunità Montane, non più come Unioni montane, bensì come «Unioni di Comuni, enti locali costituiti tra Comuni montani e parzialmente montani» e la nuova enfaticizzazione del profilo di enti preposti all'esercizio associato delle funzioni comunali. Al tempo stesso il d.lgs. 267 del 2000 individua come altre forme associative previste dall'ordinamento i consorzi e le Comunità isolate.

2.2. Le forme associative nella riforma costituzionale del 2001.

La riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione del 2001 provvede a costituzionalizzare quei principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione già introdotti nell'ordinamento ad opera della legge n. 59 del 1997, nonché la previsione in base alla quale la generalità delle funzioni amministrative spetta ai Comuni. Il nuovo Titolo V riconosce altresì come enti territoriali costitutivi della Repubblica i Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni, escludendo in questo modo dalla nozione di ente locale tutte le forme associative e gli altri organismi quali le Comunità Montane. Gli articoli 117 e 118 della Costituzione disegnano inoltre un nuovo quadro delle funzioni amministrative spettanti agli enti locali che ora sono identificate come funzioni fondamentali, che devono essere individuate dallo Stato, funzioni proprie e funzioni conferite, che dovranno invece essere disciplinate da parte della legge statale o da quella regionale, in base alle rispettive competenze. Tali nuove disposizioni caricano i Comuni di nuove e ulteriori responsabilità

rispetto alle quali risulta essere quanto mai necessario arrivare ad una configurazione di soluzioni in grado di garantire i livelli di adeguatezza tali da mettere tutti in condizione di avere tutte le risorse organizzative e strumentali necessarie per esercitare le nuove funzioni di cui erano titolari. In questo nuovo quadro costituzionale, le forme di associazionismo consentono l'applicazione del principio di adeguatezza, ex art. 118. Senza di esse sarebbe impossibile applicare alle istituzioni frammentate di circa 8100 Comuni l'affermazione secondo cui «le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che...», in quanto si rivelerebbero inadeguate dal punto di vista economico, organizzativo, professionale e territoriale. A ben vedere il nesso tra adeguatezza ed intercomunalità era già presente nella legislazione ordinaria e più precisamente nell'articolo 13 del testo unico che, dopo aver chiarito il ruolo generale dell'ente, aggiunge che «il Comune, per l'esercizio delle funzioni in ambiti territoriali adeguati, attua forme sia di decentramento sia di cooperazione con altri Comuni...».

3. La tipizzazione associativa nella legislazione regionale.

La riforma del titolo V ha aperto nuovi ambiti di intervento regionale, che esorbitano dal confine tracciato dal tuel, conducendo le Regioni ad un'opera di tipizzazione associativa. Evidente esempio è l'A.T.I. (Ambito territoriale integrato), disciplinato dagli artt. 17 ss. Della legge Regione Umbria n. 23 del 2007. Esso è un organismo che ha l'obiettivo di svolgere in maniera unificata le funzioni di più enti, consorzi, associazioni, conferenze e altri organismi comunque denominati, composti dai Comuni e/o partecipati degli enti locali, ovvero ai quali partecipano di diritto i sindaci, istituiti in ambito

provinciale o sub – provinciale in base a leggi regionali. L’A.T.I., istituito con decreto dal presidente della Giunta regionale, è una forma speciale di cooperazione tra enti locali, con personalità giuridica, autonomia regolamentare, organizzativa e di bilancio. Esso costituisce, inoltre, strumento istituzionale con il quale i Comuni promuovono in modo coordinato lo sviluppo economico e sociale del territorio sovra comunale, mediante la predisposizione di programmi di interesse comune, la partecipazione ai processi di pianificazione, programmazione generale e settoriale di competenza della Regione e della Provincia⁸⁵. La natura di questo organismo è stata molto criticata, essendo più che una speciale forma di collaborazione tra enti locali, una forma associativa strutturata a carattere plurifunzionale. Le perplessità si moltiplicano laddove si valutino i profili funzionali dell’A.T.I. e della Provincia, ma in realtà il secondo è un ente di governo, titolare di funzioni di area vasta, il primo è una forma associativa, esito dell’esigenza di assicurare un adeguato esercizio delle funzioni da svolgere. Su tale organismo sono stati sollevati dubbi di legittimità costituzionale⁸⁶, in quanto in contrasto con l’art. 114 Cost. che vieta al legislatore di creare nuovi livelli di governo (come invece è stato fatto in questo caso) e con il combinato disposto degli artt. 1 e 5 Cost., in quanto svolgono funzioni di area vasta, pur difettando del requisito della diretta rappresentatività delle comunità territoriali, richiesto da essi.

⁸⁵ E. Giardino, op. cit., p.721 ss.

⁸⁶ M. Di Folco, *Il Comune e la Provincia*, in F. Clementi – V. Antonelli (a cura di), *Il governo locale nella transizione federale*, C.E.L., Bergamo, 2009, p.123.

4. Le forme associative previste dall'ordinamento.

Il Testo Unico degli enti locali prevede le seguenti forme associative:

- **convenzione** (art. 30);
- **consorzio** (art. 31);
- **Unione di comuni** (art. 32);
- **Comunità montana/isolana** (art. 33).

Convenzione a parte, ci troviamo di fronte a soggetti giuridicamente e finanziariamente autonomi; l'Unione e la Comunità montana/isolana sono enti locali, dotati di un alto grado di autonomia politica e organizzativa. Altri modelli di collaborazione sono quelli disposti dal legislatore regionale, nel rispetto dei principi del tuel, come l'**Associazione di comuni**; altri ancora sono strumenti finalizzati alla cooperazione per opere di interesse sovracomunale e non per lo svolgimento di funzioni e servizi, come l'**accordo di programma**.

**UTILIZZO PERCENTUALE DELLE FORME
DI GESTIONE ASSOCIATA
(dati ANCI – FORMEZ del 2002)**

- ✓ Convenzioni: 85%
- ✓ Consorzi: 53%
- ✓ Comunità montane: 33%
- ✓ Unioni di comuni: 18%
- ✓ altro: 16%

5. I consorzi: dalle origini alla legge 142/1990.

La prima disciplina in tema di consorzi la si riscontra nel R.D. n. 2839/1923, in quanto precedentemente tale strumento era previsto da alcune leggi di settore solo in ambiti specifici. Tale disciplina fu successivamente trafusa nel Titolo IV del Testo unico della legge comunale e provinciale del 1934, che agli artt. 156 ss., definiva il consorzio come un “ente complesso” per la gestione di determinati servizi o per la realizzazione di opere di interesse comune agli enti consorziandi, dunque non utilizzabile per l’espletamento di funzioni. Era previsto inoltre che essi potessero essere costituiti non solo da comuni e province, ma anche mediante la partecipazione di altre amministrazioni pubbliche. Essi si distinguevano in: 1) facoltativi, ossia costituiti a seguito di deliberazione volontaria degli organi collegiali di comune e province; 2) obbligatori, se imposti dalla legge; 3) coattivi, cioè costituiti mediante decreto, a prescindere da disposizioni di legge che ne imponessero la costituzione. La struttura interna era già legislativamente prefissata e prevedeva l’assemblea consortile, il consiglio direttivo, il presidente, il cui incarico era specificato all’interno dello statuto. Lo statuto era approvato con deliberazione conforme da parte di ciascuno degli enti partecipanti e specificava non solo i compiti e la durata degli organi consortili ma anche lo scopo, i carichi finanziari e i casi di scioglimento. Il consorzio si prefissava uno scopo cooperativistico ed un modello associativo in cui ogni consorziato partecipava pro quota alla copertura delle spese⁸⁷. Per delineare l’attuale natura giuridica dei consorzi intercomunali occorre risalire alla disciplina della legge 142/1990 ed alle modifiche della legge del 1995. L’art.25 della legge

⁸⁷ F. Caringella – A. Giuncato – F. Romano, *op.cit.*, pp. 284 – 285.

del 1990 ha introdotto la possibilità di ricorrere tale istituto anche per la «gestione associata di uno o più servizi», ma non di funzioni e ad esso potevano aderire solo comuni e province. Il primo comma della norma citata dispone che detti consorzi potevano essere costituiti «secondo le norme previste per le aziende speciali di cui all'art.23, in quanto compatibili»; il comma secondo prevede che la convenzione posta a base della istituzione di detti consorzi dovesse prevedere la trasmissione agli enti aderenti degli atti fondamentali del consorzio. L'art.40 della predetta legge dispone, invece, la rimozione dei presidenti del consorzio e dei componenti del Consiglio di Amministrazione qualora compissero «atti contrari alla Costituzione o per gravi e persistenti violazioni di legge o per gravi motivi di ordine pubblico o quando siano imputati dei reati previsti dalla legge n. 646/1982, o sottoposti a misure di prevenzione e di sicurezza». Nell'art. 49 i consorzi vengono assimilati ai comuni e alle province sotto il profilo dei controlli e della vigilanza, con sottoposizione degli atti dell'assemblea al Comitato regionale di controllo; l'art. 51 estendeva ai consorzi la disciplina sull'organizzazione degli uffici e del personale, prevista per comuni e province. L'art. 60 impone l'adeguamento dei consorzi sorti nel regime precedente alla nuova legislazione. In particolare si è prevista o la loro soppressione o la loro trasformazione in conformità alle nuove disposizioni. Il termine previsto per l'adeguamento era quello di due anni dall'entrata in vigore della legge 142/1990, inizialmente definito come perentorio poi, vista l'inerzia di molte P.A., ordinatorio. Per molto tempo si è manifestata una forte incertezza in materia, in quanto una parte dei consorzi, vale a dire quelli costituiti prima dell'entrata in vigore della legge 142/1990, ancora sottoposti al R.D. n. 383/1934, avrebbero dovuto essere soppressi o rinnovati, e un'altra parte era sottoposta alla

legge del 1990, in quanto sorti successivamente alla sua entrata in vigore. Molti dibattiti dottrinali si incentrano sulla natura giuridica dei consorzi: secondo alcuni studiosi⁸⁸ la legge 142 del 1990 li avrebbe equiparati alle aziende speciali, visto il disposto del comma 1 dell'art. 25 ed anche il carattere imprenditoriale delle funzioni svolte dagli enti riuniti in consorzio. Anche il Consiglio di Stato, Sezione I, nel parere n. 103 del 1992 propende per la natura "imprenditoriale" o "aziendale" del consorzio, piuttosto che per quella "burocratica": secondo esso la legge 142/1990 aveva designato come consorzi quelle entità precedentemente definite come aziende consortili, affermando agli artt. 22 – 23 che ogni comune può istituire una o più aziende speciali per la gestione di servizi pubblici da organizzarsi con forme e criteri imprenditoriali, mentre il consorzio è una di queste aziende istituite però da più comuni. Altra parte della dottrina⁸⁹, proprio facendo leva sulla circostanza che i consorzi, potendo esercitare anche funzioni istituzionali e gestire servizi privi di rilevanza imprenditoriale, si dovrebbero classificare come strumenti di cooperazioni tra comuni e province, integralmente sottoposti al regime giuridico degli enti locali. Il rinvio previsto dal comma 1 non consente l'identificazione tra consorzi e aziende speciali, in quanto esso è limitato solo alle disposizioni che regolano l'ordinamento, il funzionamento e l'attività dell'azienda, nonché i rapporti con l'ente locale da cui promana. Non è neppure possibile giustificare tale richiamo solo al fine di applicare, anche ai consorzi, i criteri di efficienza ed economicità, in quanto la legge ne impone già il rispetto a tutti gli enti. La discriminante individuata da tale dottrina risiede nel

⁸⁸ In tal senso P. Virga, *L'amministrazione locale*, Giuffrè editore, Milano, 1992, p.30 ss., nonché F. Staderini, *Diritto degli enti locali*, CEDAM, Padova, 1996. p.258 ss..

⁸⁹ M. C. La Spina, *I consorzi intercomunali*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 1999, I, p.114 ss..

fatto che i costi dei servizi forniti dalle aziende speciali, a differenza dei consorzi, sono supportati dai cittadini che ne usufruiscono, a prescindere dalla loro condizione sociale. In definitiva entrambe gli orientamenti trovano sufficienti argomentazioni a loro sostegno nel testo originario della legge del 142. Come è stato già sottolineato il Consiglio di Stato propende per la tesi aziendalistica dei consorzi. In tale direzione si è mossa la pronuncia del T.A.R. Milano, sez. III, n. 355/95, che statuisce che l'attività del consorzio può differenziarsi a secondo che riguardi funzioni e servizi sociali o di carattere imprenditoriale; in quest'ultimo caso il consorzio è soggetto alla normativa delle aziende consorziali ed il consiglio di amministrazione viene nominato dall'assemblea consortile, fuori dal proprio seno. Un orientamento differente emerge dalla pronuncia del T.A.R. Toscana, sez. I, n. 187/1993 che ritiene che, secondo la legge 42/1990, il consorzio è uno strumento per la gestione associata di servizi nell'interesse della collettività e la partecipazione alle assemblee consorziali è prevista dalla legge come emanazione dell'assetto democratico degli enti associati. Infine il T.A.R. Milano, sez. III, n. 730/1994, ha dato una propria interpretazione del comma 1 dell'art.25 della legge 142: l'inciso si riferirebbe solo alle disposizioni sul funzionamento, l'ordinamento, l'attività e i rapporti con l'ente locale, senza estendersi al presupposto (rilevanza economica ed imprenditoriale) dell'azienda speciale. La forma consortile sarebbe l'unica in grado di svolgere il servizio tramite un soggetto giuridicamente distinto dai consorziati. Tale normativa è stata poi integrata e modificata dal d.l. n. 361 del 1995, convertito nella legge n. 437/1995, che ha previsto le seguenti novità⁹⁰:

⁹⁰ *Ivi*, pp.118 – 120.

1. al primo comma dell'art.25 è previsto che i consorzi possano occuparsi anche dell'esercizio delle funzioni;
2. ad esso possano partecipare non solo comuni e province, ma anche gli altri enti pubblici, qualora siano autorizzati ex lege;
3. la convenzione alla base del consorzio deve obbligatoriamente prevedere le nomine e le competenze degli organi consortili;
4. il mutamento della composizione degli organi consortili in caso di partecipazione di altri enti pubblici;
5. ai consorzi che gestiscono servizi di rilevanza imprenditoriale, economica e sociale si applicano, se previsto dallo statuto, le norme sulle aziende speciali, agli altri consorzi quelle dettate per gli enti locali.

Il consorzio dunque assume una forma neutra poiché non è dotato di una disciplina generale e astratta. Rimangono intatti gli artt.40 e 49 della legge 142 in tema di controllo degli atti fondamentali del Co.RE.CO. e di sospensione o rimozione degli amministratori. Questo è spiegato dal fatto che con il nuovo intervento normativo è mirato solo ad accentuare l'aspetto imprenditoriale della gestione dei consorzi, non a sopprimerli per assimilarli alle aziende speciali.

5.1. I consorzi nel Testo unico degli enti locali.

Il fenomeno associativo dei consorzi è disciplinato dall'art.31 tuel, dalla quale risultano come soggetti autonomi dotati di propria personalità giuridica e più precisamente enti pubblici. Tale caratterizzazione si desume dal riferimento alle aziende speciali. Il primo comma dell'art. 31 del Testo unico stabilisce non solo che comuni e province possano costituire consorzio per la gestione di uno

o più servizi, ma tale possibilità è estesa anche agli altri enti pubblici, qualora autorizzati. Dal nuovo ordinamento esce fuori un istituto che presenta i caratteri di una società tra enti pubblici e che ha come compito unico e specifico la gestione dei servizi pubblici e non più l'esercizio di funzioni. Si rimembra che le aziende speciali sono strumentali agli enti locali, ma sono anche dotate di personalità giuridica e autonomia imprenditoriale. Il fenomeno associativo dei consorzi è disciplinato dall'art. 31 tuel, dal quale risultano come soggetti autonomi dotati di propria personalità giuridica e più precisamente enti pubblici. Tale caratterizzazione si desume dal riferimento alle aziende speciali. Dal nuovo ordinamento esce fuori un istituto che presenta i caratteri di una società tra enti pubblici e che ha come compito unico e specifico la gestione dei servizi pubblici e non più l'esercizio di funzioni. Il richiamo delle disposizioni delle aziende speciali ne sottolinea la strumentalità a favore degli enti consorziati, la natura di forma associativa al fine di una migliore gestione dei servizi pubblici. L'aspetto societario del consorzio è sottolineato anche dalle modalità della sua formazione, così come previste dal secondo comma dell'art. 31: i rispettivi consigli degli enti consorziati devono approvare a maggioranza assoluta una convenzione, ossia un accordo contrattuale tra gli interessati al consorzio, unitamente allo statuto del consorzio. La strumentalità è ribadita anche dal comma 3 che prevede la trasmissione agli enti consorziati degli atti fondamentali del consorzio, ciò ovviamente per assicurare un controllo diretto da parte loro sull'attività del consorzio. Il medesimo sembra anche contenere un'antinomia, poiché inizialmente riserva alla convenzione «le nomine e le competenze degli organi consortili», ma poco più in là aggiunge che lo statuto deve disciplinare «la nomina e le funzioni

degli organi consortili». È il diritto societario⁹¹ a fornire un criterio interpretativo nel senso che la convenzione conterrà solo la nomina dei primi titolari degli uffici consortili e la prefigurazione dei criteri di nomina e delle competenze, che saranno poi riprese dallo statuto in conformità alla convenzione. Il comma 6 invece sancisce un limite quantitativo, statuendo che «tra gli stessi enti locali non può essere costituito più di un consorzio», da cui consegue che essi non potranno disporre tra loro la gestione unitaria di più servizi pubblici, ma dovranno dotarsi di un unico organismo che faccia fronte alle diverse esigenze che potrebbero nascere dalla gestione di diversi tipi di servizi. Tale comma consente anche di dare una risposta affermativa alla possibilità di cumulare la gestione dei servizi e l'esercizio di funzioni. I commi 4 e 5 individuano solo due tipi di organi: assemblea e Consiglio di Amministrazione. In particolare il comma 4 ha subito modifiche a seguito del d.l. n. 134/94: «Salvo quanto previsto dalla convenzione e dallo statuto per i consorzi, ai quali partecipano a mezzo dei rispettivi rappresentanti legali anche enti diversi dagli enti locali, l'assemblea del consorzio è composta dai rappresentanti degli enti associati nella persona del sindaco, del presidente o di un loro delegato, ciascuno con responsabilità pari alla quota di partecipazione fissata dalla convenzione e dallo statuto». Tale modifica è una conseguenza della nuova possibilità di istituire consorzi misti, da parte di enti diversi da comuni e province. L'utilizzo del termine "responsabilità" fa pensare ad un vero e proprio rischio d'impresa a carico degli enti associati e conferma il carattere per così dire societario del consorzio. Il settimo comma considera i consorzi obbligatori, imposti dallo Stato per l'esercizio di "determinate funzioni o servizi", in presenza di un "rilevante interesse pubblico".

⁹¹ Vedi artt. 2383 e 2328 c.c.

La costituzione deve avvenire con legge dello Stato, ma l'attuazione è demandata alle regioni. La norma appare di rilevante interesse perché le convenzioni obbligatorie possono avere ad oggetto non solo l'esercizio delle funzioni ma anche la gestione dei servizi ed inoltre perché non precisa l'ipotesi in cui si effettui solo il primo ma non la seconda. Non sono più previsti i consorzi coattivi tra comuni e province al fine di limitare il potere discrezionale dell'amministrazione nei confronti degli enti territoriali⁹². Il tuel lascia nell'ombra alcuni aspetti come i rapporti tra organi, quelli tra consorziati, che restano affidati alla discrezionalità dell'interprete o all'autonomia dei partecipanti. Per ciò che concerne lo scioglimento del rapporto consortile⁹³, l'articolo specifica solo che la convenzione debba indicare la durata del consorzio, senza stabilire però né la durata minima, né la possibilità di una durata a tempo indeterminato⁹⁴. Visto il generale principio dell'alternatività tra durata a tempo determinato e recesso *cum voluero*, sembra che sia esclusa la possibilità di un recesso *ad nutum* da parte del singolo componente, mentre parte della giurisprudenza amministrativa ritiene insussistente tale tipo di correlazione⁹⁵. Merita sottolineare che il Consiglio di Stato ha sempre ribadito la necessità dell'accettazione del recesso da parte dell'assemblea consorziale, come requisito di efficacia. Quanto alla trasformabilità del consorzio, il tuel non prevede nulla, ma è ragionevole ritenere che qualora si tratti della gestione associata dei servizi pubblici, esso può essere trasformato in s.p.a., come le aziende speciali, ma non con atto necessariamente plurilaterale. Occorre inoltre soffermarsi sul problema della giurisdizione: l'art.33 del d.lgs.

⁹² A. Propersi – G. Rossi, *I consorzi*, gruppo 24 ore, Milano, 2010, pp.447 – 450.

⁹³ M. Bertolissi, *L'ordinamento degli enti locali – Commentario al testo unico sull'ordinamento delle autonomie locali del 2000 alla luce delle modifiche costituzionali del 2001*, Il Mulino, Bologna, 2002, pp.187 – 189.

⁹⁴ Vedi sentenza del Tar Veneto, sez. I, n. 817/1995.

⁹⁵ Così Tar lecce n. 832/1991.

n. 80/1998 devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie concernenti l'istituzione, modificazione o estinzione di soggetti gestori di pubblici servizi, nonché quelle tra P.A. e i gestori comunque denominati di servizi pubblici. Alla luce di ciò le controversie tra consorziati o tra consorzio ed ente pubblico partecipante apparterranno alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

5.2. La legislazione regionale in materia di organismi consortili.

Al fine di agevolare la revisione dei consorzi, alcune regioni hanno preferito disporre una propria peculiare disciplina attuativa dell'art.25 della l. 142/90. In particolare menzioniamo la legge 26/93 della regione Abruzzo concerne:

- i contenuti e le procedure per l'approvazione delle convenzioni e degli statuti;
- l'ordinamento dei consorzi che secondo la legislazione regionale dovrebbe prevedere come organi: l'assemblea, il Consiglio di amministrazione ed il suo presidente, il direttore ed il collegio dei revisori dei conti;
- il rapporto di lavoro del personale dei consorzi, qualificato "di diritto privato";
- il patrimonio, le risorse finanziarie e i documenti contabili dei consorzi.

Di estrema importanza risulta essere anche la legge della regione Basilicata 19/94, in tema di consorzi obbligatori. Infatti, mentre è chiaro, dalla disciplina dell'art. 25 della legge 142/90, che spetta alla

legge statale decidere se ricorrere o meno ai consorziamenti obbligatori ed individuare i settori materiali, non è altrettanto chiaro quali effetti potrebbe avere un intervento della legge regionale in materia, precedente a quello della legge statale. Alla luce di queste considerazioni, il commissario del governo ha osservato che tale legge lucana non può costituire una normativa procedurale immediatamente operativa, poiché pur se vero che la costituzione dei consorzi obbligatori è riservata alla legge statale, alla regione spetta comunque l'attuazione. Da questo non è possibile escludere, in assoluto, la competenza regionale a prevedere consorzi obbligatori di enti, anche perché nel caso di funzioni proprie della regione, tale facoltà sarebbe implicita nel potere organizzatorio del governo locale, ex art. 31 l. 142/90. La legge della Basilicata, inoltre, oltre ad indicare tassativamente i contenuti della convenzione e dello statuto del consorzio, ne individua i seguenti organi: l'assemblea generale, l'amministratore unico, il collegio dei revisori dei conti⁹⁶.

5.3. La costituzione nei consorzi: convenzione e statuto consortile.

Affinchè si addivenga alla costituzione di un consorzio tra enti locali è necessaria l'approvazione di una convenzione, ex art. 30 tuel, unitamente allo statuto consortile, da parte dei consigli di tutti gli enti partecipanti ed a maggioranza assoluta. Tali atti si possono considerare come integrativi della legislazione vigente ed espressione dell'autonomia funzionale dei consorziati. Dal combinato disposto degli artt.24 – 25 emerge un po' di confusione e sovrapposizione dei

⁹⁶ G. Rolla – T. Groppi, *L'ordinamento dei comuni e delle province*, II edizione, Giuffrè editore, Milano, 2000, pp. 550 – 553.

contenuti. Tuttavia i richiami espressi, operati dai commi 1 e 2 dell'art. 31, nei confronti delle disposizioni in materia di aziende speciali e di convenzione, ed inoltre la funzione di specificazione rispetto all'oggetto dello statuto, riescono a fornire un dettagliato riparto di competenze. La convenzione dovrà prevedere⁹⁷:

- i fini, vale a dire i servizi e le funzioni affidati all'attività del consorzio;
- la durata del consorzio, esclusa la legittimità dei consorzi a tempo indeterminato;
- le forme di consultazione tra gli enti consorziati per la verifica dei risultati raggiunti e per il controllo politico – amministrativo;
- i rapporti finanziari tra consorzio ed enti contraenti;
- gli obblighi e le garanzie reciproche;
- gli atti fondamentali da trasmettere agli enti consorziati;
- le quote di partecipazione dei consorziati o altro diverso criterio di rappresentanza;
- le procedure di scioglimento e di recesso unilaterale;
- gli organi consortili ed i loro compiti.

Lo statuto, invece, avendo un compito di maggiore dettaglio, dovrà precisare:

- l'organizzazione del consorzio;
- le modalità di nomina e di funzionamento degli organi;
- gli atti fondamentali del consiglio di amministrazione da sottoporre all'approvazione dell'assemblea;

⁹⁷ F. Caringella – Aggiuncato, op.cit., pp. 300 – 301.

- l'eventuale applicazione delle norme sulle aziende speciali, nel caso di consorzio costituito per l'esercizio di servizi sociali;
- la precisazione delle quote di partecipazione di ciascun consorziato;
- la precisazione delle modalità di determinazione della rappresentanza e delle maggioranze in sede assembleare, qualora non si utilizzi il meccanismo di cui al comma 4 dell'art. 31;
- l'eventuale esclusione dall'applicazione delle norme sul controllo degli atti degli enti locali, previste nel tuel, circa i consorzi che gestiscono i servizi sociali.

I contenuti degli statuti dei diversi consorzi sono stati oggetto di numerose pronunce⁹⁸ da parte degli organi regionali di controllo e dei giudici amministrativi. Ad esempio è stata rilevata l'illegittimità della norma che prevedeva la possibilità di inserire, nello statuto o nella convenzione, una durata a tempo indeterminato del consorzio, per violazione dell'art. 24 della legge 142/90, che sancisce l'obbligo della determinazione della durata dei consorzi⁹⁹; della previsione che riconosceva la possibilità di gestire mediante consorzio "eventuali altri servizi pubblici", in quanto l'indeterminatezza dell'espressione contrastava con l'art. 24 su citato, che fa riferimento a funzioni e servizi "determinati"¹⁰⁰. Interessante interpretazione è, inoltre, quella del parere del Consiglio di stato, sez. I, n. 133/93, che ha ad oggetto il quarto comma dell'art. 25 l. 142/90 (secondo esso l'assemblea dei consorzi tra comuni è composta dai sindaci dei comuni consorziati con responsabilità pari alla quota di partecipazione), secondo la quale tale disposizione va interpretata nel senso che ogni sindaco ha un solo

⁹⁸ G. Rolla – T. Groppi, op. cit., pp. 546 – 548.

⁹⁹ Così Co.re.co. Lombardia, sez. Lecco, n. 6989/93.

¹⁰⁰ Così Co. re. co. Toscana, n. 214/95.

voto, con valore proporzionale alla quota di partecipazione. Di particolare rilievo è, poi, una pronuncia del Tar Piemonte, sez. II, n. 379/93, nella quale si afferma che l'elencazione degli organi dei consorzi, prevista dall'art. 23 l. 142/90, non è tassativa, ma soltanto indicativa e dunque adattabile alle scelte statutarie di ciascun partecipante, che andranno valutate in concreto. Dal suo canto il Tar Toscana, sez. I, n. 187/93, ha annullato una deliberazione degli organi di controllo che escludeva il diritto all'indennità per i componenti dell'assemblea consortile, ciò in quanto essi rappresenterebbero l'assetto democratico degli enti associati ed inoltre la loro partecipazione è prevista espressamente dalla legge 142/90.

5.4. La struttura organizzativa dei consorzi.

L'art. 31 tuel prescrive per i consorzi almeno una struttura organizzativa minima: assemblea, consiglio di amministrazione, rappresentante legale (detto anche presidente del consorzio). L'assemblea costituisce l'organo di indirizzo politico – amministrativo, con le seguenti funzioni: 1) l'elezione dei componenti del c.d.a.; 2) l'emanazione degli atti fondamentali del consorzio, quali gli atti programmatici, gli atti di indirizzo, i regolamenti; 3) l'approvazione degli atti fondamentali di competenza del c.d.a., così come indicati dallo statuto. Per quanto riguarda la sua composizione il comma 4 dell'art. 31 dispone la partecipazione dei rappresentanti legali degli enti partecipanti, ovvero sindaci e presidenti provinciali o loro delegati, ciascuno con responsabilità pari "alla quota di partecipazione fissata dalla convenzione e dallo statuto". Per quanto concerne tale proporzionalità due sono state le principali interpretazioni: ammettere un solo voto per ogni singolo componente

perché la proporzionalità non inerisce alla composizione, oppure un voto unico per ogni componente ma proporzionale alla quota di partecipazione dell'ente, tesi quest'ultima da preferire per ragioni logico – sistematiche. Come abbiamo precedentemente detto, l'assemblea elegge anche il consiglio di amministrazione, organo necessario per il funzionamento del consorzio, determinante per il raggiungimento dei fini consortili. Esso avrà il compito sia di dare esecuzione a tutte le delibere assembleari, sia di adottare agli atti fondamentali da sottoporre all'approvazione dell'assemblea. Il rappresentante legale, che è presidente del consorzio, deve presiedere le riunioni, esternare la volontà del consorzio e vigilare sulla rispondenza delle attività poste in essere dal consiglio di amministrazione agli indirizzi assembleari. Tutte le volte in cui si ammette l'applicazione delle norme sulle aziende speciali, tra gli organi dei consorzi di gestione di servizi di natura economico – imprenditoriale, si deve ammettere anche la presenza del collegio dei revisori dei conti, che controlla la contabilità consortile, e la figura del direttore, a cui toccheranno i poteri gestionali correnti e quelli residuali. Si ricorda che ulteriori organi possono sempre essere previsti in sede statutaria o convenzionale, in nome di un'ampia potestà statutaria, ma sempre nel limite della legge 142/90.

Organi:	Competenze:
<u>Assemblea</u> : composta dal sindaco o dal presidente di ciascun ente associato o da un loro delegato, con responsabilità pari alla quota di partecipazione	<ul style="list-style-type: none"> - elezione del Consiglio di Amministrazione - elezione del Presidente, se previsto ⇒ - adozione degli atti fondamentali (regolamenti, bilanci, ecc.) - approvazione degli atti fondamentali del C. di A. - competenze analoghe a quelle dei Consigli comunali e provinciali
<u>Consiglio di Amministrazione</u> : composto dai membri eletti dall'Assemblea del	<ul style="list-style-type: none"> ⇒ - attuazione indirizzi generali dell'Assemblea - competenze analoghe a quelle delle Giunte comunali e

Consorzio	provinciali
<i>+ se il Consorzio è disciplinato come un'azienda speciale:</i>	
<u>Presidente</u> : nominato dall'Assemblea del Consorzio	⇒ - rappresentanza del Consorzio verso l'esterno - presidenza sedute dell'Assemblea e del C. di A. - competenze analoghe a quelle dei Sindaci e Presidenti di Provincia
<u>Direttore</u> : nominato a seguito di pubblico concorso o direttamente dal C. di A., se previsto dallo Statuto	⇒ - competenze gestionali
<u>Collegio dei Revisori</u> : nominato dall'Assemblea	⇒ - controlli sulla contabilità e sui bilanci

5.5. I consorzi obbligatori e i consorzi che gestiscono a mezzo di s.p.a.

Il comma 7 dell'art. 31 attribuisce allo stato la possibilità di istituire consorzi obbligatori tra enti locali. Questi si differenziano da quelli facoltativi per una serie di aspetti:

- i consorzi obbligatori si fondano su di un atto impositivo di un ente superiore, quale lo stato,
- gli enti locali non sono liberi di fissare il contenuto convenzionale e statutario del consorzio, poiché devono adeguarsi alle indicazioni della legge nazionale istitutiva e della legge regionale di attuazione;
- i consorzi obbligatori possono essere costituiti solo in presenza di un "rilevante interesse pubblico"¹⁰¹.

¹⁰¹ Si tratta di situazioni di grave rischio di compromissione per l'economia nazionale o locale, oppure per gli effetti derivanti da situazioni calamitose.

Inoltre, a differenza della convenzione obbligatoria, il consorzio obbligatorio può essere istituito solo con legge statale, mentre la legge regionale ha soltanto un ruolo attuativo, può essere disposto per più servizi/funzioni, purchè determinati, non richiede l'emanazione di alcun disciplinare – tipo. Per essi il tuel non stabilisce alcuna disciplina specifica, in quanto, la legge statale disporrà l'istituzione, la legge regionale l'attuazione, solo per aspetti residuali non regolamentati si potranno utilizzare le norme sui consorzi facoltativi, ex art. 31 tuel. Ci si è interrogati molteplici volte sull'ammissibilità circa l'ammissibilità dei consorzi che gestiscono servizi a mezzo di società per azioni. Frequentemente gli organi di controllo hanno dichiarato illegittime, per violazione del combinato disposto degli artt. 22 e 25 della legge 142/90, alcune previsioni statutarie che consentivano tale facoltà al fine di raggiungere gli obiettivi prefissati dagli enti partecipanti, adducendo che ciò fosse consentito solo ai comuni e alle province che hanno optato per tale forma associativa e che il consorzio dovrà raggiungere i suoi obiettivi in maniera autonoma, senza avvalersi di terzi. Secondo alcuni autori¹⁰² questa interpretazione non è condivisibile qualora una simile disposizione sia prevista nello statuto, atto costitutivo del consorzio che è piena espressione della volontà dei comuni e delle province, non già dell'ente strumentale di secondo grado. In tal senso sembra muoversi anche il Tar Milano, sez. II, n. 644/93 che ritiene che, salvo diversa disposizione, le funzioni esercitabili dai consorzi sono solo quelle necessarie al perseguimento dello scopo per cui sono stati costituiti. Un orientamento più lato è quello espresso dal Tar Toscana n. 487/94 che ha legittimato la facoltà degli enti consorziati di gestire servizi pubblici tramite società a prevalente capitale pubblico locale. In realtà

¹⁰² G. Rolla, T. Groppi, *op cit.*, p.549.

occorre distinguere la scelta di consorzarsi con la scelta di tale particolare modalità di erogazione del servizio, poiché la prima è solo frutto di una valutazione politico – istituzionale, la seconda di una tecnico – gestionale.

5.6. I consorzi come contributo al miglioramento della gestione dei servizi comunali.

Come è noto il deficit pubblico dell'Italia è la naturale conseguenza della mancata osservanza di un principio, banale al primo impatto, ma difficile da attuare: ogni spesa dovrebbe avere una copertura finanziaria. Non è concepibile che un governo non assicuri i servizi pubblici essenziali, per mancanza di risorse, soprattutto se si tratta dell'amministrazione della giustizia, sanità pubblica, pubblica istruzione, pubblica sicurezza. Occorre necessariamente contemperare le esigenze della finanza con quelle della collettività. Uno dei punti focali del programma governativo è stato il risanamento dei conti pubblici con conseguente incremento delle entrate e riduzione delle spese. Anche gli enti locali, in questo, fanno la loro parte, cercando di rendersi sempre più autonomi dalle finanze statali. Infatti le fonti principali della loro autonomia finanziaria sono: l'I.C.I., la tassa per la raccolta e il trasporto dei rifiuti solidi urbani, le sovra – contribuzioni all'I.R.P.E.F., i trasferimenti effettuati dallo Stato, le entrate proprie e quelle derivanti dall'erogazione di servizi pubblici. Il programma locale mirerebbe a ridurre i trasferimenti statali ed aumentare l'I.C.I. e le sovra contribuzioni. L'aumento della pressione fiscale contrasterebbe col benessere della collettività per cui sembra da preferirsi un'ulteriore proposta: l'accorpamento dei piccoli comuni.

Questi ultimi costano troppo alla collettività per il pagamento delle spese di carattere generale e raramente, a causa della loro modesta capacità finanziaria, riescono ad assicurare ai loro amministratori tutti i servizi richiesti. Alla risoluzione di tale questione si oppongono alcune caratteristiche genetiche delle nostre realtà locali, quali il forte campanilismo e la propensione ad una identità autonoma che fanno propendere verso l'isolamento piuttosto che verso l'associazionismo¹⁰³. Alcuni autori¹⁰⁴ sottolineano proprio come, alla luce delle odierne esigenze, occorre superare tali tendenze e concepire finalmente il comune come un'azienda moderna che si preoccupa di offrire ai cittadini i pubblici servizi nel migliore dei modi. Essi si mostrano favorevoli alla fusione dei comuni, purtroppo fallita, in quanto il sistema elettorale dovrebbe essere predisposto in modo tale da assicurare ad ogni comune dell'unione un numero di consiglieri proporzionato alla popolazione e dunque tutelare l'identità di ognuno di essi. Tuttavia per i motivi campanilistici e per la scarsità di risorse e, di conseguenza, di strutture, sembra da preferire la forma consortile. Oggi la gestione del territorio è fondamentale, per cui i piccoli comuni devono, per essa, collaborare non solo con altri comuni ma anche con la provincia di appartenenza.

¹⁰³ S. Pizzuti, *La gestione in forma consorziata dei servizi comunali contribuisce allo sviluppo e miglioramento degli stessi*, in *L'Amministrazione italiana*, 2007, II, pp.419 – 422.

¹⁰⁴ G. Castronovo, *L'accorpamento dei piccoli comuni contribuirà al risanamento dei conti pubblici*, in *L'Amministrazione italiana*, 2006, XI, p.145.

5.7. Alcuni importanti orientamenti giurisprudenziali su aspetti di merito e procedurali in materia di consorzi.

La sentenza che si prende in commento¹⁰⁵ è quella del Tar Lombardia, Brescia, n. 839/2000, che ha ad oggetto il ricorso del sindaco del comune di Costa Volpino, componente di diritto dell'assemblea del Consorzio Intercomunale Raccolta e Smaltimento Rifiuti, per l'annullamento dell'atto con il quale il presidente dell'assemblea del consorzio dichiarava nulla e comunque improcedibile la mozione di sfiducia promossa contro il consiglio di amministrazione del consorzio da parte dei sindaci dei comuni di Costa Volpino. Da un punto di vista procedurale merita soffermarsi sulla figura del controinteressato rispetto ai vari enti facenti parte del consorzio. La parte resistente aveva eccepito l'inammissibilità del ricorso, in quanto non notificato agli enti consorziati, ma nella sentenza *de quo* si esclude che tali enti possano considerarsi controinteressati, in quanto privi del necessario requisito dell'interesse differenziato e qualificato, di segno opposto a quello del ricorrente, ma potrebbero essere concepiti tutt'al più come portatori di un interesse di fatto, che li legittimerebbe ad un intervento in giudizio *ad opponendum*, senza che si delinei un litisconsorzio necessario. Per quanto riguarda gli aspetti di merito, la nostra attenzione si focalizza sull'art. 25, comma 4, l. 142/90: per alcuni autori la rappresentanza di ciascun ente consorziato doveva essere commisurata alla relativa quota di partecipazione, quale fissata dalle convenzione e dallo statuto, secondo altri tale rappresentanza poteva essere proporzionata alla quota di partecipazione, solo se ciò era previsto dallo statuto. In merito il Consiglio di Stato, sez. I, nel parere

¹⁰⁵ C. Corsi, Consorzio *intercomunale: quota di partecipazione e potere di rappresentanza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, II, pp.695 – 697.

n.133/93 ha specificato che l'art. 25 va interpretato nel senso che ad ogni sindaco spetta un solo voto, con valore proporzionato alla quota, per cui la partecipazione è commisurata ad essa. Tale regola è utilizzabile solo per il voto nell'assemblea non per quello del c.d.a., per cui anche per la delibera assembleare con cui si vota su una mozione di sfiducia nei confronti degli amministratori del consorzio. L'art. 37 della l. 142/90 specifica che «la mozione di sfiducia deve essere motivata e sottoscritta da almeno due quinti dei consiglieri assegnati»; i due quinti, in base al nostro precedente ragionamento, si riferisce alle quote di partecipazione e non ai componenti dell'assemblea. Pertanto la mozione di sfiducia, presentata dai tre comuni, era assolutamente legittima. Altra sentenza di rilievo è quella del Tar Piemonte, sez. II, n. 2388/2010, in materia di competenza giurisdizionale sui consorzi. Essa parte dal ricordare la natura dei consorzi quale particolare forma associativa prevista dalla legge (art. 31 del d.lgs. n. 267 del 2000), avente natura di ente pubblico (cfr. Cass., sez. un., n. 14475 del 2002), “per la gestione associata di uno o più servizi” nonché “per l'esercizio associato di funzioni”: esso è quindi preordinato alla realizzazione di un servizio o di una funzione pubblica tale da assicurare, date le circostanze del caso concreto e previa valutazione delle necessità del territorio, maggiore affidamento di riuscita rispetto ad una gestione diretta lasciata alle amministrazioni singolarmente. La decisione di entrare a far parte di un consorzio e, correlativamente, quella di recedervi è quindi preordinata alla migliore gestione del servizio pubblico che di volta in volta viene in considerazione: le relative deliberazioni prese dall'Ente locale, pertanto, rappresentano una modalità di esercizio del potere discrezionale che la legge conferisce all'amministrazione locale per la migliore gestione del servizio pubblico. Non può dunque sostenersi

che i rapporti tra il consorzio e gli enti che ne fanno parte siano da inquadrare nei binari del diritto soggettivo e non dell'interesse legittimo: ne deriva, per le relative controversie, in base ai principi generali, la giurisdizione del giudice amministrativo¹⁰⁶.

6. La questione “montagna” dalle origini fino ai disegni di legge del 1969.

Già precedentemente all'entrata in vigore della Costituzione, la questione “montagna” è diventata oggetto di molti provvedimenti legislativi che hanno cercato di fronteggiare le esigenze delle popolazioni e dei terreni montani. Occorrerà attendere la legge Serpieri, n. 3267/1993 per una prima e nuova impostazione della legislazione sui terreni montani e forestali. Anche la Costituzione si è occupata brevemente dell'argomento nell'ultimo comma dell'art. 44: «la legge dispone provvedimenti a favore delle zone montane». Taluni, come il Desideri hanno ritenuto che questa locuzione potesse essere sfruttata per interventi specifici nelle diverse zone montane, altri¹⁰⁷ in modo più atecnico, ritenengono semplicemente che gli interventi montani servano in generale per il razionale sfruttamento del suolo e la realizzazione di equi rapporti sociali. Anche se questo orientamento è molto accreditato, non si può negare che, forse, è proprio il precetto costituzionale ad essere la fonte dell'istituzione della Comunità Montana. La montagna assume rilevanza giuridica primaria solo con la l. 991/1952, nota come legge Fanfanini. Fino ad essa coincide, di fatto, con terreni soggetti a vincolo forestale per fini idrogeologici, igienici o protettivi. Tale legge segna la nascita della

¹⁰⁶ T.A.R. PIEMONTE, Sez. II - 13 maggio 2010, n. 2388, in www.ambientediritto.it.

¹⁰⁷ F. Merloni, voce *Montagna*, in *Enc. Giur. Treccani*, XX.

c.d. “montagna legale”, intesa come una grande area geografica, oggetto di interventi settoriali non solo per la tutela dei territori montani, ma soprattutto per la loro crescita economico – produttiva. L’intervento nelle zone montane è subordinato alla suddivisione in zone omogenee dal punto di vista geografico, idrogeologico ed economico – sociale, da parte di organi tecnici quali le Commissioni censuarie provinciali e centrali. La zonizzazione avveniva attraverso l’utilizzo di criteri altimetrici: potranno far parte di tali Comunità i comuni che hanno l’80% della loro superficie al di sopra dei 600 metri sul livello del mare e quelli nei quali il dislivello tra la quota altimetrica superiore ed inferiore al territorio comunale non superi i 600 metri.; possono essere compresi anche i comuni limitrofi ai precedenti, pure nel caso in cui non abbiano le caratteristiche suindicate, purchè si trovino, però, nella stessa condizioni economico – agrarie. La legge del 1952, oltre alla zonizzazione, prevede anche l’individuazione dei comprensori di bonifica montana, al fine di rilanciare la bonifica integrale. Tale provvedimento mira ad indirizzare il pubblico intervento ad una grande area territoriale marginale allo sviluppo; spetterà poi alla legislazione regionale occuparsi delle specificità delle zone montane. Gli interventi legislativi precedenti al 1970 sono stati del tutto marginali, mirando solo al rifinanziamento della legge del 1952 con risultati negativi, quali la dispersione degli incentivi, il mancato controllo dei risultati, la trasformazione dei terreni montani solo in aree marginali allo sviluppo, visto lo spostamento della produzione soprattutto verso le zone di pianura. Nel 1969 viene presentato il disegno di legge n. 759, ove si configura la Comunità Montana come “consorzio permanente di diritto pubblico” tra comuni, amministrazioni provinciali, consorzi di bonifica montana ed altri enti, con predisposizione di uno statuto.

Contestualmente è presentato il disegno di legge n. 1174 che propone la soppressione dei consorzi di bonifica montana e la costituzione delle comunità tra comuni, nonché il disegno di legge n. 1675 che fa leva nuovamente sul rifinanziamento della legge del 1952¹⁰⁸.

6.1. Le Comunità Montane dalla l. 1102/1971 fino agli interventi normativi successivi alla l. 142/1990.

La legge del 1971 si è rivelata come una svolta decisiva nella legislazione montana poiché essa mira finalmente allo sviluppo della montagna stavolta con la partecipazione delle popolazioni, superando il modello politico – istituzionale dei precedenti interventi. L'art. 3 rubricato «classificazione e ripartizione dei territori montani», al primo comma ribadiva che i territori montani dovessero essere ripartiti con legge regionale in zone omogenee, in base a criteri di unità territoriale, economica e sociale, al fine di individuare quelle zone che consentissero l'attuazione della programmazione sovracomunale. L'art. 4 ha disposto la creazione nella zona omogenea di un nuovo ente pubblico di costituzione obbligatoria: la Comunità Montana, per la realizzazione degli interventi elencati nell'art. 2 della medesima legge, che non sarebbero rientrati nelle possibilità dei singoli comuni, vista la loro dimensione e la scarsità di risorse. Esso ha lasciato grande spazio all'autonomia regionale, stabilendo solo una struttura comune delle CM, un organo deliberante ed uno esecutivo. La legge regionale poteva delimitare le zone ed individuare i comuni che costituivano le CM, determinare e approvare gli statuti e i piani, regolare i rapporti tra CM e gli altri enti operanti sul territorio. Il

¹⁰⁸ G. Sola, *Le comunità montane ed isolate tra tuel e riforma del titolo V*, in *Quaderni regionali*, 2006, III, p.755 ss.

rinvio alla legislazione regionale ed allo statuto ha realizzato, per la prima volta, un modello di ente territoriale non uniforme in tutto lo Stato: le CM sono potenzialmente differenziate da regione a regione per ciò che concerne la loro organizzazione e le loro attribuzioni, avvicinando i modelli istituzionali alle realtà economico – sociali. La Comunità Montana è stata definita come “ente aperto”, proprio perché la sua labile struttura iniziale poteva essere caratterizzata dalla regione. In questa legge è stato lasciato irrisolto il problema della natura giuridica, dicendoci solo, all’art. 4, che si tratta di “ente di diritto pubblico” e che la sua costituzione è obbligatoria. L’art. 5 prescrive che, entro un anno dalla costituzione, le Comunità Montane predispongano un piano per lo sviluppo economico - sociale della propria zona, sulla base delle indicazioni regionali e partendo da un esame conoscitivo della zona, per prevedere concrete possibilità di sviluppo nei settori economici, produttivi e sociali. Esso deve essere affisso entro trenta giorni in ogni comune, deve esserne data pubblica informazione, con adeguamento dei piani degli altri enti, operanti nel territorio della comunità. Il legislatore si è posto il problema di individuare le fonti di finanziamento per lo svolgimento delle funzioni attribuite alla comunità montana. Secondo l’art. 5 i fondi, assegnati alle regioni, devono essere ripartiti annualmente dal CIPE tra le regioni, sentita la commissione interregionale, tenuto conto delle relazioni programmatiche inoltrate, delle direttive della programmazione nazionale, della superficie dei territori montani, del grado di dissesto idrogeologico, delle popolazioni delle CM, delle regioni e delle loro caratteristiche economico – sociali. Dopo una serie di interventi in tal senso all’art. 16 si è determinato che il CIPE, sentita la commissione interregionale, disporrà che un’adeguata aliquota dei finanziamenti statali sia destinata a favore dei terreni

montani. Alla luce di questa disciplina, subito fu sollevata la carenza di autonomia finanziaria della CM e della regione. Le regioni hanno cercato di dare maggiore certezza alle fonti di finanziamento, prevedendo una fonte ulteriore, non prevista dalla legge n. 1102: i contributi dei comuni membri, beneficiari delle opere pubbliche realizzate dalla CM nel territorio. La legge di riforma delle autonomie locali (l. n. 142 del 1990) definisce le Comunità Montane come enti locali costituiti con leggi regionali tra Comuni montani e parzialmente montani, allo scopo di promuovere la valorizzazione delle zone montane, l'esercizio associato delle funzioni comunali, nonché delle funzioni di tutti o parte dei Comuni associati; esse hanno autonomia statutaria nell'ambito delle leggi statali e regionali. Le funzioni principali attribuite dalla L. 142/90 alle Comunità Montane possono organicamente ricondursi alle seguenti:

- spettano alle Comunità Montane gli interventi specifici per la montagna stabiliti dall'Unione Europea e dalla legislazione statale e regionale;
- svolgono l'esercizio associato di funzioni proprie dei Comuni o a questi delegate dalla Regione;
- adottano il Piano pluriennale di sviluppo socio - economico attraverso la cui attuazione verrà promosso lo sviluppo del territorio.

Possiamo desumere dunque che la legge del 1990 assegna alle CM tre tipi di finalità: promuovere la valorizzazione delle zone montane, l'esercizio associato delle funzioni, perseguire la fusione di tutti o parte dei comuni associati. Rispetto alla legge del 1102 che prevedeva la ripartizione in zone omogenee, in ciascuna delle quali è possibile istituire una CM, ora la legge del 1990 fissa criteri demografici e territoriali ben più precisi:

- un limite massimo di 5.000 abitanti, derogabile;
- l'esclusione dalle CM dei comuni con popolazione superiore ai 40.000 abitanti o quelli con popolazione residente in territorio montano inferiore al 15%.

Tali regole generali trovano deroghe, da parte della legge regionale, con l'esclusione delle zone parzialmente montane che possano pregiudicare l'omogeneità socio – economica e geografica della CM e l'inclusione dei comuni confinanti, con popolazione comunque non superiore ai 20.000 abitanti, che siano parte integrante del sistema geografico e socio – economico. Quanto alle funzioni delle Comunità Montane, possono distinguersi, in base alla legge:

1. funzioni direttamente attribuite dalla legge;
2. interventi speciali per la montagna;
3. funzioni proprie dei comuni che questi intendano o debbano svolgere in forma associata;
4. funzioni delegate dalla regione ai comuni che questi debbano o comunque intendano svolgere in forma associata;
5. funzioni delegate dalla regione direttamente alla CM;
6. funzioni delegate dalla provincia;
7. funzioni delegate dai comuni ricompresi nella Comunità¹⁰⁹.

La legge sulla montagna n. 97 del 1994, prevedendo ulteriori interventi in favore dei Comuni montani, produrrà un ulteriore rafforzamento del profilo associativo delle Comunità Montane¹¹⁰. Le

¹⁰⁹ L. Vandelli, *Le forme associative tra enti territoriali*, Giuffrè editore, Milano, 1992, p. 351 ss.

¹¹⁰ T. F. Giupponi, *Le Comunità montane tra legislazione statale, legislazione regionale e autonomia*

locale: il regime delle incompatibilità, in *Le Regioni*, II – III, 2006, p. 544 ss.

principali innovazioni introdotte dalla legge 97/94, possono essere riassunte in:

- interventi di compensazione;
- interventi destinati a migliorare la qualità della vita delle popolazioni residenti, prevedendo anche il decentramento della Pubblica Amministrazione e la riorganizzazione degli uffici e dei servizi dello Stato;
- interventi a favore dei piccoli commercianti, la cui attività in territorio montano può essere considerata come vera attività di servizio;
- azioni volte a curare la patologia fondiaria;
- delega, alle Comunità montane, della gestione del patrimonio forestale, con esercizio associato;
- potenziamento della pluriattività degli agricoltori verso un servizio di tipo ambientale, con la possibilità, per i coltivatori diretti, di svolgere anche attività non prettamente agricole su fondi da loro non goduti, relativi alla sistemazione e manutenzione del territorio montano;
- possibilità di assunzione di personale a tempo parziale, da parte delle aziende agricole;
- apposita tutela dei prodotti tipici e facoltà, per le produzioni IGP e DOP, di aggiungere anche la menzione di “prodotto nella montagna italiana”. Per contro, la fase di applicazione ha evidenziato;
- difetti d’origine sulla mancata zonizzazione e sull’assenza di una regia complessiva, capace di concertare l’operato di una pluralità di Ministeri e delle Regioni;
- mancata integrazione montagna/pianura;

- scarsa integrazione fra settori;
- finanziamento insufficiente e in diminuzione progressiva;
- inadempienze di Ministeri e Regioni;
- paralisi di molte Comunità montane, con incerte deleghe, scarse risorse umane, finanziamenti non programmati e modesti.

Pur riconoscendo alla legge 97/94 il merito di aver ben operato in talune sue parti, risulta evidente come la stessa non abbia saputo avviare quel volano di sviluppo destinato ad arginare lo spopolamento ed il crescente degrado ambientale che affliggono le zone marginali della montagna. Per quanto riguarda l'ambito di applicazione della legge 97/94, i territori montani rilevanti, ai fini dell'attuazione, sono dunque quelli ricompresi in Comunità montane ai sensi dell'art.28 della legge 142 del 1990. Viene poi precisato che, in assenza della ridelimitazione delle Comunità montane, per comuni montani si intendono solo quelli interamente montani, classificati tali ai sensi della legge n. 1102/71. Inoltre, il sesto comma dell' art.1 allarga l'ambito di applicazione della legge ai territori compresi nei parchi nazionali montani, istituiti con legge n. 394 del 1991. La legge 265 del 1999 (cd. Napolitano-Vigneri) qualifica altresì le Comunità montane come Unioni montane, sovrapponendo in questo modo definitivamente al profilo tradizionale di pianificazione e programmazione quello di gestione associata a livello sovracomunale delle funzioni amministrative dei comuni, che era già stato avanzato e sviluppato in precedenza. Con ciò non opera tuttavia una piena sovrapposizione tra le Comunità montane e le Unioni di comuni, che continuano ad essere enti di natura decisamente differente, mentre non

si risolve l'annosa questione della possibilità per un comune di far parte contemporaneamente di due forme associative differenti¹¹¹.

6.2. La Comunità Montana nel tuel.

La frammentarietà della produzione normativa degli anni 90' aveva compromesso la certezza del diritto e fatto nascere l'esigenza di ricomporre un quadro normativo organico. Tale compito è stato pienamente assolto dal Testo unico, così chiamato poiché è una raccolta di norme riguardanti una data materia. Il tuel dedica alle Comunità Montane il Capo IV del Titolo II, che all'art. 27 recita: «le Comunità Montane sono unioni di comuni, enti locali costituiti fra comuni montani e parzialmente montani, anche appartenenti a province diverse, per la valorizzazione delle zone montane per l'esercizio di funzioni proprie, di funzioni conferite e per l'esercizio associato delle funzioni comunali». La disposizione in esame riprende il dettato dell'art. 28 l. 142/90, così come modificato dall'art. 7 della legge Napolitano – Vigneri. Lo scopo era quello di inserire le Comunità tra gli enti locali territoriali¹¹², svincolandole il più possibile dalla regolamentazione regionale. Il tuel le qualifica espressamente come «Unioni di comuni, contraddistinte dalle peculiari caratteristiche territoriali e socio – economiche degli enti territoriali appartenenti ad esse»¹¹³. L'esplicita equiparazione tra Comunità Montane e Unioni di comuni consente di far rientrare in un unico ente duplici funzioni,

¹¹¹ F. Rinaldi, *Natura e ruolo della Comunità montana in base alla legge 3 agosto 1999, n. 265*, in *Comuni d'Italia*, 2000, p.1509 ss.

¹¹² « Sono enti territoriali quelli il cui territorio può costituire limite della competenza, ma non elemento costitutivo». Così G. Landi – G. Potenza, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè editore, Milano, 2005, p.370.

¹¹³ G. Rolla, *Diritto regionale e degli enti locali*, Giuffrè editore, Milano, 2004, p.130.

senza alterare né le funzioni, né la natura delle prime. Tale scelta legislativa ha comportato delle implicazioni¹¹⁴: la mancata applicabilità dell'art. 12 della legge 97/1994 che consentiva alla CM di istituire Unioni di comuni per l'esercizio associato di funzioni comunali, ed anche dell'art. 28, comma 7, l. 142/1990 che estendeva alle Unioni di comuni, il cui territorio coincidesse con quello della CM, le disposizioni sulla fusione di comuni, questo perché la CM è essa stessa Unione di comuni. Lo stesso vale per il rinvio all'art. 32, comma 5, in base al quale alle CM si applicano, per quanto compatibili, i principi previsti dall'ordinamento per i comuni, le norme in materia di composizione degli organi comunali, precisando che il numero dei componenti non può superare i limiti previsti per i comuni con popolazione pari alla popolazione montana complessiva della comunità. Tali disposizioni, chiaramente, si applicheranno solo in via sussidiaria, in assenza di specifiche disposizioni sulle CM. In base a questo dettato è sorto il dubbio inerente alla diminuzione del numero dei componenti sia dell'organo rappresentativo che esecutivo, dubbio risolto in positivo per il secondo, mentre per il primo un taglio eccessivo non consentirebbe la rappresentanza delle minoranze dei singoli consigli comunali. La legge regionale individua gli ambiti o le zone omogenee per la costituzione delle CM, in modo da consentire gli interventi per la valorizzazione delle montagne e l'esercizio associato delle funzioni comunali (art. 27, comma 3), può escludere dalla CM i comuni parzialmente montani in cui la popolazione residente nel territorio montano fosse inferiore al 15% della popolazione complessiva, esclusi i capoluoghi di provincia e i comuni con popolazione superiore ai 40.000 abitanti (art. 27, comma 5), può includere i comuni confinanti, con popolazione non superiore ai

¹¹⁴ G. Sola, *Le comunità montane ed isolate tra tuel e riforma del titolo V*, in Quaderni regionali, 2006, III, pp. 766 – 768.

20.000 abitanti, parte integrante del sistema geografico e socio – economico della comunità, ai fini di un più efficace esercizio delle funzioni e dei servizi in forma associata (art. 27, comma 5). Al fine della differenziazione degli interventi di competenza delle regioni e delle CM, le regioni possono individuare, nell’ambito territoriale delle singole comunità, fasce altimetriche di territorio, tenendo conto del clima, della vegetazione, della fragilità ecologica, dei rischi ambientali e della realtà socio – economica (art. 27, comma 7).

6.3. Gli organi, le funzioni, l’autonomia statutaria e finanziaria delle Comunità Montane.

L’istituzione della Comunità Montana avviene con decreto del Presidente della Giunta Regionale dopo che con legge regionale si è provveduto ad individuare gli ambiti territoriali omogenei idonei a realizzare gli interventi per la valorizzazione della montagna e l’esercizio associato di funzioni comunali. Non possono far parte delle Comunità Montane i comuni capoluogo di provincia e i comuni con popolazione superiore a 40.000 abitanti; è però possibile per tali comuni provvedere alla stipula di convenzioni con la Comunità Montana loro più vicina, al fine di delegare funzioni che rientrano nelle competenze di questa e quindi riconducibili nell’ambito del loro operato. La legge regionale, che individua le zone territoriali ove far sorgere le Comunità Montane, provvede anche a disciplinare: le modalità di approvazione dello statuto, le procedure di concertazione, i piani zionali pluriennali e i programmi annuali, i criteri di ripartizione tra le Comunità Montane dei finanziamenti regionali e di quelli europei, i rapporti tra le Comunità Montane e gli altri enti operanti nel territorio. Da quanto appena detto si evince innanzi tutto che si tratta

di enti locali dotati di autonomia statutaria e ciò è molto rilevante in quanto sono esse stesse che, attraverso lo statuto, provvedono a disciplinare la propria organizzazione interna, i propri organi e i propri uffici, nonché il proprio ambito di competenze, individuando i propri compiti e le modalità di realizzazione degli stessi. La regione dovrà limitare il suo intervento alla definizione delle modalità di approvazione; spetterà allo statuto stabilire gli aspetti di fondo dell'organizzazione dell'ente, come ad esempio: il numero dei componenti dell'organo esecutivo, le modalità di elezione del presidente e vicepresidente, i casi di ineleggibilità, incompatibilità, decadenza, le forme di attribuzione ai diversi organi, le forme di collaborazione coi comuni associati,... In virtù di questa autonomia statutaria, le Comunità Montane possono poi intervenire con propri regolamenti a disciplinare nel dettaglio le proprie attività. Statuto e regolamenti sono quindi i segni tangibili che ci fanno sostenere di essere di fronte a vere e proprie autonomie locali autonome e indipendenti rispetto agli enti partecipanti, seppur legate alle linee di indirizzo dettate dagli stessi¹¹⁵. Per quanto riguarda gli organi delle Comunità Montane, il tuel, all'art. 28, comma, comma 2, prevede un organo rappresentativo che ha il compito di determinare l'indirizzo politico e amministrativo da perseguire: il Consiglio della comunità montana, che è organo deliberante e che provvede all'approvazione dello Statuto e dei regolamenti. Vi è poi un organo esecutivo, destinatario di funzioni esecutive e gestionali dell'attività della Comunità Montana, che ha il compito di dare attuazione alle decisioni assunte dal Consiglio: è la Giunta della Comunità Montana, che ha potere deliberativo e che disciplina l'organizzazione degli uffici e del personale ricorrendo allo strumento regolamentare, secondo le nuove

¹¹⁵ F. Caringella – A. Giuncato – F. Romano, *L'ordinamento degli enti locali*, Wolters Kluwer Italia, 2007, p.257.

previsioni dettate dal Testo Unico. Terzo organo è il Presidente, nominato dal Consiglio e posto a capo della Giunta; ha la legale rappresentanza dell'ente, sovrintende e coordina l'attività dell'esecutivo. Gli organi della Comunità Montana sono formati esclusivamente da amministratori – sindaci, assessori e consiglieri provenienti dai comuni partecipanti e il Presidente può contemporaneamente ricoprire anche la carica di sindaco di uno dei comuni associati. Il numero dei componenti degli organi della Comunità Montana si ricava facendo rinvio alle norme dettate in materia per i comuni: non può eccedere il numero previsto per i comuni di dimensioni pari alla popolazione dell'ente. Le Comunità Montane sono titolari di molteplici funzioni: queste possono essere affidate loro direttamente dalle leggi di riferimento oppure possono essere delegate loro dai comuni partecipanti, dalle province interessate, dalla regione o dallo Stato. Abbiamo così funzioni proprie, funzioni delegate e funzioni svolte nell'espletamento di compiti associativi. Tra le prime spicca la funzione programmatica e di pianificazione delle Comunità Montane che adottano il piano pluriennale di sviluppo economico e sociale, il quale descrive e rappresenta le possibilità di sviluppo nei vari settori economici, produttivi e sociali in conformità degli obiettivi stabiliti dall'Unione Europea, dallo Stato e dalla regione. Il piano pluriennale di sviluppo rispecchia gli obiettivi fissati a livello regionale, nazionale e comunitario, e coinvolge la provincia di riferimento che provvede alla sua approvazione. I piani pluriennali sono improntati alla salvaguardia e valorizzazione dell'ambiente, avendo come finalità il riassetto idrogeologico, la sistemazione idraulico-forestale, l'uso delle risorse idriche, la conservazione del patrimonio monumentale, dell'edilizia rurale, dei centri storici e del paesaggio rurale e montano. Anche la

programmazione urbanistica rientra nel piano pluriennale, in quanto questo contiene indicazioni che concorrono alla realizzazione del piano territoriale di coordinamento di competenza provinciale e presenta una visione globale dei piani regolatori generali dei comuni coinvolti. Tra le funzioni attribuite e delegate, o come meglio si ricava dalle leggi Bassanini, “conferite” dalla legge statale o regionale alle Comunità Montane, rilevano quelle relative al controllo degli scarichi e alla gestione degli impianti di acquedotto e di depurazione. Di particolare importanza è poi la gestione del patrimonio forestale che è funzione delegata proprio dalle regioni. Sono poi funzioni delegate quelle che i comuni trasferiscono direttamente alle Comunità Montane, in quanto necessitano di una trattazione unitaria a livello sovracomunale, pur non richiedendo un esercizio a livello regionale. Da ultimo abbiamo tutte quelle funzioni che sono attribuite alle Comunità Montane in quanto devono essere esercitate dai comuni in associazione tra loro. Si tratta di funzioni che possono essere ricondotte, in base a previsioni normative, a settori omogenei quali:

- costituzione di strutture tecnico-amministrative di supporto alle attività istituzionali dei comuni, tra cui compiti di assistenza al territorio;
- raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani;
- organizzazione del trasporto locale, in specie quello scolastico;
- organizzazione del servizio di polizia municipale;
- realizzazione di strutture di servizio sociale per gli anziani;
- realizzazione di strutture sociali di orientamento e formazione per i giovani;

- realizzazione di opere di interesse pubblico nel territorio di loro competenza¹¹⁶.

Per quanto riguarda l'autonomia delle Comunità Montane dal punto di vista economico, finanziario e impositivo, è bene sottolineare come esse finanziano le proprie attività esclusivamente con le risorse provenienti dai trasferimenti dello Stato e di altri enti pubblici e con la contrazione di mutui presso la Cassa Depositi e Prestiti. Il decreto legislativo n. 244/1997 ha previsto che le Comunità Montane sono destinatarie di parte del fondo ordinario, del fondo nazionale ordinario per gli investimenti e del fondo per lo sviluppo degli investimenti. In materia di mutui, sono i comuni partecipanti che provvedono a delegare le Comunità Montane a contrarre mutui per loro conto con la Cassa Depositi e Prestiti. Le Comunità Montane operano quindi soltanto in virtù di entrate derivate e non possono ricorrere a forme proprie di imposizione. Le uniche entrate che possiamo definire proprie sono quelle che possono derivare quale corrispettivo dei servizi prestati.

6.4. Le Comunità Montane alla luce della riforma del titolo V della Costituzione.

La riforma costituzionale si pone, allo stesso tempo, in una posizione di continuità e frattura rispetto alla legge Bassanini, da un lato introducendo nel testo costituzionale i principi di essa, dall'altro superando le complesse costruzioni del federalismo amministrativo. Di particolare rilievo è la formulazione dell'art. 114: «la Repubblica è

¹¹⁶ S. Mangiameli, *Titolo V, ordinamento degli enti locali e Comunità montane*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, p. 2122 ss.

costituita da Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni e Stato». L'ordine di grandezza inversa non è casuale, ma espressione del principio di sussidiarietà, a partire dagli enti territoriali più vicini ai cittadini e via via salendo verso le istituzioni maggiori. Il predicato verbale "è costituita" fa comprendere che si è di fronte non più ad una Repubblica unitaria che si frammenta ai fini amministrativi, ma piuttosto a più realtà eterogenee, che, insieme, danno vita ad una Repubblica unitaria. Tale riforma ha escluso le Comunità Montane dal novero degli enti locali costituzionalmente riconosciuti, cosa che le avrebbe rese inattaccabili ed impossibili da sopprimere¹¹⁷. La Corte costituzionale, in linea con questo orientamento, ha ritenuto che esse "sono soltanto uno dei possibili strumenti organizzativi previsti nell'ambito del sistema dei poteri locali", dunque suscettibili di soppressione da parte delle regioni. La tesi della natura associativa della CM, già sostenuta dal Tar Lazio e rigettata dal Consiglio di Stato sembra prendere di nuovo piede. Dal testo costituzionale scompare il riferimento agli "altri enti locali" tra i quali, parte della dottrina aveva ricompreso gli enti montani ed anche dall'enunciazione del riformato art. 117 Cost. Esse non sono neanche menzionate nell'art. 117, comma 3, in base al quale, lo Stato ha potestà esclusiva in materia di legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane. Nonostante ciò, esse possono comunque divenire assegnatarie di funzioni amministrative, poiché proiezioni dell'autonomia comunale. La legge cost. 3/2001 affida, quasi totalmente, l'ordinamento degli enti locali alla legislazione esclusiva regionale, senza dover sottostare al limite dei principi fondamentali, riservati alla legislazione statale. Le regioni, dunque, hanno ampi poteri nei confronti delle CM, dovendo procedere,

¹¹⁷ E. Racca, *Comunità montane, Il testimone passa di mano*, in *Guida agli enti locali*, 2002, IX, p. 7.

anzitutto, al loro riordino territoriale, con obbligo di coinvolgere i comuni membri, attraverso il Consiglio delle autonomie, ex art. 123. Un'altra importante novità introdotta dalla riforma nella riformulazione dell'art. 118 è, di regola, l'attribuzione delle funzioni amministrative ai comuni, con l'eccezione del successivo conferimento ad un livello più alto di governo, che potrebbe essere proprio la Comunità Montana¹¹⁸. Le Comunità Montane, infatti, risultano essere le amministrazioni di più ampio respiro delle funzioni comunali in alta quota, essendo spesso più idonee degli stessi comuni che, per le loro limitate risorse umane e finanziarie, non sono sempre in grado di far fronte alle difficoltà di attuazione che scaturiscono dalle continue riforme.

6.5. La legislazione regionale di riordino delle comunità montane, in attuazione della legge finanziaria del 2008.

Le leggi regionali attuative delle disposizioni della l. 244/2007 (legge finanziaria 2008), si ispirano al principio del contenimento dei costi. Questa stagione legislativa regionale è scaturita da disposizioni di dubbia legittimità costituzionale, quali i commi da 16 a 22 dell'art. 2 della citata legge. Il legislatore statale, infatti, sapendo di poter essere oggetto di critiche e dubbi, si è fatto scudo con gli obiettivi di contenimento della spesa pubblica e di equilibrio della finanza. La maggior parte delle regioni si son fatte convincere da questa copertura, soltanto il Veneto e la Toscana hanno sollevato l'illegittimità costituzionale di dette norme. Le regioni che hanno emesso leggi di riordino delle CM, entro il 30 giugno (termine

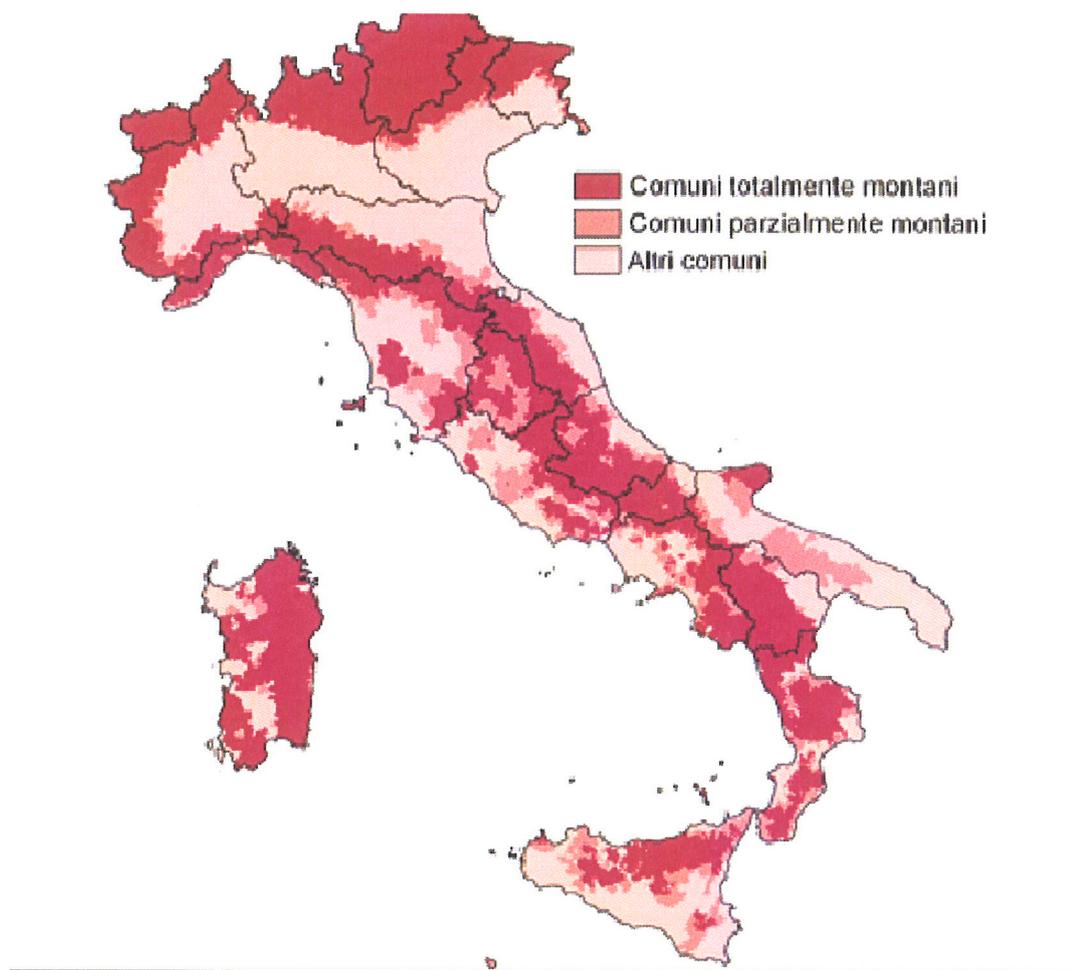
¹¹⁸ S. Cassese, *L'amministrazione nel nuovo titolo V della Costituzione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, XII, p. 1193.

previsto dalla stessa finanziaria), sono state 12 su 15 e si sono ispirate a tre linee guida: 1) riduzione del numero dei consiglieri; 2) riduzione del numero delle comunità montane; 3) riduzione delle indennità¹¹⁹. Eduardo Racca, in «Guida agli Enti Locali», 2008, n. 3, pag. 111, sostiene che è possibile che non tutto il male venga per nuocere e che tale tipo di ente intermedio potrebbe avere un rilancio pure con una diminuzione dei finanziamenti, come conseguenza di una diminuzione dei costi, imposta dalla legge, anche grazie all'espulsione di comuni "estranei ad una logica montana", operando in tal modo una sorta di "manutenzione straordinaria" delle comunità stesse. Questo ragionamento è, forse, condivisibile maggiormente per le regioni centro – meridionali che, fino ad ora, non hanno gestito funzioni delegate o conferite da altri enti, e gestito servizi associati in misura minore rispetto alle regioni settentrionali, per le quali il taglio al Fondo ordinario sarà un duro colpo e le costringerà a ridurre il numero delle comunità montane¹²⁰. In Italia le comunità montane sono oggetto di forti discussioni. In Sicilia sono state abolite nel 1986; in Friuli-Venezia Giulia sono state reintrodotte nel 2004, tre anni dopo la loro abolizione. In Sardegna sono state abolite nel corso del 2007. Il Molise invece le sta riducendo, da 10 a 6. Anche in Lombardia dal 2009 le comunità montane calano da 30 a 23. La Puglia le aveva abolite, ma la Corte Costituzionale ha dichiarato illegittimo tale atto. In Liguria sono state ridotte da 19 a 12 nel 2009 e in seguito soppresse dal 1° maggio 2011¹²¹.

¹¹⁹ R. Filippini – A. Maglieri, *Le forme associative tra enti locali nella recente legislazione regionale: verso la creazione di differenti modelli ordinamentali*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2008, III/IV, pp. 346 – 348.

¹²⁰ G. Rauso, *Le comunità montane sono avviate all'estinzione?*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2008, IX/X, p. 1011.

¹²¹ www.wikipedia.org, voce *Comunità montana*, agg. 1 maggio 2011.



Cartina relativa all'anno 2008.

6.6. Importanti orientamenti giurisprudenziali in tema di Comunità Montane.

Le sentenze n. 244 e 456 del 2005, nonché la sentenza n. 397 del 2006 sono di grande importanza: la prima sentenza ha ad oggetto il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 17 della legge della regione Molise n. 12/2002 (riordino e ridefinizione delle Comunità Montane), la seconda sentenza ha ad oggetto il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 16 della legge della Regione Puglia n. 20/2004. Esse affermano innanzitutto, riprendendo una pronuncia del Consiglio di Stato del 2003, che le Comunità Montane hanno la natura di «enti locali autonomi a tutti gli effetti», equiparabili in sostanza alle Province e ai Comuni. Al tempo stesso, tuttavia, mediante un'interpretazione di tipo meramente letterale, la Corte dichiara come, non essendo le stesse Comunità montane comprese all'interno dell'elencazione di cui all'art. 114 Cost., non è possibile estendere ad esse l'applicazione dell'art. 117, secondo comma, lett. *p*), in base al quale la disciplina delle funzioni fondamentali, della legislazione elettorale e degli organi di governo degli enti locali spetta alla legislazione statale. Di conseguenza le Regioni, non solo saranno le uniche titolari della potestà legislativa in materia di Comunità montane, in virtù dell'art. 117 Cost., quarto comma, ma potranno altresì disciplinare qualsiasi aspetto attinente agli enti locali che fuoriesce da quanto sancito all'art. 117, secondo comma, lett. *p*), senza dover subire come limite i principi fondamentali della legislazione statale, ma solo gli obblighi comunitari ed internazionali. È dunque evidente come un'interpretazione simile della Corte contrasti sia con il principio di equiordinazione istituzionale degli enti territoriali di cui all'art. 114 Cost., sia con il principio di autonomia

normativa riconosciuto in capo agli stessi, sia con la forma di Stato di stampo autonomistico, e non regionalistico, plasmata dal nuovo Titolo V¹²². In virtù del consolidamento di tale orientamento giurisprudenziale con la sentenza n. 397 del 2006, tali pronunce, tuttavia, inducono molte Regioni ad intervenire in tale materia nei modi più disparati, dando vita a forme associative assolutamente inedite: si pensi agli Ambiti Territoriali Integrati previsti dalla Regione Umbria, o alle Associazioni intercomunali istituite dalla Regione Emilia - Romagna. La sentenza n. 237 del 2009, dopo aver confermato che le Comunità Montane rappresentano «Unioni di Comuni, enti locali costituiti tra Comuni montani», conferma la titolarità della disciplina in capo alle Regioni, dichiarando costituzionalmente illegittime le disposizioni che prevedono l'automatica abrogazione delle Comunità Montane non riordinate da parte delle Regioni. Alla luce di tale pronuncia, e di una nuova sostanziale conferma con la sentenza n. 27 del 2010, l'A.C. n. 3118 si è spinto ad affermare, attraverso una formula decisamente discutibile, che «le Regioni possono abolire le Comunità Montane». Tutte le sentenze menzionate presentano l'aspetto estremamente critico di non compiere una valutazione preliminare dell'attuale configurazione normativa delle Comunità Montane, delle forme associative, e, più in generale, dell'ordinamento degli enti locali rispetto alla disciplina costituzionale del nuovo Titolo V. Alla luce delle nuove disposizioni, infatti, non sarebbe più possibile configurare le Comunità Montane o forme associative quali le Unioni di Comuni come veri e propri enti locali, in quanto non menzionati all'art. 114 della Costituzione. La

¹²² P. Vipiana, *In margine a due pronunce della Corte Costituzionale sulle Comunità Montane; commento congiunto delle sentenze n° 244 e 456 del 2005*, in *Quaderni Regionali*, 2006, III, p.699 ss.

Corte aveva, infatti, specificato con sentenza n. 229/2001, che la disciplina delle Comunità Montane, pur in presenza della loro qualificazione come “Enti Locali” contenuta nel decreto legislativo n. 267/2000, doveva rientrare, dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, nella “competenza legislativa residuale” delle Regioni ai sensi dell’art. 117, comma 4, della Costituzione. La non equiparabilità delle Comunità Montane agli altri enti locali espressamente contemplati dalla Costituzione era stata, poi, ulteriormente ribadita dalla sentenza della Corte n. 397/2006 (si tratta del giudizio di costituzionalità relativo all’art. 11, comma 3 della legge della regione Sardegna n. 12/2005 “Norme per le unioni dei comuni e le Comunità Montane. Ambiti adeguati per l’esercizio associato di funzioni”). In tale occasione la Corte aveva, infatti, precisato che le Comunità Montane, alla luce della riforma del Titolo V, non possono considerarsi “enti dotati di autonomia costituzionalmente garantita”, come sono, invece, gli enti menzionati dagli artt. 114 e 118 della Costituzione, vale a dire comuni, province e città metropolitane, ma piuttosto “enti subregionali”. La sentenza della Corte n. 237 del 2009 ribadisce quanto già affermato nelle precedenti sentenze 244 e 456 del 2005 e 397 del 2006, ma totalmente ignorato a livello centrale e cioè che, dall’entrata in vigore del nuovo Titolo V della Costituzione, la disciplina delle Comunità Montane «rientra nella competenza legislativa residuale delle Regioni ai sensi dell’art. 117, quarto comma». Per quanto attiene alla minacciata soppressione delle Comunità Montane, ogni decisione in merito spetta quindi esclusivamente alle Regioni. La Corte salva la disciplina contenuta nei commi da 17 a 19, che imponevano il Riordino delle Comunità Montane quale mezzo per «ridurre a regime la spesa corrente» per il loro funzionamento, perché espressione di principi fondamentali

concernenti il coordinamento della finanzia pubblica. La stessa boccia invece la disciplina di dettaglio e di applicazione automatica, contenuta nei commi 20, 21 (ultimo periodo) e 22, perché non lascia alle Regioni alcuno spazio di autonoma scelta e dispone direttamente la conseguenza, anche molto incisiva, della soppressione delle Comunità Montane qualora le Regioni stesse non abbiano provveduto al loro riordino.

6.7. La Comunità isolana o dell'arcipelago (rinvio).

Le Comunità isolane o dell'arcipelago sono enti locali, introdotti dalla l. 265/1999. Le Comunità isolane possono essere costituite solo nel territorio delle isole, in cui siano presenti più di un comune, con l'esclusione delle due isole maggiori, Sicilia e Sardegna, cui tale istituto non è applicabile, Le Comunità di arcipelago potranno essere costituite nell'ambito di un arcipelago¹²³. La Comunità isolana è un'unione di Comuni con una propria autonomia statutaria, finalizzata alla valorizzazione dell'isola e all'esercizio di funzioni proprie e funzioni conferite, attraverso un piano pluriennale di sviluppo socio-economico indicante opere interventi e strumenti, realizzato con programmi annuali operativi. La Comunità ha un proprio Consiglio Generale che ne elegge il Presidente insieme alla Giunta esecutiva. La legge, in tema di Comunità isolane o dell'arcipelago, rinvia alle disposizioni in tema di comunità montane. Si rinvia alle considerazioni fatte nei paragrafi precedenti.

¹²³ E. Barusso, *Il diritto degli enti locali*, Maggioli editore, Santarcangelo di Romagna (RN), 2002, p.69.

7. L'Unione di comuni: l'evoluzione normativa fino al d.lgs. 267/2000.

L'art. 26 della legge 142/1990 ha dato origine ad una nuova figura di ente, in grado di risolvere in sede collaborativa fra più comuni, una serie di attività che interessano tutti gli enti: l'Unione di comuni. Il legislatore mostra un certo favor per tale istituto vista la sua natura stabile e strutturata, così come è reso evidente da una serie di disposizioni che incoraggiano all'applicazione, in primo luogo il primo comma dell'art. 26 che le qualifica come "ente locale". I Comuni, secondo l'originaria impostazione della legge 142/90 (dal combinato disposto degli artt. 11 e 26), potevano richiedere la fusione immediata (art.11) oppure dar vita alla forma associativa denominata Unione di Comuni (art.26), la quale costituiva la prima fase del procedimento di fusione. L'art. 26 di questa legge, contenuto nel capo VIII, dedicato alle forme associative, stabiliva che:

- l'Unione costituisce una forma associativa, realizzata tra enti finitimi, appartenenti alla stessa provincia;
- ciascun Comune partecipante deve avere una popolazione inferiore a 5.000 abitanti, ma è ammesso che possa far parte dell'Unione non più di un Comune con popolazione compresa tra i 5.000 ed i 10.000 abitanti;
- l'Unione viene costituita "per l'esercizio di una pluralità di funzioni e servizi"¹²⁴.

Tale forma associativa ha riscosso il suo meritato successo solo dopo l'abrogazione del sesto comma, avvenuta con la legge 265/1999, in quanto l'obbligo di fusione, dopo un anno dall'Unione, ostacolava la

¹²⁴ *Unione di comuni*, in www.wikipedia.org, agg. 4 giu. 2011

costituzione di detta forma¹²⁵. Infatti nella legge del 1990 essa era concepita solo come una modalità temporanea di gestione associata di una pluralità di servizi e funzioni¹²⁶, prodromica alla eventuale, successiva fusione. Gli organi dell'Unione erano necessariamente il consiglio, la giunta ed il presidente, per i quali si prevedeva una modalità di elezione identica a quella prevista per comuni con popolazione pari a quella complessiva dei enti unionisti. Gli atti istitutivi dell'Unione erano rappresentati dallo statuto e dal regolamento, approvati a maggioranza assoluta e con un'unica deliberazione dei consigli comunali degli enti coinvolti. Le regioni dovevano promuovere la costituzione di Unioni fornendo incentivi ulteriori a quelli normalmente concessi; solo nell'ipotesi in cui i destinatari avessero deciso di usufruirne, la regione avrebbe potuto imporre, con legge, la fusione¹²⁷. Solo grazie alla l. 265/1999 l'Unione di comuni diventa una nuova tipologia di ente locale, per l'esercizio congiunto di una pluralità di funzioni. Le innovazioni apportate sono principalmente le seguenti¹²⁸:

- l'unione non è più una forma associativa temporanea, ma un ente locale finalizzato alla gestione di una pluralità di funzioni;
- essa non ha più una durata legislativamente prefissata;
- le regioni devono prevedere pur sempre degli incentivi per l'esercizio associato (non solo per le Unioni), a prescindere da fusioni forzose, proporzionali al livello di integrazione tra enti, con maggiorazioni in caso di fusioni o unioni;

¹²⁵ R. Pulli, *L'unione dei comuni assicura la normale gestione degli enti*, in *L'amministrazione italiana*, 2004, XII, p. 1648.

¹²⁶ Si parlava espressamente di funzione e servizi, escludendosi, pertanto, unioni con fini generali.

¹²⁷ Ossia la costituzione in un unico ente comunale dei comuni partecipanti all'Unione.

¹²⁸ F. Caringella – A. Giuncato – F. Romano, *L'ordinamento degli enti locali – Commentario al testo unico*, IPSOA, Italia. 2007.

- la limitazione dell'oggetto allo svolgimento di una pluralità di funzioni (non sono più previsti i servizi);
- l'esclusione della necessaria appartenenza ad una stessa provincia;
- la possibilità, in particolari condizioni, anche di comuni non confinanti di poter procedere all'Unione;
- l'abolizione di qualsiasi vincolo dimensionale;
- gli atti normativi non sono più l'atto costitutivo ed il regolamento, ma l'atto costitutivo e lo statuto;
- l'approvazione degli atti fondamentali necessita la maggioranza qualificata dei due terzi o la maggioranza assoluta, raggiunta con due votazioni ripetute entro trenta giorni;
- la mancata specificazione degli organi dell'Unione;
- l'attribuzione all'Unione della potestà regolamentare;
- il riferimento residuale ai principi previsti per l'ordinamento dei comuni.

Alla luce di tali mutamenti gli enti saranno maggiormente incentivati ad optare per le Unioni, piuttosto che per convenzioni o consorzi, anche perché esse rappresentano un livello di integrazione più elevato rispetto alle altre forme associative. La fusione non è più un vincolo, ma resta, comunque, lo scopo privilegiato dell'Unione. Nonostante questo radicale mutamento l'Unione non ha riscosso il successo sperato, in quanto utilizzata per finalità non essenziali degli enti costituenti. L'art. 26 del D.lgs. n. 267/2000 ha lasciato inalterato il dettato dell'art. 26 l. 142/90, fatto salvo l'ultimo comma, secondo cui si applicano alle Unioni «le norme in materia di composizione degli organi dei comuni», prevedendo inoltre che il numero dei componenti non può eccedere i limiti previsti per i comuni di dimensione pari alla

popolazione complessiva dell'ente. L'ordinamento dei comuni dovrà essere considerato un criterio guida sia per quanto riguarda la redazione dello statuto che quella dell'atto costitutivo, sia nell'esplicazione della potestà regolamentare ed anche un criterio interpretativo qualora dovessero sorgere dubbi in merito alle competenze degli organi¹²⁹.

7.1. Ordinamento e funzioni delle Unioni nella legislazione regionale.

Molte leggi regionali hanno affrontato il tema delle forme associative ed in particolare dell'Unione di comuni: alcune riguardano il fenomeno delle Unioni derivanti dalle trasformazioni di Comunità montane; altre pongono obblighi ai fini dell'accesso ai contributi; altre ancora aspetti di carattere più generale¹³⁰. Dovendo procedere alla riduzione delle CM, molte leggi regionali hanno previsto la possibilità che esse si trasformino in Unioni di comuni, prevedendo una vera e propria successione universale: personale, patrimonio, obbligazioni giuridiche transiterebbero automaticamente, anche per consentire una certa continuità dell'azione amministrativa. Prevedono tale possibilità le leggi regionali di Piemonte, Toscana, Basilicata, Emilia Romagna, Abruzzo e Calabria. Un altro tema è la sovrapposizione tra Comunità Montana ed Unione, che dovrebbe essere risolta alla luce della legge finanziaria del 2008 che impone il divieto di appartenenza di un comune a più di una forma associativa. Poiché la norma non cita

¹²⁹ M. Bertolissi, *L'ordinamento degli enti locali – Commento al testo unico sull'ordinamento delle autonomie locali del 2000 alla luce delle modifiche costituzionali del 2001*, Il Mulino, Bologna, 2002, p.190 – 192.

¹³⁰ Si pensi agli ambiti territoriali dell'Unione, ai limiti dimensionali, alla modalità di costituzione, alla composizione degli organi, ecc...

espressamente le CM, alcuni hanno sostenuto che il divieto non si riferisca anche alla sovrapposizione tra Unione e Comunità Montana, anche se tale impostazione non è facilmente condivisibile. La regione Lombardia, ad esempio, ha disciplinato espressamente tale ipotesi, prevedendo, da un lato, il divieto di aderire a più di una Unione, ma, dall'altro, la possibilità di aderire a più forme associative, ma non per una medesima funzione. Altre regioni, come la Campania, la Liguria, la Calabria, le Marche, l' Abruzzo,... affermano con rigore il divieto di sovrapposizione tra forme associative¹³¹.

7.2. L'evoluzione finanziaria: le modalità e i criteri di allocazione delle risorse.

La regolamentazione delle risorse finanziarie ed umane è disciplinata dallo statuto delle Unioni. Ad esse spettano gli introiti derivanti dalle tasse, dalle tariffe e dai contributi sui servizi da esse gestiti in forma consociativa. L'Unione, pur avendo potestà regolamentare, deve conformare la sua azione amministrativa ai principi dell'ordinamento comunale, per cui essa gestirà le funzioni, in maniera associata, con la spesa e le dotazioni organiche tipiche degli enti locali primari. La pianificazione della Regione, per quanto concerne gli incentivi, si basa su tre pilastri fondamentali: 1) sostenere il massimo livello di integrazione dei comuni, mediante l'erogazione modulata dei benefici in base all'unificazione della fusione di servizi associati o trasferiti; 2) assicurare una maggiorazione degli incentivi in caso di fusione o unione, rispetto alle altre forme associative; 3) prevedere ulteriori

¹³¹ R. Filippini – A. Maglieri, *Le forme associative degli enti locali nella recente legislazione regionale: verso la creazione di differenti modelli ordinamentali*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2008, III/IV, pp. 364 – 366.

incentivi per le unioni che autonomamente deliberino per la fusione. I criteri di attribuzione dei contributi erariali alle Unioni di comuni sono previsti mediante l'emanazione di un decreto del Ministero dell'Interno. La disciplina è contenuta nel decreto ministeriale n. 318 del 2000 che fissa tre parametri per il calcolo dei contributi erariali:

- 1) valore nazionale medio per abitante dei contributi erariali;
- 2) percentuale di calcolo del contributo per abitanti dell'Unione;
- 3) popolazione dell'Unione.

Altri fondi sono stati attribuiti con leggi finanziarie: l'art. 53 l. 388/2000 e l'art. 3 l. 350/2003. Per accedere ai contributi erariali i comuni interessati devono inviare, attraverso le Unioni e le Comunità Montane, la certificazione riferita all'ultimo rendiconto, approvata dai singoli enti entro il 30 settembre del primo anno di costituzione dell'Unione. Un contributo aggiuntivo spetta in caso di gestione di servizi associati quali anagrafe, stato civile, ufficio tecnico e polizia locale. Il decreto 289/2004 ha soppresso la disposizione inerente la diminuzione del 10% dei contributi qualora tutti i comuni costituenti l'Unione appartengano ad una stessa CM¹³².

7.3. Lo statuto e l'atto costitutivo: intenzioni e dimensioni.

Come abbiamo potuto verificare l'art. 32, comma 2, tuel prevede per la nascita dell'Unione l'approvazione, da parte dei rispettivi Consigli comunali, dell'atto costitutivo e dello statuto, con la maggioranza qualificata richiesta solitamente per le modifiche statutarie. Lo statuto individua gli organi dell'Unione, le modalità per la loro costituzione, le funzioni svolte dall'Unione, le fonti di provenienza delle risorse. Nulla vien detto sul contenuto dell'atto costitutivo, ma sembra

¹³² G. Di Paolo, *Le Unioni di comuni: evoluzione normativa e finanziaria*, in *L'amministrazione italiana*, 2006, XI, pp.1478 – 1481.

opportuno inserire in tale atto gli enti aderenti, le finalità e la durata dell'Unione. L'Unione ha potestà regolamentare per la disciplina della propria organizzazione, per lo svolgimento delle funzioni, per i rapporti anche finanziari con i comuni¹³³. Spesso però gli statuti si presentano come documenti politici, dichiarazioni di intenzioni di affidare all'Unione, piuttosto che specifiche funzioni, ambiti di attività generici, rinviando a successivi atti di trasferimento la specificazione di che cosa è affidato all'Unione. Analizzando queste dichiarazioni di intenzioni è venuta fuori una correlazione tra lo scopo per cui l'Unione è stata costituita e la sua dimensione demografica:

- le Unioni di più piccole dimensioni (fino a 20.000 abitanti) sembrano più orientate a conseguire obiettivi di efficienza gestionale:
- le Unioni di dimensioni intermedie (tra 20.000 e 50.000 abitanti), oltre ad obiettivi di efficienza gestionale, sembrano interessate a giocare un ruolo su scala territoriale;
- le Unioni di dimensioni maggiori (oltre 50.000 abitanti) nascono fondamentalmente per assumere un ruolo di scala territoriale sovracomunale, anche se a volte conservano interesse per gli obiettivi di efficienza gestionale¹³⁴.

¹³³ M. Mordenti, *op.cit.*, pp.106 – 107.

¹³⁴ F. Fiorillo – L. Robotti, *L'unione di comuni*, Franco Angeli s.r.l, Milano, 2006, pp. 30 – 31.

7.4. Gli organi dell'Unione.

L'art. 32 tuel oltre a prevedere quale organo necessario dell'Unione, il Presidente, dispone che gli altri organi debbano essere costituiti dai componenti delle giunte dei comuni unionisti e dei rispettivi consigli e richiama alle norme in materia di composizione degli organi. Tutto ciò ci spinge a considerare quali organi necessari, oltre al presidente, anche uno di tipo assembleare, omologo al consiglio comunale ed un altro equivalente alla giunta comunale. Il presidente svolgerà essenzialmente le funzioni del sindaco, sarà il rappresentante legale dell'ente, nonché responsabile dell'amministrazione. Esso avrà il potere di convocare e presiedere l'organo collegiale, corrispondente alla giunta e sovrintenderà all'esercizio delle funzioni attribuite all'Unione. Altre mansioni potranno essere attribuite in base alle funzioni da esercitare. L'organo assembleare, composto dai membri dei consigli comunali, con funzioni di indirizzo e controllo e competenza limitata agli atti fondamentali dell'ente quali:

1. proposte di modifiche statutarie e dell'atto costitutivo;
2. criteri generali in materia di ordinamento degli uffici dell'Unione;
3. documenti di natura programmatica, piani finanziari, bilanci annuali e rendiconto;
4. convenzioni e consorzi stipulati con gli altri enti locali;
5. esercizio di potestà regolamentare ex art. 32 tuel;
6. spese che impegnino i bilanci per esercizi successivi;
7. acquisti, alienazioni di immobili, permuta, appalti, concessioni, non previste espressamente in atti fondamentali.

All'organo giuntale spetterà l'esercizio delle funzioni residuali, funzioni d'impulso e di attuazione degli indirizzi assembleari. Non è esclusa la possibilità di inserire altri organi, purchè si rispettino i principi dell'ordinamento degli uffici comunali¹³⁵.

7.5. La decisione di adesione ad una Unione: i principali contenuti.

L'adesione all'Unione, poiché soggetto giuridico indipendente, riduce l'intensità del controllo diretto del singolo comune sulle risorse finanziarie e sulle modalità di fornitura del servizio. D'altro canto il successo gestionale dell'Unione, può consentire di accrescere la qualità e quantità del servizio erogato e di aumentare le risorse finanziarie, nel caso siano previsti specifici contributi finanziari da assegnare alle Unioni. Nonostante ciò, poiché le risorse finanziarie sono disciplinate dallo statuto, gli elementi di incertezza per i singoli comuni sono legate alla capacità gestionale dell'Unione di fornire servizi migliori rispetto a quanto avrebbero potuto fare da soli, più altri aspetti di carattere esogeno: i rapporti personali e politici tra sindaci ed altri soggetti politico – istituzionali. La decisione di adesione del singolo comune non dipende solo dall'utilità soggettiva del comune aderente, ma anche dall'utilità che dall'adesione possono trarre gli altri comuni. Ogni comune non conosce la motivazione dell'adesione altrui, ma è possibile che attribuisca ad essa un valore determinante, così come attribuisca un valore determinante alle ripercussioni positive che l'Unione può avere sull'economia dei comuni associati. L'Unione resisterà nel tempo solo se le loro

¹³⁵ F. Caringella – A. Giuncato – F. Romano, *op.cit.*, pp.320 – 321.

congetture sulle rendite attese si dimostreranno corrette entro un ragionevole intervallo temporale. Un ulteriore incentivo a mantenere salda l'Unione deriva anche dalle risorse che possono derivare ai comuni unionisti dalla crescita economica derivante dalla migliore erogazione dei servizi. Per quanto riguarda gli strumenti di crescita del territorio, alcuni propendono per i tagli alle imposte e, di conseguenza alle spese, altri sono, invece, sfavorevoli a tali riduzioni. Qualora il miglioramento si dovesse verificare con ritardo non ci sarebbe più sovrapposizione tra chi sopporta il costo dell'Unione e chi ne riceve i benefici. Questo potrebbe portare al fallimento dell'Unione che potrebbe non resistere nel tempo solo perché i benefici si sono manifestati con ritardo rispetto all'orizzonte politico. A questo punto un ruolo importante potrebbe essere assegnato alle decisioni di policy in materia di cofinanziamento dell'Unione o di assegnazione di contributi da parte del governo centrale¹³⁶.

7.6. Le Unioni di comuni in Italia.

Solo successivamente alle modifiche apportate dalla legge 265/1999, si è assistito ad un forte incremento nella costituzione delle Unioni dei comuni. Le modifiche riguardano principalmente la rimozione dell'obbligo di fusione dei comuni associati, l'abrogazione della dimensione demografica e del vincolo di contiguità territoriale tra comuni. A seguito di queste modifiche, secondo quanto rilevato dal Ministero dell'Interno, si è passati dai 16 casi presenti sul territorio nazionale tra il 1990 e il 1999 fino ai 267 del 2005, come conteggiato dall'Anci. IL fenomeno ha avuto una forte accelerazione tra il 2000 e il 2003 ed ancora oggi è in fase crescente. Lo Stato ha incentivato le

¹³⁶ F. Fiorillo – L. Robotti, *op. cit.*, p.102 ss.

Unioni mediante l'istituzione di fondi erariali, nella cui distribuzione bisogna tener conto della popolazione complessiva dell'Unione, del numero di comuni partecipanti, del numero e della tipologia dei servizi esercitati in forma associata. L'Anci si è espresso in modo critico sia sulla esiguità delle somme erogate, sia sull'andamento altalenante dei fondi in questione. Da un punto di vista demografico¹³⁷, come risulta dalla tabella 2, circa l'80% dei comuni associati ha una popolazione inferiore alle 5.000 unità, confermando che le Unioni investono frequentemente comuni di dimensioni medio – piccole.

Tabella 2: *Enti associati in Unione per classe demografica. Anno 2004.*

Classe demografica	Enti associati (val. ass.)	Enti associati (% sul totale)
0 - 999	338	30,5
1.000 - 2.999	420	37,9
3.000 - 4.999	141	12,7
5.000 - 9.999	137	12,4
10.000 - 19.999	53	4,8
20.000 - 60.000	17	1,5
Totale	1.106	100

Da un punto di vista della distribuzione regionale, come possiamo desumere dalla tabella 3, nel 2004 più del 50% delle Unioni è concentrata nel nord Italia e specificamente in Lombardia, Piemonte e Veneto. Le peculiarità strutturali di ciascuna Regione influenzano i valori della distribuzione delle Unioni. Alcune regioni come Puglia, Molise e Sicilia hanno un alto grado di specializzazione, mentre altre,

¹³⁷ *Ivi*, pp. 157 – 159.

come la Lombardia e l'Emilia Romagna, presentano Unioni sottodimensionate rispetto all'andamento nazionale. Sotto l'aspetto del numero delle gestioni associate, le regioni del nord sono, di certo, le più attive, in netta contrapposizione con la scarsità di servizi associati delle regioni meridionali.

Tabella 3: Distribuzione regionale delle Unioni di Comuni. Anno 2004.

Regioni	Unioni	Comuni	Popolazione	Servizi
Umbria	1	8	36.842	2
Sardegna	4	16	56.506	22
Abruzzo	6	43	271.247	43
Calabria	7	29	73.913	21
Emilia Romagna	8	36	207.955	125
Molise	9	52	78.596	39
Marche	10	37	103.291	98
Campania	11	53	501.022	44
Puglia	17	76	476.842	70
Lazio	21	101	199.709	128
Sicilia	25	107	525.610	89
Veneto	30	101	424.532	212
Piemonte	40	261	352.980	304
Lombardia	55	186	302.203	640
Totale Italia	244	1.106	3.611.248	1.837
Dimensione media dell'Unione	-	4,53	14.800	7,53

N.B. Il dato sulla popolazione si riferisce alla popolazione residente calcolata al 2002. La rilevazione delle Unioni di Comuni comprende solo quelle che hanno inoltrato domanda di contribuzione al Ministero.

Fonte: Ministero dell'Interno.

Il numero dei servizi gestiti è tanto maggiore quanto maggiore è il numero delle Unioni, cosa che conferma che per i comuni piccoli la loro dimensione costituisce un ostacolo oggettivo al miglioramento dell'efficienza dei servizi. Il quadro risultante appare alquanto frastagliato sul piano nazionale, con peculiarità nelle singole regioni; non a caso le indagini si sono focalizzate maggiormente a livello locale.

8. Le Associazioni di comuni.

Gli enti locali di modeste dimensioni sono perfettamente consapevoli che, per l'esercizio efficace delle loro funzioni, devono mettere in piedi ampie forme di collaborazione con gli altri enti locali. Qualora non sussistano tutte le caratteristiche essenziali per una Unione di comuni, alcune regioni hanno optato per forme più "leggere" di cooperazione, risalendo alle "associazioni" dell'art. 25 d.p.r. 616/77 in materia di assistenza e beneficenza. È stata l'Emilia Romagna con la legge n. 3/99 di "Riforma del sistema regionale e locale", successivamente modificata con la l.r. 11/2001 ad introdurre le Associazioni di comuni come ulteriore forma associativa, stabile come l'Unione ma con meno vincoli. Esso si pone come forma intermedia tra le forme tradizionali di collaborazione funzionale tra enti (vedi le convenzioni) e le forme di collaborazione più strutturate (vedi le Unioni). Il fine intrinseco è quello di combinare i vantaggi dell'Unione con quelli delle forme più semplici e dunque realizzare un buon livello di cooperazione, consentendo, però, agli organi politici del singolo comune di conservare un forte potere di ingerenza sulla gestione associata. La legge regionale in questione: a) precisa, come unici vincoli, il carattere confinante dei comuni e il divieto di contemporanea partecipazione a più di una associazione intercomunale; b) precisa la natura convenzionale e l'assenza di personalità giuridica dell'Associazione; c) esplicita il procedimento di costituzione ed il contenuto del regolamento; d) sottolinea la necessaria integrazione tra uffici e personale dei comuni aderenti.

8.1. Fonti normative, assetto funzionale e strutturale delle Associazioni.

La l.r. 11/2001 prevede, ai fini della costituzione dell'Associazione, l'atto costitutivo ed il regolamento. Ambedue i provvedimenti vengono adottati a maggioranza assoluta dei Consigli comunali aderenti. Il regolamento deve: a) individuare gli organi di governo dell'Associazione e disciplinare le modalità della loro elezione; b) disciplinare le modalità per il conferimento delle funzioni e per il trasferimento dell'organizzazione dei servizi dai singoli comuni dell'Associazione; c) dettare le norme fondamentali per l'organizzazione dell'Associazione. Circa l'atto costitutivo, la legge regionale non dispone un contenuto necessario, lasciandolo alla piena discrezionalità delle amministrazioni coinvolte. Anche se per le Associazioni non sussiste l'obbligo di approvare uno statuto, in realtà il regolamento ha una natura spuria poiché spesso contiene anche contenuti tipici dello statuto. Da un punto di vista funzionale, essa ha carattere plurifunzionale, così come si desume dall'art. 8 l.r. che statuisce la sua costituzione per la «gestione associata di una pluralità di funzioni e servizi». Oggetto della gestione associata possono essere sia le *nuove competenze conferite ai comuni dalla l.r. 3/99*, sia i *compiti propri dei comuni*, con esclusione, probabilmente, delle *funzioni delegate*¹³⁸. Da un punto di vista strutturale sempre l'art.8 l.r. prevede che l'Associazione si doti di un Presidente, eletto tra i sindaci, e che gli altri organi si compongano dei membri degli organi dei comuni associati. La normativa lascia ampia discrezionalità nella determinazione della composizione numerica e tipologica degli

¹³⁸ Il punto è ancora controverso, ma chi ne ammette l'esclusione fa riferimento al brocardo “*delegetus non potest delegari*”.

organi. Non si procede all'istituzione dell'organo giuntale e consiliare perché la titolarità delle funzioni resta in capo ai comuni. Poiché l'Associazione non è un ente locale, i suoi organi non sono organi in "senso stretto", ma semplici strumenti di coordinamento. Il presidente convoca e presiede la Conferenza dei sindaci, fissa l'ordine del giorno, ha funzioni rappresentative. La Conferenza dei Sindaci, composta dai sindaci dei comuni aderenti, grazie alla quale possono essere adottate linee comuni per la gestione associata e definite le previsioni annuali di spesa ed i rendiconti finali di gestione. La decisione di tale organo deve essere approvata da tutti gli enti per poter assumere efficacia vincolante. Alcuni regolamenti prevedono altri organi in aggiunta, quali il Coordinamento degli assessori e l'Assemblea, composta da tutti o solo alcuni componenti dei Consigli comunali. In tema di organizzazione sempre il nostro citato articolo ritiene necessaria la costituzione di uffici comuni con personale distaccato dagli enti partecipanti, un ufficio che pro quota fa parte dell'ente di appartenenza. Si delinea un'organizzazione flessibile che si adatta a seconda delle caratteristiche delle funzioni da svolgere. Per quanto concerne il rapporto di lavoro, il personale distaccato resta alle dipendenze del singolo comune di appartenenza, proprio perché l'Associazione non è un ente locale. Per quanto riguarda l'eventuale ammissibilità della delega all'ufficio del comune capofila, prevista dall'art. 30 tuel, il dato letterale, non prevedendola, sembrerebbe escluderla, ma ciò non sarebbe in linea con la ricercata flessibilità di tale forma associativa. Dunque la delega deve essere ammissibile ma non può essere il principale strumento di collaborazione, poiché occorre istituire un numero significativo di uffici comuni¹³⁹.

¹³⁹ M. Mordenti, *op.cit.*, pp.153 – 156.

8.2. I contributi associativi ed altri strumenti di sostegno dell'attività associativa.

L'art. 270 tuel presenta una disciplina derogatoria rispetto alla disciplina civilistica dei rapporti economici tra le associazioni e i loro membri. Esso consente alle associazioni di utilizzare la procedura pubblicistica del d.lgs. 46/99 per la riscossione delle quote associative, piuttosto della via giurisdizionale. Il secondo comma subordina la riscossione a una deliberazione del consiglio dell'ente. Il terzo comma prevede il rinnovo tacito dell'iscrizione per gli anni successivi, salvo disdetta. L'art. 271 tuel concede strumenti a carattere pubblicistico a sostegno dell'attività associativa, riservati all'Anci, Upi, Uncem, Cispel e sue federazioni e Aiccre. Il primo è il comodato dei locali destinati a sezioni regionali e provinciali; il secondo è il distacco temporaneo dei propri dipendenti presso organismi nazionali e regionali delle associazioni citate e l'autorizzazione a prestare la loro collaborazione a favore di esse. Il terzo consiste nella possibilità data agli enti di autorizzare, a proprie spese, la partecipazione di propri dipendenti a riunioni delle associazioni suindicate. L'attività associativa è equiparata a quella istituzionale, cosa che consente ai livelli organizzativi più importanti dell'associazione possono appoggiarsi ai bilanci degli enti locali e godere di un regime di favore di tipo sindacale¹⁴⁰.

¹⁴⁰ F. Caringella – A. Giuncato – F. Romano, *op.cit.*, pp.1358 – 1360.

8.3. L'Anci e le altre associazioni.

La nascita dell'Anci (Associazione nazionale dei comuni italiani) risale al 1990 su iniziativa del comune di Parma, seguito dal comune di Milano, ancora scosso dai moti operai del generale Bava Beccaris. Oggi circa 7.000 Comuni aderenti all'Associazione, rappresentativi del 90% della popolazione, parlano con chiarezza di un forte radicamento nel tessuto sociale, geografico e culturale italiano. Obiettivo fondamentale dell'attività dell'ANCI è rappresentare e tutelare gli interessi dei Comuni di fronte a Parlamento, Governo, Regioni, organi della Pubblica Amministrazione, organismi comunitari, Comitato delle Regioni e ogni altra Istituzione che eserciti funzioni pubbliche di interesse locale. Questo approccio complessivo si traduce concretamente in una serie di attività che caratterizzano l'operato quotidiano di un'associazione che costituisce di fatto l'interlocutore individuato nel tempo da tutti i governi nazionali per rappresentare la realtà degli enti locali. In particolare, l'ANCI:

- promuove lo studio e l'approfondimento di problemi che interessano Comuni e Città metropolitane;
- interviene con propri rappresentanti in ogni sede istituzionale in cui si prendano decisioni concernenti gli interessi delle Autonomie locali;
- presta in modo diretto, o mediante accordi e convenzioni con varie società, attività di consulenza e assistenza ai Comuni relativamente a competenze che la legge attribuisce al Parlamento e allo Stato nazionale;
- esamina i problemi che riguardano i dipendenti degli Enti locali;

- favorisce iniziative per diffondere la conoscenza delle istituzioni locali, accrescere l'educazione civica dei cittadini e la loro partecipazione alla vita della municipalità;
- incoraggia e coordina le relazioni internazionali dei suoi associati e le loro attività nel campo della cooperazione internazionale decentrata¹⁴¹.

Nel secondo dopoguerra si costituisce l'Uncem (Unione nazionale dei comuni e degli enti montani) con lo scopo di promuovere una vera e propria politica montana, cercando di risolvere i problemi specifici della montagna e di difendere gli interessi delle genti montane, portando la loro voce presso il Parlamento e il Governo italiano. Con la costituzione delle regioni vengono create le delegazioni, le quali raggruppano gli enti montani di ciascuna regione, aderenti all'Associazione. Merita menzione anche l'Aiccre (Associazione italiana per il Consiglio dei comuni e delle regioni d'Europa), che è la sezione italiana del Ccre (Consiglio dei comuni e delle regioni d'Europa). Essa raccoglie regioni, province, comuni e altre rappresentanze di comunità locali, impegnate a costruire una Federazione europea fondata sul riconoscimento e sulla valorizzazione delle autonomie regionali e locali.

9. Le forme di decentramento: circoscrizioni, circondari e municipi.

L'art. 13 tuel statuisce che «il comune, per l'esercizio delle funzioni in ambiti territoriali adeguati, attua sia forme di decentramento sia di cooperazione con altri comuni e con la provincia». Gli enti di

¹⁴¹ www.anci.it.

maggiori dimensioni, infatti, esercitano meglio le proprie funzioni mediante circoscrizioni di dimensioni più ridotte, istituite al loro interno, sempre conformemente al principio di adeguatezza: i problemi più vicini al cittadino richiedono soluzioni a livello di quartiere. La legge prevede come strumento del decentramento comunale la circoscrizione, che rappresenta un'articolazione del territorio comunale a fini di partecipazione, consultazione e gestione dei servizi di base. La legge istitutiva dei consigli circoscrizionali, la n. 278/1976 ha caratterizzato un periodo storico in cui si iniziava ad avvertire l'esigenza di spostare l'asse decisionale delle scelte inerenti alle esigenze dei cittadini verso gli stessi. L'art. 17 tuel ripercorre l'impostazione della legge del 1976, con una più marcata specificazione dei compiti in sede statutaria e regolamentare. La riforma in tema di organi di decentramento si focalizza sui seguenti passaggi normativi: 1) l'art. 13 tuel lascia all'autonomia normativa del comune l'individuazione delle forme e del grado di decentramento in propri "ambiti territoriali adeguati"; 2) l'art. 17 definisce le circoscrizioni di decentramento comunale come "organismi di partecipazione, di consultazione e di gestione dei servizi di base, nonché di esercizio delle funzioni delegate dal comune"; 3) l'art. 48 consente che l'organismo circoscrizionale si possa articolare in più organi di decentramento. Tale strumento di decentramento può avere un contenuto minimo, costituito dalle tre funzioni fondamentali (partecipazione, consultazione, gestione dei servizi di base), oppure un contenuto massimo, nel caso in cui ad esse si aggiungano una o più funzioni delegate. Tale gradazione di intensità del decentramento circoscrizionale può giustificare la possibilità, ex art. 17, concessa ai comuni con più di 300.000 abitanti, di dar vita a forme più accentuate

di decentramento delle funzioni¹⁴². L'istituzione delle circoscrizioni è obbligatoria nei comuni con popolazione superiore ai 100.000 abitanti, facoltativa nei comuni con popolazione compresa tra i 30.000 e i 100.000 abitanti, mentre non è prevista nei comuni con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti, nei quali si potranno istituire, comunque, organismi di partecipazione popolare¹⁴³. Le circoscrizioni non sono enti locali, in quanto prive di personalità giuridica, ma organi del comune, seppur complessi e dotati di autonomia. La legge 278/1976 prevedeva quali organi della circoscrizione:

- il consiglio circoscrizionale, eletto dai cittadini residenti nella circoscrizione, con funzioni deliberative;
- il presidente del consiglio circoscrizionale, eletto in alcuni comuni (ad es. Torino) da e tra i suoi membri, in altri (ad es. Roma) direttamente dal corpo elettorale.

Alcuni comuni, peraltro, hanno anche previsto un organo collegiale intermedio, sul modello della giunta degli enti locali¹⁴⁴. La natura dell'attività della circoscrizione è perfettamente delineata da tale formula standard: “può convocare assemblee ed incontri o promuovere consultazioni dei cittadini allo scopo di favorire la partecipazione sui programmi e le realizzazioni proprie e del comune”. Ed ancora “esse sono organismi istituiti per rispondere in modo coerente ed organizzato ai bisogni delle comunità locali: costituiscono un momento di raccordo tra l'Amministrazione comunale e i cittadini per la presentazione di istanze e rimostranze”¹⁴⁵.

¹⁴² D. Giorgio, *Sulle nuove forme di autonomia delle circoscrizioni di decentramento comunale*, in *Comuni d'Italia*, 2002, II, pp. 651 – 653.

¹⁴³ E. Barusso, *Diritto degli enti locali: comuni, province, comunità montane, consorzi, aree metropolitane*, Maggioli editore, 2008, p.136.

¹⁴⁴ *Circoscrizioni di decentramento*, in www.wikipedia.org, agg. 30 mag. 2011.

¹⁴⁵ A. Bianco, *Circoscrizioni comunali, organismi al punto di svolta*, in *Amministrazione civile*, 2004, III, p. 34.

Generalmente esse esercitano le funzioni tipiche del decentramento: rilascio di certificazioni anagrafiche o di stato civile, assistenza al cittadino per le incombenze burocratiche¹⁴⁶, gestione dei rapporti con l'ufficio tributario per i tributi comunali e così via. Il municipio rappresenta una forma di partecipazione e di decentramento di servizi istituibile con previsione statutaria solo nei comuni nati dalla fusione di enti preesistenti. Il territorio dei municipi coincide con quello dei comuni oggetto di fusione o di alcuni di essi. Essi sono disciplinati dall'art. 16 tuel ed inquadrati da esso come una forma di decentramento più accentuata rispetto alle circoscrizioni. La previgente disciplina, contenuta nella l. 142/90 dettava canoni rigidi in materia organizzativa: in primis la loro istituzione era demandata alla legge regionale che stabiliva la fusione, mentre era la stessa legge n. 142 a stabilire gli organi (un pro – sindaco e due consultori) e le modalità elettive (suffragio diretto). Il testo della legge n. 142, novellato dalla legge n. 265/99, poi confluito nel testo unico, demanda agli statuti ed ai regolamenti comunali la disciplina dell'organizzazione e delle funzioni dei municipi, ammettendo anche la previsione di organi di governo, eletti a suffragio universale diretto. Si assiste, dunque, ad una delegificazione in materia di decentramento comunale. È evidente l'inclusione dei municipi tra le forme di decentramento ex art. 17 tuel, salvo che per un più limitato ambito di applicazione dei primi (solo i comuni nati dalla fusione)¹⁴⁷. La legge prevede quale forma di decentramento provinciale i circondari, quali articolazioni facoltative ed eventuali del territorio della provincia. Essi possono avere solo funzioni amministrative. Inizialmente è stato l'art. 16 l. 142/90 a prevedere la suddivisione del territorio provinciale in

¹⁴⁶ Si pensi all'assistenza al cittadino per la compilazione della modulistica per le pensioni di invalidità.

¹⁴⁷ F. Caringella – A. Giuncato – F. Romano, *op.cit.*, p. 212.

circondari, purchè essi siano rapportati all'ampiezza e alle peculiarità del territorio. L'art. 21 tuel ritiene che la finalità di tale suddivisione sia quella di “organizzare gli uffici, i servizi e la partecipazione dei cittadini” e debba essere fatta in “relazione all'ampiezza e peculiarità del territorio, alle esigenze della popolazione e alla funzionalità dei servizi”. Il testo unico conferma l'impostazione della legge 142/90, introducendo, però, importanti norme in tema di organizzazione del circondario. L'articolo in questione dispone che lo statuto provinciale possa demandare ad apposito regolamento l'istituzione dell'Assemblea dei sindaci, composta dai sindaci dei comuni del Circondario, e la previsione della nomina del Presidente, eletto a maggioranza assoluta dell'Assemblea, tra i componenti dei rispettivi Consigli comunali. Tuttavia nell'art. 21 ritroviamo anche restrizioni all'autonomia provinciale: l'elencazione tassativa degli organi e il rinvio alla legislazione regionale in tema di Circondari. Tale rinvio sarebbe improprio in quanto le leggi regionali avevano previsto la loro istituzione in attesa dell'istituzione di nuove province. Da ciò si desume che l'unica disciplina in grado di limitare l'autonomia statutaria e regolamentare provinciale è quella dettata per i Circondari istituiti dalla provincia e non per quelli di istituzione regionale. La normativa attribuisce all'Assemblea dei sindaci funzioni “consultive, propositive e di coordinamento” e al Presidente del Circondario “funzioni di rappresentanza, promozione e coordinamento”. Tale formulazione appare generica e spetta ai regolamenti provinciali delineare le competenze. Il Circondario è in grado di svolgere il compito di fornire la necessaria consulenza tecnico – amministrativa agli enti locali, di promuovere l'integrazione tra le attività provinciali decentrate e i servizi dei comuni, singoli o associati¹⁴⁸. Numerose

¹⁴⁸ B. Di Giacomo Russo, *Il Circondario tra decentramento, partecipazione e sussidiarietà*

Regioni hanno istituito circondari di decentramento tra gli anni settanta e gli anni novanta, spesso grosso modo coincidenti con i circondari giudiziari o con l'ambito di presenza di uffici pubblici statali, tra cui il Piemonte, la Lombardia, Emilia-Romagna, la Toscana, la Puglia e la Basilicata, anche sotto la spinta di rivendicazioni di autonomia provinciale dei relativi territori. Sono stati così istituiti circondari nelle province di Torino, Venezia, Bologna, Forlì-Cesena, Firenze, Livorno, Siena, Reggio Calabria. Dal 2010 i circondari provinciali esistenti sono stati soppressi¹⁴⁹.

verticale, in *L'Amministrazione italiana*, 2009, IV, pp. 514 – 518.

¹⁴⁹ *Circondario di decentramento amministrativo*, in www.wikipedia.it, agg. 25 giu. 2011.

Capitolo terzo

*I contratti tra Pubbliche Amministrazioni
come espressione di concertazione tra enti.*

1. Gli enti locali e la capacità di diritto privato.

La capacità di diritto privato degli enti pubblici è principio ampiamente affermato in giurisprudenza da più di un quarantennio. Il fondamento teorico della estensione alle persone di diritto privato della capacità giuridica «di diritto comune» ha un duplice fondamento: l'articolo 11 del codice civile¹⁵⁰ e la generale capacità di agire riconosciuta dal codice civile a tutte le personificazioni operate dal diritto. Il problema decisivo è l'estensione della legittimazione ad agire nelle forme del diritto privato da parte dell'ente. Occorre precisare che la scelta dell'ente di ricorrere allo strumento privatistico è, non solo espressione della generale capacità di diritto comune, ma anche espressione della potestà organizzativa ad esso riconosciuta per il conseguimento delle proprie finalità istituzionali, cosa che non consente limiti all'azione in forma privatistica. Infatti la partecipazione pubblica in organismi privatistici è inidonea ad alterare la naturale qualificazione privatistica del tipo societario, comportando, almeno in via residuale, l'applicazione del codice civile.

¹⁵⁰ «Le province e i comuni nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche, godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico».

2. La concertazione e i modelli contrattuali nella pubblica amministrazione.

IL coordinamento amministrativo consiste nell'attività, i meccanismi giuridici e le strutture organizzative che l'ordinamento predispone perchè risultino adeguatamente armonizzati i comportamenti dei diversi centri di imputazione di attribuzioni e competenze amministrative. *“Ovvero, esso “può essere definito il modo di organizzare e di regolare i rapporti in cui siano coinvolti due o più soggetti od organi della pubblica Amministrazione in funzione del contenimento di fenomeni negativi come : conflitti ; contraddizioni ; disarmonie ; discrepanze ; mancanza di integrazione ; interventi a fini contrastanti ; interventi inutilmente duplicativi e, comunque, dispersivi e antieconomici”*. Il tema del coordinamento si connette immediatamente a quelli della concertazione e dei modelli contrattuali e, quindi, del consenso. *“Gli accordi fra enti - ogni tipo di intesa e di accordo, verrebbe da aggiungere - si situano al livello della dogmatica dell'organizzazione dei pubblici poteri, e il loro fine, fondamentale e irrinunciabile, risiede nella necessità di assicurare un sufficiente coordinamento dell'azione pubblicistica, là ove, sul medesimo oggetto o sullo stesso affare, convergano reciprocamente le attribuzioni e le conseguenti responsabilità di due o più soggetti pubblici”*¹⁵¹. L'analisi dei diversi istituti positivi della amministrazione “concertata” (convenzioni, c.d. protocolli d'intesa, accordi di programma), ha valore e significato euristici anche in un'ottica strettamente giuridica. Infatti, l'evoluzione e la diffusione di tali istituti, in particolare dopo l'introduzione generalizzata nel nostro

¹⁵¹ R. Ferrara, *Gli accordi di programma - Potere, poteri pubblici e modelli dell'amministrazione concertata*, Cedam, Padova, 1993, pag. 91.

Paese dell'ordinamento regionale, è strettamente correlata alle trasformazioni dello Stato di diritto, alla ricerca di un maggiore equilibrio fra i diversi poteri ed interessi pubblici, alla crescita della autonomia e del policentrismo istituzionale. Si assiste, in altri termini, ad una perdita di centralità del provvedimento amministrativo o, meglio, a un cedimento della sua unilateralità, da una parte ; dall'altra parte, invece, la diffusione delle figure pattizie fra soggetti pubblici è *"... in certo modo, il frutto del venir meno dell'idea stessa di un'organizzazione monista della pubblica amministrazione e, conseguentemente, quasi il prodotto dell'attenuarsi del principio di 'gerarchia' il quale, come è noto, giocava un ruolo ordinatore sul terreno delle relazioni giuridiche fra apparati pubblici"*¹⁵². L'amministrazione concertata è sia amministrazione coordinata (che mette insieme soggetti pubblici) che amministrazione consensuale. La cultura del consenso ha preso piede soprattutto nei rapporti tra le autorità amministrative, il campo forse meno idoneo, poiché i soggetti coinvolti esercitano, tutti, poteri autoritativi. Il dialogo tra le PP.AA. può restare sul piano metagiuridico, come incontro di volontà ed intenti, senza formazione di vincoli (vedi i protocolli d'intesa), oppure impegni veri e propri, formalizzati in atti scritti (vedi le convenzioni amministrative). Ciò che è evidente è la riduzione, negli ultimi decenni, dell'ambito dell'autoritatività della P.A. sia nei rapporti con i privati, sia nei rapporti tra i diversi enti pubblici. L'essenza del fenomeno amministrativo si sposta dal profilo dell'autorità a quello della funzione. I poteri pubblicistici si connotano in quanto tali solo per la funzionalizzazione ai fini indicati dalla legge e non anche per la imperatività, non più requisito essenziale. Il venir meno del principio di autorità conduce ad eliminare la maggior parte degli ostacoli che

¹⁵² *Ivi*, pag. 10.

prima si frapponevano all'impiego degli strumenti di diritto privato, ora di grande diffusione anche in settori prima riservati, esclusivamente, ai provvedimenti unilaterali. Infatti parte della dottrina è giunta a sostenere non solo che l'azione dei pubblici poteri non deve necessariamente esplicarsi mediante atti d'imperio ma anche che la scelta operata tra negozio e provvedimento dipende da valutazioni politiche ed economiche storicamente variabili. Le amministrazioni di stampo tradizionale, sempre più spesso, preferiscono utilizzare tale strumentario piuttosto che quello giuspubblicistico, aspetto che ha aperto la strada al dibattito sulla sostituibilità degli strumenti pubblicistici con quelli privatistici¹⁵³. Parte della dottrina appare orientata a escludere l'alternatività, ritenendo che in un procedimento amministrativo, caratterizzato dalla presenza di più interessi (pubblici, collettivi e privati), non è ammessa la sostituzione dei comportamenti giuridici, disciplinati dal diritto pubblico con un contratto tra P.A. e privato, in quanto verrebbe meno il sistema di garanzie del procedimento amministrativo¹⁵⁴. Altra dottrina¹⁵⁵ ammette la sostituibilità in via di principio, purchè lo strumento privatistico consenta di raggiungere gli stessi risultati dell'alternativa pubblicistica e non comporti oneri ulteriori. A prescindere dalla tesi condivisa, l'importante è che non si utilizzi il diritto comune per eludere i controlli dell'attività pubblicistica.

¹⁵³ G. Manfredi, *Accordi e azione amministrativa*, Giappichelli ed., Torino, 2001, pp. 39 – 41.

¹⁵⁴ G. Pericu, *L'attività*, CEDAM, Padova, 2005, p. 1295.

¹⁵⁵ V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Giappichelli editore, Torino, 1997, p. 640.

3. La natura giuridica degli accordi tra le Pubbliche Amministrazioni.

L'art. 15 legge n. 241/90, attraverso il rinvio al comma 2 dell'art. 11 della stessa, prevede l'applicabilità agli accordi dei principi del codice civile in materia di contratti e obbligazioni, in quanto compatibili. Alla luce di tale disposizione sorge la questione della natura giuridica, privata o pubblica, di tali accordi. Secondo i sostenitori della tesi privatistica, si è in presenza di accordi di natura negoziale retti dalla disciplina del codice civile, pur avendo un oggetto di natura pubblicistica. A sostegno di tale tesi si porta, innanzitutto, il rinvio normativo operato dall'art. 15 della legge n. 241/90 all'art. 11, poi l'espressione "concordano l'accordo", rinvenibile nell'art. 34 d.lgs. 267/2000, è indizio della natura contrattuale dell'istituto in esame e ancora la possibilità che l'interesse pubblico sia oggetto di accordo. Aderendo alla tesi privatistica, si dovrebbe concludere per l'esistenza di una posizione di diritto soggettivo in capo a ciascuna amministrazione nei confronti dell'altra circa l'attuazione dell'accordo, per cui tutti i provvedimenti violativi degli impegni assunti nell'accordo concretebbero un inadempimento contrattuale. Di conseguenza, se un'amministrazione rifiutasse di adottare i provvedimenti concordati, l'altra potrebbe attivare tutte le forme di tutela previste dal codice civile nell'ipotesi di inadempimento: risoluzione per inadempimento, risarcimento del danno per inadempimento, eccezione di inadempimento, tutela in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c. I teorici della tesi pubblicistica, attualmente maggioritaria, preferiscono, invece, parlare di contratti di diritto pubblico, sottolineando, innanzitutto, l'incompatibilità dell'attività funzionalizzata della Pubblica Amministrazione con il

libero esercizio di attività negoziale. Negano, dunque, i sostenitori della natura pubblicistica, che dall'accordo possano discendere posizioni di diritto soggettivo rispetto all'adozione di determinati provvedimenti, in quanto le singole amministrazioni rimangono titolari di un potere pubblicistico. Tale dottrina esclude, quindi, la possibilità per le parti di ricorrere ai rimedi privatistici in caso di inadempimento. Si ritiene, invece, che qualora l'inadempimento si concreti nell'emanazione di un atto difforme rispetto a quello che l'amministrazione avrebbe dovuto emanare in base all'accordo, tale provvedimento potrà essere impugnato, in quanto viziato per eccesso di potere, dalle altre amministrazioni interessate. Diversamente, in caso di ritardo nell'adozione dell'atto di ricezione dell'accordo da parte dell'amministrazione competente, sarà attivabile la procedura del silenzio - rifiuto¹⁵⁶. Un terzo filone, minoritario, statuisce che le peculiarità di tali accordi non consente l'inquadramento in nessuna di tali categorie, configurandosi, così, un *tertium genus*, cui è applicabile ora la disciplina pubblicistica, ora quella privatistica.

4. Le fonti legislative degli accordi fino all'art. 15 l. 241/1990.

Prima degli anni '90 era possibile rinvenire gli accordi pubblici solo in normative di settore, previste per fronteggiare situazioni di emergenza: si pensi all'art. 81 d.p.r. 616/1977 sulle intese tra Stato e Regioni in materia urbanistica, all'art. 25 l. 210/1985, sui progetti di opere ferroviarie previste nel piano generale dei trasporti, all'art. 7 l. 64/1986, in materia di interventi straordinari del Mezzogiorno. Ma è

¹⁵⁶ Tar Liguria, sent. n. 52/2001.

solo con l'art. 15 l. 241/90 che l'esercizio consensuale della potestà amministrativa diviene un modo di essere dell'azione amministrativa, alternativo all'esercizio autoritativo della stessa. Tale disposizione statuisce che « anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 14, le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune. Per detti accordi si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni previste dall'articolo 11, commi 2, 3 e 5.». Gli unici requisiti richiesti sono la comunanza di interessi allo svolgimento dell'attività, abbastanza scontato, e il riferimento generico all'attività, da intendersi sia come attività amministrativa di diritto pubblico, sia come attività amministrativa di diritto privato. La norma non prevede una regolamentazione speciale, rinviando, semplicemente, all'art. 11, commi 2,3 e 5. Il comma 2 prescrive, per la stipulazione, la forma scritta *ad substantiam*, salvo diversa disposizione, e l'applicabilità dei principi civilistici in tema di obbligazioni e contratti, salvo deroga ed incompatibilità. Il rinvio al comma 3 fa sottoporre gli accordi tra PP.AA. ai medesimi controlli previsti per gli accordi sostitutivi di provvedimenti amministrativi. Il comma 5 sottopone le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi tra PP.AA. alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Lo stesso orientamento è sostenuto nella pronuncia della Corte Costituzionale n. 204/2004 che conferma tale attribuzione in caso di intreccio tra interessi legittimi e diritti soggettivi e di commistione tra disciplina pubblicistica e privatistica, evitando, però l'attribuzione di blocchi di materia. Non si riscontra il rinvio al comma 1, sulla funzionalizzazione dell'accordo all'interesse pubblico, né al comma 4, circa la possibilità per l'amministrazione di recedere unilateralmente dall'accordo per sopravvenuti motivi di interesse pubblico, con

conseguente obbligo di indennizzo del privato. Vista tale lacuna disciplinare la dottrina si è divisa, avanzando differenti ipotesi: una parte sostiene l' inammissibilità del recesso unilaterale, un'altra lo ammette in toto, un'altra ancora lo consente senza però l'indennizzo, visto che non sussiste un interesse privato da tutelare¹⁵⁷.

4.1. Le norme del diritto civile applicabili agli accordi amministrativi ex art. 11 l. 241/1990.

Come già sostenuto, il comma 2 dell'art. 11 l. 241/90 afferma che agli accordi «si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile» con specifico riferimento al diritto obbligazionario e dei contratti previste dal Titolo I sulle obbligazioni in generale e dal Titolo II sui contratti in generale e dal Titolo III sui singoli contratti del codice civile, previa verifica, in concreto, di compatibilità tra dette norme e le finalità pubblicistiche, i contenuti e gli oggetti degli accordi in questione. La clausola di compatibilità mira, semplicemente, a predisporre un regime speciale per l'attività negoziale della P.A. e non a coprire vuoti disciplinari del diritto pubblico in materia. Tra le norme applicabili ci sono quelle sull'interpretazione del contratto (art. 1362 c.c.), le regole sulla formazione dell'accordo e dunque sull'incontro tra proposta e accettazione, la norma sulla buona fede negli atti prenegoziali desunti dagli artt. 1337 e 1175 c.c., il principio della tutela dell'affidamento e l'obbligo di ciascuna parte di salvaguardare le ragioni dell'altra. Il perseguimento dell'interesse pubblico, imposto da una norma imperativa, sarà valutato alla stregua di un sindacato condotto

¹⁵⁷ F. Palumbo, *L'esercizio consensuale dell'attività amministrativa*, in www.ratioiuris.it.

sull'esercizio del potere discrezionale, determinando l'annullabilità piuttosto che la nullità dell'accordo. Si applicano, inoltre, le norme sulla condizione e sul termine, ma non quelle sul *modus*, l'art. 1325 sui requisiti del contratto e il 1418 sulle cause di nullità dello stesso¹⁵⁸. Di dubbia applicazione è la disciplina sui vizi del volere, per i dubbi circa l'imputazione della volontà all'apparato oppure ad una specifica persona fisica, esercitante funzioni pubbliche, il rinvio ai concetti di illiceità della causa e dell'oggetto del contratto, ai vizi di nullità o annullabilità. Chiaramente l'elencazione precisa delle norme civilistiche applicabili dipende dalla posizione condivisa circa la natura degli accordi amministrativi.

5. Le convenzioni nell'art. 30 del tuel.

«1. Al fine di svolgere in modo coordinato funzioni e servizi determinati, gli enti locali possono stipulare tra loro apposite convenzioni. 2. Le convenzioni devono stabilire i fini, la durata, le forme di consultazione degli enti contraenti, i loro rapporti finanziari ed i reciproci obblighi e garanzie. 3. Per la gestione a tempo determinato di uno specifico servizio o per la realizzazione di un'opera lo Stato e la regione, nelle materie di propria competenza, possono prevedere forme di convenzione obbligatoria fra enti locali, previa statuizione di un disciplinare - tipo. 4. Le convenzioni di cui al presente articolo possono prevedere anche la costituzione di uffici comuni, che operano con personale distaccato dagli enti partecipanti, ai quali affidare l'esercizio delle funzioni pubbliche in luogo degli enti partecipanti all'accordo, ovvero la delega di funzioni da parte degli

¹⁵⁸ M. Crescenzi Lanna, *Gli accordi amministrativi*, in www.giuristiediritto.it.

enti partecipanti all'accordo a favore di uno di essi, che opera in luogo e per conto degli enti deleganti» art. 30 tuel. La norma ricalca l'art. 24 della legge 142/1990 ma ne amplia i destinatari dai soli Comuni e Province a tutti gli “enti locali”¹⁵⁹. Ciò che spinge a rivolgere l'attenzione nei confronti di questo istituto è la circostanza che spesso si presentano esigenze che non richiedono nessuna struttura giuridica e organizzativa stabile e neppure una personalità giuridica, esigenze che sono ben soddisfatte da una forma flessibile e snella quale la convenzione. Le convenzioni, contemplate dall'art. 30 del Testo Unico, costituiscono il vincolo associativo tra enti locali più tenue, infatti esse possono essere addirittura prive di rilevanza esterna. Il loro ricorso è lasciato alla piena discrezionalità dell'ente ed è utilizzabile per lo svolgimento di qualunque funzione; l'unico limite è derivante dalla precisazione che si tratti di servizi o funzioni “determinate”, cosa che ne esclude il carattere generale. Le convenzioni aventi ad oggetto gestione di servizi pubblici comuni comportano solo un'estensione dell'attività dell'azienda di servizi di un ente locale al territorio di altri enti; le convenzioni dirette all'esercizio di funzioni pubbliche comuni (art. 30, comma 4) potranno prevedere o la «costituzione di uffici comuni», con personale distaccato dagli enti partecipanti, individuando comunque il comune capofila, o la delega delle funzioni a favore di uno dei partecipanti all'accordo (“comune capofila”), che opererà «in luogo e per conto degli enti deleganti». Si discute in dottrina su chi ricadano gli effetti degli atti emanati dall'ufficio associato. Secondo parte della dottrina¹⁶⁰ si applica lo schema civilistico del mandato con rappresentanza, che si ha quando il mandatario agisce in nome e per conto del mandante. Di conseguenza

¹⁵⁹ Per il Testo Unico devono intendersi enti locali: Comuni, Province, Città metropolitane, Comunità montane, comunità isolate o di arcipelago, unioni di comuni.

¹⁶⁰ M. Mordenti, *op.cit.*, pp.81 – 82.

quest'ultimo, che corrisponde all'ente rappresentato, diviene titolare dei rapporti generati dal mandatario (rappresentante) e ne risponde verso i terzi, salvo rivalsa in caso di errore od omissione nei confronti del mandatario, ossia del comune capofila, al quale appartiene l'ufficio delegato. Secondo altra parte della dottrina si applicherebbe lo schema del mandato senza rappresentanza, che si ha quando il mandatario agisce per conto del mandante, ma in nome proprio; di conseguenza gli effetti dell'attività dovrebbero ricadere nella sfera giuridica del primo (comune capofila), salvo ovviamente la possibilità dello stesso di rivalersi sul mandante in base al rapporto interno che li lega. Di solito gli utenti degli uffici associati sono informati perfettamente del fatto che l'ente rappresentante non agisce per sé e non si obbliga in proprio, per cui nella casistica di cui all'art. 30 sembra rientrare la fattispecie del mandato con rappresentanza, visto che la responsabilità ricade su tutti gli enti rappresentati. Nel comma 2 il legislatore elenca alcuni *essentialia negotii*, ovvero contenuti necessari che devono essere indicati nelle convenzioni a pena di nullità, ex art. 1418, c. 3, c.c.: 1) i *fini* (ossia lo scopo comune dell'attività), specificando se si intende effettuare solo una condivisione di informazioni per mettere su strategie comuni o esercitare le funzioni coordinatamente; la *durata* (senza indicare minimi e massimi), escludendo convenzioni a tempo determinato e consentendo il rinnovo tacito in caso di risultati positivi della gestione comune, rinnovo che è previsto solo eccezionalmente, dietro giustificazione, per le convenzioni obbligatorie; le *forme di consultazione* tra enti contraenti allo scopo di adeguare il proprio funzionamento ai mutamenti succedanei alla stipula, ottimizzare il coordinamento, verificare i risultati ottenuti e il rispetto degli impegni assunti pattiziamente; i *rapporti finanziari, reciproci obblighi e*

garanzie¹⁶¹. In caso di inadempimento da parte di uno degli enti partecipanti, la convenzione deve prevedere un meccanismo di reazione con sanzioni patrimoniali o previsioni surrogatorie a carico del trasgressore, senza “turbare” la stabilità dell’intero vincolo associativo. Tali contenuti essenziali possono essere integrati volta per volta a seconda di concrete esigenze (precisando ad esempio modalità di prestazione del servizio). La legge tace sull’aspetto conclusivo, lasciando intendere comunque che le fasi preliminari siano ispirate alla massima informalità e snellezza. Permane, inoltre, la possibilità di prevedere forme obbligatorie: spetta allo Stato o la Regione autonomamente competente, nelle materie di rispettiva competenza, definire il carattere obbligatorio, con il relativo disciplinare – tipo. Tuttavia questa tipologia di convenzione è circoscritta nel tempo e nell’oggetto: gestione a tempo determinato di uno specifico servizio oppure realizzazione di un’opera. L’art.30 d.lgs. 267/2000 prevede solo convenzioni tra enti locali, ma ciò non impedisce l’accordo con altri soggetti pubblici, svincolati da tale normativa¹⁶².

¹⁶¹ M. Bertolissi, *L’ordinamento degli enti locali – Commentario al testo unico sull’ordinamento delle autonomie locali del 2000 alla luce delle modifiche costituzionali del 2001*, Il Mulino, Bologna, 2002, pp. 180 – 182.

¹⁶² Così TAR Liguria, *sentenza n. 288/1996*.

5.1. La natura delle convenzioni: aspetti soggettivi, oggettivi e finalità.

Le convenzioni possono essere definite come «accordi¹⁶³ organizzativi tesi al raggiungimento di una disciplina concordata in relazione a molteplici attività amministrative di competenza di due o più enti locali, in modo tale da coordinare moduli organizzativi altrimenti destinati a svolgersi separatamente ed autonomamente gli uni dagli altri»¹⁶⁴. Mediante l'utilizzo dello strumento convenzionale si possono raggiungere vari obiettivi: evitare dispendiose duplicazioni dell'attività amministrativa, per migliorare l'efficienza e la qualità delle prestazioni, al fine di conseguire economie di scala e condivisioni di know how; evitare suddivisioni territoriali artificiali nell'espletamento di servizi e funzioni, che non corrisponderebbero a reali esigenze e caratteristiche geografiche; consentire agli enti di piccole dimensioni di raggiungere risultati che, per il loro apparato organizzativo, non riuscirebbero a conseguire facilmente. Sommariamente le convenzioni sono finalizzate ad assicurare una migliore gestione di servizi e funzioni da coordinare unitariamente. La giurisprudenza¹⁶⁵ ha stabilito un rapporto esattamente speculare tra la gestione dei servizi in economia e quella mediante la forma associativa della convenzione, poiché in ambedue si proceda alla realizzazione di un'attività o di un'opera, senza la costituzione di

¹⁶³ Circa la natura giuridica delle convenzioni la dottrina si è spesso divisa: secondo alcuni autori come G. Rolla e T. Groppi esse avrebbero natura di atto amministrativo; secondo altri come R. Ferrara rientrerebbero nel modello contrattuale di diritto comune, con alcune peculiarità; per altri ancora come G. Mignone e P. Vipiana tra i contratti di diritto pubblico.

¹⁶⁴ Così F. Caringella – A. Giuncato – F. Romano, op.cit. , p.271.

¹⁶⁵ Il Tar Lombardia, Milano, nella *sentenza n. 1905/1997* statuisce la sussistenza di un'esatta specularità e corrispondenza «da una parte fra la gestione in economia del servizio e la gestione mediante convenzione del servizio stesso, e dall'altra fra gestione mediante aziende speciali/istituzioni e quelle attuate mediante Consorzi».

alcuna soggettività giuridica, come accade invece per le aziende speciali, società a partecipazione pubblica, consorzi, ecc... La convenzione è frutto di un accordo raggiunto con uno o più enti (fattispecie pluriorganizzatoria) e non il risultato di una decisione unilaterale (fattispecie autoorganizzatoria). Da un punto di vista soggettivo possono distinguersi convenzioni omogenee (tra enti dello stesso tipo) ed eterogenee (tra enti diversi), bilaterali (se i partecipanti sono solo due) e plurilaterali (più di due partecipanti). Partendo da un punto di vista più lato, le si fa rientrare nella più ampia categorie delle formule collaborative pattizie tra pubbliche amministrazioni, per cui saranno soggette all'art. 15 l. 241/1990 sulla stipulazione di qualsiasi accordo per lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune. Ai sensi del secondo comma del su citato articolo le convenzioni:

- a. devono essere stipulate per iscritto a pena di nullità;
- b. sono soggette ai principi civilistici in materia di contratti ed obbligazioni, in quanto compatibili, salvo deroga pattizia;
- c. non sono suscettibili di recesso unilaterale per sopravvenuti motivi di interesse pubblico, salvo deroga pattizia; in caso contrario è previsto il risarcimento danni da parte del trasgressore;
- d. sono sottoposte alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Da un punto di vista oggettivo, la convenzione può essere monofunzionale (se ha ad oggetto una sola funzione¹⁶⁶ o servizio¹⁶⁷),

¹⁶⁶ La "funzione" deve essere intesa come l'attività della P.A. diretta allo svolgimento dei propri compiti istituzionali, mediante l'esercizio di poteri di natura pubblicistica e collocandosi, pertanto, sullo stesso piano dei soggetti destinatari della stessa.

plurifunzionale (più funzioni o servizi); ciò che è certo è che non hanno carattere generale, in quanto potranno attenersi solo a funzioni e servizi “determinati”. Inoltre esse possono distinguersi in facoltative (se non imposte *ex lege*) ed obbligatorie (se imposte da norme statali o regionali).

5.2. Le fattispecie convenzionali facoltative.

Il legislatore, per accelerare la diffusione dello strumento convenzionale, lo ha utilizzato in particolari ambiti. La fattispecie che ha dato adito a molti problemi pratici è quella disciplinata dall'art.5 D.P.R. 902/1986, con la quale si ammette che un Comune possa deliberare con una specifica maggioranza, l'estensione dell'attività della propria azienda di servizi al territorio di altri enti locali, previa intesa coi medesimi¹⁶⁸. Inoltre occorre che esista un collegamento funzionale che unisca il territorio dei due enti locali e che giustifichi l'avvalimento dell'azienda speciale di uno in riferimento al territorio dell'altro e una previa deliberazione comunale. Al di fuori di questa ipotesi tassativamente prevista non è consentito l'utilizzo di altre forme di esercizio di servizi pubblici ex art. 114 del Testo Unico, quali la società per azioni a partecipazione pubblica. La legge 537/93 in materia di contratti pubblici, ha previsto che gli enti locali possano costituire uffici unici per l'espletamento dei servizi al fine di conseguire un'economia procedimentale e condizioni contrattuali più favorevoli. Nell'ipotesi in cui non dispongano di uffici tecnici idonei per la progettazione di opere pubbliche, gli enti possono stipulare

¹⁶⁷ È “pubblico servizio” l'attività di qualunque natura svolta dall'ente locale per la cura di interessi della collettività, senza l'impiego di poteri di carattere pubblicistico.

¹⁶⁸ Si specifica che la convenzione deve essere stipulata tra gli enti locali e non tra l'ente locale e l'azienda.

convenzioni tra loro al fine di costituire un unico ufficio tecnico titolare di tale compito. La legge 127/1997 identifica le convenzioni come strumento di semplificazione amministrativa per favorire la trasmissione di dati, attinenti allo stato civile ed alla certificazione anagrafica, tra pubbliche amministrazioni, archivi di stato civile, esercenti di pubblici servizi, anche mediante sistemi informatici o telematici, sempre nel rispetto della privacy. Inoltre i comuni di piccole dimensioni possono stipulare convenzioni di segreteria per avere un unico segretario in comune, di cui al D.P.R. 465/1997. Esse, però, possono essere concordate solo tra amministrazioni comunali appartenenti alla medesima Regione, esclusi i Comuni oltre la seconda classe e quelli con popolazione superiore a 65.000 abitanti, ed acquistano efficacia solo nella data in cui il segretario assume servizio presso la sede della segreteria convenzionata. Tali convenzioni possono innestarsi in accordi più ampi, quali ad esempio altre convenzioni o Unioni di Comuni e devono:

- prevedere le modalità di espletamento del servizio;
- individuare il sindaco competente alla revoca e alla nomina del segretario;
- determinare la ripartizione degli oneri finanziari derivanti dalla retribuzione del segretario;
- fissare la durata della convenzione;
- individuare possibilità di recesso;
- stabilire reciproci obblighi e garanzie.

Da questo contenuto essenziale si potrebbe, a prima vista, desumere l'esistenza di una particolare categoria di convenzioni facoltative che sono "a contenuto vincolato", così denominabili perché mentre sussiste libertà nella decisione di stipula, non c'è la medesima libertà

nella fissazione del contenuto. In realtà le convenzioni di segreteria non rientrano in questa tipologia poiché una parte del suo contenuto è già prevista dall'art. 30 tuel, altra parte è strettamente connessa alla natura di questo istituto; in pratica le parti difficilmente avrebbero potuto prevedere un contenuto inferiore a quello stabilito *ex lege*.

5.3. Le fattispecie convenzionali obbligatorie.

La legge disciplina quelle che si definiscono anche convenzioni obbligatorie tra enti locali, prevedendo che lo Stato o la Regione, in base alle rispettive competenze, possano imporne la stipula. Dette convenzioni differiscono da quelle facoltative per le seguenti caratteristiche: 1) l'iniziativa di un soggetto terzo rispetto agli enti contraenti, come lo Stato o la Regione; 2) i soggetti contraenti identificabili solo in Comuni e Province; 3) l'oggetto, identificabile solo nella gestione di un servizio o nella realizzazione di un'opera, escluso lo svolgimento di funzioni; 4) la definizione da parte del soggetto promotore di un disciplinare tipo cui i contraenti dovranno conformarsi¹⁶⁹. La redazione del disciplinare ha lo scopo di conformare l'operato degli enti partecipanti alle linee precostituite a livello sopralocale. Il fatto che tale disciplinare sia definito nel suo aspetto tipologico, ciò vuol dire che la Regione o lo Stato non potranno prevedere disposizioni ad hoc per una determinata opera o servizio, in quanto esso ha valenza per categorie generiche di opere e servizi. Qualora gli enti non procedano alla convenzione nel termine imposto oppure non rispettino le indicazioni del disciplinare, saranno invitati ad adempiere entro un congruo termine; nell'ipotesi di

¹⁶⁹ E. Barusso, *Diritto degli enti locali: province, comuni, comunità montane, consorzi, aree metropolitane*, Maggioli editore, Santarcangelo di Romagna, 2008, p.114.

ulteriore inerzia si procederà alla nomina di un commissario *ad acta* per l'esecuzione della disposizione sopraordinata. Le convenzioni obbligatorie sono state sovente criticate poiché limitano fortemente l'autonomia organizzativa degli enti locali soprattutto per il fatto che spesso è molto difficile distinguere le competenze dello Stato, delle Regioni e degli enti locali in materie in cui si verificano sovrapposizioni tra i diversi livelli di governo. Pertanto sarebbe stato preferibile specificare nell'art. 30 del Testo unico che la competenza si riferisce non solo alla funzione legislativa ma anche a quella amministrativa regionale e statale. Il d.lgs. 112/1998, all'art. 3, ha privilegiato le forme economicamente incentivate di associazione, rispetto a quelle obbligatorie *ex lege*, al fine di agevolare l'esercizio associato di funzioni dei Comuni di piccole dimensioni. Tuttavia le convenzioni obbligatorie non si possono considerare solo ipotesi residuali: la loro riproposizione nel Testo unico le ha rese un'eccezione positivamente prevista al principio di sussidiarietà, in quanto consente l'esercizio delle funzioni anche ad enti che, per le loro modeste dimensioni, non sarebbero idonei allo svolgimento¹⁷⁰.

5.4. La c.d. “statutizzazione” delle convenzioni.

Lo scopo del Testo unico, per ciò che ci interessa in tal sede, è l'incremento della cooperazione tra enti locali; per cui la casistica delle funzioni e servizi, gestibili in forma associata, è molto ampia. Potrebbe verificarsi anche che siano oggetto di convenzione funzioni e servizi che il d.lgs. 267/2000 sottopone a normazione statutaria. Il problema, a questo punto, è come coordinare la dicotomia disciplinare: da un lato quella statutaria, approvata e modificata solo

¹⁷⁰ F. Caringella – A. Giuncato – F. Romano, *op.cit.*, pp.278 – 280.

con un procedimento aggravato¹⁷¹, dall'altro la disciplina comune ed uniforme prevista per gli enti convenzionati¹⁷². Questo dilemma può essere risolto proprio mediante il ricorso alla c.d. "statutizzazione" delle convenzioni che prevede la possibilità, in sede di statuto, qualora la funzione o il servizio siano sottoposti a gestione associata, che la disciplina di competenza dello statuto, sia da esso trasmessa all'atto disciplinante i rapporti tra gli enti associati, a condizione che la convenzione, limitatamente a detta parte, sia approvata da parte del consiglio con il particolare quorum richiesto per l'approvazione e la modifica dello statuto¹⁷³.

6. Gli accordi di programma e la legislazione statale in materia.

L'accordo di programma è uno specifico accordo tra le pubbliche amministrazioni (art.15 l. 241/90), finalizzato alla definizione e all'attuazione di opere, interventi e programmi che richiedono, per la loro complessa realizzazione, l'azione integrata e coordinata di comuni, province e regioni, nonché di amministrazioni statali e altri soggetti pubblici. La giurisprudenza ha evidenziato come esso sia uno strumento efficace e duttile ogni qual volta occorra integrare e coordinare l'azione di una pluralità di amministrazioni per un più

¹⁷¹ Lo statuto viene deliberato da ciascun consiglio comunale con un voto a maggioranza rinforzata. L'approvazione avviene infatti con la votazione favorevole dei due terzi dei consiglieri del consiglio comunale. Qualora questa maggioranza non sia raggiunta alla prima votazione, lo statuto è approvato con il meccanismo della doppia maggioranza assoluta, ossia, se ottiene, entro trenta giorni, per due volte il voto favorevole della maggioranza assoluta dei consiglieri. Lo stesso procedimento è adottato anche per le modifiche statutarie.

¹⁷² Si pensi alle modalità di elezione di un difensore civico in convenzione.

¹⁷³ E. Barusso, *op. cit.*, p.171.

celere perseguimento degli obiettivi di interesse pubblico, per cui il loro utilizzo non è da escludere neppure ove manchino specifiche condizioni di legge¹⁷⁴. L'accordo di programma ha in comune con le altre forme associative la finalità di evitare lungaggini burocratiche, ma si diversifica da esse in quanto non costituisce una forma di cooperazione permanente e stabile, ma propone un modello di coordinamento tra gli enti estremamente flessibile nell'ipotesi in cui il risultato da perseguire richieda la partecipazione di più enti¹⁷⁵. Nello specifico si differenziano dalle convenzioni per il numero più ampio dei soggetti coinvolgibili (Stato, regioni, province, comuni ed altri enti pubblici), ma anche per la maggiore ampiezza di funzioni (non solo coordinamento decisorio, ma anche coordinamento procedimentale di funzioni diverse); dai consorzi perché possono riguardare singole operazioni e anche perché non richiedono una struttura stabile e duratura. La disciplina degli accordi di programma, introdotta dall'art. 27 l. 241/90, ha una valenza generale non solo perché, come dispone il comma 8, prende in considerazione opere, interventi e programmi di competenza delle regioni e degli enti minori, ma anche quelli con valenza interregionale. Una tipologia particolare è quella prevista dall'art. 7 l. 64/86 che prevede, per gli interventi del programma triennale che richiedono l'azione integrata di regioni, enti locali ed altri soggetti pubblici, che il Ministero per gli interventi straordinari del Mezzogiorno e i soggetti interessati promuovano la conclusione di un accordo di programma che coordini le azioni di rispettiva competenza e ne definisca modalità e tempistica. Sempre la legge 241/90, all'art. 11, dispone che «in accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'art. 10, l'amministrazione procedente

¹⁷⁴ Così Tar Abruzzo, *sentenza n. 679/2001*.

¹⁷⁵ G. La Torre, *L'istituto dell'accordo di programma*, in *L'Amministrazione italiana*, 2010, I, p.1.

può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero, nei casi previsti dalla legge, in sostituzione di questo. Gli accordi di cui al presente articolo debbono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti. Ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili. D'altro canto l'art. 14 l. 241/90, ai fini della semplificazione dell'azione amministrativa, prevede la Conferenza di servizi e la stipula di accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse pubblico¹⁷⁶. I successivi interventi normativi non hanno apportato modifiche ma solo innovazioni: si pensi alla possibilità per l'accordo di prevedere sanzioni in caso di inadempienze ed interventi sostitutivi in ipotesi di inerzia o ancora all'inserimento dei privati nell'attività amministrativa consensuale¹⁷⁷. L'art. 34 d.lgs. 267/2000 nulla innova rispetto all'articolo 27 l. 241/90 con le modifiche apportate ai commi 8 e 9 della legge n. 127/97 (c.d. Bassanini bis). L'art. 34 è una specifica applicazione dell'art. 15, con la differenza che il primo ha un ambito oggettivo più ristretto poiché inerisce alla definizione e attuazione di opere, interventi o programmi. Ciò non vuol dire che l'art. 34 debba essere interpretato in senso più ristretto. Contrariamente la giurisprudenza ha osservato che esso non attiene solo alla realizzazione di un'opera pubblica ma anche a tutti gli interventi richiesti per la sua costruzione, anche se si tratta di interventi privati, su aree private e per finalità private. Il comma 1

¹⁷⁶ G. Rolla – T. Groppi, *L'ordinamento dei comuni e delle province*, II ed., Giuffrè editore, Milano, 2000, p. 569 ss.

¹⁷⁷ Ad esempio la legge n. 273/95 prevede la possibilità per i privati di indire la Conferenza di servizi qualora l'attività del privato richieda atti di consenso di pubbliche amministrazioni diverse.

indica lo scopo che è la realizzazione di un'azione integrata fra le varie amministrazioni coinvolte al fine di addivenire ad un'unica e rapida decisione in un solo momento, contemperando le differenti esigenze per il raggiungimento dello stesso obiettivo. I protagonisti coinvolti nella conclusione dell'accordo sono il sindaco, il presidente della regione e il presidente della provincia, in base alla competenza sull'opera, sull'intervento o sul programma. Lo strumento tecnico utilizzato per addivenire all'accordo è la Conferenza di servizi, con la differenza che mentre l'accordo richiede l'unanimità, per quest'ultima è sufficiente la maggioranza, salvo casi eccezionali¹⁷⁸. È il comma 4 a richiedere l'unanimità ma occorre precisare che il consenso richiesto è quello delle amministrazioni necessarie, cioè quello degli enti la cui partecipazione è prevista a pena d'inefficacia, individuati dal promotore della Conferenza. Se manca, invece, un soggetto, la cui partecipazione non è necessaria, semplicemente non si estenderanno ad esso gli effetti dell'accordo. Per quanto riguarda l'iniziativa nello stipulare l'accordo è ovvio che essa sarà conseguenza di una valutazione fatta dall'organo di indirizzo e controllo politico – amministrativo. Le leggi regionali hanno colmato il vuoto legislativo, attribuendo alla giunta o al consiglio il compito di deliberare sulle proposte di accordo, demandando agli organi rappresentativi la relativa attuazione. Da un punto di vista formale il comma 4 specifica che si tratta di un atto scritto a forma libera anche se la giurisprudenza ha ritenuto di poter affermare che esso è valido anche in mancanza di un atto formale sottoscritto dalle autorità intervenute alla Conferenza di servizi, poiché ciò che caratterizza l'accordo è l'incontro dei consensi che interviene nella fase terminale dell'istruttoria, mentre l'approvazione è fatta con atto formale del

¹⁷⁸ Si pensi alle questioni di carattere ambientale, storico – artistico...

presidente della regione o della provincia o del sindaco¹⁷⁹. L'art. 34 esclude la presenza di privati interessati all'accordo, anche se essi, nella pratica, intervengono dietro le quinte, cosa che è conforme all'orientamento giurisprudenziale. Anche se il privato non può essere parte contraente nell'accordo, può intervenire redigendo una promessa unilaterale d'obbligo, con la quale indicherà dettagliatamente gli impegni assunti verso la parte promotrice. La legislazione regionale consente, invece, la partecipazione del privato sia come promotore che come parte contraente, cosa frequente soprattutto nell'ambito della pianificazione urbanistica. Per quanto concerne il contenuto sostanziale la ratio dell'istituto è quella di coordinare varie attività amministrative che, altrimenti, sarebbero scollegate con conseguenti lungaggini procedurali. In base a questo è facilmente desumibile che il contenuto dell'accordo non si trae dall'art.1321 c.c. , ma sarà determinato di volta in volta nell'accordo tra le amministrazioni coinvolte. Sotto il profilo contenutistico l'art. 34 tuel consente la devoluzione ad arbitrato delle eventuali controversie ed interventi surrogatori in caso di inerzia dei contraenti. Il comma 7 investe del compito di vigilare un collegio composto presieduto dall'organo promotore e composto dai rappresentanti degli enti locali interessati più il commissario di Governo o il prefetto se partecipano enti pubblici nazionali. Si rimembra, inoltre che, per tale istituto, è escluso il recesso delle amministrazioni per motivi di pubblico interesse vista la mancata estensione del comma 4 dell'art. 11 l. 142/90 che consentiva l'esercizio di tale facoltà. Parte della dottrina¹⁸⁰ giustifica questa scelta alla luce del fatto che la natura "politica" dei rapporti tra i soggetti coinvolti induce a preferire una modificazione bilaterale del

¹⁷⁹ Così Cons. Stato, sentenza n. 182/1996.

¹⁸⁰ R. Ferrara, *Gli accordi di programma*, Cedam, Padova, 1993, p.58.

patto. Merita un cenno anche il comma 6 che prevede che per l'approvazione dei progetti di opere pubbliche, comprese nei programmi dell'amministrazione e per le quali siano immediatamente utilizzabili i relativi finanziamenti, si proceda tramite accordo di programma. L'approvazione dell'accordo comporta la dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza delle opere in questione, a cui, secondo la giurisprudenza, si aggiunge la specificazione del termine iniziale e finale di completamento dei lavori e delle espropriazioni, a pena di illegittimità. Il tenore letterale fa dedurre che il ricorso a tale strumento sia obbligatorio e che il legislatore intenda sostituire il più autoritativo dei procedimenti, quello di esproprio, con una procedura fondata sulla collaborazione tra enti. Per quanto riguarda la pubblicità, l'art. 34, oltre alla pubblicazione dell'accordo sul Bollettino ufficiale della regione, non prevede altre modalità di conoscenza e partecipazione di terzi. Tuttavia sia la giurisprudenza¹⁸¹ che la legislazione regionale sono intervenuti prevedendo, a completamento, che la proposta di accordo sia portata a conoscenza del pubblico, il quale può anche presentare osservazioni. Tali misure di partecipazione e pubblicità non sembrano rispettare la natura dell'accordo di programma così come delineato dalla legge 142/90, riducendone l'originalità e rifinando proprio in quelle procedure che il legislatore voleva evitare con questo istituto. Occorre ora affrontare l'aspetto della giurisdizione sotto un duplice versante: la tutela giudiziale invocata da privati, estranei all'accordo ma comunque toccati da esso e quella invocata dagli enti partecipanti all'intesa. Per la seconda l'art. 34 concepisce anche la possibilità dell'arbitrato, su cui erano sorti dubbi di legittimità costituzionale, oggi fugati dall'art. 6, comma 2, della legge 205/2000 che stabilisce che possono essere

¹⁸¹ Così Tar Liguria, sez I, *sentenza n. 292/1997*.

risolte mediante arbitrato le controversie devolute al giudice amministrativo concernenti diritti soggettivi. A prescindere dall'inserimento di una clausola compromissoria, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che le controversie relative agli enti partecipanti all'accordo e quelle che coinvolgono un terzo estraneo ad esso sono di competenza del giudice amministrativo¹⁸², terzo che lo adisce in sede di legittimità, come statuito dalla Corte di Cassazione che, concependo l'accordo come una manifestazione di pubblici poteri, considera affievoliti i diritti dei terzi incisi in interessi legittimi¹⁸³.

6.1. Le particolarità dell'accordo di programma nella legislazione regionale.

La peculiarità di maggior rilievo prevista dal legislatore regionale, consiste, invece, nella previsione di partecipazione dei soggetti privati alla fase negoziale di formazione dell'accordo di programma e, più in generale, in un'attenuazione di alcune di quelle "rigidità" che possono potenzialmente pregiudicare l'efficienza della figura *de qua*. Si pensi, ad esempio, alla autonomia lasciata alle parti nella scelta delle modalità di acquisizione del consenso. Per quanto concerne segnatamente la partecipazione di privati ad un accordo, si possono citare, indicativamente, l'art. 13 della l.r. Veneto n. 40 del 1990, il quale statuisce che il presidente della giunta regionale può promuovere la conclusione di un accordo di programma per

¹⁸² A. Ghiribelli, *Gli accordi tra pubbliche amministrazioni: disciplina normativa e pronunce giurisprudenziali*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2009, XIX – XX, p. 2205.

¹⁸³ M. Bertolissi, *op.cit.*, p. 197 ss.

“l’attuazione organica e coordinata di piani e progetti che richiedono, per la loro realizzazione, l’esercizio congiunto di competenze regionali e di altre amministrazioni pubbliche, anche statali, e, eventualmente, di soggetti privati”. La l.r. della Lombardia n. 55/1986 per cui l’accordo risulta finalizzato alla “attuazione di piani e progetti di intervento che richiedono l’iniziativa integrata e coordinata delle Regioni, degli enti locali, di altre amministrazioni e soggetti anche privati”. Ed ancora, più recentemente, l’art 8 *bis* della l.r. Abruzzo n. 18/83 (articolo aggiunto dalla l.r. n. 70 del 1995) che prevede la possibilità di formare un Comitato di cui fanno parte non solo le amministrazioni che hanno partecipato alla previa conferenza di servizi, ma anche gli eventuali soggetti privati interessati. Ma, soprattutto, l’art. 28 della l.r. Sardegna n. 45/1989 il quale dispone che i “soggetti, singoli o associati, della pianificazione urbanistico - territoriale previsti dall’art. 2 della presente legge, possono stipulare con soggetti pubblici e privati accordi di programma finalizzati alla realizzazione di un complesso di opere nei settori industriale, artigianale, agricolo, turistico, commerciale, residenziale e dei servizi”. L’art. 3 della l.r. Toscana n. 76 del 1996, invece, dispone che qualora l’accordo di programma preveda opere, interventi o programmi di intervento per la cui realizzazione sia necessario anche l’intervento di soggetti privati, l’accordo stesso ne dà atto e può prevedere la contestuale o successiva sottoscrizione di accordi, ai sensi dell’art. 11, l. n. 241/90, tra le amministrazioni pubbliche competenti ed i soggetti privati interessati. Quando si parla di “soggetti privati”, non è in dubbio che ci si riferisca anche al comune cittadino, titolare di una situazione giuridica soggettiva. Ma, è altrettanto certo che, sia sul piano sociologico, sia sul piano strettamente giuridico, il privato portato prepotentemente alla ribalta e

di cui si discute, è prevalentemente un soggetto istituzionale: l'impresa privata¹⁸⁴. Vi è una maggiore consapevolezza del legislatore regionale, a differenza di quello statale, dell'importante ruolo rivestito dai privati e “dell'omogeneità degli accordi tra amministrazioni e degli accordi tra amministrazioni e privati”¹⁸⁵. Questo non vuol significare, però, che il legislatore regionale (prevedendo la partecipazione di soggetti privati nella fase di formazione degli accordi in questione) abbia voluto adombrare la natura eminentemente pubblicistica di fonti normative subprimarie degli accordi in parola. I privati legittimati all'intervento non assumono la qualifica di “parti” del procedimento organizzatorio riservata, invece, esclusivamente, ai soggetti pubblici.

6.2. Natura e formazione dell'accordo di programma: dalla promozione alla pubblicazione.

Circa la natura dell'accordo di programma, vi sono elementi decisivi che portano a negare l'immedesimazione tra lo stesso ed il contratto. L'accordo, diversamente dal contratto, non ha natura patrimoniale ed ha alla base obblighi e non obbligazioni. Inoltre mentre il contratto cerca di contemperare esigenze tra loro contrapposte, l'accordo è un istituto di programmazione, funzionale al sistema unitario delle autonomie locali. Il primo si forma su di un oggetto che si definisce dopo che si è realizzato l'incontro delle parti, nel secondo si conosce, in primis, qual è il risultato amministrativo da conseguire. L'accordo di programma si caratterizza per i profili dell'organizzazione amministrativa e del coordinamento: è vivo il bisogno di coordinare

¹⁸⁴ In questo senso cfr. A. Predieri, *op.cit.*, p. 957.

¹⁸⁵ Così G. Manfredi, *Gli accordi e le conferenze di servizi*, in *Le Regioni*, 1992, p. 256.

interessi che si ha necessità di gestire unitariamente, evitando, in tal modo duplicazioni nei tempi tecnici e nelle competenze. Sotto l'aspetto della programmazione esso ha una duplice valenza: esso esprime il livello dell'azione amministrativa programmata, ma anche un carattere di generale programmaticità¹⁸⁶. Al fine di analizzare l'iter formativo dell'accordo di programma è preferibile suddividerlo in quattro fasi: l'iniziativa (o promozione), l'istruttoria (o conferenza), la conclusione (l'atto di approvazione) e la pubblicazione. L'iniziativa spetta al soggetto individuato specificamente nelle singole leggi ovvero in base ai criteri in esse stabiliti. A giudizio della giurisprudenza l'iniziativa può essere assunta solo dal soggetto istituzionalmente competente, mentre la dottrina ritiene irrilevante chi assume l'iniziativa purchè si raggiunga il consenso unanime. Come esempio di criterio che ci consente di individuare il soggetto competente abbiamo l'art. 34 tuel in cui si indica il Presidente della Regione, il Presidente della Provincia e il Sindaco in base alla «competenza primaria o prevalente¹⁸⁷ sull'opera, sugli interventi e sui programmi d'intervento». Questi criteri valgono solo qualora non sia ricavabile alcuna competenza da taluna legge¹⁸⁸. La proposta: a) indica le opere, i programmi, gli interventi, gli obiettivi generali e l'ambito territoriale; b) individua i soggetti per i quali sia prevista la programmazione negoziata; c) fissa il termine entro il quale deve essere definito l'accordo di programma¹⁸⁹. La seconda fase è quella della conferenza istruttoria che ha lo scopo di accertare l'interesse di ciascun partecipante a pervenire alla stipula dell'accordo. Non è chiara

¹⁸⁶ E. M. Marengi, *Le tipologie dell'amministrazione per accordi*, Gentile ed., Salerno, 1996, p. 16 ss.

¹⁸⁷ La competenza primaria è quella individuata in relazione ai compiti di amministrazione attiva; la competenza prevalente fa riferimento alla fase più importante dell'iter realizzativo e dunque al territorio nel caso di enti territoriali.

¹⁸⁸ Così Cons. Stato, sez. IV, sentenza n. 4638/2001.

¹⁸⁹ S. Pizzuti, *Accordi di programma*, in *L'amministrazione italiana*, 2006, V, pp. 674 – 677.

la valenza di tale conferenza ovvero se essa sia solo endoprocedimentale come una sorta di protocollo informale o abbia anche effetti esoprocedimentali. Essa è convocata dal soggetto promotore, che è quello che ha la competenza primaria o prevalente, ed è composta dai rappresentanti legali degli enti locali o i loro delegati e i soggetti abilitati ad esprimere la volontà delle amministrazioni interessate all'accordo. Poiché essa è obbligatoria anche la mancanza di un solo rappresentante non permette la conclusione della conferenza. Il suo obiettivo è la redazione di un verbale di seduta in cui è espresso il consenso unanime di tutti i partecipanti. Quando si indice la conferenza devono essere chiari gli elementi qualificanti dell'accordo, gli obiettivi degli interventi e delle opere da realizzare, l'entità delle spese. Non è detto che vi debba essere una sola conferenza di servizi o che debba coincidere solo con la fase preparatoria. È possibile avvalersi di essa in più fasi del procedimento dell'accordo di programma, secondo le emergenze: ora è possibile una conferenza a carattere istruttorio, ora a carattere decisionale. Essa, nell'ambito del processo programmatico per accordo, diventa elemento di qualificazione sul piano procedimentale, ex art. 27 l. 241/90, c.3¹⁹⁰. Raggiunto il consenso unanime, per addivenire alla sottoscrizione dell'accordo, risulta necessario l'atto formale di approvazione dell'accordo. Infatti la terza fase, che è la conclusione dell'accordo, consiste nell'approvazione con decreto da parte dell'autorità che lo ha proposto, quale potrebbe essere il Presidente della Provincia, il Presidente della Regione o il Sindaco. È ormai opinione diffusa in giurisprudenza che tale atto abbia valore di esternazione dell'accordo, rispetto alla originaria impostazione che vedeva in esso un'ipotesi di novazione della fonte come sostenuto da

¹⁹⁰ E.M. Marengi, *op.cit.*, pp. 27 – 28.

autorevole dottrina. Nel caso di variazioni degli strumenti urbanistici l'adesione del sindaco allo stesso deve essere ratificata dal Consiglio Comunale, entro trenta giorni a pena di decadenza¹⁹¹. Alla fine si verifica la fase integrativa dell'efficacia mediante la pubblicazione dell'accordo sul Bollettino Ufficiale della Regione, discendente sia dall'art. 34 tuel sia dalla sentenza del Tar Lazio, sez. I, n. 1434/1997 che individua la data di pubblicazione come momento di decadenza del termine di trenta giorni concesso, a pena di decadenza, al Consiglio comunale per la ratifica dell'adesione del sindaco e come momento di conoscenza legale da parte dei terzi¹⁹². L'accordo comporta la dichiarazione di urgenza, indifferibilità e urgenza dell'opera da realizzare o dell'intervento da effettuare con conseguente perdita di efficacia se essi non sono intrapresi entro il successivo triennio. Competente alla vigilanza sull'attuazione dell'accordo è un collegio composto dai rappresentanti degli enti interessati, cui si aggiunge il commissario di Governo nella regione o il Prefetto nella provincia se l'opera interessa anche enti pubblici nazionali¹⁹³.

¹⁹¹ A. Cimellaro – A. Ferruti, *La nuova conferenza di servizi e gli accordi di programma*, Maggioli editore, Santarcangelo di Romagna (RN), 2005, p. 135 ss.

¹⁹² Contrariamente il Cons. Stato, sez. VI, *sentenza n. 182/1996*, si oppone a tale generalizzazione, prevedendo che la piena conoscenza consegua alla pubblicazione solo ove ciò sia prevista da una disposizione di legge.

¹⁹³ S. Pizzuti, *op. cit.*, p. 677.

6.3. La differenza tra accordi organizzativi e accordi di programma.

Particolari sono i rapporti tra i referenti normativi degli accordi tra Pubbliche Amministrazioni: in particolare, si discute se gli artt. 15 L. n. 241/90 e l'art. 34 D.lgs. n. 267/00 facciano riferimento allo stesso istituto o se, tramite questi, il legislatore abbia inteso definire ipotesi differenti. Occorre, infatti, precisare che la previsione dell'art. 15 della legge n. 241/907 è più ampia di quella dell'art. 34 del d.lgs. n. 267/90, in quanto la legge 241 parla genericamente di accordi finalizzati alla disciplina in collaborazione di attività di interesse comune, senza specificare l'oggetto, delimitare la natura dei soggetti pubblici legittimati e delle procedure, limitandosi. La forza dirompente di tale disposizione normativa emerge in una pronuncia del T.A.R. di Milano in cui si afferma che «l'accordo tra le amministrazioni interessate può considerarsi lo strumento più adatto a garantire una forma di coordinamento per il soddisfacimento del pubblico interesse e idonea a comporre in un quadro unitario gli interessi pubblici di cui ciascuna amministrazione è portatrice». Sulla base di tale considerazione risulta evidente la valenza generale rivestita dagli accordi organizzativi di cui al citato art. 15, in forza del quale gli enti pubblici possono "sempre" utilizzare lo strumento convenzionale per concludere tra loro accordi organizzativi volti a disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune, ... per soddisfare interessi pubblici rimessi alle loro valutazioni. Diversamente, l'art. 34 del d.lgs. n. 267/00 prevede una disciplina particolarmente dettagliata: fa riferimento a specifiche tipologie di interventi (definizione e attuazione di opere, di interventi o di programmi di intervento), individua quali amministrazioni possono far parte dell'accordo e ne

scandisce il procedimento. All'opinione di chi ritiene che le norme in questione riguardino istituti distinti, si contrappone la tesi prevalente, in dottrina e giurisprudenza, che propende per un rapporto di specialità, nel quale l'art. 15 della l. n. 241/90 rappresenta la figura generale degli accordi tra amministrazioni e l'art. 34 del d.lgs. 267/00 ne è una sottocategoria. Dal rapporto di genere a specie deriva che la speciale disciplina dell'accordo ex art. 34 d.lgs. 267/00 deroga alla disciplina dell'art. 15 della l. n. 241/90, il quale quindi troverà applicazione solo in presenza di lacune dello stesso art. 34. Pur trovandosi, peraltro, i due istituti in rapporto di genere a specie, occorre segnalare che accordo di programma e accordi organizzativi assolvono ad una diversa funzione: i primi sono strumenti "direzionali" ad azione doverosa; i secondi sono strumenti caratterizzati da una maggiore libertà di contenuti.

7. Conclusioni.

La nostra analisi è partita dalla mera definizione del principio di adeguatezza, incardinato definitivamente nell'art. 118 Cost., che stabilisce che l'entità organizzativa che è potenzialmente titolare di una potestà amministrativa, deve avere un'organizzazione adatta a garantire l'effettivo esercizio di tali potestà. Dal combinato di questo principio con il principio di sussidiarietà si ricava che se l'ente territoriale a cui è affidata una funzione amministrativa che, per il principio della sussidiarietà dovrebbe essere quello più vicino al cittadino amministrato, non ha la struttura organizzativa per rendere il servizio, questa funzione deve essere attribuita all'entità amministrativa territoriale superiore. Fortunatamente la Carta delle

Autonomie ha riconosciuto la gestione associata dei servizi come strumento efficace per i piccoli comuni. Nonostante tale strumento sia sostanzialmente positivo, il rischio principale che si corre, a mio avviso, è che esso diventi un escamotage per spostare le funzioni dagli enti più piccoli verso altri livelli di governo. Per non incorrere in una situazione del genere bisognerebbe effettuare una differenziazione a livello istituzionale tra gli enti locali, assegnando compiti, funzioni e risorse adeguate alla loro capacità realizzativa; distaccarsi da una visione meramente teorica dell'adeguatezza per poterne condividere una più vicina alla realtà. Bisogna costruire l'adeguatezza sul territorio. Il principio di adeguatezza non può essere inteso che in positivo e non come una sorta di grimaldello foriero di "espropriazione" delle competenze proprie dei Comuni, favorendo invece il raggiungimento delle condizioni per il loro migliore esercizio da parte delle Amministrazioni locali, attraverso un forte e stabile sostegno verso tale obiettivo. La ricerca della adeguatezza, soprattutto negli enti, si identifica sempre più con la necessità di affrontare il tema della cooperazione intercomunale, della gestione associata delle funzioni e dei servizi e non certo con l'allontanamento delle capacità decisionali dai territori. Sono 5683 i Comuni con popolazione fino a 5000 abitanti ed occupano il 70,2% del totale nazionale, per cui il taglio ai fondi dei piccoli comuni non è solo un problema politico, ma anche economico perché ne impedisce lo sviluppo. Le conseguenze dei fenomeni economici nazionali e internazionali peseranno in maniera più diretta e immediata sui piccoli Comuni rispetto a quelli medio - grandi. Bisogna però rimarcare una differenza: sui piccoli Comuni più ricchi e più evoluti, infatti, le tendenze macroeconomiche si faranno sentire in misura più limitata che nelle grandi città, poiché tali centri, pur piccoli, risulteranno più capaci di ammortizzare i cicli

economici che investiranno il Paese. Per le piccole comunità sarà quindi decisivo essere collocati entro un territorio ricco, o al di fuori di esso: il fatto di essere piccoli, in quanto tale, sarà di scarsa importanza ai fini del benessere. I piccoli Comuni rappresenteranno il punto di forza di una strategia di uscita dalla crisi del Paese fondata sullo sviluppo della qualità e sulla valorizzazione delle specificità locali. I piccoli Comuni avranno un ruolo centrale su tutti i punti di eccellenza italiana:

- il patrimonio storico-culturale;
- il paesaggio;
- i prodotti tipici e la buona cucina;
- la coesione sociale;
- la qualità della vita;
- la creatività.

Attività economiche con forti possibilità di sviluppo nei piccoli Comuni saranno quelle legate alla qualità della vita e ai consumi dei soggetti a reddito elevato. Ad esempio i Comuni che hanno nel turismo di massa la risorsa principale risulteranno molto vulnerabili ai cicli economici: ma anche in quest'ambito non mancheranno significative differenze. La sensibilità ai cicli, infatti, sarà assai inferiore nei piccoli centri che punteranno sul turismo di alta gamma. I piccoli Comuni diventeranno luoghi appetibili. Tale situazione sarà legata alla domanda di miglior ambiente e di minore stress, da parte dei cittadini delle città medio - grandi. Si assisterà sempre più, infatti, ad un esodo dalle città in favore di quei piccoli centri limitrofi. Tuttavia si potranno verificare due tendenze contrapposte: da un lato l'allontanamento dai piccoli comuni caratterizzati da una scarsa offerta e limitati sbocchi, dall'altro la fuga nei piccoli comuni dei

cittadini provenienti da grandi realtà territoriali. La popolazione aumenterà nelle zone economicamente più dinamiche (ed in particolare in quelle più attrezzate dal punto di vista turistico) e diminuirà, viceversa, nei territori più periferici (vedi comunità montane). L'evoluzione dei piccoli Comuni ha sempre risentito dello scarso appoggio delle politiche e delle istituzioni nazionali. Il rapporto è, invece, più stretto con le politiche regionali e locali. Le politiche pubbliche avranno notevoli possibilità di incidere sulla situazione dei piccoli centri. Nonostante la differenziazione delle varie realtà, i policy maker dei diversi livelli amministrativi tenderanno a compiere scelte per l'insieme di tali comuni. La scarsa confrontabilità delle situazioni, peraltro, non sarà un reale impedimento all'efficacia di tali scelte. In tal senso, si può prevedere che politiche avanzate (come lo sviluppo telematico o programmi culturali innovativi) potranno essere messe in atto evitando che si traducano in una dispersione di risorse in contesti caratterizzati da degrado ambientale ed economico. Ciò che è fondamentale è che la nuova manovra finanziaria dovrà tenere conto del fatto che i comuni hanno già "dato" ma possono ancora contribuire fortemente alla ricrescita finanziaria del Paese. I piccoli comuni non possono permettersi altri sacrifici in termini di fondo di perequazione, cosa che comporterebbe una ulteriore compressione dei servizi offerti al cittadino, soprattutto in un momento in cui non sussiste ancora un quadro nazionale che assicuri con certezza la gestione associata delle funzioni comunali. Alla luce di queste esigenze sono condivisibili le proposte formulate dall'Anci nella Conferenza nazionale, tenutasi l' 1 e il 2 luglio 2011:

- un **ORDINAMENTO DIFFERENZIATO** per i Piccoli Comuni, a partire dalla carta delle Autonomie, prevedendo:
 - 1) una "riconversione" delle normative vigenti che tenga conto

dell'impatto attuativo e, spesso, della stessa inapplicabilità nei Comuni di ridotta dimensione demografica e 2) una definizione di nuovi provvedimenti già pensati in tal senso;

- **MISURE DI SEMPLIFICAZIONE** burocratico – amministrativa;
- **PERSONALE:** si chiede con forza che siano introdotte deroghe sul personale rispetto al rigido regime vigente, superando il limite del 2004 almeno per i Comuni che hanno un rapporto spesa personale/spesa corrente inferiore alla media o che dimostrino che una esternalizzazione del servizio produrrebbe costi maggiori;
- un **MODELLO UNITARIO DI GOVERNO DEL TERRITORIO:** flessibile nelle dimensioni e negli obiettivi in relazione alle diverse esigenze territoriali, stabile, durevole, autorevole e di diretta derivazione comunale nella struttura organizzativa, per la gestione associata di funzioni fondamentali, per l'erogazione di servizi ai cittadini e per l'esercizio di politiche per lo sviluppo e la coesione locale;
- **UN CHIARO E ADEGUATO ASSETTO DELLE RISORSE:** a favore dei piccoli Comuni e delle loro Unioni, unitamente alla definizione di convenienti meccanismi per la distribuzione del Fondo perequativo di riequilibrio, anche in relazione all'impatto applicativo dei diversi provvedimenti attuativi del federalismo fiscale e alla fondamentale funzione dello sviluppo, della coesione sociale, della tenuta e dell'unità territoriale;
- **SCONGIURARE IL RISCHIO DI DESTRUTTURARE, IN PARTICOLARE I PICCOLI COMUNI,** da un punto di vista istituzionale, compromettendo di fatto, con provvedimenti

ordinari, la loro capacità di governo, in contrasto specifico con la stessa riforma del Titolo V della Costituzione¹⁹⁴.

Nella trattazione del terzo capitolo un aspetto che suscita perplessità è l'eccessiva legislazione, sia statale, sia regionale, in materia di accordi di programma, scelta criticabile considerando il fatto che trattasi di uno strumento caratterizzato, in primis, da volontarietà e consensualità. Nonostante l'art. 15 della legge n. 241/90 stabilisca in termini molto generali la possibilità per le amministrazioni pubbliche di concludere accordi per disciplinare lo svolgimento, in collaborazione, di attività di interesse comune, prevale sempre la norma specifica. Norme specifiche che, autorizzando l'amministrazione in quel caso preciso all'utilizzo dello strumento consensuale, ne limitano proprio il suo elemento fondamentale, ovvero la volontarietà. Si segnala un chiaro orientamento del legislatore verso un sistema di esercizio concertato del potere, essenzialmente per due obiettivi: la necessità di coordinare e ricondurre ad unitarietà un sistema amministrativo altamente frammentato sotto il profilo delle competenze; dall'altro lato, la volontà di dotare la pubblica amministrazione di strumenti convenzionali in grado di assicurare una sempre maggiore flessibilità dell'azione amministrativa al fine di *semplificare* situazioni complesse. E' per questo, e non a caso, che l'art. 15 l. n. 241 del 1990, norma generale che stabilisce il potere di concludere accordi tra le amministrazioni, è inserito nel capo IV della legge, relativo alla semplificazione dell'azione amministrativa. Elemento peculiare degli accordi di programma è, certamente, la capacità di coinvolgere amministrazioni pubbliche collocate su distinti livelli di governo su una linea di equiordinazione. Sono uno strumento procedimentale che

¹⁹⁴ In www.piccolicomuni.anci.it.

ha lo scopo di attuare uno snellimento dell'attività amministrativa attraverso una procedura (speciale e fortemente tipizzata) avente una fisionomia marcatamente "contrattuale" e negoziale; un modulo convenzionale in grado di agevolare i "raccordi procedurali" fra le varie amministrazioni interessate, coordinandone l'azione. Sono, in altri termini, degli efficienti ed essenziali strumenti di coordinamento che consentono, in una fase di accresciuto "policentrismo amministrativo", di semplificare situazioni complesse con diversi procedimenti, di accelerare procedimenti e di unificare provvedimenti¹⁹⁵. La loro diffusione come strumento alternativo ai moduli procedurali ordinari, dipenderà dalle concrete difficoltà che incontreranno le amministrazioni nel concludere un accordo di programma. Vero è, comunque, che la loro eccessiva formalizzazione li rende, di fatto, degli strumenti convenzionali con maggiori complessità, rispetto agli accordi molto più liberi disciplinati dall'art. 15 della legge procedimentale. La legislazione regionale che si è occupata di accordi di programma, oltre ad attenuare la marcata tipizzazione positiva per quanto concerne la fase di formazione del consenso, ha previsto la partecipazione dei soggetti privati al procedimento di formazione degli accordi in questione. Pur se la partecipazione del privato è ipotizzabile solo nei casi espressamente previsti dalla disciplina positiva regionale e statale, questo allargamento della base soggettiva è un'importante manifestazione di indirizzo verso un'amministrazione più aperta, consensuale, negoziata e partecipata, che dà piena attuazione al principio di efficienza dell'azione amministrativa. Aprendo il momento della programmazione negoziale alla partecipazione dei privati, difatti, si attua una contestuale ed esaustiva valutazione di tutti gli interessi

¹⁹⁵ A. Predieri, *Gli accordi di programma*, in *Quaderni regionali*, 1991, p. 969

coinvolti nell'azione amministrativa in modo da evitare successive ipotesi di contrasto che emergerebbero, inevitabilmente, di fronte al giudice amministrativo con un (poco auspicabile) aumento del contenzioso amministrativo. Un ulteriore elemento risalta negli accordi di programma: il fine della programmazione. Una programmazione, ovviamente speciale e settoriale, costitutiva di effetti giuridici, che distingue e rende peculiare questa figura rispetto agli altri strumenti e moduli dell'amministrazione concertata¹⁹⁶. Essa, pur essendo d'iniziativa del soggetto pubblico titolare di una competenza "primaria o prevalente" in ordine al piano o all'opera che occorre portare a compimento, presuppone l'intervento coordinato ed integrato di più soggetti pubblici interessati all'intervento.

¹⁹⁶ E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Giuffrè ed., 1992, p. 141 ss.

Bibliografia di riferimento

AA.VV. , *Legge "La Loggia" - Commento alla l. 5 giugno 2003 n.131 di attuazione del Titolo V della Costituzione*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna (RN), 2003, p.69 ss.

BARONI A. M., *La disciplina delle forme associative e lo sviluppo dell'autonomia comunale*, Tesi di laurea in Diritto delle autonomie territoriali, Università LUISS, a.a. 2009/2010.

BARUSSO E., *Il diritto degli enti locali*, Maggioli editore, Santarcangelo di Romagna (RN), 2002, p.69

BARUSSO E., *Diritto degli enti locali: comuni, province, comunità montane, consorzi, aree metropolitane*, Maggioli editore, 2008, p.136.

BASSANINI F. - Castelli L., *Semplificare l'Italia - Stato, Regioni, Enti locali*, Passigli Editori, Bagno a Ripoli (FI), 2008, pp.53 - 54.

BERTOLISSI M., *L'ordinamento degli enti locali - Commento al testo unico sull'ordinamento delle autonomie locali del 2000 alla luce delle*

modifiche costituzionali del 2001, Il Mulino, Bologna, 2002, pp.194 - 195.

BIANCO A., *La gestione associata diventa obbligatoria*, in *Comuni d'Italia*, 2010, V, pp.28 - 29.

BIANCO A., *Circoscrizioni comunali, organismi al punto di svolta*, in *Amministrazione civile*, 2004, III, p. 34.

BONELLI E., *Sussidiarietà, necessarietà e proporzionalità/adequatezza nell'ordinamento comunitario e in alcune esperienze europee*, in *Diritto e cultura*, 2001, I, p.23 ss..

CAMARDA L., *I piccoli Comuni nel disegno di legge Calderoli*, in *Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2009, XXI, p.2218.

CARINGELLA F. - Giuncato A. - Romano F., *L'ordinamento degli enti locali - Commentario al testo unico*, IPSOA, Italia, 2007, p.336.

CASSESE S., *L'amministrazione nel nuovo titolo V della Costituzione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, XII, p. 1193.

CASTRONOVO G., *L'accorpamento dei piccoli comuni contribuirà al risanamento dei conti pubblici*, in *L'Amministrazione italiana*, 2006, XI, p.145.

CAVALLO B., *Istituzioni di Diritto Amministrativo - Teoria e prassi della Pubblica Organizzazione*, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pp. 449 - 450.

CERULLI IRELLI V., *Corso di diritto amministrativo*, Giappichelli editore, Torino, 1997, p. 640.

CIMELLARO A. - Ferruti A., *La nuova conferenza di servizi e gli accordi di programma*, Maggioli editore, Santarcangelo di Romagna (RN), 2005, p. 135 ss.

CORSI C., *Consorzio intercomunale: quota di partecipazione e potere di rappresentanza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, II, pp.695 - 697.

DE BENEDETTI C., *Il riordino degli enti locali: dalla distribuzione delle competenze alla allocazione delle funzioni*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 2007, pp. 744 - 746.

DE ROBERTO A., *Il titolo V della Costituzione e la sua attuazione*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, , III, 2008, pp. 270 - 271.

Di FOLCO M., *Il Comune e la Provincia*, in F. Clementi - V. Antonelli (a cura di), *Il governo*

locale nella transizione federale, C.E.L., Bergamo, 2009, p.123.

Di GIACOMO RUSSO B., *Il Circondario tra decentramento, partecipazione e sussidiarietà verticale, in L'Amministrazione italiana, 2009, IV, pp. 514 - 518.*

DI PAOLO G., *Le Unioni di comuni: evoluzione normativa e finanziaria, in L'amministrazione italiana, 2006, XI, pp.1478 - 1481.*

FALCON G., *Stato regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131, il Mulino, Bologna, 2003, p.72 ss.*

FERRARA R., *Gli accordi di programma - Potere, poteri pubblici e modelli dell'amministrazione concertata, Cedam, Padova, 1993, pag. 91.*

FILIPPINI R. - MAGLIERI A., *Le forme associative tra enti locali nella recente legislazione regionale: verso la creazione di differenti modelli ordinamentali, in Le istituzioni del federalismo, 2008, III/IV, pp. 346 - 348.*

FIORILLO F. - ROBOTTI L., *L'unione di comuni, Franco Angeli s.r.l, Milano, 2006, pp. 30 - 31.*

GHIRIBELLI A., *Gli accordi tra pubbliche amministrazioni: disciplina normativa e pronunce giurisprudenziali, in Nuova rassegna*

di legislazione, dottrina e giurisprudenza, 2009, XIX - XX, p. 2205.

GIARDINO E., *Le forme associative degli enti locali nella legislazione regionale, in Rivista amministrativa della Repubblica italiana, 2009, I, p.715 ss.*

GIORGIO D., *Sulle nuove forme di autonomia delle circoscrizioni di decentramento comunale, in Comuni d'Italia, 2002, II, pp. 651 - 653.*

GIUPPONI T. F., *Le Comunità montane tra legislazione statale, legislazione regionale e autonomia locale: il regime delle incompatibilità, in Le Regioni, II - III, 2006, p. 544 ss.*

GOZI V. S., *Il governo dell'Europa, Bologna, 2000, p.97.*

IMARISIO L., *La Corte Costituzionale e le categorie concettuali del principio di sussidiarietà: un ruolo del Giudice costituzionale nella determinazione dell'«ambito territoriale ottimale, in Giurisprudenza italiana, 2001, I, pp. 375 - 376.*

ITALIA V., *La questione dei «piccoli comuni» nel disegno di legge Calderoli - La definizione e la disciplina dei piccoli Comuni, in Nuova*

rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza, 2009, XXI, pp.2217 - 2218.

LANDI G. - Potenza G., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè editore, Milano, 2005, p.370.

LA SPENA M. C., *I consorzi intercomunali*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 1999, I, p.114 ss..

LA TORRE G., *L'istituto dell'accordo di programma*, in *L'Amministrazione italiana*, 2010, I, p.1.

MANFREDI G., *Accordi e azione amministrativa*, Giappichelli ed., Torino, 2001, pp. 39 - 41.

MANFREDI G., *Gli accordi e le conferenze di servizi*, in *Le Regioni*, 1992, p. 256.

MANGIAMELI S., *Titolo V, ordinamento degli enti locali e Comunità montane*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, p. 2122 ss

MARENGHI E. M., *L'autonomia locale tra decentramento e federalismo*, Gentile Editore, Salerno, 2002, pp.21-22

MARENGHI E. M., *Conclusioni*, in V. Domenichelli (a cura di), *La società « pubblica » tra diritto privato e diritto amministrativo* -

Atti del Convegno - Padova, 8 giugno 2007,
CEDAM, 2008, p. 197 - 198.

MARENGHI E. M., *Le tipologie
dell'amministrazione per accordi*, Gentile ed.,
Salerno, 1996, p. 16 ss.

MARRAMA R. - SPASIANO M.R., *Spunti di
riflessione intorno al criterio di adeguatezza*,
in *Nuove Autonomie*, II - III, 2000, pp.266 -
268.

MORDENTI M., *La gestione associata delle
funzioni negli enti locali*, Maggioli Editore,
Santarcangelo di Romagna, 2003, pp.15-18

MORDENTI M. - MONEA P., *La gestione associata
delle funzioni e dei servizi negli enti locali*,
in *Comuni d'Italia*, 2003, I, p.17.

PASTORI G., *La redistribuzione delle funzioni:
profili istituzionali*, in *Regioni*, 1997, p.749
ss.

PERICU G., *L'attività*, CEDAM, Padova, 2005, p.
1295.

PIZZUTI S., *La gestione in forma consorziata
dei servizi comunali contribuisce allo sviluppo
e miglioramento degli stessi*, in
L'Amministrazione italiana, 2007, II, pp.419 -
422.

PIZZUTI S., *Accordi di programma*, in *L'amministrazione italiana*, 2006, V, pp. 674 - 677.

POGGI A., *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e orizzontale*, Giuffrè, Milano, 2001.

PREDIERI A., *Gli accordi di programma*, in *Quaderni regionali*, 1991, p. 969

PROPERSI A. - ROSSI G., *I consorzi*, gruppo 24 ore, Milano, 2010, pp.447 - 450.

PULLI R., *L'unione dei comuni assicura la normale gestione degli enti*, in *L'amministrazione italiana*, 2004, XII, p. 1648.

RACCA E., *Comunità montane, Il testimone passa di mano*, in *Guida agli enti locali*, 2002, IX, p. 7.

RACCA E., *Piccoli e grandi, separati in casa*, in *Guida agli enti locali*, 1999, XXXIII, p.87 ss..

RAUSO G., *Le comunità montane sono avviate all'estinzione?*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2008, IX/X, p. 1011

RAZZANO G., *Sui principi di sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza, leale*

collaborazione, in P.Carnevale - F.Modugno (a cura di), *Nuovi rapporti Stato-Regioni dopo la legge costituzionale n.3 del 2001*, Giuffrè Editore, Milano, 2003, p.50.

RINALDI F., *Natura e ruolo della Comunità montana in base alla legge 3 agosto 1999, n. 265*, in *Comuni d'Italia*, 2000, p.1509 ss.

ROLLA G., *Diritto regionale e degli enti locali*, Giuffrè editore, Milano, 2004, p.130.

ROLLA G. - GROPPI T., *L'ordinamento dei comuni e delle province*, II edizione, Giuffrè editore, Milano, 2000, pp. 550 - 553.

SCARCIGLIA R., *L'autonomia normativa, organizzativa e amministrativa degli enti locali dopo la legge 3 agosto 1999, n. 265*, in *Le istituzioni del federalismo*, II, 2000, p. 291 ss.

SCIULLO G., *La semplificazione dell'organizzazione*, in *Diritto amministrativo*, 2009, II, p. 413 ss.

SOLA G., *Le comunità montane ed isolate tra tuel e riforma del titolo V*, in *Quaderni regionali*, 2006, III, p.755 ss.

STADERINI F., *Diritto degli enti locali*, CEDAM, Padova, 1996. p.258 ss..

STICCHI DAMIANI E., *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Giuffrè ed., 1992, p. 141 ss.

TRIMARCHI F., *Qualche osservazione sulla riforma dell'amministrazione locale. Pluralismo istituzionale e funzionamento del sistema*, in *Le Regioni*, 2009, p.391.

TUBERTINI C., *Le forme associative e di cooperazione fra enti locali tra principi di autonomia e di adeguatezza*, in *Istituzioni del federalismo*, 2000, pp.307 - 308.

VANDELLI L., *Il sistema delle autonomie locali*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 123 - 126.

VANDELLI L., *Le forme associative tra enti territoriali*, Giuffrè editore, Milano, 1992, p.12.

VERONESI P., *I principi in materia di raccordo Stato-Regioni dopo la riforma del titolo V*, in *Regioni*, 2003, p.1381 ss.

VIPIANA P., *In margine a due pronunce della Corte Costituzionale sulle Comunità Montane; commento congiunto delle sentenza n° 244 e 456 del 2005*, in *Quaderni Regionali*, 2006, III, p.699 ss.

VIRGA P., *L'amministrazione locale*, Giuffrè editore, Milano, 1992, p.30 ss.

Sitografia¹⁹⁷

<http://www.ambientediritto.it/>

BARBUTO L., *L'art.118 della Costituzione tra originaria formulazione e prospettive di modifica*, 2004, in <http://www.diritto.it/>

CERULLI IRELLI V., *Consolidamento delle riforme amministrative e innovazioni costituzionali: problemi attuativi e di integrazione*, 2002, in <http://www.astrid-online.it/>

CERULLI IRELLI V., *Il nuovo assetto dell'amministrazione*, 7 ottobre 2004, p. 16, in <http://www.federalismi.it/>

IANNELLO C., *La gestione associata delle funzioni e dei servizi nei Comuni di piccole dimensioni*, in <http://www.db.formez.it/>, p.6.

MAZZELLA L., *La gestione associata di servizi e funzioni comunali*, in <http://www.gazzettaamministrativa.it/>

PADULA C., *Principio di sussidiarietà verticale ed interesse nazionale: distinzione teorica*,

¹⁹⁷ Fonti telematiche utilizzate per approfondimenti dottrinali ed enciclopedici attinenti ad argomenti enunciati nel testo del presente lavoro.

sovrapposizione pratica, Padova, 2006, pp.9 -
10, in <http://www.federalismi.it/>

PALUMBO F., *L'esercizio consensuale
dell'attività amministrativa*, in
<http://www.ratioiuris.it/>

[http:// www.piccolicomuni.anci.it/](http://www.piccolicomuni.anci.it/)

<http://www.regione.emila-romagna.it/>

<http://www.unioni.anci.it/>

<http://www.wikipedia.org/>