

**Una “new entry” tra i titoli di legittimazione
di discipline statali in materie regionali:
le “funzioni fondamentali” degli enti locali.
Commento alla sentenza n. 307 del 2009**

di Francesco Merloni

(in corso di pubblicazione in *“le Regioni”*, 2010)

1. *Premessa*

La decisione merita un commento non tanto per le questioni sostanziali di cui essa si occupa quanto per la comparsa di una nuova legittimazione dello Stato a dettare una disciplina unitaria in materie di competenza legislativa regionale: le funzioni fondamentali di cui all'articolo 117, comma 2, lettera p).

La Corte fa ricorso a questo “nuovo” titolo competenziale in modo sostanzialmente adesivo rispetto a scelte del legislatore ordinario statale infondate nel merito e tecnicamente improponibili, con argomenti molto sbrigativi e con conseguenze che appaiono rilevanti sull'assetto complessivo dei rapporti tra lo Stato, le Regioni e gli enti locali.

2. *La questione in sé*

Lo Stato ricorre contro due disposizioni chiave della legislazione regionale lombarda in materia di servizio idrico:

a) l'art. 49, commi 1, della legge della Regione Lombardia 12 dicembre 2003, n. 26¹, che impone la separazione tra gestione della rete e erogazione del servizio; la separazione, nella

¹ “Disciplina dei servizi locali di interesse economico generale. Norme in materia di gestione dei rifiuti, di energia, di utilizzo del sottosuolo e di risorse idriche”, come sostituito dall'art. 4, comma 1, lettera p), della legge della Regione Lombardia 8 agosto 2006, n. 18 (Conferimento delle funzioni agli enti locali in materia di servizi locali di interesse economico generale. Modifiche alla legge regionale 12 dicembre 2003, n. 26 “Disciplina dei servizi locali di interesse economico generale. Norme in materia di gestione dei rifiuti, di energia, di utilizzo del sottosuolo e di risorse idriche”).

prospettiva della Regione, è uno strumento decisivo per favorire un'apertura del servizio idrico al mercato, consentendo di affidare più agevolmente il servizio ad operatori privati sui quali non viene fatto gravare il peso della costruzione e manutenzione della rete, che resta affidata agli enti locali o a società di capitale da essi totalmente controllate;

b) l'art. 49, comma 4, della stessa legge regionale, che sceglie, come unica soluzione per la individuazione del soggetto che eroga il servizio, la gara competitiva, con l'esclusione delle altre forme di gestione (affidamento a società mista o a società in house) previste dalla disciplina statale in materia di servizi pubblici locali²; la Regione adotta, quindi, una soluzione maggiormente pro-concorrenziale rispetto a quella stabilita dalla legislazione generale dello Stato

La prima disposizione è impugnata dall'avvocatura dello Stato per violazione degli artt. 114, 117, secondo comma, lettera p), e 119 della Costituzione, in relazione ai principi fondamentali di cui all'art. 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267³ ed agli artt. 143, 147, 148, 150, 151, 153 e 176 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152⁴

Il ricorso insiste, però, soprattutto sulla violazione della lettera p) cioè della competenza statale in materia di funzioni fondamentali degli enti locali.

La seconda disposizione è impugnata per violazione della disciplina dettata dallo Stato, nell'esercizio della sua competenza legislativa in materia di tutela della concorrenza (art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione).

La questione, in sé, potrebbe anche essere considerata di importanza relativa, dal momento che la Regione ha finito per adeguarsi progressivamente alla disciplina statale, con

² Contenuta nell'art. 113, comma 5, del TUEL, poi nell'art. 23-bis della legge 133 del 2008, così come modificato dalla legge n. 166 del 2009 (cosiddetto "decreto Ronchi").

³ (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali)

⁴ Si tratta del Codice dell'ambiente (Norme in materia ambientale).

successive modificazioni dell'originaria legge del 2003 nel 2006 e poi nel 2009, proprio sul punto controverso della necessaria separazione tra gestione delle reti e d erogazione del servizio.

Le due questioni sono risolte dalla Corte in modo molto diverso. Affrontiamo prima la seconda questione, perché per essa la decisione della Corte appare lineare e coerente con la precedente giurisprudenza.

La Corte ribadisce la sua posizione sull'esistenza, in materia di "servizi pubblici locali", del solo titolo competenziale in materia di "tutela della concorrenza"⁵. Nel caso di specie, però, «le norme impugnate, *in quanto più rigorose delle norme interposte statali*, ed in quanto emanate nell'esercizio di una competenza residuale propria delle Regioni, quella relativa ai "servizi pubblici locali", non possono essere ritenute in contrasto con la Costituzione». Se la legge regionale va al di là dei limiti posti dalla disciplina statale in senso ancora più favorevole alla concorrenza non ci sono motivi per dichiararne l'illegittimità.

Per la prima questione, invece, la Corte cambia decisamente la sua posizione. Come è noto, nella sentenza n. 272 del 2004 la Corte aveva chiaramente escluso che si potesse utilizzare una legittimazione statale diversa dalla materia della tutela della concorrenza, con particolare riferimento proprio alle funzioni fondamentali: «La disciplina in esame non appare riferibile né alla competenza legislativa statale in tema di "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione), giacché riguarda precipuamente servizi di rilevanza economica e comunque non attiene alla determinazione di livelli essenziali, né a quella in tema di "funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane" (art. 117, secondo comma, lettera p), giacché *la gestione dei predetti servizi non può certo considerarsi*

⁵ La sentenza chiave sulla interpretazione della materia "Tutela della concorrenza" è sicuramente la n. 14 del 2004. Quella che applica questa interpretazione alla materia dei "servizi pubblici locali" è la sentenza n. 272 del 2004.

esplicazione di una funzione propria ed indefettibile dell'ente locale»⁶. Si trattava di una posizione corretta, ma assai sbrigativamente motivata. Già allora era evidente che, al contrario di quanto affermato, i “servizi pubblici locali” sono sempre una esplicazione di funzioni amministrative dell'ente locale. Il problema era (e resta) che la disciplina dei servizi pubblici locali non riguarda l'attribuzione di un compito all'ente locale, ma semmai, regolando le forme di svolgimento del servizio, è una disciplina relativa al contenuto della funzione (cioè alla individuazione delle attività di esercizio), che sfugge alla materia delle funzioni fondamentali. In questa occasione, però, la Corte torna sui suoi passi e considera come la sub materia delle “funzioni fondamentali” come valido titolo competenziale dello Stato.

Che cosa è successo tra le due decisioni della Corte? Sicuramente un *quid novi* è rappresentato dall'entrata in vigore del nuovo “Codice dell'ambiente” relativamente al quale la Corte ha largamente respinto “l'assalto” regionale, salvandolo nel suo insieme⁷.

In materia di servizio idrico il codice dell'ambiente adotta una tecnica alquanto singolare. Invece di indicare espressamente ,

⁶ Punto 3 del considerato in diritto.

⁷ Si veda in particolare la sentenza n. 246 del 2009 che riguarda i numerosi ricorsi delle Regioni contro la parte del codice dell'ambiente dedicata al servizio idrico integrato. Con riferimento all'art. 153 del codice, la Corte respinge i ricorsi regionali ma con una motivazione ancora diversa, contenuta nel punto 16.1 del considerato in diritto: «La disposizione censurata, infatti, nel riferirsi alle infrastrutture idriche di proprietà degli enti locali [...], attiene, dunque, all'esercizio dell'autonomia negoziale in tema di concessioni-contratto e deve perciò essere ricondotta, secondo un criterio di prevalenza, alla materia *dell'ordinamento civile*». Nel caso che qui si commenta, però, questo titolo di legittimazione non è considerato valido dalla Corte che si sposta su quello delle funzioni fondamentali. Sul complesso delle sentenze in materia di codice dell'ambiente si veda, in questa rivista: N. LUGARESÌ, *Il controllo costituzionale sul “Codice dell'ambiente” tra rapporti istituzionali complessi e confini sfuggenti tra materia e R.Bin, Do you ever have one of those days*, n. 1/2 2010.

disposizione per disposizione, su quale fondamento competenziale si basi la disciplina da esso dettata, il codice, all'art. 141, recita: «1. Oggetto delle disposizioni contenute nella presente sezione è la disciplina della gestione delle risorse idriche e del servizio idrico integrato per i profili che concernono la tutela dell'ambiente e della concorrenza e la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni del servizio idrico integrato e delle relative funzioni fondamentali di comuni, province e città metropolitane». Le materie di competenza statale esclusiva sono indicate in modo affastellato e cumulativo, quasi l'esposizione di un banco di frutta varia al quale attingere liberamente alla bisogna.

Ora non ci occupiamo qui di questa tecnica, che, se ripetuta, si presenta come elusiva e pericolosa, che la Corte, invece di avallare, dovrebbe espressamente condannare, imponendo al legislatore di procedere in modo coerente e trasparente (con riferimento a ciascuna delle disposizioni di legge statale) alla individuazione del fondamento costituzionale dell'intervento legislativo dello Stato nelle materie di competenza legislativa regionale. Ci occupiamo, invece, della sostenibilità stessa della interpretazione che la Corte dà alla materia "funzioni fondamentali" in totale adesione alla impostazione data dal legislatore ordinario.

Il cambio di posizione si coglie appieno in questo passaggio della sentenza: «Infatti, le competenze comunali in ordine al servizio idrico sia per *ragioni storico-normative* sia per l'evidente *essenzialità di questo alla vita associata delle comunità stabilite nei territori comunali* devono essere considerate quali funzioni fondamentali degli enti locali, *la cui disciplina* è stata affidata alla competenza esclusiva dello Stato dal novellato art. 117. Ciò non toglie, ovviamente, che la competenza in *materia di servizi pubblici locali* resti una competenza regionale, la quale, risulta in un certo senso limitata dalla competenza statale suddetta, ma può continuare ad essere esercitata negli altri settori, nonché in quello dei servizi fondamentali, purché non sia in contrasto con quanto stabilito dalle leggi statali»⁸.

⁸ Considerato in diritto, punto 5.2.

La Corte, nel confermare che i “servizi pubblici locali” sono di competenza regionale, sottrae ad essa la disciplina sul servizio idrico con due motivazioni: la essenzialità del servizio (in realtà della funzione) per gli enti locali; la conseguenza che ne trae: se la funzione è da considerarsi fondamentale, allora lo Stato ne può disciplinare il contenuto anche se si tratta di materia di competenza regionale⁹.

Entrambe le motivazioni appaiono difficilmente accettabili. Anche ad accogliere la tesi, che qui si contesta, che il potere di determinare le funzioni fondamentali implica anche il potere di disciplinarne il contenuto, l’affermata “essenzialità” del servizio idrico dovrebbe giustificare una totale sottrazione della relativa disciplina a quella dei servizi pubblici. In coerenza con questa posizione la Corte avrebbe dovuto dichiarare illegittima ogni differenziazione regionale rispetto al modello organizzativo del servizio idrico fissato nel codice dell’ambiente: non solo la separazione rete-erogazione del servizio, ma anche la scelta delle forme di gestione. Se lo Stato ritiene preferibile la soluzione della gestione “unica” del servizio (chi gestisce il servizio gestisce anche la rete), allora è coerente con questa scelta anche la possibilità di affidare il servizio a società miste o in controllo *in house* da parte degli enti locali, che in tal modo mantengono un controllo più ravvicinato sul servizio. Se fosse sostenibile che lo Stato può disciplinare il contenuto di questo servizio, in quanto funzione fondamentale, allora la conseguenza logica sarebbe la piena applicazione di questa disciplina sostanziale della funzione, senza possibilità di differenziazioni normative regionali (o locali).

Ma, come ora vedremo, è l’impostazione di base del ragionamento, la invocabilità delle funzioni fondamentali come titolo legittimante a disciplinare il contenuto delle funzioni, a non convincere affatto.

A questo fine è necessaria una, sia pur schematica, riflessione sulla nozione delle “funzioni fondamentali”.

⁹ Si noti che lo Stato non ha competenza non solo per la generale categoria dei servizi pubblici, ma neanche in materia di “acque” o di smaltimento delle acque, non comprese né al secondo né al terzo comma dell’art. 117 cost.

3. *Le funzioni fondamentali*

3.1. *Le funzioni nel nuovo Titolo V*

Prima di tutto va chiarito cosa si deve intendere per *funzioni*. Il testo costituzionale usa il termine in quattro occasioni rilevanti e sempre con lo stesso significato: all'art. 117, comma 2, lettera p) allorché riserva allo Stato le (la determinazione delle) «funzioni fondamentali di Comuni Province e Città metropolitane»; all'art. 117 comma 6, quando riconosce autonomia normativa agli stessi enti locali «in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite»; all'art.118, allorché stabilisce i criteri di distribuzione delle funzioni amministrative; all'art. 119 con il quale si stabilisce che gli enti locali (qui insieme alle Regioni) godono di autonomia finanziaria e di risorse autonome loro riconosciute in modo tale da consentire loro di «finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite».

L'unica lettura che dà coerenza alle disposizioni costituzionali citate è la seguente: le funzioni di cui si tratta sono funzioni amministrative, sono “complessi di attività predeterminate dalla legge e affidate a “uffici” pubblici per il perseguimento di finalità di interesse pubblico”; le funzioni consistono, quindi, di attività di diversa natura (di regolazione o di erogazione di beni e servizi; autoritative o consensuali, di diritto pubblico o di diritto privato) collegate dalla preordinazione al raggiungimento di finalità pubbliche (funzioni-scopo)¹⁰.

¹⁰ Per questa ricostruzione della funzione amministrativa come predeterminazione di attività, che è nozione solo organizzativa e non riguarda lo svolgimento dell'azione amministrativa, si veda F.MERLONI, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, n.1/2009, pp. 57 e ss.

La distribuzione delle funzioni (tra gli “uffici” in generale, nel caso delle norme costituzionali richiamate tra le categorie di enti territoriali o tra i livelli di governo) è compito della legge: «statale o regionale, secondo le rispettive competenze» (art. 118, comma 2). Questa distribuzione avviene nella forma dell'*attribuzione* di funzioni (o, secondo una posizione equivalente, di riconoscimento di queste funzioni come proprie). Qualora vi siano interessi pubblici per i quali la legge non abbia predeterminato e distribuito funzioni tra i diversi livelli di governo, gli enti locali possono anche intervenire nei campi non coperti dalla legge. In tal modo gli enti locali, legittimamente si auto-attribuiscono nuove funzioni (anche esse rientranti nella nozione di funzioni “proprie”).

Per le funzioni loro attribuite gli enti locali godono di autonomia normativa e di autonomia finanziaria.

L'autonomia normativa è automatica: in rapporto all'ampiezza della funzione attribuita gli enti locali possono esercitare il proprio potere regolamentare. Il rapporto tra potere regolamentare locale e la legge (statale o regionale, secondo le rispettive materie) è fissato nel senso che la legge è pienamente legittimata a disciplinare le funzioni, ma entro limiti che garantiscano comunque un adeguato esercizio del potere normativo locale, cioè sufficienti ambiti di differenziazione quanto alla organizzazione e allo svolgimento delle funzioni¹¹.

La legge statale o regionale può attribuire una funzione all'uno o all'altro livello di governo, in applicazione dei principi di sussidiarietà, adeguatezza, differenziazione.

Una volta attribuita la funzione, la disciplina dei suoi obiettivi e finalità generali è compito della legge, mentre l'organizzazione e lo svolgimento della funzione sono di competenza del regolamento locale.

L'autonomia finanziaria non è automatica, deve essere riconosciuta nella forma della individuazione delle entrate (tributi propri, compartecipazione ai tributi statali e regionali) da

¹¹ Per questa ricostruzione vedi F.MERLONI, *Riflessioni sull'autonomia normativa degli enti locali*, in questa rivista n. 1/2008. Si vedano anche i saggi di M.MANCINI e S.PARISI, nello stesso numero della rivista.

parte della legge statale e regionale) e dei trasferimenti in via di perequazione (stabiliti dalla legge statale).

Per le funzioni che gli enti locali possono liberamente assumere, qualora appunto si tratti di funzioni non già attribuite ad altri livelli di governo, non vi è una preventiva copertura finanziaria, ma l'ente locale deve provvedervi in via autonoma.

Per le Regioni le funzioni possono anche essere diverse da quelle amministrative (si pensi alle funzioni per le quali esercitino solo attività legislativa, senza esercitarle).

Per gli enti locali le funzioni sono sempre funzioni amministrative, in ordine alle quali è loro riconosciuta l'autonomia normativa e l'autonomia finanziaria.

3.2. *Le funzioni fondamentali ex art. 117 comma 2 lettera p) Cost.*

In questo quadro le funzioni fondamentali non costituiscono una diversa categoria di funzioni: si tratta sempre di *funzioni attribuite* agli enti locali, con tutte le conseguenze giuridiche che abbiamo visto discendere dall'attribuzione. L'unica loro particolarità sta nella garanzia che la Costituzione ha voluto di una quota minima e indefettibile di funzioni da attribuire, con legge statale, a tutti gli enti locali, in tutto il territorio nazionale, riducendo per questa via la potenziale differenziazione che la legge regionale, nelle materie di propria competenza può realizzare nella distribuzione delle funzioni.

Le funzioni fondamentali devono essere individuate, a scopo di garanzia delle attribuzioni degli enti locali, tanto nelle materie di competenza statale quanto in quelle di competenza regionale. Per lo Stato costituiscono una sorta di autolimita (che vincola, anche se non formalmente, la legislazione di settore); per la Regione un limite esterno al proprio potere di distribuzione delle funzioni.

Il riconoscimento allo Stato di una competenza legislativa esclusiva nella sub-materia (rispetto alla precedente e più

generale materia dell'ordinamento delle autonomie locali",¹²) della individuazione delle funzioni fondamentali è una garanzia per gli enti locali, ma non una materia in sé. E' una garanzia sull'attribuzione certa di una quota fondamentale (minima, essenziale) di funzioni, non un lasciapassare per una disciplina statale di dettaglio del contenuto di quelle stesse funzioni.

La legge statale che individua in via generale le funzioni fondamentali è quindi legge *solo attributiva di funzioni*. La loro disciplina (nei limiti prima indicati) spetta alle leggi statali e alle leggi regionali (di settore). Lo Stato cura l'interesse nazionale alla disciplina uniforme delle funzioni solo attraverso la loro individuazione. Non vi sono altri interessi da curare.

L'attribuzione di funzioni fondamentali con legge generale dello Stato non autorizza quest'ultimo a disciplinare le funzioni nelle materie di competenza regionale (salva la possibilità di fissare principi fondamentali nelle materie concorrenti), né a invadere in modo sproporzionato l'autonomia normativa degli enti locali. In caso contrario, basterebbe la classificazione di una funzione locale come fondamentale per consentire allo Stato di disciplinarla, anche nel dettaglio, anche se in materia regionale. Logicamente si deve distinguere tra legge generale (statale) di individuazione e leggi di settore, statali e regionali, che provvedono a disciplinare il contenuto delle funzioni. Può una legge statale di settore, in attesa della legge generale, provvedere intanto alla individuazione di un funzione come locale fondamentale? Sì, ma a quel punto il titolo competenziale che può consentire una disciplina statale non sta nella qualificazione della funzione come fondamentale, ma nella competenza materiale su cui si fonda la stessa legge di settore. In una materia che è già di sicura sua competenza (si pensi, ad esempio, all'immigrazione) lo Stato può senz'altro attribuire una funzione ai Comuni e qualificarla come funzione

¹² Che si deve ritenere ormai scomparsa con la limitazione della competenza statale alle sole tre sub-materie di cui alla lettera p) del comma 2 dell'art. 117 Cost. Per questa posizione si veda F. MERLONI, *Il destino dell'ordinamento degli enti locali (e del relativo Testo unico) nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in questa rivista, n.2-3, 2002.

fondamentale: il potere di disciplinarla non gli deriva dall'aver qualificato la funzione come fondamentale, ma dalla evidente esistenza di un titolo materiale ben preciso.

Laddove, invece, si sia in presenza di una materia di competenza regionale, per la individuazione, al suo interno, di funzioni fondamentali, occorre attendere la legge generale di individuazione.

3.3. *Funzioni finali e funzioni strumentali*

Le funzioni che la legge deve predeterminare in via generale come funzioni fondamentali sono, evidentemente, funzioni "finali", con le quali la legge indica quale sia la finalità, lo scopo di interesse pubblico da raggiungere e quali siano le attività necessarie a questo fine. Sono quindi, ad esempio, funzioni finali: la istruzione, la sanità, il trasporto, la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti e così via.

Tra le funzioni fondamentali non è possibile individuare in modo distinto, quasi fossero diverse funzioni fondamentali, attività che sono in realtà da ricomprendere all'interno delle funzioni finali, quali la "formazione", la "programmazione e pianificazione", l'"organizzazione", il "controllo interno", la "gestione finanziaria"¹³, la raccolta e la gestione delle informazioni, perché in qualche caso si tratta di competenze, cioè di attività di esercizio della funzione (scopo) e non di funzioni autonomamente rilevanti. Di compiti implicitamente attribuiti, una volta attribuita la funzione finale. In altri casi si tratta di funzioni che sono automaticamente connesse al riconoscimento di una posizione di autonomia: se c'è autonomia c'è autonomia nell'organizzazione (tra l'altro già direttamente riconosciuta dalla Costituzione), nella gestione delle risorse assegnate, nella disciplina differenziata dello svolgimento delle funzioni.

¹³ La esemplificazione non è casuale: quelle indicate sono alcune delle funzioni fondamentali individuate nel ddl A.C. n. 3118 (Carta delle autonomie). A dimostrazione, ove ve ne fosse bisogno, del carattere solo strumentale di queste attività si consideri che esse vengono ripetute sia per i Comuni che per le Province, rispettivamente agli articoli 2 e 3 del ddl.

Perché spesso legislatore e dottrina alimentano la confusione tra le due nozioni? Una interpretazione positiva è che in tal modo si intende rafforzare la posizione degli enti locali, chiarendo quali siano gli effettivi ambiti di autonomia, gli oggetti dell'attribuzione di funzioni e i relativi poteri ordinamentali. In senso opposto, però, vi è la lettura di un possibile recupero, per questa via, dei tradizionali poteri statali di disciplina dell'ordinamento locale nel suo insieme. Questa seconda interpretazione è giustificata proprio dalla recente tendenza del legislatore statale a disciplinare il contenuto delle funzioni fondamentali. Se, ad esempio, l'organizzazione generale dell'ente locale è funzione fondamentale, allora lo Stato può tornare a fissare regole e modelli organizzativi uniformi per tutte le amministrazioni locali, aggirando così il chiaro riconoscimento di autonomia organizzativa degli enti territoriali (regioni ed enti locali) che ispira l'intero Titolo V¹⁴. Intorno alla natura e all'estensione della "materia" funzioni fondamentali si giocano aspetti non secondari dell'assetto istituzionale complessivo voluto dalla riforma del 2001.

4. *Funzioni e servizi pubblici*

Se si accoglie la definizione di funzione come complesso di attività, diverse, attribuite in vista della cura di finalità di pubblico interesse, appare evidente che il "servizio pubblico" non sia, in sé, una funzione, ma solo uno dei modi di organizzazione di una funzione, una delle attività di suo esercizio, un compito implicito.

La confusione tra funzione e servizio pubblico deriva dal fatto che in molti casi le attività di erogazione di beni e servizi acquistano, tra le attività di esercizio di una funzione, un peso preponderante. Così la funzione dell'istruzione diventa "servizio nazionale dell'istruzione", la funzione della tutela della salute diventa "servizio sanitario nazionale", o, a livello locale, la fornitura di acqua potabile diventa "servizio idrico" o la funzione

¹⁴ Si consideri: i poteri regolamentari di regioni ed enti locali (art. 117, comma 6) e la sola riserva allo Stato della materia dell'organizzazione statale e degli enti pubblici nazionali (art. 117, comma 2, lettera g)).

di trasporto diventa “servizio pubblico di trasporto”. In realtà in queste funzioni (scopo, nel senso già chiarito), che vengono denominati “servizi”, sono comprese sia attività di regolazione che attività di vera e propria erogazione, che si intrecciano fra loro concorrendo al raggiungimento delle finalità predeterminate dalla legge.

Se ragioniamo in termini di funzioni amministrative (fondamentali o meno) lo schema appare lineare: la legge attribuisce la funzione ai diversi livelli di governo. A ciascun livello l'ente organizza la funzione, nel rispetto dei limiti fissati dalla legge. Tra le scelte organizzative c'è quella di “assumere” le attività di erogazione di beni e servizi eventualmente comprese nella funzione, quindi di assumere un servizio pubblico. Una volta assunto il servizio, si tratterà di decidere se la stessa erogazione del servizio è assicurata dall'amministrazione ovvero se questa provvede ad affidarla a soggetti privati (che concorrono al raggiungimento dell'interesse pubblico curato con l'assunzione). Tra le scelte organizzative vi è anche quella di lasciare queste attività alla libera iniziativa privata, salvo a sottoporle a regolazione amministrativa, qualora l'erogazione di tali servizi debba essere resa compatibile con finalità di interesse generale, diverse da quelle perseguibili con la svolgimento delle stesse attività; ma qui siamo al di fuori del servizio pubblico (siamo semmai nel campo delle attività private regolate).

Qualora la scelta sia nel senso dell'assunzione di un “servizio pubblico”, ha senso parlare di una autonoma categoria di “servizi pubblici locali”, addirittura di una materia come fa la stessa Corte costituzionale (sia nella sentenza del 2004 che in questa)? Più di un dubbio è lecito sollevare. In realtà i servizi seguono le funzioni e le funzioni seguono le materie. Il titolo che autorizza la legge statale o regionale ad occuparsi dei diversi servizi pubblici locali sta nella rispettiva materia di competenza legislativa. Nelle diverse materie la legge individua e distribuisce le funzioni, ne disciplina anche il contenuto, che comprende l'organizzazione dei servizi: così, ad esempio, i servizi in materia di istruzione seguono le funzioni

amministrative, la potestà legislativa segue la competenza nella materia dell'istruzione.

La configurazione del servizio è, quindi, "organizzazione della funzione" e in quanto tale è lasciata alla autonoma disciplina di regioni ed enti locali¹⁵. Laddove gli autonomi poteri degli enti locali in materia di organizzazione possano essere limitati dalla legge, a questo possono provvedere le discipline di legge statale e regionale, secondo le rispettive competenze. Il potere di organizzazione dei servizi pubblici locali deriva dalla loro ricomprensione nelle funzioni e non dall'esistenza di una autonomia categoria o materia dei servizi pubblici locali.

Rispetto a questa ricostruzione, la Corte autorizza una sola eccezione rilevante: quando l'erogazione di un'attività che è qualificata (nel senso appena detto) come servizio pubblico può avere effetti sull'assetto del mercato concorrenziale, la legge dello Stato, nell'esercizio della sua competenza in materia di "tutela della concorrenza", può porre limiti, sempre che essi siano proporzionati all'esigenza di tutela e non invadano eccessivamente l'autonomia normativa regionale e locale.¹⁶

In questo senso di grande utilità è stata la scomposizione che la Corte ha fatto con la sentenza n. 272 del 2004 della astratta categoria dei servizi pubblici locali, allorché ha distinto e ha sottoposto ad un diverso riconoscimento dell'autonomia di organizzazione locale, da un lato i servizi pubblici con rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica.

Per i servizi privi di rilevanza economica relativi a funzioni rientranti nelle materie di competenza legislativa regionale, una volta attribuita all'ente locale la relativa funzione (si pensi al

¹⁵ La comprensione dei servizi pubblici nell'organizzazione delle funzioni corrisponde alla posizione da sempre tenuta dagli enti locali e della loro associazioni nel senso che per la loro disciplina vi è era e oggi vi è a maggior ragione una piena autonomia organizzativa degli enti locali.

¹⁶ Chiarissima in questo senso proprio la sentenza n. 272 del 2004.

caso dell'istruzione o dei servizi sociali), la scelta dei modi di erogazione dei servizi è regionale (per quanto spetta alla legge predeterminare) e locale (per la disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento). Lo Stato non ha più la competenza per predeterminare le forme di gestione, tanto che la Corte ha dichiarato illegittimo l'art. 113-bis del TUEL. Ora non vi è dubbio che i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica siano connessi a funzioni classiche, storiche, degli enti locali, che sicuramente rientreranno tra le funzioni fondamentali. Ma questo non autorizza in alcun modo lo Stato a recuperare un potere di disciplina del contenuto di queste funzioni, soprattutto sul versante della loro organizzazione. Ovviamente per i servizi relativi a funzioni rientranti nelle materie di competenza statale, la legge dello Stato può intervenire, ma con gli stessi limiti della legge regionale (il rispetto dell'autonomia organizzativa locale).

Anche per i servizi a rilevanza economica (sempre relativi a funzioni rientranti nelle materie di competenza legislativa regionale) non viene meno il rapporto tra fine (la funzione-scopo) e mezzi (l'organizzazione), per cui anche questi servizi sono modi di esercizio della funzione cui si riferiscono. Avendo, però, questi servizi una rilevanza economica, essi possono essere sottoposti a limiti, generali, validi per tutto il territorio nazionale, in applicazione dell'ordinamento comunitario, volti a tutelare la concorrenza, evitando che gli enti locali, nello scegliere le forme di gestione dei servizi, alterino eccessivamente il mercato concorrenziale. Solo a questo titolo lo Stato può fissare una propria disciplina unitaria che limiti quella potestà di disciplina dell'organizzazione della funzione che è riconosciuta alla legge regionale e al regolamento locale, come specifica forma di tutela dell'autonomia di Regioni ed enti locali.

5. *Il "servizio idrico"*

Se torniamo ora ad occuparci del nostro caso, la funzione in gioco non è il "servizio idrico", ma una serie di funzioni diverse: «la captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili

di fognatura e di depurazione delle acque reflue» (art. 141 codice ambiente).

Si tratta di funzioni che difficilmente possono essere fatte rientrare in materie di competenza dello Stato. Né sotto la voce “acque” né sotto la voce “servizi pubblici locali”, materie che poiché non comprese negli elenchi del comma 2 e del comma 3 dell’art. 117 sarebbero di competenza regionale residuale.

Nelle materie di competenza regionale, la legge dello Stato può sì determinare le funzioni fondamentali degli enti locali e individuare a quale livello di governo locale attribuirle, e con l’attribuzione individuare la finalità in termini generali. Ma non può disciplinarle nel dettaglio, né quanto alle finalità (di competenza della legge regionale, alla quale spetta la articolazione delle attività di esercizio, gli obiettivi da perseguire, i diritti da tutelare e così via) né quanto alla loro organizzazione e svolgimento (di competenza del regolamento locale).

La legge dello Stato, nell’attribuire queste funzioni come fondamentali degli enti locali, può semmai spingersi un po’ più in là della mera attribuzione, ma entro limiti che vanno ben definiti: può, ad esempio, stabilire che queste funzioni siano tra loro connesse e attribuite secondo un criterio di reciproca integrazione. Può anche stabilire che le funzioni siano attribuite ai Comuni, salvo a condizionarne l’effettivo svolgimento alla istituzione di soggetti costituiti nella forma di un’associazione tra Comuni, di cui può configurare le sole caratteristiche di fondo (nel nostro caso può prevedere la costituzione di autorità di ambito territoriale da delimitarsi in rapporto ai caratteri propri della funzione, ma non può definire nel dettaglio i caratteri di questa forma associativa, perché la relativa disciplina è di competenza regionale, così come spetta alla regione individuare nel concreto la delimitazione territoriale dell’associazione tra Comuni). Può quindi stabilire che a tali autorità di ambito, invece che ai singoli Comuni, spetti la decisione sulla organizzazione delle funzioni attribuite, ma non può

intromettersi con una propria disciplina uniforme che definisca nel dettaglio l'organizzazione della funzione.

Tra le decisioni relative all'organizzazione vi sono, come nel caso in esame, le due scelte relative all'affidamento del servizio di erogazione dell'acqua e alla separazione tra gestione della rete e erogazione del servizio.

Per la prima, la decisione organizzativa locale non può trovare limiti in una disposizione, come quella che lo Stato adotta, che è solo attributiva della funzione (come fondamentale). Poiché, però, il servizio è ritenuto (come la Corte sembra ritenere pacifico) a rilevanza economica, il titolo per intervenire è quello della tutela delle concorrenza.

Quanto alla scelta sulla separazione tra rete e erogazione del servizio il ragionamento è analogo. Se la scelta è solo di tipo organizzativo, senza implicazioni sull'assetto del mercato concorrenziale, allora la legge dello Stato non ha titolo per intervenire. L'unico modo per giustificare una disciplina statale di questo profilo starebbe nella sua rilevanza economica. Ma ciò può avvenire solo se si afferma la soluzione della necessaria separazione, come funzionale all'apertura concorrenziale del servizio idrico (secondo la soluzione adottata dalla Regione Lombardia)

In questo modo si spiega perché la Corte non ha utilizzato la materia tutela della concorrenza, per rifugiarsi, in modo incoerente e apodittico, nel nuovo titolo delle "funzioni fondamentali".

La scelta della Corte sembra qui essere motivata da una spinta più "politica", fondata sulla condivisione della scelta operata dal legislatore statale nella direzione dell'"unicità" del servizio, sotto due profili: perché questa meglio garantirebbe la conservazione delle reti idriche; perché, imponendo la coincidenza tra gestore della rete e erogatore del servizio, si finisce per condizionare le scelte in materia di affidamento del servizio nel suo complesso (a favore delle società in controllo dei Comuni proprietari delle reti). La Corte si schiera al fianco del legislatore statale per una gestione "più pubblica" del servizio. Si potrebbe anche condividere, nel merito, il modello organizzativo del servizio idrico prefigurato nel codice

dell'ambiente. Ma qui non era in discussione il contenuto della funzione, il modello di organizzazione del servizio idrico meglio in grado di tutelare gli interessi pubblici in gioco. Era in questione la stessa possibilità della legge statale di disciplinare la funzione, in una materia che, dal punto di vista del suo contenuto, ben difficilmente può essere considerata di competenza statale. La soluzione, maldestramente offerta dal codice dell'ambiente, del ricorso alle "funzioni fondamentali", appare in realtà debole e contraddittoria.

In conclusione questo nuovo titolo competenziale non solo si rivela poco praticabile nel caso specifico, ma anche foriero di una nuova e insanabile contraddizione nella lettura complessiva del riparto di competenze tra Stato e Regioni.

Si consideri che l'interpretazione estensiva di questa "materia" comporterebbe un intervento normativo lasciato alla piena disponibilità del legislatore statale (qui non ci sono "intese" con regioni ed enti locali) e sindacabile solo dalla Corte costituzionale, che però si riserverebbe solo di valutare la proporzionalità della disciplina in concreto adottata, non la sua legittimazione.

Se la Corte proseguisse sulla strada dell'utilizzazione delle funzioni fondamentali per giustificare la sottrazione alla legge regionale della disciplina di tutte le funzioni che una qualsivoglia legge statale potrebbe definire come "fondamentali" degli enti locali, si configurerebbe una "materia" difficilmente delimitabile, un potere normativo difficilmente controllabile, anche sul versante della ingiustificata compressione dell'autonomia normativa e organizzativa degli stessi enti locali.