

Convegno organizzato da Comune di Perugia, ANCI Umbria, Confservizi Umbria

LE NUOVE NORME IN MATERIA DI SERVIZI PUBBLICI LOCALI
(Art. 35 Legge 28.12.2001, n. 448)

Perugia, Sala dei Notai Palazzo dei Priori
Sabato 9 marzo 2002

GIUSEPPE CAIA

Professore ordinario di diritto amministrativo
nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna

**I SERVIZI PUBBLICI LOCALI TRA AUTONOMIA TERRITORIALE
E REGOLE DI MERCATO**

1. L'art. 35 della legge n. 448 del 2001 reca significative novità in materia di servizi pubblici locali, introducendo la riforma generale del settore dibattuta da alcuni anni. L'articolo è strutturato, prevalentemente, come modifica all'art. 113 e seguenti del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (recante il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali); come è noto, le disposizioni del testo unico riprendevano gli artt. 22-23 della previgente legge 8 giugno 1990, n. 142 e altre norme di legge parimenti dettate in tema di servizi pubblici locali.

Le prime proposte di riforma ai citati artt. 22 e 23 della legge n. 142 del 1990 erano recate dal d.d.l. n. 1388-AS-XIII legisl. (c.d. Napolitano), che poi divenne legge 3 agosto 1999, n. 265 ma con lo stralcio delle disposizioni che qui interessano. Le disposizioni così stralciate vennero a costituire il d.d.l. n. 1388-ter-AS-XIII le-

gisl., che poi risultò abbandonato con la presentazione di un altro disegno di legge sulla materia, sempre di iniziativa governativa: il d.d.l. n. 4014-AS-XIII legisl. (c.d. Bassanini-Vigneri), che venne approvato da un ramo del Parlamento e assunse poi il n. 7042-AC-XIII legisl. Il testo delle norme contenute in tale disegno di legge venne riformulato dopo l'emanazione del testo unico sugli enti locali, di cui al citato d.lgs. n. 267 del 2000; si giunse, infatti, alla redazione di un testo interamente sostitutivo a cura del relatore del d.d.l. on. Vigneri, ma la conclusione della legislatura comportò la non approvazione del disegno di legge, che pure era quasi giunto alla conclusione del proprio *iter*.

2. Il testo originario dell'attuale art. 35 della legge n. 448 del 2001 compariva nell'art. 23 del d.d.l. n. 699-AS-XIV legisl. recante il disegno di legge finanziaria per il 2002.

Tale testo originario presentava contenuti assai più circoscritti e recava la rubrica di articolo: <<Scissione tra proprietà e gestione delle reti dei servizi pubblici locali>>. In estrema sintesi - per quello che qui interessa - si può notare che tale versione della riforma non avrebbe comportato un drastico superamento dei principi contenuti nel d.lgs. n. 267 del 2000, recante il testo unico sugli enti locali, soluzione che, invece, caratterizza oggi il disposto dall'art. 35 della legge n. 448 del 2001 qui considerata.

Anche al fine di cogliere esattamente le differenze di contenuto dispositivo, in allegato a questa relazione si riporta un commento al citato art. 23 del disegno di legge finanziaria per il 2002.

3. La sinossi delle varie disposizioni contenute nell'art. 35 della legge n. 448 del 2001 viene qui riportata con una partizione corrispondente ai vari commi di cui si compone l'articolo di legge.

Il comma 1° dell'art. 35 in esame sostituisce interamente l'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000. Ulteriori e conseguenti modifiche al medesimo testo unico sono contenute nei comma 12° e 15° (di introduzione dell'art. 113 bis nel testo unico enti locali) nonché, per quanto di ragione, nei comma 13° e 14°.

Per parte loro i comma da 2° a 11° dettano norme di diritto transitorio o relative al passaggio dal vecchio al nuovo regime delle forme di gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale.

Il comma 16° prevede l'emanazione di un regolamento per l'esecuzione e l'attuazione delle disposizioni di legge.

4. Come si è detto, l'art. 35, comma 1° della legge n. 448 del 2001 sostituisce interamente il previgente testo dell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000 (già art. 22 della legge n. 142 del 1990).

Il contenuto dispositivo è nel senso della "privatizzazione" ed "esternalizzazione" dei servizi pubblici locali di rilevanza industriale [inversione di tendenza non solo rispetto al t.u. 15 ottobre 1925, n. 2578, incentrato sulla municipalizzazione, ma anche rispetto alla legge n. 142 del 1990 - poi trasfusa nel t.u. n. 267 del 2000 - che prospettava una pluralità di possibili forme di gestione ("pubbliche", "private" o "miste") tra le quali i Comuni e le Pro-

vince potevano discrezionalmente ed autonomamente scegliere].

La nuova disciplina statale dei servizi pubblici locali è molto penetrante e rinvia per la propria attuazione ad un regolamento governativo.

Poiché la nuova disciplina è stata approvata quando i poteri regionali risultavano già ampliati (per effetto della l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3 di modifica al titolo V della parte seconda della Cost.), si deve ritenere che il legislatore statale abbia inteso le nuove norme come pertinenti alla materia <<tutela della concorrenza>> e <<funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane>>.

4.1. Il nuovo comma 1° dell'art. 113 del t.u. introduce una distinzione tipologica innovativa nell'ambito dei servizi pubblici locali: si differenzia tra servizi <<di rilevanza industriale>> (comma in esame) e servizi <<privi di rilevanza industriale>> (nuovo art. 113 bis); mentre, in precedenza, la distinzione era tra <<servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale>> (vecchio art. 113, lett. c) e <<servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale>> (vecchio art. 113, lett. d).

I servizi pubblici locali <<di rilevanza industriale>> non possono intendersi come coincidenti con tutti i servizi pubblici locali <<di rilevanza economica ed imprenditoriale>> di cui all'art. 113 t.u. vecchio testo. Dunque la locuzione <<di rilevanza industriale>> non è una sineddoche per <<industriali e commerciali>> (secondo la nota categoria di cui all'ordinamento francese).

Gli artt. 2082 e 2195 Cod. civ. non sono, peraltro, risolutivi per intendere il significato delle nuove espressioni usate dal legislatore.

L'unico dato certo è che vi possono essere dei servizi <<privi di rilevanza industriale>>, nel senso di cui al nuovo art. 113 bis del t.u., e tuttavia gestiti in forma di impresa (cfr. il comma 1°, lett. c di tale art., ove si indicano come possibili forme di gestione di tali servizi anche le <<società di capitali ... regolate dal codice civile>>).

L'individuazione formale di quali servizi pubblici locali debbono intendersi come <<di rilevanza industriale>> è rimessa al regolamento di esecuzione ed attuazione dell'articolo di legge. Conformemente ai principi propri di una siffatta fonte normativa, il regolamento potrà - a più riprese - essere modificato o integrato, con la conseguenza che potranno esservi, nel tempo, riduzioni o ampliamenti della categoria. Una volta emanato il regolamento, quali servizi di rilevanza industriale si potranno intendere solo quelli in esso puntualmente indicati, senza possibilità per l'interprete di individuarne ulteriori.

Prima dell'emanazione di tale regolamento è ragionevole sostenere che il nuovo art. 113 del t.u. e, per converso, l'art. 113 bis siano applicabili in base ad una individuazione in via interpretativa (anche sulla scorta delle previsioni delle leggi di settore) del novero dei servizi di rilevanza industriale.

Si può dire subito, per l'espressa menzione che ne fa lo stesso art. 35 qui esaminato, che il <<servizio idrico integrato>> deve intendersi come <<di rilevanza industriale>> (perché menzionato nel comma 5° dell'art. 35 con rinvio al testo del nuovo art. 113) e che i <<servizi cultura-

li e del tempo libero>> devono, invece, ritenersi <<privi di rilevanza industriale>> (perché menzionati nel nuovo art. 113 bis, comma 3°).

4.1.1. La seconda parte del nuovo comma 1° dell'art. 113 del t.u. stabilisce che <<Restano ferme le disposizioni previste per i singoli settori e quelle nazionali di attuazione delle normative comunitarie>>.

<<Restano ferme le disposizioni previste ...>> non esprime una clausola di integrale non applicabilità della nuova disciplina ai settori ove esiste una legge speciale (che si sarebbe verificata se la disposizione avesse presentato un contenuto del tipo: "... non si applica ...", "... i singoli settori restano disciplinati ...").

Pertanto, le nuove disposizioni qui considerate sono di applicazione residuale o sussidiaria anche per i settori di servizio pubblico locale ove esiste una disciplina specifica.

Questo comporta che le nuove disposizioni di cui all'art. 35 in discorso si applicheranno nella misura in cui la disciplina di settore, relativa al servizio pubblico di volta in volta in questione, manchi ovvero non sia completa e dunque ad esempio lasci privo di regolamentazione qualche profilo delle situazioni e attività che si hanno in tali singoli settori.

Pertanto, per il servizio pubblico di distribuzione gas si avrà l'applicazione primaria del d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164 e per il servizio di trasporto pubblico locale parimenti si dovrà dire a proposito del d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422 e successive modificazioni. Casomai, il problema dell'applicabilità delle nuove norme qui commentate, per quanto attiene a tali settori del gas e dei trasporti

locali, si porrà - come già detto sopra - nella misura in cui le leggi speciali sopra citate nulla dispongano in ordine a determinati aspetti o profili.

Invece, per i settori differenti da quelli ora menzionati (gas e trasporti pubblici) le nuove disposizioni di cui all'art. 35 in esame si applicheranno integralmente. Infatti, per quanto attiene al servizio idrico integrato ed alla gestione dei rifiuti urbani, la legge 5 gennaio 1994, n. 36 e il d.lgs. 5 gennaio 1997, n. 22 non disciplinano le forme di gestione di tali servizi rinviando, al riguardo, alla legge 8 giugno 1990, n. 142 (ora d.lgs. n. 267 del 2000). Infatti, la specialità della legge n. 36 del 1994 e del d.lgs. n. 22 del 1997 sussiste - per quello che qui interessa - solo per quanto attiene alle forme di cooperazione tra enti locali di ciascun ambito territoriale ottimale (c.d. autorità di ambito), alle relative competenze pianificatorie e decisorie nonché, tendenzialmente, ai rapporti con il gestore anche sotto il profilo della tariffa; mentre - come già detto - la disciplina delle forme di gestione risulta non regolata in modo autonomo da tali fonti normative (per modo che la nuova disciplina di modifica del d.lgs. n. 267 del 2000 si impone anche rispetto alla legge n. 36 del 1994 ed al d.lgs. n. 22 del 1997 che ad esso - *rectius* alla previgente legge n. 142 del 1990 - rinviavano).

In definitiva, il nuovo art. 113 del t.u. si applica per tutto quanto non disciplinato da leggi speciali, intendendo ciò sia come disciplina di un intero settore sia come disciplina di determinati profili o aspetti del settore.

4.2. Il nuovo comma 2° dell'art. 113 del t.u. sottopone gli impianti, le reti e le altre dotazioni di proprie-

tà degli enti locali e <<destinati all'esercizio dei servizi pubblici>> (di rilevanza industriale) al regime tipico dei beni pubblici di carattere demaniale di cui all'art. 822, comma 2° Cod. civ.: se di proprietà degli enti locali, detti beni sono incedibili, salvo la tassativa deroga di cui al nuovo comma 13°.

Dunque, vi è un irrigidimento di condizione giuridica rispetto al sistema previgente, ove i beni di cui trattasi appartenevano alla categoria dei beni patrimoniali indisponibili di cui all'art. 826, comma 3° e 828, comma 2° Cod. civ., mentre i soli acquedotti di proprietà degli enti locali afferivano alla categoria dei beni demaniali. A proposito dei beni patrimoniali indisponibili si ricorda che per essi era solo stabilito il vincolo di non poter <<essere sottratti alla loro destinazione>>.

Questo nuovo regime non implica però la retrocessione all'ente locale di quei beni che nel sistema previgente erano stati conferiti o trasferiti sulla base di norme o principi facoltizzanti.

Qualora di proprietà di soggetti privati, gli impianti e le altre dotazioni dei servizi pubblici locali di rilevanza industriale conservano il regime ordinario (ma v. più avanti art. 35, comma 7°, 9° e 11°).

E' poi singolare che nulla si disponga per le dotazioni destinate all'esercizio dei servizi pubblici di rilevanza non industriale (cfr. il nuovo art. 113 bis del t.u.). A quest'ultimo tipo di beni, se di proprietà di un soggetto pubblico, si applicherà il regime dei beni pubblici (art. 822 e segg. Cod. civ.).

4.3. A proposito del nuovo comma 3° dell'art. 113 del t.u., si osserva che la "gestione" di reti, impianti ed al-

tre dotazioni e la "erogazione" del servizio pubblico locale di rilevanza industriale, intese come attività, possono essere oggetto di separazione quando le discipline di settore dispongono in tal senso.

Invece, per l'altro tipo di servizi pubblici locali manca una norma di principio che consenta di addivenire a tale separazione gestionale (cfr. il nuovo art. 113 bis del t.u.).

Il comma 3° qui considerato non esprime però l'intera sostanza del fenomeno riformatore, perché la separazione di reti, impianti e dotazioni dalla erogazione dei servizi pubblici locali è imposta, sin da ora (ed <<anche in deroga alle disposizioni delle discipline settoriali>>), a proposito delle società a prevalente capitale pubblico locale <<che alla data di entrata in vigore>> della legge n. 448 del 2001 siano <<proprietarie>> <<delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni per l'esercizio dei servizi pubblici locali>> (cfr. il comma 9°). Questo con l'evidente finalità di eliminare una barriera all'ingresso nel mercato dell'erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza industriale, i cui aspiranti non dovranno farsi carico di oneri per rilevare gli impianti e/o per rimborsare il gestore uscente.

L'<<accesso alle reti>> per tutti i soggetti <<legittimati all'erogazione dei>> servizi pubblici locali rappresenta la garanzia posta a fronte della separazione di cui sopra e sarà importante soprattutto quando la erogazione dei servizi all'utente risulterà libera (cfr. art. 17 e segg. del d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164) e non rimessa ad un solo soggetto (come, per ora, prevede in linea generale il comma 5° dell'art. in rassegna).

Si segnala che sarà importante stabilire quali attività sono ricomprese nel concetto di <<gestione delle reti e degli impianti>> e quali invece in quello di <<erogazione>> dei servizi pubblici locali. Per "gestione della rete" non si può comunque intendere la mera amministrazione immobiliare del bene, ma invece una vera e propria attività tecnico-organizzativa.

4.4. Il nuovo comma 4° dell'art. 113 del t.u., prevede che, nei casi in cui, ai sensi del precedente comma 3°, si verificherà la separazione tra gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici, la gestione di reti, impianti e altre dotazioni viene organizzata dagli enti locali, <<anche in forma associata>> (consorzi volontari di funzioni, convenzioni, autorità di ambito territoriale ottimale), secondo due possibili alternative: - l'affidamento diretto a società di capitali maggioritariamente partecipata dagli enti locali; - l'affidamento, previa procedura selettiva ad evidenza pubblica, ad imprese idonee (terze rispetto all'ente locale, perché altrimenti ricadenti nella fattispecie di cui sopra).

Quando non si ha la separazione tra gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali, la prima attività - in quanto strumentale e propedeutica alla seconda - verrà svolta dallo stesso erogatore (in questo caso denominabile, con formula più ampia, "gestore del servizio pubblico locale"), come è sempre avvenuto sino ad oggi. In tali ipotesi, l'erogatore o gestore del servizio pubblico locale, se i beni sono di proprietà dell'ente locale (v. comma 2°), li riceverà in concessione d'uso al fine di poter espletare il servizio (cfr. art. 12 legge 5 gennaio 1994, n. 36).

Si rileva come l'art. 113, comma 4° nuovo testo del t.u. conserva l'unica ipotesi di forme di gestione diretta ammesse nel nuovo ordinamento dei servizi pubblici locali di rilevanza industriale. Infatti, quando l'attività di erogazione dei servizi sarà separata dall'attività di gestione delle reti, impianti ed altre dotazioni patrimoniali, quest'ultima attività di gestione potrà essere affidata direttamente a società di capitali costituite <<allo scopo>> e <<con la partecipazione maggioritaria degli enti locali>>.

Questa categoria di società corrisponde al precedente modello delle <<società a prevalente capitale pubblico locale>> di cui all'art. 22, comma 3°, lett. e) della legge n. 142 del 1990 e poi di cui all'art. 113 lett. e) del d.lgs. n. 267 del 2000.

4.5. Il nuovo comma 5° dell'art. 113 del t.u., introduce la novità più significativa della riforma: per l'erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza industriale non sono più ammesse le forme di gestione diretta originariamente disciplinate dal r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578 e poi riprese dalla legge n. 142 del 1990 e confermate nel d.lgs. n. 267 del 2000.

Infatti, il gestore del servizio pubblico locale di rilevanza industriale potrà essere individuato solo <<attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica>>.

Peraltro, la norma esprime situazioni differenziate. A seconda della disciplina di settore, si avrà il tipo di concorrenza che contraddistingue l'erogazione del servizio pubblico: minimale concorrenza per il mercato e cioè gara per l'individuazione dell'erogatore del servizio; più ampia

concorrenza per il mercato e cioè gara per l'individuazione di una pluralità di erogatori del servizio nell'ambito dello stesso territorio; libero svolgimento della attività di erogazione del servizio sulla base di una autorizzazione della pubblica amministrazione.

In ogni caso, la novità della norma consiste nel fatto che il soggetto erogatore del servizio può essere solo una <<società di capitali>>, da individuare necessariamente <<attraverso l'espletamento di gare>>, non essendo dunque ammesse ricerche di mercato o semplici trattative private.

Peraltro la norma prevede che il requisito soggettivo per svolgere il servizio pubblico (e dunque per poter partecipare alle gare di assegnazione) consista nel rivestire natura di <<società di capitali>>, mentre non si possono ritenere ammesse categorie quali le associazioni temporanee di impresa, i GEIE e le forme consimili.

E' innovativa anche la previsione in base alla quale all'erogatore del servizio pubblico è riconosciuta la <<titolarità del servizio>>, mentre - fino ad oggi - la titolarità era comunemente riconosciuta in capo all'ente locale [cfr. art. 133, lett. e) del t.u. vecchio testo]; si tratta di una statuizione che esprime altresì la chiara volontà di depubblicizzazione del settore.

4.6. Il nuovo comma 6° dell'art. 113 del t.u., riprende e sviluppa il divieto per gli affidatari diretti dei servizi pubblici locali di partecipare alle gare per l'individuazione dell'erogatore del servizio. Un siffatto divieto era già previsto, in particolare, dall'art. 14, comma 5° del d.lgs. n. 164 del 2000.

Peraltro, alle gare per l'erogazione del servizio non possono partecipare i soggetti che svolgono la gestione

delle reti e impianti, non solo se si tratta delle speciali società controllate dagli enti locali costituite allo scopo, ma anche se si tratta delle imprese idonee individuate mediante procedure ad evidenza pubblica. Si tratta di un elemento ulteriore dal quale emerge la volontà legislativa di pervenire ad una separazione tra momento della gestione delle reti ed impianti e momento di erogazione del servizio.

Se verrà attuata la separazione tra gestione delle reti ed erogazione del servizio (cfr. il precedente comma 3°), vi saranno due sistemi separati di selezione: le gare (eventuali) per l'individuazione del gestore di reti, impianti e altre dotazioni destinati alla produzione dei servizi pubblici locali; le gare per l'individuazione degli erogatori dei servizi (a queste ultime non potranno partecipare i gestori delle reti, ancorché selezionati con gara).

L'esclusione dalle gare per l'erogazione del servizio pubblico locale delle società che gestiscono servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto o di una procedura ad evidenza pubblica, ancorché a seguito di rinnovi, si estende <<alle società controllate o collegate, alle loro controllanti, nonché alle società controllate o collegate con queste ultime>>. La norma è dunque più rigorosa delle consimili previsioni di cui all'art. 14, comma 5° del d.lgs. n. 164 del 2000 e di cui all'art. 18, comma 2°, lett. a) del d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422.

4.7. Il nuovo comma 7° dell'art. 113 del t.u., stabilisce i principi sulla scorta dei quali saranno svolte le gare per l'erogazione dei servizi pubblici locali, ma anche le gare per l'individuazione del gestore di reti e impianti

(infatti il precedente comma 4°, lett. b, rinvia testualmente a questo comma 7°).

I principi circa lo svolgimento delle gare per i servizi pubblici locali di rilevanza industriale saranno attuati dal regolamento governativo di esecuzione ed attuazione e dalle disposizioni di settore.

Questi principi, anche in relazione a quanto detto circa i comma 3° e 4°, valgono per due tipi di gare: - quelle per l'individuazione dell'erogatore del servizio pubblico locale; - quelle per l'individuazione del gestore di reti, impianti e altre dotazioni per la produzione del servizio.

Fin tanto che la disciplina di settore non consentirà la separazione (tra gestore delle reti ed erogazione dei servizi) e dunque fin tanto che l'erogatore del servizio sarà anche il gestore della rete, gli elementi di gara riguarderanno entrambi i profili, del resto, unitariamente considerati in questo comma 7° (ancorché logicamente distinguibili e scomponibili se avranno luogo due distinte gare).

4.8. Il nuovo comma 8° dell'art. 113 del t.u., ammette la possibilità dell'individuazione dell'erogatore dei servizi pubblici locali con un'unica gara per una pluralità di servizi, ma esclude questa possibilità per i servizi di trasporto collettivo.

Altro profilo che si evince da questo comma riguarda la durata degli affidamenti dei servizi, che non viene considerata dall'articolo in commento, con conseguente rinvio alle discipline di settore. E' importante rilevare che il regolamento di esecuzione ed attuazione di questo art. 35 della legge finanziaria 2002 non potrà intervenire sul tema

della durata degli affidamenti (che è rimessa alle discipline di settore), ma esclusivamente sul profilo dell'esatta durata del periodo di transizione di cui al comma 2° dell'articolo in esame.

4.9. Il nuovo comma 9° dell'art. 113 del t.u., disciplina il subentro del nuovo gestore del servizio individuato a seguito delle gare sopra richiamate.

Qualora le reti e gli impianti fossero di proprietà di un gestore uscente e non dell'ente locale o delle speciali società di cui al comma 13°, a quest'ultimo è dovuto - da parte del nuovo gestore - un indennizzo che è calcolato con il criterio del costo storico residuo, non ancora ammortizzato; come ad esempio nell'art. 14, comma 8° del d.lgs. n. 164 del 2000 ed a differenza dunque del criterio del valore industriale residuo, degli impianti e reti, di cui all'art. 24 del r.d. n. 2578 del 1925 (ripreso anche dall'art. 15, comma 5° del d.lgs. n. 164 del 2000).

4.10. Come si è sopra illustrato, il nuovo art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000 non distingue più le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza industriale a seconda che tale affidamento avvenga a favore di soggetti di "proprietà" o controllati maggioritariamente dagli enti locali (aziende speciali, consorzi, società a prevalente capitale pubblico locale) ovvero a beneficio di soggetti privati. Infatti, il principio comune è che l'erogatore del servizio viene comunque scelto <<attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica>> (comma 5°).

Coerentemente, il nuovo comma 10° dell'art. 113 del t.u. pone il principio della parità di trattamento dei ge-

stori dei servizi pubblici anche per quanto concerne il regime tributario e delle contribuzioni o agevolazioni per la gestione del servizio.

4.11. Il nuovo comma 11° dell'art. 113 del t.u. prevede che i rapporti tra l'ente locale e, rispettivamente, le società di erogazione del servizio e di gestione delle reti e degli impianti sono regolati da contratti di servizio.

Si tratta di una norma che riprende, seppure in maniera più sintetica e meno dettagliata, quanto già previsto dal d.lgs. n. 164 del 2000 relativamente al servizio di distribuzione gas (art. 14, comma 1° e 3°) e dal d.lgs. n. 422 del 1997 (art. 19) con riferimento al servizio di trasporto pubblico locale.

I contratti di servizio devono essere allegati ai capitolati di gara: ciò è coerente con la circostanza che nei contratti di servizio devono essere stabiliti, tra l'altro, i <<livelli dei servizi da garantire>>.

4.12. Il nuovo comma 12° dell'art. 113 del t.u., disciplina la cessione di quote da parte dell'ente locale delle società, da esso partecipate, per l'erogazione dei servizi. Le fattispecie che si possono presentare appartengono, in realtà, a due possibili categorie: la cessione di quote di minoranza e la dismissione della maggioranza di quote ovvero dell'intero pacchetto. In questi secondi casi si applicherà il d.l. 31 maggio 1994, n. 332 convertito in legge 30 luglio 1994, n. 474.

Questo comma riguarda le società di erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza industriale e chiarisce la differenza tra esse e le società a controllo neces-

sario degli enti locali per la proprietà e possibile gestione di reti, impianti e altre dotazioni dedicate ai medesimi servizi (comma 13°) ovvero le società, sempre a controllo necessario degli enti locali, per la gestione dei servizi privi di rilevanza industriale (nuovo art. 113 bis t.u.). Nel caso della erogazione dei servizi industriali, a nulla, dunque, rileva la composizione azionaria del gestore; qualunque essa sia l'aspirante gestore dovrà essere selezionato con gara e le vicende del suo azionariato non avranno influenza sulla durata del rapporto.

Esaminando la norma alla luce della odierna situazione e dei rapporti di affidamento di cui sono oggi titolari società controllate maggioritariamente dagli enti locali, non si può negare che essa debba essere letta anzitutto in relazione alle disposizioni transitorie di cui all'art. 35, comma 2° e 3° della riforma. Pertanto, sembra necessario considerare che la mancanza di effetti sull'affidamento in essere si verifica nel limite e nell'ambito del periodo di transizione di cui ai commi da ultimo citati. Infatti, non si può dire che a questa conclusione si opponga il disposto dell'art. 35, comma 11° (il quale permette la deroga solo a quanto previsto dal comma 10° e 9° del medesimo).

4.13. Il nuovo comma 13° dell'art. 113 del t.u., prevede la speciale figura delle società controllate maggioritariamente dagli enti locali, alle quali gli enti locali stessi possono conferire la proprietà di reti ed impianti, la gestione degli stessi ed il compito di espletare le gare per l'individuazione dell'erogatore del servizio.

Di tali società si è già detto nel commento al comma 4°.

4.14. Il nuovo comma 14° dell'art. 113 del t.u., prevede che soggetti diversi dagli enti locali che siano proprietari di reti, impianti e altre dotazioni patrimoniali per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza industriale, possono essere autorizzati a gestire i servizi in discorso o loro segmenti.

In questo caso, dunque, il soggetto può procedere all'erogazione del servizio e alla contestuale gestione della rete a prescindere dall'espletamento delle gare previste dai precedenti commi 5° e 4°, lett. b) del nuovo art. 113 del t.u.

Peraltro, la norma è applicabile solo se:

- la proprietà delle reti, impianti e altre dotazioni patrimoniali è di soggetti diversi dagli enti locali (e, si deve ritenere, anche diversi dalle società dell'art. 113, comma 13° del t.u., posto che l'art. 113, comma 2° equipara la proprietà diretta degli enti locali a quella da essi detenuta tramite le predette società);

- le discipline di settore o le relative Autorità (da intendersi, verosimilmente, anche come Autorità istituite dalle leggi regionali) non escludano lo svolgimento delle attività di cui si tratta sulla scorta di semplice autorizzazione e, dunque, senza il previo svolgimento di apposita gara (l'esclusione può essere anche indiretta nel senso di necessaria conseguenza di una previsione di settore che imponga la separazione tra proprietà delle reti ed erogazione del servizio; in quest'ultimo caso, se il soggetto erogatore del servizio non può essere proprietario delle reti non può neppure ottenere l'autorizzazione ai sensi del comma 14° in esame);

- se sono rispettati gli *standard* previsti dall'art. 113, comma 7° de t.u. e praticate tariffe non superiori alla media regionale.

In ogni caso, la disposizione in esame contempla la stipula di un contratto di servizio che deve definire, <<tra l'altro, le misure di coordinamento con gli eventuali altri gestori>>.

4.15. Il nuovo comma 15° del t.u. esclude l'applicazione delle disposizioni dell'intero art. 113 all'ordinamento delle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e di Bolzano, se tali disposizioni sono incompatibili con i rispettivi statuti e norme di attuazione.

Si deve dunque ritenere che, ove rientri nella competenza legislativa esclusiva regionale o provinciale, l'assunzione diretta di servizi pubblici sia ancora praticabile in tale ordinamento speciale che la prevede. Dovranno comunque essere rispettati i principi dell'ordinamento comunitario in tema di c.d. delegazione interorganica (cfr. in proposito la sentenza della Corte di Giustizia CE 18 novembre 1999, in Causa C-107/98, p.to 50 delle considerazioni in diritto).

5. Il comma 2°, il comma 3° e il comma 4° dell'art. 35 in commento disciplinano il periodo di transizione dal vecchio al nuovo regime, con alcune significative novità rispetto alle scelte di cui all'articolo 15 del d.lgs. n. 164 del 2000 concernente il periodo di transizione per il settore del gas naturale.

Il significato (e la stessa necessità) di una disciplina del periodo "transitorio" o di "transizione" deriva

dalla regola generale che caratterizza il nuovo regime di individuazione dei gestori dei servizi pubblici locali di rilevanza industriale: gli stessi potranno essere scelti unicamente a seguito di <<gare con procedure di evidenza pubblica>>.

Si tratta di una regola generale, subito applicabile per i servizi pubblici di nuova attivazione o per i servizi da assegnare ad un nuovo gestore a seguito della intervenuta scadenza di un rapporto pregresso. Le uniche deroghe a questo principio sono rappresentate dal nuovo comma 14° dell'art. 113 del t.u. e dal comma 5° (nonché, per quanto di ragione, dal comma 6°) dell'art. 35 qui commentato.

Ovviamente, questo nuovo principio - valido per i nuovi rapporti da costituire - non si può imporre immediatamente alle situazioni sorte in base alla precedente disciplina normativa (legge n. 142 del 1990 e t.u. n. 2578 del 1925 e poi vecchio testo del d.lgs. n. 267 del 2000). Ecco dunque la necessità ed il significato del periodo transitorio che è finalizzato sia a salvaguardare i diritti quesiti (o, se si vuole, l'affidamento) dei soggetti che oggi espletano i servizi pubblici loro affidati o concessi dagli enti locali, sia a determinare un passaggio non troppo ritardato dal precedente al nuovo sistema di assegnazione dei servizi.

La misura individuata dal legislatore, per bilanciare le due differenti ed appena indicate esigenze, consiste nella determinazione normativa di termini di <<scadenza o anticipata cessazione dell[e] concession[i] rilasciat[e] con procedure diverse dall'evidenza pubblica>>.

5.1. Per comprendere esattamente la portata di questa previsione, occorre ricordare che la predetta nuova regola generale dell'obbligo di gara, per l'individuazione del ge-

store dei servizi pubblici locali nel nuovo contesto, si accompagna con il divieto di partecipazione alle gare (*rectius* "non ammissione" o "esclusione") per le <<società che, in Italia o all'estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, o a seguito dei relativi rinnovi; tale divieto si estende alle società controllate o collegate, alle loro controllanti, nonché alle società controllate o collegate con queste ultime. Sono parimenti esclusi i soggetti>> incaricati della gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni per la produzione dei servizi pubblici locali.

Il periodo di transizione, nel quale non vi è immediata caducazione dei rapporti in corso (e dunque non vi è immediato passaggio, in tutti i casi, al sistema delle gare) è - dunque - caratterizzato anche dalla previsione di una non immediata applicabilità della riportata disposizione di esclusione dalle gare per i gestori attuali incaricati dell'espletamento dei servizi pubblici senza procedure di evidenza pubblica; nel senso che questi ultimi, che potranno mantenere le gestioni in essere durante il periodo transitorio, potranno altresì - nei limiti di cui si dirà - partecipare alle nuove gare per l'assegnazione dei servizi pubblici di nuova attivazione o dei servizi per i quali si deve individuare un nuovo gestore a seguito dell'intervenuta scadenza del rapporto pregresso. La non immediata applicabilità della regola di esclusione dalle gare degli attuali assegnatari diretti di un servizio pubblico locale è, pertanto, una misura di bilanciamento rispetto alla previsione di anticipata cessazione dei rapporti in corso qualora non siano sorti in base a procedure di evidenza pubblica.

5.2. Dopo questo inquadramento e prima di fornire la lettura che appare preferibile a proposito dell'art. 35, comma 2° è opportuno riferire delle discipline transitorie quali previste dal d.lgs. n. 164 del 2000 e dal d.lgs. n. 422 del 1997.

Nel d.lgs. n. 164 del 2000 è previsto l'obbligo di gara per i servizi di distribuzione gas di nuova attivazione o per quelli da assegnare alla scadenza (eventualmente a seguito delle proroghe di cui all'art. 15, comma 7°) dei rapporti in corso alla data di entrata in vigore del d.lgs. e proseguiti nell'ambito del periodo transitorio. E' peraltro prevista l'immediata esclusione dalle gare delle <<società, delle loro controllate, controllanti o controllate da una medesima controllante, che, in Italia o in altri Paesi dell'Unione europea, gestiscono di fatto, o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto, servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica>>. Tuttavia, alle gare possono partecipare <<senza limitazioni>> i soggetti che, alla data di entrata in vigore del d.lgs., erano titolari di affidamenti o concessioni (assegnati senza gara) così come i soggetti derivanti dalla trasformazione societaria delle gestioni in economia o municipalizzate.

Nel d.lgs. n. 422 del 1997 e successive modificazioni, è parimenti stabilito l'obbligo di gare per i servizi di trasporto pubblico locale di nuova attivazione o da assegnare alla scadenza (eventualmente a seguito del mantenimento, non oltre al 31 dicembre 2003) dei rapporti in corso alla data di entrata in vigore del d.lgs. e mantenuti nel periodo transitorio. Anche qui è prevista l'immediata previsione della esclusione dalle gare per le <<società che, in Italia o all'estero, gestiscono servizi in affidamento

diretto o attraverso procedure non ad evidenza pubblica, e delle società dalle stesse controllate.>>. Peraltro, gli affidatari diretti possono partecipare <<alle gare che hanno per oggetto i servizi già espletati dai soggetti stessi>>.

Poste le differenti formulazioni impiegate nel d.lgs. n. 164 del 2000 e nel d.lgs. n. 422 del 1997, ci si deve chiedere se, in questo secondo caso, le <<gare che hanno ad oggetto servizi già espletati dai soggetti stessi>> sono solo le specifiche gare dei singoli esercizi ove già si trovano gli affidatari diretti ovvero sono tutte le gare che si svolgono o svolgeranno nel Paese per il trasporto pubblico locale, alle quali ultime potranno dunque partecipare gli operatori dello specifico settore che si stanno giovando del periodo transitorio (e cioè hanno attualmente il mantenimento negli esercizi per il limitato tempo di cui il periodo transitorio si compone).

Questa seconda appare la soluzione più logica e , peraltro, qualunque sia la risposta che si intende dare le procedure di gara cui sono ammessi anche gli attuali gestori, individuati senza procedure di evidenza pubblica, sono solo le prime che si celebreranno dopo l'entrata in vigore della riforma e durante il periodo transitorio, perché al momento della celebrazione delle successive gare gli affidatari o concessionari (già esercenti i servizi al momento della riforma e mantenuti per il periodo transitorio) avranno terminato il periodo di transizione, loro riconosciuto dal legislatore, e dunque non saranno più gestori in virtù di una eventuale assegnazione del servizio senza gara.

5.3. Tutto ciò premesso occorre precisare cosa si debba intendere nel sistema dell'art. 35 in commento per le

<<prime gare aventi per oggetto i servizi forniti dalle società partecipanti alla gara stessa>>. Si tratta, ragionevolmente, delle prime gare che si celebreranno dopo lo spirare del periodo di transizione come sopra indicato [<<a valere da tale data(e cioè quella di scadenza del periodo di transizione) ... salvo nei casi in cui si tratti dell'espletamento delle prime gare ...>>]; non si tratta invece delle prime gare subito dopo l'entrata in vigore di questo art. 35 perché in quest'ultima ipotesi il divieto di partecipare alle gare per gli assegnatari diretti di servizi pubblici locali non si applica ancora. Se questo è il significato da attribuire alla norma tali "prime gare" sono tutte le gare che si svolgeranno nel Paese per il servizio pubblico nel quale gli aspiranti gestori già operano indipendentemente dalla zona territoriale in cui ciò si verifica.

Questa ricostruzione trova conferma anche nell'ultima parte del comma 2° in rassegna: <<a far data dal termine di cui>> sopra e cioè a far data dalla scadenza del periodo di transizione, è <<comunque vietato alle società di capitali in cui la partecipazione pubblica è superiore al 50 per cento se ancora affidatarie dirette, di partecipare ad attività imprenditoriali al di fuori del proprio territorio>>. Dunque, per queste società, non opera la deroga dal divieto di partecipare alle gare stabilita dalla prima parte del comma 2° a proposito delle "prime gare" dopo il periodo di transizione tutte le volte in cui queste gare si riferiscono ad esercizi al di fuori del territorio degli enti locali azionisti.

Conclusivamente, le "prime gare" cui si riferisce la norma in generale sono tutte quelle che si possono svolgere sul territorio nazionale e la deroga vale per coloro che

sono già operatori nel settore del servizio pubblico che è oggetto della gara.

6. Il comma 5° dell'art. 35 in commento prevede, in via d'eccezione e per il solo settore del servizio idrico integrato, la possibilità di procedere - da parte delle autorità competenti in base alla legge statale e regionale - anche a nuovi affidamenti in via diretta a società interamente partecipate dagli enti locali, seppure per una durata di affidamento circoscritta nel tempo e con l'obbligo di procedere, entro due anni dall'affidamento, all'apertura del capitale a soggetti privati (utilizzando procedure ad evidenza pubblica) almeno per una quota del 40%.

Come si è visto, la società deve essere - nella fase iniziale - partecipata <<unicamente da enti locali che fanno parte dello stesso ambito territoriale ottimale>>. Questa prescrizione è dovuta al fatto che tale soluzione organizzativa è ammessa in <<alternativa a quanto previsto dal comma 5 dell'articolo 113 del testo unico>> e cioè come deroga alla regola di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza industriale solo in base a gara con procedura di evidenza pubblica, per modo che non sarebbe giustificato garantire l'immediato accesso di soggetti privati a nuovi affidamenti con percorsi differenti da quello della gara di cui sopra.

La necessità che gli enti locali interessati facciano parte dell'ambito territoriale per il quale si deve procedere all'affidamento del servizio discende dal fatto che l'affidamento diretto risulta - in linea di principio - giustificato solo nei confronti di forme organizzative c.d. di assunzione diretta e cioè controllate proprio dagli enti locali i cui servizi pubblici devono essere gestiti in tale

modo (se la partecipazione è, invece, di enti locali estranei all'ambito territoriale ottimale di riferimento, la società si dovrebbe considerare alla stregua di qualsivoglia soggetto terzo perché manca l'elemento dell'essere la società diretta espressione degli enti locali interessati).

7. Il comma 6° dell'art. 35 si riferisce parimenti ai settori per i quali è prevista <<la gestione associata del servizio per ambiti territoriali di dimensione sovracomunale>>. Dunque, esso riguarda anzitutto il servizio idrico integrato (già considerato nel comma 5° di cui sopra), ma potrà riguardare pure il servizio di gestione dei rifiuti urbani ed assimilati.

La norma considera esclusivamente i Comuni <<di dimensione demografica inferiore a 5.000 abitanti>>. Essa sembra consentire - limitatamente al periodo transitorio - l'estensione al territorio di questi Comuni dello svolgimento del servizio idrico e del servizio di gestione dei rifiuti da parte dei gestori individuati dalle competenti Autorità di ambito, anche nel caso in cui i Comuni in discorso non partecipino al capitale del sopra ricordato gestore o non dispongano - come richiesto dalla giurisprudenza - di "mezzi idonei" al controllo della società.

In buona sostanza, i contratti di servizio aggiuntivi sono finalizzati a sopperire alla mancanza, da parte dei Comuni di minori dimensioni, di un possibile controllo interno in forza della partecipazione azionaria.

In generale, si può aggiungere che la disposizione ora in rassegna è finalizzata al superamento delle gestioni in economia e della frammentazione gestionale attraverso l'individuazione di un gestore di ambito che possa estende-

re la propria attività anche nei Comuni di minori dimensioni.

8. Il comma 7° dell'art. 35 disciplina il tema della devoluzione degli impianti al termine del rapporto di concessione del servizio pubblico locale per scadenza del periodo di transizione di cui al precedente comma 2°. Non è chiaro il significato da attribuire alla locuzione secondo la quale i concessionari cessanti <<reintegrano gli enti locali nel possesso delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni utilizzati per la gestione dei servizi>>; non è chiaro cioè se si tratta di un vero e proprio trasferimento di proprietà a vantaggio degli enti locali ovvero di una più semplice messa a disposizione degli impianti affinché a mezzo di essi siano svolti i servizi pubblici locali.

In ogni caso, al gestore uscente è dovuto, dal gestore subentrante, un indennizzo da calcolarsi con riferimento al valore dei beni non ancora ammortizzati.

9. Con il comma 8° dell'art. 35 il legislatore ha disposto l'obbligatoria trasformazione in società di capitali delle aziende speciali e dei consorzi che gestiscono i servizi pubblici locali di rilevanza industriale.

Circa la procedura di trasformazione, la norma rimanda all'art. 115 del d.lgs. n. 267 del 2000, in parte modificato dal comma 12°, lett. d) dell'art. 35 in commento.

In particolare, l'art. 35, comma 12°, lett. d) introduce un nuovo comma 7 *bis* nell'art. 115 del d.lgs. n. 267 del 2000, prevedendo espressamente che la disciplina di trasformazione ivi contemplata (letteralmente riferita alle sole aziende speciale) si applica anche <<alla trasforma-

zione dei consorzi, intendendosi sostituita al Consiglio comunale l'assemblea consortile>>.

10. Il comma 9° dell'art. 35 impone agli enti locali che detengono la maggioranza del capitale di società per la gestione di servizi pubblici locali, le quali annoverano nel proprio patrimonio reti, impianti ed altre dotazioni destinate ai servizi, di procedere allo <<scorporo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni>> <<anche in deroga alle disposizioni delle discipline settoriali>>.

L'esito di siffatto scorporo imposto dal legislatore è la "collocazione" (conferimento, ma - più verosimilmente - scissione etc.) delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni ovvero dell'intero ramo d'azienda, costituito da dette reti ed impianti, alle speciali società di cui al nuovo art. 113, comma 13° del t.u.

11. Ai sensi del comma 10° dell'art. 35 la cessione di quote tanto di minoranza che di controllo ovvero la dismissione in senso proprio delle partecipazioni degli enti locali nelle società a prevalente capitale pubblico locale erogatrici di servizi si possono attuare solamente dopo la conclusione delle operazioni di separazione di cui al comma 9° che precede.

12. Significativo risulta il comma 11° dell'art. 35. Qualora le società degli enti locali siano quotate in borsa ovvero questi ultimi abbiano già deliberato, alla data di entrata in vigore della legge, di avviare il procedimento di quotazione in borsa (e purché esso venga concluso entro il 31 dicembre 2003), il legislatore deroga all'obbligo di scorporo delle reti, impianti ed altre dotazioni destinati

all'erogazione del servizio (obbligo, altrimenti, stabilito dai comma 9° e 10° di cui sopra).

13. Nel comma 12° dell'art. 35 vengono introdotte ulteriori modificazioni al testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali di cui al d.lgs. n. 267 del 2000.

Queste modificazioni sono eminentemente finalizzate a far venire meno come figura generale la <<assunzione diretta>> dei servizi pubblici locali; Infatti, l'affidamento diretto a società con partecipazione qualificata degli enti locali è ipotesi ora circoscritta alla gestione delle reti per i servizi di rilevanza industriale ovvero all'espletamento dei servizi pubblici locali privi di tale rilevanza industriale.

Altro dato che questa ulteriore modifiche al testo unico fanno venire meno riguarda il superamento della possibile "riserva" o "privativa" degli enti locali per determinati servizi pubblici stabiliti dalla legge (l'art. 112, comma 2° del t.u. è ora abrogato)

14. Con il comma 13° dell'art. 35 vengono abrogate le norme che disciplinavano i contenuti e le procedure delle concessioni di servizi pubblici locali e che ammettevano - al riguardo - anche la trattativa privata alla ricorrenza di <<circostanze speciali>>. Del resto, la materia trattata da tali artt. 265 - 267 del r.d. 14 settembre 1931, n. 1175 trova ora disciplina nel nuovo art. 113 del t.u. ai commi 5° e segg. nonché 11°.

15. In base al comma 14° dell'art. 35 gli enti locali, anche in forma associata, e dunque anche attraverso le

forme di cooperazione per l'esercizio unitario delle funzioni, svolgono un ruolo di tipo regolatorio nei confronti dei gestori dei servizi pubblici locali. Viene menzionata solo la potestà di determinare *standard* di qualità e di esercitare la vigilanza e il controllo nei confronti dei predetti gestori; non viene menzionata la programmazione del servizio o gli indirizzi riguardo ad esso (ciò appare correlato alla scelta del legislatore di attribuire la "titolarità" del servizio pubblico locale al gestore del medesimo).

16. Il comma 15° dell'art. 35 introduce l'art. 113 *bis* nel t.u. sugli enti locali. Quest'ultima norma riguarda la gestione dei servizi pubblici locali senza rilevanza industriale e riprende con lievi aggiornamenti l'impianto dell'art. 22 della legge n. 142 del 1990 poi trasfuso nel vecchio art. 113 del t.u.

17. In base al comma 16° dell'art. 35 le norme necessarie per l'esecuzione e l'attuazione delle nuove disposizioni di legge saranno emanate con regolamento governativo da adottare <<sentite le Autorità indipendenti di settore e la Conferenza unificata>> (cioè la Conferenza Stato-Regioni e Stato-Città e autonomie locali). La clausola procedimentale circa il procedimento di formazione del regolamento di cui trattasi risulta, in tutta evidenza, motivata a causa del forte intreccio di competenze che si riscontra nella materia dei servizi pubblici locali che il legislatore statale ha inteso ridisciplinare.

Il regolamento governativo di cui trattasi dovrà necessariamente individuare quali siano i servizi pubblici locali di rilevanza industriale nonché indicare con preci-

sione i termini del periodo di transizione di cui all'art. 35, comma 2° di cui sopra si è detto.

Allegato alla relazione: commento all'art. 23 del testo originario del disegno di legge finanziaria per il 2002(*)

() Per completezza di trattazione, in fondo a questo elaborato viene riprodotto il testo originario del progetto di norma in commento.*

1. Il progetto di articolo si componeva di quattro commi e presentava contenuti assai più ampi rispetto a quanto poteva far presupporre il titolo dell'articolo stesso, che era rubricato <<Scissione tra proprietà e gestione delle reti di servizi pubblici locali>>. Inoltre, come si vedrà, il titolo - impostato come sintesi di una previsione imperativa - non corrispondeva all'effettivo contenuto delle norme perché la predetta "scissione" non era, in realtà, prevista come obbligatoria.

L'interpretazione delle varie disposizioni era obiettivamente resa assai difficile dal carattere notevolmente atecnico delle formulazioni utilizzate. Si può, anzi, notare che tali atecniche formulazioni inducevano alla cautela in sede di interpretazione, nel senso che, pur essendo solo una l'interpretazione più ragionevole (quella che sarà qui di seguito illustrata), si poteva chiaramente prevedere che sarebbero state varie le interpretazioni in concreto propuginate.

2. Si deve preliminarmente sottolineare che la struttura del progetto di articolo risultava composta da tre parti:

il comma 1° di intera sostituzione dell'art. 113 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267;

i commi 2° e 3° recanti norme a sé stanti, applicabili a tutta la materia dei servizi pubblici (ed anzitutto ai profili disciplinati dall'art. 23 in commento), e formalmente non detta-

te a modifica o integrazione di norme vigenti ma, in realtà, aventi tale effetto;

il comma 4° di rinvio ad un regolamento governativo c.d. di delegificazione (ex art. 17, comma 2° della legge 23 agosto 1988, n. 400) per le disposizioni necessarie all'esecuzione e attuazione dell'intero articolo.

Come si vedrà, questa particolare struttura dell'articolo di disegno di legge aveva significative conseguenze per quanto concerne la relativa interpretazione (ci si riferisce, in particolare, a quanto disposto nel comma 2°).

3. Il comma 1° del progetto di articolo in esame procedeva alla intera sostituzione del vigente art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000 sull'ordinamento degli enti locali (d'ora in avanti "t.u."), che - nel testo previgente - riguardava le varie forme di gestione dei servizi pubblici locali.

A differenza del disegno di legge n. 7042-AC-XIII legisl., che, sul punto, seguiva l'impostazione del decreto Burlando sui trasporti di linea (d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422 e d.lgs. 29 settembre 1999, n. 400) e del decreto Letta sul gas (d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164), la nuova proposta di norma - se esaminata attentamente - non avrebbe avuto l'effetto di ridurre ad una sola le forme di gestione dei servizi pubblici locali a carattere economico ed imprenditoriale.

Infatti, mentre il d.d.l. n. 7042 esplicitava chiaramente che i servizi di erogazione di energia, di distribuzione di gas naturale, di gestione del ciclo dell'acqua, di gestione dei rifiuti e di trasporto collettivo di linea sarebbero stati affidati <<esclusivamente in base a gara>>, la proposta di norma qui esaminata prevedeva che per i <<servizi pubblici locali di rilevanza imprenditoriale>> la <<erogazione del servizio può essere assicurata da società di capitali regolate dal codice civile, individuate attraverso gare pubbliche per l'affidamento del servizio stesso>> (nuovo testo proposto, comma 4° dell'art. ult. cit.). Il dato letterale risulta, pertanto, nel senso che

l'affidamento mediante gara a società di capitali regolate dal codice civile avrebbe rappresentato una possibilità e non una necessità.

Questa lettura risultava confermata dal fatto che, a differenza della versione del 27 settembre 2001, che ha preceduto la formulazione della proposta dell'articolo di riforma in esame, non venivano più disposte abrogazioni delle norme del t.u. concernenti le aziende speciali (art. 114). Inoltre, sarebbe rimasto pur sempre in vigore l'art. 116 del t.u. concernente le società per azioni con partecipazione "qualificata" degli enti locali (fattispecie normativa che è disciplinata, nei suoi aspetti di dettaglio, dal d.P.R. 16 settembre 1996, n. 533 tutt'ora vigente in base al comma 2° dell'art. ult. cit.).

Peraltro, il quadro che sarebbe risultato dall'approvazione dell'art. 23, comma 1°, del d.d.l.f. (di modifica integrale all'art. 113 del t.u.) sarebbe stato ulteriormente complicato dalla sopravveniente mancanza di indicazioni legislative, seppure generali, circa l'impiego di una o altra forma di gestione dei servizi pubblici locali. Infatti, nel previgente art. 113 si indicavano i presupposti che dovevano ricorrere per l'impiego o per preferire una determinata forma di gestione: nel caso della <<concessione a terzi>> la sussistenza di <<ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale>>, nel caso della società a prevalente capitale pubblico locale l'opportunità del relativo impiego <<in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio>> per <<la partecipazione di più soggetti pubblici o privati>>. L'eliminazione della indicazione legislativa dei presupposti, per orientare la scelta tra le varie forme di gestione nei casi di specie, avrebbe complicato di certo il processo ponderativo di organizzazione dei servizi pubblici locali e aumentato il contenzioso.

3.1. Preliminarmente si deve anche rilevare che l'art. 23 del d.d.l.f. non aveva alcun effetto innovativo relativamente al settore dell'energia elettrica, che è compiutamente disciplinato

dal d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 (c.d. Bersani) e che non riguarda più servizi pubblici locali neppure nei casi in cui la distribuzione di energia elettrica sia svolta da società partecipate dagli enti locali (infatti, la riforma di cui al d.lgs. n. 79 del 1999 ha definitivamente sancito il carattere "statale" del servizio elettrico da qualunque soggetto esso sia svolto: cfr. l'art. 9 del d.lgs.).

4. Dopo queste notazioni di inquadramento si può passare ad un'analisi delle varie disposizioni partitamente considerate.

4.1. Il comma 1° del progetto di nuovo art. 113 del t.u. manteneva la distinzione tra servizi pubblici di rilevanza imprenditoriale e servizi sociali e come tale risultava privo di un contenuto veramente innovativo.

4.2. Il comma 2° del progetto di nuovo art. 113 del t.u. stabiliva che l'ente locale <<titolare della funzione>> di <<organizzazione del servizio>> pubblico poteva attuare la separazione tra reti e gestione del servizio.

Il generico riferimento all'ente locale titolare della funzione rendeva la norma applicabile non solo a Comuni e Province ma anche alle Comunità montane o ad altre forme aggregative cui gli enti locali avessero volontariamente delegato la funzione di organizzazione dei servizi pubblici ed altresì alle forme di cooperazione obbligatoria, previste dalle vigenti leggi di settore per l'organizzazione sovracomunale dei servizi pubblici locali (esempio, Agenzie o Autorità di ambito di cui alle leggi regionali attuative della legge 5 gennaio 1994, n. 36 e di cui all'art. 23 del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22).

Nella proposta di norma qui commentata la separazione tra reti e gestione del servizio era regolata in modo da identificarla come una scelta discrezionale, rimessa all'autonomia degli enti locali, che erano semplicemente facoltizzati a procedere in tale senso.

Il d.d.l.f. non determinava quindi alcuna necessità di un proprietà pubblica delle reti e neppure alcun divieto di essere contestualmente proprietari delle reti ed esercenti il servizio pubblico. Del resto neppure il d.d.l. n. 7042-AC-XIII legisl. - se attentamente esaminato - disponeva nel senso di una necessaria proprietà pubblica delle reti.

Piuttosto, la novità della proposta di norma qui considerata poteva - a prima vista - consistere nel fatto che, in base al dato letterale del nuovo comma 2°, si configurava una proprietà e gestione congiunte di reti e infrastrutture, per modo che non sembravano potervi essere tre soggetti in campo e cioè un proprietario delle reti (esempio, l'ente locale), un gestore delle medesime ed un gestore del servizio pubblico; proprietà e gestione delle reti parevano - in base al testo del comma 2° - dover essere poste in capo al medesimo soggetto. Ma, invece, il seguente comma 3° smentiva questo necessario cumulo di situazioni.

4.3. Circa le modalità per attuare la predetta separazione <<tra la proprietà e gestione di reti e infrastrutture e l'erogazione del servizio>>, il comma 3° del progetto di nuovo art. 113 del t.u. riprendeva la distinzione tra forme di gestione diretta e forme di affidamento a terzi anche a proposito della gestione di reti e infrastrutture.

In questo modo, potendo affidare la gestione delle reti a soggetti non espressione dell'ente locale, la norma finiva per ammettere che vi potesse essere una proprietà pubblica delle reti separata dalla gestione delle medesime e non solo dalla gestione del servizio (questo sarebbe potuto avvenire in tutti i casi in cui le reti e infrastrutture avessero natura di beni demaniali o patrimoniali indisponibili).

Pertanto, potevano verificarsi le seguenti varie situazioni:

- proprietà e gestione delle reti direttamente da parte dell'ente locale (in economia) e separata gestione del servizio da parte di altro soggetto;
- proprietà delle reti e gestione delle stesse in capo al medesimo soggetto che gestisce il servizio;
- proprietà delle reti dell'ente locale, gestione delle reti stesse da parte di aziende speciali ovvero di società consortili partecipate da soli enti pubblici e separata gestione del servizio da parte di altro soggetto (questa fattispecie rispondeva - in realtà - ad una scelta restrittiva perché se l'ente locale voleva fare gestire le reti da un soggetto di propria espressione, in base a questo nuovo comma 3° non poteva ricorrere al modello della società di capitali ordinaria neppure se interamente partecipata da enti pubblici);
- proprietà delle reti in capo all'ente locale, gestione delle stesse a mezzo di un soggetto idoneo (privato) <<da individuarsi mediante procedure ad evidenza pubblica>> e gestione separata del servizio da parte di altro soggetto;
- proprietà (con verosimile devoluzione a termine all'ente locale) delle reti e gestione delle stesse affidate dall'ente locale ad un soggetto idoneo (privato), mediante le predette procedure di gara, e gestione separata del servizio da parte di altro soggetto (questa fattispecie di gestione delle reti corrispondeva sostanzialmente alla figura della concessione di costruzione e gestione di opere pubbliche e si giustificava per il fatto che il soggetto idoneo era scelto con procedure di gara).

4.4. Il comma 4° del progetto di nuovo art. 113 del t.u. conteneva la disposizione di riforma più innovativa.

L'innovazione non consisteva nella tassativa indicazione di una sola forma di gestione del servizio pubblico locale, perché la norma stabiliva che il servizio <<può essere>> affidato a <<società di capitali regolate dal codice civile, individuate attraverso gare pubbliche>>.

Pertanto, risultavano possibili anche altre forme di gestione tra quelle rinvenibili nell'ordinamento degli enti locali (e cioè le forme corrispondenti ai non abrogati art. 114, 115 e 116 del t.u.: aziende speciali e consorzi di cui all'art. 31 del t.u.; società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, società per azioni con partecipazione minoritaria di enti locali).

Questa possibile pluralità di ipotesi poteva essere confermata anche sulla scorta del semplice riferimento del comma 4° in esame a <<società di capitali regolate dal codice civile>>, per modo che queste ultime potevano dirsi non coincidenti con le società a necessario prevalente capitale pubblico (per consentire l'affidamento diretto) e con le speciali società di cui al d.P.R. n. 533 del 1996.

Il comma 4° in esame (così come le altre disposizioni dell'art. 23 del disegno di legge finanziaria) non affrontava - poi - il tema delle procedure da seguire per la scelta dei soci privati in una società partecipata dagli enti locali. Questa problematica doveva, pertanto, essere trattata sulla scorta dei principi generali elaborati anche dalla giurisprudenza (per la società a prevalente capitale pubblico locale), delle disposizioni di cui all'art. 116 del t.u. (per le società con partecipazione minoritaria degli enti locali) e di cui all'art. 120 del medesimo t.u. (per le società di trasformazione urbana).

La novità del d.d.l. in esame consisteva invece nel divieto generale e senza eccezioni di partecipare alle nuove gare per l'affidamento di servizi pubblici locali (salvo quanto si dirà nel commento al successivo comma 6°) posto a tutte le società, loro controllate o collegate, loro controllanti nonché controllate o collegate dalla/alla medesima controllante che gestiscano <<a qualunque titolo, servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica>>.

Questo divieto generale ed ampissimo di prendere parte a gare per l'affidamento dei servizi pubblici locali, che colpiva gli operatori, i quali stavano svolgendo servizi in vir-

tù di assegnazioni dirette (ottenute senza procedure ad evidenza pubblica), determinava il sorgere di due comparti nella materia dei servizi pubblici locali.

Il primo era costituito da tutti gli operatori esistenti che erano divenuti concessionari o affidatari al di fuori di procedure di gara: se privati, essi avrebbero potuto continuare ad operare negli esercizi loro assegnati senza però poter partecipare a gare per affidamenti al di fuori di tali esercizi (salve le eccezioni del comma 7° del nuovo art. 113 del t.u.); se pubblici (aziende speciali, società a partecipazione pubblica locale) sarebbero stati anzitutto posti nella medesima condizione degli altri ma avrebbero potuto altresì estendere il loro raggio di azione in base all'eccezione di cui al comma 6° del nuovo art. 113 del t.u. nei Comuni limitrofi agli esercizi già serviti, perché - essendo mantenuta ferma la categoria delle forme di gestione diretta - un consorzio o una società partecipata dagli enti locali poteva ampliare il novero dei propri soci, che avevano il potere di affidare ad essi direttamente il servizio, in quanto non si trattava di soggetti terzi ma di soggetti espressione degli enti locali interessati (avrebbe dovuto comunque esistere, attraverso "mezzi idonei", un reale controllo congiunto degli enti locali).

Il secondo comparto era poi rappresentato dai nuovi operatori (imprese non controllate, né controllanti o collegate con imprese del primo comparto) che si sarebbero contesi gli affidamenti dei servizi pubblici locali da assegnare con gara in un mercato aperto. Questa seconda situazione risultava talora necessaria, nel senso che sarebbe stata l'unica a potersi verificare nei settori per i quali il legislatore aveva già posto un obbligo generale di gara per i nuovi affidamenti (d.lgs. n. 164 del 2000 per la distribuzione di gas naturale; d.lgs. n. 422 del 1997 sui trasporti di linea).

La sopradescritta ricostruzione circa la possibilità per gli operatori attuali (ancorchè divenuti tali senza assegnazione conseguente a gara) di permanere nell'esercizio gestito trovava

conferma, oltre che nel comma 2° dell'art. 23 del d.d.l.f. (v. avanti nel paragrafo 6.), nella circostanza che il progetto di riforma in esame non conteneva una norma generale di interruzione anticipata dei rapporti di concessione e affidamento in corso, quale - invece - era rinvenibile nel d.d.l. n. 7042-AC-XIII legisl. (ove si prevedeva imperativamente un periodo transitorio di breve durata, con alcune limitate possibilità di incremento, decorso il quale si sarebbe avuta una piena apertura del mercato con obbligo di procedere comunque a gare per gli affidamenti).

Tornando all'analisi dettagliata del comma 6° in commento, si deve notare che questa previsione non conteneva deroghe (salvo quanto si dirà nel commento al successivo comma 6°) neppure per i soggetti titolari di concessioni o di affidamenti assegnati direttamente (senza gara) prima dell'entrata in vigore della norma preclusiva. Una deroga in questo senso si rinveniva - invece - nell'art. 15, comma 10° del d.lgs. n. 164 del 2000 ma, nonostante il carattere speciale di tale d.lgs., quest'ultima norma derogatoria avrebbe dovuto considerarsi abrogata dall'eventuale entrata in vigore della nuova norma per il carattere ampio e perentorio di essa, formulata come era senza (lo si sottolinea) alcuna salvaguardia o rinvio a disposizioni preventive o settoriali (richiami contenuti nei soli 5° e 6° comma e non nel comma 4° qui in esame).

Le uniche attenuazioni alla disposizione preclusiva ora considerata si rinvencono nel successivo comma 6°, che richiede un'analisi dettagliata (v. più avanti) e nel seguente comma 7° (<<Le disposizioni del presente articolo non si applicano ai comuni con popolazioni inferiori ai 5000 abitanti>>). Pertanto, agli affidamenti presso i Comuni di minore dimensione avrebbero potuto concorrere anche concessionari o affidatari che stavano gestendo servizi pubblici locali in virtù di assegnazione diretta.

4.5. Il comma 5° del progetto di nuovo art. 113 del t.u. aveva l'effetto di ribadire la centralità delle competenze dell'organo consiliare degli enti locali.

Peraltro, nelle fattispecie considerate da questo comma erano fatte salve le previgenti disposizioni di settore. Il riferimento era soprattutto all'art. 14, comma 1° del d.lgs. n. 164 del 2000 (contratto tipo per il servizio di distribuzione del gas naturale predisposto dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas ed approvato dal Ministero delle attività produttive) ed all'art. 11 della legge n. 36 del 1994 (convenzione tipo e relativo disciplinare adottati dalle Regioni per regolare i rapporti tra enti locali e soggetti gestori del servizio idrico integrato).

4.6. Il comma 6° del progetto di nuovo art. 113 del t.u. considerava l'ipotesi delle dismissioni di partecipazione di controllo degli enti locali nelle società a prevalente capitale pubblico locale, e incentivava tali operazioni con norme che stabilivano un regime privilegiato applicabile alle società per le quali fossero state effettuate tali dismissioni.

La norma non indicava limiti percentuali alla cessione della partecipazione di controllo, per modo che la dismissione poteva essere totale ovvero nella misura necessaria a far sì che l'ente locale non controllasse più la società.

I destinatari della cessione delle partecipazioni di controllo non erano identificati nei soli soggetti privati. Esisteva pertanto una differenza rispetto al disposto dell'art. 15, comma 4° del d.lgs. n. 164 del 2000 - applicabile al particolare settore del gas - ove compare uno specifico richiamo al fatto che la perdita del controllo, da parte dell'ente locale, deve tradursi in una privatizzazione come sostanziale e non meramente formale («Con riferimento al servizio di distribuzione del gas, l'affidamento diretto a società controllate dall'ente titolare del servizio prosegue per i periodi indicati ai commi 5 e 6, an-

che nel caso in cui l'ente locale, per effetto di operazioni di privatizzazione, abbia perduto il controllo della società>>).

Pertanto, si poteva ritenere, che nell'applicazione della norma qui esaminata, la cessione della partecipazione di controllo da parte dell'ente locale (anche per poter fruire dei benefici indicati nella norma stessa e che saranno tra breve illustrati) avrebbe potuto essere effettuata pure in favore di altre società controllate da altri enti locali ovvero da enti pubblici in genere.

L'incentivazione "reale" alla cessione delle partecipazioni di controllo nelle società a prevalente capitale pubblico locale riguardava due profili di grande rilevanza e per uno dei quali queste società sono poste in una condizione di favore anche rispetto ai normali imprenditori privati.

Anzitutto, la <<cessione non comporta effetti sulla durata delle concessioni e degli affidamenti in essere >>, che - pertanto - sarebbero proseguite fino alla scadenza stabilita con le originarie delibere e nei limiti delle durate previste dalla legislazione vigente (legge 14 novembre 1995, n. 481 per quanto attiene alla distribuzione del gas; legge n. 36 del 1994 e conseguenti leggi regionali per quanto attiene al servizio idrico integrato). Se non fosse stata introdotta questa nuova norma che determinava la "indifferenza" della perdita del controllo da parte dell'ente locale, la società già a prevalente capitale pubblico - al verificarsi della dismissione - si sarebbe dovuta altrimenti intendere decaduta dall'affidamento in quanto non avente più i caratteri di una forma di gestione diretta.

La seconda previsione agevolatrice delle dismissioni in discorso consisteva nella rimozione di due limiti: il divieto di attività extraterritoriale che la giurisprudenza aveva ravvisato per le società a prevalente capitale pubblico locale ed il divieto, creato dalla riforma qui in commento, per tutte le imprese che gestiscono servizi pubblici locali ottenuti con affidamento diretto di partecipare a gare per nuovi affidamenti.

Infatti, a seguito della cessione da parte dell'ente locale della <<propria partecipazione di controllo>> la società avrebbe potuto genericamente intraprendere e svolgere <<attività imprenditoriali al di fuori del relativo ambito territoriale>>.

Inoltre, le società per le quali fossero state effettuate le dismissioni in discorso (e a far data da quel momento) avrebbero potuto partecipare alla gare per nuovi affidamenti di servizi pubblici locali <<anche in deroga al divieto di cui al precedente comma 4>>. Pertanto, veniva dettata per queste società una norma di favore che non era invece riconosciuta in generale né alle società che rimanevano a prevalente capitale pubblico locale né ai normali concessionari privati che stavano operando in virtù di affidamenti diretti. Riguardo a questa deroga, si deve aggiuntivamente notare che le società interessate dalla dismissione, decisa dagli enti locali, avrebbero potuto partecipare a gare, per l'affidamento dei servizi pubblici locali, anche se le società medesime fossero divenute controllate di società che, ai sensi del precedente comma 4°, non avrebbero potuto partecipare alle gare stesse; infatti la deroga disposta dal presente comma 6° appariva ampia e non condizionata (<<...anche in deroga al divieto di cui al precedente comma 4...>>).

Il medesimo comma 6° in esame prevedeva le modalità per la devoluzione degli impianti delle società interessate dalle dismissioni azionarie al termine del periodo di affidamento. Si contempla il necessario trasferimento al nuovo gestore delle <<dotazioni patrimoniali>> dietro <<indennizzo>> da calcolarsi come pari al valore contabile risultante dal bilancio approvato dell'esercizio in corso al termine della concessione.

La misura dell'indennizzo per la devoluzione degli impianti al termine della concessione era pertanto ridotta rispetto a quanto si può prospettare applicando l'art. 24 del r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578 che si riferisce al valore industriale residuo e non già al semplice valore contabile.

Il comma 6° si chiudeva con la previsione che <<Restano ferme le disposizioni previste per i singoli settori>>.

Peraltro, lo spirito della norma (soprattutto in considerazione di quanto prevede il comma 2° dell'art. 23 in commento, v. avanti) non poteva essere inteso nel senso di impedire oltremodo l'applicazione del trattamento di favore per le dismissioni. Pertanto, la durata delle concessioni e degli affidamenti sarebbe proseguita fino alla naturale scadenza (anche perché ciò è affermato dall'appena citato comma 2° dell'art. 23) e non sarebbe stata invece interrotta anticipatamente *ex lege*, come pretendeva di fare l'art. 15, comma 5° del d.lgs. n. 164 del 2000 per il settore del gas ovvero qualche legge regionale (esempio, Emilia-Romagna 6 settembre 1999, n. 25) a proposito del servizio idrico integrato.

Invero, la misura dell'indennizzo da corrispondere alla società interessata dalle dismissioni quando fosse stata gestore uscente al termine del naturale periodo di affidamento risultava giocoforza quella del comma 6° qui in commento, perché l'indennizzo di misura maggiore (valore industriale residuo e non semplice valore contabile degli impianti) si giustificava solo a fronte di una interruzione anticipata del rapporto, disposta autoritativamente dalla legge.

Pertanto, la clausola di salvaguardia delle disposizioni di settore vigenti si poteva riferire ad altri profili ma non a quelli di cui ci si è ora riferiti.

Un primo effetto di salvaguardia (<<Restano ferme...>>) poteva riguardare la previsione di cui all'art. 15, comma 10° del d.lgs. n. 164 del 2000, in forza della quale tutti i soggetti pubblici o privati titolari di concessioni e affidamenti (ancorché ottenuti senza gara) - in essere alla data di entrata in vigore del d.lgs. medesimo - possono partecipare alle gare per l'assegnazione del servizio pubblico di distribuzione gas <<senza limitazioni>>. Ma si deve avvertire che la lettura appena indicata non è sostenuta da solidi argomenti sistematici perché, come già detto sopra, il comma 4° (ove si poneva il divieto di

partecipare alle gare a danno degli attuali concessionari o affidatari investiti di tale compito senza gara) non precisava che restavano ferme le disposizioni vigenti per i singoli settori.

L'altro effetto di conservazione delle disposizioni di settore (questa volta restrittivo, ma ragionevole e perciò tale da imporsi) riguardava la necessità "sostanziale" dettata dall'art. 15, comma 4° del d.lgs. n. 164 del 2000. Nel settore del gas le dismissioni che possono consentire il godimento delle incentivazioni "reali" appaiono essere solamente quelle che si traducano in vere <<operazioni di privatizzazione>> e cioè di cessione a soggetti privati, espressamente indicate nel predetto art. 15, comma 4°.

4.7. Il comma 7° del progetto di nuovo art. 113 del t.u. lasciava fuori dalla riforma i Comuni con popolazioni inferiori ai 5.000 abitanti.

Questa disposizione confermava anzitutto che, nell'ordinamento, rimaneva vigente la pluralità delle forme di gestione di cui all'originaria impostazione del t.u., considerando anche che continuavano ad essere applicabili gli artt. 114, 115 e 116 del t.u. medesimo nonché gli artt. 265 e 267 del r.d. 14 dicembre 1931, n. 1175.

Il comma in esame, che a prima vista appare improntato a un trattamento di favore per i Comuni di piccole dimensioni, conteneva però elementi di sfavore per questi ultimi.

I Comuni di piccole dimensioni non potevano, infatti, avvalersi delle speciali facoltà organizzative, indicate nel precedente comma 3°, per attuare la separazione tra la proprietà e gestione delle reti e l'erogazione del servizio. Questo era un elemento di sfavore perché l'ordinamento, ad eccezione che nel predetto comma 3°, non contiene indicazioni facoltizzanti l'affidamento della gestione delle reti in via separata rispetto al servizio, a meno che l'ente locale non provveda direttamente alla gestione delle reti stesse. Questa mancata possibilità per i Comuni di piccole dimensioni, di avvalersi del comma 3°, rap-

presentava una condizione di sfavore soprattutto perché la separazione in discorso era una mera facoltà per gli stessi Comuni di maggiori dimensioni.

L'altro elemento negativo nei confronti dei Comuni di piccole dimensioni era rappresentato dalla non applicabilità ad essi del comma 6°, recante le sopra descritte incentivazioni "reali" a fronte delle dismissioni azionarie nelle società a prevalente capitale pubblico locale.

Si deve poi notare che il comma 7° in esame, così come formulato, impediva solamente l'applicazione del nuovo art. 113 del t.u., ma non anche l'applicazione, pure a tali Comuni di minori dimensioni, delle discipline di settore vigenti (d.lgs. n. 164 del 2000; legge n. 36 del 1994, d.lgs. n. 22 del 1997 e conseguenti leggi regionali).

L'unico aspetto di favore, per i Comuni di minori dimensioni e per gli operatori interessati a gestire i relativi servizi pubblici, era rappresentato dalla non applicabilità del sopra illustrato comma 4° del nuovo art. 113 del t.u. Non vi sarebbero state cioè preclusioni, per la partecipazione a gare di affidamento presso detti Comuni minori, anche se le imprese interessate (le loro controllanti, controllate o collegate nonché controllate o collegate dalla/alla medesima controllante) stavano gestendo altri servizi pubblici assegnati senza gara.

Incidentalmente, si nota - però - che un eventuale affidamento diretto ottenuto presso i Comuni di minori dimensioni avrebbe provocato comunque un effetto preclusivo per la partecipazione a gare presso i Comuni di maggiori dimensioni (come prescritto, in generale, dal comma 4° del nuovo art. 113 del t.u.).

4.8. Il comma 8° del progetto di nuovo art. 113 del t.u. riguardava i servizi sociali <<privi di rilevanza imprenditoriale>> e non presentava alcun contenuto innovativo perché confermeva l'utilizzabilità, per la relativa gestione, del modello della <<istituzione>> (di cui all'odierno art. 114 del t.u.).

In materia di servizi sociali si deve, ovviamente, tenere conto della legislazione speciale anche di emanazione regionale (cfr. anzitutto la legge-quadro 8 novembre 2000, n. 328).

5. Terminata l'analisi dei vari commi del nuovo art. 113 del t.u., come proposto dal d.d.l. finanziaria per il 2002, si può passare all'esame delle restanti disposizioni contenute nell'art. 23 in oggetto.

6. Il progetto di comma 2° dell'art. 23 del d.d.l. costituiva una disposizione dettata senza operare alcun rinvio o salvaguardia espliciti o impliciti ad altre disposizioni vigenti o di settore. Si deve pertanto ritenere che la disposizione aveva un contenuto innovativo ed una portata abrogatrice *in parte qua* delle precedenti disposizioni ove fosse stata dettata una cessazione anticipata dei rapporti di gestione dei servizi pubblici locali (ad esempio, l'art. 15, comma 5° del d.lgs. n. 164 del 2000).

Questo effetto pienamente innovativo doveva essere riconosciuto, oltre che per il tenore perentorio ed onnicomprensivo della norma, anche per il fatto che essa costituiva applicazione del principio di salvaguardia dei diritti quesiti ed anche del principio comunitario di tutela dell'affidamento delle situazioni in essere: <<Sono fatti salvi i diritti e le concessioni facenti capo a soggetti affidatari di servizi pubblici locali sino alle relative scadenze>> (da intendersi come scadenze naturali, quali disposte nell'atto di affidamento e nella convenzione di servizio vigente).

7. Il progetto di comma 3° dell'art. 23 del d.d.l. estendeva l'esenzione fiscale che era già contemplata nell'art. 118 del t.u.

In quest'ultima norma l'esenzione da ogni imposta dei trasferimenti dei beni mobili e immobili riguardava solamente le traslazioni dagli enti locali a forme di gestione diretta (e-

spressione cioè dell'ente locale). Nella proposta di norma in esame l'esenzione era applicabile anche per i trasferimenti in favore di soggetti privati purché <<in applicazione del presente articolo>> e limitatamente al periodo di <<tre anni a decorrere dalla data di entrata in vigore della>> nuova legge.

Oltre alla predetta esenzione da ogni imposta dei trasferimenti in questione, veniva altresì prevista la "non rilevanza a fini fiscali" per il medesimo periodo triennale.

8. Il progetto di comma 4° dell'art. 23 del d.d.l. recitava: <<Con regolamento ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sentite le Autorità indipendenti di settore e la Conferenza unificata, il Governo adotta le disposizioni necessarie per l'esecuzione e l'attuazione del presente articolo>>.

Si trattava di una norma con formulazione perplessa e intimamente contraddittoria perché i regolamenti di cui all'art. 17, comma 2° della legge n. 400 del 1988 non sono atti di mera esecuzione e attuazione di norme di legge. Infatti, tali regolamenti sono c.d. di delegificazione, aventi pertanto la capacità di sostituire nell'ordinamento norme primarie di legge.

Nonostante tale contraddizione si può dire che in varie ipotesi si sono avuti, nella prassi, regolamenti di delegificazione senza che la legge che ne è stata il presupposto li definisse tali e contenesse - come invece richiesto dalla cit. legge n. 400 - anche l'indicazione delle norme di legge abrogate con effetto dall'entrata in vigore dei regolamenti stessi. Se si fosse ripetuta tale anomala prassi anche il regolamento di cui all'odierno comma 4° dell'art. 23 del d.d.l. avrebbe potuto avere l'effetto di innovare abbastanza profondamente il vigente ordinamento in materia di servizi pubblici.

Infatti, il Governo poteva pretendere di ricavare <<le norme generali regolatrici della materia>> dall'art. 23 della proposta di legge finanziaria 2002 qui in esame e conseguentemente

disporre <<l'abrogazione delle norme vigenti>> che riteneva in contrasto con i predetti principi.

Peraltro, si può dubitare che - a seguito della recente revisione del titolo V della parte II della Costituzione - la potestà regolamentare prevista dall'art. 23, comma 4° cit., spetti ancora al Governo.

Infatti, la <<potestà regolamentare spetta allo Stato>> solo <<nelle materie di legislazione [statale] esclusiva>> (nuovo art. 117, comma 6° Cost.), materie tassativamente elencate dal nuovo art. 117, comma 2° Cost. e tra le quali non sono annoverati i servizi pubblici locali. Per il resto, la <<potestà regolamentare spetta alle Regioni in ogni altra materia>> ovvero a Comuni, Province e Città metropolitane <<in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite>> (nuovo art. 117, comma 6° Cost.). Casomai, il Governo avrebbe potuto sostenere la persistenza del proprio potere regolamentare nella materia qui considerata in relazione alla attinenza di alcuni profili di essa alla <<tutela della concorrenza>> e alle <<funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane>> (materie riservate allo Stato anche nel nuovo testo di art. 117 Cost.). In ogni caso il comma 4° dell'art. 23 in esame era norma che suscita varie perplessità e dubbi circa l'ampiezza della sua possibile applicazione.

*testo dell'art. 23 del d.d.l. finanziaria 2002
(Scissione tra proprietà e gestioni delle reti
dei servizi pubblici locali)*

1. *L'articolo 113 del testo unico degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, è sostituito dal seguente:*

<<Art. 113 - 1. Le disposizioni del presente articolo si applicano ai servizi pubblici locali di rilevanza imprenditoriale.

2. Nell'organizzazione del servizio, l'ente locale, titolare della funzione, può perseguire l'obiettivo della separazione tra

la proprietà e gestione di reti e infrastrutture e l'erogazione del servizio.

3. Per la gestione di reti e infrastrutture, l'ente locale può avvalersi di soggetti all'uopo costituiti, nella forma di aziende speciali o società consortili tra enti di diritto pubblico, cui può essere affidata direttamente tale attività, ovvero di altro soggetto idoneo, da individuarsi mediante procedure ad evidenza pubblica.

4. L'erogazione del servizio può essere assicurata da società di capitali regolate dal codice civile, individuate attraverso gare pubbliche per l'affidamento del servizio stesso. Non sono ammesse a partecipare a dette gare le società che, in Italia o all'estero, gestiscono a qualunque titolo, servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica. Tale divieto si estende alle società controllate o collegate, alle loro controllanti nonché alle società controllate o collegate con queste ultime.

5. I rapporti tra gli enti locali e le società erogatrici del servizio sono regolati da contratti di servizio, allegati ai capitolati di gara, che vengono approvati dalle assemblee elettive degli stessi enti. Restano ferme le disposizioni previste per i singoli settori e le disposizioni nazionali di attuazione di normative comunitarie.

6. L'ente locale può cedere la propria partecipazione di controllo nelle società erogatrici dei servizi. Tale cessione non comporta effetti sulla durata delle concessioni e degli affidamenti in essere e consente alla società, anche in deroga al divieto di cui al precedente comma 4, la partecipazione ad attività imprenditoriali al di fuori del relativo ambito territoriale. Alla scadenza del periodo di affidamento, le eventuali dotazioni patrimoniali sono trasferite al nuovo gestore del servizio con un indennizzo pari al valore contabile risultante dal bilancio approvato dell'esercizio in corso al termine della concessione. Restano ferme le disposizioni previste per i singoli settori.

7. *Le disposizioni del presente articolo non si applicano ai comuni con popolazione inferiori ai 5.000. abitanti.*

8. *I servizi pubblici locali privi di rilevanza imprenditoriale possono essere gestiti a mezzo di istituzione, ai sensi del successivo articolo 114.>>.*

2. *Sono fatti salvi i diritti e le concessioni facenti capo a soggetti affidatari di servizi pubblici locali sino alle relative scadenze.*

3. *I trasferimenti di beni mobili ed immobili effettuati in applicazione del presente articolo sono esenti da ogni imposta spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura e non rilevano ai fini fiscali per un periodo di tre anni a decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge.*

4. *Con regolamento ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sentite le Autorità indipendenti di settore e la Conferenza unificata, il Governo adotta le disposizioni necessarie per l'esecuzione e l'attuazione del presente articolo.*