

RELAZIONE

AL PARLAMENTO SUI RISULTATI DELL'ESAME
DELLA GESTIONE FINANZIARIA E DELL'ATTIVITÀ
DEGLI ENTI LOCALI PER L'ESERCIZIO 1998

PARTE PRIMA

L'ORDINAMENTO DEGLI ENTI LOCALI

1 Evoluzione dell'ordinamento degli enti locali

Alcuni dei fondamentali istituti regolati dalla legge 8 giugno 1990, n.142 sono stati riformati, in modo alquanto ampio, dalla legge 3 agosto 1999, n. 265 (c.d. Napolitano - Vigneri). La riforma spazia dall'autonomia, nelle sue varie estrinsecazioni, all'associazionismo, allo status giuridico degli amministratori locali. E' un aspetto della complessiva riforma della pubblica amministrazione iniziata dieci anni orsono proprio con la legge 142 del 1990 sull'ordinamento degli enti locali.

Ci sono voluti tre anni circa e lo stralcio di due parti all'originario disegno di legge (una già tradotta nella legge 120 del 1999, l'altra riguardante la riforma dei servizi pubblici locali già approvata da un ramo del Parlamento e di cui si darà conto in prosieguo quale tendenza di linea evolutiva dell'ordinamento "in itinere") per giungere alla legge 265 del 1999. Di rilievo è sicuramente, anche, il d.lgs. n. 286 del 30 luglio 1999, di riordino dei controlli interni nelle pubbliche amministrazioni. Ci si propone, di seguito, di esaminare alcune delle modifiche introdotte dalla legge 265 del 1999 cogliendo, dove possibile, l'idea di fondo che ha ispirato la riforma. Seguono, poi, alcune considerazioni sul d.lgs. n. 286 del 1999 riguardanti disposizioni incidenti sull'ordinamento degli enti locali.

1.1 Linee innovative

Art.2, comma 1 legge 265 del 1999: modifiche all'art.2 legge 142 del 1990

L'impianto essenziale della norma novellata non cambia: conserva il suo scopo di norma d'attuazione dei principi posti dall'art.5 della Costituzione.

Traspare, però, una diversa attenzione per le autonomie, dove a seguito dell'entrata in vigore della legge 59 del 1997 e del d.lgs 112/98, la scelta verso una organizzazione dello Stato e della pubblica amministrazione sempre più improntata al decentramento delle funzioni verso le istituzioni più vicine alla cittadinanza, pare divenire irreversibile.

Vi è, per un verso, una rivalutazione reale del ruolo della provincia: il legislatore interviene prevedendo che anche la provincia "rappresenta la propria comunità". Quindi, non più ente soltanto intermedio tra regione e comuni, ma soggetto giuridico che rappresenta direttamente la propria comunità e ne cura gli interessi.

La novella dell'art.2 ridefinisce, anche, gli strumenti fondamentali attraverso i quali gli enti locali procedono nella loro attività, le forme dell'autonomia che garantiscono loro le risorse operative per esercitare le proprie funzioni.

Quindi, non più solo autonomia statutaria (anch'essa rafforzata), e finanziaria.

Il nuovo comma 4 aggiunge espressamente le ulteriori seguenti forme di autonomia: normativa, organizzativa e amministrativa, impositiva e finanziaria.

La previsione esplicita di una potestà impositiva propria degli enti locali, si spiega alla luce della linea di tendenza che vuole incrementare le entrate proprie degli enti locali con una conseguente riduzione dei trasferimenti statali. L'autonomia impositiva peraltro era già prevista dall'art. 54 della legge 142 del 1990 ed il suo riconoscimento nell'ambito dei principi generali, completa un cammino già percorso. Il collocare, poi, nello stesso ambito dei principi generali il riconoscimento dell'autonomia normativa vuol dire sottolineare la capacità dell'ente locale di porre in essere norme valevoli nell'ordinamento; conseguente e logico sviluppo è poi l'innovata forza normativa degli statuti ed il nuovo ruolo dei regolamenti (art.1, comma 4, l. 265/1999 di modifica dell'art. 5 l. 142/1990).

Anche la previsione dell'autonomia organizzativa si colloca sulla scia di quanto già previsto dalla legislazione vigente: la capacità dell'ente locale di darsi, in autonomia, una propria struttura.

Gli artt. 9 e 14 della legge 142 del 1990 individuano rispettivamente per Comune e Provincia, le funzioni amministrative. Mentre, però, per la provincia sono indicate

tassativamente tutte le competenze spettanti, per il comune l'elencazione ha carattere generale e ciò meglio si attaglia alla natura di ente a competenza generale e residuale.

Ora, il richiamo all'autonomia amministrativa fra i principi generali vuole essere un riconoscimento agli enti locali di una autonomia che comporta la possibilità per comuni e province, in attuazione del principio di sussidiarietà espressamente citato dall'art.2, ultimo comma, e del decentramento previsto dalla legge 59 del 1997, di assumere la stragrande parte delle funzioni amministrative oggi ancora dello Stato.

Si può aggiungere, significativamente, che la previsione della autonomia amministrativa si pone in linea con la legge 59 del 1997 e con il d.lgs. 112/1998, in forza dei quali comuni e province svolgono "la generalità delle funzioni amministrative", mentre alle regioni competono quelle che richiedono "l'unitario esercizio a livello regionale" ed allo Stato le funzioni nelle materie tassativamente indicate nell'art.1 della legge 59 del 1997.

Il richiamo nel novellato art.2, del principio di sussidiarietà, pur nella sua stringatezza, consente una doppia chiave di lettura.

Per un verso può rinvenirsi la volontà di dettare un principio, sempre valido, che deve animare il futuro legislatore quando attribuisce funzioni ai comuni e alle province, ripartendole tra loro in base alla maggiore o minore vicinanza alla collettività e qui il richiamo è alla c.d. sussidiarietà verticale, intendendo per tale una ripartizione di funzioni nell'ambito delle istituzioni che privilegia le autorità, per l'appunto comune e provincia, più vicine alle collettività amministrate. Occorre, poi, notare che lo stesso principio viene imposto alla legislazione regionale per il conferimento delle funzioni agli enti locali.

Per altro verso, il principio di sussidiarietà dettato dal novellato art.2, comma 5 ha una diversa valenza quando si riferisce all'esercizio delle funzioni proprie e di quelle conferite agli enti locali. Si prevede che i comuni e le province svolgano "le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dall'autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali"¹.

Una applicazione molto forte del principio di sussidiarietà orizzontale, secondo il quale, dove l'iniziativa privata è in grado di offrire adeguati livelli qualitativi di servizi alla collettività, la mano pubblica deve ritirarsi, ispira la riforma dei servizi pubblici locali, come detto già approvata da un ramo del Parlamento.

Art. 2, comma 2, legge 265 del 1999: modifiche all'art.3 legge 142 del 1990

Con la novella viene previsto un diverso ruolo della legge regionale regolatrice della cooperazione degli enti locali tra di loro e con la regione e un nuovo ruolo della regione nella programmazione economica e territoriale.

La legge 142 del 1990 assegnava alla regione il compito di "disciplinare" la cooperazione tra enti locali e regione.² La novella, invece, dispone che la legge regionale "indica i principi" della cooperazione; formulazione che esprime sicuramente una riduzione dell'incidenza regionale.

La regione è chiamata ad indicare un quadro di riferimento, ma non può esercitare poteri coercitivi. Si tratta di una modifica indiziaria di un arretramento del ruolo regionale.

In definitiva è la stessa filosofia già emersa nell'art. 3 del d.lgs. 112/1998, dove si prevede che la regione individua i livelli ottimali di esercizio delle funzioni conferite agli enti locali, previa una concertazione con gli enti stessi.

Per ciò che riguarda la programmazione, l'art.3 della legge 142 del 1990 prevedeva la competenza della regione a fissare gli obiettivi della programmazione economica, sociale e territoriale, e quindi a ripartire le risorse destinate al finanziamento del programma di

¹ La formulazione originaria del testo era orientata in maniera più decisa a favore della sussidiarietà orizzontale: "i comuni e le province operano secondo il principio di sussidiarietà utilizzando l'intervento di famiglie, associazioni, comunità e imprese private".

² In dottrina si parlava di impostazione "panregionalista".

investimenti degli enti locali col concorso di comuni e province a fissare gli obiettivi. Le regioni, anche sulla base del modello posto dalla legge 5 agosto 1978, n. 468 di modifica dell'art. 16 della legge 27 febbraio 1967, n. 48, avevano inteso la partecipazione degli enti locali, in funzione meramente consultiva.

La sostituzione del termine "indica i principi" a quello "disciplina la" tende sicuramente a stabilire rapporti paritetici tra regioni ed enti locali che diventano codecisori degli obiettivi della programmazione.

Uguale discorso può farsi per il riformato comma 7. In virtù della novella, la regione non "fissa" più i criteri e le procedure ma si limita ad "indicarli".

Art. 6, legge 265 del 1999

Fra le finalità che il legislatore del 1990 si era posto vi era quella di rimediare alla peculiare situazione delle autonomie locali in Italia, contraddistinte dall'alto numero di enti di ridotte dimensioni. Gli articoli 11, 12 e 26 della legge 142 del 1990 furono pensati per superare il fenomeno dei comuni pulviscolari ed incentivare la costituzione di enti locali più grandi. Il legislatore del 1990, pur convinto della necessità di accorpate i territori comunali per conseguire il fine della migliore gestione delle funzioni e dei servizi, fu tuttavia prudente. Niente accorpamenti "ex lege" ma sistemi per l'introduzione graduale delle fusioni mediante incentivazioni economiche.

La creazione dell'unione era considerata dall'originario art. 26 della legge 142 del 1990 come trampolino verso una futura fusione, da attivare entro dieci anni. Il comma 8 dell'art. 26 prevedeva addirittura che qualora l'unione fosse promossa con legge regionale ed incentivata con erogazione di contributi regionali aggiuntivi, dovesse necessariamente sfociare nella fusione.

E' noto che il sistema non ha funzionato. La legge 265 del 1999, con l'art. 6 tenta di rilanciare questi istituti, modificando anche profondamente l'architettura del testo della legge 142/1990 e la filosofia stessa alla base degli incentivi all'accorpamento.

L'art. 6 comma 1 della legge 265 del 1999 inizia col modificare il comma 2 dell'art. 11 della legge 142 del 1990 prevedendo un termine più breve (ogni tre anni invece di cinque) per aggiornare, a cura della regione, il programma di modifica delle circoscrizioni, spingendo la regione stessa ad una più serrata azione di persuasione nei confronti dei comuni i quali anche due volte nel corso della medesima legislatura vengono chiamati a collaborare alla ridefinizione del loro territorio, e questo è il secondo importante elemento della novella: la programmazione non è più svolta isolatamente dalla regione, la predisposizione del programma va realizzato concordemente con i comuni.

Il nuovo comma, n. 2 dell'art. 11 della legge 142 del 1990 stabilisce che "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 attraverso le unioni...."

Il programma, cioè, non deve prevedere autoritativamente una fusione al solo scopo di eliminare gli enti di piccole dimensioni, ma ha lo scopo di evidenziare quali sono gli ambiti ideali per svolgere in modo più efficiente ed efficace le funzioni comunali. La più rilevante novità del comma 2 novellato dell'art. 11, è poi, che la programmazione non deve necessariamente portare alla creazione di un nuovo comune risultante dalla fusione.

Infatti il testo prevede espressamente che la gestione associata di servizi e funzioni può essere realizzata anche attraverso le unioni; mentre la modifica delle circoscrizioni territoriali diventa una semplice eventualità.

In buona sostanza, il legislatore ha deciso di puntare più sulle unioni che sulle fusioni. Peraltro, preso atto della inefficacia del modello di unione proposto dal testo originario dell'art. 26 della legge 142 del 1990, il legislatore del 1999 ne ha trasformato il significato. Da ente "a scadenza" diviene una forma di gestione coordinata di funzioni e servizi tra comuni. Scompare,

dunque, il fine fondamentale dell'istituto consistente nella fusione. Il comma 1 del nuovo art. 26 definisce, poi, le unioni di comuni come "enti locali".

Trattasi, quindi, di nuovi enti, con propria personalità giuridica, distinti dagli enti che li hanno costituiti, con una propria potestà regolamentare, ma con uno statuto e atto costitutivo posti dagli enti territoriali costituenti.

Viene eliminato ogni limite di dimensione demografica e la necessità che gli enti siano contermini è resa più blanda: "di norma".

Anche l'appartenenza ad un'unica provincia non è più condizione indispensabile.

Art. 31 legge 265 del 1999

Già l'art. 64 comma 3 della legge 142 del 1990 prevedeva che "entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, il Governo emana un testo unico di tutte le disposizioni rimaste in vigore in materia di ordinamento degli enti locali".

Il Consiglio di Stato, all'epoca, in un articolato parere, sostenne che la delega contenuta nella legge 142 del 1990 era idonea alla mera redazione di un testo unico ricognitivo, in quanto mancava qualsiasi riferimento a compiti di aggiornamento, coordinamento e razionalizzazione delle norme.

Quindi, ne discendeva la facoltà di un mero coordinamento che lasciava inalterato il contenuto dispositivo delle norme.

Il T.U. così non si fece e nel frattempo la legislazione in materia di enti locali è divenuta ancora più copiosa.

Questa è la situazione in cui si inserisce la nuova delega conferita al Governo con l'art. 31 della legge 265 del 99 per la formazione di un testo unico nel quale "riunire e coordinare" le disposizioni legislative in materia di enti locali.

Il richiamo alla "riunione e al coordinamento" che comunque sono i paletti dei poteri attribuiti al Governo, fanno propendere per la qualificazione di "fonte" dell'emanando T.U.

Si tratterà di un coordinamento innovativo che comporterà qualche aggiustamento non solo lessicale.

Ciò può dedursi anche dalla previsione del parere delle Commissioni parlamentari e dal richiamo, per il procedimento, all'art. 7, comma 4, legge 50 del 1999 (c.d. legge di semplificazione 1998).

D'altra parte, questa è l'idea che traspare nello schema di T.U. trasmesso per il parere del Consiglio di Stato.

I primi due commi della norma elencano le materie che il nuovo testo dovrà contenere; il 1° comma si riferisce all'ordinamento dei comuni e delle province e alle loro forme associative, mentre il comma 2 specifica che il T.U. deve contenere le norme "sull'ordinamento in senso proprio, sulla struttura istituzionale, sul sistema elettorale ivi compresa l'ineleggibilità e l'incompatibilità, sullo stato giuridico degli amministratori, sul sistema finanziario e contabile, sui controlli, nonché norme fondamentali sull'organizzazione degli uffici e del personale, ivi compresi i segretari comunali".

Il terzo comma prosegue disponendo che "nella redazione del testo unico si avrà riguardo in particolare, oltre alla presente legge alle seguenti". Segue, quindi, dalla lettera a) alla lettera n) l'indicazione di 12 disposizioni normative.

E' di rilievo per la Sezione il richiamo alla lettera l) del decreto legislativo 25 febbraio 1995, n.77 sul quale la Corte dei conti a Sezioni riunite ebbe ad esprimere il proprio parere, così come sui successivi provvedimenti normativi di modifica ed integrazione di quella norma di base. Allora, se è vero che il nuovo T.U. avrà valore di "fonte", sarebbe opportuno³, oltre che, coerente con il recente indirizzo, che l'Istituto, a mezzo delle Sezioni riunite, fosse chiamato ad esprimervi il proprio parere.

³ Vedasi Corte Costituzionale sentenza n. 457 del 14 - 23 dicembre 1999 che ha escluso, nel nostro sistema costituzionale, un procedimento di normazione primaria speciale (con l'intervento consultivo della Corte dei conti) garantito costituzionalmente.

Decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286. Il riordino dei controlli interni nelle pubbliche amministrazioni

Una premessa di carattere generale riguarda il fatto che l'emanazione del d.lgs. n. 286 del 1999 comporta per tutte le amministrazioni e, quindi, anche per gli enti locali, la possibilità di fare riferimento ad un quadro organico ed esauriente, a prescindere dalla problematica inerente alla sua applicabilità agli enti locali. Ciò è tanto più importante in quanto prima della emanazione di tale decreto eventuali elementi di supporto all'interpretazione delle norme in materia dovevano essere mutuati da altre realtà, in particolare dal mondo delle aziende private.

Ma, il decreto stesso indica i destinatari a cui è rivolta la progettazione d'insieme dei controlli, precisando che i principi e il sistema in esso proposti sono da ritenersi obbligatori per i ministeri e derogabili da parte di altre amministrazioni pubbliche (art. 1, comma 2).

La relazione che accompagna il decreto precisa che tale derogabilità è prevista in considerazione delle dimensioni dell'amministrazione.

Ancora l'art. 1, comma 3, non ritenendo sufficiente per gli enti locali la previsione generale di derogabilità prevista dal comma 2, sottolinea che essi possono adeguare le normative regolamentari alle disposizioni del decreto, nel rispetto dei loro ordinamenti generali e delle norme concernenti l'ordinamento finanziario e contabile.

E' indubbio che con questa ultima precisazione il legislatore ha ritenuto di privilegiare il riconoscimento formale dell'autonomia organizzativa degli enti locali, subordinando ad esso la piena valorizzazione delle potenzialità dei nuovi controlli.

1.2 Prospettive di riforma dei servizi pubblici locali

Questa Sezione, nella precedente relazione del luglio 1999, ebbe ad occuparsi dell'assetto normativo del settore, operato in via generale, dagli articoli 22 e 23 della legge 8 giugno 1990, n. 142 e da alcune disposizioni successive, intervenute in singoli settori, quali il d.lgs. n. 22 del 5 febbraio 97 nel settore rifiuti, il d.lgs. 422 del 19 novembre 1997 nel settore del trasporto pubblico locale, l'art. 17 legge 127 del 15 maggio 1997 per l'accelerazione della procedura di trasformazione delle aziende speciali in s.p.a., il d.P.R. n. 533 del 16 settembre del 1996 per una nuova forma di gestione con la s.p.a. minoritaria pubblica che, nella sostanza, non avevano intaccato il disegno del legislatore della legge 142 del 1990.

In quella relazione non si era mancato, anche, di ricordare le problematiche insorte, quali "modalità di scelta del socio privato", "la doppia gara: per la selezione del socio e per l'affidamento dei lavori e servizi", "interferenze con la normativa sulle dismissioni delle partecipazioni statali", "ambito territoriale di operatività delle società miste, "società di capitali o, solo s.p.a."

Da allora sono intervenuti il d.lgs. 16 marzo 1999 n. 79, per la distribuzione dell'elettricità, e la legge 3 agosto 1999, n. 265, in particolare l'art. 11, comma due, per la individuazione degli ambiti ottimali per la gestione associata sovracomunale di funzioni e servizi.

Ciò che, peraltro, nell'anno appena trascorso, ha occupato maggiormente l'attenzione degli "addetti ai lavori" - Governo, Parlamento, Enti locali, Confindustria, Associazioni di categoria -, è stato sicuramente l'esame, con i conseguenti dibattiti e prese di posizione, del disegno di legge governativo n. 4014 - atti Senato - di "modifica degli articoli 22 e 23 della legge 8 giugno 1990, n. 142, in materia di riordino dei servizi pubblici locali e disposizioni transitorie".

Quanto segue è dedicato all'esame di questo d.d.l.⁴. La nuova proposta disciplina viene guardata, essenzialmente, in un'ottica che consenta di svelarne la concezione economica che la ispira.

Il disegno di legge costruisce un nuovo modello teorico di funzionamento dei servizi pubblici locali. Esso risulta essenzialmente dall'art. 1 che riscrive per intero il vigente capo VII -

⁴ Ci si riferisce al testo approvato dal Senato il 30 maggio u.s.

servizi pubblici locali- della legge 8 giugno 1990, n.142, riformulando integralmente gli attuali articoli 22 e 23.

L'art.2, invece, pone le norme di transizione per il passaggio dall'attuale al nuovo e futuro modello.

L'art. 3, prevede la risoluzione delle controversie mediante arbitrato.

Il nuovo assetto proposto appare in radicale rottura con il sistema adesso vigente e prevede il passaggio a meccanismi di funzionamento che sono tipici del mercato.

Viene profondamente modificato il ruolo attuale degli attori istituzionali e soprattutto degli enti locali che costituiscono, oggi, il centro del sistema.

La direzione verso cui si muovono le disposizioni del d.d.l. è quella di una concezione del servizio pubblico ispirata ad un modello più liberista.

Il d.d.l. pone al centro del processo riformatore una dichiarata preferenza per il mercato.

Questa preferenza è alla base del d.d.l. di riforma dei servizi pubblici locali e si regge su due pilastri: "La concorrenza nel mercato" e "la concorrenza per il mercato".

Sostanzialmente il meccanismo funziona nel modo seguente: quando il servizio non può essere svolto da una pluralità di operatori in competizione tra loro e, quindi, non è possibile la concorrenza nel mercato, deve subentrare la concorrenza per il mercato, nella quale più operatori sono in competizione per la gestione di un unico servizio.

Nel d.d.l. il primo principio lo si trova enunciato nel secondo comma del testo riformulato dell'art.22 della legge 142 del 90, il quale condiziona l'organizzazione, da parte degli enti locali, dei servizi pubblici da affidare in gestione, alla preventiva verifica che "lo svolgimento in regime di concorrenza non assicuri la regolarità, la continuità, la accessibilità, la economicità e la qualità dell'erogazione in condizioni di uguaglianza".

Il secondo principio, invece, riguarda quei servizi, la cui erogazione deve essere necessariamente affidata ad un solo gestore. Per l'energia, esclusa quella elettrica, il gas, l'acqua, per i rifiuti e il trasporto collettivo di linea eccettuati quelli a fune operanti in montagna, il testo riformulato dell'art.22, 3° comma attraverso una modifica del meccanismo di gara, attuata con una nuova formulazione del vigente art.23 della legge 142 del 90, introduce la contendibilità per il mercato.

E', peraltro, opportuno, sottolineare la priorità logico-giuridica espressa dal d.d.l., della preminenza della "Concorrenza nel mercato", perché non si tratta di un generico orientamento verso il mercato, ma piuttosto di una più pregnante delimitazione dell'ambito di azione degli enti locali, ai quali, tolti i settori di monopolio naturale indicati nel citato secondo comma del riformulato art.22, è vietato dare in affidamento la gestione di ulteriori servizi pubblici ogni qual volta vi sia, comunque, la possibilità del loro svolgimento in regime di concorrenza.

Se si legge attentamente la lettera della norma sembra potersi dedurre che non è poi indispensabile la presenza di un effettivo pluralismo imprenditoriale. Per il divieto è sufficiente che la attività economica che si vuole assumere come servizio pubblico locale presenti condizioni di produzione e di distribuzione tali da consentire, anche potenzialmente, la attivazione della iniziativa privata. In definitiva, siamo in presenza del principio di sussidiarietà orizzontale per il quale, ogni qual volta l'iniziativa economica privata sia in grado di intervenire nel settore, resta automaticamente preclusa, per il soggetto pubblico, l'assunzione del servizio.

Il mutamento di prospettiva del d.d.l., però, non riguarda solo il restringimento delle possibilità di azione degli enti locali conseguente alla priorità logico-giuridica riconosciuta al mercato, ma si sostanzia, anche e soprattutto, attraverso l'innesto di meccanismi competitivi nel precedente assetto istituzionale dei servizi pubblici, il quale, a seguito di questi interventi, risulterà radicalmente modificato.

Infatti, "la contendibilità per il mercato" introdurrà la concorrenza in un'area in cui finora era rimasta praticamente assente: negli affidamenti delle gestioni in esclusiva dei servizi di distribuzione dell'energia, del gas, dell'acqua, del trasporto collettivo di linea e la gestione dei rifiuti che, da sempre, costituiscono l'essenza del servizio pubblico locale.

L'apertura alla concorrenza nei settori a monopolio naturale viene, poi, spinta con la promozione del pluralismo imprenditoriale attraverso la riduzione della durata degli affidamenti, la suddivisione della gestione integrata per fasi o tipologie produttive, distinguendo le attività ausiliarie e serventi da quelle strettamente connesse alla erogazione del servizio e, da ultimo, assicurando l'accesso non discriminato alla rete a tutti gli operatori abilitati.

La Costituzione: art. 41, terzo comma e art. 43

Il punto di rottura dei nuovi principi posti dal d.d.l. nei confronti dell'attuale concezione, sta nell'abbandono del dualismo "riserva-mercato" e necessariamente, per conseguenza, nel superamento del modello "gestione diretta-gestione indiretta" e, su queste basi, della dicotomia "pubblico-privato".

In questa nuova concezione il servizio pubblico non è più visto come una attività economica sottratta al regime di mercato e retta da una disciplina speciale fondata sulla riserva di legge. Si è così fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 43 della Costituzione e ci si avvia nell'alveo dell'art. 41, 3° comma.

Il servizio pubblico viene inteso come una modalità, un attributo della "attività economica pubblica o privata" che, nell'ottica dell'art. 41, 3° comma, con gradualità, acquista questa connotazione nel progressivo passaggio dalle attività economiche libere, alle attività economiche in vario modo regolamentate, fino alle attività per il cui svolgimento è necessario il riconoscimento di diritti di esclusiva.

Il concetto espresso sopra, sembra abbastanza chiaro nel d.d.l.

L'art. 22, 10° comma novellato dispone che i comuni e le province disciplinano l'assunzione dei servizi pubblici e non più che provvedono alla gestione. Essi non operano più direttamente, ma disciplinandone l'assunzione, stabiliscono le condizioni in base alle quali i servizi pubblici locali sono esercitati da terzi.

La disposizione si salda, poi, alla previsione dell'obbligo di affidamento previa gara. Quindi, no alla gestione diretta e, soprattutto, rimozione del regime di riserva. Il proposto novellato, infatti, viene a sopprimere l'attuale secondo comma dell'art. 22 della legge n. 142 che afferma che "i servizi riservati in via esclusiva ai comuni e alle province sono stabiliti dalla legge". L'elencazione dei servizi contenuta nella novella ha una precisa portata: si prende atto che l'erogazione dei servizi a rete richiede gestori unici e ci si limita a prevedere che la scelta del gestore avvenga esclusivamente col procedimento di gara e che allo stesso siano riconosciuti i diritti esclusivi necessari al suo esercizio.

La parola "riserva" non la si trova più. Si passa, quindi, dal "monopolio legale" alla constatazione del "monopolio di fatto".

Ma il monopolio di fatto, a differenza del monopolio legale che deve essere rispettato, va, ove possibile, intaccato, ridimensionato e circoscritto per fare sempre prevalere la concorrenza.

Il dissolversi della riserva comporta la perdita di senso della distinzione tra gestione diretta e indiretta ed il superamento del principio della vigenza, in quell'ambito di un diritto speciale derogatorio rispetto alle regole della concorrenza.

Dal punto di vista dei soggetti gestori, poi, non sembra avere più ragione d'essere la distinzione tra pubblico e privato, in quanto non comporta più alcuna differenziazione di regime giuridico.

Anzi la novella del d.d.l. (art. 22, 14 comma) espressamente vieta "ogni forma di discriminazione tra i gestori di pubblico servizio in ordine al trattamento tributario, alla concessione di contribuzioni o di agevolazioni da chiunque dovute per la gestione del servizio".

La insistenza, poi, del d.d.l. sulla trasformazione delle attuali aziende speciali in società di capitali (art. 2, 1 comma) trova il suo essenziale fondamento in questa esigenza di uguaglianza di trattamento e di disciplina giuridica.

In buona sostanza, se l'affidamento consegue esclusivamente alla gara, non c'è più differenza, anche dal punto di vista dell'ente locale affidante, tra imprese private e pubbliche anche, è ovvio, con quelle eventualmente di proprietà dell'ente.

La proprietà pubblica o privata è indifferente per il regime della attività ed il comma appena citato vuole sancire da un punto di vista giuridico questa identità di trattamento.

I gestori, nel nuovo assetto concorrenziale, sono imprese che operano secondo il diritto comune senza discriminazioni o privilegi. Si tratta comunque di società di capitali, per le quali la distinzione in base al controllo proprietario, pubblico o privato, non ha rilievo giuridico né all'esterno né tantomeno all'interno della stessa società, ove l'ente locale azionista è tenuto a comportarsi esclusivamente come tale, cioè come portatore di esclusivi interessi economici.

Questa indifferenza del regime giuridico della proprietà delle imprese che gestiscono pubblici servizi è una ulteriore riprova che il nuovo quadro teorico del servizio pubblico si colloca nell'ambito di applicazione del terzo comma dell'art.41 della Costituzione, in base al quale il regime conformativo a cui sottostà l'attività economica pubblica e privata è identico.

Vi è, poi, da osservare che il superamento della dicotomia pubblico-privato colloca la disciplina proposta dal d.d.l. sui servizi pubblici nel modello comunitario "imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale" di cui all'art.90⁵ del trattato C.E. il quale non fa alcuna discriminazione nella applicazione o nelle deroghe alle regole della concorrenza, sulla base della natura pubblica o privata della impresa.

La concorrenza per il mercato

Il risultato, assolutamente trasparente, che il proposto riassetto dei servizi pubblici vuole conseguire, sta nel prevedere che anche ove non è possibile assicurare il servizio in regime di concorrenza nel mercato tra una pluralità di operatori (art.22,2 comma) nel caso che sia indispensabile attribuire diritti di esclusiva, l'affidamento deve avvenire con il ricorso alla competizione per il mercato (art. 22,3 comma).

La gestione diretta (in economia, con affidamento diretto, tramite istituzione) può essere consentita solo in via sussidiaria, limitatamente ad attività marginali o per l'esercizio di servizi a contenuto sociale (art.22 4,7,8,9 comma).

Tramite l'obbligatorietà della gara si afferma così il principio generale del ricorso alla contendibilità del mercato per l'affidamento dei servizi in esclusiva.

Questi servizi (indicati nell'art.22,3 comma) sono da sempre l'essenza del servizio pubblico locale e strutturalmente presentano qualche attributo di monopolio. Sono servizi a rete (l'erogazione di energia, del gas, la gestione dei rifiuti, il trasporto collettivo, gli acquedotti), il cui svolgimento comporta una intrinseca esigenza di equa distribuzione finanziaria dei costi tra gli utenti per assicurare quello che nell'ambito comunitario viene definito servizio universale, cioè la disponibilità di servizi uniformi a tariffe possibili per qualsiasi utente, ovunque ubicato. Cosa rappresenta questa nuova prospettiva in cui il servizio pubblico in esclusiva è un mercato contendibile?

La novità non sta, di per sé, nel ricorso alla gara. In linea teorica è già così per l'affidamento delle gestioni in concessione. Basterebbe allora estendere l'affidamento anche alle attuali gestioni dirette.

In effetti se andiamo ad esaminare, anche in linea di massima, la procedura di aggiudicazione, ci accorgiamo che siamo in presenza di qualcosa di diverso dalla gara per la scelta del concessionario.

La chiave di volta è il riformulato art.23.

La differenza con la tradizionale configurazione del rapporto pubblicistico della concessione è percettibile per la ridotta durata dell'affidamento e si ricava dalla previsione di un avvicinamento fisiologico tra le imprese contendenti i diversi mercati locali.

⁵ Art. 86 secondo la nuova numerazione di cui all'art.12 del trattato di Amsterdam

La proposta di riforma considera la successione nei rapporti di lavoro e nell'ammortamento degli investimenti una naturale conseguenza della aggiudicazione dell'affidamento.

Si tratta di una successione in rapporti di diritto comune, come è la successione dei rapporti tra imprese, per cui il nuovo gestore subentra nelle obbligazioni relative ai mutui contratti per la realizzazione del piano degli investimenti oggetto del precedente affidamento. (art.23, 4 comma.).

Non sembra, ormai, esservi dubbio sulla configurazione del rapporto in termini contrattuali e non più derivante dal provvedimento di concessione. Non si parla più di "revoca" della concessione, ma di "recesso" (art.22, 11 comma) e non di "decadenza" bensì di "scadenza" (art. 22, 18 comma).

In questo contesto il mancato rinnovo dell'affidamento è fisiologico, non costituisce più un evento epocale collegato, per lo più, non già alla sostituzione di un concessionario, bensì al passaggio alla gestione diretta del servizio da parte dell'ente locale. La durata breve dell'affidamento incrementa la frequenza delle gare e la qualificazione come "massimi" dei termini, lascia spazio al Governo e alle Autorità di regolazione per interventi ulteriormente riduttivi. Sul rispetto dei termini, poi, veglierà la pressione concorrenziale esercitata dagli aspiranti gestori nazionali e comunitari.

Il metodo di aggiudicazione

Il metodo di aggiudicazione contenuto nella proposta di riforma è quello della "offerta economicamente più vantaggiosa".

Si tratta di un metodo ovvio nella prospettiva del diritto comunitario, tipico di una logica a cui si ispira, nel mercato, ogni committente nella scelta del fornitore.

Per i servizi pubblici locali il metodo consiste nella sintesi ottimale prezzo-qualità come misura per la aggiudicazione.

E' di rilievo particolare il fatto che nelle disposizioni proposte tale metodo verrà ad applicarsi in un contesto di tariffa flessibile, che introduce il funzionamento dei servizi in un meccanismo di piena concorrenza.

La competizione anche sul prezzo era inevitabile nel nuovo orientamento della politica tariffaria che emerge dalle disposizioni sui servizi pubblici locali.

E' sufficiente, al riguardo, osservare la qualificazione che la novella fa della tariffa come "tariffa massima" e non più come "tariffa unica" (art.22, comma 10).

La possibilità di competere al ribasso sulla tariffa, dovrebbe, poi, consentire un confronto concorrenziale tra le imprese aspiranti, a tutto vantaggio dei consumatori.

Assistiamo, così, ad un posizionamento centrale dell'utente al quale i rapporti negoziali tra l'ente locale e il gestore devono assicurare la migliore combinazione possibile di qualità e di prezzo.

Se questo d.d.l. passerà l'esame dell'altra Camera, questa centralità dell'utente necessiterà di ulteriori approfondimenti come situazione giuridica. Diritto soggettivo o interesse legittimo che possa definirsi rimane aperto il problema della qualificazione delle reazioni dell'ordinamento giuridico nei confronti della sua lesione ed in particolare della azione di risarcimento per danni. Un segnale importante è la recente pronuncia della Cassazione, S.U. n. 500/99, in materia di risarcimento dell'interesse legittimo per danno ingiusto, espressione della tendenza del nostro ordinamento a ricondurre la responsabilità delle amministrazioni a canoni di diritto comune (art. 2043 c.c.).

La novella va comunque verso una maggiore responsabilizzazione, anche nei confronti degli utenti, dell'ente locale o comunque del soggetto che affida il servizio.

Nella fisiologica contrapposizione, poi, di conflitto di interessi tra l'ente locale e il fornitore-gestore del servizio, le reciproche obbligazioni devono essere chiaramente

determinate anche in funzione dei "diritti degli utenti", che i contratti di servizio devono ormai rendere espliciti e che questi possono far valere nei confronti del gestore (art. 22, 11 comma).

Ancora una notazione alla quale si è già fatto cenno: nella nuova concezione della contendibilità per il mercato è visto positivamente l'incremento della presenza degli operatori, compatibilmente con le esigenze di economicità e di stabilità del servizio. Il principio è implicitamente reso nel nuovo testo dell'art. 22, 3 comma, ove si afferma che i servizi pubblici sono affidati ad uno o "più gestori". Questa pluralità implica necessariamente il frazionamento della precedente gestione unitaria.

D'altra parte questa tendenza è già presente nella legislazione vigente in materia di trasporto pubblico locale (d.lgs. 422/97) ed è pienamente compatibile con la normativa sullo smaltimento dei rifiuti (d.lgs. 22/97). Lo stesso principio si applica anche alle società degli enti locali proprietarie degli impianti, le quali sono tenute ad appaltare le attività di manutenzione e di sviluppo della rete (art. 22, 15 comma).

La posizione dell'Ente Locale nel nuovo sistema

L'introduzione della concorrenza modifica i meccanismi istituzionali di funzionamento dei servizi pubblici locali e si ripercuote sulla configurazione del contratto di servizio.

Si è già fatto cenno alla modifica sostanziale di status e di posizione giuridica degli enti locali che sinteticamente può essere indicata con l'acquisizione tendenziale di uno status di diritto comune.

L'abbandono della riserva di legge sembra infatti chiudere il capitolo della concezione totalitaria del servizio pubblico in cui la attività economica riservata in tutte le sue fasi è appannaggio esclusivo dell'ente pubblico titolare, territorialmente competente.

Questi, attualmente, attraverso un processo interno di valutazione individua e seleziona la domanda, che introduce nel processo di programmazione delle attività, organizza e dirige la produzione del servizio, ne stabilisce il corrispettivo e ne controlla la qualità e i costi, ne assicura lo svolgimento assumendolo direttamente con una propria impresa o tramite il braccio operativo costituito normalmente dall'impresa concessionaria.

Questa organizzazione produttiva integrata, tipica delle pianificazioni economiche pubbliche, in un sistema di mercato deve essere necessariamente scissa. Diviene cioè necessario che le diverse attività economiche vengano riportate sul lato della offerta o della domanda e che le funzioni di controllo sulla produzione e sulla distribuzione vengano diversamente imputate, trasformate da funzioni di direzione in funzioni di regolazione e controllo sul corretto svolgimento delle prestazioni. Esse, poi, devono essere attribuite ad un soggetto terzo e in posizione neutrale rispetto alle parti del rapporto negoziale.

Pertanto queste funzioni non possono essere esercitate né dall'acquirente né dal fornitore del servizio, i quali strutturalmente si trovano in posizione di conflitto di interessi.

Da questa logica impossibilità di cumulo di funzioni e di attività, nasce la necessità di un riposizionamento dell'ente locale.

Il suo collocarsi sul lato della domanda dei servizi fa sì che esso non possa più esercitare quelle funzioni di controllo e le conseguenti potestà di imposizione autoritativa nel rapporto con il fornitore e nella modifica, in corso, delle modalità di erogazione del servizio. Queste funzioni a tutela non solo di pubblici interessi locali ma del corretto funzionamento del servizio vengono affidate, nella novella approvata dal Senato, ad Autorità di regolazione appositamente dedicate ai diversi settori (art. 22, 10 comma).

Questa fondamentale modifica appare quasi velata, nel d.d.l., dalla persistenza di un lessico familiare al diritto amministrativo che sembra ribadire in capo agli enti locali le attuali funzioni amministrative, mentre, come potrà apparire più chiaro in prosieguo, nel nuovo disegnato contesto di mercato dei servizi, esse perdono la loro attuale connotazione di funzioni amministrative e diventano attività di diritto comune. Ciò, si ritiene, potrà apparire più chiaro dall'analisi di tre aspetti:

a) L'ambito territoriale

In questo nuovo approccio la stessa dimensione territoriale non vale più a circoscrivere l'esercizio delle competenze amministrative dell'ente locale in materia di servizi, ma ad individuare un bacino di utenza. Non c'è più, in altri termini, corrispondenza "ex lege" tra gli interessi della collettività comunale dei cittadini dell'ente locale e quelli degli utenti — consumatori. Questi ultimi chiedono, per il loro ottimale soddisfacimento, un dimensionamento organizzativo dell'ambito di prestazione del servizio che prescindere dalla circoscrizione comunale: la cosiddetta "soglia minima". E' l'ambito che determina ora la dimensione naturale del servizio, non più la circoscrizione comunale del Comune. E' l'ambito, differenzialmente tarato a seconda delle attività di pubblico servizio, che è costitutivo della dimensione naturale del mercato "contendibile". L'associazione fra gli enti locali diviene di fatto obbligatoria al di sotto della soglia minima.

L'ambito, in sé considerato, diviene un modo di aggregare la domanda e solo di conseguenza un modo di organizzare efficientemente la gestione del servizio.

Sinora il territorio servito era unicamente quello dell'ente proprietario, la cui estensione territoriale ai fini del servizio, passava necessariamente attraverso accordi tra gli enti locali interessati.

Una volta superata la riserva, si rompe il cordone ombelicale tra ente locale e impresa. Quest'ultima non ha più, di per sé, dimensione territoriale.

Unico vincolo è quello della separazione contabile in caso di pluralità di attività o di ambiti serviti (art. 22, 12 comma).

Il Comune, all'interno dell'ambito ottimale, finisce per assumere il nuovo ruolo di un soggetto collettivo che, singolarmente, o in modo associato, organizza la domanda degli utenti: un acquirente unico di area che acquista il servizio in nome proprio e per conto degli utenti consumatori, contratta le condizioni generali per le singole forniture.

Una attività che sembra essenzialmente di diritto privato, tanto che la gara per l'affidamento della gestione del servizio può essere anche gestita dalla S.p.A. proprietaria degli impianti controllata dagli enti locali (art. 22, 16 comma).

L'ente locale non è più pertanto, il "titolare" del servizio. In un sistema di tipo anglosassone — public utilities — verso cui tende il modello proposto dal d.d.l., la titolarità di una attività economica semplicemente non esiste. Lo stesso art. 22, 1° e 2° comma riconducono la competenza di Comuni e Province al compito di individuare i servizi pubblici locali suscettibili di affidamento e di disciplinarne l'assunzione da parte di terzi. La prima competenza è chiaramente un'attività che rientra nel processo di individuazione della domanda, la seconda, — la disciplina della assunzione — riguarda i rapporti con i gestori i cui contenuti sono però predeterminati in linea di massima da fonti normative esterne all'ente locale, il quale è tenuto a rispettarle alla stregua della società di gestione.

b) Programmazione, indirizzo e controllo

La disposizione dell'art. 22, 10 comma, parla significativamente, piuttosto che di "funzioni", di "attività" di vigilanza, di programmazione e di indirizzo, distinguendole dalle eventuali attività di regolazione, le quali possono essere svolte dagli enti locali "ove non sia previsto dalla legge altro soggetto di regolazione in materia", rimanendo comunque "ferme le competenze" — queste ultime sono effettivamente richiamate come tali — delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità previste dalla legge. Queste attività sono iscritte in un contesto operativo che appare di tipo aziendalistico.

In questa prospettiva, se la "programmazione" dell'ente locale appare una modalità di individuazione e aggregazione della domanda, "la vigilanza e il controllo" sono lo strumento di verifica della qualità della erogazione e dei servizi acquistati.

c) Il regime di diritto comune dell'azionista — Ente Locale

Il d.d.l. vede la proprietà degli enti territoriali delle imprese di gestione dei servizi, non di buon occhio e ciò si spiega facilmente. In questo nuovo ordine di idee il Comune, come

proprietario delle imprese di gestione dei servizi pubblici che concorrono per l'affidamento, entra in conflitto di interessi con se stesso per il compito che l'ente locale ha di assicurare la copertura della domanda alle migliori condizioni e al prezzo più basso.

Questo conflitto di interessi, probabilmente è anche la ragione per cui si è inserita quella previsione che né gli amministratori degli enti locali, né loro parenti stretti possono essere amministratori in società di capitali che gestiscono servizi.

Sicuramente a questa stessa logica di attenuazione del conflitto di interessi, va riportato il "favor" espresso, nelle disposizioni transitorie, per le privatizzazioni di cui all'art. 2, 9 comma lett. b), del d.d.l..

Quali azionisti delle società che gestiscono i servizi, gli enti locali sono equiparati agli azionisti privati e la nozione di controllo adottata per la loro partecipazione (art. 22, 5 comma) è assimilabile a quella di diritto comune (2359 c.c.) e non a quella di diritto speciale che prevede la nomina di amministratori da parte di enti pubblici (2458 c.c.).

Si tratta di un significativo passo in avanti, solo se si fa mente alle incertezze del d. P. R. n. 633/1996, sul duplice ruolo del Comune come ente locale titolare del servizio e come azionista di minoranza nella S.p.A. minoritaria pubblica. Discorso diverso è quello della proprietà delle reti, ove questo atteggiamento di sfavore per la proprietà pubblica non è presente, anzi è espressamente previsto che gli enti locali ne debbano mantenere il controllo, per cui è da ritenere l'intenzione di non andare, in questo caso, al di là della privatizzazione formale.

Considerazioni conclusive

Pur ipotizzando che il d.d.l. venga adottato nella sua attuale versione, non v'è dubbio che la prospettata riconduzione al diritto comune del ruolo degli enti locali è destinata ad un lento metabolismo.

La conformazione istituzionale dei servizi pubblici locali, se da un lato finisce per riconoscere ad altri soggetti la funzione di regolazione e di controllo, dall'altro non esclude che queste stesse regole possano, a garanzia del pubblico interesse, riconoscere una posizione di preminenza dell'ente locale nel rapporto con il gestore.

Questa garanzia istituzionale, che è al contempo formulazione delle regole di funzionamento del mercato, è rimessa essenzialmente allo svolgimento delle potestà di regolazione. Nello schema in esame tale funzione sembra incentrata più sul Governo che sulla Autorità di regolazione di settore. Lo strumento principale cui ci si riferisce, flessibile e al contempo con portata generale per tutto il mercato dei servizi pubblici locali, è il Regolamento del Governo emanato a norma dell'articolo 17, 1 comma della legge 400 del 1988.

Il ricorso a tale fonte dovrebbe consentire, per tutti i servizi pubblici locali, un funzionamento fondamentalmente omogeneo, non troppo divaricato tra i singoli settori e nel territorio nazionale. E' prevista la partecipazione nel procedimento di formazione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità previsti dalla legge 481 del 1992, della conferenza unificata Stato Regioni e autonomie locali e del Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti, per una valutazione ai fini della emanazione delle norme.

La modalità di regolazione adottata nella proposta novella, fa perno sulla inserzione automatica di clausole procedurali e contrattuali di servizio, con l'effetto di precostituire in modo uniforme il contenuto essenziale del rapporto tra enti locali e gestori, ma anche la posizione soggettiva, "i diritti" degli utenti nei confronti degli uni e degli altri.

Il ricorso alla tecnica della integrazione automatica dei contratti varia a seconda della presenza di una specifica Autorità di settore (art. 23, 11 comma) e la finalità sembra essere quella di ridurre al minimo l'ambito di supplenza degli enti locali nella funzione di regolazione a seguito del contrapposto e paritetico riposizionamento dell'ente locale sul lato della domanda e del gestore su quello dell'offerta.